

# **L'intention libérale**

**Michel Grimaldi\***

<b>I. L'existence de l'intention libérale.....</b>	<b>9</b>
<b>II. L'intégrité de l'intention libérale .....</b>	<b>16</b>
<b>III. L'expression de l'intention libérale.....</b>	<b>23</b>

---

\* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.



## L'intention libérale\*\*

1. L'intention libérale est de l'essence même de la libéralité. Toute libéralité, donation ou testament, suppose la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral, d'un appauvrissement sans contrepartie et d'une intention libérale. Pas de donation sans *animus donandi*, pas de testament sans *animus testandi*.

Mais l'intention libérale a toujours été l'une des questions les plus délicates du droit des libéralités. Elle ne cesse d'alimenter un contentieux, qui revêt, en gros, trois aspects.

Parfois, le contentieux porte sur l'*existence* même de l'intention libérale. L'hypothèse est qu'il n'y a de contestation ni sur l'existence ni même sur le contenu de la volonté, mais sur sa cause : ce qui a été voulu est clair et certain, mais l'intention libérale qui pourrait l'expliquer est douteuse. En pareil cas, c'est la qualification de l'acte juridique – acte à titre gratuit ou acte à titre onéreux – qui est en cause, et partant le régime juridique dont il relève.

---

\*\* Le style oral de la communication a été conservé.

Exemple : celui qui donne un terrain à une commune pour y aménager un parc où il pourra satisfaire son goût de la promenade est-il mu par une intention libérale?

Ce contentieux s'explique par les difficultés éprouvées à définir l'intention libérale, à dire si elle s'accommode d'un intérêt personnel du disposant. Il concerne les donations plus que les legs, car un intérêt personnel du disposant se conçoit évidemment mieux dans un acte qui s'exécute de son vivant que dans un acte qui ne sortira ses effets qu'à sa mort.

Parfois, le contentieux porte sur la *qualité* de l'intention libérale, sur son intégrité : c'est celui des vices du consentement. Ce qui est alors en cause, ce n'est plus la qualification de l'acte juridique, mais, très directement, sa validité au fond.

Ce contentieux s'explique tout naturellement par la convoitise, par l'appât du gain sans contrepartie. De toujours, le consentement d'un donateur ou d'un testateur a été, plus que celui d'un vendeur, sujet à dol, par captation ou suggestion, ou à violence. Il existe des coureurs de dots ou d'héritages, non de ventes ou de baux. Ce contentieux concerne pareillement les donations et les testaments.

Parfois, enfin, le contentieux porte sur l'*expression* de l'intention libérale. Tantôt parce que cette expression est imprécise, le disposant s'étant confusément exprimé; tantôt parce qu'elle est irrégulière, le disposant n'ayant pas respecté les formes imposées par la loi. C'est, ici encore, la validité de l'acte juridique qui est en cause.

Ce contentieux est surtout celui du testament, et singulièrement du testament olographe. Lorsqu'il est établi sans le conseil préalable d'un notaire, sans un modèle proposé par un notaire, le testament olographe est un « soliloque devant la mort »<sup>1</sup> où l'effroi et l'angoisse peuvent obscurcir la pensée, et l'ignorance juridique conduire à la faute. Encore que l'abondance de ce contentieux ne s'explique pas seulement par l'amateurisme juridique de la plupart des testateurs, mais aussi par une constante politique jurisprudentielle de sauvetage des testaments olographes. Les juges se sont toujours efforcés de trouver un sens à des testaments olographes qui n'en avaient guère; tout comme ils se sont souvent employés à en valider qui étaient irréguliers en la forme. Le contentieux s'est ici auto-alimenté.

2. Sous ces trois aspects, le contentieux de l'intention libérale s'est sensiblement renouvelé. Et ce, parce que la pratique, la sociologie des libéralités se sont elles-mêmes assez profondément transformées sous l'effet de divers facteurs.

Parmi eux, deux revêtent une importance particulière :

Le premier, qui est heureux et commun aux nations développées, est l'allongement de la durée de vie humaine. La donation, par laquelle on se dépouille de son vivant, se présente sous un jour très différent lorsque l'espérance de vie passe de cinquante à quatre-vingts ans. Et le testament, qui est souvent une œuvre de fin de vie (ce qui n'interdit pas qu'il ait été précédé d'une œuvre de jeunesse), n'est plus tout à fait le même lorsqu'il est l'œuvre, non plus d'un quinquagénaire, mais d'un nonagénaire.

---

<sup>1</sup> Philippe MALAURIE, *Les successions, Les libéralités*, Defrénois, 2004, n° 475.

Le second, qui est moins heureux et qui est très français, est la montée de la pression fiscale. L'alourdissement d'impôts anciens et la création d'impôts nouveaux ont fait de l'optimisation fiscale – désignation pudique et stimulante de l'évasion fiscale – la préoccupation obsédante de beaucoup de Français et l'une des branches d'activités majeures de certains professionnels du droit. Or, dans la boîte à outils du conseiller en gestion de patrimoine, les libéralités occupent, aux côtés du démembrement de propriété, de l'assurance-vie et de la mise en société, une place de choix. Le paysage actuel des libéralités en France est incompréhensible à qui ne tient pas le fil d'Ariane de la fiscalité.

À ces deux facteurs principaux, deux autres viennent s'ajouter, qui jouent d'ailleurs en synergie avec l'allongement de l'espérance de vie.

C'est d'abord la transformation de la famille, qui est à la fois plus restreinte et moins stable que jadis. Parce qu'elle est plus restreinte, le testament souvent n'est plus l'œuvre d'un aïeul entouré des siens, mais l'œuvre d'un vieillard isolé ou d'un pensionnaire d'établissement d'accueil pour personnes âgées : alors que la vulnérabilité du testateur, plus vieux que jadis, croît, la protection familiale tombe. Et parce que la famille est plus mobile, la donation faite à cinquante ans, fortune faite, n'est plus l'œuvre d'une personne pour laquelle, dans l'ordre familial, les jeux sont faits, mais l'œuvre d'une personne pour laquelle durant le temps encore long qui reste à vivre, tout peut arriver : nouvelles aventures, nouveau conjoint, nouveaux enfants...

C'est ensuite la transformation des patrimoines, qui ont perdu beaucoup de leur stabilité de jadis. Parce que la spéculation, mobilière et immobilière, a fongibilisé les avoirs, le donateur qui, pour maintenir son train de vie le

reste de ses jours (de plus en plus nombreux), se réserve l'usufruit du bien qu'il donne, entend conserver autant que possible le pouvoir de décider de la vente de ce bien pour en employer le prix en un placement plus rentable. Cette mobilité des patrimoines, jointe à la mobilité des familles, explique le souci de réversibilité de beaucoup de donateurs, désireux, malgré l'irrévocabilité des donations, malgré le principe *Donner et retenir ne vaut*, de se réserver le moyen de reconsidérer la libéralité consentie sur la base de prévisions sujettes à démentis.

3. Comment ces différents facteurs ont-ils renouvelé la question de l'intention libérale? C'est ce que l'on recherchera en explorant les trois volets du triptyque que forment l'existence (I), l'intégrité (II) et l'expression (III) de l'intention libérale.

## I. L'existence de l'intention libérale

4. Comme on l'a dit, la question de l'existence de l'intention libérale, qui est celle de sa définition, est classique. Elle est de savoir si elle est compatible avec un intérêt personnel du disposant, moral ou matériel. Là-dessus, deux conceptions se sont toujours affrontées :

– Une conception large, suivant laquelle l'intention libérale est suffisamment caractérisée par la volonté et la conscience de s'appauvrir. Les mobiles sont indifférents : peu importe que le disposant escompte une satisfaction, matérielle ou morale, du sacrifice économique qu'il consent.

– Une conception subjective, plus restrictive, suivant laquelle l'intention libérale suppose un sacrifice non seulement conscient et voulu, mais entièrement désintéressé. Les mobiles sont alors essentiels : si le disposant a eu en

vue son intérêt personnel, matériel ou moral, l'intention libérale disparaît.

Cette controverse a alimenté, au fil du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, une jurisprudence assez empirique, difficile à synthétiser et finalement assez incertaine. Disons simplement que, souvent, elle a accueilli la conception subjective :

– En 1894, elle écarte toute intention libérale chez celui qui cède un terrain à une commune en vue d'y édifier une église, dès lors qu'il escompte de cette construction une plus-value pour les terrains qu'il conserve alentour (intérêt matériel)<sup>2</sup>.

– En 1863, elle écarte toute intention libérale chez celui qui remet une somme d'argent à une fabrique<sup>3</sup> en vue du rétablissement de la sonnerie d'une église telle qu'elle était dans sa jeunesse, « dans le but unique – relève la Cour – de satisfaire son caprice, sa fantaisie ou sa vanité » (intérêt moral)<sup>4</sup>.

Toujours est-il que cette controverse semblait apaisée lorsque, ces dernières années, deux phénomènes, déjà évoqués, vinrent la ranimer.

**5.** C'est d'abord la modification des rapports de famille : plus précisément leur patrimonialisation, avec en corollaire le recul du titre gratuit.

---

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juillet 1894, D.1895.1.125.

<sup>3</sup> Une fabrique était un établissement qui avait pour mission de pourvoir aux besoins du culte catholique.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avril 1863, D.1863.1.402.

Une jurisprudence célèbre est venue reconnaître une créance d'enrichissement sans cause, d'abord à la femme contre son mari, dans les années 1980, puis à l'enfant contre ses parents, dans les années 1990 : à la femme qui, séparée de biens, a collaboré à la profession de son mari ou a déployé au foyer une suractivité ménagère, allant ainsi au-delà de sa contribution aux charges du mariage (art. 214, C. civ.)<sup>5</sup>; à l'enfant qui a fourni à ses parents une assistance excédant les exigences de la piété filiale<sup>6</sup>.

De là à juger que, dans ces mêmes circonstances, le mari qui achète un appartement à sa femme, ou le père à son fils, ne consent pas une donation, soit faute d'élément matériel parce qu'il paie ainsi sa dette, soit, plus radicalement, faute d'intention libérale parce qu'il obéit à un devoir de conscience et poursuit ainsi un intérêt personnel d'ordre moral, il n'y a qu'un pas à franchir, que la Cour de cassation a franchi de longue date au bénéfice de la femme.

Ce premier phénomène, de patrimonialisation des rapports de famille, a provoqué une contraction de la catégorie des libéralités. Le second, jouant en sens opposé, a emporté sa dilatation : il s'agit de la quête d'optimisation fiscale.

**6.** Cette quête, en effet, a conduit à une prolifération des libéralités, mais de libéralités fort singulières.

---

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juillet 1979 : Defrénois 1980, art. 32174, 3<sup>e</sup> esp., note A. Ponsard; D. 1980.IR.138, obs. D. Martin; RTD civ. 1981.427, obs. J. Patarin.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juillet 1994 : Bull. 1, n<sup>o</sup> 250; Defrénois 1994, art. 35950, note X. Savatier; D. 1995.623, note M. Tchendjou; JCP 1995.11.22425, note A. Sériaux; 1995.1.37876, n<sup>o</sup> 4, obs. R. Le Guidec; RTD civ. 1995.407, obs. J. Patarin.

Ce que l'on peut illustrer en raisonnant sur deux impôts très redoutés.

– Le premier est l'impôt sur les donations et successions, légales ou testamentaires. Cet impôt est lourd, trop lourd sans doute : entre parents et enfants, quoique progressif et tempéré par des abattements, il peut tout de même atteindre 40 %; entre non parents, spécialement entre concubins, il est de 60 % dès le premier euro (ou, si les concubins sont unis par un pacte civil de solidarité, de 40 % à 50 %). Or cet impôt est ainsi calculé qu'il est une incitation à donner, et à donner jeune.

D'abord, une donation avec *réserve d'usufruit* est un procédé classique qui permet de diminuer l'assiette taxable : l'impôt, en effet, n'est dû que sur la nue-propriété, sans qu'aucun supplément de droits ne soit exigible au décès du donateur, puisque la nue-propriété s'épanouit alors en pleine propriété par l'effet, non de la transmission de l'usufruit, mais de son extinction. Or, naturellement, plus le donateur est jeune, plus son usufruit a de la valeur, et plus le gain fiscal est grand.

Ensuite, une *réduction de droit* est accordée si le donateur est âgé de moins de 75 ans; et elle atteint 50 % s'il a moins de 65 ans.

Enfin, les libéralités en ligne directe et celles adressées au conjoint bénéficient de substantiels abattements qui *rennaissent tous les dix ans*, de sorte que plus l'on commence à donner jeune, plus on peut espérer cumuler les abattements.

Bref, donner ses biens par fractions successives et en s'en réservant l'usufruit peut, si l'on a su enclencher le processus assez tôt, alléger considérablement, voire supprimer, l'impôt que paieraient les enfants s'ils devaient recevoir tous les biens au décès de leur auteur.

– Le second impôt, qui existe en France depuis les années 1970, est l'impôt sur les plus-values, notamment sur celles qui sont réalisées lors des cessions de valeurs mobilières. Or la donation est devenue un moyen usuel de gommer, au moins pour partie, les plus-values.

Des parents résolus à réaliser leurs valeurs mobilières – qu'il s'agisse d'un portefeuille de titres ou d'une entreprise exploitée en forme sociale – commencent par en faire donation à leurs enfants, mais en nue-propiété seulement et sous la charge pour les donataires de consentir à la cession projetée et au report de l'usufruit des donateurs sur le prix. Grâce à quoi, l'impôt de plus-value ne sera dû que sur la cession de l'usufruit, bien que les parents aient la jouissance de l'entier prix de vente, voire sa libre disposition si l'usufruit se mue en un quasi-usufruit (art. 587 C. civ.).

7. Reste que cette instrumentalisation des libéralités, devenues des instruments de défiscalisation, laisse rêveur d'au moins trois points de vue :

– En premier lieu, la libéralité en sort passablement dénaturée. Que reste-t-il, en effet, de l'intention libérale, là où « le mobile propulseur », selon le mot de Josserand<sup>7</sup>, est une sorte de jubilation fiscale? Au point même que la Cour de cassation a pu admettre la nullité pour erreur sur la cause d'une donation faite sur la foi d'un régime fiscal rétroactivement modifié<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Louis JOSSERAND, *Essais de téléologie juridique. II. Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, Dalloz, 1928, n° 297.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 février 1986, *Bull. I*, n° 25; Rép. Defrénois 1986, art. 33825, obs. A. Chappert.

De ce dessèchement ou de cette évaporation de l'intention libérale, le contenu même de la libéralité apporte d'ailleurs une preuve éclatante : souvent, la donation est truffée de clauses qui attestent que le donateur n'a nulle envie de se dépouiller.

Ainsi, la donation avec réserve d'usufruit devient une donation avec réserve de quasi-usufruit : quasi-usufruit qui permet au donateur de conserver, non pas seulement la jouissance du bien donné – des valeurs mobilières ou des immeubles –, mais le pouvoir d'en disposer, à charge pour sa succession d'en restituer la valeur au donataire, lequel, corrélativement, se retrouve dans la situation précaire d'un créancier à terme de somme d'argent.

Ainsi encore, on a vu apparaître des donations facultatives dans lesquelles le donateur ne se dépouille qu'à terme *et* en se réservant la faculté de substituer au bien donné – une entreprise, par exemple – un autre bien, très généralement de l'argent.

Enfin, n'a-t-on pas vu des donations faites par des père et mère à leurs enfants juste avant que ceux-ci n'atteignent l'âge de la majorité, afin qu'ils en ignorent tout, chacun des parents tenant le double rôle de donateur et de représentant légal des donataires<sup>9</sup>?

– En deuxième lieu, l'incitation fiscale à donner de bonne heure est troublante en une époque où l'espérance de vie s'accroît. Il est périlleux de donner jeune encore : matériellement, car le grand âge n'exclut pas les dépenses; moralement, car une fortune conservée aide à retenir l'affection et l'attention des autres. Loysel et Mauriac l'ont dit, chacun à sa façon. Le premier pudiquement : « Qui le

---

<sup>9</sup> La donation paternelle est acceptée par la mère, et la donation maternelle l'est par le père...

sien donne, bientôt s'apprête à moult souffrir »<sup>10</sup>. Le second, plus crûment : « Un vieillard n'existe que par ce qu'il possède »<sup>11</sup>.

Ces vérités qu'illustrent le roi Lear, le père Goriot et quelques autres personnages de la littérature universelle, le législateur ferait bien de les méditer avant de se livrer à un véritable démarchage fiscal de l'intention libérale.

– En troisième lieu, cette ingénierie juridique où des juristes de profession font preuve d'inventivité, d'habileté, et même de virtuosité dans la construction de montages inédits, mais où les plus audacieux évoluent sous la menace continue d'une administration fiscale prompt à invoquer l'abus de droit, cette ingénierie-là met parfois le notariat en difficulté. Pour rester présent sur le terrain des donations, qui est traditionnellement le sien, il est enclin, sous la pression de sa clientèle, à s'adonner à ces jeux de droits. Mais le peut-il sans déroger à son statut d'officier public, sans s'écarter de la mission de service public dont l'État l'a chargé<sup>12</sup>?

**8.** Mais laissons là les libéralités évanouies sous l'effet de la patrimonialisation des rapports de famille, laissons là les libéralités artificielles apparues sous l'effet de l'ingénierie fiscale. Tournons-nous vers celles qui demeurent et qui en sont de vraies : pour elles, l'intention libérale pose la question, non de son existence, mais de son intégrité.

---

<sup>10</sup> Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières d'Antoine Loysel*, Paris, Durand, Videcoq père et fils, 1846.

<sup>11</sup> François MAURIAC, *Le Nœud de vipères*, Paris, Grasset, 2000, p. 47.

<sup>12</sup> Et qui comprend notamment la collecte de l'impôt sur les libéralités...

## II. L'intégrité de l'intention libérale

9. L'intégrité de l'intention libérale a toujours alimenté une vieille querelle doctrinale et un vieux fonds de contentieux.

Depuis d'Aguesseau, qui y répondait positivement, on se pose la question de savoir s'il faut, pour disposer à titre gratuit, une intelligence plus vive, une raison plus éclairée que pour disposer à titre onéreux.

La question est ambiguë. S'il s'agit de l'intelligence de l'acte lui-même, il est sans doute plus facile de comprendre le sens et la portée d'un legs universel ou d'une donation pure et simple que d'un contrat d'assurance ou d'un cautionnement. Mais, s'il s'agit, plus généralement, de l'intelligence des êtres et des choses, il n'est pas douteux que la libéralité expose son auteur aux manœuvres de tiers peu scrupuleux, alléchés par le titre gratuit, et qu'il lui faut, pour disposer valablement, la lucidité et la force de caractère nécessaires pour déjouer ces entreprises.

Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, il existe une jurisprudence, souvent tragi-comique, qui sanctionne les manœuvres dolosives ou les violences visant à extorquer le consentement du donateur ou du testateur. Une illustration en est donné par ce savoureux arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, où il est conté que « le 26 juillet 1874, le nommé Boyancé se rendit, à onze heures du soir, chez la femme Duffau, qui lui avait promis de le recevoir en l'absence de son mari; que, sur la foi d'un signal convenu entre eux, il pénétra dans la chambre..., mais qu'à ce moment-là, il se trouva en présence de Duffau, qui le terrassa et le frappa violemment, lui passa autour du cou une corde..., et le menaça de le tuer...; que Boyancé, éperdu, consentit alors à faire aux époux Duffau une donation de tous ses biens; qu'on alla immédiatement

chercher le notaire d'Auros, et qu'en l'attendant, Boyancé fut placé dans une chambre et gardé à vue; que le notaire, étant arrivé le 27, au matin, fut immédiatement introduit dans cette chambre où toute la famille Duffau se trouvait réunie; et qu'il dressa, séance tenante, un acte de donation, acceptant sans examen la fable par laquelle Boyancé cherchait à expliquer sa présence dans cette maison, les conditions dont il était convenu et la détermination soudaine qu'il avait prise de disposer de tous ses biens au profit des époux Duffau »<sup>13</sup>.

**10.** La question de l'intégrité de l'intention libérale revêt aujourd'hui une acuité particulière, qui tient à la conjonction de deux des facteurs qui ont été évoqués plus haut : l'allongement de la durée de la vie humaine et la transformation des structures familiales.

D'un côté, on vit vieux, et de plus en plus vieux. Or le grand âge, le très grand âge, est celui où l'activité libérale, singulièrement testamentaire, se déploie. Et parfois à un rythme soutenu : quel notaire n'a pas connu de ces testateurs en série dont les œuvres posthumes forment la matière d'interminables procès? C'est qu'à cet âge où l'on est sorti des circuits économiques et où l'activité à titre onéreux s'est tarie (plus d'achat, plus d'emprunt...), l'activité juridique n'est plus que libérale. C'est aussi qu'à cet âge on a besoin, plus qu'au temps de la jeunesse, de cette « précieuse illusion d'immortalité qui, de toute éternité, est enclose dans le testament »<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> CA Bordeaux, 14 août 1876 (donation annulée...), maintenu par Cass. req., 15 juillet 1878, D.1879.1.22.

<sup>14</sup> Jean Carbonnier, préface à Pierre CATALA, *La réforme des liquidations successorales*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 1982, p. 14.

D'un autre côté, la transformation des structures familiales, marquées à la fois par le rétrécissement continu du cercle familial et par l'avènement de familles recomposées, fait que les personnes âgées se trouvent souvent placées dans un environnement propice à l'extorsion de libéralités : soit qu'elles vivent seules, et la menace vient d'un voisinage cupide; soit qu'elles vivent dans un établissement spécialisé, et la menace vient d'un personnel indélicat; soit enfin qu'elles vivent dans une famille recomposée, et la menace vient de cette famille-ci (d'un nouveau conjoint, parfois beaucoup plus jeune), hostile à celle qui s'est défaite (aux enfants du premier lit). Dans toutes ces situations, les méthodes utilisées sont les mêmes : le dol, par suggestion ou captation, qui consiste tantôt à susciter chez le disposant l'animosité envers ses héritiers *ab intestat*, en distillant de fausses nouvelles ou des calomnies, tantôt à prendre sur sa volonté une emprise absolue en le coupant du monde extérieur; la violence, qui est menace de privation de soins ou d'envoi à l'hospice.

**11.** En présence de ces données sociologiques, la politique juridique doit satisfaire deux impératifs, mais qu'il est malaisé de concilier.

Le premier est un impératif de *salubrité*. Il ne faut en aucun cas « laisser passer » des libéralités extorquées. D'abord, parce que ceux qui les ont soutirées doivent être impitoyablement sanctionnés. Ensuite, parce que la libéralité doit, plus encore que les actes à titre onéreux, être un acte de liberté. La consonance de ces deux termes n'est pas fortuite. Littré donne deux sens au terme « libéral » : est libéral celui qui aime à donner; mais, dans le sens premier du terme, est libéral ce qui est digne d'être libre. Hamel

avait raison de dire que « l'acte gratuit est par essence un acte libre »<sup>15</sup>.

Le second est un impératif de *compassion*. Il ne faut pas retirer la liberté de disposer à titre gratuit, et singulièrement la liberté testamentaire, à ceux auxquels elle est la plus secourable : aux personnes âgées. Il ne faut pas les priver de ce qui les occupe et qui leur permet de croire qu'elles se survivront à elles-mêmes : il serait inhumain d'imposer, à partir d'un certain âge, comme un permis de donner ou de tester<sup>16</sup>.

La conciliation de ces deux impératifs peut être recherchée dans deux voies : dans celle des incapacités relatives et dans celle du formalisme.

**12.** Dans la voie des incapacités relatives, le droit civil français s'est déjà engagé, et le droit civil québécois aussi.

En France, des articles 1125-1 du Code civil et 209 du Code de la famille et de l'aide sociale, il résulte qu'une personne admise dans un établissement hébergeant des personnes âgées ne peut consentir de libéralité ni au propriétaire de cet établissement ni à aucun membre de son personnel, médical ou administratif. Certes, l'article 1125-1 n'institue qu'une incapacité d'exercice, puisqu'il réserve l'autorisation du juge; et, du même coup, il ne vise que la donation, car le legs, acte personnalissime, ne peut s'accommoder d'une incapacité d'exercice : pour le testateur, il n'y a d'autre alternative qu'entre la pleine capacité et l'incapacité de jouissance. Mais l'article 209 édicte, lui,

---

<sup>15</sup> Joseph HAMEL, *La nature de la cause dans les libéralités*, Thèse, Paris, 1920, p. 30.

<sup>16</sup> Un peu comme on envisage d'imposer de repasser le permis de conduire aux personnes ayant atteint un certain âge...

une incapacité de jouissance qui embrasse les donations et les legs.

Au Québec, les articles 761 et 1817 C.c.Q. annulent les dons et les legs faits par une personne âgée à sa famille d'accueil.

Et c'est ici le lieu de souligner que les jurisprudences française et québécoise ont su reconnaître à ces textes toute la portée que commande leur fondement, à savoir la protection due à des personnes âgées dépendantes, sans se laisser arrêter par un quelconque fétichisme de la lettre de la loi dans lequel certains auraient voulu l'enfermer au nom du principe général de l'interprétation stricte des exceptions et du principe particulier, qui en procède, selon lequel les incapacités sont de droit étroit. Ainsi, la Cour de cassation a jugé nulle la cession consentie à un établissement de soins, alors même que son auteur se trouvait, à l'époque de l'acte, dans la section médecine de l'établissement, et non dans la section personnes âgées, où il ne devait être admis qu'ensuite<sup>17</sup>. Dans le même esprit, la Cour d'appel du Québec a interprété l'expression « famille d'accueil » comme visant, au-delà du réseau public de la santé, les résidences privées pour personnes âgées<sup>18</sup>. Ces jurisprudences sont bienvenues : fut-elle d'exception, une règle de droit reste une règle de droit qui, comme telle, doit recevoir toute l'application que justifie son fondement et ne saurait souffrir que l'on en retranchât l'une de ses applications rationnelles<sup>19</sup>. A cet égard, la

---

<sup>17</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janvier 1994, *Bull. I*, n° 36; Rép. Defrénois 1994, art. 35891, obs. J. Massip.

<sup>18</sup> *Bourque c. Lafortune*, (2003) J.Q. (Quicklaw) n° 5543 (C.A.).

<sup>19</sup> Gérard CORNU, « L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil », Cours polycopié, D.E.S. 1970-1971, *Les Cours de droit*, p. 211 et s.

motivation de la Cour d'appel du Québec sonne particulièrement juste :

« Quant à l'argument voulant que toute exception à la liberté de tester doive être interprétée restrictivement, il doit être ici nuancé. On a dit en effet que le but de l'article 761 C.c.Q. est de protéger les personnes en perte d'autonomie, au premier chef les personnes âgées. Il s'agit donc d'une mesure de protection. Or une mesure de protection doit recevoir une application large et libérale pour atteindre le but recherché. C'est tout le contraire de l'application restrictive à laquelle on voudrait s'en remettre ici. »

**13.** La seconde voie, celle du formalisme, reste largement à explorer.

Partons de ce constat que l'immense majorité des libéralités douteuses consiste soit en des legs contenus dans des testaments olographes, soit en des donations faites en forme de dons manuels – principalement de dons de sommes d'argent par virements, chèques ou procurations sur comptes bancaires. Et relevons aussi que, corrélativement, très peu de testaments ou de donations authentiques sont querellés à raison d'un dol ou d'une violence subi par leur auteur.

Ce contraste s'explique évidemment par l'intervention du notaire, officier public. D'une part, il est difficile d'extorquer une libéralité notariée, car le notaire, au titre de son devoir d'authentification, doit refuser d'instrumenter s'il lui apparaît que le consentement du disposant n'est pas libre – ce qu'avec un peu de métier, il sait fort bien déceler, ne serait-ce qu'en priant de sortir l'entourage de l'intéressé –; et il doit, au titre de son devoir de conseil, attirer l'attention du disposant sur le sens et la portée de

son acte. D'autre part, il est même dangereux de tenter une telle extorsion, car le notaire peut alors, non pas seulement refuser d'instrumenter, mais aussi avertir le Ministère Public de la menace qui pèse sur l'intéressé, avec, en perspective, son placement sous un régime de protection où il perdra purement et simplement sa liberté de donner, voire de tester. L'officier public, en effet, dispose d'un pouvoir d'alerte que ne saurait neutraliser le secret professionnel auquel il est par ailleurs tenu<sup>20</sup>.

Telles étant les garanties qu'offre l'authenticité, ne serait-il pas bon qu'un juge pût interdire à celui dont la vulnérabilité est avérée, de donner ou de tester autrement que par-devant notaire? De la personne vulnérable, la liberté de disposer à titre gratuit resterait entière sur le fond; elle serait simplement encadrée en la forme. Peut-être d'ailleurs, une telle mesure pourrait-elle être prise par le juge en l'état actuel des textes : au cas de tutelle, en effet, l'article 501 du Code civil permet au juge de relever le majeur de son incapacité relativement à certains actes qu'il lui appartient alors d'énumérer; or, s'il peut ainsi excepter sans nuance la donation ou le legs de l'incapacité, pourquoi ne pourrait-il pas en excepter ceux-là seuls qui seraient faits en la forme authentique? Au soutien de cette suggestion, on invoquera une disposition de la loi du 3 décembre 2001 sur les droits successoraux du conjoint survivant, suivant laquelle il n'est possible de priver son conjoint de son droit viager au logement que par un testament authentique (art. 763, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.) : preuve qu'un souci de protection (ici, d'un tiers) peut justifier que l'on retire au testateur l'option entre les diverses formes

---

<sup>20</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 1992 : Defrénois 1992, art. 35395, obs. J. Massip. *Adde*, à propos du secret médical, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2002 (médecin) : Defrénois 2002, art. 37624, obs. J. Massip.

testamentaires, notamment qu'on lui ferme la voie du testament olographe.

Le recours au notaire permettrait, par ailleurs, d'assurer la qualité de l'expression de l'intention libérale.

### III. L'expression de l'intention libérale

14. L'expression de l'intention libérale, c'est à la fois sa *formulation*, c'est-à-dire la forme que le disposant donne à ses volontés, la façon dont il s'exprime, et son *formalisme*, c'est-à-dire la forme que la loi impose au disposant. Or, ici et là, on constate une même tendance jurisprudentielle, qui est résolument libérale.

On le vérifiera en raisonnant sur le testament.

15. La *formulation* des dernières volontés est souvent ambiguë, vague, imprécise, spécialement sur la désignation du légataire. Une fois encore, l'âge du testateur y est souvent pour beaucoup. De redoutables litiges naissent alors, où s'opposent les héritiers, qui soutiennent la nullité du legs comme fait à une personne indéterminée, et de soi-disant légataires, d'accord pour soutenir la validité du legs, mais divisés sur l'identité du bénéficiaire, où chacun croit se reconnaître.

Or, ce qui est très remarquable, c'est le zèle que déploie la jurisprudence pour sauver de pareilles dispositions. Jouant sur tous les ressorts de l'interprétation, le juge s'emploie, et réussit, à « trouver » le légataire : le legs d'une somme d'argent « pour servir à l'entretien de l'école gratuite attachée à l'Église des Chrétiens d'Ausburg, rue des Billettes, à Paris » est jugé revenir au consistoire de l'Église réformée, et non à la ville de Paris<sup>21</sup>;

---

<sup>21</sup> Req., 18 mai 1852, D.P. 1852.1.137.

le testateur ayant déclaré : « Je donne ma maison, meubles et immeubles. Je reconnais que le magasin est à mon mari », le mari est jugé légataire universel<sup>22</sup>; le legs adressé à « une ou plusieurs œuvres charitables » est interprété comme destiné aux pauvres de Charleville, la commune de naissance du testateur<sup>23</sup>; le legs « au cancer et au cœur » tout comme le legs « en faveur de la recherche contre le cancer » ont été interprétés par la Cour d'appel de Nancy comme faits à la Fondation de France<sup>24</sup>, alors que le bénéficiaire du legs « à la recherche contre le cancer » a été attribuée par la Cour d'appel de Rouen à deux institutions qui se le sont partagés par parts égales<sup>25</sup>...

Il est permis de s'étonner de cette politique de sauvetage quasi systématique de testaments informes où l'interprétation de l'acte confine à sa réfection. Sans doute permet-elle souvent d'alimenter des œuvres philanthropiques. Sans doute aussi procède-t-elle peu ou prou de la crainte révérencielle des morts : de l'idée que le testateur a bien dû « vouloir dire quelque chose » et de la peur que son fantôme ne revienne tourmenter ceux qui n'auraient pas compris ni donc suivi ses dernières volontés. Mais il reste que le risque d'arbitraire pèse sur une interprétation qui, relevant de l'art de faire parler les morts, prend un tour divinatoire et devient, selon le mot de Jacques Flour, une « boîte à surprises »<sup>26</sup>; et qu'il serait sans doute plus raisonnable de laisser la succession suivre son cours

---

<sup>22</sup> Req., 21 février 1934, D.P. 1934.1.69.

<sup>23</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1960, *Bull. I*, n° 289.

<sup>24</sup> CA Nancy, 28 avril 1976, Rép. Defrénois 1977, art. 31396, note H. Souleau; J.C.P. 1979.II.19123 et 19158 *bis*, note A. Brimo.

<sup>25</sup> CA Rouen, 22 février 1995, J.C.P. 1996.IV.401.

<sup>26</sup> Jacques FLOUR et Henri SOULEAU, *Les libéralités*, Paris, Armand Colin, 1982, n° 212.

normal, celui qui lui a tracé la loi, lorsque le *de cuius* ne l'en a pas clairement détournée.

**16.** Le *formalisme testamentaire* donne lieu à une jurisprudence qui, quoique libérale, a su se garder de tout excès dans la « désolennisation du testament » pour reprendre le mot de Josserand<sup>27</sup>.

Le testament olographe – c'est de lui dont il s'agit ici – doit être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur (art. 970, C. civ.). Or, souvent, la date est incomplète ou même manque purement et simplement. En pareil cas, la jurisprudence apporte un double tempérament à la nullité qui, en principe, sanctionne l'absence d'une date complète<sup>28</sup>.

Le premier, classique, est celui de la date *reconstituée*. Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour de cassation admet qu'un testament incomplètement daté ou même non daté puisse être sauvé si sa date complète peut être reconstituée à partir d'éléments tirés de l'acte lui-même, éventuellement corroborés par les circonstances de la cause. A pu être ainsi validé le testament non daté d'un malheureux qui s'était jeté dans un puits, et qui était ainsi rédigé : « Adieu Albert, je te donne tout ce qui m'appartient »<sup>29</sup>. Le ton dramatique (élément intrinsèque) permettait de situer la rédaction juste avant le suicide, lequel avait pu être daté par une expertise médicale (élément extrinsèque).

---

<sup>27</sup> Louis JOSSERAND, La désolennisation du testament, D.H. 1932.chron.73.

<sup>28</sup> Michel GRIMALDI, *Libéralités, partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, n<sup>os</sup> 1369 et s.; Michel GRIMALDI, *La jurisprudence et la date du testament olographe*, Paris, Rep. Defrénois, 1984, art. 33387, D. 1984.chron.353.

<sup>29</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1955, D.1956.5, Rep. Defrénois 1956, art. 27401.

Le second, plus récent, est celui de la date *indifférente*. Par un arrêt du 9 mars 1983, la Cour de cassation a admis la validité d'un testament portant une date à laquelle manquait le quantième et qui n'avait pu être reconstituée, au motif qu'il n'était pas contesté que le testateur avait joui d'une pleine capacité durant tout le mois indiqué (par la date incomplète) et qu'il n'existait pas d'autre testament : au motif, donc, que le quantième était indifférent au regard des deux utilités de la date, qui sont, l'une de permettre de vérifier la capacité du testateur, l'autre d'établir la chronologie de deux testaments contraires, le plus ancien se trouvant révoqué par le plus récent<sup>30</sup>.

Mais cette jurisprudence, depuis plusieurs fois confirmée, doit être bien comprise.

Elle ne consacre pas un formalisme *causé*<sup>31</sup> ou encore *fonctionnel*<sup>32</sup>, suivant lequel la sanction de la violation de la règle de forme pourrait être écartée sur la preuve judiciairement rapportée que, malgré cette violation, les intérêts de fond que la forme visait à protéger sont saufs. Elle se borne, rejetant un formalisme *aveugle*, à admettre que la violation de la règle de forme ne soit pas sanctionnée lorsque les intérêts qu'elle protège ne sont pas en cause, lorsque, donc, le respect de la forme imposée par la loi n'eût servi à rien : elle ne permet nullement que

---

<sup>30</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 1983, *Payan*, Rep. Defrénois 1983, art. 33172, note H. Souleau; J.C.P. 1984.II.20277, note M. Dagot; RTD civ. 1983.775, obs. J. Patarin; Jour. Not. 1983, art. 57419, obs. Sallé de la Marnière

<sup>31</sup> L'expression est de M. Ph. Rémy : note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 février 1981 : J.C.P. 1982.II.19715.

<sup>32</sup> Sur cette conception du formalisme, voir Nicholas KASIRER, « The "Judicial Will" Architecturally Considered » (1996-97) 99 *R. du N.* 2.

s'ouvre un débat sur le fond. Or, il y a là une très forte différence<sup>33</sup>.

Si l'on raisonne sur la date, le tempérament jurisprudentiel ne joue pas si, durant le mois indiqué par la date incomplète, le testateur a été frappé d'une incapacité ou a rédigé un autre testament. Car alors la date n'est plus indifférente. Et le testament sera nul en la forme, sans qu'il soit question de laisser s'ouvrir un débat sur la preuve de son antériorité par rapport à l'ouverture de l'incapacité ou à la rédaction de l'autre testament.

Et si l'on raisonne sur les conditions d'écriture ou de signature, le tempérament ne jouera jamais. Car jamais l'écriture manuscrite, qui vise à assurer la réflexion du testateur, et la signature, qui marque son approbation définitive du contenu du testament, ne sont indifférentes. Et il ne saurait être question de laisser s'ouvrir un débat sur la preuve que le document porte bien la volonté réfléchie et définitive de son auteur. En ce sens, la Cour de cassation a, récemment encore, affirmé la nullité du testament olographe dactylographié<sup>34</sup>; et, en 1995, elle a jugé de façon péremptoire qu'il « ne peut être suppléé à la signature du testateur »<sup>35</sup>, cassant, par ce motif, un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux qui avait affirmé que la signature peut être suppléée par toutes circonstances susceptibles de convaincre autrement et par d'autres voies de l'approbation personnelle et définitive du testateur<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Comp. *id.*

<sup>34</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1998 : *Bull. I*, n° 79.

<sup>35</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1995 : *Bull. I*, n° 248; D. 1995.616; Rép. Defrénois 1996, art. 36277, note J. Hauser; RTD civ. 1995.946, obs. J. Patarin.

<sup>36</sup> CA Bordeaux, 11 janvier 1993, Rép. Defrénois 1993, art. 35629, note J. Hauser; RTD civ. 1994.400, obs. J. Patarin.

Ce rejet d'un formalisme causé est heureux. Que le formalisme ait en vue des intérêts de fond, c'est bien évident. Mais toute sa vertu est d'en assurer une protection avancée, en évitant qu'ils ne fassent l'objet d'un débat juridique incertain. Si, donc, il n'est pas respecté, la sanction doit être automatique, sans que s'ouvre sur le fond le débat redouté : l'efficacité de la protection passe par l'automatisme de la sanction.

C'est pourquoi l'on peut comprendre les réserves qu'a suscitées, au sein même de votre doctrine, l'article 714 de votre Code civil, suivant lequel « le testament olographe ou devant témoins qui ne satisfait pas pleinement aux conditions requises par sa forme vaut néanmoins s'il y satisfait pour l'essentiel et s'il contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt »<sup>37</sup>. Et c'est pourquoi aussi l'on approuvera la jurisprudence de la Cour supérieure du Québec, qui refuse tout effet au testament olographe sur disquette<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Sur ce texte, voir : Jacques BEAULNE, « L'article 714 du Code civil du Québec huit ans plus tard : erreur du législateur ou égarement des tribunaux » dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 27 et s.; Pierre CIOTOLA, « La vérification du testament sur disquette ou l'art de mettre le formalisme testamentaire à la corbeille informatique » *Entracte*, La Chambre des notaires du Québec, 1997 vol. 6, n° 4, p. 10 et s. : « On devrait se demander si l'article 714 C.c.Q. a sa raison d'être dans un contexte de droit civil »; du même auteur, voir également « Projet ou testament? Le testateur peut-il tester sans le savoir? » *Entracte*, La Chambre des notaires du Québec, 1997, vol. 6, n° 7; Roger COMTOIS, « De la désolennisation du testament » (1994-1995) 97 *R. du N.* 408, 412.

<sup>38</sup> *Perreault c. Desrochers*, J.E. 2000-102 (C.S.).

Rappelons ici le mot du doyen Carbonnier : « Le droit ne marcherait pas droit s'il ne chaussait le cothurne étroit de la forme »<sup>39</sup>.

\* \* \*

### 17. Deux réflexions pour conclure.

La première est que, finalement, l'allongement de la durée de la vie humaine et le souci d'optimisation fiscale exposent au double risque, soit de donner trop tôt, soit de tester trop tard : au double risque, soit d'un dépouillement prématuré, soit de dernières volontés troublées par un âge avancé. L'art de disposer de ses biens à titre gratuit est sans doute plus difficile aujourd'hui qu'il ne l'était hier.

La seconde est que la réserve héréditaire – que j'évoque avec tremblement ici, en terre de pleine liberté testamentaire – gagne en utilité dans ce nouveau paysage des libéralités. Elle a pour effet direct de placer une fraction de la succession à l'abri d'une volonté dont on redoute la faiblesse ou l'arbitraire. Et elle a pour effet indirect de désamorcer le contentieux, difficile et aléatoire, de la validité ou de l'interprétation du testament : les enfants, s'ils sont réservataires de la moitié ou des trois quarts de la succession, laisseront passer un legs universel douteux, qu'ils ne manqueraient pas d'attaquer s'il les exhérait totalement. Certes, on opposera à la réserve que le droit de tester est une prérogative du droit de propriété et bénéficie dès lors des plus hautes protections juridiques :

---

<sup>39</sup> Préface préc., p. 4.

de celle du droit naturel, selon Puffendorf, de celle de la Constitution, selon le Conseil constitutionnel français<sup>40</sup>, et de celle de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon la Cour européenne de Strasbourg<sup>41</sup>. Mais à cette défense quelque peu dogmatique de la liberté testamentaire, on répliquera qu'il faut, pour le bien-être des vivants, borner les volontés des morts<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> La liberté testamentaire est un aspect du droit de disposer qui est lui-même, selon le Conseil constitutionnel, un attribut fondamental de la propriété: voir notamment, Cons. constit., 29 juillet 1998, J.C.P. 1998.I.171, obs. H. Perinet-Marquet; RTD civ. 1998.799, obs. N. Molfessis, et 1999.132, obs. F. Zénati.

<sup>41</sup> CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*, série A, n° 31.

<sup>42</sup> Michel GRIMALDI, « Les dernières volontés » dans Jean BEAUCHARD et Pierre COUV RAT (dir.), *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 177 et s.