

croions inutile de répondre aux mauvaises raisons de Merlin; on l'a fait (1).

Il y a cependant une difficulté. Que devient la part qui devait être remise au tiers associé? On a prétendu que la charge d'associer était une de ces conditions que l'article 900 répute non écrites, et on en a conclu que le conjoint institué profitait seul du bénéfice de l'institution. La conséquence est tellement inadmissible, que Merlin s'en est prévalu contre la doctrine d'où elle semblait découler. Nous croyons que l'article 900 n'est pas applicable à la charge d'association. A vrai dire, ce n'est pas une charge ni une condition mise à un legs. Dans l'intention du donateur, il y a deux institutions, l'une directe et légale, au profit de l'enfant qui se marie; l'autre, indirecte et illégale, sous la forme d'une clause d'association; il faut écarter la forme, dont le législateur ne peut tenir aucun compte, puisqu'elle n'a d'autre but que de faire fraude à la loi. Que reste-t-il alors? Deux institutions contractuelles, l'une nulle, l'autre valable; celle-ci vaudra, l'autre sera non avenue; les biens qui y sont compris resteront dans la succession *ab intestat*. Telle est bien l'intention du donateur. Si l'on appliquait l'article 900, le conjoint institué prendrait toute l'hérédité et l'associé en serait exclu; or, quand cet associé est un frère du conjoint, bien loin de l'exclure de l'hérédité, le donateur a voulu lui assurer sa part dans un contrat irrévocable; s'il ne peut l'obtenir comme institué, il faut au moins qu'il la recueille comme héritier (2).

no 5. NULLITÉ.

208. L'institution contractuelle qui n'est pas faite dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi est nulle. Est-ce une nullité proprement dite, ou la

(1) Duranton, t. IX, p. 690, no 694. Coin-Delisle, p. 507, no 52. Aubry et Rau, t. VI, p. 254, notes 22 et 23. Demolombe, t. XXIII, p. 319, nos 293 et suivants.

(2) Duranton, t. IX, p. 693, no 695. Coin-Delisle, p. 569, nos 56-62. Aubry et Rau, t. VI, p. 254, note 24; p. 258, note 32. Demolombe, t. XXIII, p. 322, no 295.

donation est-elle inexistante? Elle serait inexistante, d'après le droit commun, si elle était nulle en la forme, c'est-à-dire si elle était faite par acte sous seing privé ou par un acte authentique nul comme tel. Que faut-il décider si elle n'est pas faite par contrat de mariage? Ce serait une institution d'héritier par contrat, c'est-à-dire une convention sur une succession future, en dehors des conditions sous lesquelles la loi l'autorise, donc un pacte successoire. A notre avis, le pacte successoire est inexistant; nous reviendrons sur ce point au titre des *Obligations* (1).

Par la même raison, il faudrait considérer comme inexistante l'institution qui serait faite au profit de personnes autres que les époux et les enfants à naître de leur mariage. A leur égard, la donation est un pacte successoire non autorisé, donc inexistant, dans notre opinion.

Serait-elle aussi inexistante si elle était faite au profit des enfants à naître avec exclusion des époux? L'affirmative n'est pas douteuse si l'on admet la théorie des actes inexistants. Il n'y a pas de contrat sans consentement; or, les enfants à naître ne peuvent certes pas consentir, et personne ne peut consentir pour eux; il n'y a donc pas de donataires, et sans donataires peut-il y avoir une donation?

209. L'institution contractuelle serait simplement nulle si elle était faite par des personnes incapables, par exemple une femme mariée, sans autorisation maritale. C'est l'application des principes qui régissent les actes nuls ou inexistants; nous y reviendrons au titre des *Obligations*.

210. Les auteurs, sauf M. Demolombe, ne font pas ces distinctions; ils déclarent dans tous les cas l'institution contractuelle nulle, c'est-à-dire annulable. Ce qu'ils disent de l'action en nullité ne s'applique; dans notre opinion, qu'au cas où l'institution est nulle pour cause d'incapacité. On demande dans quel délai les ayants droit

(1) Aubry et Rau appliquent l'article 943 (t. VI, p. 259, note 33, § 739).

doivent agir en nullité? Il y a quelque doute. Si l'action en nullité est formée par le donateur incapable, l'article 1304 recevra son application, puisqu'il s'agit d'une demande intentée par l'une des parties contractantes. Si ce sont les héritiers qui agissent, pourra-t-on aussi leur opposer la prescription de dix ans? La solution dépend du point de savoir si les héritiers sont censés être parties à l'acte comme représentants du défunt. Il en est ainsi en général; les héritiers n'ont pas d'autres droits que leur auteur. Mais ce principe reçoit exception quand il s'agit d'actes à titre gratuit que les héritiers attaquent en leur nom; et telle est bien l'action en nullité d'une institution contractuelle faite par le défunt. Dès lors on ne peut pas dire que les héritiers aient été représentés à l'acte par le défunt; ils restent donc sous l'empire du droit commun, leur action est régie par l'article 2262 (1).

211. Quand la prescription commence-t-elle à courir? Si l'on admet que les héritiers ont un droit à eux propre qu'ils tiennent de la loi, il faut décider que leur action ne s'ouvre qu'au décès du donateur; car c'est seulement alors que l'institution produit son effet. Quant au donateur, il reste sous l'empire du droit commun. Si c'est pour cause d'incapacité qu'il attaque la donation, il peut agir, d'après l'article 1304, du jour où l'incapacité a cessé. On a opposé l'article 2257, aux termes duquel la prescription ne court pas à l'égard d'une créance suspendue par une condition jusqu'à ce que la condition arrive. Il suffit de lire le texte pour se convaincre qu'il ne reçoit pas d'application à l'action du donateur; il n'a pas de créance contre l'institué; lié par un contrat qui ne lui permet pas de disposer à titre gratuit, il en demande la nullité afin de pouvoir faire de nouvelles dispositions; rien ne l'empêche d'agir immédiatement, et il y a intérêt, afin de reprendre le libre exercice de son droit de propriété. C'est dire qu'il est dans le droit commun, et non dans l'exception prévue par l'article 2257 (2).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 259, note 36. En sens contraire, Rejet, 1^{er} décembre 1846 (Daloz, 1847, 1, 15).

(2) En sens contraire, Besançon, 30 mars 1844 (Daloz, 1845, 4, 365).

§ III. Effets de l'institution.

N^o 1. A L'ÉGARD DE L'INSTITUANT.

212. Le donateur dispose des biens qu'il laissera à son décès; il ne transmet donc aucun droit actuel à l'institué sur les biens qu'il possède au moment de la donation; il en conserve la propriété, ainsi que de ceux qu'il acquerra dans la suite. Son droit de propriété n'est restreint que pour ce qui concerne la faculté de disposer à titre gratuit. Le donateur a institué un héritier par contrat, il ne peut pas révoquer cette institution en faisant de nouvelles libéralités (art. 1085). Sauf cette exception, le donateur conserve l'entière propriété de ses biens. Cela ne fait aucun doute (1). C'est là le caractère distinctif de l'institution contractuelle et la raison pour laquelle le législateur l'a autorisée: on suppose que ceux qui veulent faire des libéralités aux futurs époux s'y décideront plus facilement s'ils peuvent rester à la tête de leur fortune pendant toute leur vie. Le seul droit dont ils se dépouillent, c'est la faculté de disposer à titre gratuit; il serait plus vrai de dire qu'ils en usent en instituant un héritier, et ayant disposé de leur hérédité à titre gratuit, il est naturel qu'ils ne puissent plus le faire à l'avenir, en revenant sur ce qu'ils ont fait. A cet égard, dit l'article 1085, l'institution est irrévocable. Cela implique qu'elle ne l'est pas pour les actes à titre onéreux.

213. Le donateur, restant propriétaire, conserve le droit de disposer de ses biens à titre onéreux comme il l'entend. Il a été jugé qu'il peut les vendre, moyennant une rente viagère, dans une espèce où la vente comprenait tous les biens du donateur. En droit, la décision est incontestable. L'article 1968 porte que la rente viagère peut être constituée à titre onéreux moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 260, note 39, § 739, et les autorités qui y sont citées. Il faut ajouter Demolombe, t. XXIII, p. 335, n^o 310, et Bruxelles, 18 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 63).