

comme contraires à la maxime *Donner et retenir ne vaut*; la loi les autorise expressément dans toute espèce de libéralité faite par contrat de mariage au profit des époux et des enfants à naître de leur mariage. Nous reviendrons sur cette clause en expliquant l'article 1086.

N° 2. EFFET DE L'INSTITUTION A L'ÉGARD DE L'INSTITUÉ.

I. Pendant la vie du donateur.

223. L'institution contractuelle est le don de tout ou partie de la succession du donateur. Donc l'institué est héritier par contrat du vivant même de celui à qui il est appelé à succéder. Cette institution est irrévocable en ce sens que le donateur n'y peut porter atteinte par des libéralités. C'est ce que dit l'article 1083. D'après cela, il est facile de déterminer la nature du droit que l'institution contractuelle confère au donataire. Jaubert dit dans son rapport au Tribunat que le titre de l'institué est irrévocable, mais que l'émolument ne pourra être connu qu'au décès. Qu'entend-il par *titre* et par *émolument*? Le *titre* est la qualité d'héritier dont l'institué est investi par contrat et dont il ne peut plus être dépouillé par de nouvelles libéralités. L'*émolument* d'un héritier consiste dans les biens qu'il recueille; cet émolument n'est pas actuel, puisque le donateur reste propriétaire des biens compris dans l'institution (n° 12); et comme il en peut disposer à titre onéreux d'une manière illimitée, on ne sait pas même, de son vivant, s'il y aura un émolument; donc l'émolument est plus qu'inconnu, il est incertain; c'est seulement au décès du donateur qu'il se réalise, c'est alors que la succession contractuelle s'ouvre, de même que toute succession.

Est-ce à dire que l'institué n'ait pas d'autre droit qu'un héritier *ab intestat* ou un légataire? La différence est grande entre un héritier contractuel et un héritier appelé par la loi ou par la volonté du défunt. Celui qui est institué héritier par contrat a un droit contractuel, c'est-à-dire un droit acquis qui ne peut lui être enlevé ni par le do-

nateur, ni même par la loi, car la loi n'a pas d'effet rétroactif. L'héritier légitime, au contraire, n'a qu'une simple espérance qu'un testament peut détruire; les réservataires mêmes n'ont qu'une espérance, puisqu'une loi nouvelle peut abolir la réserve ou la diminuer. Quant à l'héritier testamentaire, il n'a jamais qu'une espérance, puisque le testament est toujours révocable, tandis que la loi déclare irrévocable le titre de l'institué.

Mais si le titre de l'héritier contractuel est irrévocable, ce titre ne lui donne aucun droit actuel sur les biens du donateur; l'institué ne recueille les biens qu'à la mort de l'instituant. Toutefois, même sous ce rapport, il y a une grande différence entre l'héritier contractuel et les héritiers légitimes ou testamentaires. Le premier peut revendiquer les biens dont le donateur a disposé à titre gratuit, après les avoir donnés par contrat de mariage; ces donations tombent lorsque l'institué vient à la succession. Au contraire, le légataire doit respecter toutes les libéralités qui diminuent son legs, même celles qui l'anéantissent. Il en est de même de l'héritier légitime qui n'a pas de réserve; et le réservataire peut seulement demander la réduction des libéralités qui entament sa réserve. En ce sens, l'héritier contractuel a un droit sur les biens du donateur, celui-ci ne pouvant plus disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution; mais ce droit est conditionnel, car il dépend de la survie du donataire. Il n'en est pas de même des aliénations à titre onéreux que le donateur fait, il a le droit de les faire; l'héritier contractuel doit les respecter; il prend les biens dans l'état où ils se trouvent à l'ouverture de l'hérédité, de même que tout héritier. Le droit de propriété de l'héritier contractuel ne s'ouvre donc que lorsque la succession s'ouvre. Et ce droit ne rétroagit point. Il est héritier avant l'ouverture de l'hérédité, mais il ne recueille les biens qu'après l'ouverture (1).

224. Le donataire peut-il céder le droit que lui con-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 263, note 54, § 739. Comparez Toullier, t. III, p. 453, n° 836. Grenier, t. III, p. 265, n° 411.

feré son contrat? Presque tous les auteurs se prononcent pour la négative, et, il nous semble, avec raison. En quoi consiste le droit du donataire? Il est héritier, mais son droit ne s'ouvre qu'à la mort du donateur; c'est donc un droit de succession qui ferait l'objet de la vente. Or, l'article 1600 défend, dans les termes les plus absolus, de vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement. On objecte que la succession du donateur est vendue de son consentement, en ce sens qu'il a consenti à instituer un héritier par contrat, de sorte qu'il a mis, en quelque sorte, son hérité dans le commerce. Mais ce consentement ne suffit point : quoiqu'il y ait un héritier, il n'y a pas d'hérité, puisque celui qui a institué un héritier vit encore; or, tant que l'hérité n'est pas ouverte, elle ne peut être vendue. Nous disons que le donateur a mis, *en quelque sorte*, son hérité dans le commerce; c'est à dessein que nous employons une expression aussi vague; à vrai dire, la succession non ouverte ne peut être dans le commerce, la loi défend tout pacte successoire; si elle déroge à une défense qui intéresse les bonnes mœurs, il faut limiter strictement cette exception aux termes de la loi. Qu'est-ce que le législateur permet en faveur du mariage? Il permet que le donateur assure sa succession aux époux par un contrat. Voilà tout; hors de là, on rentre dans la prohibition des pactes successoires. Cela est aussi fondé en raison. Ce que la loi a voulu, c'est que le donataire puisse compter sur l'hérité du donateur; ce but est atteint par l'institution contractuelle. La loi n'a pas voulu que cette succession devint l'objet de spéculations aléatoires et dangereuses; cela serait contraire à l'intention du donateur. C'est la famille qu'il a voulu gratifier, et l'héritier contractuel irait d'avance renoncer à cet héritage en l'aliénant pour un prix qui ne saurait être que dérisoire, puisque l'acheteur peut être à peu près sûr que le donateur ne lui laissera rien! Que si, au moment de la cession, le donateur possède encore sa fortune, la spéculation devient dangereuse; elle peut faire naître chez le cessionnaire la pensée coupable de s'assurer par un crime des biens qui vont lui échapper si

le donateur reste vivre. Donc la prohibition des pactes successoires doit recevoir son application, et d'après le texte et d'après l'esprit de la loi (1).

L'opinion contraire est soutenue par d'excellents auteurs. Ils disent que le droit de l'héritier institué est un droit conventionnel, ce qui est évident, puisqu'il est héritier par contrat. Mais qu'importe? Que le cédant soit héritier par contrat, par la loi ou par un testament, c'est toujours une succession qu'il vend; MM. Aubry et Rau l'avouent : c'est un droit éventuel de succession relativement à l'objet qui en forme la matière (2). Eh bien, cela est décisif; car c'est parce que la succession est, quant à son objet, un droit éventuel, que la loi prohibe les pactes successoires. En fait, le droit de l'héritier réservataire est aussi certain que celui de l'héritier contractuel; néanmoins il lui est défendu de le céder. Il en doit être de même du droit de l'héritier contractuel. S'il est saisi du droit héréditaire, c'est seulement en ce sens que le donateur est lié et ne peut plus faire de libéralités qui portent atteinte au droit de l'institué; mais ce droit n'est pas actuel, car l'héritier contractuel ne peut pas attaquer les donations du vivant de l'instituant; il ne le peut qu'à sa mort et sous la condition d'accepter. Le droit qu'il a de répudier prouve qu'il n'y a pas encore d'hérité et qu'il n'est pas encore définitivement héritier; il l'est s'il veut l'être, mais ce n'est qu'à la mort du donateur qu'il est appelé à manifester sa volonté. Jusque-là il n'est héritier qu'à l'égard du donateur, il ne l'est pas à l'égard des tiers.

225. Les mêmes principes s'appliquent à la question de savoir si l'héritier institué peut renoncer à son droit du vivant de l'instituant. Renoncer à un droit contractuel, c'est l'aliéner; donc pour avoir le droit de renoncer, l'héritier devrait avoir la faculté d'aliéner. A notre avis, il ne peut aliéner ni renoncer. Il faut appliquer à l'héritier

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 345, n° 324, d'après Toullier, Grenier, Duranton, Troplong, Vazeille. La jurisprudence est en ce sens. *Riom*, 15 avril 1809 (Daloz, n° 2098). *Rejet*, 16 août 1841 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 447). Comparez *Rejet*, 12 août 1846 (Daloz, 1846, 1, 296).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 264, note 55, § 739; Duvergier, *De la vente*, t. I, n° 232.

contractuel ce que l'article 791 dit en termes généraux. « On ne peut renoncer à la succession d'un homme vivant, même par contrat de mariage. » Le texte ne distingue pas quelle est la qualité du renonçant, s'il est successeur en vertu de la loi, en vertu d'un testament, ou en vertu d'un contrat; il s'attache uniquement au fait que l'on renonce à la succession d'un homme vivant; or, quand le donataire renonce au droit que lui confère l'institution contractuelle, il renonce à la succession du donateur du vivant de celui-ci. Donc cette renonciation est nulle, d'après l'article 791 (1).

La question est cependant controversée. Dans l'opinion contraire, on fait diverses distinctions. On admet que l'héritier contractuel ne peut renoncer au profit des héritiers *ab intestat* de l'instituant, parce que ce serait une stipulation sur une succession future, les héritiers légitimes n'ayant d'autre droit sur la succession que ceux qu'ils tiennent de la loi, et ce droit ne s'ouvre qu'à la mort, ce qui rend applicables les articles 791, 1130 et 1600 (2). Il nous semble que le motif de décider est identique quand la renonciation est faite en faveur d'un donataire gratifié par l'instituant postérieurement à l'institution (3). Qu'importe en faveur de qui on renonce? Les articles du code qui prohibent les pactes successoires n'entrent pas dans ces distinctions, ils sont conçus dans des termes absolus; c'est le fait de la renonciation qu'ils réprovent, dès qu'il y a renonciation à une succession non ouverte; or, la succession de l'instituant n'est ouverte qu'après sa mort; donc quand il fait une libéralité après avoir institué un héritier et que celui-ci renonce au profit des nouveaux donataires, il renonce à la succession d'un homme vivant; partant il fait un pacte successoire prohibé par la lettre de l'article 791.

On fait encore une autre distinction dans l'opinion que

(1) Tr. plong, t. II, p. 329, n° 2355. Benech, *De la quotité disponible* p. 451-456.
 (2) Aubry et Rau, t. VI, p. 265, note 58, § 739.
 (3) En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 264, note 56.

nous combattons (1). Si l'héritier contractuel renonçait au profit de l'instituant, on avoue que la renonciation serait nulle. Mais renoncer au profit de ceux que l'instituant gratifie, n'est-ce pas renoncer au profit de l'instituant? La distinction que l'on fait entre l'auteur de la nouvelle libéralité et ceux qu'il gratifie est tellement subtile qu'on a de la peine à la saisir. L'instituant, dit-on, n'a aucun intérêt à stipuler une renonciation qui ne doit profiter qu'aux donataires. N'a-t-il pas intérêt à faire une donation valable? Intérêt d'outre-tombe, répond-on. Nous pourrions en dire autant de tous les intérêts qui s'agitent dans ce débat; tous concernent la succession du donateur, donc tous sont d'outre-tombe. Mais est-il bien vrai que le donateur n'a aucun intérêt à demander la renonciation du donataire? On dit, avec plus de raison, que d'ordinaire ce sera une renonciation extorquée; et pour que le donateur se donne la peine de faire violence à l'institué, il faut bien qu'il y ait un intérêt actuel. En effet, dans quelles circonstances se font les renonciations? A l'occasion de libéralités que fait le donateur, soit à un enfant pour favoriser un mariage qui lui tient à cœur, soit à un nouveau conjoint; et qui ne sait la passion que mettent à ces libéralités ceux qui convolent en secondes noces?

Nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte de la loi et ne pas y introduire des distinctions qui sont en opposition avec son esprit. La jurisprudence est indécise, il y a des arrêts en sens divers; nous n'en connaissons aucun qui ait nettement formulé les distinctions que nous venons de combattre (2). Il y a des arrêts de la cour de cassation qui les condamnent en décidant d'une manière absolue que toute renonciation à une institution contractuelle est nulle. « Si, dit la cour, ce droit est contractuel par son origine, s'il est conditionnel et subordonné au cas de survie du donataire, s'il est incertain dans son émolument, ces divers caractères ne l'empêchent pas d'être, quant à

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 265, et note 59.

(2) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, nos 2100 et 2101.

ses effets, un véritable droit successif ne pouvant s'exercer que sur une hérédité. » La cour en conclut qu'il faut appliquer à cette renonciation les articles 791, 1130 et 1600 qui défendent de renoncer à une succession non ouverte (1).

226. Le donateur reste propriétaire des biens compris dans l'institution pendant toute sa vie. A sa mort, sa succession s'ouvre en faveur de l'héritier contractuel. Il n'y a aucune différence entre cette succession et la succession ordinaire, *ab intestat* ou testamentaire. L'article 711 s'applique à toute succession quand il dit que la propriété se transmet et s'acquiert par succession et par testament; l'institution contractuelle transmet également la propriété des biens donnés au moment de la mort de l'instituant. Jusqu'au décès aucun successible n'a de droit sur les biens qui composent le patrimoine du défunt; le droit de propriété des héritiers ne s'ouvre qu'avec l'hérédité, sans aucun effet rétroactif. Cela est évident pour les héritiers *ab intestat* et pour les légataires. Cela est tout aussi évident pour l'héritier contractuel; il est impossible que son droit rétroagisse au jour de son contrat, car, s'il rétroagissait, l'institué serait propriétaire à un moment où l'instituant est encore propriétaire; le droit de propriété du donateur exclut le droit de propriété du donataire.

227. Le principe est incontestable; nous allons en déduire les conséquences. Puisque l'institué n'est pas propriétaire pendant la vie de l'instituant, il ne peut faire aucun acte de propriété; il ne peut donc pas disposer des biens compris dans l'institution, ni à titre onéreux, ni à titre gratuit, ni par donation, ni par testament; il ne peut les hypothéquer ni les grever de droits réels. Toullier dit que la raison en est que, pendant la vie du donateur, l'institué n'a qu'une simple espérance de succéder aux biens qui lui ont été donnés (2). Cela n'est pas exact. Il est héritier par contrat, il a donc plus qu'une

(1) Rejet de la chambre civile, 11 et 12 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 1, 17 et 21).

(2) Toullier, t. III, 1, p. 454, n° 838.

espérance de succéder (n° 235). Mais la donation lui assure seulement la qualité d'héritier, elle ne lui donne aucun droit actuel sur les biens. Il suit encore de là qu'il ne peut en disposer, ni par testament ni par donation, au profit de l'un de ses enfants; s'il faisait une institution contractuelle au profit de l'un d'eux, les biens dont lui-même est héritier contractuel ne seraient pas compris dans l'institution, car ils ne sont pas dans son domaine, ils appartiennent au donateur, et on ne peut ni donner ni léguer les biens d'autrui (1). Vainement dirait-on qu'il a un droit conditionnel et que, la condition se réalisant, elle a un effet rétroactif. Le donataire n'a pas de droit conditionnel, il a un droit d'hérédité qui lui est assuré par un contrat, mais qui ne s'ouvre qu'à la mort du donateur. Par la même raison les créanciers du donataire ne peuvent pas saisir les biens compris dans l'institution contractuelle; ils n'ont de gage que sur les biens de leur débiteur, et les biens donnés sont dans le domaine du donateur.

228. Par application du même principe, il faut décider que si le donateur dispose des biens à titre gratuit, le donataire ne peut demander la nullité des donations. Nous dirons plus loin que l'action qui lui appartient après la mort du donateur en vertu de l'article 1083 n'est pas une action en nullité, c'est une revendication. Or, pendant la vie du donateur, le donataire n'est pas propriétaire, il ne peut donc pas revendiquer. La cour de cassation a décidé que le donataire pourrait prendre, dans ce cas, des mesures conservatoires en vertu de l'article 1180 qui permet au créancier conditionnel d'exercer tous les actes conservatoires de son droit avant que la condition soit accomplie (2). Nous croyons que l'article 1180 n'est pas applicable; si le droit du donataire était conditionnel, il rétroagirait au jour du contrat lorsque la condition se réaliserait, c'est-à-dire, lorsqu'il survivrait au donateur; il serait donc propriétaire à partir de la dona-

(1) Duranton, t. IX, p. 686, n° 688.

(2) Cassation, 2 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 193).

tion; par suite le donateur cesserait de l'être, et tous les actes de disposition qu'il aurait faits viendraient à tomber. Or, l'article 1083 dit le contraire, puisqu'il en résulte implicitement que le donateur conserve la libre disposition de ses biens à titre onéreux (n° 213). Il est vrai qu'il ne peut plus disposer à titre gratuit, parce qu'il ne peut pas révoquer l'institution contractuelle. Mais les donations qu'il fait ne peuvent être attaquées de son vivant, elles sont donc valables et, par conséquent, le donataire n'a aucun droit à exercer de ce chef; c'est seulement à la mort de l'instituant que ces dispositions tombent si l'institué survit (1). Les réservataires ont aussi un droit sur les biens dont le défunt ne peut disposer à leur préjudice, mais c'est un droit d'hérédité, d'où la conséquence que, pendant la vie du défunt, ils ne peuvent avoir aucune action. Il en est de même de l'héritier contractuel; la circonstance qu'il tient son droit d'un contrat n'établit, sous ce rapport, aucune différence entre lui et l'héritier à réserve; l'un et l'autre ont un droit d'hérédité, et ce droit ne s'ouvre qu'à la mort de celui auquel ils sont appelés à succéder.

II. Après la mort de l'instituant.

1. LES INSTITUÉS.

229. L'institution contractuelle peut être faite au profit des deux époux ou de l'un d'eux. Si les deux époux sont institués et que l'un d'eux précède, sa part accroît-elle à son conjoint? La plupart des auteurs admettent le droit d'accroissement entre les époux codonataires quand ils ont été institués conjointement. On applique l'article 1044 qui établit le droit d'accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs est fait à plusieurs conjointement; et l'institution est réputée faite conjointement lorsqu'elle l'est par une seule et même disposition et que le donateur n'a pas assigné la part de chacun des deux époux dans les biens donnés.

(1), Aubry et Rau, t. VI, p. 266, note 63, et les autorités qu'ils citent.

Nous n'admettons cette doctrine qu'avec une réserve. Les articles 1044 et 1045 établissent le droit d'accroissement entre colégataires, en se fondant sur des présomptions dont on induit que la volonté du testateur est que si l'un des légataires fait défaut, sa part accroisse à ses colégataires. Peut-on appliquer ces dispositions aux époux institués conjointement? Oui et non. Oui, en ce sens que l'instituant a le droit de déclarer que si l'un des époux ne vient pas à l'institution, elle profitera pour le tout à l'autre. Non, en ce sens que l'accroissement ne peut se faire entre les époux en vertu des articles 1044 et 1045, ces dispositions n'étant faites que pour les légataires, et les époux institués héritiers par contrat sont des donataires; or, entre donataires, il ne peut être question d'accroissement légal, puisqu'il n'y a pas de loi. Les principes les plus élémentaires s'y opposent. Quel est l'objet de l'institution contractuelle et quel est le droit que l'institution confère aux institués? Le donateur fait des héritiers par contrat; le titre d'héritier est donc acquis aux donataires dès que la donation est parfaite; voilà pourquoi on les appelle des héritiers contractuels. S'il y a deux héritiers contractuels, le droit d'hérédité se divise entre eux, comme les biens donnés par une donation entre-vifs se divisent entre les donataires; chacun sera donc héritier pour moitié. Ainsi toute donation faite à deux donataires se divise nécessairement; dès lors il n'y a pas de conjonction possible entre les donataires et, par suite, pas d'accroissement. A moins que le donateur n'ait manifesté la volonté d'établir le droit d'accroissement entre les époux, l'hérédité se divisera entre eux, par suite chacun sera héritier pour moitié. On dira que le droit des légataires se fonde aussi sur la volonté du testateur. Cela est vrai, mais la loi établit des présomptions en faveur des légataires, tandis qu'elle n'en établit pas au profit des époux; or, les présomptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Donc l'accroissement ne peut avoir lieu entre époux qu'en vertu de la volonté expresse du donateur; nous disons expresse, parce que le droit d'accroissement déroge au droit commun qui éta-