

teur n'a pas réfléchi que la clause de retour au profit du donateur et de ses héritiers est une vraie condition résolutoire et n'a rien de commun avec la substitution fidéicommissaire. Il résulte de l'article 951 une singulière anomalie. On ne peut pas stipuler le *retour* pour le donateur et ses héritiers; tandis que l'on peut faire la donation sous condition résolutoire; et, cependant, au fond les deux clauses sont identiques. Dira-t-on qu'il faut tirer de cette identité une autre conséquence, c'est que la défense de stipuler le retour au profit du donateur et de ses héritiers implique la défense de faire une donation sous condition résolutoire? Ce serait étendre l'article 951 au delà du texte tout ensemble et au delà de l'esprit de la loi. Ce que le législateur a entendu prohiber, c'est une substitution déguisée sous une clause de retour; or, une donation sous condition résolutoire n'est certes pas une substitution.

La jurisprudence est en ce sens. Une donation est faite par contrat de mariage avec stipulation de retour, en cas de prédécès de la donataire, sans enfants, *soit aux donateurs, soit à leurs héritiers*. La cour de Bordeaux a décidé que cette stipulation contient, non une substitution, mais une extension du droit de retour contraire à la loi; en conséquence, elle valide la donation, mais en déclarant non écrite la clause de retour stipulée au profit des héritiers. Dans les considérants de l'arrêt, la cour allait plus loin; elle disait en termes absolus que l'article 951 prévoyait une hypothèse toute différente de celle de l'article 896; cela impliquait que la clause de retour ne renferme jamais de substitution. Nous venons d'établir le contraire dans le cas où le retour est stipulé au profit d'un tiers (n° 469); aussi la cour de cassation, en rejetant le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour de Bordeaux, s'est-elle bornée à approuver la décision sans s'approprier les motifs (1).

La cour de Toulouse, dans une espèce analogue, avait

(1) Rejet, 8 juin 1836 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 201). Comparez Montpellier, 25 avril 1844 (Daloz, 1845, 2, 36). Comparez Aubry et Rau, t. VII, p. 24, note 38.

annulé la disposition en la considérant comme une substitution fidéicommissaire. Sa décision a été cassée. Il ne faut pas confondre, dit la cour de cassation, la donation avec clause de retour et la substitution. L'article 951 permet de stipuler le retour au profit du donateur, il défend de le stipuler au profit d'un autre que le donateur; mais quand le donateur a dépassé les limites de l'article 951, la loi ne prononce pas la nullité de la donation; ce sera une stipulation illicite que le code répute non écrite (art. 900), mais qui n'entraîne pas la nullité de la disposition principale. L'arrêt est conçu en termes trop généraux; on pourrait croire que la cour entend que, dans toute hypothèse, le retour est régi par l'article 900; ce n'est certes pas là sa pensée, puisqu'il est de jurisprudence constante que le retour stipulé au profit d'un tiers est une substitution; il faut donc mettre l'arrêt en rapport avec l'espèce dans laquelle il a été porté et le limiter au cas du retour stipulé au profit du donateur et de ses héritiers.

**471.** Il y a une autre restriction à faire à la doctrine que nous venons d'exposer. Les auteurs supposent que le retour a été stipulé au profit du donateur et de ses héritiers. Que faudrait-il décider si l'acte portait qu'à défaut du donateur les biens retourneront à des tiers qui ne sont pas ses héritiers? ou, ce qui vient au même, si le retour était stipulé pour le donateur et un tiers? Dans ce cas, le retour au profit du tiers serait une vraie substitution. Dans l'opinion que nous avons enseignée, cela n'est pas douteux. Le retour est une condition résolutoire; or, la résolution ne peut profiter qu'à celui qui a été et qui est censé, quand la condition se réalise, avoir toujours été propriétaire. Tels sont le donateur et ses héritiers; mais le tiers, n'ayant jamais eu la propriété de la chose donnée, ne peut certes pas être censé l'avoir toujours conservée. Il l'acquiert donc en vertu de la clause de retour. Reste à savoir si c'est comme substitué ou si c'est en vertu de la résolution de la première donation. Si c'est comme substitué, c'est-à-dire si le donateur a entendu gratifier le premier donataire et, après lui, le

second, il y aura substitution prohibée et, par suite, nullité. Dans la clause, telle que nous l'avons formulée, l'intention du donateur n'est point de faire une double libéralité avec ordre successif, puisqu'il commence par stipuler le retour pour lui, c'est-à-dire la résolution de la donation; c'est donc par suite de la résolution de la donation que les biens passent au tiers; par conséquent il les reçoit, non du premier donataire, qui est censé n'avoir jamais été gratifié, il les reçoit directement du donateur, ce qui exclut toute substitution.

Dans l'opinion générale qui admet que le retour au profit d'un tiers implique toujours une substitution, il faut décider que la clause qui stipule le retour pour le donateur et pour un tiers est nulle comme entachée de substitution. Ce n'est plus une extension illégale du droit de retour; car on ne peut étendre le retour à un cas où le retour est impossible: conçoit-on le retour des biens à un tiers qui ne les a jamais possédés? C'est donc, sous le nom de retour, une vraie substitution. On n'en peut dire autant quand le retour est stipulé au profit du donateur et de ses héritiers. Dans ce cas, le retour serait possible, puisque si les héritiers n'ont pas été propriétaires, le donateur l'a été, et les héritiers ne font qu'un avec lui (1). Cela est très-juste si la première donation n'est pas résolue; il y a alors deux gratifiés avec ordre successif et, par conséquent, substitution. Cela n'est plus vrai, à notre avis, lorsque la clause de retour produit la résolution de la première libéralité; et tel est certainement le cas général, puisque le retour implique une condition résolutoire.

**472.** Il reste une dernière hypothèse, et c'est la plus controversée. Le retour est stipulé au profit des héritiers sans l'avoir été pour le donateur. Est-ce une substitution prohibée, ou est-ce une clause nulle et, comme telle, réputée non écrite? A notre avis, il n'y a pas de substitution; c'est une clause de retour que la loi défend et qui tombe, par conséquent, sous l'application de l'article 900,

(1) Demolombe, t. XVIII, p. 126, III, n° 112.

elle sera effacée, et la disposition à laquelle elle était attachée restera valable. Il n'y a pas de substitution. En effet, la clause de retour est une condition résolutoire qui, lorsqu'elle se réalise, opère la résolution de la donation; la donation étant résolue, les biens donnés reviennent au donateur ou à ses héritiers. Stipuler le retour au profit des héritiers, c'est donc stipuler ce qui arrive, de droit, en cas de résolution de la donation. Il n'y a pas de premier gratifié, puisque la libéralité qui lui avait été faite est résolue. Donc pas d'institué. Y a-t-il un substitué? Pas davantage. Car, en réalité, les héritiers auxquels les biens retournent ne sont pas gratifiés; ils auraient reçu les biens en vertu de la résolution, quand même il n'y aurait eu aucune stipulation à leur profit; en tout cas, ce n'est pas comme substitués qu'ils reçoivent les biens, puisqu'il n'y a pas d'institués, donc il n'y a pas de substitution. D'après les vrais principes, la clause devrait être valable, puisque ce n'est rien qu'une condition résolutoire; mais le code la prohibe, donc elle est nulle, et elle doit être réputée non écrite, aux termes de l'article 900 (1).

Cette opinion n'a pas trouvé faveur. On enseigne généralement que la clause de retour stipulée au profit des héritiers contient une substitution prohibée. Ce n'est pas une clause de retour, dit-on, car on ne peut pas stipuler que les biens retournent à celui qui ne les a jamais possédés. La clause n'a donc du retour que le nom; le donateur s'est réellement dessaisi, au profit du donataire, des biens donnés, et il a fait, au profit de ses héritiers, une disposition éventuelle en second ordre, pour le cas où le donataire viendrait à décéder sans postérité (2). Cela ne nous paraît pas exact. Une donation faite avec clause de retour n'est pas une donation pure et simple, elle transmet, à la vérité, la propriété au donataire, mais sous condition résolutoire; donc quand la condition du décès sans enfants se réalise, la donation est résolue. Que de-

(1) Comparez Demante, t. IV, p. 21, n° 10 bis IX. Duranton, t. VIII, p. 100, n° 93.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 23, note 38. Demolombe, t. XVIII, p. 123, n° 111.

viennent alors les biens? Ils reviennent au donateur ou à ses héritiers. Il ne reste plus aucune libéralité, donc il ne peut être question de substitution. Dans l'opinion que nous combattons, on ne tient aucun compte de la clause de retour; on interprète la donation comme si le donateur avait dit : « Je donne à Pierre, et s'il meurt sans enfants, je lui substitue mes héritiers. » C'est altérer la clause, car c'est effacer la clause de retour et transformer une donation avec condition résolutoire en donation sans condition; l'interprète n'a pas ce droit-là.

**473.** La jurisprudence s'est prononcée pour l'application de l'article 896. Quand on entre dans le détail des arrêts, ils perdent de leur autorité. On lit dans un arrêt de la cour de Riom, rendu sous la présidence de Grenier, que tout retour qui n'est pas stipulé au profit du donateur est une substitution fidéicommissaire (1). Nous écartons cette décision, beaucoup trop absolue; il est inutile de la combattre, la jurisprudence n'ayant pas consacré cette doctrine. Il y a d'autres arrêts qu'il faut écarter également, les uns parce qu'ils ne sont pas motivés (2), les autres parce qu'ils ne décident pas formellement la difficulté. Ainsi dans une espèce il s'agissait du retour stipulé au profit du donataire universel (3); dans une autre, la cour de cassation insiste elle-même sur une circonstance particulière, c'est que le retour était stipulé, non au profit des héritiers en général, mais au profit d'un individu déterminé (4). Quant aux arrêts de principes, les motifs qu'ils donnent ne nous ont pas convaincu. Que dans l'ancien droit le retour stipulé au profit des héritiers ait été considéré comme une substitution, cela est très-naturel, puisque les substitutions étaient vues avec faveur, à ce point qu'on les présumait facilement (5).

Dans plusieurs espèces, on pouvait soutenir qu'il n'y avait pas de vraie condition résolutoire, c'est-à-dire que

(1) Riom, 9 août 1829 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 200).

(2) Rejet, 16 juillet 1807 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 203, 1°). Cassation, 5 mars 1866 (Daloz, 1866, 1, 123).

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

(4) Cassation, 22 janvier 1839 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 30).

(5) Rejet de la chambre civile, 3 mai 1829 (Daloz, n° 203, 3°).

si la clause de retour, ou une clause analogue, se réalisait, la première donation n'était pas résolue, et alors il est vrai de dire, avec les arrêts, que le premier donataire est chargé de conserver et de rendre, sous condition, au second gratifié, ce qui implique une substitution prohibée. Ainsi un testateur institue pour héritier universel son frère avec cette clause : « Je me réserve, si mon héritier venait à décéder sans enfants; je veux que mon bien vienne à mes sœurs. » Le mot de *retour* ne se trouve pas dans l'acte : le testateur lègue purement et simplement à son frère, il déclare que c'est son héritier; donc il le gratifie; s'il meurt sans enfants, le testateur ne dit pas que le legs sera résolu, il veut que, dans ce cas, ses sœurs viennent à son hérité. Voilà bien deux libéralités qui s'ouvrent successivement; la cour de Nîmes a eu raison de décider qu'il y avait substitution (1). De même si la testatrice lègue la nue propriété de tous ses immeubles avec cette clause : « Dans le cas où la légataire viendrait à décéder sans postérité après avoir recueilli la propriété de mesdits immeubles, je veux et entends qu'ils *retournent* à mes héritiers, auxquels, en tant que le besoin est, j'en fais don et legs. » Le mot de *retour* se trouve dans la disposition, mais l'on ne voit pas que la testatrice l'emploie comme synonyme de condition résolutoire; la cour d'Amiens a donc pu juger qu'il y avait deux libéralités faites avec ordre successif (2). La question est le plus souvent une question de fait; il s'agit de savoir ce que le testateur a entendu par *retour* ou une expression analogue. S'il a voulu gratifier le premier donataire, sans résoudre la donation en cas de décès sans enfants, il y aura deux libéralités successives et partant substitution. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans un cas où le testateur avait dit que les biens légués devaient *entrer* dans les mains du légataire quittes et nets de tout droit de mutation, et *rentrer* dans la succession du testateur, en cas de décès du légataire sans enfants. Est-ce une condition résolu-

(1) Nîmes, 4 avril 1827 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 203, 5°).

(2) Amiens, 7 décembre 1868 (Daloz, 1869, 2, 60).

toire? est-ce une double libéralité? La cour de cassation a jugé que, dans l'intention du testateur, la propriété des immeubles passait au premier légataire, lequel devait les laisser, à son décès, aux héritiers institués(1). Il va sans dire que, dans ce cas, il y a substitution.

La jurisprudence belge est conforme à la jurisprudence française. Elle décide, d'une manière trop absolue, nous semble-t-il, que la donation est une substitution dès que la clause de retour est stipulée en faveur des héritiers du donateur. Nous devons nous arrêter à un arrêt de la cour de Bruxelles rendu sur les conclusions du procureur général Daniels. Le réquisitoire établit très-bien la différence qui existe entre la clause de retour et la substitution. Dans la substitution, il y a deux libéralités, le disposant ne stipule rien pour lui-même. Dans la clause de retour, il n'y a qu'une seule libéralité, qui transporte immédiatement la propriété au donataire; mais la donation est résolue si la condition du retour se réalise, de sorte que le donateur stipule en sa faveur; tandis que, dans la substitution, il dispose en faveur de l'institué et du substitué. Cela est très-exact. Mais en faut-il conclure, avec Daniels et la cour de Bruxelles, que la donation avec clause de retour au profit des héritiers est nécessairement une substitution (2). Nous croyons que cela serait trop absolu. Est-il vrai que le donateur ne stipule rien pour lui-même? Stipuler pour ses héritiers, c'est aussi stipuler pour soi. Puis ne faut-il pas appliquer le principe que la clause de retour est une condition résolutoire? Elle peut, il est vrai, ne pas être une condition résolutoire. Nous en concluons qu'il ne faut pas de décision absolue; l'on doit voir ce que le donateur a entendu par le retour qu'il a stipulé: si c'est une résolution, on applique les articles 951 et 900; si ce n'est pas une résolution, il y a substitution et nullité en vertu de l'article 896.

474. Nous avons toujours supposé, avec l'article 951, que la clause de retour est stipulée dans une donation.

(1) Cassation, 11 décembre 1860 (Daloz, 1861, 1, 25).

(2) Cassation, 5 novembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 217). Comparez Bruxelles, 31 octobre 1864 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 172).

Que faut-il décider si le testateur lègue avec clause de retour? Daniels dit que le testateur ne peut pas disposer sous cette condition. En effet, c'est une condition résolutoire stipulée dans l'intérêt du disposant; il faut donc qu'au moment où elle se réalise, le disposant puisse profiter de la résolution. Or, les libéralités testamentaires ne s'ouvrent qu'à la mort de celui qui les fait, donc il est impossible que le disposant en profite; d'où suit que la résolution ne peut être stipulée en sa faveur. Voilà pourquoi, dit-on, le droit de retour n'a point lieu en matière de testament (1). C'est une conséquence évidente du principe posé par l'article 951, qui ne permet de stipuler le droit de retour qu'au profit du donateur. Mais ce principe ne résulte pas de la nature de la condition résolutoire; rien n'empêche de stipuler la condition résolutoire dans un legs; la résolution profitera aux héritiers du testateur. Ainsi ce que l'on ne peut pas faire sous le nom de droit de retour, on peut le faire sous forme de condition résolutoire! Cela prouve que l'article 951 déroge aux principes qui régissent les conditions, comme nous en avons déjà fait la remarque.

## II. Du fidéicommiss de residuo.

### 1. CE FIDÉICOMMISS EST-IL UNE SUBSTITUTION PROHIBÉE?

475. On entend par fidéicommiss *de residuo* ou *de eo quod supererit* la disposition par laquelle le donataire ou légataire est chargé de rendre, à son décès, ce qui lui restera des biens donnés ou légués. Cette disposition tombe-t-elle sous la prohibition de l'article 896? Après quelque hésitation, la doctrine et la jurisprudence ont reconnu que le fidéicommiss *de residuo* n'est pas une substitution fidéicommissaire, et cette substitution est la seule que l'article 896 prohibe. La loi annule la disposition par laquelle l'institué est chargé de *conserver et de rendre* à un tiers les biens qu'il a reçus du disposant. Or, dans le

(1) Amiens, 25 février 1837 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 135). Toulouse, 30 juin 1840 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 203, 8°).