

matière, celui de la cour de Turin, s'exprime dans le même sens et en termes énergiques : « le testament nul, dit la cour, ne peut jamais figurer devant la loi comme un acte de dernière volonté (1). » La cour de Besançon fonde la même décision sur les textes du code civil que nous avons cités (n° 449) : il n'y a de testament que l'acte fait dans les formes voulues par la loi (art. 893); il faudrait donc un testament nouveau pour confirmer un testament nul, et dans ce cas, ce serait le second acte qui aurait effet, et non le premier. C'est ce que l'article 1339 décide pour la donation; il en doit être de même, et à plus forte raison, du testament qui exige encore plus de formes (2). La cour de Besançon est moins explicite que celle de Turin, mais sa doctrine est la même; si elle n'admet pas la confirmation d'un testament, c'est que les solennités sont requises pour l'existence du testament; un testament nul en la forme n'est pas un testament, et la confirmation ne peut donner la vie à un acte qui n'existe point.

La cour de cassation a donné sa sanction à cette doctrine. Elle a décidé, en droit, que la confirmation par un testament régulier d'un premier testament nul en la forme ne peut faire revivre que celles des dispositions du premier testament que le second rappelle en termes exprès, et auxquelles il donne ainsi une *existence légale*. Donc le testament nul en la forme n'a pas d'*existence légale*, il n'existe pas aux yeux de la loi; la confirmation ne peut pas donner la vie à ce qui n'existe pas, à moins que l'acte confirmatif ne soit lui-même un testament. Dans ce cas, les dispositions renouvelées *revivent*, dit l'arrêt; il faudrait dire plutôt qu'elles naissent à la vie, car elles n'ont jamais vécu, elles sont mortes-nées, comme le dit Troplong. Quant aux dispositions qui ne sont pas renouvelées par le second testament, elles ne peuvent avoir plus de force que le testament qui les contient, elles tombent avec lui; elles n'ont jamais eu d'*existence légale* (3).

(1) Turin, 19 mars 1810 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § 1, art. IV, n° 3 (t. XXXIII, p. 342).

(2) Besançon, 19 mai 1809 (Dalloz, n° 2493, 1°).

(3) Rejet, 7 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 27).

Le même arrêt décide qu'il n'est pas nécessaire que le second testament reproduise littéralement les dispositions du premier. Par application de ce principe, la cour a validé un legs contenu dans le testament annulé, parce que le testament postérieur le rappelait dans le but de grever le légataire qui en était investi de charges non mentionnées au premier. Ceci est une question d'interprétation. Les tribunaux doivent suivre comme règle, ainsi que le dit la cour de Poitiers, qu'il faut rechercher la volonté du testateur et assurer l'exécution de cette volonté lorsqu'elle se montre claire et manifeste et qu'elle s'est renfermée dans les limites de la loi (1).

#### N° 4. DE LA CONFIRMATION DU TESTAMENT PAR LES HÉRITIERS.

461. Ainsi la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour considérer comme non existant le testament nul en la forme; et elles s'accordent encore à décider qu'un testament qui n'a point d'existence légale ne peut être confirmé, qu'il n'y a qu'un moyen pour le testateur de donner vie à ses dispositions, c'est de les refaire dans un nouveau testament. Si le testateur ne peut confirmer un testament nul en la forme, ses héritiers le pourront-ils? Au point de vue des principes que nous venons d'exposer, la question n'a point de sens. Pourquoi le testateur ne peut-il pas confirmer un testament nul en la forme? Parce qu'un pareil testament est le *néant*, dit Merlin; parce qu'il est *mort-né*, dit Troplong; parce qu'il n'a aucune *existence légale*, dit la cour de cassation. Tous ces motifs subsistent après la mort du testateur aussi bien que de son vivant. Par quel miracle un acte qui n'existe pas tant que le testateur vit acquerrait-il une existence légale après sa mort? Nous disons que ce serait un miracle, car ce serait donner la vie à un acte qui n'en a jamais eu. Si le néant ne peut se confirmer du vivant du testateur, comment le néant pourrait-il être confirmé après sa mort? Le néant reste

(1) Poitiers, 26 janvier 1853, et Rejet, 7 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 28 et suiv.). Comparez Rio n, 19 juillet 1871 (Dalloz, 1873, 1, 436).



néant, et la confirmation du néant ne se comprend pas.

**462.** Cependant la doctrine et la jurisprudence admettent que les héritiers du testateur peuvent confirmer le testament nul en la forme. On applique au testament la disposition de l'article 1340 concernant la donation. Aux termes de cet article, « la confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les *vices de forme*, soit toute autre exception. » Nous dirons, au titre des *Obligations*, que l'article 1340 est une véritable anomalie, une anomalie que les auteurs parviennent à peine à expliquer. L'article 1339, tel qu'il est expliqué par la doctrine, dit en d'autres mots : Une donation nulle en la forme ne peut être confirmée, parce qu'elle n'a point d'existence légale. Et que dit l'article 1340? Il permet aux héritiers de confirmer la donation nulle en la forme; il dit donc tout le contraire de ce que dit l'article 1339. S'il y a une disposition exceptionnelle, c'est celle de l'article 1340. C'est plus qu'une exception : au point de vue des principes, cette disposition est inexplicable. La donation nulle en la forme change-t-elle par hasard de nature quand le donateur vient à mourir? cesse-t-elle d'être le néant? Si l'on ne conçoit pas que le donateur confirme le néant, on ne le conçoit pas davantage des héritiers.

Naît maintenant la question de savoir si une disposition exceptionnelle, anormale par excellence, peut être étendue à un cas qui n'y est pas compris. Peut-on appliquer aux testaments ce que la loi dit des donations? Au point de vue des principes, la négative est certaine. Voyons ce que disent les auteurs et les arrêts.

**463.** Troplong pose le principe que nous venons d'établir : « Lorsqu'un testament est nul pour défaut de forme, dit-il, il doit être rejeté, et il ne peut être validé par aucun acte quelconque; il faut qu'il soit refait. » Cependant Troplong admet que les héritiers du testateur peuvent confirmer le testament, soit expressément, soit tacitement. Il semble ne pas apercevoir la contradiction qui existe

entre ces deux propositions. Ce qui le décide, c'est l'ancienne jurisprudence, qui, d'après les témoignages qu'il rapporte, paraît constante en ce sens. Troplong ne se demande pas comment il se fait que des formalités, qui ne peuvent pas être suppléées par la confirmation du testateur, peuvent l'être par la confirmation de ses héritiers. Il se borne à transcrire un passage de Chabrol qui est remarquable (1). « Les formalités, dit le commentateur de la coutume d'Auvergne, n'ont pour objet que d'assurer la vérité du testament, et l'héritier qui a bien voulu exécuter un testament nul est censé s'être rendu certain, par d'autres moyens, de la volonté du testateur. Malgré la nullité, il subsiste *une sorte d'obligation naturelle* qu'il doit être libre à l'héritier d'accomplir. » Est-ce que tel est aussi l'avis de Troplong? Quelques pages plus loin, il examine la question de savoir si le testament nul pour défaut de forme produit une obligation naturelle; après avoir reproduit les opinions des vieux docteurs, il répond que cette question est plutôt du domaine de la théologie que de celui de la jurisprudence (n° 1752). Ainsi il écarte le seul argument juridique que l'on invoquât dans l'ancien droit pour justifier la confirmation du testament par les héritiers. Encore Chabrol paraît-il hésiter; il n'ose pas donner le nom d'obligation naturelle au devoir de conscience qui obligerait les héritiers à exécuter un testament nul en la forme; il dit que c'est *une sorte d'obligation naturelle*, ce qui réduit à rien l'argument. Ce que Chabrol ajoute, que les héritiers sont *censés* s'être assurés de la volonté du défunt, est tout aussi peu fondé; c'est une simple supposition à laquelle les faits donnent un démenti journalier; si les héritiers exécutent le testament nul en la forme, c'est qu'ils reculent devant un procès qu'ils craignent de perdre. En définitive, nous avons une tradition qui ne repose sur rien, et les inconséquences de Troplong sont loin de lui donner quelque autorité. Nous dirons, au titre des *Obligations*, que la théorie d'une obligation naturelle incombant aux héritiers a été reproduite

(1) Chabrol sur Auvergne, chap. XII, art. 50. Troplong, n° 1745.



pour expliquer l'article 1340, et nous prouverons que l'explication n'est pas heureuse. C'est cependant la seule que nous ayons trouvée. Les auteurs se bornent en général à citer l'article 1340, comme si l'application de cette disposition aux testaments ne souffrait aucun doute (1).

**464.** Consultons la jurisprudence. Elle est assez confuse. Il y a des décisions tout à fait contradictoires. La cour de Douai dit que l'article 1340 contient une disposition générale qui s'applique aux donations testamentaires comme aux donations entre-vifs (2). Comment peut-on voir une disposition générale dans un article qui consacre une exception à celui qui le précède, et une exception tellement anormale que les auteurs cherchent en vain à l'expliquer? La cour de Bruxelles a, au contraire, jugé que l'article 1340 n'est pas applicable aux testaments (3). Cette décision est isolée, et nous devons avouer qu'elle a peu de poids. La cour n'a fait que confirmer le jugement de première instance, lequel est assez mal motivé. Ces deux arrêts sont les seuls qui disent un mot de la question; il y a un grand nombre de décisions sur la matière; la plupart se bornent à citer l'article 1340, comme s'il décidait la question. Il parle des donations nulles en la forme, il ne parle pas des testaments; on peut donc tout au plus l'invoquer à titre d'analogie; il nous reste à voir s'il y a même motif de décider.

Ici notre embarras est grand; la question est à peu près insoluble. Pour que l'on puisse affirmer ou nier qu'il y a même raison de décider en matière de testaments qu'en matière de donations, il faudrait connaître les motifs qui ont fait porter l'article 1340, et on les ignore. Nous écartons la théorie de l'obligation naturelle qui, à notre avis, est fautive. Reste l'explication que l'on donne d'ordinaire et qui nous semble la meilleure. Les donations sont vues avec peu de faveur par le législateur français, nous en avons dit les raisons ailleurs. C'est dans le but de les entraver que la loi multiplie les formes prescrites

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 490, note 9, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Douai, 23 juin 1838 (Dalloz, n° 2571).

(3) Bruxelles, 3 avril 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 8).

pour l'existence de la donation. On conçoit que, dans cette doctrine, la loi ne permette pas au donateur de confirmer une donation nulle en la forme, puisque ce serait lui permettre de s'affranchir des entraves que le législateur a opposées à dessein à celui qui, en donnant, fait sortir les biens de sa famille. Mais on comprend aussi que les héritiers puissent renoncer à une action en nullité fondée sur des vices de formes, puisque ces formes ont été introduites en leur faveur pour conserver les biens dans la famille.

Ce motif s'applique-t-il aux testaments? Les testaments font sortir les biens des familles, et plus facilement que les donations, puisque le donateur se dépouille lui-même, tandis que le testateur ne dépouille que ses héritiers. Dans l'ancien droit, on avait pourvu à ce danger; les réserves coutumières frappaient d'indisponibilité la majeure partie des biens du défunt. Le code Napoléon a aboli ces réserves: il a consacré la faculté de tester d'une manière illimitée lorsque le disposant ne laisse pas de descendants ni d'ascendants. On n'a jamais dit que les formes testamentaires aient pour objet d'empêcher le défunt de tester; elles tendent, au contraire, à assurer l'expression de sa vraie volonté. Donc il n'y a pas même motif de décider pour les testaments nuls en la forme et pour les donations nulles en la forme. Il suit de là que les testaments restent sous l'empire des principes généraux: nuls en la forme, ils n'expriment pas la volonté du défunt; il n'y a donc pas lieu d'exécuter ces volontés. Vainement les héritiers confirmeraient-ils les dispositions nulles en la forme; ils ne peuvent pas, en confirmant, créer une volonté que le défunt n'a pas eue; ce serait permettre aux héritiers de tester pour le défunt, ce qui est absurde.

**465.** Nous allons suivre la jurisprudence dans les applications qu'elle fait de sa doctrine. L'article 1340 admet la confirmation ou ratification volontaire par les héritiers du donateur. Par confirmation ou ratification la loi entend la confirmation expresse, c'est-à-dire la renonciation que fait l'héritier au droit qu'il a de se prévaloir de la nullité, pour mieux dire, de la non-existence de la