

aurait toujours un avantage, c'est de donner à l'héritier un recours contre son cohéritier, ainsi que les sûretés attachées à la créance. Mais la subrogation conventionnelle ne lui donnerait pas de recours pour cause d'insolvabilité; car le créancier ne peut pas subroger l'héritier à des droits qu'il n'a pas lui-même. Or, il n'y a pas de garantie entre les héritiers ou successeurs universels en cas d'insolvabilité, lorsque la dette est chirographaire, et la subrogation ne peut pas créer, à charge des héritiers du débiteur, une obligation qui ne leur incombe pas en vertu de la loi.

TITRE III

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS (1).

INTRODUCTION.

89. Les interprètes ouvrent tous le commentaire sur le titre II des *Donations et Testaments* par l'examen d'une question de philosophie du droit : la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit est-elle de droit naturel? Nous y avons répondu d'avance, en exposant le fondement du droit de propriété, et en déduisant de ces principes la théorie du droit de succession (2). Si la propriété est une création de la loi, il va sans dire que tous les modes de la transmettre sont une œuvre plus ou moins arbitraire et partant transitoire; car les attaques contre le droit naturel de propriété aboutissent toutes au socialisme ou au

(1) Sources : Ricard, *Traité des donations*, 2 volumes in-folio, Paris, 1733. Furgole, *Traité des testaments* (Œuvres de Furgole, 8 volumes in-8°, Paris, 1775). Grenier, *Traité des donations et des testaments*, 4^e édition de Bayle-Mouillard, 4 vol. in-8°, 1849). Pujol, *Traité des donations et des testaments*, 2 vol., 1836. Vazeille, *Des successions, donations et testaments*, 3 vol., 1837. Coin-Delisle, *Commentaire analytique sur les donations et testaments*, 1 vol. in-4°, 1855. Troplong, *Commentaire sur le titre des donations et testaments*, in-4° (édition belge, 2 vol.), 1855. Saintespes-Lescot, *Des donations et des testaments*, 5 vol. (Paris, 1861).

(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 115, nos 87 et suiv., et t. VIII, nos 468-476.

communisme. Jusque dans ces derniers temps, la plupart des écrivains et des légistes politiques étaient d'avis que les successions, et surtout les successions testamentaires, procédaient de la volonté du législateur. Cela passait presque pour un axiome. Comment croire que l'homme ait la faculté de disposer de ses biens alors qu'il n'existe plus? Ce n'est pas que les légistes soient socialistes ou communistes : leur science n'aurait plus de raison d'être s'il n'y avait pas de propriété individuelle. C'était préjugé de race et d'éducation. Le catholicisme a répandu des idées et des sentiments peu favorables à la propriété. Longtemps ces doctrines ont paru peu dangereuses, on n'y voyait que l'expression de la charité évangélique, et les hommes positifs ne craignaient guère que la charité portât les propriétaires à abdiquer leurs biens au profit des pauvres et de l'Église, comme les y conviaient les orateurs sacrés. Mais les principes ont une force d'une puissance extrême. On avait prêché pendant des siècles que la communauté était de droit naturel ou divin; il en résulta que tous les esprits finirent par être imbus de ce préjugé.

La France venait d'accomplir une révolution prodigieuse. Une assemblée, comme il ne s'en est jamais trouvé au sein d'aucun peuple, était occupée à rédiger un code de lois nouvelles pour une nation nouvelle. Le plus grand de ses orateurs étant mort, Talleyrand vint lire son testament à la tribune : c'était un discours contre la faculté de tester. Que disait Mirabeau? L'homme n'a aucun droit exclusif sur aucun objet de la nature; ce qui appartient également à tous n'appartient réellement à personne. Si la propriété existe, c'est que la loi l'a créée pour des motifs d'utilité sociale : « Les lois ne protègent pas, ne maintiennent pas seulement la propriété, elles la font naître en quelque sorte. » Qu'est-ce que la succession dans cet ordre d'idées? Une création de la loi aussi bien que la propriété. Les biens du défunt rentrent de droit dans le domaine commun, pour retourner ensuite par la volonté générale aux héritiers légitimes appelés à continuer la jouissance de leur auteur et les droits résultant de l'état

précédent de communauté. C'est donc à la loi de distribuer les biens que l'homme laisse à son décès; ce n'est pas au propriétaire; à vrai dire, le propriétaire n'est qu'un usufruitier, et sa jouissance finit avec lui.

Le discours contre la faculté de tester était au fond un discours contre la propriété. Quelle impression fit-il sur l'assemblée? Elle ne protesta pas; comment l'eût-elle fait, puisqu'elle partageait les idées de l'orateur qu'elle était heureuse d'entendre encore, parlant du sein de sa tombe. Robespierre parla dans le même sens, bien que moins absolu dans ses conclusions que Mirabeau. Troplong accuse, à cette occasion, le fameux tribun de matérialisme. Le disciple passionné de Rousseau un matérialiste! C'est l'homme que l'on accuse d'un matérialisme obstiné qui fit décréter par la Convention nationale les bases de toute religion, la croyance en Dieu et la foi en l'immortalité de l'âme. Tronchet, qui joua un si grand rôle dans la préparation et la discussion du code civil, était dans le même ordre d'idées. La propriété finit avec l'homme; si on lui permet de la transmettre, c'est par exception à la loi naturelle, c'est une concession que le législateur lui fait, moins pour son avantage personnel que pour l'intérêt commun de la société (1).

90. L'opinion de Tronchet est celle de la plupart des commentateurs du code civil. Tant que le débat ne s'agita que dans le domaine de la théorie, on y faisait peu d'attention, et on y attachait peu d'importance. C'était méconnaître la puissance des principes. De la tribune ils finirent par descendre dans la rue. Babeuf n'avait pas d'autre doctrine que Mirabeau, mais il s'en servit pour passionner les basses couches de la démocratie. Ce travail latent se poursuivit; grâce à l'ignorance et à l'aveuglement des classes ouvrières, le communisme brutal du tribun de l'égalité trouva des partisans nombreux; ils menacent de devenir innombrables. Enfin les yeux se sont ouverts, et on a compris l'importance des principes. Nous

(1) Voyez les discours de Mirabeau, de Robespierre et de Tronchet dans Buchez et Roux, *Histoire parlementaire de la révolution française*, t. IX, p. 285 et suiv.

ne répéterons pas ce que nous avons dit ailleurs. Les fausses doctrines ne se tuent pas à coups de canon ; elles ne cèdent que devant la vérité, comme les ténèbres devant la lumière. Cependant tel est l'aveuglement des classes dites supérieures, que les pays les plus exposés aux révolutions démocratiques repoussent l'instruction obligatoire ; on dirait un malade qui rejette loin de lui le seul remède qui le puisse guérir, et on serait tenté de s'écrier avec le poète : Ceux que Dieu veut perdre, il les aveugle ! Après 1848, l'Académie des sciences morales publia une série de traités destinés à éclairer le peuple : il eût fallu commencer par lui apprendre à lire. Troplong écrivit une défense de la propriété ; nous doutons fort qu'elle ait converti un seul socialiste. Dans son commentaire sur le titre des Donations et Testaments, Troplong prend aussi la défense de la faculté de tester. Nous l'admettons avec lui. Dès que l'on reconnaît que la propriété est de droit naturel, la conséquence ne saurait être contestée : le propriétaire transmet son droit à ses héritiers, soit en laissant ses biens aux parents que la loi y appelle, soit en disposant lui-même de son hérité. La succession *ab intestat* implique la succession testamentaire. Si le législateur transmet les biens du défunt à sa famille, cela suppose que telle est la volonté du défunt ; en ce sens on peut dire que la succession *ab intestat* est le testament présumé de ceux qui ne testent pas.

Est-ce à dire que le testament soit la règle et que la succession *ab intestat* n'en soit que l'application ? Tel paraît être l'avis de Troplong. Dans son petit Traité de la propriété, il dit que le testament est le triomphe de la liberté dans le droit civil. Il revient sur cette pensée dans la préface de son Commentaire sur les Donations et Testaments. A l'entendre, le testament serait lié au sort de la liberté civile, de sorte que là où la faculté de tester serait illimitée, la liberté civile existerait au plus haut degré (1). Cela n'est-il pas trop absolu ? Ne faut-il pas plu-

(1) Troplong, *Traité de la propriété suivant le code Napoléon*, chapitre XXXI. *Commentaire sur le titre des donations et testaments*, préface, p. 1 et suiv.

tôt renverser la thèse, et dire que la succession *ab intestat* est la règle, tandis que le testament ne doit être qu'une exception, exception légitime, mais qui cesserait de l'être si la faculté de tester était illimitée ? Tel était l'avis d'un des grands penseurs de l'antiquité : Aristote blâme ce que Troplong loue. A Sparte régnait la liberté illimitée de tester. Qu'en résulta-t-il ? C'est que le sol finit par être dans les mains de quelques individus, tandis que l'immense majorité des citoyens ne possédaient presque rien (1). Est-ce la l'idéal des sociétés modernes ? Dans notre Introduction au titre de la *Propriété*, nous avons dit que l'idéal du législateur doit être que tout homme soit propriétaire. La propriété n'est pas la liberté, mais elle est l'expression et la garantie de l'individualité humaine, elle est la condition et l'instrument de notre développement intellectuel et moral. A ce titre, elle doit être l'apanage de tout homme. Quel est le meilleur moyen d'atteindre ce but ? est-ce le testament ou la succession *ab intestat* ? Nous allons aussi invoquer l'histoire, et sa réponse sera tout autre que celle qu'on lui prête.

91. Troplong a consacré de longues pages à la philosophie de l'histoire des testaments. Comment se fait-il qu'il ait passé si rapidement sur l'époque coutumière, et qu'il n'ait pas même prononcé le nom de Domat ? C'est dans les coutumes que se trouvent les racines de notre droit, et Domat en a écrit la théorie de main de maître. Son témoignage est d'autant plus considérable qu'il professe un grand respect pour le droit romain ; mais dans la matière des successions et des testaments, il n'hésite pas à donner la préférence au droit coutumier. Nous avons exposé sa doctrine ailleurs (2). Il y a opposition complète entre le droit de Rome et nos coutumes. Les Romains disaient que le testament est de droit public (3) : c'est, en d'autres mots, le principe de Troplong, l'identification du testament et de la liberté, telle qu'on l'entendait à Rome. Domat dit

(1) Aristote, *Politique*, liv. II, chap. VI, § 11.

(2) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, nos 477 484, p. 565 et suiv.

(3) « *Testamenti factio non privati, sed publici juris est.* » L. 3, D., *Qui test. fac. poss.*

qu'il n'a pas mis cette règle dans le titre qu'il consacre aux successions testamentaires, parce que dans toutes les coutumes il est, au contraire, d'un droit universel et comme public qu'on ne puisse pas faire de testament, c'est-à-dire d'institution d'héritier (1). La différence est radicale : tient-elle à ce que les Romains connaissaient mieux la liberté civile que nos ancêtres? La liberté, à Rome, n'a jamais signifié que puissance et domination; la vraie liberté, celle qui est l'expression de l'individualité humaine, y était inconnue, nous l'avons héritée du sang germain qui coule dans nos veines. Si la liberté civile doit régner quelque part, c'est dans le sein de la famille; et qu'était-ce que la famille à Rome? Esclaves, enfants, femme, tout était absorbé dans la puissance illimitée du père de famille. De là ces paroles célèbres des Douze Tables que Troplong aime de citer : « Ce que le père de famille aura ordonné de ses biens fera droit (2). » Dans nos plus anciennes coutumes, nous trouvons une tout autre maxime : « Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut (3). » L'ordre des successions ne dépend donc pas de la volonté arbitraire de l'homme; ce n'est pas lui qui fait le droit, c'est Dieu. De là les coutumes concluaient qu'il n'appartient pas à l'homme de disposer de ses biens comme il l'entend. C'était une des règles fondamentales de notre ancien droit, qu'on ne fait pas héritier qui l'on veut, par testament, de ses propres, mais bien de ses meubles et acquêts, c'est-à-dire de la plus faible partie de son patrimoine. Les propres constituaient la fortune héréditaire à laquelle Dieu appelle ceux qu'il fait naître dans telle famille plutôt que dans telle autre; les coutumes limitaient toutes, plus ou moins, la faculté de disposer des propres, soit par donation, soit par testament; d'après les unes, on pouvait disposer du tiers; d'après les autres, du cinquième; il y en avait qui déclaraient les propres indisponibles pour le tout : c'étaient

(1) Domat, *Des lois civiles*, deuxième partie, livre III, préface, p. 408.

(2) « *Paterfamilias uti legasset super familia pecunia, tutelave suæ rei, ita jus esto.* »

(3) Glanville, *de legibus Angliæ*, VII, 1. Comparez De Laurière sur Loisel, II, 4, 5.

celles qui reproduisaient le plus fidèlement le vieux droit germanique (1).

92. Ces restrictions concernaient surtout les testaments; logiquement, on aurait dû les étendre aux donations. Mais ici les coutumes se heurtaient contre un droit qu'elles n'osaient attaquer ouvertement, le droit du propriétaire de disposer de ses biens entre vifs. A moins d'annuler le droit de propriété, on ne pouvait empêcher le maître d'aliéner sa chose. Que firent les coutumes? Elles entravèrent et enchaînèrent la liberté du propriétaire, en multipliant les conditions et les formes requises pour la validité des donations. L'esprit de notre droit français, disait Pothier, est de conserver les biens dans les familles; les donations faisaient sortir les biens des familles : de là la défaveur qui les frappait. On les considérait comme de droit étroit, parce qu'elles étaient préjudiciables aux familles (2), et par cette raison on cherchait à les arrêter indirectement. On fit de la donation un contrat solennel, hérissé de formes qui n'avaient d'autre raison d'être que le désir d'empêcher les libéralités. Tel était l'esprit de cette maxime fondamentale de notre ancien droit : « Donner et retenir ne vaut. » Tel était le sens de ces conditions étranges, dont on chercherait vainement un motif juridique, comme l'acceptation expresse. Elles avaient cependant un sens profond. On permettait au donateur de se dépouiller lui-même, en dépouillant ses héritiers, parce qu'on ne pouvait guère le lui défendre; mais on lui faisait sentir qu'il se dépouillait actuellement et irrévocablement. L'homme est si attaché aux biens qu'il possède, surtout à ceux qu'il reçut de ses ancêtres, qu'il s'en séparera difficilement s'il doit s'en dessaisir; voilà le sentiment très-naturel sur lequel les coutumes prenaient appui pour obtenir indirectement ce qu'elles ne pouvaient faire directement : empêcher le propriétaire de dépouiller ses héritiers, en conservant les biens dans les familles (3).

(1) Voyez les détails dans Troplong, Préface, p. 52, note 5.

(2) Ce sont les expressions de De Laurière sur Loisel, *Institutes coutumières*, liv. IV, tit. IV.

(3) Ce sont les paroles d'Argou, *Institutes au droit français*, t. I, p. 272 de