

étant résolu, les droits par lui concédés à des tiers sont également résolus. L'article 963 n'applique le principe qu'aux droits réels consentis par le donataire; il en serait de même des aliénations qu'il aurait faites à titre onéreux ou à titre gratuit. Cela ne fait aucun doute. On demande si le principe s'applique au cas où la donation est déguisée sous la forme d'un contrat onéreux. La question est controversée. Les éditeurs de Zachariæ hésitent; ils penchent assez, disent-ils, pour la solution négative (1). Il y a, en effet, des doutes sérieux. C'est la jurisprudence qui a consacré la validité des donations déguisées; d'après la rigueur des principes, il faudrait dire qu'elles sont nulles. Si l'on admet qu'elles sont valables, c'est uniquement sous le rapport de la forme; rien n'est changé à la nature ni aux effets de la donation. Elle reste soumise, quoique déguisée, au principe de l'irrévocabilité, ainsi qu'aux dispositions du code qui admettent des exceptions à l'irrévocabilité (2). Cela décide la question. Les donations déguisées sont résolues rétroactivement, donc avec effet contre les tiers. Vainement invoque-t-on la bonne foi des tiers; l'équité, il est vrai, plaide pour eux, mais l'équité permet-elle à l'interprète d'admettre une exception qui n'est pas écrite dans la loi? Le législateur seul a ce droit.

92. L'article 963 ajoute que la révocation des droits consentis à des tiers a lieu « sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme du donataire, de ses reprises et autres conventions matrimoniales; ce qui aura lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat. » Cette disposition, comme toutes celles qui concernent la révocation pour survenance d'enfant, est empruntée à l'ordonnance de 1731. Avant que l'ordonnance eût tranché la question, elle était controversée. Le parlement de Toulouse s'était prononcé pour l'hypothèque subsidiaire de la dot. Furgole nous fait connaître les raisons de cette jurisprudence.

(1) Aubry et Rau, p. 115, note 4, et les auteurs, en sens divers, qu'ils citent.

(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 400, nos 319-323.

La femme est extrêmement favorable en la répétition de sa dot; dans les pays de droit écrit, on allait jusqu'à lui donner un privilège qui la faisait préférer à tous les créanciers. Lorsque la dot a été constituée en présence du donateur et dans le même acte qui contient la donation, ne doit-on pas supposer que l'intention des parties a été que les biens donnés soient frappés de l'hypothèque légale qui sert de garantie à la femme? L'équité, que l'on invoque pour les enfants, milite avant tout pour la femme, dont l'intérêt d'ailleurs est préférable à celui des autres créanciers qui ont contracté en l'absence du donateur. Ces motifs sont contestables; toujours est-il que le législateur les a trouvés fondés, puisqu'il admet l'hypothèque subsidiaire de la femme lorsque le donateur stipule le droit de retour (1). Pourquoi donne-t-il une hypothèque subsidiaire à la femme lorsque la donation est faite sous condition résolutoire expresse, tandis qu'il la lui refuse lorsqu'elle est faite sous une condition résolutoire imposée par la loi? On chercherait vainement une raison de cette différence; il y a plutôt un argument *à fortiori* en cas de survenance d'enfant. Les motifs que Furgole donne contre l'hypothèque subsidiaire, dans ce dernier cas, pourraient être invoqués à la lettre dans le cas de retour. La donation, dit-il, est faite sous condition résolutoire tacite et légale que la donation sera résolue s'il survient un enfant au donateur; cette condition, lorsqu'elle arrive, détruit la libéralité comme si elle n'avait pas été faite; d'où suit que l'hypothèque légale de la femme ne peut pas porter sur des biens que le mari donataire est censé n'avoir jamais possédés. Ne peut-on pas dire cela, à la lettre, en cas de retour? On dit encore que le consentement du donateur n'est que tacite; qu'il est, à la vérité, censé approuver l'hypothèque tant que la donation subsiste, mais que la donation étant résolue, l'hypothèque doit l'être aussi, comme un accessoire qui suit la nature de son principal. Tout cela est aussi vrai en cas de retour. Notre conclusion est que la disposition de l'article 963 est purement

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 516, n° 474.



arbitraire, comme tout dans cette matière anormale (1).

**93.** L'article 963 finit par une dérogation au droit commun. Il refuse l'hypothèque subsidiaire à la femme, quand même le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage. On suppose que le donateur a consenti expressément une hypothèque sur les biens donnés au cas où ils lui reviendraient, en se portant de plus caution; ou il se porte caution, en consentant une hypothèque sur les biens donnés, comme garantie de son cautionnement. Toutes ces stipulations seraient nulles, soit en vertu de l'article 963, soit en vertu de l'article 965. Nous disons qu'il y a dérogation au droit commun. Furgole établit très-bien que le cautionnement, par lui-même, n'est pas une libéralité; c'est un contrat onéreux, car si la caution est obligée envers le créancier, le débiteur, pour lequel le cautionnement est fait, demeure pareillement obligé envers la caution pour la répétition de ce qu'elle aura payé, tandis que les donations ne produisent aucune action contre le donateur. Pourquoi donc la loi dit-elle que le donateur ne peut se porter caution? La dérogation est si anormale que l'on a essayé d'expliquer l'article 963 en ce sens qu'en cas de cautionnement l'hypothèque légale de la femme n'aurait pas lieu, mais que le cautionnement serait valable. Cette interprétation doit être rejetée, parce qu'elle est contraire à la tradition, ce qui est décisif. L'article 963 reproduit l'ordonnance; or, Pothier dit que l'on considérait l'obligation contractée par le donateur, pour garantir l'exécution du contrat de mariage, comme une donation accessoire, et comme telle, elle était nulle. Il ajoute que si, au moyen de cette obligation, la femme du donataire conservait quelques droits sur la chose donnée à son mari, ce serait de la part du donateur s'interdire indirectement la faculté de révoquer la donation, ce qui serait contraire à l'ordonnance comme au code civil (art. 965) (2). La loi établit donc une présomption de libéralité, dans le cas où

(1) Furgole, Question XI, sur les Donations, nos 8 et suiv. (t. VI, p. 89).

(2) Pothier, Des donations entre-vifs, n° 172, et la note de Bugnet. Furgole, sur l'article 42 de l'ordonnance de 1731 (t. V, p. 338).

le donateur s'oblige comme caution, en faveur de la femme; elle suppose, comme le dit Furgole, qu'il l'a fait dans une intention de libéralité. Furgole en conclut que cette présomption ne doit pas être étendue à toute autre personne qui se serait portée caution des conventions matrimoniales, sans faire de donation dans le même contrat; ce cautionnement, dit-il, ne serait pas révoqué pour cause de survenance d'enfant. Est-ce à dire qu'un tiers pourrait garantir le donataire contre la révocation? C'est une autre question, que nous avons déjà examinée (1).

**94.** Quel est l'effet de la révocation quant aux fruits perçus par le tiers détenteur? Doit-on le considérer comme possesseur de bonne ou de mauvaise foi, en lui appliquant les articles 549 et 550? La définition de l'article 550 ne reçoit pas d'application à celui qui possède en vertu d'un titre émané du donateur. En effet, le donataire, quoique la donation soit sujette à résolution, est propriétaire, il transmet donc la propriété à l'acquéreur; tandis que l'article 550 suppose que le possesseur n'est pas devenu propriétaire à raison d'un vice qui infecte son titre. En faut-il conclure que le tiers acquéreur, quand la résolution a lieu, doit restituer tous les fruits qu'il a perçus, parce qu'il n'y a droit ni comme propriétaire, il est considéré comme ne l'ayant jamais été, ni comme possesseur, car il n'est pas possesseur de bonne foi dans le sens légal du mot? Ceux qui ne considèrent pas le tiers acquéreur comme possesseur de bonne foi décident qu'il faut lui appliquer l'article 962, c'est-à-dire qu'il gagnera les fruits perçus jusqu'au moment où la naissance de l'enfant qui révoque la donation lui aura été notifiée (2). Nous nous rangeons à cet avis; mais quel est le vrai motif de décider? Dire, comme on le fait, que l'espèce particulière de condition dont il s'agit est de telle nature qu'elle s'accomplit de la même manière à l'égard des tiers détenteurs qu'à l'égard du donateur lui-même, c'est ne rien

(1) Voyez le tome XII de mes Principes, p. 477, n° 395.

(2) Demolombe, t. XX, p. 729, n° 801, et les auteurs, en sens divers, qu'il cite. Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 126, note 35, et Dalloz, nos 1932 et 1933.



dire. L'article 966 que l'on cite n'a rien de commun avec les fruits ; c'est une disposition tout à fait exceptionnelle concernant la prescription et qui, par cela même qu'elle est exceptionnelle, ne peut pas être étendue. Nous croyons que la raison de décider se trouve dans les motifs pour lesquels le législateur attribue les fruits au donataire. Il veut qu'il les gagne pour que la libéralité, au lieu de lui être profitable, ne lui devienne pas nuisible. Or, elle lui nuirait si l'acquéreur devait restituer les fruits ; car comme vendeur, le donateur doit garantir l'acheteur de tout préjudice ; si l'acheteur doit restituer les fruits, le vendeur lui en doit compte ; donc, en définitive, il ne gagnerait pas les fruits ; pour qu'il les gagne, il faut que l'acheteur les gagne. De là suit que le tiers détenteur doit avoir les mêmes droits que le donataire.

95. Que faut-il décider des actes d'administration faits par le donataire ? restent-ils valables après que la donation est révoquée ? La question présente bien des difficultés, nous y reviendrons au titre du *Bail*. On la décide d'ordinaire en disant que l'effet de la condition résolutoire ne s'applique pas, en général, aux actes d'administration (1). Le législateur ne pose pas ce principe ; et de quel droit l'interprète dérogerait-il à l'article 1183, aux termes duquel la condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, remet les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé ? Dans l'espèce, il y a un motif de décider en faveur de l'opinion générale, c'est que la loi donne les fruits au donataire (art. 962) ; or, celui qui a le droit de jouir doit avoir le droit d'administrer ; comment jouirait-il si, ne pouvant occuper lui-même les choses données, il ne lui était pas permis de les donner à bail ?

#### IV. De la prescription.

96. L'article 966 porte : « Le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfant qu'après

(1) Demolombe, t. XX, p. 730, n° 802, p. 490, n° 522.

une possession de trente années, qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume ; et ce, sans préjudice des interruptions, telles que de droit. » Cette disposition donne lieu à de nombreuses difficultés. Il est certain qu'elle déroge au droit commun ; mais en quoi consistent les dérogations ? Supposons d'abord que le donataire ou ses héritiers possèdent les choses données. Quelle est la durée de l'action que le donateur a contre eux ? L'action du donateur naît du contrat, lequel, par suite de la condition résolutoire qui y est sous-entendue, oblige le donataire à restituer les biens donnés. L'action est donc personnelle, elle dure trente ans, comme toute action (art. 2262). Il ne peut pas être question pour le donataire d'opposer l'usucapion au donateur, car le donateur ne revendique pas contre lui ; or, l'usucapion ne peut être opposée qu'à l'action en revendication. D'ailleurs le donataire, quand la donation est résolue, n'a pas de titre ; la condition essentielle de l'usucapion lui fait donc défaut.

Jusqu'ici nous sommes sous l'empire du droit commun. Le code s'en écarte en disposant que la prescription de trente ans ne commence à courir que du jour de la naissance du dernier enfant. En principe, la prescription court dès que le droit naît ; or, dès qu'il survient un enfant au donateur, la donation est révoquée de plein droit, les biens rentrent dans le patrimoine du donateur, quoique le donataire continue à les posséder ; donc dès ce jour le donateur peut agir, et par conséquent la prescription devrait courir contre lui. Pourquoi la loi ne la fait-elle courir qu'à partir de la naissance du dernier enfant ? Furgole répond que la naissance de chaque enfant produit une nouvelle cause pour révoquer la donation, et par conséquent elle doit effacer les effets du laps de temps qui s'est écoulé entre la naissance du premier enfant et celle du dernier. La raison est peu juridique ; peut-il encore y avoir une nouvelle cause de révocation, alors que la survenance du premier enfant a résolu de plein droit la donation, comme si elle n'avait jamais existé ? D'ailleurs la



donation étant révoquée, le donateur peut disposer des choses données; s'il le peut par voie d'aliénation, pour-quoi ne lui permet-on pas d'en disposer par l'effet de la prescription? C'est une dérogation au droit commun qui ne s'explique que par la faveur extrême que le législateur montre pour cette cause de révocation (1).

97. Quelle est la durée de la prescription quand la chose est possédée par un tiers détenteur? C'est toujours la prescription trentenaire. Cette disposition s'explique quand il s'agit de l'acquéreur à qui le donataire a vendu ou donné la chose; en effet, la résolution de la donation résout son titre; à partir du moment où l'enfant est né, il est considéré comme n'ayant jamais eu de titre; donc il ne peut usucaper, il ne peut se prévaloir que de la prescription trentenaire. Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Prescription*. En est-il de même si l'acquéreur à son tour vend ou donne la chose? Il faut répondre affirmativement si l'on admet le principe que nous venons de poser; la condition résolutoire attachée à la donation affecte tous les droits consentis par le donataire ou ses ayants cause; tous ces titres tombent de plein droit par la survenance d'un enfant du donateur; tous les détenteurs sont donc sans titre et par suite ils ne peuvent usucaper; la seule prescription qu'ils puissent invoquer est celle de trente ans.

Il y a des auteurs qui enseignent que le titre, quoique résolu, suffit pour que le détenteur puisse usucaper. Dans cette opinion, l'article 966 contient une exception au droit commun que rien ne justifie. Pour mettre l'article 966 en harmonie avec les principes généraux, on a prétendu qu'il ne s'appliquait qu'aux tiers détenteurs sans titre, ce qui laisserait sous l'empire du droit commun les tiers acquéreurs ou donataires, lesquels pourraient par conséquent invoquer l'usucapion. Furgole paraît favorable à cette opinion; il dit que l'ordonnance s'applique à toutes sortes de possesseurs qui n'ont point de titre; d'où l'on

(1) Furgole, sur l'article 45 de l'ordonnance de 1731 (t. V, p. 352). Coin-Delisle, p. 317, n° 1 de l'article 966. Mourlon, t. II, p. 334.

induit que s'ils ont un titre, ils peuvent usucaper (1). L'argument nous paraît bien faible; Furgole ne dit pas même d'une manière formelle ce qu'on lui fait dire, et ce qu'on lui fait dire est en opposition avec le texte de l'article 966, qui est conçu dans les termes les plus généraux; il ne distingue pas entre les tiers détenteurs qui ont un titre et ceux qui n'en ont pas. Si les interprètes avaient plus de respect pour le texte, ils éviteraient bien des controverses. Demandra-t-on quelle est la raison de la dérogation au droit commun consacrée par l'article 966? Nous répondons qu'elle s'explique par la faveur tout exceptionnelle que la loi accorde à la révocation pour survenance d'enfant. Reste à savoir en quoi consiste l'exception.

Il y a une exception que l'on ne saurait contester, puisqu'elle est écrite dans la loi. Le tiers acquéreur usucape du jour où il commence à posséder; tandis que d'après l'article 966, il ne commence à prescrire que du jour de la naissance du dernier enfant. Cela bouleverse le droit commun. Le dernier enfant peut naître vingt, trente ans après que le tiers a commencé à posséder, donc après qu'il a accompli deux ou trois fois l'usucapion, laquelle, dans cette hypothèse, ne lui servira à rien, puisque la prescription trentenaire le mettra à l'abri de toute revendication. Voilà une profonde dérogation au droit commun; on est obligé de l'admettre. Pourquoi ne pas admettre une dérogation en ce qui concerne l'usucapion? dérogation qui s'explique, en ce sens qu'en réalité les tiers détenteurs sont sans titre.

98. L'article 966 ajoute à la fin: « Sans préjudice des interruptions, telles que de droit. » Cela était inutile à dire, l'interruption de la prescription étant de droit commun. Furgole dit que cette disposition a été ajoutée par prudence, parce qu'il y avait des auteurs qui croyaient que les prescriptions introduites par les ordonnances couraient contre les mineurs. Cela prouve au moins une chose, c'est que l'ordonnance entendait aussi maintenir le

(1) Demante, t. IV, p. 256, n° 110 bis I et suiv. Comparez Demolombe, t. XX, p. 747, n° 816-818.



droit commun quant à la suspension de la prescription, quoique le texte ne parle que de l'interruption. Furgole en fait la remarque : le mot *interruptions*, dit-il, ne doit pas être pris dans sa signification propre, mais dans le sens le plus étendu, c'est-à-dire qu'il comprend tous les moyens qui interrompent la prescription, soit en anéantissant la première possession, soit en suspendant seulement le cours de la prescription (1). Il faut entendre l'article 966 dans le même sens, puisqu'il ne fait que reproduire l'ordonnance.

99. Quel est l'effet de la prescription établie par l'article 966? La question paraît singulière au premier abord. L'effet de toute prescription n'est-il pas de faire acquérir la propriété moyennant une possession plus ou moins longue? Cela est dit dans l'article 712, et l'article 2219 le répète. Peu importe à quel titre le détenteur a possédé; alors même qu'il usucape, l'acquisition de la propriété ne se fonde pas sur le titre, elle n'a d'autre fondement que la possession. Donc quand le donataire reste en possession après la révocation de la donation et qu'il possède pendant trente ans, il sera devenu propriétaire en vertu de la prescription. On a soutenu le contraire en soulevant une nouvelle difficulté. Cette fois-ci on invoque le texte. L'article 966 dit que le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données ne pourront opposer la prescription *pour faire valoir la donation révoquée* par la survenance d'enfant, qu'après une possession de trente années. Donc, dit-on, c'est la donation qui est validée par la possession trentenaire. Nous croyons que l'on fait dire au texte ce qu'il ne dit pas et ce qu'il ne peut pas dire. Il ne peut pas s'agir de valider la donation, puisque la loi la déclare révoquée de plein droit et décide qu'elle demeure révoquée quand même le donataire aurait été laissé en possession par le donateur depuis la survenance de l'enfant (art. 962). La loi dit encore que les donations révoquées ne peuvent

(1) Furgole, sur l'article 45 de l'ordonnance de 1731 (t. V, p. 352 et suiv.). Comparez Dalloz, n° 1937, et Demolombe, t. XX, p. 738, n° 810.

revivre ou avoir de nouveau leur effet par aucun acte confirmatif (art. 964). Si, ajoute l'article 964, le donateur veut donner les mêmes biens au donataire, il ne peut le faire que par une nouvelle disposition. Ainsi, il n'y a qu'un moyen pour que le donataire acquière les biens à titre de donation, c'est que le donateur lui en fasse une nouvelle donation. Il est difficile d'être plus explicite. Après avoir dit que la première donation ne pouvait par aucun moyen être validée, le législateur aurait-il dit le contraire dans l'article 966? Cela n'est pas admissible. Il n'y a pas de raison qui justifierait cette inexplicable anomalie. Invoquera-t-on la confirmation? L'article 966 la repousse; on ne confirme pas le néant. Invoquera-t-on une nouvelle donation dont la prescription dispense de représenter le titre? Cela a été dit (1); mais pourquoi la prescription dispenserait-elle le donataire de représenter le titre? La minute n'existe-t-elle pas chez le notaire? et y a-t-il une ombre de raison pour que le donataire ne la produise pas? On dira que le texte, qui pour nous est la suprême autorité, est positif. Nous répondons que les mots *pour faire valoir la donation révoquée* reçoivent une interprétation bien plus simple et plus naturelle. Le législateur vient de dire et de répéter que la donation révoquée ne peut revivre; il ajoute que, malgré cette révocation, la donation pourra rendre le donataire propriétaire, si le donateur le laisse en possession sans agir contre lui pendant trente ans; mais il a soin de dire que tel sera l'effet de la *prescription* (2).

100. La prescription de trente ans reste-t-elle applicable lorsque la donation a été déguisée sous la forme d'un contrat onéreux? Nous avons d'avance répondu à la question en rappelant le principe qui régit les donations déguisées; elles produisent les mêmes effets que les donations faites par acte; il n'y a de différence qu'en ce qui concerne la forme. L'application du principe aux tiers acquéreurs pourra leur être préjudiciable, s'ils traitent

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 335.

(2) Marcadé, t. III, p. 617, art. 966, n° II. En sens contraire, Demolombe, t. XX, p. 741, n° 813, et les auteurs qu'il cite.



avec le donataire, dans l'ignorance où ils sont qu'il s'agisse d'un bien donné. Mais c'est une conséquence logique de la doctrine consacrée par la jurisprudence. Si les tiers en souffrent, le législateur n'en est pas responsable, car la loi ignore la théorie des donations déguisées. La jurisprudence est en ce sens (1).

**101.** Le donateur, en principe, peut revendiquer la chose donnée contre les tiers détenteurs. Ce droit reçoit exception lorsqu'il s'agit d'une chose mobilière, la revendication n'étant pas admise pour les meubles corporels quand le possesseur est de bonne foi. Nous avons déjà dit que la maxime qu'en fait de meubles la possession vaut titre, ne peut pas être opposée au propriétaire d'une créance; le donateur peut donc revendiquer les créances données qui auraient été cédées par le donataire (2).

Le tiers acquéreur étant menacé d'éviction, lorsque la donation est résolue pour survenance d'enfant, pourra agir immédiatement contre le vendeur. En effet, par suite de la résolution le donataire est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire; il a donc vendu la chose d'autrui; la vente est nulle et l'acheteur en peut demander la nullité en prouvant le fait de la résolution (3).

(1) Rejet, 6 novembre 1832 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1923).

(2) Grenier, t. II, p. 177, n° 205. Dalloz, n° 1938.

(3) Douai, 3 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 4, 508). -- Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 601, n° 518.

## CHAPITRE VI.

### DES TESTAMENTS.

#### SECTION I. -- De la forme des testaments.

##### § 1<sup>er</sup>. Principes généraux.

###### N° 1. LE CODE ET L'ANCIEN DROIT.

**102.** L'article 967 porte : « Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. » Cette disposition déroge tout ensemble au droit romain et au droit coutumier. Dans les pays de droit écrit, le testament n'était valable que s'il renfermait une institution d'héritier; c'était, comme disent les jurisconsultes romains, la tête et le fondement de toute disposition testamentaire, et l'institution d'héritier devait se faire dans les formes prescrites. Sous le rapport de la forme, on distinguait les dispositions de dernière volonté en testaments et codicilles. Le testament était l'acte qui contenait l'institution d'héritier. On appelait codicilles les actes qui ne contenaient que des legs et des fidéicommiss.

Les coutumes portaient d'un principe tout contraire. « Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut. » Nous avons signalé ailleurs cette maxime fondamentale de notre ancien droit (1). De là la règle recueillie par Loysel et écrite dans la plupart des coutumes : « Institution d'héritier n'a pas de lieu. » La coutume du Nivernais en déduit des conséquences qui distinguent profondément les coutumes du droit romain. Nonobstant l'institution d'héritier qui se trouvait dans un testament, l'héritier lé-

(1) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 567, n° 478.