

donation. Si la confirmation est constatée par écrit, l'acte doit être fait dans les formes voulues par l'article 1338; il faut que l'acte confirmatif fasse connaître la substance de l'obligation qu'il s'agit de confirmer; il doit contenir la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel l'action est fondée.

Il a été jugé que l'article 1338 est applicable, par identité de raison, à la confirmation d'un testament (1). Nous laissons de côté l'identité de raison pour nous en tenir à la décision. L'article 1340 est une anomalie; l'application analogique que la jurisprudence en fait au testament est tout aussi anormale. Il y a un testament nul en la forme, ce qui veut dire qu'il n'y a point de testament, donc pas de légataire. Toutefois l'héritier, par un motif quelconque, déclare confirmer le testament. Cette déclaration peut être verbale; elle peut se faire par écrit sous seing privé, cet écrit sera valable par la simple signature de l'héritier. Voilà donc un testament verbal, ou un testament olographe sans l'observation des formes testamentaires, et ce testament c'est l'héritier qui le fait; car, à la mort du testateur, il n'y avait rien, le néant, dit Merlin, un acte mort-né, dit Troplong, un acte sans existence légale, dit la cour de cassation. C'est la volonté de l'héritier qui donne la vie au néant, qui donne une existence légale à un acte qui n'existait pas aux yeux de la loi. C'est donc lui qui teste; et la loi valide ce testament étrange, sans observation d'aucune des formes testamentaires!

466. L'article 1340 admet aussi l'exécution volontaire comme une confirmation de la donation nulle en la forme. C'est la confirmation tacite. Si l'article 1340 s'applique aux testaments, il faut décider que l'exécution volontaire du testament par les héritiers vaut confirmation. C'est l'opinion des auteurs (2), et elle est consacrée par la jurisprudence. Qu'est-ce que la loi entend par exécution *volontaire*? Toute exécution n'est pas une confirmation, il faut que l'exécution ait eu lieu avec la volonté

(1) Bruxelles, 23 mai 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 150).

(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, n° 2547.

de confirmer. Nous allons voir les conséquences qui en résultent.

Il y a un premier point qui n'est pas douteux : les héritiers ne peuvent confirmer le testament qu'après la mort du testateur; jusque-là il n'y a ni héritiers ni testament. Toute convention qui interviendrait du vivant du testateur serait radicalement nulle, car ce serait un pacte successoire, et le pacte successoire n'a pas d'existence légale; légalement inexistant, comment pourrait-il confirmer un testament qui est aussi inexistant? C'est un cercle vicieux d'impossibilités (1).

467. L'exécution volontaire est une confirmation tacite; il faut donc que les conditions requises pour qu'il y ait confirmation existent. Nous dirons, au titre des *Obligations*, quelles sont ces conditions. Il en est deux sur lesquelles il n'y a aucun doute, en principe : l'héritier doit connaître les vices qui rendent le testament nul, et il doit avoir l'intention de réparer ces vices, c'est-à-dire de renoncer au droit qui en résulte de demander la nullité du testament. Il doit connaître les vices; car l'exécution volontaire qui les purge est une renonciation à l'action en nullité qui naît des vices; or, on ne peut renoncer à un droit que l'on ignore. Il doit avoir l'intention de les effacer, c'est l'essence de la confirmation; on ne conçoit pas plus la confirmation sans intention de confirmer, que l'on ne conçoit un testament sans la volonté de donner.

La cour de cassation a consacré cette doctrine qui, du reste, n'est point douteuse : « L'exécution volontaire, assimilée par la loi à la confirmation, ne peut exister et par conséquent couvrir la nullité de l'acte que lorsque la connaissance du vice de cet acte a accompagné le fait duquel on prétend induire l'exécution volontaire (2). » L'arrêt ne parle pas de l'intention que l'héritier doit avoir de renoncer au droit que les vices de l'acte lui donnaient d'agir en nullité, parce que le débat ne portait pas sur ce

(1) Comparez Bruxelles, 22 mars 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 351, et Dalloz, n° 2543).

(2) Rejet, chambre civile, 24 juillet 1839 (Dalloz, n° 3216, 2°). Comparez Rejet, 5 février 1829 (Dalloz, n° 2554, 1°).

point. Un arrêt de la cour de Colmar complète le principe en le formulant comme suit : « L'exécution volontaire d'un testament nul n'emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer à cet acte qu'autant qu'elle ait eu lieu tout à la fois avec la connaissance du vice à réparer et avec l'intention de le réparer. » La cour ajoute, pour préciser le caractère que doit avoir la renonciation, que les renonciations ne se présument pas ; elle en conclut que « la connaissance des vices et l'intention de les réparer ne sauraient s'induire d'actes équivoques, de probabilités plus ou moins chanceuses ; qu'elles ne peuvent résulter que de faits avérés constituant un abandon de droits positifs, intelligent et libre, dégagé de toute possibilité de surprise, d'ignorance ou d'erreur (1). »

468. Cependant ce principe, malgré son évidence, a été contesté. La cour de Bastia établit une distinction entre l'exécution volontaire et la confirmation. Pour la confirmation, dit-elle, la loi exige que celui qui confirme exprime la connaissance qu'il a du vice et l'intention qu'il a de le réparer. Nous arrêtons la cour à son point de départ : elle s'est laissée induire en erreur par la mauvaise rédaction de l'article 1338. Les auteurs en ont fait la remarque : la loi confond le fait juridique de la confirmation avec l'écrit destiné à la constater. Il y a des conditions exigées pour toute confirmation, qu'elle soit expresse ou tacite, qu'elle soit ou non constatée par écrit. Le législateur a négligé d'énumérer ces conditions ; mais elles ne sont point douteuses, car elles découlent de l'essence même de la confirmation ; c'est la renonciation au droit que l'on avait de demander la nullité d'un acte à raison des vices qui l'infectent ; or, comment concevoir que l'on couvre les vices d'un acte sans les connaître ? La cour de Bastia prétend que pour l'exécution volontaire la loi n'exige pas la connaissance du vice et l'intention de le réparer : celui qui exécute un testament, dit-elle, ne peut plus avoir l'intention de l'attaquer, l'exécution emporte de plein droit déchéance de toute exception ultérieure. En

(1) Colmar, 30 juin 1857 (Daloz, 1858, 2, 42).

effet, ajoute la cour, les héritiers qui exécutent le testament sont *censés* connaître les faits qui les intéressent, et s'ils n'ont pas pris soin de s'en informer, cette négligence doit retomber sur eux, sauf à eux à prouver que l'exécution qu'ils ont donnée au testament est viciée par l'erreur, le dol ou la violence (1). Nous reviendrons sur ce dernier point qui concerne la difficulté de preuve. Quant à la théorie de la cour, elle est fondée sur une présomption que la loi ignore et que le législateur se gardera bien d'établir. En définitive, la cour fait la loi, et elle la fait très-mal. Pour le prouver, nous citerons le cas qui s'est présenté devant la cour de Colmar.

Dans l'espèce, le testament était nul, parce que l'un des témoins était clerc du notaire qui l'avait reçu ; telle était du moins la prétention du demandeur. Or, dans l'acte, ce témoin était qualifié de géomètre-arpenteur ; rien dans le testament ne pouvait révéler aux héritiers que le témoin avait encore une autre qualité, celle de clerc. Donc quand même l'héritier aurait pris connaissance du testament, il n'eût pu soupçonner la cause qui rendait le testament nul, si réellement le témoin avait été clerc du notaire qui avait reçu l'acte. Mais il n'était pas même établi que l'héritier eût eu connaissance du testament, sinon par son insertion partielle dans l'inventaire, et on n'y avait inséré que les dispositions, sans aucune indication des témoins ni des mentions exigées par la loi. C'est dans ces circonstances que l'on prétendait que l'héritier aurait renoncé à ses droits en assistant à l'inventaire dressé par le légataire. Dira-t-on que cet héritier était *censé* connaître des vices dont il ne pouvait pas se douter ? Et l'on veut que celui qui ne soupçonne pas même les vices à raison desquels il a le droit de demander la nullité du testament, renonce au droit que ces vices lui donnent ! Voilà à quoi conduisent les prétendues présomptions que les magistrats se plaisent à imaginer. Laissons là ces présomptions imaginaires et revenons au texte de la loi.

469. Puisqu'on admet que l'article 1340 s'applique

(1) Bastia, 27 juin 1865 (Daloz, 1866, 2, 162).

aux testaments, il faut que l'exécution d'où l'on prétend induire une confirmation présente les caractères d'une confirmation tacite (1). Avant tout, il doit y avoir un fait d'exécution. Comment exécute-t-on un testament? Il s'agit des héritiers; ils exécutent le testament en délivrant les legs, ou en consentant à cette délivrance; si eux-mêmes sont légataires, ils exécutent encore le testament, en recevant le legs qui leur est délivré. Il n'est pas même nécessaire que l'héritier reçoive la chose léguée, il suffit qu'il accepte le legs dans un acte authentique, en y prenant la qualité de légataire; car accepter, à un titre quelconque, la succession testamentaire, c'est exécuter le testament (2). Il en serait de même si la fille légataire se constituait le legs en dot; c'est un acte d'acceptation, donc d'exécution (3).

470. On a prétendu que le long silence des héritiers était un acquiescement ou une exécution volontaire du testament. Cela a été jugé ainsi dans un cas où les héritiers n'avaient attaqué le testament qu'après avoir gardé le silence pendant onze ans (4). Nous croyons que le silence, par lui seul, n'est pas une exécution du testament. Le mot d'exécution implique un fait positif; un fait négatif ou de simple abstention n'est pas un fait d'exécution (5). L'inaction des héritiers soulève une autre question: ne doit-on pas leur appliquer la prescription de dix ans? Cette prescription est une confirmation tacite; on l'applique aux héritiers du donateur; peut-on l'appliquer aussi aux héritiers du testateur? Le texte de l'article 1304 s'y oppose; il ne concerne que les conventions; donc il est étranger aux testaments. Il suit de là que le silence des héritiers ne peut jamais leur être opposé comme une confirmation. Leur action ne s'éteint que par la prescription trentenaire.

471. L'héritier assiste à la levée des scellés, il signe le procès-verbal. On a prétendu qu'il exécutait par là le

(1) Bruxelles, 1^{er} mars 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 107).

(2) Liège, 23 mars 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 107).

(3) Toulouse, 18 mai 1824 (Dalloz, au mot *Substitution*, n^o 43, 3^o).

(4) Colmar, 29 mai 1823 (Dalloz, n^o 2552, 4^o).

(5) Caen, 15 février 1842 (Dalloz, n^o 2546).

testament, puisque, en concourant à un acte fait par les légataires, il les reconnaît comme tels. Il a été jugé que la simple présence n'impliquait aucune exécution, l'héritier qui assiste à la levée des scellés joue un rôle purement passif (1); or, il faut un fait positif pour que l'on en puisse induire l'exécution et par suite la confirmation.

472. La déclaration de succession faite par les héritiers a été considérée comme une exécution du testament dans les circonstances suivantes. Le testament ne disposait que d'une partie des biens; il y avait donc concours de succession *ab intestat* et de succession testamentaire; si le testament était maintenu, il fallait deux déclarations, l'une par les héritiers légitimes, l'autre par les légataires. Cette double déclaration fut faite. Les héritiers ne firent aucune mention du mobilier légué, tandis que, de concert avec eux, les légataires firent une déclaration relative aux valeurs qui leur avaient été léguées. Ce concert supposait un accord, une convention qui tendait à l'exécution du testament (2).

473. Un partage régulier est une exécution directe du testament. Mais si le partage est irrégulier, s'il est fait par des incapables, il est lui-même nul, et comment un acte nul pourrait-il confirmer un acte nul? Il y a un arrêt en ce sens de la cour de cassation (3). On s'étonne que la question, si question il y a, ait parcouru tous les degrés de juridiction.

474. L'exécution du testament ne suffit point. Il faut, dit l'article 1340, que l'exécution soit volontaire, ce qui implique la volonté de confirmer l'acte que l'on exécute. Cette volonté ne se conçoit de la part de l'héritier que s'il connaît le vice qui infecte le testament; s'il ne le connaît pas, on ne peut pas dire qu'il renonce à l'action en nullité: comment renoncerait-il à un droit dont il ignore l'existence? La cour de Turin dit qu'il faut que l'héritier ait vu le testament, qu'il l'ait lu et connu (4). Celui, dit la

(1) Toulouse, 8 février 1866 (Dalloz, 1866, 2, 32).

(2) Rennes, 12 mai 1851 (Dalloz, 1853, 2, 33).

(3) Rejet, 31 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 123).

(4) Turin, 4 et 12 mars 1806 (Dalloz, n^o 2544, 3^o et 4^o).

cour de Montpellier, qui reçoit un legs exécuté à la vérité le testament; mais s'il n'a ni vu ni discuté le testament, s'il n'a pas connaissance des vices qui le rendent nul, il ne renonce pas au droit qu'il a d'en demander la nullité (1). La cour de cassation a consacré cette doctrine, qui n'aurait jamais dû être mise en question; tellement elle est évidente: il n'y a pas confirmation, dit la cour, quand l'héritier n'a ni vu ni discuté le testament (2).

La cour de cassation a fait une application remarquable de ce principe dans l'espèce suivante. Par acte authentique, les héritiers déclarent avoir pris connaissance du testament, l'approuver et renoncer à l'attaquer par quelque motif que ce soit. Ils découvrent ensuite que la date du testament est fautive: peuvent-ils, malgré leur renonciation, demander la nullité du testament? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative. Il est vrai que les héritiers avaient vu le testament, mais ils ignoraient que la date fût fautive; ils ne connaissaient donc pas le vice qui rendait le testament nul; leur renonciation pouvait-elle couvrir un vice qu'ils ne soupçonnaient point (3)?

475. L'application du principe donne lieu à une difficulté de preuve. Est-ce à l'héritier de prouver qu'il n'avait pas vu le testament et qu'il ne connaissait pas le vice qui le rendait nul? ou est-ce au légataire de prouver que les héritiers ont exécuté le testament ayant connaissance du vice? Il faut appliquer les principes qui régissent la preuve. C'est l'héritier qui attaque le testament; comme demandeur, il doit prouver le fondement de sa demande. Il agit en nullité, il doit donc prouver la cause de nullité. Quand cette preuve est faite, le testament doit être annulé, à moins que l'héritier ne l'ait confirmé; la confirmation est une fin de non-recevoir, donc une exception que le légataire oppose au demandeur en nullité. C'est au défendeur de prouver le fondement de son exception. C'est donc au

(1) Montpellier, 22 avril 1831 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 45).

(2) Rejet, chambre civile, après délibéré en la chambre du conseil, 12 novembre 1816 (Daloz, n° 2544, 1°).

(3) Rejet, chambre civile, 14 mai 1867 (Daloz, 1867, 1, 201). Comparez Rejet, 9 novembre 1814 (Daloz, n° 2550, 2°).

légataire de prouver que l'héritier a confirmé le testament. Suffit-il pour cela qu'il prouve l'exécution du testament par l'héritier? Non, car l'exécution à elle seule n'est pas une confirmation; il faut de plus que l'héritier ait connu le vice en exécutant le testament; c'est donc au légataire à établir ce fait (1). Nous reviendrons sur la question, au titre des *Obligations*; elle est controversée. On objecte que celui qui exécute un acte est *présumé* l'avoir connu, parce que les hommes sont censés agir dans leurs affaires avec le discernement que suggère l'intérêt privé (2). De quelle présomption s'agit-il? D'une présomption légale? La loi l'ignore. Or, il n'y a pas de présomption sans loi. S'agit-il de présomptions de l'homme? Elles sont rarement admissibles, et la loi les abandonne à la prudence du juge, qui les apprécie d'après les circonstances de chaque cause (art. 1353).

476. La connaissance du vice qui rend le testament nul ne suffit point, il faut que l'héritier ait eu l'intention de le réparer. Cette intention constitue l'essence de la confirmation. Il y a des arrêts qui exigent que l'héritier manifeste son intention par une approbation expresse (3). C'est confondre la confirmation tacite avec la confirmation expresse. Pour qu'il y ait confirmation expresse, il faut naturellement que l'héritier déclare renoncer à l'action en nullité ou confirmer le testament; peu importent les termes. Mais la confirmation tacite ne demande pas de déclaration expresse de volonté, cela serait contradictoire. L'intention de confirmer se manifeste dans ce cas par un fait, l'exécution volontaire; mais il faut que le fait ne laisse aucun doute, car les renonciations ne se présument jamais; il faut donc que la volonté de confirmer résulte nécessairement de l'acte d'exécution. L'appréciation du fait est nécessairement abandonnée au juge.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 490, § 664.

(2) Troplong, t. II, p. 116, n° 1749.

(3) Nîmes, 12 août 1809 (Daloz, n° 3067). Comparez Grenoble, 7 août 1819 (Daloz, n° 2549).