





RTD Civ. 2013 p.797**Le testament du sourd-muet****Perspectives historico-comparatives**

Nicolas Laurent-Bonne, Maître de conférences à l'université de Reims Champagne-Ardenne


1. En droit français comme dans la plupart des législations civiles européennes, 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.). Au lendemain de la promulgation du code civil, doctrine et jurisprudence ont tour à tour décidé que cette double formalité de la dictée et de la lecture privait le sourd-muet de la possibilité de tester par acte public. Seules les formes olographe et mystique lui sont accessibles, à condition toutefois qu'il sache écrire : dans le cas contraire, il ne peut confectionner de testament.

2. Le relâchement du formalisme de l'article 972 paraît aujourd'hui souhaitable. Le 10 février 2009, dans une réponse à une question écrite du député Michel Lezeau, le ministre de la Justice déclare que la Chancellerie réfléchit à un « éventuel assouplissement » de ces dispositions  (1). En 2010, dans une proposition de réforme n° 10-R013, le Médiateur de la République suggère qu'on autorise les personnes sourdes et muettes à être assistées d'un interprète agréé et, pour celles qui ne maîtrisent pas la langue des signes, à rédiger un testament authentique en présence du notaire et des témoins  (2). L'« éventuel assouplissement » évoqué en 2009 par le garde des sceaux se précise dans une nouvelle réponse ministérielle du 30 août 2011. En concertation avec le Conseil supérieur du notariat, il est envisagé de nouvelles dispositions prévoyant pour un testateur ne pouvant parler que celui-ci écrive en présence du notaire, lequel rédigerait ensuite le testament authentique sur la base de ces notes  (3). Enfin, le 3 avril 2012, face à l'inertie de la Chancellerie, le député Jean-Pierre Grand dépose une proposition de loi « visant à assouplir les solennités requises dans l'établissement d'un testament authentique pour les personnes muettes ou sourdes-muettes ». Il est proposé d'insérer dans le code civil un article 972-1 prévoyant notamment, après délivrance d'un certificat médical, que le testateur indique lui-même par écrit ses volontés en présence du notaire, celui-ci procédant à la rédaction du testament sur le fondement de ce projet écrit.

3. Alors qu'une réforme ne saurait tarder dans l'attente d'un vecteur législatif approprié, un aperçu historique du problème semble s'imposer. L'histoire du droit, inscrite dans la très longue durée, de Rome aux temps présents ne fournit nullement des exemples impérissables ou des solutions froidement transposables ; comme l'affirmait naguère Charles Appleton à propos du droit romain, l'histoire du droit forme l'imagination des juristes et constitue l'une des nombreuses conditions préalables des progrès de la science juridique contemporaine  (4).

Les dispositions de l'article 972 du code civil ainsi que leur interprétation doctrinale et jurisprudentielle sont héritées des constructions de la romanistique médiévale et des juristes de l'Epoque moderne, civilistes et commentateurs de coutumes. Il a déjà été démontré, dans de nombreuses études, combien le droit romain constituait les fondations sur lesquelles la plupart des pays de tradition juridique continentale ont érigé une partie de leur droit civil. A l'instar de plusieurs institutions du droit patrimonial de la famille, les entraves à la liberté testamentaire des personnes sourdes et muettes ont été bâties, du Moyen Age central aux Temps modernes, sur des fondements romains. Couplée à une approche comparative, l'histoire de ces entraves lègue des modèles à méditer et des éléments de réflexion alors que s'esquisse la perspective d'une réforme.

L'ancien droit**Les entraves à la liberté testamentaire**

4. En droit romain, comme en droit contemporain, le testament est conçu comme un acte de manifestation de la volonté confectionné par une personne en vue de régler le sort futur de son patrimoine : par conséquent, il est fermé à ceux qui n'ont pas de patrimoine et à ceux qui n'ont pas de volonté, comme les esclaves et les personnes placées sous la puissance du père de famille. Il est également fermé à tous ceux qui ne sont pas susceptibles d'exprimer une volonté réfléchie et éclairée, comme le fou - en dehors des intervalles de lucidité -, l'impubère et le prodigue  (5).

Le testament est de surcroît interdit à ceux qui ne peuvent exprimer leur volonté dans les formes requises par le

droit, comme ceux qui sont dans l'impossibilité de respecter le formalisme du testament *per aes et libram*. Cette forme testamentaire suppose que le disposant aliène son patrimoine dans les formes de la mancipation au profit d'un tiers, appelé *familiae emptor*, qui joue le rôle d'un figurant auquel est notifié par écrit ou oralement l'institution du véritable héritier. Le testament *per aes et libram* est un simulacre de la vente, passé devant cinq témoins, le porteur de balance (*libripens*) et le *familiae emptor*. En pareil cas, les sourds étaient incapables d'entendre les réponses des témoins et les paroles du *familiae emptor* ; les muets ne pouvaient quant à eux procéder à la déclaration à haute voix qui accompagne le testament (*nuncupatio testamenti*). Le célèbre juriste Gaius déclare ainsi sans ambages : « le sourd comme le muet ne peuvent tester » (6). Les juristes classiques exceptent seulement deux hypothèses : le testateur peut obtenir de l'empereur l'autorisation de tester malgré son handicap (7) ; le militaire souffrant de telles infirmités peut tester avant d'être congédié. Le testament militaire constituait en effet l'exception la plus importante au formalisme romain (8).

5. Dans l'Antiquité tardive, ce formalisme succombe. Dès le début du V^e siècle, la législation impériale tend en effet à simplifier considérablement les formes testamentaires. Le testament public peut être fait par déclaration au greffe ou confié à la garde de l'empereur et déposé dans ses archives. Le testament privé peut quant à lui prendre trois formes : le testament nuncupatif est confectionné par déclaration orale du testateur, en présence de sept témoins ; le testament tripartite est rédigé d'un seul trait, par le testateur ou un tiers souscripteur, en présence de sept témoins qui souscrivent et apposent leur cachet sur les tablettes ; le testament olographe est valable sans que la présence de témoins soit nécessaire, à condition qu'il ait été entièrement écrit de la main du testateur (9).

Cette mutation tardive des formes du testament s'accompagne d'une modification de ses conditions de validité. Justinien apporte en effet quelques correctifs aux développements des juristes classiques : dans une constitution rendue en 531, l'empereur opère une double distinction entre les sourds-muets et ceux qui sont seulement sourds ou seulement muets, ainsi qu'entre les personnes atteintes d'une telle infirmité depuis leur naissance (*ex ipsa natura*) et celles qui l'ont acquise par maladie ou accident. Désormais, seuls les sourds-muets de naissance ne peuvent tester ; ceux qui le sont devenus au cours de leur vie peuvent confectionner un testament s'ils savent lire et écrire ; si le testateur est seulement sourd et s'il sait s'exprimer par des sons articulés, celui-ci peut alors rédiger un tel acte ; lorsque le testateur est seulement muet, il est autorisé à rédiger son testament à condition bien sûr qu'il sache écrire (10).

6. Après la renaissance du droit romain alimentée par la redécouverte des compilations de l'empereur Justinien, à la charnière du XI^e et du XII^e siècle, les civilistes médiévaux ont développé ces entraves à la liberté testamentaire des personnes sourdes et muettes. Le célèbre juriste méridional Placentin († 1192) érige ainsi en principe l'incapacité testamentaire des sourds-muets et assortit cette règle d'une série d'exceptions : celui qui est seulement sourd peut dicter ses dernières volontés ; une personne muette peut également confectionner un testament si elle sait écrire ; un tel acte est enfin permis au militaire et à celui qui a reçu une autorisation expresse du prince (11). Servie par une clarté remarquable, la position du glossateur constitue l'opinion commune des juristes postérieurs. Reprise par Azon († 1225) et Accurse (12), elle devient ensuite la référence obligée des commentateurs italiens du XIV^e au XVI^e siècle, de Cynus de Pistoie († ca. 1336-1337) à Jason de Mayno († 1519) (13).

7. La construction des civilistes médiévaux présente toutefois une importante lacune : il n'est pas précisé quelle forme doit prendre, en pratique, le testament de ces personnes sourdes, ni de quelle manière peut être suppléée l'impossibilité pour le testateur muet de déclarer oralement ses dernières volontés. C'est seulement aux Temps modernes que quelques juristes, praticiens et commentateurs de coutumes, élaborent des solutions.

8. A l'Epoque moderne, Louis Charondas Le Caron († 1613) adhère aux principes fixés dans la législation de Justinien et développés par la romanistique médiévale, déclarant notamment qu'une personne seulement sourde peut tester. L'auteur des *Pandectes*, en traditionnel apôtre du droit français, estime toutefois que le testateur sourd doit respecter les conditions de forme prescrites par la coutume du lieu où l'acte est rédigé (14). En pays de coutumes, il existe près de cent-cinquante types d'actes à cause de mort. Par-delà cette diversité, deux formes prédominent : le testament olographe, acte purement privé, est rédigé, signé et daté de la main du disposant ; le testament authentique, ou « solennel », est quant à lui dicté par le testateur en présence de témoins, rédigé par une personne publique comme le notaire ou le curé, avant que lecture en soit donnée au disposant (15). A Paris, par exemple, pour qu'un « testament soit réputé solennel », la coutume, officiellement rédigée en 1510 et réformée en 1580, exige que le testateur, en présence de témoins, dicte ses dernières volontés au notaire ou au curé et que le rédacteur en donne ensuite lecture au disposant (16). Cette double formalité prive ainsi le sourd-muet de la possibilité de tester par acte public, ne pouvant ni procéder à la dictée, ni même entendre la lecture réalisée par le notaire ; il ne peut pas même présenter au notaire ou au curé un projet d'acte rédigé par un de ses proches (17).

9. Charondas Le Caron considère en revanche qu'une personne atteinte seulement de mutisme peut faire un testament « secret » écrit et signé de sa main (18). Le testament mystique, pratiqué dans le Sud de la France, comprend deux actes : un acte secret contenant les dernières volontés du disposant est présenté au notaire qui dresse ensuite l'acte de suscription, daté et signé du notaire et de sept témoins (19). Le juriste montpelliérain Antoine Despeisses († 1658) décide à son tour que le sourd-muet, s'il sait écrire, peut rédiger un testament mystique, auquel il ajoute le testament olographe, dans les provinces où ces formes sont permises (20).

10. Les développements de la doctrine moderne sont partiellement consacrés par la législation royale, dans l'ordonnance concernant les testaments, préparée par le chancelier d'Aguesseau et promulguée par Louis XV en août 1735. L'article 8 permet en effet à celui qui « ne peut parler, soit par un défaut naturel, ou autrement », de tester en la forme mystique. L'ordonnance fixe une série de conditions (art. 12) : le testament doit être rédigé, daté et signé de la main du disposant. En tête de l'acte de suscription, le testateur doit indiquer que « le papier qu'il présente est son testament », après quoi il est fait mention par le notaire que le disposant a écrit ces mots en sa présence et celle des témoins.

La formalité de la dictée exigée, à peine de nullité, pour le testament nuncupatif écrit en pays de droit écrit (art. 5) et le testament public en pays de coutumes (art. 23), explique que des personnes muettes ne peuvent y recourir. L'ordonnance semble également exclure le testament olographe : le muet « ne pourra faire de disposition à cause de mort, que dans la forme portée par les articles IX et XII » (art. 8). La restriction marquée par l'adverbe « ne » et la conjonction « que » ne laisse planer aucun doute, ainsi que le relèvent les juristes toulousains Aymar et Furgole (21). L'article 8 de l'ordonnance ne vise de surcroît que le testateur qui « ne peut parler », et non celui qui ne peut entendre.

Une partie de la doctrine s'est toutefois chargée d'étendre le champ d'application de ce texte : François Bourjon († 1751) estime que les sourds, comme les muets, peuvent rédiger un testament olographe (22). A la fin de l'Epoque moderne, on en revient ainsi, en dépit de l'ordonnance royale, à la doctrine professée par Antoine Despeisses dans la première moitié du XVII^e siècle.

L'impossible assouplissement du formalisme testamentaire

11. Civilistes et canonistes médiévaux, cherchant à assouplir le formalisme de l'institution d'héritier, discutent de la validité des dernières volontés dictées par signes. En droit romain classique, l'institution d'héritier, pièce maîtresse du testament, est soumise à de strictes conditions de forme. Elle doit notamment être exprimée en langue latine selon des formules sacramentelles scrupuleusement respectées (23). Dans l'Antiquité tardive, ce formalisme fléchit progressivement : dans une constitution rendue en 531, Justinien exige seulement pour le testament tripartite (24) que le nom de l'héritier institué soit écrit de la main du testateur ou, si celui-ci ne sait écrire, qu'il le dicte à un tiers souscripteur (25). Après la redécouverte des compilations de Justinien, les civilistes médiévaux se demandent si le testateur muet et illettré peut instituer un héritier en le désignant de la tête. Accurse et la plupart des civilistes postérieurs s'en tiennent au principe de la constitution de Justinien, rappelant que l'institution d'héritier ne saurait se faire « seulement par un signe de la tête » (26).

12. Les dissensions doctrinales sont toutefois très vives : certains canonistes, prenant de la distance par rapport aux règles romaines, tentent d'affaiblir le formalisme de l'institution d'héritier. Dans la glose ordinaire aux *Décrétales* de Grégoire IX, Bernard de Parme († 1266) déclare ainsi qu'un simple signe de la tête suffit à confectionner un testament en vertu de « l'équité canonique » (27). L'*aequitas canonica* brandie par le décrétaliste italien est un critère auquel se réfèrent traditionnellement les canonistes afin de repousser une application stricte de la législation romaine ou canonique, d'en modérer la rigueur en tenant compte des circonstances de fait. L'équité canonique est opposée à la *rigor juris* pour marquer un contraste avec le droit romain (28). En pareille hypothèse, elle commande un assouplissement du formalisme testamentaire pour celui qui ne peut ni écrire, ni parler. Le signe de la tête est substitué à la déclaration orale de volonté exigée par le droit romain (29).

En pratique, il semble que l'hypothèse la plus courante soit celle du testateur répondant par un hochement de tête à l'interrogatoire de celui qui recueille ses dernières volontés, notaire ou curé. La plupart des juristes, comme Albert de Pavié, estiment qu'on ne peut ni consentir un legs, ni instituer un héritier, en répondant à un interrogatoire du notaire : un tel procédé est susceptible d'être source d'erreurs, de faciliter la fraude et de diminuer les garanties qu'offrent les formalités exigées par la législation de Justinien (30).

13. Les juristes de l'Epoque moderne rejettent en bloc de tels assouplissements. Charles Dumoulin († 1586), Pierre Le Maistre († 1658) et Claude-Joseph de Ferrière déclarent tour à tour que les testaments « faits par signes des

testateurs » et « sur interrogatoires des notaires » ne sont pas valables⁽³¹⁾. Les juristes normands Bérault et Le Comte, ainsi que Jean Domat dans ses *Lois civiles*, partagent la même opinion⁽³²⁾. La formalité de la dictée, prescrite par plusieurs coutumes, ne saurait être remplacée par des signes ou des réponses à l'interrogatoire du rédacteur. Les solennités du testament coutumier constituent une garantie contre la fraude et l'arbitraire auquel aboutit nécessairement l'interprétation de la volonté du testateur.

L'ordonnance de 1735 du chancelier d'Aguesseau consacre les constructions de la doctrine, déclarant nulles « toutes dispositions qui ne seraient faites que par signes, encore qu'elles eussent été rédigées par écrit, sur le fondement desdits signes » (art. 2).

14. La doctrine des Temps modernes, fixée dès la première moitié du XVII^e siècle, annonçait avec une étonnante modernité la législation et la jurisprudence contemporaines : une personne sourde ou muette ne peut rédiger un testament public ou nuncupatif écrit, la formalité de la dictée ne pouvant être remplacée ni par des signes ni par un projet écrit transmis au notaire ; si celle-ci sait écrire, elle peut toutefois confectionner un testament mystique ou olographe dans les provinces où ces formes sont permises.

Le droit civil contemporain

L'héritage dévolu aux juristes contemporains

15. En 1804, le code civil consacre trois formes testamentaires reprises aux traditions méridionale et septentrionale : « un testament pourra être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique » (art. 969 c. civ.)⁽³³⁾.

Le testament mystique suppose deux formalités : un écrit signé dont la rédaction est libre, mis dans une enveloppe cachetée et remise au notaire qui dresse l'acte de suscription (art. 979 c. civ.). L'article 979 du code civil - que les rédacteurs avouent avoir copié sur l'article 8 de l'ordonnance de 1735⁽³⁴⁾ - vise principalement, mais pas exclusivement, le testateur muet et lettré. Mais, à la différence de l'article 8 de l'ordonnance royale, le code civil ne fait pas du testament mystique la seule forme testamentaire permise au disposant muet. La doctrine civiliste du XIX^e ne tarde pas à le relever : à l'instar des juristes de l'Epoque moderne, Zachariä, dont l'oeuvre est traduite par Aubry et Rau, considère en effet que le sourd-muet peut également confectionner un testament olographe⁽³⁵⁾. Celui-ci doit être écrit, daté et signé de la main du testateur, sans qu'aucune autre formalité supplémentaire ne soit exigée (art. 970 c. civ.). En pareille hypothèse, deux arrêts de la Cour d'appel de Colmar (17 janv. 1815) et de Bruxelles (19 déc. 1822) ont toutefois décidé qu'il ne suffisait pas que le testateur ait matériellement écrit, daté et signé son testament : en dépit de son handicap, ce dernier devait en effet pouvoir exprimer sa volonté par écrit et non recopier servilement un modèle d'acte⁽³⁶⁾.

16. Le testament authentique suppose quant à lui 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 majorité de la doctrine est d'avis que cette double formalité de la dictée et de la lecture prive le sourd-muet de la possibilité de tester par acte public⁽³⁷⁾. Le verbe « dicter » est interprété de manière restrictive : Louis Poujol considère que le testateur doit réellement dicter au notaire, sans qu'il puisse remettre un projet écrit de sa main⁽³⁸⁾ ; Toullier et Baudry-Lacantinerie, reprenant la définition que donne du verbe « dicter » le Dictionnaire de l'Académie, estiment que le disposant doit « prononcer mot à mot » ses dernières volontés, refusant qu'il s'exprime à l'aide de signes ou en répondant à l'interrogatoire du notaire⁽³⁹⁾.

17. Une telle rigueur a pourtant été contestée par une partie de la doctrine. Marcadé relève que l'article 972 ne précise pas qui doit, en pratique, donner lecture du testament au disposant : ce dernier, s'il est seulement sourd, doit pouvoir procéder lui-même à la lecture de ses dernières volontés⁽⁴⁰⁾ et déclarer si la rédaction est conforme à son intention⁽⁴¹⁾. Une telle analyse, encore admise par la doctrine contemporaine⁽⁴²⁾, a naguère été validée par la jurisprudence, notamment dans un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 14 février 1872⁽⁴³⁾.

18. Le sourd-muet qui ne sait ni lire ni écrire se trouve donc dans l'impossibilité de tester. En pareille hypothèse, seul celui qui a appris à articuler des sons par la méthode gutturale peut tester par acte public⁽⁴⁴⁾. Face à une telle rigueur, Désiré Dalloz souhaite que le langage des signes puisse, « suivant les circonstances », suffire à l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 972⁽⁴⁵⁾. L'opinion de l'auteur du Répertoire de législation, libérale mais marginale, a été rejetée par la jurisprudence, s'alignant sur les idées de Poujol et de Toullier : il n'y a pas dictée « lorsque le testateur se borne à répondre par signes ou par monosyllabes aux interpellations du notaire » (CA Dijon, 16 févr. 1872)⁽⁴⁶⁾, se contente de se faire comprendre par des signes de la tête (Civ. 6 déc. 1886)⁽⁴⁷⁾ ou remet un projet écrit au notaire que ce dernier se borne à recopier (Civ. 27 avr. 1857)⁽⁴⁸⁾.

19. Tout récemment, dans un arrêt remarqué du 4 juin 2007, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé qu'un testateur « qui ne pouvait s'exprimer que par quatre mots et des mimiques » ne pouvait accomplir les formalités prescrites par l'article 972. La jurisprudence, « sourcilleuse à l'extrême » selon la formule du doyen Beignier (49), est en vérité écartelée entre une extrême rigueur à l'égard du testament authentique et un libéralisme proche du laxisme en matière de testament olographe. A la lecture de la jurisprudence, il appert que le juge français s'en tient à la doctrine professée par des juristes des deux derniers siècles de l'Ancien Régime, comme Antoine Despeisses ou François Bourjon.

Une telle position est critiquable à plusieurs égards. Elle repose sur un scepticisme, pour ne pas dire une hostilité, à l'égard de la langue des signes. Au XVIII^e siècle, François Bourjon doutait encore qu'un sourd-muet de naissance pût s'exprimer (50) ; à l'Epoque contemporaine, devant les progrès des méthodes d'enseignement, le scepticisme des juristes devrait pourtant reculer. Dans son Répertoire de jurisprudence, Merlin de Douai évoquait déjà au début du XIX^e siècle « l'ingénieuse et admirable méthode » inventée par le célèbre abbé de l'Epée, l'ouvrage du médecin suisse Amman (*Surdus loquens*) ou encore la méthode du mathématicien anglais John Wallis (51). En France, les premières maisons d'instruction publique pour sourds-muets avaient été créées à Paris ainsi qu'à Bordeaux, organisées par les décrets du 29 juillet 1791 et du 16 nivôse an III (5 janv. 1795). Les progrès remarquables réalisés par ces institutions ne sont pas étrangers aux maigres évolutions de la doctrine civiliste. En 1799, Jean-Baptiste-Victor Proudhon en avait déjà tiré toutes les conséquences techniques : le sourd-muet, doué d'intelligence, est capable de s'engager par contrat, de donner et de recevoir, comme tous les autres majeurs (52).

Une telle méfiance à l'égard du testament dicté par signes était certainement justifiée à une époque où aucun moyen fiable ne permettait au testateur d'exprimer clairement sa volonté. La fiabilité unanimement reconnue à la langue des signes depuis plusieurs décennies fait douter du bien-fondé de cette jurisprudence surannée.

20. L'opinion du juge français repose également sur une suspicion à l'égard de l'interprète, quelle que soit la langue traduite : si, par le passé, certaines juridictions du fond ont permis à l'officier public de se faire assister d'un traducteur (53), la Cour de cassation semble aujourd'hui admettre que le notaire ne peut, à peine de nullité, recourir aux services d'un interprète lorsque le testateur n'est pas francophone (Civ. 1^{re}, 18 déc. 1956) (54). Ce souci des juges de se conformer au formalisme de l'article 972 a de surcroît conduit à une situation ubuesque dans laquelle le notaire peut dresser le testament si, connaissant la langue du testateur, il est capable de traduire lui-même ses dernières volontés en mentionnant, en marge, l'opération à laquelle il s'est livré (Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006) (55). La suspicion à l'égard de l'interprète n'a d'égal que la confiance latitudinaire accordée au notaire.

21. La méthode historique déployée par le juriste n'a pas pour finalité de satisfaire un désir de curiosité scientifique. L'histoire d'une règle de droit permet, *in fine*, de la replacer dans son contexte d'origine : l'incapacité testamentaire des personnes sourdes et muettes était justifiée dans l'Antiquité lorsque les formalités orales du testament *per aes et libram* présentaient un caractère sacramentel ; à l'Epoque moderne, les solennités exigées par les juristes permettaient de lutter contre les fraudes : en pratique, le contenu du testament semblait en effet relever plus de « la volonté du chapelain ou curé, ou autre suggérant » que de celle du disposant, ainsi que le relève, en 1510, le procès-verbal de la coutume de Paris (56). Rien de tel ne semble aujourd'hui justifier qu'une telle règle soit maintenue.

La perspective d'une réforme

22. Le modèle français, en dépit de sa relative imperfection, a toutefois exercé une influence sur plusieurs législations d'Europe continentale. L'Italie et l'Espagne connaissent également trois formes de testament : « authentique » (*publico* en Italie, *abierto* en Espagne), « mystique » (*segreto* en Italie, *cerrado* en Espagne) et « olographe » (*olografo* en Italie et *ológrafo* en Espagne) (57). Le *Codice civile* italien de 1865 reprend le formalisme de l'article 972 et l'interprétation qu'en fait la doctrine civiliste. L'article 786 du *Codice Pisanelli* dispose en effet : « le sourd-muet et le muet peuvent tester soit par testament olographe, soit par testament mystique reçu par un notaire ». Sous l'empire de ce code, un sourd-muet illettré ne pouvait confectionner de testament (58). La même influence s'observe encore en Espagne, dans le projet de code civil rédigé en 1851 par García Goyena (art. 570) et le *Código civil* de 1888 (art. 695) : le sourd-muet ne pouvait confectionner de testament authentique en raison de la double formalité de dictée et de lecture exigée pour la validité d'un tel acte (59).

23. L'Italie et l'Espagne ont tour à tour abandonné ces restrictions. Dans le code de 1942, le législateur italien décide de faire entrer le testament authentique dans le régime général de l'acte authentique (art. 603, al. 4, c. civ.), organisé

par la *legge notarile* du 6 février 1913 (L. n° 89/1913) : un interprète, pouvant être choisi parmi les parents du testateur (L. not., art. 56, al. 3), est nommé par le président du Tribunal (L. not., art. 56, al. 2) ; si le disposant est de surcroît illettré, doivent intervenir quatre témoins (art. 603, al. 4, c. civ.), dont l'un au moins maîtrise la langue des signes ou, à défaut, un second interprète (L. not., art. 57) ⁽⁶⁰⁾. En Espagne, le *Tribunal supremo* a admis la validité du testament du muet illettré, lorsque celui-ci dictait ses dernières volontés à l'aide de gestes (STS, 24 nov. 2004) ou de mouvements de la tête à condition qu'ils ne soient pas équivoques (STS, 30 nov. 1991) ⁽⁶¹⁾.

24. En France, la perspective d'une réforme avait déjà été entrevue sous la Monarchie de Juillet. Ferdinand Berthier, professeur à l'Institut royal des sourds-muets, avait adressé des observations à la Chambre des pairs demandant l'assouplissement des formalités de l'article 972 du code civil. Au cours de la séance du 18 avril 1842, le comte Beugnot, rapporteur du comité des pétitions, écarte une telle réforme au motif qu'il serait imprudent « d'introduire dans la loi commune des exceptions en faveur de certaines classes d'individus » ⁽⁶²⁾. Dans une lettre du 30 juin 1842, Ferdinand Berthier conteste le rejet de la Chambre des pairs et précise sa proposition initiale : le testateur sourd-muet pourrait dicter ses dernières volontés par signes, en présence de deux interprètes, dont l'un serait choisi par le disposant et l'autre par le président du Tribunal ⁽⁶³⁾. Devançant les récentes propositions, la pétition du professeur parisien est demeurée lettre morte.

25. Un tel assouplissement paraît aujourd'hui indispensable. La proposition du député et la réponse ministérielle du 30 août 2011 ne sont cependant pas exemptes de critiques : contrairement à la proposition du médiateur de la République, elles ne disent rien du testament dicté par signes et du recours à l'interprète alors que plusieurs législations civiles d'Europe continentale les ont déjà autorisés. Elles ne règlent pas davantage le sort du testateur illettré.

En France, une partie de la doctrine civiliste estime que le législateur et le juge ne devraient nullement s'occuper des moyens que les clients prendront pour communiquer avec leur notaire ⁽⁶⁴⁾. Il semble que le législateur français aurait pourtant l'opportunité de mettre fin à une incohérence. D'un côté, la loi du 2 thermidor an II décide que tous les actes publics doivent être rédigés en français ⁽⁶⁵⁾. Aux termes de ce texte, le juge estime qu'il n'appartient cependant pas au notaire de faire traduire l'acte lorsque les cocontractants ne sont pas francophones et de les faire assister d'un interprète, son devoir de conseil l'obligeant seulement à attirer leur attention sur l'opportunité de le faire ⁽⁶⁶⁾. De l'autre, le juge empêche un testateur muet de recourir à un interprète, craignant que la traduction soit susceptible d'être « source d'erreurs, mais encore de faciliter la fraude et de diminuer les garanties que l'article 972 a entendu consacrer » (Civ. 1^{re}, 18 déc. 1956) ⁽⁶⁷⁾. Entre le laxisme du juge à l'égard de la plupart des actes authentiques et l'extrême sévérité à l'égard du testament authentique, il suffirait alors de trouver une solution médiane : obliger le notaire à recourir aux services d'un traducteur-interprète agréé, ou éventuellement assermenté, pour tous les actes authentiques faisant intervenir des parties non francophones, sourdes ou muettes ; tout en maintenant les solennités du testament authentique, permettre au testateur sourd-muet, comme à celui qui n'est pas francophone, de recourir aux services d'un tel interprète ; autoriser enfin le sourd-muet ne maîtrisant pas la langue des signes à élaborer un projet écrit en présence du notaire et des témoins.

Mots clés :

TESTAMENT * Testament authentique * Validité * Dictée et lecture * Sourd-muet

(1) Quest. n° 31368, JO 30 sept. 2008, p. 8310 et rép. min. JO 10 févr. 2009, p. 1376.

(2) Sur cette proposition de réforme, V. C. Delzanno, Un testament authentique pour tous ?, Dr. et patr. 2010, n° 198, p. 14.

(3) Rép. min. JO 30 août 2011, p. 9417 ; V. également, rédigée dans les mêmes termes, rép. min. JO 15 nov. 2011, p. 12065, évoquée dans JCP N 2011, n° 47, act. 914.

(4) Cité par D. Deroussin, Enseigner le droit romain : pour quelle utilité et selon quelle méthode ? La réponse lyonnaise sous la III^e République, in P. Nelidoff (dir.), Les facultés de droit de province au XIX^e siècle. Bilan et perspectives de la recherche, PU Toulouse 1, 2009, p. 415.

- (5) P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, rééd. J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 867-869 ; M. Kaser, Das römische Privatrecht, t. I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, Munich, Beck, 1971, p. 682-683 ; J. Gaudemet et E. Chevreau, Droit privé romain, Montchrestien, 2009, p. 101-102.
- (6) D., 28, 1, 6, 1 [Gaius, Libro 17 ad edictum provinciale]. Cette incapacité des personnes sourdes et muettes est encore attestée dans une oeuvre tardive, composée entre 320 et 342, les Tituli ex corpore Ulpiani, 20, 13 (Fontes iuris romani antejustiniani, Auctores, Florentinae, 1940, t. II, p. 283-284).
- (7) D., 28, 1, 7 [Macer, Libro primo ad legem vicensimam hereditatium].
- (8) Une telle permission est encore attestée dans les Institutes de Justinien : Inst., 2, 11, 2.
- (9) Sur les formes testamentaires dans l'Antiquité tardive, V. M. Humbert, L'acte à cause de mort en droit romain, in Actes à cause de mort. Antiquité, Bruxelles, De Boeck Université, 1992 (Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, 59), p. 162 et P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, *op. cit.*, p. 862-865.
- (10) C., 6, 22, 10. Dans le titre des Institutes consacré aux personnes à qui il n'est pas permis de tester (II, 12, Quibus non est permisum testamenta facere), Justinien précise enfin le champ d'application de la constitution de 531 : le vocable « sourd » désigne celui qui n'entend absolument rien et non le malentendant ; on qualifie également de « muet » celui qui ne peut absolument pas parler et non celui qui parle lentement (Inst., 2, 12, 3).
- (11) Placentinus, Summa super C., 6, 22 (Summa Codicis, Moguntiae, 1536, réimpr. anast., Torino, 1962, p. 259).
- (12) Azo, Summa super C., 6, 22 (Summa super Codicem, Papie, 1506, réimpr. anast., Augustae Taurinorum, 1966, p. 226) ; Accursius, Gl. ord. ad Inst., 2, 12, 3, v° *Certis* (Lugduni, 1581, col. 197) ; Accursius, Gl. ord. ad D., 28, 1, 6, 1, v° *Surdus* (Lugduni, 1581, col. 366).
- (13) Cynus Pistoriensis, Com. ad C., 6, 22, 10, *Discretis* (In Codicem, Francofurti ad Moenum, 1578, réimpr. anast., Torino, 1964, t. II, fol. 365A) ; Bartolus, Com. ad D., 28, 1, 6, 1, *Surdus* (Super prima Infortiati, Venetiis, 1528, réimpr. anast., Roma, 1998, fol. 102vb) ; Jason de Mayno, Com. ad C., 6, 22, 10, *Discretis* (In secundam Codicis partem Commentaria, Venetiis, 1598, réimpr. anast., Goldbach, 2008, fol. 78va-78vb).
- (14) Louis Charondas Le Caron, Pandectes, III, 2 (Pandectes ou digestes du droict françois, Paris, 1637, p. 388).
- (15) O. Descamps, Les formes testamentaires de l'époque médiévale jusqu'à la période présente en France, in Europäische Testamentsformen, éd. M. Schmoekel et G. Otte, Baden Baden, Nomos, 2011, p. 60-61 ; M. Petitjean, L'acte à cause de mort dans la France coutumière du Moyen Age à l'Epoque moderne, in Actes à cause de mort. Europe médiévale et moderne, Bruxelles, De Boeck Université, 1993 (Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, 60), p. 85-127.
- (16) Coutume de Paris, art. 96 (Les coustumes générales et particulières de France et de Gaule, Paris, 1635, t. I, p. 6) ; Nouvelle coutume de Paris, art. 289 (Les coustumes générales et particulières de France, *op. cit.*, t. I, p. 39).
- (17) C.-J. de Ferrière, La science parfaite des notaires, Paris, 1771, t. II, p. 192.

(18) Louis Charondas Le Caron, *Pandectes*, III, 2 (éd. cit., p. 388).

(19) O. Descamps, *Les formes...*, *loc. cit.*, p. 60-61.

(20) A. Despeisses, *Traité des successions testamentaires et ab intestat*, I, i, 1, n° 28 (Oeuvres de M. Antoine d'Espeisses, Lyon, 1750, t. II, p. 21).

(21) J.-P.-R. Aymar, *Explication de l'ordonnance de Louis XV, roy de France et de Navarre, du mois d'août 1735, concernant les testaments*, Avignon, 1751, spécialement p. 32 et 47 ; J.-B. Furgole, *Traité des testaments, codicilles, donations à cause de mort*, Paris, 1777, t. I, p. 45.

(22) F. Bourjon, *Le droit commun de la France*, Paris, 1770, t. II, p. 296.

(23) Gaius, *Institutes*, II, 116-117 (éd. et trad. J. Reinach, rééd. M. Ducos, *Les belles lettres*, 1991, p. 57) ; V. également les *Tituli ex corpore Ulpiani*, 21 (éd. cit., p. 284).

(24) V. *supra* les développements sur les formes du testament romain au Bas Empire.

(25) C., 6, 23, 29.

(26) Accursius, *Gl. ord. ad C.*, 6, 23, 29, vis *Ex voce* (Lugduni, 1581, col. 1281) ; Bartolus, *Com. ad C.*, 6, 23, 29, *Jubemus*, n° 1 (In *secunda parte Codicis*, Venetis, 1528, réimpr. anast., Roma, 1998, fol. 19ra) ; Jason de Mayno, *Com. ad C.*, 6, 23, 29, *Jubemus*, n° 4 (In *secundam partem commentaria*, éd. cit., fol. 95v).

(27) Bernardus Parmensis, *Gl. ord. ad X*, 3, 26, 13, *Cum tibi*, v° *Dispositionem* (Parisiis, 1612, col. 1092).

(28) V. G. Le Bras, C. Lefebvre et J. Rambaud, *L'âge classique : 1140-1378. Sources et théorie du droit [Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident, VII]*, Sirey, 1965, p. 406-420 et la notice de C. Lefebvre, in R. Naz (éd.), *Dictionnaire de droit canonique*, v° *Equité* (Paris, Librairie Letouzey et aîné, 1953, t. V, col. 397-399) ; pour une autre application de ce concept, V. C. Lefebvre, *Une application de l'équité canonique : la décrétale Per tuas et l'admission des témoins criminels contre les simoniaques*, *Revista española de derecho canónico*, t. 6, 1951. 469-495.






(29) Hostiensis, *Com. ad X*, 3, 26, 13, *Cum tibi*, n° 1-2 (In *tertium Decretalium librum commentaria*, Venetiis, 1581, réimpr. anast., Torino, 1965, fol. 76A).

(30) Johannes Andreae, *Addit. ad Specul.*, IV, 3, § I, v° *Quidam* (*Speculum judicale*, Basilae, 1574, réimpr. anast., Aalen, 1975, t. II, p. 379).

(31) Carolus Molinaeus, *Cons.* 32, n° 12-13 (*Opera*, Parisiis, 1681, t. II, p. 906) ; P. Le Maistre, *La coutume de la prévosté ou vicomté de Paris*, Paris, 1700, p. 399 ; C.-J. de Ferrière, *La science parfaite des notaires*, *op. cit.*, t. II, p. 192.

(32) J. Bérault, *La coutume réformée du duché de Normandie*, Rouen, 1632, p. 458-459 ; Le Comte, *Coutume de Normandie*, Rouen, 1774, p. 263 ; J. Domat, *Lois civiles*, III, i, 2 [Des testaments] (Paris, 1723, t. I, p. 390).

- (33) V. la synthèse d'O. Descamps, Les formes..., *loc. cit.*, p. 70-72.
- (34) J. de Maleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat, Paris, 1805, t. II, p. 454.
- (35) C. S. Zachariä, Cours de droit civil français, trad. C. Aubry et C.-F. Rau, Bruxelles, 1847, t. III, p. 38 ; V. également le Dictionnaire du notariat, 4^e éd., Paris, 1860, t. XII, p. 499.
- (36) Décisions citées par C.-E. Delvincourt, Cours de droit civil, Bruxelles, 1825, t. V, p. 279, n° XXXVII et C. S. Zachariä, Cours de droit civil français, *op. cit.*, t. III, p. 9, note 10.
- (37) C. S. Zachariä, Cours de droit civil français, *op. cit.*, t. III, p. 38 ; Dictionnaire du notariat, *op. cit.*, t. XII, p. 499.
- (38) L. Poujol, Traité des donations entre vifs et des testaments, Paris, 1836, t. II, p. 61.
- (39) C. B. M. Toullier, Le droit civil français, suivant l'ordre du Code civil, Paris, 1812, t. V, p. 410-411 ; G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, Traité théorique et pratique de droit civil, t. XII, Des donations entre vifs et des testaments, Paris, 1896, p. 80.
- (40) V. Marcadé, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, 5^e éd., Paris, 1859, t. IV, p. 16 ; cette position a été contestée par certains auteurs, comme L. Poujol, Traité des donations entre vifs et des testaments, *op. cit.*, t. II, p. 6.
- (41) Dictionnaire du notariat, *op. cit.*, t. XII, p. 498.
- (42) J.-F. Pillebout, J.-Cl. Civil Code, fasc. 20, art. 971-998, n° 14.
- (43) Civ. 14 février 1872 (DP 1872. I. 457 ; S 1872. I. 5) ; V. encore Cass., req., 7 juill. 1910 (DP 1912. I. 122) et CA Nancy, 3 janv. 1903 (DP 1903. II. 213).
- (44) G.-J. Favard de Langlade, Répertoire de la législation du notariat, 2^e éd., Paris, 1830, t. II, p. 469 ; CA Nancy, 3 janv. 1903 (S 1904. II. 209).
- (45) D. Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, Paris, 1856, t. XVI, p. 111, n° 233.
- (46) S 1872. I. 102. Par ailleurs, la déclaration orale « ne saurait être suppléée par de simples signes fussent-ils aussi expressifs et aussi peu équivoques que possible » (Civ. 1^{re}, 7 juill. 1965, JCP G 1965. II. 14385, note P. Voirin).
- (47) DP 1887. I. 399.
- (48) S 1857. I. 122 ; DP 1857. I. 365 ; V. également CA Caen, 17 nov. 1884 (S 1885. II. 171), cité par G. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, Traité théorique et pratique de droit civil, *op. cit.*, t. XII, p. 83, note 5.

- (49) Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 06-12.765  ; D. 2007. 1791  ; Bull. civ. I, n° 228 ; Dr. fam. 2007. comm. 152, note R. Beigner.
- (50) F. Bourjon, Le droit commun de la France, *op. cit.*, t. II, p. 296.
- (51) P.-A. Merlin de Douai, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, v° Sourd-muet (Paris, 1828, t. XVI, p. 377). V. C.-M. de L'Epée, L'art d'enseigner à parler aux sourds-muets de naissance. Augmenté de notes explicatives et d'un avant-propos par M. L'abbé Sicard, Paris, 1820.
- (52) J.-B.-V. Proudhon, Cours de législation et de jurisprudence français, t. II, Traité de l'état des personnes, Besançon, an VII, p. 295.
- (53) CA. Metz, 19 nov. 1828, cité par J.-F. Pillebout, J.-Cl. Civil Code, fasc. 20, art. 971-998, n° 95.
- (54) Bull. civ. I, n° 469 ; JCP G 1957. II. 9718, note C. Jacquillard.
- (55) Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 03-19.075  ; D. 2006. 2066  , obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel  ; Bull. civ. I, n° 131 ; JCP G 2006. IV. 1669.
- (56) Dans le procès-verbal de la coutume de Paris (Les coutumes générales et particulières de France, *op. cit.*, t. I, p. 18).
- (57) Sur les formes du testament dans les droits européens, V. la synthèse d'A. Bonomi *in* Le droit des successions en Europe. Actes du colloque du 21 février 2003, Genève, Droz, 2003, p. 33 s.
- (58) F. Ricci, Corso teorico-pratico di diritto civile, Torino, Unione tipografico-editrice, 1893, t. III, p. 323, note 185 ; N. Stolfi, Diritto civile, t. VI, Successioni, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1934, p. 546. Sur l'histoire du testament en Italie, V. U. Bruschi, Old questions, old answers ? *Testamentsformen* in Italy from the beginning of the *Ars notaria* to the 1942 Civil Code, Europäische Testamentformen, *op. cit.*, p. 155-205.
- (59) J. M. Gonzalez Porras, Comentarios al Código civil y compilaciones forales, t. IX/1b [Artículos 694 a 705 del Código civil], Madrid, Editorial revista de derecho privado, 1987, p. 54.
- (60) P. Rescigno, Trattato di diritto privato, t. VI/2, Successioni, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1982, p. 155.
- (61) Décisions citées dans Comentarios al Código civil, éd. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 858, n° 2 ; V. également X. O'Callaghan, Código civil, Madrid, La Ley, 2004, p. 704, art. 695 et J. Santos Briz *et al.*, Tratado de derecho civil, t. VI, Derecho de sucesiones, Barcelona, Bosch, 2003, p. 204-205.
- (62) V. le journal L'ami des sourds-muets, dirigé par J. Piroux, t. I, 1838-1839, p. 74.
- (63) L'ami des sourds-muets, t. I, 1838-1839, p. 109.

(64) J.-F. Pillebout, J.Cl. Civil Code, fasc. 20, art. 971-998, n° 95.

(65) Loi portant qu'à compter du jour de sa publication, nul acte public ne pourra, dans quelque partie que ce soit du territoire de la République, être écrit qu'en langue française, 2 thermidor an II (Bulletin des lois de la République française, n° 25, p. 1-2, n° 118).

(66) V. not. un arrêt récent : CA Pau, 10 déc. 2012 (inédit).

(67) V. *supra* note 54.

Copyright 2025 - Dalloz – Tous droits réservés