

» l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la donation ». Ainsi un homme marié, qui n'a pas d'enfants, mais qui est à la veille d'en avoir un, ou même une femme mariée dont la grossesse touche à son terme, fait une donation entre-vifs. Cette donation sera révoquée de plein droit par la naissance de l'enfant du donateur ou de la donatrice, survint-elle le lendemain de la donation. Et cependant on ne peut pas dire ici que le donateur, et surtout la donatrice, *non cogitavit de liberis*. Le motif, qui a fait établir la révocation pour cause de survenance d'enfant, semble donc ne plus exister, et Pothier a raison de dire qu'en principe c'est la solution contraire qui aurait dû être admise.

La question était controversée avant l'ordonnance de 1731. Elle fut tranchée par l'article 40 de ladite ordonnance, dont l'art. 961 est la reproduction littérale. La controverse existait surtout en ce qui concerne la donatrice, et on s'explique ainsi la présence dans le texte des mots « du donateur ou de la donatrice ». La disposition que nous analysons ne peut s'expliquer que par l'extrême faveur, dont le législateur de 1731 et le nôtre à sa suite ont entouré la révocation pour cause de survenance d'enfant. Ceux qui veulent justifier la loi à tout prix n'ont proposé que des motifs d'une grande faiblesse. On en est réduit à dire que le donateur ou la donatrice a pu ignorer au moment de la donation la conception de l'enfant; que, l'eût-il connue, il n'a pas encore éprouvé « la tendresse que la loi met au cœur des pères », tendresse qui ne se manifeste dans toute son énergie qu'à la naissance de l'enfant. *Major solet esse affectio erga filios qui jam sunt in rerum natura quam in nascituros, ut nos docet experientia optima rerum magistra*, dit Tiraqueau. Enfin on ajoute que ce n'était pas ici le cas de réputer déjà né l'enfant qui n'est encore que conçu; car cette fiction n'est admise que dans son intérêt. *Infans conceptus pro nato habetur* QUOTIES DE COMMUNIS EJUS AGITUR. Or ici l'intérêt de l'enfant exige qu'on n'applique pas la fiction; car elle empêcherait la révocation de se produire, et il est évidemment intéressé à ce qu'elle ait lieu.

Pour que la survenance d'un enfant légitime du donateur entraîne la révocation de la donation, il faut, dit Furgole, « que l'enfant soit venu à bon port ». Nous dirions aujourd'hui qu'il doit être né vivant et viable.

512. b. — *Survenance d'un enfant naturel.* — La survenance d'un enfant naturel du donateur n'entraîne la révocation de la donation qu'autant que cet enfant est légitimé par mariage subséquent (art. 960 *in fine*); l'ordonnance ajoutait : *et non par aucune autre sorte de légitimation*; la suppression de ces mots allait de soi, puisque le Code civil ne reconnaît pas d'autre légitimation que la légitimation par mariage subséquent, aussi ne figurent-ils plus dans l'art. 960.

La partie finale de ce même article a consacré une innovation plus importante. D'après le texte de l'art. 39 de l'ordonnance, la légitimation par mariage subséquent d'un enfant naturel du donateur entraînait la révocation de la donation, alors même que l'enfant ainsi légitimé était né avant la donation. Cette disposition fut vivement critiquée par le Tribunat. C'est accorder, fut-il dit, plus de faveur à la filiation naturelle qu'à la filiation légitime. « La naissance de l'enfant légitime ne donnant

lieu à la révocation qu'autant qu'il naît après la donation, il paraît impossible de donner plus de faveur à l'enfant naturel qui dans la suite est légitimé ». Bien que l'exactitude de cette observation fût contestable (car la naissance de l'enfant légitimé est fictivement reportée au jour du mariage qui le légitime, comme nous l'avons dit t. I n° 735), le législateur y a fait droit en inscrivant dans l'art. 960 *in fine* les mots *s'il est né depuis la donation*. Ce changement se justifie d'ailleurs par cette considération qu'autrement la légitimation aurait pu être conférée à l'enfant, non dans son intérêt, mais dans le but unique de révoquer la donation.

En résumé, deux conditions sont ici requises pour que la révocation se produise; il faut : 1° que l'enfant naturel soit né depuis la donation; 2° qu'il soit légitimé.

513. Nous allons maintenant retrouver une série de questions controversées, qui sont la contre-partie de celles que nous avons étudiées au n° 509.

PREMIÈRE QUESTION. — L'adoption d'un enfant par le donateur peut-elle entraîner la révocation de la donation? Doit-elle être assimilée ici à la naissance d'un enfant légitime? La négative est presque unanimement admise en doctrine et en jurisprudence. D'abord l'adoption ne rentre pas dans les termes de la loi qui parle de la *survenance* d'un enfant, expression qui indique un fait indépendant, dans une certaine mesure au moins, de la volonté du disposant; le donateur qui adopte un enfant peut-il dire qu'il lui est *survenu* un enfant? D'un autre côté, permettre au donateur de révoquer la donation en adoptant un enfant, c'eût été faire dépendre le sort de la donation d'une condition potestative de sa part, contrairement à l'art. 944. Enfin la paternité fictive n'engendre pas la même affection que la paternité naturelle, et par conséquent le motif, qui a fait admettre la révocation pour cause de survenance d'enfant, n'existe plus ici, ou n'existe tout au moins qu'à un bien plus faible degré.

DEUXIÈME QUESTION. — Le retour de l'enfant unique du donateur, qui était absent au moment de la donation et que le donateur croyait mort, entraîne-t-il la révocation de la donation? L'événement prouve que le donateur avait un enfant au moment de la donation, circonstance qui fait obstacle à la révocation. D'ailleurs, n'est-ce pas abuser des mots que d'appeler *survenance d'enfant* le retour d'un enfant absent?

Sur la question de savoir si la survenance d'un enfant issu d'un mariage putatif peut révoquer une donation, voy. t. I, n° 534.

N° 3. Comment s'opère la révocation pour cause de survenance d'enfant.

514. La révocation pour cause de survenance d'enfant a lieu *de plein droit, ipso jure* (art. 960), dès que les conditions exigées par la loi pour qu'elle se produise se trouvent réunies. — *De plein droit*, c'est à dire en vertu de la toute-puissance de la loi, sans l'intervention de la justice, et même sans que le donateur ait besoin de manifester sa volonté à cet égard. L'intervention de la justice ne serait nécessaire qu'autant qu'il y aurait contestation entre les parties sur le point de savoir si les conditions requises pour la révocation se trouvent réunies; et, au cas où

l'affirmative lui paraîtra démontrée, le juge ne *prononcera* pas la révocation, mais se bornera à constater qu'elle s'est opérée en vertu des dispositions de la loi. Le donateur devrait encore recourir à l'intervention de la justice, en vertu du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même, si le donataire, tout en reconnaissant que la révocation s'est opérée, refusait de restituer les biens donnés. Mais ici encore le juge ne prononcera pas la révocation; il ne fera qu'ordonner l'exécution de l'obligation qu'elle entraîne pour le donataire.

L'art. 964 se borne à tirer une conséquence de notre principe : « *Les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif; et si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation avait été révoquée, il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition* ».

La révocation ayant lieu de plein droit, indépendamment de toute manifestation de volonté de la part du donateur, et même malgré la manifestation qu'il aurait faite d'une volonté contraire, elle constitue un fait accompli contre lequel il n'y a pas à revenir. Inutilement donc le donateur déclarerait-il renoncer au bénéfice de la révocation; cette renonciation ne serait autre chose qu'une confirmation de la donation, et la loi déclare toute confirmation impossible. Il ne pouvait en être autrement : la donation révoquée n'existe plus; la loi a détruit l'œuvre du donateur; à quoi pourrait donc s'appliquer la confirmation du donateur? On peut confirmer un acte imparfait; mais on ne confirme pas le néant; or ici nous sommes en face du néant : il n'y a plus de donation, puisque la loi l'a révoquée. Et comme de raison, la loi n'admet pas plus la confirmation tacite que la confirmation expresse. Ainsi, la donation n'étant pas encore exécutée, on le suppose, au moment où la survenance d'un enfant en opère la révocation, le donateur l'exécute volontairement en livrant la chose donnée au donataire; ou bien, s'il l'avait déjà exécutée, il laisse le donataire en possession. La donation n'en demeurera pas moins révoquée (art. 962, 1^{re} partie). Il était plus évident encore que la mort de l'enfant, dont la naissance a produit la révocation, n'en détruirait pas les effets, et la loi aurait pu se dispenser de le dire. La révocation constitue, aussitôt qu'elle s'est produite, un droit acquis, sur lequel les événements ultérieurs doivent rester sans influence.

La conclusion qui résulte de tout cela, c'est que, si le donateur persiste dans sa volonté de gratifier le donataire, un seul moyen s'offre à lui : refaire la donation dans la forme légale, ainsi que le dit notre article.

N^o 4. Dans l'intérêt de qui la révocation est établie.

515. MM. Aubry et Rau disent à ce sujet : « La révocation est établie bien moins au profit du donateur en cette qualité, que dans son intérêt comme père des enfants qui lui sont survenus et dans l'intérêt de ces derniers. » Ce n'est peut-être pas une réponse très nette à notre question, mais il paraît difficile d'en donner une meilleure, car le législateur a enveloppé sur ce point sa pensée d'une certaine obscurité. Il a été dit et répété à satiété au Conseil d'Etat que la révocation dont il s'agit est établie dans l'intérêt des enfants du donateur. Voilà une affirmation très précise. Malheureusement elle paraît démentie par les textes. Si la révocation est établie dans l'intérêt des enfants, comment se fait-il qu'elle continue à subsister, même après la mort de l'enfant qui l'a produite? comment se fait-il surtout que le père puisse disposer des biens reconquis par la révocation, même à titre gratuit, au préjudice de ses enfants? comment se fait-il enfin que les enfants n'aient droit aux biens compris dans la donation révoquée qu'en qualité d'héritiers du donateur et tout autant seulement qu'ils acceptent sa succession? Tout cela tendrait à prouver que la révocation a lieu dans l'intérêt du donateur. En définitive on ne sait ce que le législateur a voulu.

N^o 5. Effets de la révocation pour cause de survenance d'enfant.

516. La révocation pour cause de survenance d'enfant produit les effets d'une condition résolutoire accomplie, c'est-à-dire qu'elle rétroagit au jour du contrat : elle a lieu *ex tunc*. La donation est donc révoquée, non seulement dans l'avenir, mais encore dans le passé; elle est censée n'avoir jamais eu lieu, et par suite le donateur est considéré comme n'ayant pas cessé d'être propriétaire des biens donnés et le donataire comme n'ayant jamais eu ce titre. La loi ne formule pas ce principe; mais elle le sous-entend dans l'art. 963, qui en déduit plusieurs conséquences : « *Les biens compris dans la donation révoquée de plein droit, rentreront dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme de ce donataire, de ses reprises ou 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, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage* ».

Ainsi donc, la donation une fois révoquée, on applique la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Par conséquent toutes les aliénations consenties par le donataire tombent : ce qui permet au donateur de revendiquer les biens donnés contre les tiers détenteurs, sauf l'application de la maxime *En fait de meubles possession vaut titre*, s'il s'agit d'objets mobiliers corporels. Tous les droits réels, qui se sont assis du chef du donataire sur le bien donné, ont le même sort; le donateur n'est donc pas obligé de les respecter. La loi n'admet même

pas ici, comme elle le fait au cas de retour conventionnel (art. 952), d'exception à cette règle en faveur de l'hypothèque légale de la femme du donataire, sans qu'il soit bien facile de rendre raison de cette différence ; *et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*

Bien plus la loi ajoute : « ce qui aura lieu quand même la donation aurait été » faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage ». Cette disposition demande à être bien comprise. Le cautionnement en principe n'est pas révoqué par la survenance d'un enfant à la caution. Ainsi je me suis porté caution de l'exécution d'un contrat de mariage ; l'obligation que j'ai ainsi contractée ne sera pas révoquée pour cause de survenance d'enfant. « Le cautionnement en lui-même, dit Demante, peut bien à certains égards être considéré comme un acte de bienfaisance, mais ce n'est pas une donation ». Si au contraire, n'ayant pas d'enfants, j'interviens à un contrat de mariage pour y faire une donation aux futurs époux ou à l'un d'eux, et que je déclare en même temps me porter caution de l'exécution du contrat de mariage, non seulement la donation sera révoquée, s'il me survient un enfant, *mais il en sera de même du cautionnement qui l'accompagne.* Pourquoi cela ? Parce que la loi voit dans le cautionnement un appendice de la donation, un moyen indirect et détourné pour la faire valoir malgré la révocation dont elle serait atteinte, ou, si l'on veut, une renonciation déguisée au droit de profiter de la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant.

* 517. Par quelle action le donateur agira-t-il pour obtenir la restitution des biens compris dans la donation révoquée ? Contre le donataire, il agira par l'action personnelle ; car l'action a ici sa source dans la résolution d'un contrat auquel le donataire a été partie. Il en sera de même contre les ayant-cause universels du donataire, héritiers, légataires universels. Contre les tiers détenteurs des biens donnés, le donateur agira par l'action réelle. Par suite de la révocation de la donation, il est censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire du bien donné, et il agit en cette qualité, donc en revendication.

518. Poussé jusqu'à ses extrêmes conséquences, le principe, que la révocation a lieu *ex tunc*, conduirait à décider que le donataire doit restituer au donateur, avec le bien donné, tous les fruits qu'il en a retirés. Mais nous avons déjà dit qu'en général la résolution ne porte pas d'atteinte aux jouissances du temps passé. Nous en trouvons une nouvelle preuve dans la disposition de l'art. 962, ainsi conçu : « La » donation demeurera pareillement révoquée, lors même que le donataire » serait entré en possession des biens donnés, et qu'il y aurait été laissé » par le donateur depuis la survenance de l'enfant ; sans néanmoins que le » donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus, de quelque » nature qu'ils soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant ou » sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par exploit » ou autre acte en bonne forme ; et ce, quand même la demande pour rentrer » dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieurement à cette » notification ». Le donataire, qui aurait appris, par toute autre voie que la notification dont parle notre article, l'événement donnant lieu à la révocation, ne deviendrait pas pour cela comptable des fruits : il est censé l'ignorer, tant qu'il n'en a pas été informé par la voie légale.

* A partir de quelle époque les tiers détenteurs des biens donnés seront-ils tenus de la restitution des fruits ? La question est controversée. Nous pensons qu'il faut appliquer aux tiers détenteurs ce que la loi dit du donataire lui-même, et que par suite, de même que celui-ci, ils ne seront comptables des fruits qu'à dater du jour où le donateur leur aura adressé la notification dont parle notre article. En effet, à défaut de cette règle, on ne pourrait leur appliquer que celle des art. 549 et 550. Mais, outre que ces articles ne paraissent pas écrits en vue de la situation qui nous occupe (car ils supposent un possesseur dont le titre est vicié, et ici le possesseur a un titre *résoluble*, ce qui est bien différent), leur application serait plus défavorable aux tiers détenteurs que celle de l'art. 962 ; car elle les obligerait à la restitution des fruits à dater du jour, où ils auraient eu connaissance par une voie quelconque de l'événement qui a opéré la révocation. Sans compter que cette rigueur rejaillirait souvent sur le donataire lui-même, qui, en sa qualité de *garant*, pourrait être tenu à indemniser les détenteurs de la perte qu'ils subissent de ce chef.

N° 6. De la prescription.

519. Aux termes de l'art. 966 : « Le donataire, ses héritiers ou ayant-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, 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 ».

Sans préjudice des interruptions ; ajoutez et des suspensions.

Ce texte consacre plusieurs dérogations au droit commun, qui ne peuvent s'expliquer que par la faveur tout exceptionnelle dont la loi entoure la révocation pour cause de survenance d'enfant.

PREMIÈRE DÉROGATION. — L'action, que la révocation fait naître au profit du donateur, soit contre le donataire ou ses ayant-cause, soit contre les tiers détenteurs, se prescrit dans tous les cas par trente ans. Les tiers détenteurs ne pourront donc en aucun cas opposer au donateur la prescription de dix à vingt ans de l'art. 2265.

DEUXIÈME DÉROGATION. — De droit commun une action commence à se prescrire à dater du jour où elle est née. D'après cela, les trente ans, accordés pour l'exercice de l'action qui naît de la révocation, auraient dû courir à dater de la naissance du premier enfant du donateur ; car cet événement, en révoquant la donation de plein droit, fait naître l'action du donateur. Notre article dispose que les trente ans ne courront qu'à compter de la naissance du dernier enfant, même posthume, de sorte que le point de départ de la prescription peut se trouver ainsi indéfiniment retardé. Le législateur a sans doute considéré que le donateur hésitera le plus souvent à se prévaloir lui-même de la révocation, et il a voulu, en prolongeant la durée de l'action, la mettre en quelque sorte en réserve pour ses héritiers, afin qu'ils puissent l'intenter après son décès.

* Les deux dérogations, qui viennent d'être signalées et qui constituent l'économie tout entière de l'art. 966, doivent être considérées comme applicables, vu la généralité des termes de notre article, non seulement, comme tout le monde l'admet, aux tiers détenteurs qui tiennent leurs droits du donataire, par exemple à ses acheteurs, mais aussi, ce que quelques-uns contestent, aux tiers détenteurs qui n'ont pas de titre ou dont le titre émane d'un autre que le donataire. Les doutes, que l'on a élevés sur ce point, semblent devoir disparaître devant cette considération : que nos anciens auteurs interprétaient généralement en ce sens l'art. 45 de l'ordonnance, dont l'art. 966 est la reproduction littérale.

520. Effets de la prescription. — L'art. 966 dit très nettement qu'elle FAIT VALOIR la donation révoquée. C'est impossible, dit-on ; car la donation est révoquée de plein droit : ce qui la rend, comme on l'a vu, non susceptible de confirmation : elle ne peut pas plus être confirmée par la prescription que de toute autre manière. Impossible, c'est trop dire ; car le législateur est tout puissant dans le domaine du Droit, et sa toute-puissance va jusqu'à manquer de logique : ce qu'il nous paraît avoir fait dans la circonstance en autorisant dans un cas particulier la confirmation d'une donation révoquée de plein droit, c'est-à-dire du néant, ce qui équivaut à peu près à la résurrection d'un mort.

La prescription ayant pour résultat de faire valoir la donation révoquée, il s'ensuit que le titre du donataire est conservé ou, si l'on veut, remplacé par un autre équivalent. Il demeure donc toujours donataire, et pourrait être soumis, le cas échéant, au rapport, à la réduction et à la révocation pour cause d'ingratitude.

CHAPITRE V

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

521. Ce chapitre est divisé en huit sections. Les deux premières sont consacrées à la réglementation de la forme des testaments. La forme est ici essentielle, car le testament est un acte solennel ; par suite il n'a pas d'existence légale, si les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées (art. 1001).

Au point de vue de la forme, les testaments se divisent en testaments ordinaires et testaments privilégiés. Le testament ordinaire est le testament de droit commun ; le testament privilégié est un testament d'exception, plus simple dans la forme en général, que la loi autorise dans certains cas particuliers où elle suppose qu'il serait impossible ou au moins fort difficile de tester suivant les règles du droit commun.

Les dispositions des art. 967 et 968, qui ouvrent la section I, sont communes à tous les testaments, ordinaires ou privilégiés. Ils auraient été mieux à leur place dans un *præmium* placé en tête du chapitre V et qu'on aurait pu intituler *Dispositions générales*. Etudions-les tout d'abord.

522. I. Aux termes de l'art. 967 : « 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 ».

En Droit romain, le testament ne pouvait être valable qu'à la condition de contenir une institution d'héritier ; c'était là *caput atque fundamentum totius testamenti*. Des codicilles, ne contenant pas d'institution d'héritier, mais seulement des legs ou des fidécumms, pouvaient d'ailleurs se rattacher au testament dont ils formaient alors le complément. Ces règles furent suivies dans les pays de Droit écrit. Dans les pays de Coutume au contraire, on admettait un principe tout à fait opposé : « Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut ». De là résultait que le testament ne devait pas contenir d'institution d'héritier. Cette règle était écrite dans la plupart des coutumes, et Loysel l'a formulée dans ces termes : *Institution d'héritier n'a pas de lieu*. Est-ce à dire que le testament était nul, s'il contenait une institution d'héritier ? Quelques rares coutumes poussaient la rigueur jusque-là ; mais la plupart maintenaient le testament, sauf à faire produire à l'institution d'héritier les effets d'un legs universel. Ce système, qui donne effet à la volonté du testateur sans tenir compte des expressions dont il s'est servi, a été reproduit par l'art. 967. Il supprime la différence admise par le Droit romain et par nos pays de Droit écrit entre le testament et le codicille.

523. II. Aux termes de l'art. 968 : « Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle ».

Ce texte prohibe les testaments dits *conjunctifs*, c'est-à-dire ceux qui seraient faits par deux ou plusieurs personnes dans un seul et même acte. En d'autres termes, un seul et même testament ne peut pas contenir l'expression de la volonté de plusieurs testateurs. Quel en est le motif ? Le testament est un *acte* (art. 895). Il participerait à la nature du *contrat*, s'il pouvait contenir l'expression de plusieurs volontés ; car les dispositions faites par les divers testateurs dans un seul et même acte pourraient, devraient même être considérées comme étant la condition les unes des autres et comme convenues par suite entre les divers testateurs. De là résulterait pour l'acte une couleur indéterminée, qui rendrait difficile la détermination de son véritable caractère et de ses effets. Ainsi, en admettant la validité des testaments conjunctifs, chaque testateur conservera-t-il le droit de révoquer *ad nutum* les dispositions qu'il a faites ? Si on résout la question négativement, on violera la règle que les testaments sont essentiellement révocables ; si on la résout affirmativement, on violera cette autre règle que les conventions ne peuvent être révoquées que d'un commun accord (art. 1134).

Notre ancien Droit admettait les testaments conjunctifs ; mais les plus grandes divergences existaient sur le point de savoir quels effets ils devaient produire. C'est sans doute pour ce motif qu'ils furent pros crits par l'ordonnance de 1731, art. 77, sauf deux exceptions : la première relative aux partages faits entre enfants et descendants, la deuxième relative aux dispositions entre conjoints dans les pays où les époux pouvaient se faire des donations mutuelles à cause de mort. Ces deux exceptions n'ayant pas été reproduites par le législateur de 1804, la règle de l'interdiction des testaments conjunctifs demeure aujourd'hui absolue.