

d'équité; la donation était faite par contrat de mariage; la faveur accordée aux conventions matrimoniales l'a emporté, dans l'esprit des magistrats, sur la rigueur des principes. Les auteurs n'ont pas l'excuse que les juges peuvent invoquer; leur devoir est, au contraire, de maintenir la loi dans toute sa rigueur, car le respect de la loi est la base de la science du droit.

**589.** L'article 1339 dit que la nullité de la donation est irréparable quand elle est viciée en la forme; il n'y a qu'un moyen de la valider, elle doit être refaite dans la forme légale. N'est-ce pas dire que la donation est inexistante? Il faut qu'elle soit refaite, dit la loi, en la forme légale, c'est-à-dire il faut un nouvel acte de donation, un nouveau contrat qui n'aura d'effet qu'à partir du jour où il aura reçu sa perfection. La confirmation directe étant impossible, il en faut conclure qu'il ne peut y avoir de confirmation indirecte. On enseigne cependant qu'une donation nulle en la forme serait efficacement confirmée par une novation qui la transformerait en un nouveau contrat (1). Dans notre opinion, la novation est tout aussi impossible que la confirmation, et par la même raison. La novation, comme la confirmation, suppose une obligation préexistante à laquelle le créancier renonce; or, la donation nulle en la forme est inexistante. Si elle pouvait être novée, pourquoi ne pourrait-elle pas être confirmée?

**590.** On demande si une donation nulle en la forme peut être confirmée par la tradition de la chose? Ainsi posée la question doit être décidée négativement. Ce serait confirmer la donation en l'exécutant; or, l'article 1339 dit que la nullité ne peut être réparée par aucun acte confirmatif; ce qui comprend, comme nous l'avons dit, l'exécution volontaire. Mais la tradition de la chose donnée peut valoir comme donation nouvelle, si telle est l'intention des parties contractantes, car les dons manuels sont valables. Ce sera alors un nouveau contrat, une nouvelle libéralité qui n'aura d'effet qu'à partir du jour où elle aura

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 264, note 12, § 337, et les autorités qui y sont citées.

reçu sa perfection; tandis que la confirmation, si elle était admise, rétroagirait (1).

**591.** Une dernière difficulté se présente dans cette matière difficile. L'article 1339 est-il applicable aux autres contrats solennels? La question est controversée. Si l'on admet l'explication que nous avons donnée de l'article 1339, il faut répondre affirmativement. C'est parce que la donation est inexistante qu'elle ne peut être confirmée, l'article 1339 est donc l'application d'un principe général; et le même principe doit s'appliquer à tous les contrats solennels, puisque la solennité est prescrite pour l'existence de ces contrats. Mais ce principe même est contesté et il est contestable. Dans l'opinion qui admet que l'article 1339 est une exception aux principes généraux, il va sans dire que cette disposition ne saurait être étendue à d'autres contrats. Nous reviendrons sur la difficulté, et elle est grande, aux titres du *Contrat de mariage* et des *Hypothèques*, où est le siège de la matière.

**592.** L'article 1340 permet aux héritiers du donateur de confirmer une donation nulle en la forme; il est ainsi conçu: « 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. » Cette disposition est encore plus difficile à expliquer que celle de l'article 1339. Nous avons dit ailleurs, et telle est la jurisprudence, que la donation nulle en la forme change de caractère après la mort du donateur. Le texte conduit à cette interprétation, et ainsi interprété il vient à l'appui de l'explication que nous avons donnée de l'article 1339. Si les héritiers peuvent confirmer la donation nulle en la forme, cela suppose que la donation existe, qu'elle est simplement nulle ou annulable, car on ne confirme pas ce qui n'existe point; c'est un axiome en cette matière que la jurisprudence française a consacré par de nombreux arrêts. Par contre, le donateur ne peut confir-

(1) Larombière, t. IV, p. 663, nos 5 et 6 de l'article 1339 (Ed. B., t. III, p. 148). Duranton, t. XIII, p. 308, n° 293. Comparez le tome XII de mes *Principes*, p. 347, n° 277.

mer la donation par aucun acte, ce qui implique qu'à son égard la donation nulle en la forme est inexistante. Donc la donation, d'inexistante qu'elle était pendant la vie du donateur, devient un contrat nul après sa mort. C'est dire que les héritiers en peuvent demander la nullité et qu'ils le doivent, s'ils ne veulent pas maintenir la libéralité faite par leur auteur; il suffit qu'ils n'agissent pas, qu'ils gardent le silence pendant dix ans pour que la donation soit tacitement confirmée. On a demandé si les héritiers pouvaient encore agir en nullité dans le cas où le donateur aurait exécuté la donation. Dans notre opinion, la solution n'est pas douteuse. A l'égard du donateur, la donation est inexistante, et elle reste inexistante, malgré toute confirmation. Donc on ne peut opposer la confirmation ni, par conséquent, l'exécution aux héritiers du donateur(1). A sa mort, malgré la confirmation, la donation est toujours inexistante; à ce moment, elle se transforme et devient un acte annulable.

**593.** Les héritiers peuvent aussi confirmer soit d'une manière expresse par un acte confirmatif, soit par l'exécution volontaire de la donation. Ici nous entrons dans un dédale de doutes. Pourquoi les héritiers peuvent-ils confirmer, alors que le donateur ne le peut pas? Si l'on admet l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1339, l'article 1340 est une dérogation à l'article précédent, c'est une anomalie. Pourquoi le donateur ne peut-il pas confirmer la donation nulle en la forme? Parce que c'est un acte inexistant et que l'on ne peut confirmer ce qui n'existe point. Si l'acte n'existe pas à l'égard du donateur, comment peut-il exister à l'égard de ses héritiers? Le néant peut-il cesser d'être le néant? Comment un acte inexistant peut-il se transformer en un acte existant par la mort de celui qui l'a fait? La donation, en principe, reste certainement ce qu'elle était, un acte inexistant; l'article 1339 dit qu'elle ne peut se confirmer, parce qu'elle est inexistante, tandis que l'art. 1340 dit qu'elle peut se confirmer. Voilà l'anomalie.

(1) La jurisprudence est en ce sens (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 4586).

Dira-t-on que c'est notre interprétation qui est fautive; que la donation nulle en la forme n'est pas un acte inexistant? Soit; c'est donc un acte nul, annulable. La difficulté d'expliquer les deux articles reste la même et l'anomalie subsiste. Si les héritiers peuvent confirmer, parce que l'acte est simplement annulable, pourquoi le donateur ne le peut-il pas? Et si le donateur ne le peut pas, conçoit-on que les héritiers aient un droit qui n'appartient pas à leur auteur? Tout ce qu'on dit, dans l'opinion contraire, pour expliquer et justifier l'article 1339 s'applique à l'article 1340; les motifs de décider étant identiques, comment se fait-il que la décision diffère? Voilà de nouveau l'anomalie!

On peut voir, dans Marcadé, les diverses explications que l'on a données de l'article 1340; il les combat toutes et la tâche est facile, il est inutile de la refaire (1). Mais l'explication que Marcadé donne vaut-elle mieux? A l'égard des héritiers, dit-il, la donation nulle en la forme constitue une obligation naturelle et cette obligation naturelle peut être confirmée. Nous demanderons d'abord si l'on peut confirmer ce qui n'existe point? Et l'obligation naturelle existe-t-elle aux yeux de la loi avant d'être payée, c'est-à-dire éteinte? Nous avons d'avance répondu à la question (n° 569). Mais supposons que l'obligation naturelle puisse se confirmer, nous demanderons comment les héritiers peuvent être tenus d'une obligation dont le défunt n'était point tenu. Encore une anomalie! Et si l'obligation est naturelle à l'égard des héritiers, ne l'est-elle pas, à plus forte raison, à l'égard du défunt?

Nous croyons inutile d'insister. L'explication de Marcadé n'a pas trouvé faveur. Il n'y en a qu'une seule qui rende raison de l'anomalie consacrée par l'article 1340; nous ne disons pas qu'elle lève la contradiction. Pourquoi le législateur a-t-il fait de la donation un contrat solennel? pourquoi a-t-il multiplié les formalités requises pour l'existence du contrat? Pothier répond que l'on a voulu entraver les donations, parce qu'elles font sortir les biens

(1) Marcadé, t. V, p. 102, nos I et II de l'article 1340.

des familles pour les mettre dans une famille étrangère, ce qui est contraire à l'esprit traditionnel du droit français. C'est donc dans l'intérêt des héritiers que la loi déclare inexistante la donation nulle en la forme; or, chacun peut renoncer à ce qui est établi dans son intérêt; on conçoit donc que les héritiers exécutent la donation que leur auteur a voulu faire; ils renoncent à un droit qui était introduit en leur faveur. L'explication est pratique, elle n'est pas juridique. D'après la rigueur des principes, il faudrait dire que la donation nulle en la forme est inexistante à l'égard des héritiers comme à l'égard du donateur et l'on ne confirme pas ce qui n'existe pas. Mais les auteurs du code n'ont pas grand souci de la rigueur des principes; ils s'inspirent plutôt des intérêts et des besoins de la vie réelle. A ce point de vue, l'explication que nous venons de donner peut être admise.

**594.** Comment se fait la confirmation? Il a été jugé que l'on doit appliquer à la confirmation des héritiers ce que l'article 1338 dit de la confirmation en général, c'est-à-dire que le droit commun reçoit son application; cela n'est pas douteux(1). La confirmation ne change point de nature quand elle est faite par les héritiers du donateur; il n'y a qu'une seule confirmation, régie nécessairement par les mêmes principes; nous les exposerons plus loin.

**595.** L'article 1340 dit que la confirmation d'une donation par les héritiers emporte leur renonciation à opposer soit les *vices de forme*, soit *toute autre exception*. C'est dire que toute nullité se couvre par la confirmation des héritiers. Cela était inutile à dire pour les nullités qui ne procèdent pas d'un vice de forme, car ces nullités ne sont pas substantielles, en ce sens qu'elles ne rendent pas la donation inexistante; dès lors le vice ne peut être effacé par la confirmation. Le donateur même, comme nous l'avons dit (n° 587), peut confirmer une donation nulle pour toute autre cause qu'un vice de forme. A plus

(1) Cassation, 12 juin 1839 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4589, 3°). Toulouse, 1<sup>er</sup> avril 1868 (Daloz, 1868, 2, 120).

forte raison les héritiers peuvent ils confirmer ce qui est nul. C'est le droit commun (1).

Les termes généraux de l'article 1340, « toute autre exception, » ont donné lieu à une légère difficulté qui a été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. Les héritiers exécutent une libéralité faite par le défunt: renoncent-ils par là à l'action en réduction? Il n'y a rien de commun entre l'action en réduction et l'action en nullité; l'une suppose que la donation est valable, donc il ne peut s'agir de la confirmer, tandis que l'autre tend à faire annuler la donation pour un vice quelconque. On peut, il est vrai, renoncer à l'action en réduction, mais ce n'est pas là une confirmation. Par contre, confirmer une donation nulle, ce n'est pas renoncer au droit d'en demander la réduction, le droit d'agir en réduction étant essentiellement distinct du droit d'agir en nullité. La jurisprudence est en ce sens (2).

**596.** L'article 1340 s'applique-t-il aux autres contrats solennels? Dans l'opinion que nous avons admise, la négative est certaine. L'article 1340 déroge à un principe fondamental en matière de confirmation, en permettant de confirmer un acte qui n'existe point. Essentiellement exceptionnelle, cette disposition ne peut être étendue par voie d'analogie. Cependant la jurisprudence décide que les conventions matrimoniales nulles en la forme peuvent être confirmées par les héritiers des époux (3). Nous reviendrons sur la question, qui présente des difficultés spéciales. La jurisprudence suppose que le contrat de mariage est nul, mais qu'il existe aux yeux de la loi. Ne faut-il pas dire de ce contrat ce que nous disons de la donation, que, nul en la forme, il est par cela même inexistant? C'est là la vraie difficulté, dont nous ajournons l'examen au titre qui est le siège de la matière.

**597.** Qui peut confirmer? « Les héritiers ou ayants

(1) Rejet, cour de cassation de Belgique, 18 mai 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 1, 190).

(2) Cassation, 5 juin 1821 (Daloz, au mot *Chose jugée*, n° 202, 1°) et 12 juin 1839 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4589, 1° et 3°). Comparez les arrêts de Paris et de Nancy, rapportés *ibid.*, nos 2 et 3.

(3) Rejet, chambre civile, 26 avril 1869 (Daloz, 1869, 1, 246).

cause, » dit la loi; donc, non-seulement les héritiers légitimes, mais aussi les successeurs universels. Si l'on s'en tient à l'explication que nous avons donnée, on devrait limiter l'exception aux héritiers légitimes; eux seuls constituent la famille et c'est dans l'intérêt de la famille que le législateur a dérogré aux principes en permettant aux héritiers de confirmer. Mais le texte ne laisse aucun doute; il s'applique même aux ayants cause; il étend donc l'exception à des cas dans lesquels elle n'a point de raison d'être. Nouvelle anomalie. Il faut laisser les principes de côté, puisqu'il s'agit d'une disposition contraire aux principes. En se plaçant au point de vue pratique, on comprend que le législateur ait permis à toutes personnes intéressées de confirmer la donation; s'il le défend au donateur, c'est qu'il craint que celui-ci ne dépouille ses héritiers. Après sa mort, cette crainte n'existe plus; dès lors il n'y a plus de motifs d'empêcher qui que ce soit de confirmer la donation. La loi parle des ayants cause, en général, donc des successeurs à titre particulier aussi bien que des successeurs universels. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens et la question n'est pas douteuse (1).

**598.** Quand les héritiers peuvent-ils confirmer? Le peuvent-ils du vivant du donateur? Le texte répond: après le décès du donateur. Nous ne comprenons pas que la question soit discutée. Ce sont les héritiers qui confirment, et y a-t-il des héritiers du vivant du donateur? S'ils confirmaient avant son décès, ils feraient un pacte sur une succession future, dit Bigot-Préameneu; donc leur confirmation serait elle-même nulle, pour mieux dire inexistante. Ce serait donc confirmer un acte inexistant par un acte inexistant (2)!

N° 3. DES OBLIGATIONS NULLES.

**599.** En principe, toute nullité peut être couverte par la confirmation. Cela résulte des termes généraux de

(1) Rejet, 21 mars 1826 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 1422).

(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 207 (Loché, t. VI, p. 184). Rejet, 12 novembre 1827 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 4587).

l'article 1338: « L'acte de confirmation d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité. » Donc, dès qu'il y a action en nullité, il y a lieu à confirmation. Faut-il en conclure que les nullités d'ordre public se couvrent aussi par la confirmation? La question est controversée. Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord. Lorsque la nullité est perpétuelle, elle est par cela même irréparable. La raison en est simple et évidente: le vice subsistant toujours, la confirmation serait viciée aussi bien que la convention qu'il s'agit de confirmer; c'est dire que toute confirmation est impossible (1). Tel était le vice d'usure. Il n'y a plus d'usure, il y a cependant des clauses qui ont un caractère usuraire, et que le code déclare nulles. Telle est la clause prévue par l'article 2088. Quand un immeuble est donné en antichrèse, le créancier n'en devient pas propriétaire par le seul défaut de paiement au terme convenu. Toute clause contraire est nulle. Cette nullité peut-elle être couverte? Elle est perpétuelle de sa nature, le vice subsiste donc au moment où la confirmation intervient et il annule la confirmation; c'est un vice irréparable. Vouloir le réparer, c'est violer la loi, et cette violation entraînerait la nullité de l'acte.

Le même principe s'applique à des nullités plus importantes. Nous avons dit ailleurs que les substitutions ne peuvent être confirmées; la cour de cassation invoque le principe que la nullité est d'ordre public (2). Il faut ajouter que la nullité est perpétuelle, si par la confirmation on prétend maintenir la substitution; la confirmation elle-même serait viciée et nulle par conséquent. Il va de soi que les héritiers sont libres de maintenir la libéralité faite à l'institué; mais il faudrait pour cela une nouvelle convention; ce ne serait donc pas une confirmation proprement dite, celle-ci ne se conçoit pas en matière de substitution, puisqu'elle ne peut faire disparaître le vice qui entache l'acte.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 263 et suiv., § 337.

(2) Rejet, 2 mars 1858 (Daloz, 1858, I, 308) et 24 avril 1860 (Daloz, 1860, I, 211). Comparez le tome XIV de mes *Principes*, p. 610, n° 520.