

dans la même aisance dont il avait joui pendant la vie de son conjoint; il avait la faculté d'aliéner à titre onéreux, mais s'il n'aliénait pas, les héritiers du prédécédé étaient appelés à la moitié des biens, au décès du dernier mourant, comme si la communauté ne s'était dissoute qu'à ce moment; de sorte qu'ils profitaient de l'accroissement que la communauté avait reçu après la mort de l'un des conjoints; c'était donc aussi un moyen de conserver les biens dans les familles. Mais cela supposait que le survivant, fidèle à cet arrangement de famille, ne disposerait point sans nécessité. Ces clauses sont tombées en désuétude depuis la publication du code civil, qui ne permet plus de stipuler que la communauté continuera après la mort de l'un des époux (art. 1442 et 1388). La disposition pourrait encore se faire par testament réciproque; ce n'est autre chose que l'obligation de tester, imposée par deux époux qui disposent l'un au profit de l'autre. Il n'y a pas là de substitution, puisque l'époux institué a plein pouvoir d'aliéner entre-vifs. Seulement il est douteux que la disposition pût comprendre la moitié des biens délaissés par le dernier mourant, sans distinguer ceux qui proviennent du testateur et ceux qui appartiennent à l'héritier institué; le testateur ne peut pas disposer de la chose d'autrui, pas plus indirectement que directement (1).

N° I. APPLICATION.

I. De la clause de retour.

468. L'article 951 permet au donateur de stipuler le droit de retour des objets donnés, pour le cas de prédécès du donataire, ou pour le cas de prédécès du donataire et de sa postérité. La loi ajoute que ce droit ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul. Quand le retour est

(1) Bruxelles, 7 février 1816 et 8 mars 1821 (*Pasicrisie*, 1816, p. 36, et 1821, p. 320); et 29 octobre 1825, avec substitution conditionnelle au cas où le survivant se remarierait. Il a été jugé que le survivant étant maître de disposer, il n'y a pas de substitution (*Pasicrisie*, 1825, p. 508). Comparez Voet, XXXVI, 1, 56.

stipulé au profit du donataire, il ne saurait être question de substitution, c'est une donation faite avec condition résolutoire. Quand la condition se réalise, la donation est résolue comme si elle n'avait jamais existé; par suite, il n'y a aucun gratifié, aucune transmission de biens.

Il s'est présenté une espèce dans laquelle il était douteux si le droit de retour était réellement stipulé au profit du donateur. Quatre sœurs, vivant en commun, font donation à leurs neveux d'une somme de 20,000 francs, avec cette clause que, si les donataires prédécèdent aux donatrices, la chose donnée retournera à celles-ci ou à la dernière survivante d'entre elles. La cour de Riom a jugé que le retour se ferait en vertu de l'article 951. Il y avait un motif de douter: quand quatre personnes donnent une somme de 20,000 francs, chacune n'est donatrice que pour 5,000 francs, et elle ne peut stipuler le retour que pour ce qu'elle donne; en stipulant le retour pour toute la chose donnée, ne dépassait-on pas l'article 951? les donatrices qui prédécédaient ne réservaient-elles pas le retour au profit d'un tiers, celle de leurs sœurs qui survivrait aux donataires? D'après les principes généraux, il faudrait certainement le décider ainsi. La cour de Riom répond que la donation de 20,000 francs était faite conjointement par les quatre sœurs et par chacune d'elles par égalité, ainsi qu'elles s'expriment, ce qui indiquait une *espèce de solidarité* qui les identifiait. Nous doutons fort que cette interprétation soit exacte. Donner par *égalité*, ce n'est pas donner solidairement, c'est donner chacun une part égale. Aussi la cour n'ose-t-elle pas dire qu'il y avait solidarité, elle dit que c'était une espèce de solidarité: c'est ne rien dire. La donation est solidaire ou elle ne l'est pas; si elle ne l'est pas, elle se divise, et si elle se divise, il y a autant de donations que de donatrices, et chacune ne peut stipuler le retour que pour ce qu'elle donne (1). Nous citons cet exemple pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre les mots vagues

(1) Riom, 25 février 1825, sous la présidence de Grenier (Daloz, au mot *Substitution*, n° 199).

dont parfois les tribunaux et les auteurs se contentent en guise de raisons. Il ne suffit pas de dire qu'il y a une *espèce de solidarité* pour qu'on ait le droit d'appliquer les principes qui régissent la solidarité. Il ne suffit pas davantage que la donation ait été faite par des copropriétaires, car ils peuvent néanmoins donner chacun pour sa part.

469. Si le retour est stipulé au profit d'un tiers, on ne se trouve plus dans le cas prévu par l'article 951. La clause de retour que la loi autorise n'est autre chose que la condition résolutoire que le donateur attache à la libéralité qu'il fait; quand la donation est résolue, elle est censée n'avoir jamais existé, donc le donateur est resté propriétaire. C'est en ce sens que les biens lui retournent; à vrai dire, il en est toujours resté propriétaire. On ne peut plus en dire autant quand le retour est stipulé au profit d'un tiers; le tiers ne peut être considéré comme ayant toujours été propriétaire, puisqu'il ne l'a jamais été. Si donc les biens lui sont transmis, c'est en vertu d'une libéralité faite sous l'apparence du retour. Par conséquent il y a un premier gratifié, le donataire, qui a reçu les biens sous clause de retour; et il y en a un second qui les reçoit à la mort du donataire, s'il décède sans postérité. Donc deux libéralités faites successivement avec charge virtuelle de conserver et de rendre; ce sont les caractères constitutifs de la substitution fidéicommissaire.

Telle est la doctrine généralement suivie (1). Nous croyons qu'elle est trop absolue. Il faut voir quelle est l'intention du disposant. S'il a voulu gratifier le premier donataire et, après lui, celui au profit duquel le retour est stipulé, il n'y a pas de doute; la disposition est une substitution fidéicommissaire sous forme d'une clause de retour. Mais si le donateur disait qu'en cas de mort sans enfants la libéralité sera résolue et considérée comme non avenue et que, dans cette éventualité, il donne les biens à un tiers qui sera censé les avoir reçus dès le prin-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 14, note 14. Demolombe, t. XVIII, p. 121, n° 110.

cipe, cette disposition ne serait pas une substitution, à notre avis. Ce serait une donation, au profit du premier donataire, sous condition résolutoire et, au profit du second, sous condition suspensive. Il n'y aurait, dans toute hypothèse, qu'une seule libéralité, donc ni institué, ni substitué, partant pas de substitution (n^{os} 443 et 446).

La jurisprudence annule les dispositions faites avec clause de retour au profit d'un tiers comme entachées de substitution. Il y a sur cette question un arrêt remarquable de la cour de cassation rendu sur le rapport de Chabot. Une donation universelle est faite par contrat de mariage aux futurs époux; puis un immeuble est excepté de cette donation; la donatrice en dispose avec cette clause que si le donataire particulier décède sans enfants, l'immeuble à lui donné appartiendra en propriété au donataire universel. On voit que l'acte ne parle ni de retour ni de condition résolutoire; l'immeuble donné purement et simplement passe au second donataire sous condition suspensive, sans que la première donation soit résolue. Il en résulte qu'il y a deux gratifiés: le premier donataire doit conserver la chose, et ses héritiers, à sa mort, s'il décède sans enfants, doivent la rendre au second donataire. Partant il y a un institué et un substitué; le substitué est appelé conditionnellement, mais peu importe, puisque la substitution conditionnelle est aussi prohibée. On prétendait que c'était une donation avec clause de retour; ce serait, dit l'arrêt, altérer l'acte sous prétexte de l'interpréter; la donation ne portait pas que le bien donné retournerait au donataire universel, et elle ne pouvait pas le dire, puisque le retour signifie réversion à un précédent propriétaire, et le donataire universel n'avait jamais été propriétaire, l'immeuble étant excepté de la donation. On objectait encore que l'intention des parties n'avait pas été de faire une substitution. Peu importe, répond la cour; il ne s'agit pas de ce que les parties ont voulu faire, il faut voir ce qu'elles ont fait; or, elles ont fait une véritable substitution (1). Il en serait de même si

(1) Cassation, 22 juin 1812 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 203, 2°).

le disposant avait dit que les biens retourneraient à un tiers, sans dire que la première donation serait résolue : le retour à un tiers est chose impossible, et puisque la première libéralité n'est pas résolue, il y en a deux avec ordre successif, donc substitution (1).

470. Le retour stipulé au profit des héritiers est-il une substitution prohibée? Il règne une grande confusion dans la doctrine sur cette question. La jurisprudence distingue si le retour a été stipulé pour le donateur et ses héritiers, ou s'il a été stipulé pour les héritiers seuls. Examinons d'abord la première hypothèse. L'article 951 ne permet pas de stipuler le retour pour le donateur et ses héritiers; il porte que ce droit ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul. La stipulation du retour au profit du donateur et des héritiers est donc illicite en ce qui concerne les héritiers. Mais quel sera l'effet de cette disposition? La difficulté est de savoir si la stipulation au profit des héritiers doit être considérée comme une condition illicite ou comme une substitution prohibée. Si c'est une simple condition illicite, il faut appliquer l'article 900, aux termes duquel les conditions contraires à la loi sont réputées non écrites; on efface la condition relative aux héritiers et on maintient la disposition qui contient la condition illicite. Si, au contraire, l'on considère le retour stipulé au profit du donateur et de ses héritiers comme une substitution, il faut appliquer l'article 896, et cet article annule non-seulement la substitution, mais toute la disposition, de sorte que le donataire même ne profite pas de la libéralité qui lui a été faite. Nous croyons que la stipulation du retour au profit du donateur et de ses héritiers ne contient pas une substitution fidéicommissaire.

L'article 951, qui ne permet de stipuler le retour qu'au profit du donateur seul, ne dit pas que s'il est stipulé au profit du donateur et de ses héritiers, il y aura substitution prohibée. Tout ce que l'on peut induire de l'arti-

(1) Rejet, 18 avril 1849 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 259). Comparez Rennes, 1^{er} mai 1860 (Daloz, 1861, 2, 85); Angers, 24 novembre 1871 (Daloz, 1872, 2, 208).

cle 951, c'est que cette stipulation est prohibée, mais la loi ne dit pas quelles seront les conséquences de la prohibition. Le but du législateur a été d'empêcher que, sous le nom de retour, on ne cachât une substitution fidéicommissaire. Il faut donc voir si la clause qui stipule le retour pour le donateur et ses héritiers présente les caractères d'une substitution. A notre avis, c'est une simple condition résolutoire. Si le donateur disait qu'il donne tel bien sous la condition que, si le donataire vient à décéder sans postérité, la donation sera résolue, cette disposition serait valable, puisque l'on peut faire une donation sous condition résolutoire. Et quel sera l'effet de cette donation? Si la condition se réalise, la donation sera résolue, c'est-à-dire qu'elle sera censée n'avoir jamais existé; d'où suit que les biens seront censés n'être jamais sortis du patrimoine du donateur; la résolution profite donc nécessairement au donateur et à ses héritiers. Eh bien, tel est aussi l'effet d'une clause de retour stipulée au profit du donateur et de ses héritiers. La clause de retour n'est autre chose qu'une condition résolutoire, et elle en produit tous les effets. Cela décide la question. La donation étant résolue, il n'y a jamais eu de libéralité; et comment veut-on qu'il y ait une substitution là où il n'y a ni institué ni substitué? Loin qu'il y ait deux libéralités faites dans un ordre successif, il n'y en a aucune.

Faut-il conclure de là qu'il est permis de stipuler le retour au profit du donateur et de ses héritiers? Si la question pouvait être décidée d'après les principes, il faudrait répondre affirmativement sans hésiter. Il n'y a pas une ombre de substitution dans une stipulation pareille; c'est une donation sous condition résolutoire, et il n'a jamais été défendu de faire une donation, pas plus que tout autre contrat, sous condition résolutoire. Mais le texte de l'article 951 défend ce que les principes permettent; dire que le retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur *seul*, c'est bien dire qu'il ne peut l'être pour le donateur et ses héritiers; la stipulation du retour au profit des héritiers est donc une clause illicite, et, par conséquent, il faut l'effacer, d'après l'article 900. Le législa-