

Sans signification, l'acte de nantissement est incomplet; il est incapable d'engendrer un privilège. Or si, malgré cette nécessité substantielle de la signification, on peut l'opérer dans les dix jours qui précèdent la faillite, combien, à plus forte raison, la transcription qui ne crée pas la donation, qui ne fait que lui donner une valeur extrinsèque, à peu près comme l'inscription par rapport à l'hypothèque, qui ne fait qu'ajouter aux droits personnels résultant déjà du contrat un droit réel opposable aux tiers!

1161. Je sais qu'on peut objecter au système que nous défendons ici, une raison qui ne manque pas de gravité: c'est que, sans la transcription, la donation reste sans publicité à l'égard des tiers; c'est que c'est la transcription qui, seule, avertit légalement ces mêmes tiers que l'actif du commerçant ne comprend plus les biens donnés, et qu'il ne faut plus compter sur cette partie de son avoir pour calculer les forces de son crédit; c'est que ce serait tendre un piège à la bonne foi que de valider des libéralités occultes qui laissent les dehors factices de la richesse à celui dont la solvabilité est ébranlée (1). Mais ne peut-on pas répondre que les inscriptions hypothécaires, qui ne se montrent que dans les dix jours de la faillite, ont les mêmes inconvénients, et que, cependant, le Code de commerce leur permet de se manifester à cause du droit acquis dont elles sont la suite (2)? Si la loi tient compte des hypothèques qui sont dans l'ombre et que les tiers n'ont pu soupçonner, si elle accepte comme bonnes les inscriptions de ces hypothèques qui se produisent dans les dix jours, pourvu qu'elles procèdent de droits valablement acquis ultérieurement, on ne conçoit pas pour-

(1) M. Esnault, *Des faillites*, t. I, n° 494. Voy. aussi M. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 67, 68.

(2) Art. 448, C. de comm.

quoi on rejetterait une transcription faite dans les dix jours, pourvu que la donation, dont elle est le complément, soit faite sans fraude et en temps non suspect. Que si le mystère gardé par les parties est un artifice répréhensible pour tromper les tiers, on frappera la donation. Mais il n'en sera pas de même s'il y a eu bonne foi.

1162. Au reste, il est bien entendu que la transcription n'aurait aucune valeur si elle était faite après le jugement déclaratif de la faillite. Par la faillite, le débiteur est dessaisi de ses biens; ses créanciers les prennent dans l'état où ils sont; ils en sont investis à titre de dation en paiement, et tout se trouve arrêté par leur mainmise. Le donataire viendrait donc dans un moment où les choses ne sont plus entières, s'il faisait transcrire après la faillite; il ressemblerait à un donataire qui ferait transcrire quand le donateur a cessé d'être propriétaire de la chose par une vente (1).

1163. On a vu que notre article, dérogeant aux règles de l'insinuation, ne soumet à la transcription que les biens susceptibles d'hypothèque, excluant par là, de la nécessité de cette formalité, les donations de meubles. Cette partie de notre article a donné lieu à de sérieuses difficultés.

La première pensée qui se présente à l'esprit, c'est d'expliquer l'art. 959 par l'art. 2118 du Code Napoléon qui donne une définition (et une définition limitative) des biens susceptibles d'hypothèque (2).

A ce compte, rien ne serait plus simple que de décider si une donation de servitude, de droit d'usage et d'habitation doit être transcrite. Comme ces droits ne sont pas susceptibles d'hypothèque, il faudrait dire, l'art. 2118 à la main,

(1) Montpellier, 27 avril 1840 (Dalloz, 40, 2, 244). M. Bayle-Mouillard, *loc. cit.*

(2) Mon comm. des *Hypothèques*, n° 398 et suiv.

que l'art. 939 ne prescrit pas la transcription de ces sortes de donations.

Beaucoup d'auteurs soutiennent cependant qu'elles doivent être transcrites (1), et il a été jugé qu'un donataire ne pouvait, à défaut de transcription, demander la distraction de ces droits contre un créancier du donateur, procédant à une saisie (2).

On fait valoir dans ce système le danger des fraudes. Mais si le législateur avait voulu astreindre toutes les donations immobilières à la transcription, pourquoi ne l'aurait-il pas dit? Pourquoi s'est-il servi d'une locution limitative et qui n'embrasse pas tous les biens immeubles. Reportons-nous au travail d'élaboration de l'art. 939. Qu'a-t-on entendu faire? Soumettre les donations à la transcription dans les cas où la loi de brumaire en avait soulevé. Or, les art. 26 et 6 de cette loi sont formels sur les cas où la transcription était nécessaire. Ils conduisent à un résultat pareil à celui qui ressort de la combinaison de l'article 939 avec l'article 2118 (3).

A notre sens on repoussera donc le système de la nécessité absolue de la transcription. On la restreindra aux seules donations de biens susceptibles d'hypothèques.

1164. Ainsi seront soumises à la transcription les donations d'usufruit, d'emphytéose, d'actions de la banque immobilisées (4), etc., etc.

1165. La question est plus délicate à l'égard des donations d'actions immobilières, par exemple : d'une action en réméré, ou en rescision.

(1) M. Grenier, t. II, n° 462. M. Coin-Delisle, art. 939, n° 44.

(2) Riom, 24 mai 1842 (Devill., 42, 2, 340).

(3) MM. Bayle-Mouillard, t. II, note sur le n° 462; Marcadé sur l'art. 939, n° 4; Duranton, t. VIII, n° 504.

(4) Décret du 46 janvier 1808, art. 7.

La raison de douter est que ces actions ne sont pas susceptibles d'hypothèque (1). Mais elles donnent le droit d'hypothéquer éventuellement l'immeuble qui en est l'objet. Il n'en faut pas davantage, dit très-bien M. Bayle-Mouillard, pour que l'art. 939 leur soit applicable (2).

1166. Il en est de même d'une donation de droits successifs (3). Car en vertu de la maxime : « *Le mort saisit le vif*, » les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens du défunt, et dès lors les droits à une succession sont de véritables droits de propriété sur les biens immeubles qui la composent, et non une simple action pour les réclamer. La donation de tels droits constitue une transmission réelle de la propriété de ces biens.

1167. On doit soumettre à la transcription toutes les donations quelconques de biens susceptibles d'hypothèque, même celles qui sont conditionnelles (4), même celles qui sont grevées de charges (5), même les donations rémunératoires, et celles qui sont faites pour services et fondations (6).

1168. On ne saurait excepter de la transcription les donations de biens présents par contrat de mariage (7). Il est vrai que l'ordonnance de 1731 exemptait de l'insinuation celles qui étaient faites par contrat de mariage en ligne directe (8),

(1) Mon comm. des *Hypothèques*, n° 406. *Junge* M. Paul Pont, n° 395.

(2) *Loc. cit.*, sur le n° 464 du t. II de M. Grenier. *Junge* Duranton *loc. cit.*

(3) Cassat. 24 janvier 1839 (Daloz, 39, 1, 57).

(4) MM. Duranton, t. VIII, n° 340. Coin-Delisle; n° 46.

(5) Ord. de 1731, art. 20.

(6) *Id.*

(7) Ferrières *sur Paris*, art. 284, glose 3, nos 35 et 43. Douai, 16 février 1846 (Devill., 46, 2, 319). M. Duranton, t. IX, n° 668. *Infra*, n° 2341.

(8) Art. 49.

parce qu'on les considérait moins comme des donations que comme des offices de piété, et d'un devoir indispensable. On ajoutait que les contrats de mariage ont une grande publicité et que l'insinuation n'y pouvait rien ajouter sous ce rapport (1). Mais ni l'art. 939, ni aucun autre du Code Napoléon, n'ont admis cette exception. On ne peut donc en argumenter pour l'introduire dans la jurisprudence actuelle.

1169. Les institutions contractuelles ne sont pas des donations proprement dites. Quoique irrévocables, elles tiennent du testament et elles ne transfèrent pas la propriété. Car l'instituant conserve le droit d'aliéner les biens compris dans l'institution (2). La transcription n'y est donc pas plus requise que ne l'était autrefois l'insinuation (3).

Il en est de même des donations de biens présents et à venir faites par contrat de mariage, auxquelles n'est pas joint l'état des dettes prescrit par l'art. 1084; car alors elles ont un grand rapport avec l'institution contractuelle.

Mais quand l'état des dettes y est annexé, comme elles sont alors susceptibles de division au décès du donateur, et que le donataire peut opter, à ce moment, pour les biens présents, la transcription est nécessaire en ce qui concerne ces biens, afin que le donataire puisse opposer son titre aux tiers acquéreurs à qui le donateur les aurait vendus en tout ou en partie, et exercer contre eux l'action révocatoire. Elle est encore nécessaire pour qu'il puisse soustraire lesdits biens à l'action des créanciers postérieurs à la donation (4). Quant

(1) Furgole sur cet article.

(2) Furgole sur l'art. 20 de l'ord. de 1731. Ferrières, *loc. cit.*, n° 39. Pau, 2 janvier 1827 (Devill., 8, 2, 304). Grenier, n° 430. *Infra*, n° 2347 et suiv.

(3) Lebrun, *Success.*, 3, 2, 16. Furgole sur l'ord. de 1731, art. 20. *Contra*, Ricard, n° 1149, qu'on trouve si souvent en défaut.

(4) MM. Grenier et Fremenville, t. III, n° 437, à la note.

aux créanciers existants lors de la donation, l'intérêt est moindre, puisque le donataire est chargé expressément de les payer (art. 1085). Si cependant un d'eux avait été omis dans l'état annexé, il serait fondé à se prévaloir du défaut de transcription (1).

1170. Les donations entre époux, faites pendant le mariage, ne sont pas soumises à la transcription; car elles sont essentiellement révocables (2).

1171. Les gains de survie avaient été dispensés de l'insinuation, par l'art. 21 de l'ordonnance de 1731. Toutefois, cette exemption n'était pas absolue; elle ne s'appliquait qu'aux gains de survie en usage dans les localités, et non aux gains de survie extraordinairement stipulés en dehors des habitudes des contrats de mariage. Quand ces gains de survie rentraient dans la classe des pactes ordinaires, on les considérait moins comme des libéralités que comme des clauses propres à balancer les avantages réciproques, et à établir de justes et favorables compensations. Les soumettre, par conséquent, à l'insinuation, c'eût été s'exposer à détruire l'esprit et la liaison essentielle de toutes les clauses d'un contrat de mariage; c'eût été créer des rigueurs irréparables (3). C'était, du reste, en ce sens que la jurisprudence s'était prononcée, même avant l'ordonnance, ainsi qu'on peut le voir par les arrêts rapportés par Brodeau (4), par Ferrières (5). On y distinguait les pactions matrimoniales, usuelles et ordinaires, des donations formelles, les premières

(1) M. Toullier, t. V, n° 863. *Infra*, n° 2404.

(2) Grenier, n° 436. M. Duranton, n° 509, M. Coin-Delisle, n° 19.

(3) Préambule de la déclaration du 23 juin 1729. Furgole sur l'art. 21 de l'ord. de 1731.

(4) Sur Louet lettre D, somm. 64.

(5) Sur Paris, art. 184, glose 3, n° 47 *in fine*.

étant dispensées de la formalité de l'insinuation, les secondes y étant sujettes (1).

Ce point de droit avait été confirmé et expliqué par les lettres patentes du 3 juillet 1769. Ainsi les donations de biens présents en cas de survie, sortant de la classe des conventions matrimoniales, étaient sujettes à l'insinuation. Mais il n'en était pas de même des gains de survie, même extraordinaires, portant sur les biens que le donateur aurait à son décès; elles n'étaient soumises qu'à une insinuation bursale, après la mort du donateur, et sans influence sur leur validité (2).

Le Code n'a pas répété cette disposition. Les donations par contrat de mariage portant gain de survie sont donc soumises, de droit, à la règle générale, et on ne doit les en exempter que lorsqu'elles portent (ce qui arrive souvent) le caractère de dispositions à cause de mort, et qu'au lieu d'être de véritables gains de survie et de mériter le titre de donation, elles sont plutôt des pactes de société.

Supposons qu'une femme donne à son mari, en cas de survie, l'usufruit de tel immeuble déterminé; malgré la condition de survie, on ne saurait dire qu'il y a là une donation à cause de mort. C'est une donation entre-vifs, suspendue par une condition casuelle. La donatrice est liée irrévocablement; elle ne peut aliéner la chose au préjudice de l'usufruit de son mari. Celui-ci a un droit acquis, et sa donation n'aura d'effet, à l'égard des tiers, que si elle est transcrite (3).

Que si la donation est faite à la femme survivante par le

(1) Ferrières, *loc. cit.*

(2) Bergier sur Ricard, t. I, p. 286, note A.

(3) Devilleneuve, 4, 2, 231. La matière est très-bien exposée dans la note à laquelle nous renvoyons. Voy. aussi Cassat., 25 thermidor an XIII (Devill., 2, 1, 154), 9 septembre 1844 (Devill., 3, 1, 405), 10 mars 1840 (Devill., 40,

mari, au lieu d'avoir été faite au mari survivant par la femme, les principes sont absolument les mêmes. Seulement, la femme aura l'avantage d'une hypothèque légale en vertu de l'art. 2115 du Code Napoléon (1).

Mais ceci a besoin d'être expliqué.

La femme, comme donataire, n'a rien à demander. Son titre est nul. Elle n'a pas l'action révocatoire contre les tiers acquéreurs de l'immeuble soumis à l'usufruit (2); elle ne peut se présenter à titre de donataire aux créanciers antérieurs ou postérieurs de son mari (3); elle ne peut même faire valoir son hypothèque légale en tant qu'elle la rattache à la donation. Cette donation, étant invalide en soi, ne saurait donner naissance à une action hypothécaire efficace (4).

Mais la femme peut être créancière de son mari à cause du défaut de transcription; c'est ce qui arrive aux termes de l'art. 942 du Code Napoléon, lorsque le mari est reconnu coupable de négligence dans l'accomplissement du mandat que lui donne l'art. 940 de faire transcrire la donation. En pareil cas, la femme a, pour cette créance, une hypothèque légale, dont la cause est dans les conventions matrimoniales, et qui remonte au jour du mariage. Notez bien que cette hypothèque n'est pas un accessoire de la donation; il ne peut y avoir d'accessoire quand il n'y a pas de principal. Mais c'est une hypothèque fondée sur la responsabilité du mari, et ceci est très-différent. Car s'il venait à être prouvé que le mari n'a pas été négligent, qu'il a été empêché par force

1, 422). Junge M. Merlin, Répert., v^o *Gains nuptiaux*, et M. Proudhon, *Usufruit*, n^o 262. *Infra*, nos 2524 et 2532.

(1) Mon comm. des *Hypothèques*, t. II, n^o 418. *Infra*, n^o 2525.

(2) *Infra*, nos 4180 et 4186.

(3) Cassat., 4 janvier 1830 (Devill., 9, 1, 420).

(4) Cassat., 10 mars 1840 (Devill., 40, 1, 217). Angers (saisie du renvoi), 10 mars 1844 (Devill., 41, 2, 187). V. aussi M. Paul Pont, nos 438, 439.

majeure ou autrement, qu'en un mot, il n'a pas commis de faute, c'est en vain que la femme prétendrait à une hypothèque légale; cette hypothèque n'existe pas de plein droit : elle est subordonnée à la faute prouvée du mari.

Que si cette faute est constatée, alors la femme peut agir contre les tiers détenteurs des immeubles autres que ceux qui font l'objet de la donation (1). Sans doute, elle n'aura pas d'action hypothécaire contre l'acquéreur même de l'immeuble donné. Comment pourrait-elle l'inquiéter, puisque c'est précisément parce qu'elle est dépouillée par lui, qu'elle a action récursoire contre son mari? Mais quant aux autres acquéreurs, l'hypothèque légale va nécessairement les chercher lorsqu'ils n'ont pas purgé.

De même, la faute du mari étant établie, la femme pourra, à l'aide de cette hypothèque légale dont nous parlons, demander préférence contre les créanciers postérieurs à son contrat de mariage. Nous avons vu que, comme donataire, elle ne pourrait leur opposer sa donation; mais comme créancière de son mari, elle peut leur opposer son titre de créance et l'hypothèque qui y est attachée.

Tels sont les principes; telles sont leurs conséquences.

Je vois cependant ces idées méconnues dans un arrêt de la cour de Toulouse du 7 mai 1829 (2), qui, dans l'hypothèse d'une donation de biens présents faite à l'épouse survivante, décide que c'est là un gain de survie dispensé de la transcription. Mais rien, dans le Code Napoléon, n'autorise à revenir sans distinction au texte de l'ordonnance de 1731. Ce texte est sans valeur aujourd'hui, en tant qu'il s'agit d'une donation qui a un caractère irrévocable et qui porte sur un bien présent.

(1) Voy. les arrêts déjà cités.

(2) Dalloz, 30, 2, 262. Devill., 9, 2, 259. Palais, 22, 993.

L'arrêt argumente de l'art. 1092 du Code Napoléon pour tracer une ligne de démarcation entre les donations pures et simples par contrat de mariage, et celles qui sont soumises à la condition de survie, et pour faire revivre par là l'art. 21 de l'ordonnance de 1731. Mais il n'est pas possible de faire sortir de l'art. 1092 une telle conséquence. Cet article ne veut dire autre chose, sinon que la condition de survie n'est pas sous-entendue de plein droit dans les donations de biens présents faites par contrat de mariage. Il ne dit pas que les donations de biens présents, modifiées par la condition de survie, seront des donations de biens présents en dehors du droit commun; il ne le dit pas, et il ne pourrait le dire sans choquer les principes, le bon sens et l'opinion générale.

Mais quand une donation, faite sous condition de survie, a plutôt le caractère d'une donation à cause de mort que le caractère d'une donation entre-vifs, elle est dispensée de la transcription, et rien n'empêche de se référer alors à l'art. 21 de l'ordonnance de 1731. Telle est la donation des acquêts que le donateur laissera à son décès, et qu'il assure, par contrat de mariage, à sa future épouse en cas de survie de celle-ci. Telle est la donation de la moitié ou du quart de ses biens présents et à venir, dans le même cas de survie et sans état annexé. Ces donations sont des legs par contrat; elles confèrent un titre irrévocable; mais elles laissent le donateur libre d'acquérir ou de ne pas acquérir, libre de vendre, d'hypothéquer, etc., etc. Le donataire n'a ni investissement ni possession; il ne peut faire aucun pacte conservatoire du vivant du donateur. Ce n'est pas pour de telles dispositions que la transcription a été imposée (1).

1172. Quant aux donations déguisées sous la forme de

(1) Grenoble, 12 janv. 1813 (Deville., 4, 2, 231). Mais s'il y avait un état annexé et option pour les biens présents, V. *supra*, n° 1469.

contrats onéreux, il va sans dire qu'elles répugnent par leur constitution même, à la nécessité de la transcription (1). On s'étonne que le contraire ait pu être enseigné (2).

ARTICLE 940.

Cette transcription sera faite à la diligence du mari, lorsque les biens auront été donnés à sa femme; et si le mari ne remplit pas cette formalité, la femme pourra y faire procéder sans son autorisation.

Lorsque la donation sera faite à des mineurs, à des interdits, ou à des établissements publics, la transcription sera faite à la diligence des tuteurs, curateurs ou administrateurs.

SOMMAIRE.

1173. C'est au donataire qu'il appartient de faire la transcription.
 1174. L'art. 940 a prévu le cas où le donataire ne serait pas en état de veiller sur ses droits, et il a chargé de ce soin plusieurs mandataires.
 1175. A défaut de ces mandataires, les donataires intéressés auraient, du reste, le droit de poursuivre eux-mêmes jusqu'à la transcription.

COMMENTAIRE.

1173. Notre article met en évidence une première vérité, à savoir, que c'est au donataire qu'il appartient de faire la transcription : elle est dans son intérêt; elle le regarde exclusivement. Le soin de l'accomplissement de cette formalité repose donc sur lui.

1174. Mais des donations sont souvent faites à des per-

(1) *Supra*, n° 1092.

(2) M. Coin-Delisle, sur l'art. 939, n° 17.

sonnes qui n'ont pas toute la plénitude de capacité nécessaire pour veiller sur leurs droits. L'art. 940 vient à leur secours; il charge expressément leurs mandataires légaux de procurer l'accomplissement d'une formalité qui a de si grands résultats. Le mari fera donc faire la transcription pour sa femme; le tuteur, pour son pupille ou pour l'interdit; l'administrateur, pour l'établissement public (1).

1175. Et comme la transcription est un acte purement matériel, il s'ensuit que si ces mandataires et administrateurs y mettaient de la négligence, rien n'empêcherait que la transcription qui, nous le répétons, n'est pas un acte de consentement, qui n'est qu'un acte de publicité, ne fût poursuivie par la femme elle-même ou par le mineur. L'art. 940 ne s'en explique pas à l'égard de ce dernier, comme pour la femme. Mais cette faculté paraît résulter du principe qui veut que tout mineur puisse faire sa condition meilleure. On peut consulter d'ailleurs, les art. 2139 et 2194 qui, en permettant aux mineurs de prendre inscription à défaut de leurs représentants, donnent, pour notre cas, une analogie décisive (2).

ARTICLE 941.

Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription, ou leurs ayants cause, et le donateur.

SOMMAIRE.

1176. Similitude de l'art. 941 du Code avec l'art. 27 de l'ordonnance de 1734.—Question au sujet des héritiers du donateur.

(1) *Infra*, n° 1189.

(2) Voy. *supra*, art. 940.