Faculté de droit de Paris. Condition juridique de l'époux survivant au point de vue des dispositions entre époux et de [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Morillot, André-Paul (avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation). Faculté de droit de Paris. Condition juridique de l'époux survivant au point de vue des dispositions entre époux et de la succession "ab intestat", thèse... par André Morillot,.... 1871.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

40869

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Seine
F° 5623.
1871

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F
RÉSERVE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

CONDITION JURIDIQUE

DE

L'ÉPOUX SURVIVANT

AU POINT DE VUE DES

DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX

ET DE LA

SUCCESSION AB INTESTAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ANDRÉ MORILLOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LICENCIÉ ÈS LETTRES

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU
Le jeudi 7 décembre 1871, à dix heures et demie.

Président : **M. DEMANTE.**

Suffragants : MM. DUVERGER, BUFNOIR, GIDE, *Professeurs.* — BOISSONADE, *Agrégé.*

PARIS
IMPRIMERIE DE E. DONNAUD
9, RUE CASSETTE, 9

1871

A LA MÉMOIRE DE MA GRAND'MÈRE,

A MON PÈRE, A MA MÈRE.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

Le mariage a toujours exercé une grande influence sur la faculté pour les époux de se donner et de se succéder l'un à l'autre. De plus, bien que l'institution du mariage se retrouve à peu près identique dans toutes les législations, l'influence de cette cause a été fort changeante à ce point de vue. Suivant les époques, et selon les mœurs, qui trouvent dans la législation leur expression la plus fidèle, le mariage a été tantôt une cause d'extension de la capacité réciproque et relative des époux, tantôt une cause de restriction ou même d'anéantissement de cette capacité.

Pour étudier cette matière à fond, nous examinerons :

I. En quelle mesure et jusqu'à quel point la volonté du prédécédé a eu la puissance de gratifier le survivant, soit par des donations entre-vifs, soit par un testament.

II. Quels droits de succession *ab intestat* la loi a attachés à la qualité d'époux survivant.

III. Quelle influence exerce le convol de l'époux

survivant sur les relations pécuniaires à titre gratuit du survivant tant avec le prédécédé qu'avec son nouveau conjoint.

Nous verrons donc en quelle mesure la loi contrarie la volonté du prédécédé, quand elle se manifeste, et la supplée, quand elle ne se manifeste point. Car la loi a pour cette qualité d'époux une prédilection mêlée de défiance ; l'époux survivant est un personnage qu'elle estime et qu'elle redoute ; elle l'estime, puisqu'elle le juge digne d'une vocation *ab intestat* au moins dans le dernier état du droit ; elle le redoute, puisqu'en général elle ne lui permet point de recevoir autant qu'un étranger.

Nous diviserons le sujet comme il suit :

1er Livre : De l'influence du mariage sur les libéralités de tout genre, soit entre-vifs soit testamentaires, que le prédécédé a pu faire au survivant.

1er *Titre* : Des donations entre-vifs.

2e *Titre* : Des libéralités testamentaires, institutions d'héritier, legs ou fidéicommis.

2e Livre : Des droits successoraux attribués par la loi à l'époux survivant.

3e Livre : De l'influence du convol de l'époux survivant tant sur les avantages à lui conférés par le prédécédé, que sur ceux qu'il pourrait conférer à son nouveau conjoint, ou recevoir de lui.

LIVRE PREMIER

TITRE PREMIER

DES DONATIONS ENTRE-VIFS

CHAPITRE PREMIER

Régime de la prohibition.

La législation romaine les prohiba d'une manière absolue. (Donellus, II, 122, 21; XI, 33, 1).

SECTION I. — *Origine de cette prohibition.*

Elle ne résulta point d'une loi spéciale, mais fut introduite par les mœurs. Le législateur et le peuple romains, si positifs et si matérialistes à certains égards, avaient eu du mariage une conception vraiment spiritualiste. C'était une union toute morale, qui ne devait pas, dans l'esprit de la législation antique, pouvoir dégénérer en une association pécuniaire. Il paraissait inconvenant et immoral qu'un époux pût abuser de son influence sur son conjoint pour en obtenir un avantage pécuniaire; les Romains ne voulaient point que l'autel du foyer pût abriter des convoitises que la rigidité des vieilles mœurs réputait impures, et en outre, on redoutait qu'un époux pût se faire d'une menace de divorce une arme pour extorquer à son conjoint une libéralité

dont celui-ci eût payé la continuation et la paix de l'union conjugale. Les mœurs, sanctionnées par la jurisprudence, en vinrent donc à prohiber entre époux ce qui était licite entre étrangers, précisément parce que l'affection de l'époux pour son conjoint devait rendre ici fréquentes des dispositions que l'indifférence de chacun pour son prochain rend ordinairement rares.

SECTION II. — *Extension de la prohibition.*

§ 1. — De son extension quant aux personnes auxquelles elle s'applique.

Toute donation est prohibée entre époux pendant le mariage. Il n'y aura donc point lieu d'appliquer la prohibition dans deux cas :

I. Quand l'union qui existe entre les parties n'est point le mariage, ce qui comprend deux hypothèses :

1. Il n'y a point mariage entre les parties, et elles n'ont eu ni pu avoir l'intention d'en contracter un. Tel est le cas où deux concubins se font des donations ; comme il n'y a entre eux ni mariage ni rien qui y ressemble, la donation vaudra. (L. 3, § 1 ; l. 58, pr., § 1, *de don. int. vir.* ; l. 31, pr. ; l. 5, *de don.* ; Savigny, *System.*, § 162 ; M. Boutry-Boissonade, *Donat. entre époux*, n° 9.) Il est certain qu'on arrivait ainsi à traiter avec une inégalité choquante celui qui se conformait à la loi en contractant une union légale et celui qui la violait par un concubinat ou une union plus infime encore. Et cependant la question de principe était douteuse : la prohibition n'avait point pour motif, du moins à l'origine, l'intérêt des enfants ou pa-

rents légitimes, mais uniquement la nécessité de conserver au mariage sa pureté et sa dignité. A ce point de vue, la prohibition ne devait point s'appliquer au concubinat. Mais l'efficacité de ce motif, toute-puissante en droit classique, alla toujours s'affaiblissant, et le législateur prit l'habitude de voir dans toute espèce d'union qui, de près ou de loin, ressemblait au mariage, une cause de prohibition plus ou moins stricte. C'est ainsi qu'Antonin le Pieux défend qu'un soldat donne à sa *focaria*, prohibition qui témoigne combien corrompue était alors l'armée, et combien chancelante la discipline. (L. 2, C., *eod.*) Arcadius et Honorius défendent à tout homme ayant des enfants légitimes, de donner à sa concubine ou à ses enfants naturels ensemble plus d' $\frac{1}{12}$, et à sa concubine seule plus d' $\frac{1}{24}$. (L. 3, C., *de nat. lib.*) De même, le disposant, n'ayant aucun enfant légitime, a encore son père ou sa mère. (Cod. Theod., IV, 6, l. 1, *de natur. liber.*) Valentinien I^er^ et Gratien lui défendent ensuite de donner à sa concubine plus d' $\frac{1}{4}$ quand même il n'aurait ni enfants légitimes, ni père, ni mère. Enfin Justinien modère l'extension de la prohibition, en décidant que l'existence de parents légitimes autres que des descendants n'empêche point les donations aux *liberi naturales*, pourvu que la légitime reste toujours intacte. (Nov. 89, c. 12, § 3.) La loi ne parle que des *liberi naturales*, c'est-à-dire des enfants issus du concubinat; cette règle ne peut être étendue à d'autres enfants nés hors mariage, parce que les exceptions ne s'étendent point par argument d'analogie, et qu'en outre, il n'y a pas en ce cas les mêmes motifs d'admettre l'extension. Et ce-

pendant, cette restriction légale a sa cause dans l'immoralité du concubinat; il semble donc que les unions inférieures au concubinat, étant d'une immoralité plus flagrante encore, devaient être *à fortiori* passibles de ces restrictions. Il faut répondre que cette incapacité avait été introduite uniquement dans l'intérêt des enfants légitimes ; or ils peuvent être menacés par des enfants issus du concubinat, et non par des *spurii* ordinaires. Ces restrictions s'appliquèrent donc exclusivement au concubinat. Il est à remarquer qu'elles furent édictées fort tard, bien après le régime de la prohibition, et à une époque où l'intérêt des enfants légitimes avait fini par devenir la cause unique de la prohibition, abstraction faite de la dignité du mariage. (Seuffert, *Arch.*, VIII, n° 68, XI, n° 262; Vangerow, II, *Lehrb.*, § 429, rem. 2, 1; *contra* : Puchta, *Lehrb.*, § 47, note d.; Mayer, *Erbrecht*, I, p. 43; Arndts, *Lehrb.*, § 492, rem. 5; Koeppen, *Syst.*, p. 317.)

2. Il n'y a point mariage entre les parties à raison d'un empêchement légal, mais elles ont eu et pu avoir l'intention d'en contracter un :

A. Il se peut que l'union ait été contractée nonobstant l'existence d'un fait, qui oppose à la validité du mariage un obstacle perpétuel, et non susceptible de disparaître. Tel est le cas où les époux sont parents au degré prohibé, où le tuteur épouse sa pupille, où un sénateur épouse une affranchie. Dans les principes, la donation devrait valoir, puisque le mariage est nul, sans pouvoir ultérieurement devenir valable. Et toutefois cette donation est déclarée nulle, sous le prétexte qu'une union irrégulière ne peut être traitée plus favorablement que l'union légale. C'est ainsi qu'une erreur sur le

motif vrai de la prohibition a conduit les jurisconsultes romains à déserter leurs habitudes d'inflexible logique. La donation est aussi bien prohibée quand le mariage est et doit rester nul, que quand il est pleinement valable. Dans ces deux cas opposés, l'on arrive au même résultat par deux voies différentes : la donation est nulle au premier cas, en vertu de l'application directe et normale de la prohibition ; elle est nulle au second, par suite d'un argument d'équité qu'ont déduit les jurisconsultes.

Il y a lieu d'attacher une certaine influence à la circonstance que le donateur savait que par cette union la loi était violée. Qu'il l'ait ou non su, la donation est toujours nulle ; mais le bénéfice de la nullité n'advient point aux mêmes personnes. La bonne ou mauvaise foi du donataire est ici chose indifférente.

a. Si le donateur a su qu'il violait la loi, le bénéfice de la nullité, c'est-à-dire le droit de répéter la chose donnée, n'appartiendra point à lui, mais au fisc. (L. 32, § 28, *eod.*) C'est ainsi que, quand un sénateur épouse une affranchie, la donation que l'un d'eux fait à l'autre est nulle, et que la répétition appartient au fisc en supposant, bien entendu, que le donateur, quel qu'il soit, a connu la qualité du donataire. C'est ainsi que nous interprétons la L. 32, § 28. Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de supposer avec Savigny (*Syst.*, § 162, note h), que la donation est faite par le mari, sous le prétexte qu'il est ici le seul coupable, puisque seul il manque à la dignité de son rang, l'affranchie étant justifiée par l'obéissance due au patron. Cela nous paraît inexact. Quand une affranchie épouse un sénateur, elle viole la loi tout comme lui, si toutefois elle connaît la qualité de celui qu'elle épouse.

Que si le sénateur est son patron, elle peut encore alléguer comme excuse l'obéissance qu'elle lui doit; mais, dans l'hypothèse contraire, qui est très-possible, cette excuse lui fait complétement défaut; et par conséquent, la donation qu'elle ferait à son mari serait, je crois, nulle au profit du fisc.

b. Si au contraire le donateur a ignoré qu'il violait la loi, c'est à lui-même que la répétition appartiendra. Tel est le cas où les époux étaient parents au degré prohibé, et où le donateur ignorait cette circonstance. — Tel est encore le cas où la pupille épouse son tuteur, contrairement à la loi, et lui fait une donation. Et ici la pupille pourrait répéter, quand même en se mariant elle aurait connu la qualité de son tuteur. En effet, il se peut d'abord qu'elle ignore la loi qui prohibe de telles unions; de plus les deux parties n'étaient point ici sur le pied d'égalité : la pupille était dans un état de dépendance, et son tuteur est d'autant plus coupable, qu'il a failli au devoir de protection que lui imposait la loi, et qu'il a abusé de l'autorité qu'elle lui conférait pour amener sa pupille à un acte illicite. On le considérera comme le seul coupable, et la pupille pourra répéter. (L. 7, C., *eod.*; l. 128, *de leg.* 1°.)

B. Il se peut que le mariage, nul au jour de la donation, soit susceptible de convalescence, parce que le fait qui forme obstacle à sa validité peut ou doit disparaître. Par exemple, l'un des époux est pérégrin ou il est impubère. (L. 65, *eod.*) Ici encore la prohibition s'appliquait, non point, comme tout à l'heure, par une extension pénale de la prohibition, mais par d'autres motifs, que nous examinons plus loin. Julien semble contraire à notre règle, puisque sans distinguer, il déclare valable une

donation faite à un époux impubère, comme faite à un fiancé. (L. 32, §27, *in fine*, *eod.*) Ce jurisconsulte ne faisait donc aucun cas du mariage nul, et le considérait comme inexistant. Telle n'était point l'opinion générale. Labéon, Ulpien et Papinien faisaient la distinction suivante : s'il y a eu fiançailles, un mariage nul n'a point eu la puissance de les détruire; elles durent encore; et bien que le donateur pense à tort que celle qu'il a conduite chez lui est son *uxor*, elle n'est toujours que sa *sponsa*. Donc la donation vaut, comme faite à la *sponsa*. Si au contraire il n'y a point eu fiançailles, il n'y a rien, ni fiançailles, ni mariage, puisque le mariage est nul. La donation devrait donc valoir ; et cependant elle ne vaudra point ; non pas que l'opération soit nulle, en tant que donation ; mais l'opération est nulle faute de cause, ou pour fausse cause, et il y a lieu à la répétition de l'objet livré. On suppose qu'en ce cas le donateur a voulu gratifier son *uxor*, et que cette volonté spéciale a été la cause de l'opération. Or, la femme n'étant point *uxor*, l'opération est nulle faute de cause. Ainsi la donation faite par l'impubère à son conjoint vaut quand il y a eu fiançailles, comme faite au fiancé. Mais il faut pour cela, croyons-nous, que le donateur sache que sa femme n'est point nubile, et que le mariage est nul ; car à cette condition seulement il peut lui donner, non comme à sa femme, mais comme à sa fiancée. Il croit à bon droit que le mariage est nul, et en conclut que la donation est valable : de mauvaise foi quant au mariage, il est de bonne foi quant à la donation; il a violé la loi et il le sait en contractant mariage, il sait ne la point violer en faisant cette donation. Si au contraire il ignore le vice du mariage, il ne

peut gratifier son conjoint qu'en qualité d'*uxor*, ce qui, d'après la fin du texte, devra entraîner la répétition pour fausse cause. Ici il croit à tort que le mariage est valable, et en conclut que la donation est nulle; de bonne foi quant au mariage, il est de mauvaise foi quant à la donation. Il a violé la loi en contractant mariage, et il l'ignore; il croit la violer en faisant la donation, et il se trompe. Ainsi chacune de ces deux situations comporte la bonne et la mauvaise foi, mais portant sur des faits différents. — En somme, la donation vaudra, comme faite entre fiancés, s'il y a eu fiançailles, et si le donateur a connu le vice; elle sera nulle, comme faite à l'*uxor* et faute de cause, s'il n'y a pas eu fiançailles ou si le donateur a ignoré le vice.

Mais dira-t-on, à quoi bon dire en ce dernier cas, que la donation est nulle comme opération sans cause, au lieu de la déclarer simplement nulle, comme donation faite entre époux? N'y aura-t-il pas lieu à répétition dans les deux cas, et le résultat ne sera-t-il pas identique? Qu'importe que la répétition ait lieu pour nullité de la donation en vertu de la prohibition, ou pour nullité de l'opération, en vertu de l'absence de cause? Cela importait peu, quand les donations entre époux étaient nulles; cela importa beaucoup après le sénatus-consulte qui les rendit susceptibles de confirmation. En effet, si l'opération est nulle faute de cause, le sénatus-consulte ne s'y appliquera point, et la donation ne sera point confirmée, tandis qu'elle le serait, si la nullité ne provenait que de l'ancienne prohibition des donations. Aussi Papinien et Ulpien, postérieurs au sénatus-consulte, avaient-ils agité la question. (L. 32, § 28.) Ils déclarent le sénatus-consulte inapplicable, quand il y

a eu fiançailles, en sous-entendant évidemment que le donateur a ignoré le vice. Au contraire, la donation sera confirmée par le prédécès du donateur, s'il n'y a point eu fiançailles, ou si le donateur a connu le vice ; car ici la nullité tient simplement à la prohibition, non à l'absence de cause ; or la prohibition a fait place à un nouveau régime inauguré par le sénatus-consulte. C'est ce que suppose la loi 65, *eod.* La doctrine de Savigny sur ce point paraît empreinte d'une confusion regrettable, outre qu'il méconnaît l'influence de cette circonstance, que le donateur connaît ou ignore le vice du mariage. (M. Boissonade, n° 9.)

II. La donation est antérieure ou postérieure au mariage.

1. Elle est antérieure au mariage. —a. Tel est le cas des donations qui interviennent entre les fiancés. b. La donation *ante nuptias* est également valable, mais non pas tant comme donation pure et simple, que comme *datum ob causam ;* de telle sorte, qu'il y a lieu à révocation si le mariage manque (L. 15, 16, C., *de don. ante nuptias*). c. De même encore la donation *propter nuptias*, qui n'est autre chose que le dernier développement de la précédente. Il est vrai qu'alors cette opération perdit son caractère de donation, puisqu'elle devint la contre-partie de la dot, et qu'elle fut naturellement soustraite à la prohibition, quand même elle serait intervenue pendant le mariage. Il faut en dire autant de la dot.

2. La donation est postérieure au mariage. — Il est évident qu'aucune difficulté ne peut s'élever, quand la formation et l'exécution du contrat coïncident, que toutes deux précèdent le mariage ou le suivent. Mais

quand ces deux phases de l'acte juridique sont séparées, à laquelle attacher la prépondérance ? Il semble bien résulter de la loi 32, § 22, *eod.*, que c'est à l'exécution ; il résulte en effet de ce texte que la donation juridiquement parfaite avant le mariage, et susceptible de s'exécuter pendant, est nulle, bien qu'elle ne paraisse pas *inter conjuges facta;* et que celle formée pendant, et susceptible de s'exécuter après, tient. Cette règle n'est pas d'une intelligence facile ; en bonne logique, on ne devrait s'attacher qu'à la formation du contrat ; il paraît souverainement dur que l'exécution d'un contrat légalement formé soit entravée par une loi qui n'était pas applicable lors du contrat. Il est également peu logique qu'une donation intervenue pendant le mariage soit valable, parce que l'exécution en est reportée après. Car enfin la donation résulte du contrat lui-même, puisque de ce jour, en supposant le contrat valable, le patrimoine du donataire s'enrichit du droit de provoquer l'exécution. Si donc le contrat a pu se former valablement, il doit pouvoir s'exécuter pendant le mariage ; s'il n'a pu se former, il ne doit pas valoir davantage parce que l'exécution en est reportée après le mariage. — On comprend très-bien que la *donatio mortis causâ* soit permise entre époux ; cela résulte des principes. Cette donation ne reçoit point sa perfection tant que le mariage dure ; elle la tire du prédécès du donateur, c'est-à-dire de la dissolution même du mariage. Ici donc ce n'est pas seulement l'exécution, mais la perfection même du contrat qui est reportée jusque par-delà le mariage, et la donation n'est pas formée *inter conjuges.* — Il en est absolument de même de la donation faite *divortii causâ*. Car la seule différence entre

cette donation et la précédente est que la précédente peut être soumise à une éventualité bien plus générale, être faite en vue de la mort sans en déterminer l'époque ni le mode, et non point seulement en vue d'un certain danger de mort, tandis que la donation *divortii causâ* est spécialement faite en vue de la dissolution du mariage par le divorce. La validité de ces deux donations n'est donc pas une exception à la prohibition des donations entre époux. Savigny semble méconnaître cette différence essentielle, en mettant sur le même plan les donations *mortis* ou *divortii causâ*, et les donations parfaites entre époux, dont l'exécution seule est reportée par-delà le mariage. Il admet de plus, sans la moindre objection, le système qui semble résulter de la loi 32, § 22. — Nous estimons que ce système est erroné, et qu'il faut s'attacher à la formation du contrat. Ce qui le prouve, c'est la décision donnée par le texte et par Savigny lui-même, sur les promesses de donations. Il reconnaît que la donation résulte de la promesse, et non point de la tradition qui intervient plus tard, en exécution de cette promesse. Or cette théorie, appuyée sur la loi 49, *de verbor. signif.*, contredit formellement celle que Savigny tire de la loi 32, § 22. Car qu'est-ce qu'une donation juridiquement formée, et non exécutée, sinon une promesse de donation? Ainsi ou la donation sera immédiatement exécutée, et la difficulté ne naîtra point, ou elle ne sera point exécutée, et alors nous tomberons dans l'hypothèse d'une simple promesse. Mais comment expliquer la décision de la loi 32, § 22? Sans doute par cette circonstance, que la donation intervenue entre les fiancés n'était pas juridiquement parfaite, qu'elle consistait

par exemple, en une promesse qui n'engendrait point obligation civile, n'ayant point été jetée dans le moule de la stipulation. (L. 9, § 2; l. 10; l. 11, pr., *eod.*; Ulpien, VII, § 1; l. 11, § 11; l. 12; l. 60, § 1; l. 61; l. 62, pr., *eod.*)

Ainsi la donation est prohibée entre époux, c'est-à-dire entre personnes actuellement unies par le lien des justes noces, déjà formé et subsistant encore. Et par époux, il ne faut pas entendre l'individu, mais bien la personne juridique, le titulaire et le représentant d'un patrimoine. Il serait plus exact de dire que les donations sont prohibées entre les patrimoines des deux époux. C'est ainsi que la donation est prohibée entre un époux et toutes les personnes dont le patrimoine ne fait qu'un avec celui de l'autre époux; par exemple, entre un époux et le père qui a l'autre sous sa puissance, les frères, sœurs ou esclaves soumis à la même puissance que lui, et les fils ou esclaves que l'autre a sous la sienne. La prohibition existe même entre les personnes dont le patrimoine ne forme qu'un avec celui d'un époux, et les personnes dont le patrimoine ne forme qu'un avec celui de l'autre. En un mot, la prohibition s'étend aux personnes envisagées comme sujets des deux patrimoines. C'est ainsi que le père d'un époux ne saurait donner au père de l'autre.

Cette extension de la prohibition résultait du principe de puissance paternelle et dominicale, qui agglomérait les patrimoines, et noyait les individualités de la famille en la puissante personnalité du *paterfamilias*. On ne tarda pas à se relâcher de ces rigueurs, quand le principe que le fils acquiert toujours pour son père eut commencé de subir des exceptions qui devinrent de

plus en plus nombreuses et graves. Ainsi le fils, devenu père de famille quant à son pécule *castrens* et *quasi castrens*, put recevoir de sa mère, à l'occasion de ce pécule, des donations qui s'adressaient à lui, non à son père. De même, le père n'acquérant plus que l'usufruit du pécule adventice, la donation de la mère à l'enfant commun ou à l'enfant propre du mari put échapper à la prohibition quant à la nue propriété. De même quand la donation fut faite par la femme au frère de son mari. La donation fut valable pour la nue propriété. Au contraire la donation faite directement par la femme à son beau-père resta nulle pour le tout; car le mari, ayant l'expectative de la succession de son père pouvait, le cas échéant, bénéficier de la donation tout entière. Il est évident que les donations faites par la mère à l'enfant émancipé étaient valables. De même, quand le mariage fit sortir l'époux de sa famille civile et brisa la puissance paternelle, l'extension de la prohibition aux ascendants et frères ou sœurs des époux cessa. (L. 3, § 2-6; l. 32, § 16, *eod.*; l. 60, pr., *eod.*; *Vatic. frag.*, § 269; M. Boissonade, § 12-17.)

Quand on dit que les donations sont prohibées entre époux, on suppose bien évidemment qu'il s'agit d'un mariage sans *manus*. Il est absolument faux que la prohibition ait été appliquée d'abord au mariage avec *manus*, et plus tard étendue au mariage sans *manus*. Pour que la donation soit prohibée, il faut qu'elle soit possible et concevable; or elle ne l'est point quand la femme est *in manu*, puisque n'ayant rien, et ne pouvant rien avoir, elle ne peut absolument rien donner ni recevoir. La première condition pour figurer dans un contrat est d'avoir une personnalité à soi. On ne com-

prend pas que le contraire ait pu être soutenu. (Savigny, § 162, note a.)

§ 2. — De l'extension de la prohibition quant aux actes auxquels elle s'applique.

Elle s'applique à toute donation, c'est-à-dire à tout acte duquel résulte une aliénation consentie par le donateur, avec l'intention d'enrichir le donataire, et l'enrichissant en réalité avec l'assentiment de ce dernier. Toute opération qui présentera ces cinq caractères tombera sous le coup de la prohibition, parce qu'elle constituera une donation ; toute opération à laquelle un seul de ces cinq caractères fera défaut, échappera à la prohibition, parce qu'elle pourra constituer une libéralité, un émolument, un bénéfice, mais non pas une donation. L'examen détaillé de ces caractères nous fournira l'occasion d'examiner les questions les plus intéressantes et de poser les principes fondamentaux de la matière.

I. De l'extension de la prohibition quant aux caractères fondamentaux que doit présenter l'acte.

1. Il faut que l'opération soit un acte entre-vifs.

A. Il faut que ce soit un acte. Si donc l'opération ne consiste qu'en une abstention d'un époux, même lucrative pour l'autre conjoint, la prohibition ne s'applique pas. Tel est le principe. Toutefois ce principe ne s'applique pas dans le cas où l'abstention, réduite à ses seules forces, et indépendamment de toute autre cause, a pour effet indubitable d'enrichir un époux en appauvrissant l'autre, le tout avec la connivence mo-

rale de l'époux enrichi ; parce qu'en ce cas, l'abstention a absolument les mêmes résultats qu'un acte exprès et formel, par lequel un époux se dépouillerait d'un droit, pour en investir son conjoint. — Le principe s'applique au contraire dans tous les cas où l'abstention n'aura pas sûrement et directement ce résultat. (Savigny, *System.*, vol. IV, appendice IX.)

a. Cas où la seule abstention d'un époux a pour effet direct et fatal l'enrichissement de l'autre.—Et d'abord à quoi reconnaître que l'abstention a cet effet? A ce criterium, que l'abstention équivaut à un véritable acte de dépouillement, et qu'il suffisait à l'époux, pour empêcher absolument le résultat produit, d'accomplir l'acte contraire de l'abstention, chose qui dépendait tout à fait de lui. Ainsi :

α. Le mari a une servitude sur un immeuble de sa femme et il néglige de l'exercer. Elle s'éteint par non-usage, le fonds devient libre, et la femme s'enrichit de la valeur de la servitude. Il y a là donation, et la prohibition s'applique. La donation est nulle ; et cependant l'abstention n'est pas stérile ; la loi ne la rescinde point, elle produit son effet, qui est l'extinction de la servitude. Mais ce n'est pas à dire qu'une donation soit par là réalisée; elle ne le serait que si toute action était déniée au donateur ; or il a la *condictio*, pour forcer la femme à rétablir la servitude ou à en payer la valeur ; et c'est en ce sens que la nullité opère. L'abstention a un effet, mais non pas un effet de donation ; car l'acquisition de la liberté du fonds par la femme a pour corrélatif l'acquisition de la *condictio* par le mari. Il y avait donc ici donation prohibée. Pourquoi? Parce que l'abstention a véritablement produit les mêmes effets qu'une

renonciation positive à un droit acquis ; elle a été la cause unique, directe et certaine de l'appauvrissement d'une partie, et de l'enrichissement de l'autre. Le donateur a embrassé toutes ces conséquences d'un coup d'œil, et cependant il n'a point secoué sa torpeur, alors qu'en accomplissant l'acte contraire de son abstention, c'est-à-dire en exerçant la servitude, il eût directement et infailliblement conservé son droit. (L. 5, § 6, *eod.*; l. 28, pr., *de verb. signif.*)

β. L'époux, titulaire d'un droit qu'il fait valoir en justice contre son conjoint, laisse ce dernier paralyser l'action par une exception, et néglige de briser cette dernière par l'opposition d'un moyen de fonds décisif. Il y a là donation ; car ici encore l'abstention a un effet sûrement et directement spoliateur d'une part, investitif de l'autre. (L. 5, § 7, *eod.*)

γ. De même, si un époux, actionné par son conjoint, se laisse condamner, en négligeant d'opposer une exception qui lui donnerait gain de cause. Seulement nous croyons qu'en ce cas l'exception doit être perpétuelle, et non temporaire, et ne laisser à la charge de l'époux qui a droit de l'opposer aucune obligation naturelle. Si en effet, même en opposant l'exception, il devait rester tenu d'une obligation naturelle, il ne fait pas une donation en ne l'opposant point. Son inaction aboutit simplement à faire qu'il sera tenu d'une obligation civile, garantie par la redoutable *actio judicati*, au lieu d'être tenu d'une obligation naturelle ; sa situation est donc aggravée, sans que son patrimoine soit diminué; il ne contracte aucune obligation nouvelle, mais transforme une obligation préexistante, dont il était tenu. — Cette distinction n'est pas dans les textes ;

mais nous la tirons directement des principes. (L. 12, *de novat.*; l. 1, § 7, *si quid in fraud.*)

b. Cas où l'abstention de l'époux n'a pas pour effet direct et certain l'enrichissement du donataire.—A quoi reconnaît-on que l'abstention a ce caractère ? A ce criterium, qu'elle n'équivaut point à un acte de dépouillement, et qu'il n'aurait peut-être point suffi au donataire, pour empêcher le résultat produit, d'accomplir l'acte contraire de l'abstention. (M. Boissonade, nº 73-82.)

α. Le mari est propriétaire d'un immeuble possédé par un tiers, qui le livre à la femme à titre de vente ou de donation. Le mari ne fait rien pour empêcher la femme d'usucaper. Usucape-t-elle, et si oui, y a-t-il là donation ? Si les deux époux ignorent que le mari est propriétaire de l'immeuble, et s'ils persistent dans cette ignorance, l'usucapion s'accomplira. De plus il n'y a pas là donation, parce qu'il manque au moins l'un des cinq éléments qui la constituent, à savoir l'intention du mari d'enrichir la femme ; mais, en dehors de ce cas, qui exclut la controverse, trois hypothèses sont possibles :

αα. Le mari seul sait qu'il est propriétaire.

ββ. La femme seule connaît cette circonstance.

γγ. Tous deux la connaissent.

αα. Le mari apprend qu'il est propriétaire, n'en dit rien à sa femme, et ne revendique point contre elle. L'usucapion s'accomplit-elle ? Oui, et c'est précisément en vertu de son ignorance du vrai propriétaire que la femme usucape. Y a-t-il là une donation, et la prohibition s'applique-t-elle ? Non, à notre avis. (L. 44, pr., *eod.*)

1^er^ point : L'usucapion s'accomplit. Pourquoi ? D'abord la femme est de bonne foi. De plus, elle a le juste

titre, possède *pro empto* ou *donato*, selon que le tiers lui a vendu ou donné la chose. Enfin, l'abstention n'a pas ici les caractères voulus pour opérer donation. Car que pouvait faire le mari? Une seule chose, revendiquer contre la femme; mais la *litis contestatio* n'eût pas empêché l'usucapion de s'accomplir *inter moras litis;* tout au plus la femme eût-elle pu être, vu le caractère arbitraire de l'action, condamnée à restituer au mari la propriété perdue, en admettant que ce dernier eût gagné son procès; et encore l'exécution réelle de la condamnation fût-elle toujours restée douteuse. (L. 18, *de rei vind.*)

Si donc le mari avait revendiqué, l'usucapion se fût nonobstant accomplie. Mais alors son abstention ne peut avoir plus d'effet que n'en aurait eu l'acte lui-même dont il s'est abstenu. La matière des servitudes offrait ici un puissant argument *à fortiori;* dans cette matière en effet, l'inaction a moins d'efficacité que l'acte contraire; et cependant, là, un seul acte contraire à l'inaction eût suffi pour empêcher la perte de la servitude; il eût donc été intéressant d'assimiler l'inaction à l'acte, pour appliquer la prohibition d'une matière tout à fait stricte; les jurisconsultes ont reculé devant cette hardiesse. S'il en est ainsi, l'inaction ne peut, en la matière de l'usucapion, être mieux traitée qu'en celle des servitudes, et si, en la matière des servitudes, on lui dénie a même efficacité qu'a certainement l'acte inverse, il y aurait inconséquence grave à lui attribuer, en matière d'usucapion, plus d'efficacité que n'en pourrait avoir ledit acte.

2e point : Y a-t-il là donation, et la prohibition s'applique-t-elle? Nous ne le croyons pas. On pourrait

objecter d'abord qu'une donation ne saurait résulter d'un acte unilatéral du donateur, et que l'acceptation du donataire est nécessaire pour que ce rapport s'instituе. Comme cet argument soulève une question très-délicate, que nous examinerons plus tard, nous renonçons à l'invoquer ici. Mais nous disons qu'il n'y a pas donation, parce que l'abstention n'a point eu ce caractère sûrement investitif que nous exigions plus haut. Il n'est en effet nullement certain que l'acte contraire, c'est-à-dire la revendication, eût empêché l'usucapion. Mille circonstances pouvaient rendre cette revendication inefficace : la dépossession de la femme pouvait d'abord la rendre impossible, et même, en la supposant possible, on n'eût peut-être pu l'intenter que trop tard, de sorte que l'usucapion se fût accomplie *inter moras litis;* et alors la condamnation n'eût peut-être pas été exécutée, toujours en se plaçant dans l'hypothèse la plus favorable, celle où le mari eût triomphé dans sa revendication. Donc l'inaction n'est pas, à elle seule, la cause de l'usucapion et de l'enrichissement de la femme ; elle n'est que cause accessoire, compliquée de plusieurs autres. En matière de servitudes, il était certain que l'exercice empêchait la perte ; ici rien de pareil. Il n'y a donc pas donation, et le mari n'a point de *condictio* à l'effet de contraindre la femme à restituer le bien usucapé ou sa valeur. Ce raisonnement est évidemment spécial à l'époque où le droit n'admettait point d'interruption civile de l'usucapion. Ce mode d'interruption ayant été admis sous Justinien, l'inaction acquit alors ce caractère directement et sûrement investitif qui lui faisait défaut dans le droit classique ; et nous estimons que,

sous Justinien, la *condictio* dut être accordée absolument comme en matière de servitudes. — Il faut donc, pour que l'omission soit équivalente à une donation, qu'elle soit à elle seule la cause lucrative, et qu'aucun doute ne puisse s'élever à cet égard. Il suffit que le gain puisse être attribué en tout ou en partie à une autre cause, pour que la prohibition ne s'applique point. — Tel est, croyons-nous, le vrai système; on en eût pu concevoir un autre, consistant à examiner en fait et sur chaque cas, si l'inaction avait été ou non la cause unique et directe du gain réalisé. Cet examen eût démontré s'il y avait ou non donation, et l'on eût octroyé ou refusé la *condictio*, suivant les cas. Outre que ce système est peu pratique, et serait fécond en procès, il semble que la distinction sur laquelle il repose serait indiquée dans les textes, si les Romains l'avaient admis.

ββ. La femme découvre, au cours de sa possession, que le mari est propriétaire; ce dernier, qui l'ignore, reste naturellement inactif. L'usucapion s'accomplit; et de plus, il n'y a point là matière à la *condictio*. En effet, il n'y a pas donation, le mari n'ayant nullement eu l'intention d'enrichir sa femme. L'usucapion s'accomplit, disons-nous, car la possession de la femme a été de bonne foi à l'origine, et cela suffit : cette décision n'est vraie qu'en droit civil; en droit canonique l'usucapion ne s'accomplirait point; car la possession, de bonne foi à l'origine, aurait été viciée par la *mala fides* survenue au cours de l'usucapion. (*Cap. ult.*, X, *de præscr.*)

γγ. Les époux, de bonne foi à l'origine, deviennent tous deux de mauvaise foi, et s'entendent pour que le mari continue de rester inactif, et la femme, d'usucaper.

Qu'advient-il? La femme possède de bonne foi, puisque sa possession a bien commencé; elle a de plus un juste titre, le contrat fait par elle avec le tiers. Donc, en principe, elle devrait usucaper, et le mari devrait acquérir la *condictio* comme quand il est seul de mauvaise foi; cependant elle n'usucape point. Cela tient à l'effet combiné de la *mala fides superveniens* des deux conjoints, de l'inaction du mari, et de la qualité respective des conjoints. Et d'abord l'inaction et la mauvaise foi du mari, jointes à la mauvaise foi de la femme, ont la vertu de changer le titre de cette dernière : elle possédait en vertu d'un titre valable, l'opération passée par elle avec le tiers; du jour où sa mauvaise foi survient et se cumule avec la mauvaise foi et l'inaction du mari, les jurisconsultes feignent que le mari revendique et reprend sa chose, puis la rend à sa femme à titre de donation; on suppose un constitut possessoire suivi d'une tradition de brève main. (L. 21, § 1, *de adq. rer. domin.*; l. 36, *de rei. vind.*; l. 3, § 12, *eod.*) Et c'est ici que se manifeste l'influence de la qualité d'époux. Cette tradition à la femme devrait lui constituer un juste titre, et lui permettre d'usucaper *pro donato;* or cela n'aura pas lieu, le titre *pro donato* étant nul entre époux. Ainsi, par une hardiesse qui avait effrayé les jurisconsultes en matière de servitudes, on reconnaît à l'abstention du mari la même efficacité qu'à l'acte inverse, c'est-à-dire qu'à la revendication. On lui reconnaît même une efficacité supérieure, puisque la revendication n'aurait pas infailliblement interrompu l'usucapion; et pour justifier cette solution, on suppose qu'il y a eu restitution suivie de tradition gratuite; l'usucapion est empêchée, par une brusque

interversion du titre en vertu duquel la femme possède. Il n'y a donc point lieu à *condictio*, puisque la prohibition agit avec une énergie bien supérieure en empêchant l'usucapion. On a considéré qu'ici l'abstention du mari ne servait qu'à dissimuler un acte, ou plutôt une série d'actes, comme la revendication suivie d'une restitution, puis d'une tradition gratuite. Si l'abstention équivaut à ces actes, on la traitera comme on les traiterait eux-mêmes. — Mais, dira-t-on, pourquoi n'en est-il pas de même quand le mari seul est de mauvaise foi? Parce qu'alors l'usucapion de la femme n'est pas interrompue, son titre n'étant pas interverti. La *mala fides superveniens* de la femme, qui se trouve de connivence avec le mari, a paru nécessaire pour autoriser cette fiction si hardie, et c'est à elle que les jurisconsultes ont reconnu la vertu d'interrompre l'usucapion. La jurisprudence romaine a eu ici comme un pressentiment du système adopté et généralisé plus tard par le droit canonique. Nous convenons que les solutions présentées sur ce dernier cas sont fort épineuses et très-hardies. Il nous reste à démontrer qu'elles sont conformes aux textes, et notamment à la loi 44, pr., qui est le siége de cette matière :

On en tire les résultats suivants :

ααα. L'usucapion s'accomplit, quand les deux époux sont de bonne foi : « Si extraneus rem viri, ignorans ejus esse, ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. »

βββ. Quand les deux époux sont de mauvaise foi, l'usucapion est interrompue, parce que l'ancienne *causa*, ou donation licite du tiers, fait place à la nou-

velle *causa*, ou donation illicite du mari, ne pouvant servir de base à l'usucapion : « Sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio; quia transiit in causam ab eo factæ donationis. »

γγγ. Quand la femme seule est de mauvaise foi, elle usucape; car il ne lui est pas défendu d'acquérir les biens de son mari à un titre quelconque, mais uniquement à titre de donation. « Ipsius muliteris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii ejus adferat impedimentum; non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causâ donationis ab ipsis factæ adquirere prohibitæ sunt. » — Puisque le texte décide que l'usucapion a lieu, il suppose évidemment que le mari est de bonne foi; car s'il était de mauvaise foi, il aurait l'intention illicite d'enrichir sa femme, ce qui rentrerait dans le cas précédent.

Telles sont les trois hypothèses auxquelles le texte applique une solution; car Savigny, dont nous approuvons pleinement la doctrine, estime que le texte est relatif à ces trois cas, et non pas seulement à deux, comme on l'a soutenu. (*Heidelberger Jahrbücher*, 1807, p. 107-111.) Nératius ne parle pas du cas où le mari seul est de mauvaise foi; mais il devait, sous peine d'inconséquence et de contradiction, admettre en ce cas l'usucapion. En effet, il exige, pour la rejeter, la connivence de la femme, ce qui n'aurait aucun sens, s'il se contentait de la mauvaise foi du mari seul. — Savigny n'arrive à ce résultat qu'à l'aide d'une ingénieuse correction de la ponctuation : Il met un point avant les mots « *ipsius mulieris scientia* », quand jus-

qu'à lui on ne mettait le point qu'après. Or la ponctuation ordinaire conduisait et conduit encore à des difficultés à peu près insolubles : il en résulte que le texte ne vise que deux hypothèses, celle où les époux sont tous deux de bonne foi, et celle où ils sont tous deux de mauvaise foi. Or il advient que, sur cette dernière question, la solution est double et contradictoire : ainsi le texte commence par déclarer que la possession est interrompue, et, par conséquent, que l'usucapion ne s'accomplit point; puis il ajoute, deux lignes plus bas, que la mauvaise foi de la femme n'apporte aucun obstacle à l'usucapion, ce qui est tout justement le contraire. Pour échapper à une aussi grosse absurdité, on a mis un point d'interrogation après *interrumpetur possessio*, ce qui fait que l'interruption de possession serait présentée dans le texte comme une conjecture, à laquelle le jurisconsulte refuserait ensuite son adhésion. Correction pour correction, celle de Savigny paraît infiniment préférable. On a dit encore, en adoptant la ponctuation habituelle, que la donation du tiers à la femme subsiste, malgré la *mala fides superveniens*, et sert de base à l'usucapion de la femme ; seulement à côté de la donation émanée du tiers viendrait se placer une seconde donation émanée du mari, qui, sans servir de fondement à l'usucapion, n'y mettrait point obstacle. Mais les mots *transiit in causam ab eo factæ donationis* indiquent une substitution d'un titre nouveau au titre ancien, un changement de cause en la possession de la femme, qui ne détient plus comme donataire du tiers, mais comme donataire de son mari. Il est d'ailleurs peu raisonnable de supposer qu'une possession repose sur un double titre, dont l'un

empêche l'usucapion, tandis que l'autre y conduit, et très-étrange de permettre au possesseur d'invoquer le bon, en faisant abstraction du mauvais. Et enfin, même en admettant cette dualité de titres, si c'est en vertu de la donation du tiers que la femme usucape, elle ne doit rien du tout au mari, et il est absolument impossible d'apercevoir en quoi consisterait la donation émanée de ce dernier. Et cependant Nératius suppose bien expressément une donation du mari. (Vangerow, *Lehrbuch*, vol. 1, § 121, Rem.)

β. Un mari créancier de sa femme, laisse prescrire sa créance. Bien que les textes soient muets, nous devons appliquer à ce cas une solution conforme à notre principe, et dire qu'il n'y a point là donation prohibée; car il n'est point sûr que le non-exercice de l'action ait été, directement et à lui seul, productif d'émolument pour l'époux débiteur; peut-être ce dernier n'eût-il point succombé dans l'instance. Enfin le seul fait de l'abstention n'enrichit pas la femme; il n'y a donc pas donation; à moins qu'on n'examine si, en fait, il y a eu enrichissement de la femme, et s'il résulte ou non de cette abstention, ce qui paraît peu pratique. De plus, on peut dire, dans les cas toutefois où le débiteur dont la dette est prescrite reste tenu d'une obligation naturelle, que la transformation d'une obligation civile en obligation naturelle par le fait du créancier ne constitue pas plus une donation au débiteur que la transformation inverse ne constitue une donation au créancier. — Il est vrai qu'ici l'abstention pourrait être interprétée comme une remise tacite, qui, dès lors, tomberait sous le coup de la prohibition, et devrait être absolument nulle; on répond que cette interprétation

n'étant nullement forcée, il vaut mieux ne point l'admettre, puisqu'elle aboutit à annuler une prescription, qui peut valoir à l'aide d'une interprétation différente. — Il est également vrai qu'ici l'obligation naturelle, en admettant qu'elle existe, pourrait être encore moins efficace qu'à l'ordinaire, n'ayant même pas pour sanction la conscience du débiteur, qui pourrait, interprétant de fort bonne foi l'abstention du créancier comme une remise, renoncer à payer sans le moindre remords, et se réputer libéré. On répond que l'obligation naturelle pourrait toujours être opposée par le créancier, par exemple, en compensation; qu'ainsi elle pourrait être rendue efficace. De plus, comme cette remise tacite constituerait une donation de l'époux créancier, et par conséquent une violation de la loi, la conscience du débiteur doit lui interdire d'interpréter en ce sens l'abstention du créancier, ou du moins lui ordonner de ne point participer à une violation de la légalité, en regardant cette remise comme bonne et valable. — On peut encore objecter que, quand un débiteur insolvable laisse prescrire une action qui lui appartient, cette négligence est traitée comme une aliénation véritable, et donne lieu à l'exercice des actions Paulienne et Favienne; qu'il en doit être de même en notre matière, et que cette omission, cachant un véritable acte d'aliénation, doit tomber sous le coup de la prohibition. Nous répondons qu'il serait périlleux d'invoquer cet argument d'analogie, la mauvaise foi du débiteur pouvant paraître digne de sévérités spéciales, incompatibles avec les principes des donations entre époux. (L. 3, § 1, *quæ in fraud.*; l. 1, § 7, 8, *si quid in fraud.*)

γ. De même il n'y a pas donation, quand le mari perd son action contre sa femme, en laissant la procédure se prescrire, ou en ne comparaissant pas en justice. Car il n'est point certain que l'abstention soit la cause directe et unique d'un bénéfice pour la femme, et que le mari eût pu, en accomplissant l'acte inverse, éviter à coup sûr le résultat produit. (L. 3, § 1, *quæ in fraud.*; Gaius, IV, § 105, 106.)

δ. De même, si le mari étant *sponsor* du débiteur de la femme, celle-ci néglige de le poursuivre, de telle sorte qu'il est libéré par le laps de deux ans. Car aux raisons précitées s'ajoute celle-ci, qu'il n'y a ni aliénation de la femme, ni enrichissement du mari, mais simple renonciation à une garantie, de telle sorte que la consistance des deux patrimoines n'est aucunement altérée. (Gaius, III, § 121.)

B. Il faut, pour que l'acte tombe sous le coup de la prohibition, que ce soit un acte entre-vifs, ce qui exclut absolument les donations *mortis causâ*, et *à fortiori* les institutions d'héritier, legs et fidéicommis. Et en effet, pour que la prohibition s'applique, il est nécessaire que l'acte ait reçu sa perfection juridique du vivant du donateur; or cela n'est point le cas pour les donations *mortis causâ*, qui ne tirent leur perfection que de la mort du donateur, et encore bien moins pour les institutions d'héritier, legs ou fidéicommis, qui n'ont absolument aucune existence juridique avant cette époque. Cette règle est aussi raisonnable que logique : en effet la donation à cause de mort présente de bien moindres périls que la donation entre-vifs, puisqu'elle est essentiellement révocable; et de plus, comme son exécution est reportée après la mort du

donateur, ce dernier ne dépouille que ses héritiers au profit de son conjoint, sans se dépouiller lui-même.

2. Il faut que l'opération soit un acte d'aliénation, c'est-à-dire qu'un certain bien, qui est dans le patrimoine du donateur, passe de ce patrimoine en celui du donataire. (Vangerow, *Lehrbuch*, Rem., II, § 121; Schilling, *Lehrbuch*, p. 756.) Sont donc exclus de la prohibition les cas suivants, où cet élément ne se rencontre point :

A. L'acte gratuit ne modifie pas l'étendue du patrimoine du donateur. Tel est en général, le fait d'accepter de son conjoint un mandat ou un dépôt, ou de lui consentir un commodat ou un précaire. (Savigny, § 149; l. 9, § 3, *de jure dot.*; l. 58, § 2, *eod.*; l. 14, *de furtis*; l. 18, *eod.*) Ce sont là des services qui, ordinairement, n'amoindrissent pas le patrimoine de celui qui les rend, et n'augmentent pas les biens de celui à qui on les rend; et pourtant, ils ont parfois ce double effet, de sorte que la question devient fort délicate. Nous la toucherons tout à l'heure.

B. L'un des époux néglige d'acquérir un droit, sans sacrifier un droit acquis. Le principe est qu'en pareil cas, il n'y a pas donation, et que la prohibition ne s'applique pas. (L. 28, pr., *de verb. signif.*; l. 5, § 13, 14; l. 31, § 7, *eod.*; l. 1, § 7, 8, *si quid in fraud.*; Meyerfeld, *die Lehre von den Schenkungen*, p. 52.)

Toutefois ce principe a subi de nombreux tempéraments. Il s'applique sans difficulté, quand le droit à acquérir forme un incident dans notre vie juridique, un bénéfice extraordinaire qui n'entre point dans la constitution habituelle de notre patrimoine : on considère alors, vu la rareté de l'émolument, que le dona-

teur, en l'abandonnant, renonce à faire fortune, plutôt qu'il ne s'appauvrit. Au contraire, quand le droit à acquérir forme, par sa périodicité même, un élément normal de notre patrimoine, une source de revenus difficile à tarir, cette fréquence régulière dans les prestations fait que nous arrivons à considérer ce droit, non plus comme à acquérir, mais comme acquis, de sorte que la renonciation se transforme en une aliénation véritable. Ajoutez qu'au premier cas, l'acquisition à laquelle renonce le donateur, et que va réaliser le donataire, est un fait non moins rare, un bénéfice non moins accidentel du côté du donataire qu'il ne l'eût été du côté du donateur. Sans cette acquisition, le donataire n'eût point dépensé *de suò*, pour acquérir le droit qui en est l'objet ; la prétendue donation ne lui a pas permis d'économiser ses deniers propres ; l'enrichissement qu'il réalise consiste en une augmentation somptuaire de son patrimoine. Au contraire, quand la renonciation porte sur un de ces droits, qui sont comme les éléments constitutifs de tous les patrimoines, le donataire fait souvent l'économie directe, infaillible, transparente de l'argent qu'il lui eût fallu dépenser pour acquérir un droit analogue. Il y a ici un enrichissement bien plus accusé que tout à l'heure, et qui consiste dans une économie réalisée par le donataire, dans une dépense nécessaire évitée, dans un déficit fatal empêché de se produire.

Conformément à ces principes, les renonciations se divisent en deux grandes classes : a, les renonciations à des droits accidentels ; b, les renonciations à des droits qui entrent dans la composition normale du patrimoine. Les premières sont traitées comme des

renonciations véritables à des droits non acquis, et comme telles, valables entre époux. Les secondes sont traitées comme des aliénations déguisées de droits acquis, et comme telles, prohibées entre époux.

a. Des renonciations à des droits accidentels : le type de cette classe est la renonciation à un droit successoral quelconque. On ne peut pas dire qu'un émolument de ce genre soit usuel, ni pour le donateur, ni pour le donataire : le premier ne s'appauvrit donc pas ; et si le second s'enrichit, l'enrichissement est en dehors, porte exclusivement sur le superflu.

Par exemple :

α. Un époux renonce à l'hérédité ou au legs à lui déféré, afin d'en faire profiter son conjoint, dont le rang est postérieur. (L. 5, § 13, 14, *eod.*)

β. Un époux, sachant qu'un testateur lui destine une hérédité ou un legs, détermine ce testateur à reporter ce bénéfice sur son conjoint. (L. 6, § 2, 5, *quæ in fraud.*; l. 1, § 6, *si quid in fraud.*)

γ. Un époux néglige d'acquérir une succession ou un legs conditionnel, en n'accomplissant pas ou en faisant défaillir la condition, sachant que cela profite à son conjoint. (L. 1, § 6, *si quid in fraud.*)

δ. Un époux, héritier institué, mais chargé par fidéicommis de restituer l'hérédité à son conjoint, la déclare suspecte, pour la transmettre à ce dernier, sans retenue. (L. 67, § 3, *ad senatuscons. Trebel.*; l. 5, § 15, *eod.*)

ε. L'époux, créancier conditionnel de son conjoint, empêche sa créance de naître, en empêchant la condition de se réaliser. Une créance conditionnelle ne

forme pas un des éléments habituels d'un patrimoine ordinaire.

ζ. L'époux peut également laisser périmer l'action d'injures qu'il a contre son conjoint. Car, outre que l'indemnité pécuniaire à laquelle elle tend ne saurait passer pour un élément ordinaire du patrimoine, cette action ne représente aucune valeur pécuniaire, tant qu'il n'y a pas eu *litis contestatio*. (L. 1, § 7, 8, *si quid in fraud.*)

b. Des renonciations aux droits qui entrent dans la composition habituelle du patrimoine. Le type de cette classe est la renonciation à des revenus périodiques, et en particulier aux loyers d'une maison, aux fermages ou fruits d'un bien rural. Ces renonciations constituent des donations prohibées ; elles tombent sous le coup de la loi, non pas en ce sens que la renonciation de l'époux est rescindée, et qu'il acquiert le bien malgré lui, mais en ce sens que de cette renonciation naît à son profit une *condictio*, pour répéter du donataire l'enrichissement réalisé par lui. Cette classe comprend :

α. Les renonciations à l'usage d'un immeuble urbain consenties par l'époux à qui appartient l'immeuble en faveur de son conjoint. (L. 1, § 1, *commodati* ; l. 17, pr., *de præsc. verb.* ; l. 9, pr., *de donat.* ; l. 6, *de alimentis* ; Savigny, § 146 ; M. Boissonade, n^os^ 52 et 53.) Ici la périodicité des revenus que le propriétaire est certain de tirer de l'immeuble fait considérer cette maison comme une mine à revenus indéfiniment assurés, de sorte que le propriétaire est censé avoir dans son patrimoine, outre la propriété de la maison, la créance des revenus qu'elle produit. Si donc il l'abandonne, il

renonce à une obligation existant dans son patrimoine, et s'il y a aliénation du renonçant, il y a par contre enrichissement de l'autre époux, qui a fait l'économie certaine de tout l'argent qu'il lui eût fallu certainement dépenser pour louer une autre maison, si la renonciation ne se fût pas produite. — Ainsi :

αα. La femme abandonne une de ses maisons à son mari pour que ce dernier y exerce son industrie. Il est bien certain que, strictement, la femme n'aliène pas une créance de loyers actuellement existante dans son patrimoine, mais la simple chance d'en percevoir. Seulement cette chance est si peu aléatoire qu'elle compte comme un droit ; et la femme aura la *condictio* pour répéter l'enrichissement du mari. Si toutefois l'enrichissement était supérieur à l'appauvrissement, la *condictio* ne serait donnée qu'en cette dernière mesure ; elle aura toujours pour mesure la plus faible des deux sommes. Par enrichissement, on entend la somme que le mari eût dû payer pour louer la maison qui lui était nécessaire, s'il n'avait point reçu la donation. Quant à l'appauvrissement, c'est la somme que la femme eût encaissée, si elle eût loué sa maison. (L. 65, § 7, *de cond. ind.* ; l. 25, § 16, *de hered. petit.*)

ββ. Si la femme, ayant déjà loué une de ses maisons à son mari pour un temps déterminé, lui en abandonne l'usage gratuit, renonçant ainsi à une créance de loyers qui est dans son patrimoine, il y a donation prohibée *à fortiori ;* et l'aliénation de la créance n'est pas ici une fiction ; donc la *condictio* sera donnée.

γγ. Si la femme reçoit en dépôt, dans un entrepôt qui lui appartient, et qui est susceptible de se louer facilement, des marchandises appartenant au mari, il

y a encore là donation, aliénation d'une valeur sûre et périodique.

δδ. De même encore, si le mari accepte le mandat d'exécuter pour sa femme des *operæ fabriles*, représentant une valeur certaine et périodique, et les exécute. Il y a ici une renonciation du mari au produit de son travail. Il a la *condictio*. (L. 6, *de oper. libert.*; l. 26, § 12, *de cond. ind.*; l. 25, *de præscrip. verb.*)

β. Le cas où l'époux renonce en faveur de l'autre à l'usage d'un bien rural est absolument assimilé au cas où il renonce à l'usage d'une maison. Il y a donation des fermages ou des fruits, comme il y avait tout à l'heure donation des loyers. (L. 9, § 1, *de don.*; l. 35, § 1, C., *de donat.*) Il y a également donation prohibée, si le mari abandonne à la femme les fruits ou fermages des biens dotaux. (L. 22, l. 28, *de pact. dotal.*; l. 20, C., *de jure dot.*; l. 8, C., *eod.*)

γ. Quand un époux abandonne à l'autre l'usage d'une somme d'argent, la raison d'analogie semble commander une solution conforme aux précédentes; et cependant il n'en est rien. La renonciation à l'usage d'une somme d'argent ne constituait pas, aux yeux des jurisconsultes, une donation des intérêts. Comment expliquer cette différence? Les Romains considéraient l'usage que l'on tire d'une somme d'argent comme essentiellement aléatoire *ab utroque latere;* et cette idée a quelque chose de juste; il n'est point sûr en effet qu'à défaut de la donation, le donateur eût retiré des intérêts de son argent, et il n'est pas sûr non plus qu'en pareil cas, le donataire eût emprunté à un autre. Ce raisonnement était certainement plus fondé à Rome qu'il ne le serait aujourd'hui chez nous. Quoi qu'il en

soit, les Romains l'avaient admis, considérant que celui qui abandonne l'usage d'un bien rural s'appauvrit nécessairement, tandis que celui qui abandonne l'usage d'une somme ne s'appauvrit qu'éventuellement. Conformément à ce principe :

$\alpha\alpha$. Le mari peut prêter à sa femme de l'argent sans intérêts. (L. 23, pr., *de donat.*)

$\beta\beta$. S'il est débiteur à terme de sa femme, il peut payer, sans attendre le terme. (L. 31, § 6, *eod.*; l. 10, 17, 56, *de cond. ind.*; l. 88, § 5, *de leg.* 2°.)

$\gamma\gamma$. S'il est créancier pur et simple de sa femme, il peut également lui consentir un terme. — Dans tous ces cas la renonciation à l'usage d'une somme ne constitue pas une donation de l'*interusurium*. (L. 56, *de cond. ind.*)

$\delta\delta$. Si le mari a prêté à sa femme de l'argent, et que le prêt ait été fait à intérêt, la remise des intérêts équivaut-elle à une donation ? La loi 23, *de donat.*, déclare que non, et cette décision semble naturelle à Savigny. — Elle est, à notre avis, tout à fait contraire aux principes. Il y a là une véritable remise de la créance des intérêts, créance actuelle, très-sûre, nullement aléatoire, et nous avouons n'apercevoir aucune différence entre ce cas et celui où l'époux, créancier de son conjoint, lui fait acceptilation directe. S'il y a deux créances distinctes, l'une du capital, l'autre des intérêts, et ceci ne peut être nié qu'à moins de considérer le prêt comme un contrat successif, se renouvelant à chaque instant de la durée, la remise des intérêts est une pure remise de créance, tombant sous le coup de la loi. Et d'ailleurs les jurisconsultes le décident pour la remise des intérêts d'une créance dotale : si la

femme se constitue en dot une somme qu'elle promet de payer plus tard avec les intérêts, le mari ne peut faire remise des intérêts à venir, et cela constitue une donation prohibée. Pourquoi cette décision ? Parce que, dit-on, tant que le capital n'est pas payé, la dot ne se compose que de ces intérêts, et que le mari ne peut renoncer en faveur de sa femme à la jouissance de la dot. S'il en est ainsi, aucune raison n'existe de distinguer entre une créance dotale et une créance non dotale ; et même, s'il existait une raison de distinguer, il semble que c'est plutôt en matière de créance dotale, alors que la somme doit être plus tard répétée par la femme, que la remise des intérêts devrait sembler inoffensive. Si donc il est interdit de remettre les intérêts d'une créance dotale, il doit l'être *à fortiori* de remettre les intérêts d'une créance ordinaire. C'est ainsi que la renonciation du mari à l'usage d'un de ses immeubles constitue en faveur de la femme une donation des fruits, plus sûrement encore que la renonciation à l'usage d'un immeuble dotal. Quant à la différence qu'on veut instituer entre les créances dotales et non dotales, nous la trouvons injustifiable. (L. 21, § 1 ; l. 54, *eod.* ; § 33, *Inst.*, *de act.*)

♂. De même enfin, si un mari, qui va obtenir livraison d'une chose à titre de vente ou de donation, charge le *tradens* de la livrer en son nom et à titre gratuit à la femme. Peu importe quel est ici l'objet de la dette, somme d'argent, ou corps certain. Il y a eu donation, et réalisée par un acte véritable. C'est seulement en apparence que le mari a renoncé à acquérir un droit ; en réalité, il s'est dépouillé d'un droit acquis. C'est comme si le débiteur lui avait fait tradition et

qu'ultérieurement il eût livré à sa femme. Si le mari a donné mandat au débiteur de payer directement à la femme, c'est pour éviter l'embarrassante nécessité d'une double tradition, et cette simplification dans le procédé ne peut rien changer au fond des choses. — D'ailleurs, si la renonciation était réelle, elle équivaudrait à une remise consentie par le mari ; or le débiteur serait ainsi libéré, et aurait le droit de refuser le mandat du mari, et de garder l'argent pour lui. Il est cependant tenu d'accepter le mandat, puisque la renonciation du créancier a pour cause l'acceptation par le débiteur du mandat de payer à la femme. (L. 3, §12, 13 ; l. 56, *eod.* ; Savigny, § 148.)

Ainsi le *mutuum*, le commodat, le dépôt et le mandat peuvent, selon les cas, contenir une donation entre époux, et ces exemples viennent considérablement restreindre la généralité des assertions posées sous la lettre A.

C. L'un des époux abandonne à l'autre un droit qui compte dans son propre patrimoine, mais de telle sorte que ce droit n'entre point dans le patrimoine du donataire. Il y a bien perte du donateur, diminution de son patrimoine, mais il n'y a pas augmentation du patrimoine de l'autre. Il est donc certain que l'enrichissement fait défaut, et cela suffit pour qu'il n'y ait point donation. Mais il n'y a pas non plus aliénation ; car l'aliénation n'est pas consommée par la sortie d'un bien du patrimoine du donateur, mais par l'entrée de ce bien dans celui du donataire. Si donc le droit perdu est acquis par le donataire, mais sans entrer dans son patrimoine, il n'y a pas de donation, faute d'aliénation. C'est ce qui arrive quand l'époux donne à

l'autre un terrain, pour que ce dernier y érige un tombeau.

3. Il faut que l'opération produise l'enrichissement du donataire, c'est-à-dire que, somme toute, le patrimoine de ce dernier soit accru. On comprend que l'aliénation ne se confond point avec l'enrichissement, bien que l'aliénation exige pour sa perfection l'entrée d'un bien dans le patrimoine du donataire ; car un bien peut entrer dans un patrimoine, sans l'accroître en réalité, quand cette entrée est neutralisée par une sortie correspondante. Les actes où l'enrichissement fera défaut seront naturellement exclus de la prohibition, n'étant point des donations. Or l'enrichissément fait défaut dans les cas suivants :

A. Quand l'acte d'un époux n'augmente pas le patrimoine de l'autre, mais assure seulement à ce dernier l'exercice d'un droit. C'est ce qui arrive :

a. Quand un époux paye à l'autre la dette naturelle dont il est tenu envers lui. Plusieurs motifs empêchent qu'il y ait là donation : d'abord il n'y a pas accroissement du patrimoine, mais simplement réalisation d'une créance y contenue. De plus, une prestation qu'on fait en exécution d'une obligation est un payement, non une libéralité. C'est pourquoi la femme qui se constitue une dot ne fait aucune donation au mari, bien que ce dernier devienne propriétaire de la dot ; car elle était obligée naturellement à la fournir ; elle ne s'appauvrit donc pas en payant sa dette naturelle, pas plus que le mari ne s'enrichit en réalisant sa créance. (L. 19, § 4, *de don.*; l. 9, pr., § 1, *de cond. caus. dat.*; l. 21, § 1, *eod.*; l. 19, *de obl. et act.*; l. 32, § 2, *de cond. ind.*)

b. L'époux qui possède la chose de l'autre ne lui fait

pas donation, s'il la lui restitue avant toute revendication, quand même l'autre ne serait pas en situation de prouver son droit. En effet, la propriété de cette chose est dans les biens de ce dernier; la restitution ne lui fait donc acquérir que l'exercice de son droit. La possession est chose de fait qui, juridiquement, n'enrichit ni n'appauvrit, et qui ne peut fournir la matière d'une libéralité; c'est la traduction physique du droit, et non le droit lui-même, le signe, et non la chose signifiée. (Savigny, *Recht des Besitzes*, § 5 et 7, p. 26, p. 71-75.)

c. L'époux peut cautionner le débiteur, même insolvable, de son conjoint; car ce dernier n'acquiert par là aucun droit nouveau, mais seulement la garantie d'un droit préexistant. (L. 1, § 19, *si quid in fraud.*)

d. Il en est de même, s'il cautionne son conjoint, débiteur d'un tiers; à moins qu'il ne le fasse *donandi animo*, avec l'intention de ne pas exercer l'*actio mandati* ou *negotiorum gestorum* contre ce conjoint, après avoir payé en son lieu et place. (L. 6, § 2, *mand.*; l. 4, *de neg. gest.*; l. 32, *de pact.*; l. 9, § 3, *de senatusc. Maced.*)

e. De même, si l'époux, débiteur insolvable de son conjoint, lui fournit un gage.

f. De même, s'il fournit un gage à son conjoint pour la dette dont un tiers est tenu envers ce dernier. (L. 1, § 19, *si quid in fraud.*)

g. De même encore, si un époux, créancier de son conjoint, lui fait remise du gage par lui fourni. S'il est vrai que la femme ne peut renoncer au gage légal qui lui garantit la restitution de sa dot, ce n'est pas qu'il y ait là une donation prohibée; c'est qu'en matière de dot, la condition de la femme ne peut être empirée par

contrat. (L. 1, § 1, *quib. mod. pign.*; l. 1, § 1, *de lib. leg.*; l. 3, § 4, *de leg.* 3°; l. 18, *quæ in fraud.*; l. 11, C., *ad senatusc. Vell.*; l. 11, *quib. mod. pign.*; l. un., § 15, C., *de rei ux. act.*)

h. De même, si l'époux créancier fait *acceptilatio* à son conjoint, fidéjusseur du débiteur principal. (L. 17, *de don.*; l. 2, C., *de acceptil.*)

i. De même enfin, si un époux fait *acceptilatio* à l'autre d'une dette paralysée par une exception; le débiteur qui reçoit *acceptilatio* dans ces circonstances ne s'enrichit point, il consolide un droit qui lui appartenait déjà. (L. 3, *de cond. sine causâ*; l. 2, § 3, *de dol. excep.*)

B. L'époux qui reçoit un bénéfice fait un sacrifice égal à son gain. Cette prestation réciproque et équivalente peut intervenir à trois époques différentes :

a. Elle peut avoir lieu dans le passé, comme quand l'époux paye sa dette à l'autre; car l'autre lui a fourni autrefois l'équivalent du payement actuel. Et cependant on pourrait dire, avec une analyse plus exacte, que l'équivalent du payement actuel consiste dans la libération actuelle, comme l'équivalent de la prestation passée avait consisté dans l'obligation contractée simultanément.

b. Elle peut avoir lieu dans le présent, comme quand il intervient entre époux une vente ou un contrat onéreux, immédiatement réalisé des deux parts. Tel est encore le payement d'une dette; car l'équivalent requis pour imprimer à l'opération le caractère onéreux peut aussi bien consister dans une libération immatérielle que dans une prestation physique. Quand le contrat est synallagmatique et de plus exécuté des deux parts,

aussitôt que formé, on peut dire que chaque prestation a pour équivalent une prestation inverse; et quand le contrat est unilatéral, ou synallagmatique mais exécuté d'une seule part, la première prestation trouve son équivalent dans l'obligation de l'autre partie, et la seconde prestation trouve le sien dans l'extinction de ladite obligation. Ainsi exécuter une obligation n'est point donner, mais payer sa dette. Donc le payement, pendant le mariage, d'une donation contractée avant est très-licite, et cette solution, reconnue par tous, est en parfait accord avec le principe posé plus haut, que la prohibition ne s'applique qu'aux donations ayant acquis leur perfection juridique pendant le mariage, et nullement aux donations formées avant et susceptibles de s'exécuter pendant. Si le payement d'une obligation naturelle ne constitue pas une donation, le payement conscient d'un *indebitum*, fait par un époux à l'autre, est une donation prohibée, à condition, bien entendu, qu'il n'existât aucune dette, même naturelle. L'*indebitum*, en effet, c'est le néant juridique; là où il n'y a que l'ombre d'une créance, il est clair qu'aucune libération ne peut servir d'équivalent au payement effectué.

c. La prestation peut être reportée dans l'avenir, comme quand l'époux emprunte à son conjoint. Il est clair que l'emprunteur est tenu de restituer. Seulement ce n'est pas à proprement parler dans la prestation future que la prestation actuelle trouve son équivalent, mais bien dans l'obligation actuelle de l'emprunteur.

En somme, si la prestation physique inverse de celle qu'on examine peut intervenir à trois époques diffé-

rentes, l'équivalent véritable, qui imprime au contrat son caractère onéreux, intervient toujours en même temps que la prestation la première en date. C'est à ce moment unique qu'il se faut placer pour juger si le contrat est onéreux ou gratuit, c'est-à-dire si la prestation opérée ou l'obligation contractée par une partie a ou non un équivalent. Si les deux équivalents méritent ce nom, c'est-à-dire s'ils sont égaux entre eux, l'acte est onéreux pour le tout; c'est ce que nous avons supposé jusqu'ici. Si l'une des deux prestations est supérieure à l'autre, il y a donation égale à leur différence. Et la donation remonte toujours au jour où la première prestation a été effectuée, quand même cette prestation aurait été la plus faible des deux; car celle-ci a eu pour équivalent l'obligation à une prestation future plus forte, et dès ce moment il y a eu donation égale à l'excédant de l'obligation sur la prestation. Que si la première prestation a été la plus forte, comme elle n'a eu pour équivalent qu'une obligation plus faible, il y a eu dès cette époque donation égale à l'excédant de la prestation sur l'obligation. Dans ces deux cas, l'acte est mixte, onéreux et valable jusqu'à concurrence de l'équivalent le plus faible, gratuit, prohibé et donnant lieu à la *condictio* dans la limite de l'excédant.

C. L'enrichissement a bien existé à l'origine, mais il a disparu au moment où il pourrait être question d'intenter l'action. Dans les deux cas précédents, l'acte n'a jamais été une donation; il a donc toujours été valable entre époux. Ici, au contraire, un acte nul à l'origine, parce qu'il affectait le caractère de donation, devient valable par la suite, parce que ce caractère s'altère et s'évanouit. Il faut, pour que la prohibition s'applique,

que l'enrichissement subsiste au moment de la *litis contestatio*. Donc, quand l'émolument conféré d'abord au donataire est purement et simplement éteint à cette époque, la prohibition ne s'applique point. Au contraire, quand l'émolument originaire n'est pas anéanti, mais transformé, remplacé par un émolument d'autre nature, la prohibition s'applique, le caractère gratuit de l'acte restant intact. Tels sont les principes.

1^er^ Cas : Le droit conféré au donataire est absolument perdu. Cette perte peut provenir de causes diverses et notamment :

a. De la volonté du donateur. En pareil cas, ce dernier n'a rien à réclamer au donataire. L'enrichissement a en effet disparu et il est impossible d'admettre que le donataire puisse être tenu d'une obligation, puisqu'il est innocent de cette disparition. Cette volonté du donateur se peut manifester de plusieurs manières :

α. Le donateur, au moment même de la donation, impose au donataire l'obligation de remettre la chose à un tiers ou à lui-même. Quand la remise a eu lieu en exécution du contrat, il ne reste plus de donation, quant au principal, puisque l'enrichissement a disparu de ce chef. (L. 49, *eod.*; l. 5, § 9, *de jure dot.*) Il n'y a même jamais eu, en ce cas, donation du principal, même si l'on se place avant la restitution opérée ; en effet, la simple obligation de remettre suffisait pour imprimer à la donation le caractère onéreux, cette clause étant exclusive de l'intention d'enrichir. Toutefois, s'il n'y a pas eu donation de principal, il y a eu donation d'usage, de jouissance, et peut-être de fruits.

Nous avons vu quel traitement il convient d'appliquer à ces donations; elles sont prohibées en tant qu'elles ont pour objet des biens urbains ou ruraux, licites en tant qu'elles portent sur des sommes d'argent. En ce cas, la donation a pour objet directement les fruits. Il se peut qu'elle ait indirectement le même objet, quand elle porte sur une chose que le donataire n'est pas tenu contractuellement de restituer; il y a alors double donation prohibée, quant au capital et quant aux fruits.

β. L'obligation de restituer peut résulter d'une convention intervenue entre les parties postérieurement à la donation, et suivie d'exécution. Tant que cette convention n'est pas intervenue, il y a eu donation prohibée quant au principal et quant aux fruits. Du jour où est intervenue la convention portant obligation de restituer, la donation a cessé d'exister, quant au principal, l'intention d'enrichir ayant cessé, et l'enrichissement, c'est-à-dire la faculté de disposer du principal, ayant également cessé dès cette époque. Mais la donation subsiste toujours quant aux fruits, jusqu'au jour où la restitution a été opérée. (L. 34, *eod.*; *Frag. Vat.*, § 209; Savigny, § 150.)

γ. L'enrichissement disparaît également, si le donataire, sans y être formellement obligé, mais conformément à l'intention exprimée du donateur, emploie la chose de manière à en perdre la propriété. Car alors l'intention d'enrichir n'existe pas chez le donateur, ou n'existe chez lui qu'à l'état tout éphémère; et l'enrichissement cesse également de très-bonne heure. C'est ainsi que la donation d'un terrain pour l'érection d'un tombeau, ou pour tout autre usage faisant sortir

du commerce l'objet de la donation, est valable entre époux. Toutefois, cette manière de parler est inexacte : la loi suspecte cette opération, et persiste à la regarder comme une donation prohibée, jusqu'à ce que les faits aient démontré qu'elle est légitime ; jusqu'à nouvel ordre, l'opération est réputée donation, et comme telle, inefficace : la transmission de la propriété est suspendue, jusqu'à ce que l'objet ait reçu la destination indiquée. De la sorte, il n'y a jamais donation effectuée, puisque l'enrichissement ne naît point. (L. 5, § 8, 12, *eod.*)

Il en est de même, quand un époux aliène son esclave à son conjoint pour que ce dernier l'affranchisse. La propriété n'est transmise qu'au moment de l'affranchissement. Il n'y a donc point donation, si ce n'est peut-être des services de l'esclave jusqu'à l'affranchissement, et des droits de patronage, chose inestimable en argent. (L. 18, § 1, 2, *de don.* ; Meyerfeld, I, 413 ; Ulp., VII, § 1 ; Paul, II, 23, § 2 ; l. 109, pr., *de leg.* 1° ; l. 22, C., *eod.* ; l. 7, § 8, 9 ; l. 9, pr., *eod.* ; l. 5, § 5, *de præscr. verb.* ; l. 9, § 1, *eod.* ; l. 62, *sol. matrim.*)

C'est ainsi que l'usage que fait un époux de l'esclave appartenant à son conjoint ne constitue pas une donation. — Et lors même qu'en retour de l'affranchissement effectué par le conjoint, il y avait eu de l'argent ou des services promis par l'esclave, ces avantages, bien qu'estimables en argent, ne constituaient pas une donation, parce qu'ils étaient considérés comme ne sortant pas des biens du donateur. Cela est peut-être plus subtil qu'exact, car si le donateur n'avait pas aliéné les services et l'argent promis, il avait aliéné

l'esclave; c'est-à-dire la cause productrice de toutes ces valeurs. Il y avait donc plutôt un *à fortiori*, pour qu'aliénant le plus, il fût considéré comme aliénant le moins. Mais cela n'était point admis.

b. Le droit conféré au donataire périt par cas fortuit. Le donateur ne peut répéter, car la donation est anéantie avec toutes ses conséquences. Il en est de même pour la perte partielle et la diminution de valeur, au moins jusqu'à concurrence de la valeur disparue. (L. 28, pr., *eod.*)

c. Le droit conféré au donataire a péri par la volonté de ce dernier. — Il faut en cette matière distinguer deux époques : α, celle qui précède le sénatus-consulte de Sévère et de Caracalla ; β, celle qui le suit.

α. Avant le sénatus-consulte, on n'admet pas encore que le donataire n'est jamais tenu que de son enrichissement existant lors de la *litis contestatio*. L'époux donataire possédait sciemment la chose d'autrui, puisqu'il savait que les donations entre époux sont interdites. Donc il devait, semble-t-il, être tenu comme un possesseur de mauvaise foi de la perte ou diminution de valeur arrivée par son dol ou sa faute ; et le donateur devait pouvoir intenter la *condictio sine causâ*, ou *l'actio legis Aquiliæ*, selon que la chose était perdue ou endommagée. C'est ce que décidaient les vieux jurisconsultes. (L. 6, *eod.*) Ainsi, avant le sénatus-consulte, l'époux était à bien des égards traité comme un possesseur de mauvaise foi. Nous verrons plus tard si sa responsabilité était absolument celle d'un possesseur de mauvaise foi. Il ne paraît pas qu'il en fût ainsi : il semble, et Savigny indique cette opinion, plutôt qu'il ne la soutient, que la *condictio* s'accorde en cas de perte

par dol, non en cas de perte par simple *culpa*. (L. 65, § 6 et 8; l. 26, § 12, *de cond. ind.*; l. 19, pr., *eod.*) En effet, quand le donataire possède, consomme, détruit et endommage, c'est avec le consentement du propriétaire, qui ne révoque point; jusqu'à un certain point, le donataire peut donc paraître exempt de dol. Et cependant, il sait qu'il viole la loi, et peu importe qu'il se sente soutenu dans cette œuvre illégale par l'assentiment du propriétaire ; sa possession et tous les actes auxquels il se livre sur la chose sont entachés de mauvaise foi. Les anciens jurisconsultes, Pomponius et Julien, avaient entrevu l'objection précitée, et lui avaient fait une certaine part, comme nous le verrons plus loin. (L. 37, *eod.*)

β. Le sénatus-consulte de l'an 206 change la face des choses; la donation est confirmée par le silence du donateur, qui seul peut révoquer, sans que ce droit passe à ses héritiers. La donation devient inattaquable à la mort du donateur. Quand la chose a été consommée, détruite ou endommagée par le donataire, ce dernier n'est plus exposé à aucun recours du donateur. Pourquoi? Parce que sa possession n'est plus entachée de mauvaise foi. Ici la donation n'est plus nulle, étant susceptible de confirmation. (L. 32, § 1, 2, 9, *eod.*) Le donataire peut donc, sans mauvaise foi, garder la chose, espérant que le donateur confirmera sa donation. Cette espérance, illicite avant le sénatus-consulte, devient licite après. En outre les héritiers du donateur n'ayant plus le droit de révoquer, il est vraisemblable que le donataire, en aliénant ou consommant l'objet, a agi de bonne foi, et non pour éviter une révocation future, puisque cette révocation reste toujours possible pour

le donateur, et ne le devient jamais pour ses héritiers. — Ainsi, pour qu'il y ait donation, il suffit, en général, qu'il y ait enrichissement conféré au moment de la donation, quand même cet enrichissement viendrait ensuite à disparaître. Entre époux, la donation ne tient que si l'enrichissement subsiste au moment de la *litis contestatio*. Seulement l'époux, qui était, dans l'ancien droit, tenu d'une certaine responsabilité, quand la disparition de l'enrichissement provenait de sa faute ou de son dol, a été déchargé de cette responsabilité par le sénatus-consulte. C'est ainsi que le donataire n'est point tenu, s'il donne à un tiers ou prête à un insolvable l'argent qu'il a reçu de son conjoint. (L. 5, § 17; l. 16; l. 32, pr., *eod.*) Ce nouveau droit exclut donc la *condictio* donnée en cas de consommation de la chose par le donataire, l'*actio ad exhibendum* donnée contre ce dernier, quand il avait à dessein détruit ou aliéné la chose, la *rei vindicatio* donnée contre lui, quand il avait cessé par dol de posséder, et la loi *Aquilia*, donnée contre lui, quand, par dol ou faute, il avait détruit ou endommagé l'objet, toutes actions qui, avant le sénatus-consulte, appartenaient au donateur, et dont l'existence ne s'explique que si l'on range le donataire dans la catégorie des possesseurs de mauvaise foi. — L'enrichissement actuel devient, sous le sénatus-consulte, la mesure unique de l'action. Mais cela ne date que du sénatus-consulte, et il reste des traces nombreuses de l'autre doctrine dans des textes insérés par mégarde au Digeste. Ainsi, quand l'époux donataire d'une somme, sachant que ces deniers lui viennent de son conjoint, les emploie à l'achat d'un objet, Pomponius donne contre lui l'*actio ad exhiben-*

dum ; car c'est un *fictus possessor*, qui a cessé par dol de posséder. (L. 14, *ad exhib.*) Pomponius suppose ici que la chose achetée par le donataire ne vaut pas le prix qu'il en a payé, et que le donateur préfère intenter l'*actio ad exhibendum* en restitution du prix ; car il pourrait à son gré intenter la *condictio* en restitution de la chose achetée, qui serait censée substituée à l'argent donné. — De même, quand le donataire anéantit par dol l'objet donné, Julien donne contre lui l'*actio ad exhibendum*, ou l'action *damni injuriarum*, et il est évident que, s'il était exempt de dol mais coupable de faute, on donnerait contre lui l'*actio* de la loi Aquilia. (L. 37, *eod.*) — Ces deux textes sont évidemment conçus dans une doctrine antérieure au sénatus-consulte, d'après laquelle l'époux était tenu comme possesseur de mauvaise foi. Et cependant, du temps des Pomponius et des Julien, cette doctrine devait soulever déjà des controverses. On se demandait évidemment si le silence du donateur ne confirmait pas en une certaine mesure la donation, et n'atténuait point le caractère vicieux de la possession du donataire. Aussi Julien présente-t-il sa solution comme surtout incontestable quand la consommation est postérieure au divorce, parce qu'alors on ne peut attribuer au silence du donateur la vertu de confirmer la donation. Cette idée apparaît donc dans les sources ; mais elle n'avait pas conquis d'influence prédominante avant le sénatus-consulte, qui opéra dans la jurisprudence une véritable révolution, que des signes précurseurs avaient, à la vérité, fait pressentir.

2e Cas : Le droit conféré au donataire ne périt pas absolument, mais est remplacé par un autre. L'enrichissement persiste, bien qu'il affecte une autre forme,

et l'époux donateur aura droit de se le faire attribuer. Nous distinguerons les cas où le droit nouveau subsiste au moment de la *litis contestatio*, et ceux où il a disparu à cette époque. (L. 32, § 9, *eod.*)

a. Le droit nouveau, qui s'est substitué au droit ancien, existe au moment de la *litis contestatio*. L'enrichissement persiste ; le donateur pourra donc répéter. Tels sont les cas suivants :

α. L'époux donataire emploie l'argent donné à payer une dette. Il est enrichi de sa libération, ou d'une somme égale au montant de la créance acquittée, émolument que le donateur répétera. (L. 7, § 7; l. 50, *eod.*)

β. L'époux donataire emploie l'argent donné à un prêt qu'il consent à un tiers. Son patrimoine s'enrichit d'une créance ou d'une somme égale à la solvabilité que présente l'emprunteur au moment de la *litis contestatio*, émolument que le donateur répète.

γ. L'époux donataire, avec l'argent donné, achète un objet ; le donateur peut répéter une somme égale à l'enrichissement du donataire, qui est représenté par la plus petite des deux valeurs ; il répète donc une somme égale à la somme donnée, si l'objet acquis vaut davantage, ou une somme égale à la valeur de l'objet acquis, si ce dernier vaut moins qu'on ne l'a payé. Au premier cas, en effet, l'excédant de valeur de l'objet acquis forme un bénéfice légitime pour le donataire ; et au second cas, le déficit de valeur du même objet représente une perte partielle, qui diminue d'autant l'enrichissement. — Si c'est une chose qui a été donnée, et que le donataire l'ait vendue, le prix remplace la chose ; le donateur pourra donc répéter la valeur de la chose, si elle a été vendue sa valeur ou plus que sa

valeur, et le prix de vente, si elle a été vendue moins qu'elle ne vaut, toujours parce que le donateur ne peut réclamer plus d'argent qu'il n'en est entré dans les biens du donataire, ni plus qu'il n'en est sorti. Le cas d'échange serait absolument traité comme le cas de vente. (L. 7, § 3; l. 28, § 3, 4; l. 9, C., *eod.*)

b. Le droit nouveau, qui s'est substitué au droit ancien, n'existe plus au moment de la *litis contestatio;* il a disparu en tout ou en partie. Le principe est que la valeur disparue ne pourra être répétée par le donateur, pourvu, en se plaçant avant le sénatus-consulte, que la perte ait été fortuite, et en se plaçant après, même quand elle est provenue de la faute et de la volonté du donataire. (L. 28, § 3; l. 50, § 1, *eod.*) Mais ce principe fléchit, quand le donataire a été une fois pour toutes définitivement enrichi par l'acquisition du droit nouveau, quand ce droit est de telle nature que si le donataire n'eût point été nanti des valeurs données, il eût néanmoins pris *de suo* pour l'acquérir, de telle sorte qu'il demeure enrichi de la somme qu'il n'a point dépensée. (L. 47, § 1, *de solut.*; l. 6, *de aliment.*; l. 65, § 6 et 8, *de cond. ind.*; l. 31, § 9, 10; l. 58, § 1, *eod.*) — Quant à l'enrichissement partiel qui subsiste, en cas de perte partielle ou de diminution de valeur, il peut, *à fortiori*, être répété. — Ces principes s'appliquent dans les cas suivants :

α. Si la chose achetée avec l'argent donné périt, le donateur n'a rien à répéter, en tant du moins que la perte est arrivée par cas fortuit. Si elle a été causée par la faute ou la volonté du donataire, il y avait évidemment lieu à répétition, si l'on se place avant le sénatus-consulte. Si l'on se place après, la répétition n'est plus pos-

sible, les deux cas de perte fortuite et de perte par la faute ou volonté du donateur ayant été assimilés. (L. 28, § 3 ; l. 50, § 1.) — La consommation de la chose est absolument soumise au même traitement que sa perte, depuis le sénatus-consulte.

β. Si la chose achetée avec l'argent donné a été vendue par le donataire, et qu'avec ce prix de vente, il en ait racheté une autre qui vient à périr, le donataire est-il enrichi ? Fulcinius avait soutenu que oui, et mis à ses risques la perte du second objet, dont il accordait la répétition au donateur. Il se fondait sur ce que l'objet acheté avec l'argent donné n'est pas éteint; il a été vendu, et existe encore entre les mains d'un autre que le donataire. Quant à l'objet nouveau, il n'a point été payé de l'argent donné, mais de l'argent du donataire; il n'est donc point substitué à l'argent donné, qui continue d'être représenté par le premier objet. L'argumentation de Fulcinius n'avait point prévalu ; et en effet, peu importe que l'objet existe, puisqu'il n'est point aux mains du donataire ; la vente a été équivalente à consommation, c'est-à-dire, depuis le sénatus-consulte, à perte. On avait donc exonéré le donataire de toute responsabilité, et on examinait si, en fin de compte, à la suite d'une ou plusieurs opérations, il se trouvait ou non enrichi lors de la *litis contestatio*. (L. 29, pr., *eod.*) Il est remarquable que cette décision soit donnée par Pomponius, qui vivait avant le sénatus-consulte, et qui s'inspirait déjà des principes que le sénatus-consulte devait consacrer plus tard. — Si la chose achetée d'abord n'avait point été vendue, mais échangée contre une autre, la même solution serait applicable *à fortiori*. — Cela est une faveur

spéciale à l'époux. Dans les autres matières, quand de semblables opérations interviennent, on ne les examine pas en bloc, mais en détail, et on déclare le donataire définitivement enrichi par la première acquisition, malgré la perte ultérieure, même fortuite, du second objet. C'est ainsi qu'est traité l'héritier de celui qui, violemment, s'est mis en possession d'une chose. Tenu dans la mesure de son enrichissement, il est libéré par la perte fortuite de la chose donnée, et nullement par la consommation qu'il en fait, ni par la perte même fortuite d'une seconde chose acquise avec l'argent provenant de la vente de la chose donnée. (L. 17, l. 18, *quod metus*; Meyerfeld, *die Lehre von den Schenkungen*, p. 11.) Dans ces derniers cas, l'action *quod metus causâ* serait efficacement intentée contre lui, et le cas d'échange serait absolument traité comme le cas de vente, bien que le second objet, n'ayant pas été payé de l'argent propre du donataire, pût être plus aisément réputé substitué à l'objet donné.

γ. Dans tous ces cas, la perte totale ou partielle de l'objet donné correspond à une disparition ou diminution de l'enrichissement du donataire, qui échappe ainsi à l'action. Tel n'est point toujours le cas; il se peut que, malgré cette perte, le donataire demeure enrichi. C'est ce qui arrive quand l'objet donné était une chose nécessaire ou tellement utile au donataire que, sans la donation, il l'eût certainement achetée *de suo*. Si donc la donation a évité à l'époux une dépense nécessaire, qui aurait été inévitablement suivie d'une perte, la perte de cet objet laisse subsister l'enrichissement du donataire, et ce dernier devra le restituer. Si au contraire la donation ne lui a conféré qu'un béné-

fice exceptionnel, qu'il n'eût jamais voulu payer *de suo*, l'objet donné, venant à périr, entraîne avec lui l'enrichissement factice et éphémère qu'il avait produit, de sorte qu'il n'y aura point lieu à action. (L. 47, § 1, *de solut.*) — Les choses nécessaires sont qualifiées dans les textes *cibaria*, *vestitus*, *alimentum*, *frumentum*. Quand la donation a porté sur ces objets, le donataire a été de tout temps, même avant le sénatus-consulte, considéré comme définitivement enrichi, de telle sorte que la perte, même fortuite, ne le libère point. (L. 6, *de alimentis*; l. 65, § 6 et 8, *de cond. ind.*) — A ces choses nécessaires, on oppose les *obsonia et unguenta*, qui n'enrichissent point le donataire, même d'une manière éphémère; ces objets ne forment donc point la matière d'une donation, et ne pourront être répétés, quand même ils existeraient encore au moment de la *litis contestatio*. La raison en est que ces prestations, surtout lorsqu'elles interviennent du mari à la femme, peuvent, à l'aide d'une interprétation large, passer pour l'accomplissement de l'obligation générale d'entretien qui incombe au mari. (L. 31, § 9, 10; l. 58, § 1.) Que si la prestation ne peut s'expliquer de cette façon, soit parce qu'elle intervient de la femme au mari, soit par tout autre motif, il y a alors une véritable donation; seulement, comme ces objets ne sont pas tellement nécessaires que le donataire eût été obligé de se les procurer sans la donation, l'enrichissement résultant de la donation n'est pas indélébile, et peut disparaître avec les objets eux-mêmes, de sorte qu'alors le donataire n'est point tenu. En somme, les objets d'une donation entre époux peuvent, à ce point de vue, se diviser en trois classes : ceux qui n'en-

richissent pas du tout le donataire, de telle sorte que la donation ne naît point ; ceux qui l'enrichissent pour toujours, de telle sorte que la donation ne périt point, fussent-ils anéantis ; et ceux qui l'enrichissent aussi longtemps qu'ils subsistent dans leur intégrité, de telle sorte que l'enrichissement du donataire est soumis aux mêmes vicissitudes que leur existence propre. Dans quelle classe faut-il ranger les *cibaria familiæ et jumentorum?* On suppose que les esclaves et les animaux appartiennent à la femme, et que le mari lui donne de l'argent pour qu'elle les entretienne. Y a-t-il là une donation prohibée? Non, si les animaux et esclaves étaient affectés au service de la maison commune, parce qu'alors le mari doit les entretenir, et à ce point de vue ces objets font partie de la première classe. Si au contraire ils étaient affectés au service d'un bien propre de la femme, comme les dépenses d'entretien incombent à cette dernière, il y a donation, et même, je crois, donation d'une chose nécessaire, et collation d'un enrichissement définitif, qui survivrait à la perte des objets ; car sans la donation, la femme eût été forcée de prendre *de suo* pour nourrir ses esclaves et ses bêtes de somme ; et à ce point de vue, ces objets rentrent dans la seconde classe. Ainsi l'argent fourni par l'époux à son conjoint est considéré comme bénéfice permanent, quand il sert à faire une dépense nécessaire, et comme bénéfice passager, quand il n'est destiné qu'à une dépense utile ou somptuaire.

c. Pour que ces règles soient facilement applicables, il faut être bien fixé sur l'identité de l'objet donné avec l'objet perdu ou échangé contre un objet nouveau. Cette certitude s'acquiert aisément, quand il s'agit

d'un corps certain ; elle est fort difficile à obtenir, quand il s'agit d'une chose de genre. Le principe à cet égard est fort simple : c'est au donataire de prouver que l'enrichissement existant lors de la donation a disparu lors de la *litis contestatio*. Et en effet, du jour de la donation, il a été tenu de l'obligation de restituer ; il ne peut se refuser à l'exécution de cette obligation, qu'en prouvant sa libération. Or il ne peut faire cette preuve qu'à condition de démontrer que la chose perdue était bien la chose donnée ; s'il ne le démontre pas, il est réputé définitivement enrichi du montant de la donation, et tenu de restituer une somme égale. En résultat, les règles posées ci-dessus s'appliqueront surtout quand la donation aura pour objet un corps certain, et seront à peu près illusoires, quand elle portera sur une somme d'argent. Il se peut toutefois même en ce dernier cas, que l'identité de l'objet perdu avec l'objet donné soit constante. C'est ce qui arrive:

α. Quand l'argent donné a été volé très-peu de temps après la donation. (L. 5, § 17 ; l. 7 , § 3, *eod.*)

β. Quand la femme emploie au payement d'une de ses dettes l'argent que son mari lui avait donné pour acheter des parfums, et achète ensuite des parfums pour une somme égale. Il est certain en ce cas qu'elle n'est point enrichie ; elle eût pu commencer par s'acheter des parfums avec l'argent donné, puis acquitter sa dette avec son argent propre ; il était certain de la sorte qu'elle ne s'enrichissait point de la donation. Or il importe fort peu qu'on ne soit point fixé sur l'identité des deniers consommés, pourvu que l'identité et la quotité des valeurs employées soient constantes ; car tous les écus se valent. L'interversion des deux

opérations ne doit donc point faire conclure à l'existence d'un enrichissement. Comme elles ont été successives, et qu'elles sont d'ailleurs connexes, il ne faut point prendre chacune d'elles en détail, mais bien toutes deux en bloc. (L. 7, § 1, *eod.*) — Si au contraire le mari donne à sa femme une somme, sans en spécifier l'usage, et que plus tard la femme, ayant confondu cet argent avec le sien propre, dissipe une somme égale, comme il n'y a point identité entre les sommes reçues et celles dépensées, il y a enrichissement véritable que le mari peut répéter.

4. Il faut que l'opération soit faite avec intention chez le donateur d'enrichir le donataire. Sinon, il n'y a point donation, et la prohibition ne s'applique point. L'intention d'enrichir peut faire défaut chez le donateur pour deux raisons, soit parce que le donateur ignore l'aliénation et l'enrichissement, ou l'un seul de ces deux effets juridiques; soit parce que le donateur, parfaitement instruit de ces événements, a simplement la conscience qu'il enrichit son conjoint sans avoir l'intention de l'enrichir.

A. Le donateur est induit dans une erreur de fait :

a. Il peut d'abord ignorer et l'aliénation, et l'enrichissement; c'est ce qui arrive quand le conjoint usucape, sans que l'époux en soit instruit, un bien appartenant à ce dernier. En ce cas, l'intention d'enrichir fait absolument défaut. Que si l'époux propriétaire sait qu'un de ses biens est sur le point d'être usucapé par son conjoint, l'usucapion s'accomplit, et de plus, malgré l'intention d'enrichir, qui est évidente, il n'y a pas donation, parce qu'il y a simple omission du donateur, et que cette omission n'est point

la cause indéniable d'un enrichissement pour le donataire. Il n'est pas nécessaire que le donateur ait l'intention spéciale d'enrichir son conjoint; il suffit qu'il ait l'intention générale et collective de l'enrichir, lui ou un autre, ce qui arrive quand il délaisse sa chose, avec l'intention qu'un tiers, déterminé ou non, en acquière la propriété. Quand cette intention existe, le délaissement équivaut à l'aliénation; et ce qu'il y a de bizarre, c'est que l'on connaît l'aliénateur, tandis que l'on ignore l'acquéreur; la chose est donc sans maître, puisque les deux phases de l'aliénation, qu'un seul instant de raison sépare, sont ici séparées par tout un entr'acte. Du jour donc où l'époux occupera l'objet, il y aura donation, et la prohibition s'appliquera, à condition que cet époux soit de mauvaise foi, sans quoi il usucaperait. Si au contraire l'intention d'enrichir n'existe pas, l'abandon n'équivaut pas à aliénation, et il n'y a point donation. (L. 5, *quæ in fraud.*; l. 9, § 7, *de adq. rer. dom.*; § 46, *Instit., de rerum divis.*; l. 1, l. 2, § 1, *pro derel.*) Cette dérogation aux principes était nécessaire pour communiquer quelque efficacité à la prohibition des donations entre époux. Si en effet l'abandon fait par un époux avec l'intention d'enrichir l'autre n'avait point constitué une aliénation, la prohibition fût devenue illusoire, puisque la connivence des époux eût pu réaliser à coup sûr une donation par le moyen d'un abandon suivi d'occupation plus ou moins immédiate.

b. Le donateur sait bien qu'il y a aliénation; mais il ignore l'existence d'un enrichissement. C'est ce qui arrive :

α. Quand un époux confère à l'autre un droit, se

croyant faussement débiteur, et dans l'intention d'éteindre cette dette imaginaire. Il sait qu'il aliène, mais il ignore qu'il enrichit son conjoint, se figurant à tort que son aliénation est compensée par l'extinction correspondante de sa dette. Il n'y a point là donation, mais simple payement de l'indu, donnant lieu à une *condictio indebiti*. Il n'y aurait donation prohibée, que si l'époux avait payé sciemment ce qu'il ne devait point.

β. Quand un époux achète de son conjoint une chose qu'il paye trop cher, ou lui en vend une trop bon marché. Il en ignore la valeur; il sait qu'il l'achète ou la vend, et croit qu'elle est payée son prix; il ignore qu'il enrichit son conjoint. Il n'y a point là donation; et peu importe en ce cas, que l'autre époux ait connu ou ignoré la valeur de la chose, puisqu'ici ne se rencontre point chez le donateur l'intention d'enrichir, qui est essentielle. — Que si l'époux, acheteur à trop haut prix, ou vendeur à trop bon marché, connaît la valeur exacte de l'objet, il y a là une véritable donation de l'excédant de valeur; le contrat est mixte, onéreux pour partie, gratuit pour le surplus.

B. Le donateur sait qu'il enrichit son conjoint, mais son intention n'est point de l'enrichir. L'enrichissement de l'autre conjoint est bien l'effet de l'opération; il n'en est ni la cause ni le terme. L'époux vise un autre but, et s'il atteint celui-là, c'est sans vouloir directement l'atteindre, par voie de conséquence, et à l'occasion de la poursuite d'un autre résultat, principal et dominant; quelquefois même il arrive que cet enrichissement, résultat certain de l'opération, non-seulement n'est point visé par le donateur, mais est redouté par lui, et se produit à son corps défendant,

parce qu'il veut atteindre un autre effet, qui produit celui-là comme accessoire, et l'implique nécessairement. Il faut, pour qu'il y ait donation prohibée, que le donateur ait l'intention formelle d'enrichir l'autre. Celui qui enrichit sciemment un autre semble bien l'enrichir avec intention, puisqu'il lui suffirait de s'abstenir pour empêcher l'enrichissement de naître. Néanmoins ces deux idées ne peuvent être confondues; et il y a presque un abîme entre deux effets, l'un produit et non voulu, l'autre produit et directement visé. Il s'agira donc, en tous les cas de cette espèce, de soumettre à une minutieuse analyse les intentions du donateur, de déterminer leur rapport réciproque et leur valeur respective; cela fait, on scindera l'opération en deux parties, faisant la part de chacune des deux causes, onéreuse et gratuite, qui l'ont déterminée. L'opération vaudra en tant que sa cause n'aura point été l'intention d'enrichir l'autre époux; elle sera nulle, en tant qu'elle aura eu cette dernière cause. — Cela suppose que l'opération est divisible, et qu'il est possible de distinguer dans les effets ceux qui ont été produits par chacune des causes. Si cela n'est point possible, si l'opération forme un tout si homogène, qu'elle répugne à l'idée d'une scission, il faudra bien la prendre en bloc; on lui attribuera donc une cause unique, en déterminant quelle a été la cause principale et dominante de l'opération, de telle sorte que la cause accessoire, absorbée dans l'autre, sera toute dénuée d'influence. S'il apparaît que la cause dominante de l'opération a été l'intention d'enrichir l'autre époux, l'opération entière sera nulle; si au contraire elle n'est que la cause accessoire, l'acte

sera tout entier valable. Telle est la théorie générale qu'il convient d'appliquer. (L. 5, § 2, *eod.*)

Quand l'époux n'a pas l'intention principale d'enrichir son conjoint, son intention peut être, ou de sauvegarder son patrimoine, ou de s'acquitter d'un devoir de famille, ou d'obéir à un sentiment pieux, inspiré soit par un tiers défunt, soit par le donataire vivant, ou d'acquérir, en échange de l'émolument qu'il procure, un émolument inverse.

a. Son intention principale est de sauvegarder son patrimoine. C'est ce qui arrive :

α. Quand il achète de son conjoint une chose et la paye sciemment trop cher, parce qu'elle lui est nécessaire, ou quand sciemment il lui vend une chose trop bon marché, parce qu'il a besoin d'argent. (L. 18, pr., *de cond.*) Il n'y a pas là donation, l'intention d'enrichir faisant absolument défaut. C'est contraint et forcé par les circonstances, que l'époux consent à cette aliénation, dont il aperçoit toutes les conséquences avec une douloureuse résignation. On comprend qu'il est impossible de scinder l'opération en mettant à part ceux de ses effets qui ont été produits par l'intention d'enrichir.

β. Quand l'époux fait une transaction avec son conjoint, et lui abandonne une partie de ses droits. (L. 1, *de transact.*) Il n'y a pas là donation ; la cause de cet abandon n'est pas lucrative, mais onéreuse ; l'époux ne veut pas enrichir l'autre, mais s'épargner les frais et l'incertitude d'un procès qu'il perdrait peut-être. La cause de son sacrifice est d'ailleurs le sacrifice inverse consenti par le conjoint. C'est un contrat onéreux. Il faut toutefois examiner si la transaction est

sérieuse, et ne cache point une donation. — Il faudrait traiter de même, sauf toujours le cas de donation déguisée, l'accord qui intervient entre un débiteur insolvable et ses créanciers. Ces derniers, bien loin de vouloir gratifier le débiteur, ont pour unique objectif de perdre le moins possible.

Dans ces deux cas, l'intention d'enrichir ne se manifeste aucunement chez le donateur; c'est à contre-cœur qu'il consent à produire cet effet qu'il aperçoit; il fait ici de nécessité vertu. En toutes les opérations de ce genre, il ne saurait être question d'un *negotium mixtum* : l'intention d'enrichir étant absente, on ne peut lui faire sa part. Quand donc l'intention d'enrichir fera défaut, et qu'il y aura simple conscience de l'enrichissement produit, l'opération sera toujours indivisible, et valable pour le tout. C'est seulement quand il y aura plus que la conscience d'un enrichissement, c'est justement quand l'intention d'enrichir apparaîtra côte à côte avec une autre intention, qu'on pourra faire à chacune sa part et scinder l'opération. (L. 1, l. 2, *de transact.*)

b. L'intention éminente de l'époux est de s'acquitter d'un devoir de famille. C'est ce qui arrive :

α. Quand un époux habite avec son conjoint une maison appartenant à ce dernier. Il n'y a point là intention d'enrichir, mais résultat de la vie commune, et conséquence d'un état légal. — C'est bien évident, si la femme habite chez le mari, puisque toutes les dépenses d'entretien incombent à ce dernier. C'est encore exact, quand le mari habite chez la femme. Il est vrai qu'en ce cas le mari est enrichi du loyer qu'il ne paye point. Mais la maison est destinée à être habitée,

et si le mari l'habite avec sa femme, cela s'explique non par l'intention libérale de cette dernière, mais par la nécessité de la vie commune. (L. 18, l. 28, § 2; l. 13, § 1, *eod.*)

Et cependant cette opération pourrait, en certains cas, recéler une donation; si, par exemple, le mari, ayant une maison, la louait, et habitait chez sa femme, bénéficiant ainsi du loyer. Le fait d'habiter chez la femme ne s'expliquerait plus alors par la nécessité de la vie commune, mais uniquement par l'intention d'enrichir le mari, et l'opération serait nulle pour le tout.

β. Quand la femme apporte une dot, elle ne fait pas une donation. (L. 9, pr., § 1, *de cond. cau. dat.*; l. 19, *de obl. et act.*; l. 21, § 1; l. 32, § 2, *de cond. ind.*) Car elle ne fait que s'acquitter d'une obligation naturelle. De plus, cette opération n'est pas gratuite pour le mari, qui en consacre les revenus à l'entretien de la femme et du ménage; il n'est donc point enrichi. Elle n'est point gratuite non plus pour la femme, qui n'a nullement l'intention d'enrichir son mari, et qui trouve la cause de son opération dans l'obligation inverse contractée par le mari d'entretenir le ménage et de restituer la dot. Enfin la jouissance du mari résulte nécessairement de la vie commune, produite elle-même par le mariage.

γ. Qand le mari entretient sa femme avec prodigalité, il n'y a pas là non plus donation, mais accomplissement d'une obligation d'entretien, conséquence de l'état de mariage, et dont il appartient au mari seul de déterminer l'étendue. Ces prestations ne pourront donc donner lieu à aucune répétition. Il faut toutefois pour cela qu'elles aient eu lieu en nature. Si le mari, au lieu d'entretenir sa femme directement, lui donne de

l'argent, pour qu'elle s'entretienne à son gré pendant un temps plus ou moins long, il y a là donation prohibée sous condition résolutoire, parce que, les choses restant en l'état, l'intention libérale du mari est la cause vraisemblable de cette *datio*. C'est pourquoi, tant que les écus n'auront pas été employés par la femme à ses besoins, le mari pourra les répéter. Mais la consommation opérée, la répétition cessera; car la consommation a précisément démontré que l'intention libérale n'était pour rien dans la *datio*, simple exécution d'une obligation matrimoniale. (L. 21, pr.; l. 15, pr.; l. 31, § 8, 9, 10; l. 33, pr., *eod.*; l. 22, *in fine*, *de pact. dotalib.*; l. 56, 2, *de jure dot.*)

c. L'intention qui domine chez l'époux est d'obéir à un sentiment pieux envers un tiers, aujourd'hui défunt. C'est ce qui arrive :

α. Quand, par piété pour le testateur, l'époux, héritier testamentaire, paye le legs ou le fidéicommis fait à son conjoint, sans retenir la quarte Falcidie, ou l'indemnité que lui avait allouée le testateur ; quand l'époux a agi de la sorte, on présume que c'est par un sentiment pieux. (L. 5, § 15, *eod.*) Toutefois, si le mari est héritier, et qu'il y ait plusieurs légataires ou fidéicommissaires, parmi lesquels la femme, il ne peut faire remise à cette dernière du prélèvement qu'il a le droit d'opérer, s'il l'opère à l'encontre des autres ; car sa conduite fournit la preuve qu'il n'agit que par intention libérale envers son époux, et non par piété envers le testateur, ce dernier sentiment étant indivisible.

β. Il n'y a pas non plus donation, et c'est par un abus de langage qu'on dit qu'il y a donation, quand l'époux, appelé à une hérédité testamentaire, la déclare

suspecte, et la restitue tout entière et sans prélèvement à son conjoint fidéicommissaire. Il y a même un *à fortiori*, pour résoudre la question dans ce sens, puisqu'outre le sentiment pieux qui est présumé l'avoir inspiré, l'époux a simplement refusé d'acquérir un droit, et ne s'est point dépouillé comme tout à l'heure d'un droit acquis. (L. 67, § 3, *ad sctum Trebell.*)

d. Le sentiment principal qui a inspiré le donateur peut n'être pas un sentiment de piété envers un tiers défunt, mais bien envers un vivant, qui est le donataire lui-même; en d'autres termes, la donation peut avoir pour cause la reconnaissance pour des services rendus par l'autre époux. C'est le cas de la donation rémunératoire; on se demande si elle est licite entre époux. La raison de douter se tire de ce que le donateur peut paraître vouloir se libérer d'une dette de reconnaissance, et non point enrichir son conjoint, de sorte que l'acte serait onéreux. Nous estimons que cela est inexact; on comprend que le sentiment de piété envers les morts, pour qui les Romains professaient un si religieux culte, eût paru suffisant pour être à lui seul la cause d'un acte passé avec un tiers et préserver cet acte du caractère gratuit. Mais on comprend aussi que ce sentiment a dû perdre la plus grande partie de sa force, quand il ne s'adressait plus à un défunt, mais bien à un vivant, et, ce qui est plus grave, au donataire lui-même avec qui intervient l'acte. On conçoit que ce sentiment, si fréquent et je dirais presque si vulgaire, susceptible d'ailleurs de nuances si multiples, n'ait point eu la vertu d'effacer l'intention d'enrichir, cause réelle et directe de l'acte. Car enfin quelle différence fondamentale l'œil du jurisconsulte

et même du philosophe pourrait-il apercevoir entre l'intention d'enrichir le donataire, et celle de lui prouver sa reconnaissance ? On conviendra que la nuance qui sépare ces deux sentiments est au moins fort pâle ; et qu'elle est encore moins saisissable quand le donataire est un époux. Car toute donation entre époux étant justifiée par l'affection et les services de l'autre époux, peut paraître inspirée par la reconnaissance, et passer pour rémunératoire. L'intention d'enrichir se confond ici avec l'intention de témoigner de la reconnaissance, ou, si l'on veut, elle en résulte. Ces deux sentiments sont entre eux dans le rapport de cause à effet, l'intention d'enrichir étant presque toujours produite par le désir d'un des conjoints de témoigner sa reconnaissance à l'autre. Mais alors la prohibition serait éludée. De plus, même en admettant que la reconnaissance pour des services rendus ne se confonde pas avec l'intention d'enrichir, et puisse paraître un équivalent de l'émolument actuel, il serait presque impossible d'établir un rapport d'équivalence entre ces deux valeurs. Cela est surtout vrai, si les services autrefois rendus n'avaient aucune valeur pécuniaire, étaient purement moraux, puisque les deux équivalents n'ont point de mesure commune. C'est encore vrai, si les services rendus avaient une valeur vénale. Et en effet, de deux choses l'une : ou ces services ont été rendus à l'origine dans un esprit de désintéressement et sans l'arrière-pensée d'obliger le donataire actuel à une donation ultérieure ; ils constituent alors une véritable donation, contrat complet, se suffisant à lui-même, que la prohibition frappe, s'il intervient entre époux, et en ce cas, cette donation existante n'a point pu de-

venir la cause de la donation, survenue peut-être des années plus tard, et celle-ci est également nulle ; ou ces services n'ont été rendus par un époux à l'autre que dans l'intention d'obliger le donataire actuel à une prestation ultérieure en sens inverse, et alors nous ne trouvons plus deux donations indépendantes, mais un seul contrat *facio ut des*, qui donne lieu tant à la *condictio ob rem dati re non secutâ*, qu'à l'action *præscriptis verbis*, du jour où une prestation est intervenue d'un côté quelconque. Cette opération est alors valable, mais en tant, bien entendu, que les services rendus ont une valeur vénale, et l'époux qui a fourni cette valeur a les deux actions citées plus haut, pour contraindre l'autre époux à l'exécution ou pour répéter la valeur fournie, si cet autre refuse d'exécuter. Que si les services n'ont qu'une valeur morale, le rapport d'équivalence manque de s'instituer ; l'autre époux n'est obligé à rien, et le conjoint ne répète rien, puisqu'il n'a rien fourni de pécuniaire ; nous rentrons proprement ici dans le cas de la donation rémunératoire. A tous ces points de vue la donation rémunératoire devait être nulle. (Schildener, *de differentiis inter donationem simplicem et remuneratoriam spuriis*, Iéna, 1798 ; Mahir, *ueber die natur der donatio remuneratoria*, Munich, 1828 ; Meyerfeld, *cit.*, § 19 ; Savigny, § 153 ; Heimbach, *Weiske's Rechtslexicon*, IX, p. 651 ; Unger, *Syst.*, p. 221 ; Schwanert, *Naturaloblig.*, p. 100). On a toutefois soutenu, dans le sens de sa validité, qu'elle n'a point pour cause l'intention d'enrichir, mais simplement celle d'accomplir une obligation naturelle. (L. 25, § 11, *de hered. petit.* ; l. 27 ; l. 34, § 1, *de donat.* ; l. 54, § 1, *de furtis* ; Vangerow, *Lehrbuch der*

Pandecten, I, § 125). Il y a ici erreur sur le sens des mots *obligation naturelle*, qui ne désignent point une obligation de morale et de pure conscience, mais bien une obligation civile à tous égards, sauf qu'elle est dépourvue d'action. On peut tout au plus concéder que le donateur a fait ici une opération analogue, en une certaine mesure, au payement d'une obligation. Car dire qu'il était tenu d'une véritable obligation naturelle, c'eût été permettre au donataire actuel, depuis la prestation des services jusqu'à la donation rémunératoire, de faire valoir sa créance naturelle par voie de compensation, et autrement, ce qui est inadmissible. Il n'est d'ailleurs aucune hypothèse, où l'existence d'une obligation naturelle paraisse possible : en effet si les services rendus n'avaient qu'une valeur morale, il ne peut être question d'aucune obligation naturelle, qu'ils aient été rendus avant ou pendant le mariage. S'ils avaient une valeur vénale, on sous-distingue : s'ils constituent une donation indépendante, l'opération est valable ou nulle selon qu'elle intervient avant ou pendant le mariage, et produit une action civile ou n'en produit aucune, mais dans tous les cas, n'engendre pas d'obligation naturelle ; s'ils constituent un contrat innomé, il y a obligation civile, et non pas simplement naturelle, que les services aient été rendus avant ou pendant le mariage. Il est donc impossible d'apercevoir un seul cas où cette obligation naîtrait. En somme, la donation rémunératoire est une simple donation et, comme telle, nulle entre époux. — Les principes posés plus haut s'appliquent dans les hypothèses suivantes :

α. Si avant le mariage, l'un des deux futurs conjoints

a fait une donation à l'autre, et que, pendant le mariage, il intervienne entre eux une donation en sens inverse, la première opération vaut toujours, soit comme donation isolée, soit comme exécution unilatérale d'un contrat innomé, onéreux ; la seconde est nulle, si elle n'est qu'une donation isolée, valable, si elle peut puiser sa cause dans la première, c'est-à-dire s'il y a contrat innomé. Mais, pour cela, il faudra bien évidemment que la première prestation, antérieure au mariage, ait une valeur pécuniaire. (L. 3, § 7, *de cond. causâ datâ.*) Cette loi qui refuse la *condictio ob rem dati*, suppose évidemment que la première prestation constituait une *donatio pura*, et non point l'exécution unilatérale d'un contrat innomé. Que si les deux prestations interviennent pendant le mariage, il faudra distinguer : si elles sont unies entre elles par un rapport de connexité, si chacune d'elles trouve en l'autre sa cause, de sorte qu'à elles deux elles constituent un contrat innomé, toutes deux vaudront, pourvu que toutes deux soient pécuniaires et équivalentes ; si chacune constitue une *donatio pura*, indépendante de l'autre, avant le sénatus-consulte, et dans la rigueur des principes, toutes deux étaient nulles ; mais depuis le sénatus-consulte, il s'opéra entre elles une compensation dont nous parlerons plus tard. (L. 7, § 2; l. 32, § 9, *eod.*)

β. C'est ainsi encore que si l'époux exécute pour l'autre des *operæ fabriles*, et que le conjoint les lui paye, il n'y a pas là donation, pourvu qu'il ait été expressément ou tacitement convenu que ces travaux seraient exécutés moyennant salaire. Tout dépend donc de l'intention des parties, et du caractère qu'elles impriment à la première prestation ; si elle est gra-

tuite, la seconde l'est également, et aucune d'elles ne peut trouver sa cause dans l'autre ; si elle est onéreuse, il y a connexité entre les deux opérations, qui se servent réciproquement de cause et forment un contrat innomé, valable. (L. 27, *de donat.*)

Cette règle que la donation rémunératoire est prohibée entre époux ne souffre-t-elle aucune exception ? Les textes suivants semblent en contenir au moins une :

Paul, *Sent.*, V, 11, § 6 : « Si quis aliquem à latrunculis eripuit, in infinitum donare non prohibetur ; » si tamen donatio, et non merces eximii laboris appellanda est ; quia contemplationem salutis certo » modo æstimari non placuit. »

L. 34, § 1, *de donat.* : « Si quis aliquem a latrunculis eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, hæc » donatio irrevocabilis est ; non merces eximii laboris » appellanda est ; quod contemplatione salutis certo » modo æstimari non placuit. »

Il est certain que la leçon du manuscrit de Florence portant *non merces eximii*... est inintelligible ; on pourrait la corriger d'après les *Sentences* de Paul, et lire *si non*, ou lire avec Haloander *nam merces* ; on peut enfin conserver la leçon de la Vulgate, qui retranche *non*, et lit *merces enim*...

Ces textes ont été interprétés fort diversement. (Savigny, vol. 4, § 153 ; Marezoll, *Gieszer Zeitschrift*, I, pages 30 et suiv. ; Mühlenbruch, § 445 ; Vangerow, *Lehrbuch*, I, § 125.) Savigny les explique comme il suit : l'époux qui sauve la vie à l'autre lui rend un service inestimable. La donation rémunératoire que lui adressera l'autre sera donc exemptée de toutes prohibitions et entraves, c'est-à-dire soustraite à la prohi-

bition entre époux, à la révocation pour ingratitude, et à la nécessité de l'insinuation. Il n'y a pas là donation, mais récompense d'un service signalé. C'est uniquement en ce cas, tout spécial, que la donation rémunératoire sera licite entre époux. Marezoll et Vangerow estiment au contraire que cette donation n'est point soustraite à la prohibition entre époux, non plus qu'à la nécessité de l'insinuation, mais uniquement à la révocation pour ingratitude, et ils s'appuient sur les mots *irrevocabilis est*, qui ne peuvent s'appliquer qu'à une donation révocable et non à une donation nulle. A ce point de vue, la doctrine de ces auteurs est bien plus stricte que celle de Savigny ; mais à un autre, elle l'est bien moins : ils étendent, en effet, cette décision à tous les cas de donation rémunératoire, ne la limitant nullement ni au cas tout spécial où la vie d'un époux a été sauvée par le conjoint, ni même aux cas plus nombreux où le service rendu est inestimable. Tout ce que concède Vangerow, est que la prestation actuelle ne doit pas être hors de toute proportion avec le service autrefois rendu, parce qu'alors on retomberait dans l'hypothèse d'une donation pure et simple. Il admet au reste, pour être conséquent, que la première donation perd son caractère gratuit, dès qu'elle a été suivie de rémunération, et devient irrévocable pour ingratitude, comme la donation rémunératoire elle-même. Nous croyons que cette seconde doctrine est erronée : si les mots *irrevocabilis est*, employés dans la l. 34, semblent la favoriser, les mots *donare non prohibemur*, employés dans les *Sentences* et par le même Paul, la contredisent nettement. Il est vrai que les donations entre époux sont nulles, ainsi que les dona-

tions non insinuées, tandis que l'ingratitude du donataire rend la donation simplement révocable. Mais le résultat pratique de la nullité, le moyen de la faire valoir n'est autre que la révocation. Aussi bien plusieurs textes déclarent révocable la donation entre époux, alors qu'elle est certainement nulle (l. 32, § 4, 7, *eod.*), ce qui ôte toute importance à l'emploi des mots *irrevocabilis est*. Cette donation est donc dispensée de l'insinuation, non révocable pour ingratitude et valable entre époux; mais cela, dans le cas unique où le conjoint donataire a sauvé la vie du conjoint donateur. Comment concilier cette solution avec les principes posés plus haut? La donation, dit le texte, doit être permise *in infinitum*, parce qu'elle est la récompense d'un service inestimable. Cela signifie-t-il que le service rendu n'est point susceptible d'estimation pécuniaire, parce qu'il a affecté un caractère moral? Nullement; car alors le rapport d'équivalence entre ce service et la prestation actuelle serait impossible à instituer. On ne veut pas dire que le service rendu ne saurait se payer en argent, mais au contraire qu'il ne saurait se payer par trop d'argent; quelque somme d'argent que l'époux donne en retour, ce ne sera jamais considéré que comme un juste équivalent du service rendu. Jusqu'ici pas de dérogation aux principes; la dérogation vient uniquement de ce qu'il n'y a point eu de salaire convenu entre les parties, et qu'alors chaque prestation peut être envisagée individuellement comme une donation indépendante, de sorte que chacune devrait être nulle. Il est impossible de dire qu'il y a eu ici contrat innomé *facio ut des*. C'est vrai; mais à quoi tient cette anomalie? Sans doute à ce que le danger

n'a point permis à cette convention de se produire ; sans cela l'époux en danger aurait certainement promis n'importe quelle somme à son sauveur. On fera donc abstraction de cette circonstance, et l'époux sera considéré comme acquittant une dette véritable et pécuniaire au premier chef, dont le caractère éminent et singulier est de ne pouvoir être fixée par la loi à un chiffre quelconque, qui serait trop fort ou trop faible. On peut d'ailleurs, fournir une autre explication de cette décision : admettons que chacune des deux prestations constitue une donation indépendante, que la seconde n'ait aucunement pour but de reconnaître la première. Dans la rigueur des principes, toutes deux devraient être nulles ; mais d'après le sénatus-consulte de l'an 206, on sait qu'il y a lieu à compensation entre elles ; or, la première, le service rendu, étant susceptible d'une estimation pécuniaire indéfinie, se compensera toujours également avec la seconde ; d'où il suit que toutes deux, même abstraction faite d'un rapport de causalité qui les relie, seront valables. (L. 7, § 2 ; l. 32, § 9, *eod.*) Il est superflu de remarquer que cette décision ne saurait, sous aucun prétexte, être étendue à d'autres cas que celui textuellement prévu.

e. L'époux qui procure un émolument à l'autre, avec l'intention de l'enrichir, a également l'intention d'acquérir un émolument inverse. Ces deux intentions se neutralisent jusqu'à due concurrence, d'où il suit que, si l'émolument que l'époux acquiert est inférieur à celui qu'il procure, l'intention d'enrichir l'autre prédomine et produit donation de l'excédant. L'opération est mixte ; elle vaut en tant qu'onéreuse, elle tombe en tant que gratuite. Il faut toutefois pour cela que les

deux prestations soient connexes, et la cause l'une de l'autre; si chacune avait été faite sans avoir trait à l'autre, toutes deux seraient nulles avant le sénatus-consulte de 206; car depuis, elles se compenseraient. Il faut de plus que le donateur ait vraiment l'intention d'acquérir un émolument, et non point la simple conscience qu'il l'acquiert; car l'intention d'enrichir l'autre ne se peut compenser qu'avec l'intention de s'enrichir soi-même. Si cette dernière n'existe pas, la première subsiste seule, et l'opération n'ayant qu'une seule cause, l'intention d'enrichir l'autre est pleinement gratuite, et partant nulle pour le tout. (L. 18, pr., *de donat.*) Ces principes s'appliquent aux espèces suivantes :

α. Quand un époux vend une chose à l'autre trop bon marché, avec intention de l'enrichir, il y a vente valable jusqu'à concurrence du prix, et donation nulle dans les limites de l'excédant. Il faut toutefois pour cela que l'époux ait bien eu l'intention de s'enrichir lui-même du prix de sa chose; s'il n'a pas eu cette intention, s'il ne s'est décidé à la vente qu'en vue d'enrichir son conjoint, l'opération est nulle tout entière, comme donation, et comme indivisible. (L. 5, § 5; l. 32, § 26, *eod.*; l. 38, *in fine*, *de contrah. empt.*; l. 17, pr., *ad senatuscons. Velleia.*) Les Romains n'avaient pas reculé devant cette solution hardie, qui attribuait tant d'efficacité à l'intention d'enrichir, qu'elle lui reconnaissait la vertu de suppléer l'enrichissement lui-même; l'opération en effet est nulle pour le tout, parce que l'intention d'enrichir existe pour le tout, et quoique l'enrichissement n'existe que dans les limites de l'excédant.

β. Il ne faut pas confondre le *negotium mixtum*, ni la vente réelle faite uniquement dans l'intention d'enrichir l'époux, avec la vente simulée. Il y a vente simulée, ou donation déguisée sous l'apparence d'une vente, quand un des éléments essentiels de la vente fait défaut, quand on stipule que le prix ne sera jamais payé, ou quand il est, non pas vil, mais dérisoire, stipulé *nummo uno*, *dicis gratiâ*. (Vangerow, *Lehrbuch*, vol. III, § 632, Rem. I, 2, a ; l. 31, § 3, *eod.*) Il est certain d'abord qu'il n'y a point vente, faute de prix. Il y a donc donation, et donation nulle, puisqu'elle intervient entre époux, en tant bien entendu qu'on se place avant le sénatus-consulte ; car après, il y aurait donation susceptible de confirmation. (L. 36, 38, *de contrah. empt.* ; l. 3, 9, C., *de contrah. empt.* ; l. 6. pr., *don.* ; l. 7, § 6 ; l. 32, § 25 ; l. 15, C., *eod.*) Si les jurisconsultes déclarent l'acte nul jusqu'à la tradition, cela tient uniquement à ce que la donation n'est devenue un pacte légitime que sous Justinien ; jusqu'à la tradition, il n'y avait donc qu'un simple pacte dépourvu d'action, et non encore donation effectuée.

γ. Quand un époux vend à l'autre une créance au-dessous de sa valeur nominale, trois cas sont possibles. Si cette diminution du prix tient à l'insolvabilité du débiteur, il y a là une vente pure et simple, valable par conséquent. Si la diminution est consentie dans l'intention d'enrichir le cessionnaire, nous avons alors un *negotium mixtum*, une vente valable mélangée d'une donation nulle. Que si l'époux n'a consenti à vendre sa créance, que dans l'intention d'enrichir l'autre, tout est nul, même en droit classique. — La *lex Anastasiana* (L. 22, C., *mandati*), vint prohiber les cessions

de créance, sauf celles faites à titre de donation. L'opération sera donc nulle tout entière, en vertu de la loi 22, si elle constitue une cession véritable. Elle sera également nulle, si elle constitue un *negotium mixtum*, en vertu tant de la loi 22, que de la prohibition des donations. Il en sera de même, si la vente n'a été consentie que dans l'intention d'enrichir l'autre. — Que si maintenant la cession de créance sert à dissimuler une donation, s'il est convenu que le prix de la cession ne sera pas exigé, ou s'il est dérisoire, il y a donation valable entre étrangers, nulle entre époux. Mais la loi 22 ne s'applique plus en ce cas. (Vangerow, *Lehrb.*, III, § 576 ; Mühlenbruch, *Zession*, § 53 ; Puchta, *Weiske's Rechtslexicon*, vol. 2, § 647.)

δ. Quand un époux, achetant un objet de son conjoint, renonce au recours qu'il pourrait exercer contre lui en cas d'éviction, il n'y a pas là un *negotium mixtum*, mais deux contrats distincts juxtaposés, l'un principal, onéreux et valable, l'autre accessoire, gratuit et nul. (L. 31, § 4, *eod.*)

ε. Quand un époux, faisant un emprunt à son conjoint, promet de lui rendre plus ou moins qu'il ne reçoit, il y a donation de la différence, et *negotium mixtum*, en admettant que l'intention de l'époux ait été de gratifier l'autre, ce qui n'est pas toujours vrai : par exemple, l'emprunteur s'engage à rendre moins, mais le prêteur court un danger considérable, veut se défaire de son argent, et c'est à condition de rendre moins que l'emprunteur consent à s'exposer aux mêmes risques. Le contrat est onéreux pour le tout. De même s'il s'engage à rendre plus, cet excédant peut ne point constituer une donation, mais bien une con-

vention d'intérêts usuraires. (L. 1, § 11, *de reb. cred.*; l. 17, pr., *de pact.*)

ζ. Les conjoints font ensemble un contrat de société, et conviennent que l'un d'eux aura part aux bénéfices, sans faire d'apport, ou aura tous les bénéfices, en n'apportant qu'une part. (L. 5, § 2, *pro soc.*; l. 16, § 1, *de minor.*; l. 32, § 24, *eod.*) Il y a là donation prohibée; seulement, comme la donation n'est devenue pacte légitime que sous Justinien, tant qu'il n'y a pas eu tradition, tout est nul, ou plutôt il n'y a rien de fait. Quand elle a eu lieu, la donation étant alors réalisée, est frappée tout aussitôt de nullité, si on se place avant le sénatus-consulte, et devient sujette à confirmation, si on se place après. Sous Justinien, ce dernier résultat se produit dès la convention. Les mots de la loi 32 *Quæ tamen in commune tenuerunt, fine præstituto revocanda non sunt*, signifient que les choses livrées au donataire en exécution de la convention, et dont il a pris sa part, lui sont définitivement acquises, si le donateur meurt sans avoir révoqué. Ces mots ont perdu le sens spécial qu'ils avaient sous les lois Caducaires; ils signifiaient que les choses livrées au donataire lui étaient acquises dans les limites des *decimæ* fixées par la loi Julia *de maritandis ordinibus*. (*Frag. Vati.*, § 294; Meyerfeld, I, p. 324; Ulp., XV.)

η. Quand un époux fait à l'autre une donation *sub modo*, il y encore là *negotium mixtum*, à cause de la prestation inverse que le donateur stipule. L'acte vaut comme contrat onéreux innomé, jusqu'à concurrence de la plus petite des deux prestations, est nul comme gratuit pour le surplus. (L. 18, pr., § 1, 2, *de donat.*)

Il est bien entendu que dans tous ces contrats où

l'élément gratuit se mêle dans des proportions diverses à l'élément onéreux, il faut évaluer en quoi consiste la donation, c'est-à-dire l'excédant d'une des deux prestations sur l'autre. Quand donc l'une des deux n'est pas pécuniaire, il y a donation pour le tout, et pas de contrat mixte. (L. 5, § 2, 5, *eod.*) Mais alors il semble que l'enrichissement étant unilatéral, et la donation sans mélange d'élément onéreux, l'opération devrait tomber tout entière ; la logique commanderait cette solution. Toutefois, la donation n'est pas *pura*, puisqu'elle est *sub modo*, et que le donataire doit accomplir certaines prestations ; il y a donc mélange et concurrence de causes, et, comme il est impossible de les séparer, l'une d'elles seule étant pécuniaire, l'opération est valable en bloc. (L. 19, § 1, 6, *de donat.* ; Bergmann, *de naturâ donation. sub modo* ; Goett., 1808 ; Waechter, *de cond. caus. datâ c. n. s.*, Tüb., 1822, p. 89 ; Meyerfeld, § 20.)

5. Faut-il que l'opération soit faite avec l'intention chez le donataire d'acquérir l'enrichissement qui lui est conféré ? Faut-il, en un mot, que l'acte soit un contrat, et que le donataire accepte l'offre de donation qui lui est faite par son conjoint ?

A. Beaucoup d'auteurs, et parmi eux Savigny, soutiennent qu'un acte unilatéral du donateur suffit pour opérer donation, et tomber en ce cas sous la prohibition. Toutefois il n'admet point cela d'une manière générale, mais dans des cas exceptionnels. Et il fait la distinction suivante : la donation, dit il, n'est pas un acte spécial, ayant une forme à lui propre ; le caractère gratuit peut être imprimé à une opération quelconque, et la donation peut résulter de tous les actes

et contrats connus. Si donc la donation s'effectue par tradition, promesse ou libération, c'est-à-dire en forme de contrat, l'acceptation de l'époux donataire sera nécessaire pour qu'elle existe; si au contraire elle s'effectue en forme d'acte, cette acceptation n'est point nécessaire, pour que la donation existe. Car les contrats n'ont pas le privilége de se prêter au caractère gratuit, qui sied fort bien aussi aux actes. Il y a nombre de cas où un simple acte d'un époux peut avoir la vertu de gratifier l'autre. C'est ce qui arrive :

a. Quand l'époux donataire ignore absolument l'acte qui l'enrichit, et notamment :

α. Quand un époux libère indirectement son conjoint débiteur, non par une libération formelle, qui est un contrat, et serait nulle sans acceptation, mais en encourant volontairement une déchéance ou par un aveu judiciaire fait sans engager de discussion. (L. 5, § 7, *eod.*; l. 3, § 1, *quæ in fraud.*; l. 1, § 7, *si quid in fraud.*)

β. Quand un époux fait des dépenses pour son conjoint, avec l'intention de ne lui rien réclamer de ce chef. (L. 14, *de don.*; l. 2, *in fine*, C., *de rei vind.*)

γ. Quand il fait une donation au fils ou à l'esclave de son conjoint. (L. 10, *de don.*)

δ. Quand il libère son conjoint à l'insu de ce dernier, en payant son créancier, ou faisant une novation avec lui, ou se portant son fidéjusseur et payant la dette en cette qualité, avec l'intention de ne jamais intenter contre le conjoint l'action *mandati contraria*. (L. 23, *de solut.*; l. 7, § 1; l. 50, pr., *eod.*; l. 12, C., *de negot. gest.*; l. 9, § 1, *de scto. Maced.*; Savigny, § 158, notes *n-t.*)

Il se peut fort bien que le donataire ne connaisse aucunement ces faits, et il n'en est pas moins enrichi ou libéré. Qu'est-ce à dire, sinon que la donation résulte ici d'un acte unilatéral du donateur ?

b. L'époux donataire peut connaître l'acte du donateur, mais lui prêter à tort un caractère onéreux, de sorte qu'il en ignore le caractère gratuit ; il reçoit donc sans connaissance de cause, et cependant il y a donation. C'est ce qui arrive :

α. Quand un époux vend sciemment à son conjoint un objet trop bon marché, alors que celui-ci croit le payer son juste prix, ou lui achète sciemment un objet trop cher, alors que celui-ci ne croit pas le vendre au-dessus de sa valeur.

β. Quand un époux paye à son conjoint ce qu'il sait ne point lui devoir, alors que ce dernier s'imagine être créancier.

Dans tous ces cas, il y a donation, de par un acte unilatéral du donateur, parce que cet acte est suffisant pour faire passer un certain émolument du patrimoine du donateur dans celui du donataire, et c'est à ce critérium qu'il se faut attacher : si l'acte du donateur n'a point cette vertu, il aura besoin d'être complété par un acte du donataire faisant entrer dans son propre patrimoine le bien qui est sorti du patrimoine du donateur. C'est ainsi que l'acte purement unilatéral par lequel le donateur abandonnerait une créance sur le donataire ne vaudrait point comme donation, tant que ce dernier n'aurait pas accepté (Meyerfeld, 1, p. 208) ; car la remise de la dette est un contrat, et ne se peut instituer sans le concours du débiteur. Toutes les fois donc que la donation s'effectuera en forme de convention, l'ac-

ceptation du donataire sera nécessaire pour que la donation se forme, et que la prohibition la frappe ; quand elle s'effectuera en forme d'acte, et que l'acte sera investitif d'émolument pour le donataire et dévestitif pour le donateur, l'acceptation du donataire sera tout à fait inutile. (L. 55, *de oblig. et actio.*; l. 6, 7, 8, 10, 13, C., *de don.* ; Meyerfeld, 1, p. 42.)

Ayant ainsi établi son système, Savigny attaque celui des adversaires par l'argument suivant : il y a certainement donation dans les cas cités plus haut ; et cependant l'acceptation faisait défaut ; donc les adversaires, pour être logiques, doivent nier qu'une donation existe dans ces cas ; et c'est bien ce qu'ils font. Or, où les conduit cette négation ? Ou bien à dire que l'acte juridique est absolument nul, faute d'acceptation ; ou à dire qu'il est nul seulement en tant que donation, d'où il suit qu'il échappera à la prohibition entre époux. Or ces deux résultats sont également faux. Prenons en effet le cas où un époux paye la dette de son conjoint à l'insu de ce dernier. Il est d'abord certain que l'acte n'est pas nul, puisqu'il a la vertu de libérer le conjoint, même à son insu, et malgré lui (L. 23, *de solut.*) Il n'est pas moins certain que l'acte vaut comme donation ; méconnaître cette vérité serait le déclarer licite entre époux ; et la conséquence de cette théorie serait simplement de rendre la prohibition illusoire, puisque, si le concours de l'époux était nécessaire pour qu'elle s'appliquât, il suffirait pour l'éluder qu'un époux fît des dettes que le conjoint acquitterait en dehors de lui ; or ce résultat est absolument incompatible avec l'idée fondamentale sur laquelle repose la prohibition. D'où l'on tire que les actes énumérés plus haut sont de véritables

donations, malgré le défaut d'acceptation du donataire (L. 7, § 7; l. 50, pr.; l. 5, § 4; *eod.*), celle ci n'étant point exigée d'une manière générale pour que la prohibition s'applique. (Savigny, § 160, vol. 4; Meyerfeld, 1, p. 37 et suiv.)

B. Nous croyons au contraire que, jusqu'à l'acceptation, la donation est inexistante, et la prohibition inapplicable, parce qu'un acte unilatéral du donateur est impuissant à réaliser une donation.

a. C'est ce que les textes s'accordent à dire. (L. 19, § 2, *eod.*: « *non potest liberalitas nolenti adquiri*; » Cic., *Top.*, c. 8 : *neque donationem sine acceptatione intelligi posse*; » l. 10, *eod.*; l. 55, *de obl. et act.*; l. 16, C., *de jure delib.*) C'est ainsi que quand un époux laisse usucaper sa chose par son conjoint, qui n'en sait rien, il n'y a pas là de donation, tandis que la donation naît, dès que son conjoint l'apprend. (L. 44, *eod.*) Il n'y a pas davantage une donation, quand l'époux donne gratuitement à son conjoint une somme que ce dernier s'imagine recevoir à titre de prêt. (L. 18, *de reb. credit.*) L'acte n'est point destitué de tout effet juridique, mais il n'y a pas de donation, jusqu'à ce que le donataire ait manifesté son consentement. Et c'est ainsi que s'expliquent fort aisément les nombreux exemples allégués par Savigny. Quand je paye la dette de mon conjoint, que je me porte son *expromissor* ou son fidéjusseur, que je paye la dette dont il est tenu comme débiteur principal, le tout à son insu, ces actes ont des effets juridiques puissants et immédiats : l'époux est libéré, et je suis obligé immédiatement; mais mon conjoint n'est pas donataire. Il n'y a pas donation, mais libération effectuée ou obligation contractée, ce qui est

bien différent. La libération résulte du payement, et le patrimoine de l'époux débiteur en est enrichi ; mais il s'appauvrit d'une nouvelle obligation que le *solvens* acquiert simultanément contre lui ; s'il cesse d'être le débiteur de son créancier originaire, il le devient de son conjoint. Ainsi l'acte unilatéral n'a pas produit donation, puisque l'extinction d'une dette est compensée par la naissance d'une autre, et que ces deux effets se servent mutuellement de cause. Quand donc y aura-t-il donation ? Quand l'époux libéré acceptera, parce que cette acceptation éteindra la créance que le payement avait fait naître au profit du *solvens*. C'est du moins l'effet qui serait produit entre étrangers ; il n'en sera point de même entre époux, la donation étant prohibée ; la sanction de la prohibition sera précisément que l'acceptation n'aura pas la puissance d'éteindre cette créance ; mais c'est seulement depuis l'acceptation que la donation sera juridiquement constituée, et partant, soumise à la prohibition.

b. Est-ce à dire que cette doctrine produise les conséquences funestes que Savigny lui attribue ? En aucune façon. Il suffit, dit-on, qu'un époux contracte des dettes, que son conjoint payera en dehors de lui, pour que la prohibition soit illusoire ! Nullement : d'abord ce qui est fait en fraude de la loi est toujours susceptible d'annulation. De plus, cette collusion frauduleuse pourrait fort bien passer pour une acceptation générale et anticipée que ferait le donataire de toutes les donations qui pourraient plus tard lui être adressées. Et même il faut aller plus loin, et dire que l'efficacité de la prohibition n'est nullement en jeu dans cette question. La prohibition est sanctionnée par l'existence de l'action

née de la libération contre le donataire, action tendant à répéter. Or cette répétition ne peut avoir lieu, sans que l'époux donataire, au moins au moment de la *litis contestatio*, ait connaissance de l'acte unilatéral du donateur, et soit ainsi mis en demeure d'en accepter ou d'en répudier les effets. Et il est parfaitement indifférent que l'époux prenne l'un ou l'autre parti; car la donation est nulle dans les deux cas, nulle comme donation, si l'époux accepte en vertu de la prohibition, nulle encore ou plutôt inexistante, s'il répudie, car la donation manque de se former, ce qui permet au donateur de retirer son offre. La question est-elle donc dénuée d'intérêt pratique? Évidemment non. Cet intérêt consiste en ce que, si la donation résulte de l'acte unilatéral du donateur, la donation est consommée dès à présent, sans que le donateur puisse retirer l'offre, tandis que si la donation n'existe que par l'acceptation, l'offre peut jusqu'à ce moment être retirée. De plus, au premier cas, la capacité de vouloir chez le donateur ne s'examine qu'à un seul moment, quand l'acte intervient, tandis qu'au second cas, cette capacité doit exister lors de l'offre, et lors de l'acceptation, parce que, si elle cessait à cette dernière époque, la donation manquerait de se former, faute d'accord entre les parties. (L. 11, § 8, *eod.*) Et enfin, si l'acte unilatéral du donateur a eu la puissance d'opérer donation, non-seulement le donataire n'est pas forcé d'opter entre l'acception et la répudiation, mais même il ne le peut pas, car la donation est consommée, et une répudiation ne saurait se concevoir; une donation en sens inverse, ou une *derelictio* est seule possible de la part du donataire, tandis que, dans

notre système, la répudiation est parfaitement concevable. Tel est l'intérêt pratique de la question. (Vangerow, *Lehrbuch*, vol. 1, § 121, Rem. 1, n° III; Puchta, *Cursus*, vol. 2, § 205, note p; *Vorlesungen ueber das heutige rœmische recht*, 1, p. 146; Bœcking, *Pand.*, 1, § 166, not. 12; Heimbach, *cit.*, p. 670; Unger, *cit.*, p. 195; Cujacius, obs. XII, 28; Consult. n° 43.) Quant à la distinction que fait Savigny entre les donations qui résultent d'un acte unilatéral du donateur, et celles qui s'accomplissent par contrat avec le donataire, elle est imaginaire, la première classe étant absolument vide.

Ainsi, dans notre système, l'acceptation est nécessaire, pour que la donation naisse; elle peut être expresse ou tacite. Tant qu'elle n'est pas intervenue, la donation manque de naître, et reste en suspens. Il faut en outre que la capacité de vouloir persiste chez le donateur jusqu'à cette époque. (L. 10, *de don.*; l. 2, § 6, *de don.*) C'est ce que prouve la loi 11, § 8, *eod.* : une femme veut donner un immeuble à son mari à cause de mort, et pour ce faire, elle le remet à Titius; elle meurt et ses héritiers attaquent la donation. Néanmoins Titius livre l'immeuble au mari. *Quid?* On distingue : si Titius a reçu mandat de la femme seule, ce mandat équivaut à une offre de donation; comme le mari n'a pas accepté du vivant de la femme, l'offre tombe par la mort de cette dernière, et les héritiers réussiront dans leur action. S'il a reçu mandat du mari seul, ou du mari et de la femme, la donation a été acceptée, et le mari est devenu propriétaire le jour même où la femme est morte. Dès lors Titius, en leur livrant l'immeuble, n'a fait qu'accomplir une obliga-

tion dont il était tenu, et les héritiers seront repoussés.

Telle est la théorie des cas où la prohibition ne s'applique point, parce qu'il n'y a pas donation. Il n'y a là aucune exception au principe, mais la simple détermination de l'étendue d'application du principe. Dans tous ces cas, la prohibition ne s'applique point, à raison de la nature de l'opération, qui manque d'un quelconque des cinq éléments, dont la réunion est nécessaire pour qu'il y ait donation. Nous savons quels caractères essentiels doit affecter une opération licite ou illicite entre époux. Il est bon d'examiner quelles formes peut revêtir une opération illicite, une donation, réunissant les cinq conditions dont nous avons parlé.

II. De l'extension de la prohibition, quant aux formes que peut revêtir l'acte.

La nullité atteint et frappe la donation, sous toutes les formes qu'il lui plaît de revêtir, directe, indirecte, déguisée sous l'apparence d'un contrat onéreux, ou effectuée *per interpositas personas*. Cela était indispensable, pour que la prohibition fût sérieuse. Il ne paraît pas que les Romains aient jamais admis, comme notre Code, une présomption d'interposition de personnes. (M. Boissonade, n° 29, p. 16.) C'est ainsi que le beau-père, institué par le gendre, n'était pas présumé personne interposée entre son gendre et sa fille (l. 25, pr., *de his quæ ut ind. auf.*), et Callistrate déclare d'une manière générale que les fidéicommis tacites doivent être prouvés par écrit ou autres preuves manifestes. (L. 3, § 3, *de jure fisci*; Domat, *Lois civil.*, 2e part., liv. 5, tit. 3, sect. 3, n° 7.)

La donation entre époux peut d'ailleurs affecter trois

formes différentes : celle d'une *datio*, d'une *obligatio*, ou d'une *liberatio*. (Savigny, *Syst.*, § 155-156)

1. La donation s'accomplit par le moyen d'une *datio*, d'un transport de propriété, de droits réels, ou d'*in bonis*.

A. Sont nulles entre époux toutes les opérations suivantes, ayant pour objet la translation gratuite d'un droit de propriété :

a. La *mancipatio*, l'*in jure cessio*, et la tradition, cette dernière devenue sous Justinien le mode normal de transmission. α. Est prohibée la tradition directe ou par personnes interposées, comme quand un époux charge un tiers de livrer un certain objet au conjoint qui s'était obligé à le lui donner ou à le lui vendre. (L. 4, 6, *de don.*) β. Equivaut également à tradition la convention par laquelle un époux commence à détenir en son propre nom ce qu'il détenait jusqu'alors au nom de son conjoint. (L. 10, *de don.*) γ. La tradition à l'époux d'une chose productrice de fruits, implique aussi tradition des fruits à venir que percevra le donataire, bien que ces fruits n'aient jamais été possédés que par ce dernier. (L. 6, l. 9, § 1, *de don.*) δ. Est également nul comme tradition subtilisée le constitut possessoire, par lequel le donateur déclare détenir au nom du donataire la chose qu'il détenait en son nom propre. ε. Est assimilée à la tradition la *derelictio* faite avec l'intention que l'époux ou un tiers quelconque acquière la chose abandonnée, pourvu que l'époux soit l'occupant; peu importe l'espace de temps qui s'écoule entre la *derelictio* et l'occupation. (L. 5, *quæ in fraud.*; l. 9, § 7, *de adq. rer. dom.*; l. 1; l. 2, § 1; l. 5, § 1, *pro derel.*) Il faut toutefois que la *derelictio* résulte d'un acte positif, et

non point d'une simple omission. ζ. De même enfin la tradition gratuite d'une maison, ou d'un esclave, à cette fin que l'*accipiens* en tire usage, est réputée contenir tradition de la somme représentée par les loyers ou les services de l'esclave.

b. Est également prohibée la tradition ayant pour objet la translation d'une propriété partielle, soit indivise, soit grevée de droits réels, que retient le donateur.

B. Sont nulles toutes les opérations ayant pour objet la translation d'un droit réel :

a. C'est ce qui arrive, quand le donateur constitue à titre gratuit un usufruit sur un bien qui lui appartient, ou renonce gratuitement à un usufruit qu'il avait sur un bien appartenant à son conjoint. (L. 66, 78, *de jure dot.* ; l. 57, *sol. mat.*)

b. Il en est de même pour l'usage, les servitudes prédiales, l'emphytéose et la superficie. (L. 27, *de don.* ; l. 10, pr., l. 11, l. 12, § 6, *de usu* ; l. 17, *comm. præd.* ; l. 1, C., *de fundis patrim.* ; l. 1, § 7, *de superf.*)

c. Sont nulles toutes traditions conférant, non point la propriété Quiritaire, mais l'*in bonis*. (Meyerfeld, 1, p. 123.)

Nous avons supposé jusqu'ici que l'époux *tradens* était propriétaire. S'il ne l'est pas, y a-t-il donation, et la prohibition s'applique-t-elle ? Il est certain qu'il y a donation, dès que le *dominus* consent à l'acte, et comme le rapport gratuit n'existe pas entre le *dominus* et l'*accipiens*, mais bien entre l'*accipiens* et le *tradens*, il est certain qu'en pareil cas la prohibition s'applique ; le tout, bien entendu, sans préjudice du rapport gratuit.

ou onéreux qui peut, à l'occasion de ce consentement, être né entre le *dominus* et le *tradens*. (L. 14; 21; 24; C., *de don.*; l. 2, C., *de usuc. pro don.*; l. 9, § 2, *de don.*) Il est également certain qu'il y a donation prohibée, quand un époux charge un tiers de livrer à son conjoint une chose dont ce tiers est propriétaire. Le rapport gratuit s'institue directement entre les deux époux et il est aussitôt brisé, tandis qu'un rapport onéreux, sanctionné par l'*actio mandati contraria*, prend naissance entre le tiers et l'époux donateur. (L. 52, § 1, l. 26, *cod.*; l. 1, 9, § 3, *de don.*)

Mais que décider quand l'espèce n'est compliquée d'aucun de ces incidents? L'intérêt pratique est considérable : si cette tradition équivaut à une donation, la prohibition s'applique; et l'époux donataire n'usucape point. Il semble que l'on doive arriver logiquement à cette solution : quand l'époux livre à son conjoint un bien dont il est *dominus*, le conjoint ne devient pas propriétaire, et ne peut pas usucaper. (L. 1, § 2, *pro don.*; l. 32, § 10, *eod.*) Ce principe est si rigoureusement observé que, même en cas de divorce, l'usucapion ne peut commencer que si l'époux donateur consent alors à renouveler tacitement la donation nulle à son origine ; cette *concessio* opère alors avec la même énergie qu'une tradition, c'est-à-dire qu'elle transfère la propriété des *res nec mancipi*, et permet d'acquérir par usucapion celle des *res mancipi*. (L. 24, *eod.*) Il est du reste parfaitement logique que l'époux n'usucape point, son titre étant illégal, et sa bonne foi nulle. S'il en est ainsi quand le mari est *dominus*, il en doit être de même, *à fortiori*, quand il ne l'est point ; car ici encore le titre est illégal, et la bonne foi inexistante.

(L. 19, pr. *cod.*) — Et cependant Pomponius (l. 3, *pro don.*) résout la question par la distinction suivante : si l'époux *tradens* ne s'appauvrit pas, c'est-à-dire si sa possession n'était point utile à l'usucapion, faute de juste titre ou de bonne foi, la tradition n'équivaut pas à donation: ce qui rend la prohibition inapplicable et l'usucapion licite. Si au contraire l'époux s'appauvrit, s'il se dépouille d'une possession utile à l'usucapion, ou de l'*in bonis* qu'il avait sur une *res mancipi* qui lui avait été simplement livrée, la tradition qu'il opère équivaut à donation, la prohibition s'applique, et l'usucapion est empêchée. (L. 1, § 4, *de adq. poss.*) — Il est difficile d'apercevoir comment cette circonstance que l'époux ne s'appauvrit pas peut permettre au conjoint d'usucaper ; car enfin ce dernier n'a ni juste titre, ni bonne foi. Et toutefois on peut admettre en subtilisant beaucoup, qu'en cette hypothèse il existe un certain titre et une certaine bonne foi. Il existe d'abord une sorte de juste titre, non pas en ce sens que l'opération est de nature à transférer la propriété, puisque si le *tradens* était propriétaire, la propriété ne serait point transférée, mais en ce sens que la prohibition est inapplicable, le défaut d'appauvrissement du *tradens* empêchant qu'il n'y ait donation. Telle paraît avoir été l'idée romaine ; elle est au moins fort singulière. Et en effet quand y a-t-il ordinairement juste titre ? Quand l'opération aurait pour effet de transférer la propriété, si le *tradens* était *dominus* ; or si cela était, sa qualité d'époux ferait précisément obstacle à cette translation ; donc il n'y a point juste titre, parce qu'il est impossible d'imaginer un cas où la propriété pourrait être transférée ; car,

dans le cas où la prohibition est inapplicable, cette translation est empêchée par le défaut de propriété du *tradens* ; et dans le cas où le *tradens* est propriétaire, sa qualité d'époux suscite un nouvel et insurmontable obstacle à cette translation. De sorte que le juste titre semble juridiquement inconcevable. Et cependant il y a juste titre, en ce sens que l'opération est, d'une manière très-large, et abstraction faite de tous les vices inhérents à la personne du *tradens*, de nature à transférer la propriété. Si en effet, on supprime chez le *tradens*, non pas un seul vice, mais deux, si on le suppose à la fois *dominus*, et non époux, la tradition apparaît comme susceptible de transférer la propriété. La difficulté de l'hypothèse vient de ce que l'obstacle à la translation n'est pas simple, mais double. (Stintzing. *das wesen der bona fides und titulus*, Heidelb., 1852, p. 73 ; Schirmer, *Gieszer Zeitschrift*, XVI, p. 13 ; Vangerow, *Lehrbuch*, § 319, Rem., *in fine* ; l. 2, § 2, *pro emptore* ; l. 25, *eod.*) Il n'est pas moins ardu de comprendre comment il peut y avoir bonne foi de l'*accipiens*. Il est de bonne foi, en ce sens qu'il s'imagine que le *tradens* est propriétaire, ce qui est faux ; mais alors, s'il a cette idée, il est de mauvaise foi, puisqu'il s'imagine détenir en vertu d'un titre nul. Son erreur sur la situation de la propriété le constitue en état de bonne foi ; mais son erreur sur le vice de son titre le constitue en état de mauvaise foi ; et il importe assez peu, ce semble, qu'il se trompe sur le vice de son titre, s'il est toujours persuadé que ce titre est nul. Son erreur sur la situation de la propriété engendre son erreur sur le vice de son titre et réciproquement. Jamais il ne peut croire à l'existence d'un titre susceptible de lui transférer la

propriété; car s'il ne soupçonne pas le vice qui affecte son titre, il en soupçonne un autre qui ne l'affecte point; et s'il ignore que le défaut de propriété du *tradens* est le véritable obstacle à la translation de propriété, il s'imagine à tort que cette translation est empêchée par la qualité d'époux de ce *tradens*. De sorte que, par un très-exact et très-singulier renversement des locutions usuelles, la bonne foi consiste ici dans l'ignorance d'un vice existant mêlée à la croyance à un vice inexistant. Il y a en même temps *plus et minus in re quam in existimatione*. C'était pourtant l'idée romaine; la bonne foi consiste uniquement dans la croyance que le *tradens* est *dominus*; et cette croyance, l'*accipiens* la possède; cela suffit pour qu'on le déclare de bonne foi. (L. 25, *eod.*; Savigny, § 151, notes *e*, *f*, *g*, *h*, *i*; Faber, Conject., VII, 13; Retes, *de don. in. vir.*, c. 10, § 5 (Meerm, t. VI); Glück, vol. 26, p. 41-46; Unterholzner, *Verjaehrung*, vol. 1, § 95; Moellenthiel, Erl., 1820, *ueber die natur des guten glaubens*; Stintzing, *cit.*; Scheurl, *Beitraege*, II, p. 54; Windscheid, *Lehrb.*, § 178, note 7; M. Accarias, vol. 1, p. 513, n° 236.)

2. La donation s'accomplit par le moyen d'une *obligatio;* elle consiste en une obligation créée au profit du donataire. Cette obligation peut être contractée par le conjoint donateur ou par un tiers. Est nulle par conséquent :

A. Toute obligation ainsi contractée par l'époux. C'est une promesse de donation, ou, plus juridiquement, une promesse de *datio*; car la donation est consommée du jour de la promesse, et la tradition qui intervient par la suite est simplement le payement d'une dette; d'où il suit que la promesse de donation

intervenue entre les deux futurs époux s'exécute sans difficulté pendant le mariage.

a. Cette obligation contractée par l'époux peut naître directement à la charge de ce dernier :

α. D'une stipulation.

β. D'une *expensilatio*. (Meyerfeld, 1, p. 168.)

γ. Et sous Justinien, d'un pacte, puisqu'à ce moment la promesse de donation est élevée au rang de contrat consensuel. (L. 35, § 5, C., *de don.*; Nov. 161, c. 1 ; Donellus, XIII, 22 , § 7, 8.)

Une donation ne résulte jamais d'un constitut, qui suppose essentiellement une obligation antérieure , au moins naturelle, dont la transformation en obligation civile équivaut à payement, jamais à donation. (L. 3, § 1, *de pec. constit.*)

b. L'obligation peut naître indirectement à la charge de l'époux, quand elle ne résulte pas d'un acte destiné à la produire, mais d'une omission. C'est ce qui arrive :

α. Quand l'époux, actionné par son conjoint , renonce sciemment à une exception qui le protége. (L. 12, *de novat.*)

β. Quand d'une manière quelconque, il se laisse bénévolement condamner, ou avoue *in jure* une dette dont il n'est point tenu. (L. 1, § 7, *si quid in fraud.*)

B. Est encore nulle toute obligation contractée dans le même but par un tiers. On peut concevoir que l'époux donataire acquière une créance dans ces conditions, au moment même de sa naissance, cas où on la crée pour lui, ou postérieurement à cette époque.

a. La créance est donnée au moment même de sa naissance :

α. Quand l'époux prête de l'argent à un tiers au nom de son conjoint, qui devient créancier de restitution. Il faut pour cela que la chose ait été convenue par avance entre le donateur et le donataire ; cette convention équivaut à un constitut possessoire, dont l'effet est de transférer par avance à l'époux donataire la propriété des deniers, que le donateur détient alors au nom de son conjoint ; de telle sorte que s'il les prêtait en son nom, le conjoint acquerrait directement l'action, si le tout n'était pas nul. Que si cette convention originaire n'est pas intervenue, et que, postérieurement au prêt effectué en son nom, l'époux donataire stipule du débiteur que ce dernier lui payera directement, ou se fait constituer par le donateur *procurator in rem suam* avec dispense de l'obligation de rendre compte, ces opérations sont nulles, comme contenant donation ; mais si elles étaient valables, leur unique effet serait de transporter au donataire une action déjà née, et non point de créer une action à son profit. (L. 34, pr., *de don.* ; l. 2, § 4 ; l. 9, § 8, *de reb. credit.* ; l. 19, § 3, *de don.*) — Il en sera de même si l'époux prête en son nom propre, mais que le conjoint intervienne à l'acte comme *adstipulator*, et soit dispensé par son conjoint de l'obligation de rendre compte. Suivant que cette dispense interviendra au moment même de l'acte, ou postérieurement à l'acte, l'opération aura pour but, non pour effet, la création d'une obligation neuve ou le transfert d'une obligation ancienne au profit de l'époux.

β. Quand l'époux fait en son propre nom un dépôt à un tiers, en imposant à ce dernier l'obligation de restituer à son conjoint, pourvu que le conjoint intervienne

à l'acte de dépôt. Que si le dépôt est fait par l'époux, non en son propre nom, mais en celui de son conjoint, il n'y a pas là donation actuelle, à moins qu'au moment même du contrat, le déposant ne transfère au donataire par un constitut possessoire la propriété de la chose déposée. (L. 31, § 1 et 3, *de don.*; l. 6, C., *eod.*)

γ. Quand l'époux charge un tiers de s'obliger à titre gratuit envers son conjoint Si l'opération était valable, le tiers obligé aurait contre le donateur l'*actio mandati contraria*; mais tout est nul. — Que si la femme donne à son héritier présomptif le mandat de promettre au mari *mortis causâ* les fruits d'un fonds, ou, à défaut de ces fruits, une certaine somme d'argent, il est clair que le prédécès du mari fait évanouir la promesse et la donation; tandis que le prédécès de la femme fait valoir la promesse et la donation; seulement, si l'héritier présomptif devient vraiment héritier, *l'actio mandati* s'éteint par confusion, puisqu'il représente la femme; s'il ne devient pas héritier, il exerce son action contre l'héritier véritable. (L. 52, § 1, *eod.*)

Ainsi, en faisant abstraction de ce dernier exemple, où la donation était licite, étant *mortis causâ*, toutes ces opérations sont nulles. On pourrait objecter que, dans tous ces cas de prêt, dépôt ou mandat, l'époux prétendu donateur ne se dépouille d'aucun droit acquis, et renonce simplement à acquérir un droit, pour que son conjoint puisse l'acquérir à son défaut. Cette objection n'est que spécieuse : le refus d'acquérir un droit consiste essentiellement dans une abstention, dans le refus d'accomplir l'acte nécessaire à l'acquisition; ici au contraire, l'époux a fait tout ce qu'il faut pour acquérir

un certain droit ; puis, sur le point de clore le drame juridique à son profit, il a changé le dénoûment, et s'est substitué son conjoint. Cela n'est du reste possible, que si le droit en question est né virtuellement sur la tête de l'époux donateur, et y a résidé un instant de raison. Il y a vraiment abandon d'un droit acquis, et c'est par une simplification savante des opérations juridiques, qu'on fait passer au donataire, directement en apparence, médiatement en réalité, une créance du donateur. C'est à peu près comme si le tiers s'obligeait envers le donateur, et qu'instantanément ce dernier constituât son conjoint *procurator in rem suam*, avec dispense de rendre compte, à l'effet de poursuivre le tiers. Il faut donc toujours admettre la préexistence, au moins virtuelle, de l'obligation dans la personne du donateur.

b. La créance que l'on veut transporter à l'époux pouvait exister ostensiblement, avant la donation. Telle est :

α. La cession de créance gratuite faite à l'époux donataire. (L. 2-3, C., *de don.*)

β. La délégation, par laquelle un époux créancier libère son débiteur, et lui donne mandat de s'engager envers le conjoint. (L. 2, § 1 ; l. 21, § 1, *de don.* ; l. 11, C., *eod.*)

γ. Le mandat par lequel l'époux, sachant qu'un tiers veut lui faire une donation, le charge de promettre à son conjoint l'objet qu'il lui voulait donner ; cette opération contient deux donations : l'une du tiers à l'époux donateur par l'intermédiaire du donataire, l'autre d'un époux à l'autre, par l'intermédiaire du tiers ; et il n'existe entre le tiers et l'époux donataire aucun rap-

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS. R.F.

port gratuit, mais au contraire un rapport onéreux, sanctionné par une action *ex stipulatu*. (L. 2, § 2; l. 33, § 3, *de don.*; l. 41, pr., *de re judic.*)

Toutes ces opérations sont nulles, comme contenant donation; nous savons qu'au contraire l'époux peut cautionner le débiteur de son conjoint, sans que la prohibition s'applique.

3. La donation s'accomplit par le moyen d'une *liberatio*; la donation porte encore ici sur un droit de créance. Sont prohibés tous actes par lesquels un époux libère gratuitement son conjoint d'une dette dont il était tenu. (L. 115, pr., *de reg. jur.*; l. 20, *quod met.*; l. 11, pr., *de accept.*; l. 31, § 1, 4, *de mor. caus. don.*; l. 22, § 3; l. 82, *ad leg. Falcid.*) L'époux donateur peut libérer son conjoint d'une créance qui lui appartient à lui-même, ou qui appartient à un tiers.

A. La créance appartient à l'époux donateur.

a. Cette dette existait ostensiblement avant la libération. La libération peut, en ce cas, s'opérer par contrat, ou sans contrat :

α. Directement et par contrat, ce qui arrive :

αα. Quand l'époux fait acceptilation à son conjoint d'une dette valable, qui ne pouvait être paralysée par aucune exception. (L. 17, *de don.*; l. 2, C., *de acceptil.*; l. 3, *de cond. sine causâ*; l. 2, § 3, *de dol. excep.*) Si au contraire la dette était paralysée par une exception, l'acceptilation vaut entre époux.

ββ. Quand l'époux fait avec son conjoint un *pactum de non petendo*. (L. 1, *de transact.*; l. 17, § 1; l. 27, § 2, *de pact.*)

Dans ces deux cas, la libération était expresse; elle

peut être tacite, résulter de la remise du titre ou d'autres circonstances. (L. 2, § 1, *de pact.*; l. 17, § 1, *de usur.*; l. 26, *de prob.*)

γγ. Quand l'époux créancier renonce à sa créance, et que l'époux débiteur a accepté la renonciation. (Meyerfeld, 1, p. 208.)

δδ. Quand l'époux créancier, engagé dans un procès avec l'époux débiteur, déclare sciemment en justice que ce dernier ne lui doit rien. (L. 47, pr., *de pact.*)

La remise du cautionnement, accordée par l'époux créancier à l'époux fidéjusseur, ne constitue pas une donation.

β. La libération peut s'opérer indirectement et sans contrat:

αα. Quand l'époux créancier poursuit en justice l'époux débiteur, et s'arrange de manière à perdre son procès. (L. 5, § 7, *eod.*) Le jugement est valable, mais l'époux créancier a la *condictio*, pour recouvrer la valeur de sa créance.

ββ. Quand, sans soulever aucun procès, il reconnaît en justice que son conjoint ne lui doit rien. (L. 29, § 1, *de don.*)

b. La libération peut tendre à exonérer par anticipation l'époux d'une dette inexistante, en l'empêchant de naître à sa charge. Le résultat de la prohibition sera que la dette naîtra quand même. C'est ce qui arrive:

α. Quand l'époux, sans mandat, *animo donandi*, gère utilement l'affaire de son conjoint, avec intention de ne jamais exercer l'*actio negotiorum gestorum*, de peur que l'affaire ne fût gérée par un autre, moins généreux, qui ne manquerait pas de l'exercer.

β. De même, si un époux cultive gratuitement les

terres de son conjoint, ou bâtit une maison avec ses propres matériaux sur le fonds de son conjoint.

B. La créance que l'époux veut éteindre appartient à un tiers :

a. L'époux débiteur est libéré, quand son conjoint, sur son mandat, à son insu, ou malgré lui, paye sa dette, civile ou naturelle, avec intention de l'enrichir. (L. 7, § 7; l. 50, pr., *eod.*; l. 12, C., *de neg. gestis.*) Seulement le *solvens* acquiert la *condictio* contre l'époux libéré.

b. De même, s'il fait *expromissio* pour son conjoint, c'est-à-dire se substitue à lui dans le rapport obligatoire dont il était tenu, que ce dernier y consente ou non. (L. 91, *de solut.*; l. 8, *in f.*, *de novat.*; l. 13, § 10, *de accept.*)

c. De même, quand l'époux charge son débiteur Primus de faire *expromissio* pour le compte du donataire époux, en s'obligeant auprès de Secundus, créancier de ce dernier. Il y a alors une double novation; la dette de Primus envers l'époux mandant est éteinte, ainsi que celle de l'époux donataire envers Secundus. A ce double effet extinctif correspond un double effet créateur. Il naît un rapport obligatoire onéreux entre Primus et Secundus; et les deux époux sont également unis par un rapport obligatoire, qu'ils voudraient rendre gratuit, mais auquel la prohibition imprime quand même le caractère onéreux.

d. De même, quand un époux consent à défendre pour son propre compte aux poursuites intentées contre son conjoint. (L. 23, *de solut.*)

e. De même enfin, quand l'époux, qui s'est porté fidéjusseur de son conjoint avec l'intention de ne ja-

mais recourir contre lui au cas où il payerait la dette, la paye effectivement. L'époux débiteur est libéré d'une part, et obligé de l'autre. (L. 6, § 2, *mand.*; l. 4, *de neg. gest.*; l. 32, *de pact.*; l. 1, § 19, *si quid in fraud.*; l. 9, § 3, *de scto Maced.*) — Ce cas présente une singularité : la promesse de donation constitue bien une donation, depuis le jour où la promesse est consentie, et même avant son exécution. Or le fait de se porter fidéjusseur de son conjoint avec l'*animus donandi* est bien une promesse de donation, puisque dès ce jour le fidéjusseur s'oblige à payer la dette de son conjoint. Cette opération devrait donc, ce semble, être nulle comme donation, ou donner lieu à une répétition pour le fidéjusseur, le tout, même avant payement. Mais comme le fidéjusseur n'enrichit pas le *reus* avant d'avoir payé, et que d'ailleurs il ne payera peut-être point, la promesse de donation est ici conditionnelle, et n'existera en tant que donation que si le fidéjusseur paye; c'est donc ici à l'exécution qu'il faut s'attacher et non au contrat.

Dans tous ces cas, l'acte tend bien à éteindre la créance du tiers contre l'époux, et il atteint ce résultat ; mais il tend aussi à éteindre la créance qui naît au profit de l'époux donateur contre l'époux donataire, dont la dette a été payée ou éteinte par une *expromissio*, et c'est un résultat que la prohibition l'empêche d'atteindre. Tous ces actes ne contiennent donc point donation, contrairement à ce que dit Savigny, mais simplement libération ; ils ne contiendraient donation que si l'époux donateur pouvait renoncer efficacement à sa créance, et cette renonciation serait nulle. —

Ainsi, quand la créance appartient à l'époux, il est

impuissant à l'éteindre, s'il veut que cette extinction soit gratuite ; quand elle appartient à un tiers, l'époux peut l'éteindre en satisfaisant ce dernier ; mais de cette satisfaction naît à son actif une créance nouvelle contre son époux, créance dont il ne peut se dépouiller à titre gratuit, de sorte que nous retombons fatalement dans le premier cas.

Telles sont les diverses figures que peuvent revêtir les actes contenant donation entre époux. Nous avons ainsi déterminé l'extension de la prohibition, quant aux caractères fondamentaux que doivent présenter les actes prohibés, et quant aux formes diverses qu'ils peuvent revêtir.

III. Des exceptions à la prohibition.

1. Il nous reste à signaler les exceptions véritables à la prohibition, c'est-à-dire les cas qui, rentrant dans la prohibition d'après les principes généraux, y sont soustraits par une décision formelle du législateur, à raison de certaines circonstances spéciales, comme la qualité des parties, ou le but de la donation. C'est ainsi que sont déclarées licites par exception :

A. Les donations entre l'empereur et l'impératrice, à raison de la qualité des parties. (L. 26, C., *eod.*)

B. Les donations entre époux destinées à la reconstruction d'une maison incendiée, à raison du but si utile de la donation. (L. 14, *eod.*)

C. Les donations que fait la femme au mari, pour que ce dernier puisse acquérir le cens de chevalier ou de sénateur, ou subvenir aux frais considérables des jeux publics dont certaines magistratures imposaient la charge. (Ulp., VII, § 1 ; l. 40, 41, 42, *eod.*) — Cette exception a pour unique effet d'empêcher la femme

d'exercer la *condictio*, alors que le mari est *locupletior*, c'est-à-dire quand il n'a pas encore dépensé l'argent pour le but indiqué; car, si l'argent était dépensé, la prohibition serait inapplicable, même d'après le droit commun, l'enrichissement ayant disparu. La spécialité du motif indique assez que cette exception est uniquement applicable aux donations faites par la femme au mari. (L. 21, C., *eod.*)

D. Les donations qu'un époux condamné à la déportation fait à son conjoint. La donation eût été ici prohibée d'après les règles générales : en effet, le fisc succédant *per universitatem* au déporté, pouvait exercer tous les droits et actions qui appartenaient au déporté avant sa déportation. Or, nous supposons que la donation a été consommée avant cette époque. Il y a donc eu acquisition de la revendication ou de la *condictio* par le donateur aujourd'hui déporté, et le fisc, héritier de ce dernier, eût pu exercer ces actions, si la loi ne lui eût enlevé ce droit par une exception formelle. Au contraire, une exception n'était point nécessaire pour les donations que l'époux déporté recevait de son conjoint, et la donation était ici valable d'après les principes généraux : la déportation infligeait au condamné la qualité de pérégrin ; son mariage cessait alors d'être l'union parfaitement légale, dont l'existence était une des conditions de la prohibition. La donation n'avait donc son effet qu'après la dissolution du mariage, ce qui était licite. (L. 43, l. 13, § 1, *eod.*)

E. Si la femme donne au mari une somme d'argent, et que celui-ci la dissipe, la *condictio* ne peut plus être intentée contre lui, puisque son enrichissement a disparu. Mais si le mari donne à son tour une pareille

somme à la femme, et que celle-ci la garde, la *condictio* pourrait, en principe, être efficacement intentée contre elle, puisque son enrichissement subsiste. Néanmoins, par exception, cette *condictio* n'aura pas lieu; on compense ici les deux donations; on institue entre elles un lien factice de connexité, qui confond en une deux opérations distinctes, de telle sorte que chacune semble devenir la cause de l'autre. (L. 7, § 2, *eod.*)

F. Enfin, l'exception la plus importante à la prohibition résulte du sénatus-consulte de l'an 206, qui déclara toutes donations entre époux susceptibles de confirmation par le prédécès du donateur. Ce sénatus-consulte fera bientôt l'objet d'une étude spéciale. (L. 23, *eod.*)

2. Telles sont les exceptions véritables à la prohibition; dans tous ces cas, la prohibition s'appliquait fatalement, si la loi n'eût édicté une exception formelle. Il est d'autres cas que les textes et les interprètes rangent dans la même catégorie, bien à tort, selon nous, puisque ces cas étaient naturellement soustraits à la prohibition d'après les principes. Telles sont les donations suivantes :

A. La donation *manumissionis causâ*, improprement appelée donation, puisqu'elle n'enrichit point le donataire, et qui dès lors était par sa nature même soustraite à la prohibition. (L. 18, § 1, 2, *de don.*; l. 22, C., *eod.*; l. 9, § 1, *eod.*; l. 62, *soluto matri.*)

B. La donation *divortii causâ*; elle affecte bien tous les caractères d'une donation, mais, comme elle ne devient valable et parfaite qu'après la dissolution du mariage, qu'elle n'intervient plus, dès lors, entre époux, la prohibition est encore ici naturellement inappli-

cable. (L. 11, § 11 ; l. 12; l. 60, § 1 ; l. 62, pr., *eod.*)

C. La donation *mortis causâ*, et cela, pour une raison identique. (L. 9, § 2 ; l. 10; l. 11, pr., *eod.*; Ulp., VII, § 1.) Ces trois cas ne sont pas des exceptions à la prohibition ; une disposition exceptionnelle et expresse serait nécessaire pour les soumettre à la prohibition.

La donation à cause de mort est licite entre époux ; mais quel est son effet ? Quand elle intervient entre étrangers, elle a pour effet de transporter au donataire la propriété de l'objet donné, sous condition résolutoire ou sous condition suspensive, selon que le prédécès du donataire est considéré comme résolvant un droit déjà né, ou empêchant de naître un droit encore inexistant. La propriété est transférée immédiatement, mais sous condition résolutoire, quand la donation s'effectue par une mancipation, ou une tradition à laquelle vient se joindre un contrat de fiducie. (L. 77, *de reg. juris.*) Elle est transférée sous condition suspensive, quand elle s'effectue par une promesse, suivie bien entendu de tradition, puisque le simple consentement a toujours été, à Rome, impuissant à transférer la propriété. Il est évident qu'entre époux la donation ne peut avoir efficacement lieu sous condition résolutoire : ce mode aurait pour effet la translation immédiate de la propriété, ce qui est incompatible avec la prohibition. Quelle que soit l'intention des époux, la donation n'aura donc jamais lieu que sous la condition suspensive du prédécès du donateur, qui restera toujours propriétaire de son vivant. Si la condition fait défaut parce que le donataire prédécède, le donateur peut revendiquer dans tous les cas l'objet, puisqu'il en est resté *dominus*. (L. 29, *de mort. cau. don.*) Si la con-

dition s'accomplit, le droit du donataire est définitivement consolidé, et l'on distingue alors si le donateur a voulu faire une donation sous condition résolutoire, ou sous condition suspensive, c'est-à-dire s'il y a eu ou non tradition. Si la tradition a été faite du vivant du donateur, comme tous les éléments constitutifs d'une translation de propriété sont réunis au moment où la condition s'accomplit, cette translation s'opère immédiatement. Si la tradition n'a point eu lieu, comme les éléments constitutifs d'une translation de propriété ne sont pas réunis quand la condition s'accomplit, la translation ne s'opère point, et le donataire a simplement le droit d'exiger tradition des héritiers du donateur. On se demande si, quand la condition suspensive accomplie opère immédiatement translation de propriété, cette condition rétroagit au jour de la donation, ou si la propriété n'est acquise au donataire que du jour où le donateur est mort. Si d'abord le donateur avait dit expressément que la condition aurait un effet rétroactif, on donnait effet à cette volonté ; et, quand elle n'avait pas été exprimée, on la supposait aisément ; car elle était naturelle chez le donateur, qui, faisant une donation, et livrant la chose, avait dû vouloir transférer le plus tôt possible la propriété au donataire. Ce qui le prouve, c'est que la *donatio mortis causâ*, entre étrangers, permettait au donataire d'usucaper, quand le donateur n'était pas *dominus* ; on supposait donc chez le donateur l'intention de transférer immédiatement la propriété. (L. 13, pr.; l. 33, *de mortis causâ donationib.*) Ainsi la rétroactivité était de droit ; mais les époux pouvaient l'exclure par une déclaration expresse, et de plus la loi, soucieuse de leurs intérêts,

l'excluait d'elle-même dans tous les cas où cette rétroactivité leur eût été préjudiciable. (L. 40, *de mort. cau. donat.*; l. 11, pr., § 1, 2, 9; l. 20, *eod.*) C'est ainsi que si un esclave donné à cause de mort fait une stipulation, le bénéfice de la stipulation sera acquis à l'époux donataire, si ce dernier survit, parce qu'en ce cas la rétroactivité profite au donataire. Elle eût pu lui nuire dans les espèces suivantes : le mari veut faire une donation *mortis causâ* à sa femme, et pour la réaliser, il interpose son fils de famille, qui devra restituer la donation à la femme ; la rétroactivité aurait ici pour effet d'anéantir l'opération, puisque la donation du père au fils est nulle; au contraire, si la rétroactivité est écartée, le fils devenant *sui juris* à la mort du père, l'opération sera valable, et la femme pourra profiter de la donation; et c'est ce que la loi décide. (L. 11, § 2, *eod.*) De même, quand un époux fait une donation à son conjoint, encore fils de famille ; si l'on admet la rétroactivité, la donation profitera non au conjoint donataire, mais à celui qui le tient en sa puissance ; tandis qu'elle lui profitera à lui-même, s'il est devenu *sui juris* dans l'intervalle qui s'écoule entre la donation et le prédécès du donateur. (L. 11, § 3, 4, *eod.*) De même enfin, quand l'époux donataire a interposé un *servus alienus*, pour recevoir la tradition, et que cet esclave est libre au décès du donateur, la rétroactivité ferait acquérir la donation au maître de cet esclave, et non à l'époux. (L. 11, § 6, *eod.*) Dans tous ces cas, la rétroactivité n'aura pas lieu. Elle aurait lieu, au contraire, si le donataire avait interposé un de ses esclaves, qui, lors du décès du donateur, serait libre ou l'esclave d'un autre maître ; si l'époux donataire, père de fa-

mille lors de la donation, était devenu fils de famille au décès ; si l'homme libre interposé par l'époux était devenu esclave d'un tiers au moment du décès.

Mais toutes ces conséquences ne se produisent que si une tradition est intervenue du vivant du donateur ; il est impossible que sans cela le donataire devienne propriétaire même *ex nunc*, au moment du décès du donateur ; or, pour que la propriété rétroagisse, il faut d'abord qu'elle existe. Si donc il n'y a eu qu'une promesse de donation non suivie de tradition, le donataire ne peut pas revendiquer ni faire rétroagir sa propriété, puisque les conditions à ce nécessaires ne sont pas réunies, quand le prédécès survient; il peut simplement actionner les héritiers du donateur pour en obtenir tradition, et tout ce que l'on peut dire, c'est que, rétroactivement, il a été donataire et créancier de tradition, mais non point propriétaire. — Mais, dira-t-on, qu'importe que la tradition ait eu lieu? Puisqu'elle ne pouvait produire translation immédiate du vivant du donateur, ce dernier devait être peu porté à l'effectuer, et de ce qu'elle n'a pas eu lieu, il serait téméraire de conclure qu'il n'a pas eu l'intention de transférer la propriété ; les donations par tradition et les donations par promesse étaient assimilées quant à leur efficacité, et la donation sous condition résolutoire n'agissait pas avec plus d'énergie quant à la translation de propriété, que si elle eût été sous condition suspensive. Si elles sont assimilées quant à l'efficacité, pourquoi la rétroactivité d'acquisition de la propriété, que l'on admet au cas de la condition résolutoire, ne serait-elle pas admise en l'autre cas? — Cette argumentation n'est que spécieuse. On conçoit qu'on diminue l'efficacité de la do-

nation sous condition résolutoire, en disant qu'elle n'opérera pas translation immédiate, et qu'en ce point on l'assimile à la donation sous condition suspensive. On conçoit encore qu'on reconnaisse à la donation sous condition résolutoire un effet qu'elle produit habituellement, je veux dire la rétroactivité dans l'acquisition de la propriété. Mais ce que l'on ne conçoit point, c'est que sous le prétexte d'assimiler ces deux donations, on veuille faire produire à la donation sous condition suspensive un effet rétroactif, alors qu'il manque un des éléments nécessaires pour que cette acquisition puisse s'opérer, et la condition rétroagir. Il faut donc, pour que la rétroactivité puisse se produire, que la tradition ait eu lieu, c'est-à-dire que la donation ait été faite sous condition résolutoire, au moins dans l'intention des parties. Ne pas se ranger à cette doctrine, c'est admettre que le simple consentement peut effectuer une translation de propriété, ce qui me paraît absolument impossible, malgré les deux textes desquels on a prétendu tirer cette conséquence. (L. 1, § 2; l. 2, *de public.*) Ces deux textes ne sont point topiques, et se peuvent fort bien entendre du cas où la donation s'est faite par mancipation, sans que la tradition soit intervenue plus tard, et où le donataire s'est mis lui-même en possession de la chose, après le prédécès du donateur, cas où il est protégé par l'interdit *quod legatorum*, où il devient propriétaire sans tradition, et peut usucaper ou intenter la Publicienne, si le donateur n'était point *dominus*. (L. 1, § 5, *quod legat.*) On ne comprendrait pas d'ailleurs, si ce système était fondé, que Justinien s'imaginât faire une innovation considérable en rendant obligatoire le pacte de dona-

tion entre étrangers; car ce prétendu pas en avant n'aurait été qu'une reculade, si la translation de propriété avait pu résulter du simple pacte. (Savigny, *cit.*, § 270, notes *n-x*; Boissonade, nos 40-47; Vangerow, *Lehrbuch*, § 96; Riessen, *Gieszer Zeitschrift*, II, p. 1 et 270.) On voit quel échec faisait subir à la prohibition ce principe que les donations à cause de mort étaient licites entre époux. Par la rétroactivité que l'on reconnaissait à la condition résolutoire, on arrivait, dans le cas où cette condition venait à défaillir, à proclamer que le donataire était propriétaire depuis la donation, c'est-à-dire à valider une donation entre époux, au moins une donation d'usage et de fruits. Si donc la condition résolutoire s'accomplissait, le donataire était dépouillé, et tous les droits qu'il avait consentis dans l'entre-temps, anéantis; si au contraire elle défaillait, tous étaient consolidés. C'était là une brèche ouverte aux réformes du législateur; et nous verrons plus loin comment la *donatio mortis causâ*, qui était l'exception, est devenue le droit commun.

Section III. — *Effets de la prohibition.*

Son effet était de rendre nuls *ipso jure* les actes faits en violation de ses prescriptions. (L. 3, § 10; l. 52, § 1, *eod.*) — Nous examinerons en quoi consiste cette nullité, et quels moyens juridiques appartiennent au donateur pour la faire valoir.

§ 1. En quoi consiste cette nullité? — Elle se traduit différemment, selon que l'acte destiné à opérer donation a été direct ou indirect.

I. La donation a été directe. — Elle a pu s'effectuer

par tradition, c'est-à-dire par création, transport ou extinction d'un droit réel, ou par obligation ou libération, c'est-à-dire par création, transport ou extinction d'un droit de créance.

1. La donation s'est effectuée par *mancipatio, in jure cessio* ou *traditio*. L'opération est absolument nulle, juridiquement inexistante. Donc, si le *tradens* avait la propriété quiritaire, il ne la transfère point. S'il avait l'*in bonis*, il ne le transmet pas davantage. Que s'il a la propriété quiritaire, et qu'il transmette par tradition une *res mancipi*, l'*accipiens* n'acquiert pas l'*in bonis*. Que si enfin il n'est aucunement propriétaire, l'*accipiens* n'usucape point. (L, 1, § 2, *pro donato*.) — Si l'acte n'est point gratuit pour le tout, mais seulement pour partie, toute la partie de l'opération dont la cause est gratuite est nulle (l. 31, § 3, *eod.*), en supposant que l'opération est divisible. Si elle ne l'est point, par exemple si l'élément onéreux n'a été mêlé au caractère gratuit que pour exempter ce dernier de la prohibition, l'acte est nul pour le tout.

2. La donation s'est effectuée par une *obligatio* : l'un des époux s'est obligé envers l'autre; à titre gratuit. L'obligation est nulle; car c'est elle et non point le payement qui constitue l'enrichissement de la donation; la donation est contenue dans le fait seul de la promesse, et l'exécution est tout à fait indifférente.

3. La donation s'est effectuée par une *liberatio* : l'époux créancier a fait acceptilation à son conjoint débiteur. L'acceptilation est nulle *ipso jure*, et la créance subsiste. L'époux est impuissant à se dépouiller de son droit. On eût pu concevoir une autre solution : l'*acceptilatio* eût pu être déclarée valable, et la

créance éteinte ; seulement de cette opération serait née au profit du créancier une *condictio* contre l'époux libéré et enrichi. Mais il était infiniment plus simple de frapper l'opération d'une nullité radicale, et de laisser subsister la créance originaire. (L. 3, § 10, *eod.*)

Dans tous les cas, la sanction est aussi rigoureuse que possible ; elle consiste dans l'anéantissement de l'opération. Tant que le drame reste purement juridique, les époux sont impuissants à modifier leur situation respective ; c'est seulement par des faits matériels que la législation peut bien châtier, mais non pas prévenir, qu'un époux peut en fait procurer à l'autre un émolument ; en tant qu'ils se restreignent aux voies légales, ce résultat est impossible à atteindre ; car la loi brise en leurs mains les armes dont ils se pourraient servir. Et à cet égard, les époux sont placés sur le terrain d'une parfaite égalité ; peu importe lequel des deux joue le rôle de donateur. L'acte est toujours également nul. Seulement cette parfaite égalité juridique ne correspond pas à une égalité de fait absolue. Le mari ne peut, en droit classique, abandonner gratuitement à sa femme un droit quelconque, sans que l'opération soit nulle, comme donation. La femme peut au contraire abandonner gratuitement à son mari tous ses biens, pourvu que ce soit à titre de dot. Il est vrai qu'il n'y a pas là de donation, parce que la femme d'abord, puis plus tard ses héritiers, ont toujours eu une créance de restitution contre le mari, et cela nonobstant toute clause contraire, d'où il suit que la cause de la constition de dol n'est nullement gratuite, pour ce motif et pour bien d'autres encore. Mais ces opérations, qu'un

vaste abîme théorique sépare de la donation, lui ressemblent beaucoup en fait, de sorte qu'en pratique le mari peut bien plus facilement être gratifié par sa femme, que cette dernière par le mari. Mais les principes restent intacts. (L. 16, 27, *de pact. dotal.*; l. 1, § 1, *de dote præleg.*)

II. La donation peut être indirecte, soit parce qu'elle consiste en une omission, soit parce qu'elle est déguisée sous l'apparence d'un contrat onéreux, soit enfin parce qu'elle s'opère par personnes interposées. Quand la donation était directe, la sanction de la prohibition était directe et absolue, consistait dans la nullité pure et simple de l'opération juridique. Quand la donation est indirecte, la sanction est souvent indirecte, ne consiste pas toujours dans la nullité de l'opération juridique, mais seulement dans la faculté donnée à l'époux donateur de faire révoquer plus tard la donation, en exerçant la *condictio*.

1. La donation résulte d'une omission. Nous savons que ces cas sont peu nombreux; et nous avons déterminé les caractères que doit revêtir l'omission, pour équivaloir à une libéralité. Mais enfin, quand ces caractères se rencontrent, la prohibition n'a pas généralement pour sanction la nullité, l'inexistence de l'opération, mais bien une *condictio* destinée à répéter l'enrichissement. C'est ainsi que le non-exercice d'une servitude par l'un des époux aboutit à l'extinction de la servitude, et à la naissance d'une *condictio*, par laquelle l'époux donateur pourra plus tard forcer l'autre de rétablir la servitude, ou d'en payer la valeur. On eût pu concevoir que la prohibition agît plus strictement encore et empêchât l'extinction de la servitude;

de la sorte l'effet de la prohibition eût été préventif, au lieu qu'il est réparateur. La loi laisse faire ce qu'elle considère comme un mal; seulement elle permet au donateur, auteur de ce mal, de ramener les choses en l'état primitif. De même, quand un conjoint laisse usucaper sa chose par l'autre époux; en général, l'usucapion s'accomplit. Quant à la question de savoir s'il y a ou non *condictio*, elle est controversée, et la solution dépend de la question de savoir si l'omission équivaut ou non à donation dans le cas particulier. Il est toutefois un cas où la nullité a le même effet préventif qu'au cas de donation directe, et où l'usucapion est empêchée; c'est le cas où les deux époux savent que la chose appartient à l'un d'eux, et est usucapée par l'autre. (L. 44; l. 5, § 7, *eod.*)

2. La donation est déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux. C'est un cas qu'il ne faut pas confondre avec le *negotium mixtum*, qui contient vraiment deux opérations, l'une à titre onéreux, valable, l'autre à titre gratuit, nulle. Quand la donation est déguisée sous l'apparence d'un contrat onéreux, soit parce que les parties conviennent que l'équivalent stipulé ne sera point fourni, soit parce que cet équivalent est dérisoire, partant juridiquement inexistant, l'opération est nulle pour le tout, absolument comme si elle était directe, et c'est justice. En réalité, cette opération n'a rien d'indirect; elle n'est indirecte qu'en apparence; les cinq conditions nécessaires pour que la prohibition s'applique sont réunies; seulement les parties, pour éluder la loi, ont essayé de faire croire qu'elle ne l'étaient point, en donnant un faux nom à leur opération. Il suffit donc de lui arracher son

masque pour qu'elle apparaisse ce qu'elle est, c'est-à-dire une donation, et que la prohibition s'y applique avec toute rigueur. Il n'en est point de même, quand la donation résulte d'une omission, puisque la donation prohibée doit en général être un acte; ni quand la donation résulte d'un contrat passé avec un tiers, puisque la donation entre époux est seule prohibée. Il fallait donner au principe une certaine extension, lui communiquer une certaine élasticité, pour arriver à frapper ces donations, et c'est pourquoi la sanction qui les atteint n'est point si stricte. Ici au contraire, on se trouve dans le cas directement prévu par la loi; seulement les parties ont tenté de faire croire qu'on ne s'y trouvait point; une fois cette ruse éventée, il est bien naturel que la prohibition s'applique.

3. La donation résulte d'une opération intervenue entre un époux et un tiers. (L. 4, *de donat.* : « *etiam per interpositam personam donatio consummari potest*; » l. 5, § 2, 4, *eod.*) A Rome il n'existait aucune présomption d'interposition de personnes; seulement, en vertu des principes sur la puissance paternelle et dominicale, sur l'unité de personne et de patrimoine qui en résultait, une donation faite à des proches parents de l'époux était non pas réputée faite, mais réellement faite à l'époux lui-même. Ce n'est point là ce qu'on entend par personnes interposées. Par là il ne faut pas entendre davantage les personnes étrangères à l'opération, qui n'y figurent point comme parties, mais sont simplement chargées par le donateur de remettre la chose au donataire, ou par ce dernier de la recevoir du donateur : en pareil cas, la donation ne résulte pas d'une opération intervenue entre l'époux et un tiers,

mais bien entre les deux époux, ce qui est le cas d'application directe de la prohibition. La donation est vraiment indirecte, quand un seul des conjoints figure dans l'opération, sans que l'autre y participe, et quand toutefois il en résulte pour cet autre le même émolument que s'il avait vraiment figuré comme partie dans l'opération. On se demande, en ce cas, comment et avec quel degré de rigueur agit la prohibition, si son effet est préventif ou réparateur, en un mot si l'opération juridique intervenue entre l'époux et le tiers est nulle, de telle sorte que l'enrichissement manque de naître au profit du conjoint, ou si cette opération vaut, et enrichit le conjoint, sauf le droit pour le donateur d'intenter la *condictio* en restitution de l'enrichissement. (Savigny, *Appendice* X, § 157, 158, 163, 167, 169.) Le principe général est que l'acte est absolument nul, comme dans le cas de la donation directe. Toutefois ce principe, qui s'appliquait d'abord avec une grande rigueur, a reçu de bonne heure des tempéraments qui, de jour en jour, sont devenus plus importants et plus nombreux. L'opération qui intervient entre un époux et le tiers peut être de nature à procurer à l'autre époux l'acquisition d'un droit réel qui lui manque, ou l'extinction d'un droit réel qui pèse sur sa propriété, ou l'acquisition d'un droit de créance contre ce tiers, ou l'extinction d'un droit de créance que ce tiers a contre lui :

A. L'opération est de nature à procurer à l'autre époux l'acquisition d'un droit réel, de propriété, d'usufruit, de servitude ou autre. Tels sont les cas suivants :

a. Le mari a un débiteur, et voulant faire une do-

nation à sa femme, donne mandat à son débiteur de payer entre les mains de la femme. Le débiteur exécute le mandat et paye à la femme. Dans la rigueur des principes, tout cela est nul ; et d'abord le mandat est nul, parce que sa cause est illicite, n'étant autre que l'intention de faire une donation à la femme. Le mari n'aurait donc pas, toutes choses restant en l'état, l'*actio mandati directa* pour forcer le débiteur à payer à la femme. Que si maintenant le débiteur paye, il ne devrait point être libéré par le payement à la femme, ni même pouvoir intenter contre le mari l'*actio mandati contraria* pour se faire indemniser du dommage que lui a causé l'exécution du mandat, parce qu'il ne doit s'imputer qu'à lui-même d'avoir exécuté un mandat illégal. Il en serait autrement, s'il avait ignoré la qualité des conjoints. Le débiteur, n'étant pas libéré, pourrait être actionné par le mari, et aurait de son côté la faculté de revendiquer les écus payés à la femme, qui n'en était pas devenue propriétaire. Telle serait une déduction logique du principe. Ces solutions n'ont point été admises, ou du moins elles ont été abandonnées d'assez bonne heure, sous l'influence des principes d'interprétation plus large admis en matière de possession. Ulpien, s'inspirant de Celsus, dit que l'argent est censé avoir été payé par le débiteur au mari, puis par celui-ci à sa femme, ce que l'on peut juridiquement expliquer comme il suit : dès que le débiteur reçoit du mari le mandat de payer à la femme, il se constitue possesseur des écus au nom du mari, qui en devient propriétaire et possesseur par cette tradition de brève main ; de sorte que, quand le débiteur paye à la femme, c'est le mari qui est censé payer. La femme ne devient donc, en

aucun cas, propriétaire des écus; seulement c'est le *tradens* fictif ou le mari qui en reste propriétaire, et qui, par conséquent, peut exercer la revendication, tout comme si la tradition avait directement été faite par lui. En somme, nous arrivons à prononcer la nullité de l'opération, non pas en ce sens que le débiteur reste obligé, mais en ce sens que la femme ne devient pas propriétaire des deniers, et que la revendication appartient au mari. Les jurisconsultes transformaient l'opération, mais à cette fin de la frapper de nullité sous cette forme nouvelle; et cette opération, destinée à transférer à la femme la propriété des écus, n'atteignait pas ce résultat. Il est bien évident, toutefois, que le débiteur n'était pas libéré *ipso jure*, le pacte n'ayant pas cette vertu. Il pouvait donc être actionné par le mari, tant qu'il n'avait pas payé; et, comme ce fait du mari aurait impliqué révocation du mandat de payer à la femme, nous pensons que le débiteur aurait été tenu de payer au mari. Que si ce dernier l'avait actionné postérieurement au payement, le débiteur lui aurait victorieusement opposé l'exception de dol. — Telle était la doctrine qui avait prévalu; les termes dubitatifs dont se sert Ulpien font croire qu'elle n'avait pas toujours eu cours, et que, dans le vieux droit, l'opération tout entière était nulle *ab initio*. (L. 3, § 12, *eod.* : « *Celsus scribit, videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum, et nummos factos mariti, non uxoris.* ») La l. 26, pr., *eod.*, traitant de la même hypothèse, est moins explicite; elle déclare bien que la femme n'a pas la possession civile, ni la propriété; mais elle ne dit pas à qui appartient la propriété; elle admet toutefois implicitement qu'elle appartient au mari, puis-

qu'elle reconnaît que le débiteur est libéré. La l. 39, *eod.*, n'infirme aucunement ces assertions ; elle vise un tout autre cas; et si le débiteur qui paye à la femme, reste en cette espèce propriétaire de l'argent, c'est qu'il n'a nullement payé sur l'ordre du mari, mais simplement pour accomplir une promesse faite à la femme, promesse qu'il croit valable, et qui est nulle. Il ne pouvait donc y avoir en ce cas de constitut possessoire, faute d'intention chez le débiteur de rendre le mari propriétaire et possesseur de l'argent.

b. Il en est de même, si le mari charge un tiers, qui n'est point son débiteur, mais qui accepte ce mandat *donandi animo*, parce qu'il veut gratifier le mari, de payer à la femme. Toujours en vertu du constitut possessoire, le mari devient propriétaire des écus, et peut les revendiquer de la femme. (L. 3, § 13, *eod.*) Julien donne la même décision dans la l. 4, *eod.*, en parlant du cas où le tiers avait l'intention de faire au mari une *donatio mortis causâ.* Et Scævola revient encore sur ce cas dans la l. 56, *eod.*, pour dire que la tradition est nulle, ce qui implique bien que la propriété appartient au mari. Il faut observer que peu importe que la *donatio mortis causâ* soit validée par le prédécès du donateur, ou anéantie par sa survie, puisqu'au premier cas, le mari est privé d'un bien qu'il aurait eu sans la tradition faite à la femme, tandis qu'au second cas, ses héritiers sont tenus de la *condictio* qu'intentera contre eux le donateur. L'opération est donc nulle *omni modo.*

c. De même encore, quand le mari ordonne à un tiers simple mandataire, qui ne lui est uni par aucun rapport de droit, de payer à la femme. Là encore il y a donation, car le mari étant devenu propriétaire et pos-

sesseur des écus par le constitut possessoire, a contracté l'obligation de restituer une somme égale au mandataire, qui fera valoir sa créance par l'*actio mandati contraria*. (L. 52, § 1, *eod.*)

Et cependant un texte d'Africain, la l. 38, § 1, *de solut.*, contredit les trois solutions précédentes, et notamment celle que nous avons tirée de la l. 3, § 12, sur la première de ces trois hypothèses. D'après cette loi, le débiteur du mari, qui paye à la femme sur le mandat de ce dernier, n'est pas libéré, mais acquiert simplement la *condictio* contre la femme. Africain suppose évidemment que les écus sont consommés par la femme, puisqu'il n'accorde que la *condictio* ; si les écus existaient encore, le tiers aurait certainement la revendication ; il faut bien en effet que la propriété lui appartienne, puisqu'elle n'appartient ni à la femme, ni au mari. Si le tiers n'est pas libéré, il pourra être poursuivi par le mari, seulement il lui opposera l'exception de dol, et sera acquitté, pourvu qu'il consente à lui céder son action contre la femme. Cette décision est tout à fait contraire à celles de Celsus, Julien et Ulpien, qui estimaient que le payement transmettait idéalement la propriété et la possession au mari, tout en opérant libération du débiteur. Africain est d'ailleurs connu pour n'admettre qu'avec réserve le constitut possessoire, et les effets étendus que d'autres jurisconsultes reconnaissaient à cette fiction. C'est ainsi qu'il admettait à grand'peine l'existence d'un *mutuum*, quand le créancier chargeait son débiteur de payer à un tiers, qui recevait l'argent à titre de *mutuum* ; et qu'il n'admettait point qu'il y eût *mutuum*, quand le mandant donnait au mandataire l'ordre de

conserver à titre d'emprunteur l'argent qu'il détenait à titre de mandataire. La loi 38 est donc une preuve que la nullité radicale de toutes les parties de l'opération avait eu dans l'origine et conservé longtemps des partisans sérieux. Mais la fiction du constitut possessoire avait introduit une doctrine nouvelle, à laquelle se ralliaient des adhésions de plus en plus nombreuses, puisque cette fiction était un moyen scientifique et commode de simplifier les opérations juridiques, en faisant abstraction de leur forme, pour ne s'attacher qu'à leur esprit. (L. 34, pr., *mandati*; l. 15, *de reb. credit.*; l. 11, pr., *de reb. credit.*; l. 3, § 3, *ad senatusc. Maced.*; l. 8, C., *si cert. pet.*)

B. L'opération est de nature à procurer à l'autre époux l'extinction d'un droit réel, qui pèse sur un de ses immeubles. Par exemple, cet autre époux est propriétaire d'un immeuble, sur lequel un tiers a un droit de servitude, ou d'usufruit. L'autre conjoint donne mandat au tiers de laisser éteindre la servitude par non-usage, ou de faire abandon de l'usufruit, de telle sorte que l'autre époux devienne plein propriétaire. Peu importe du reste qu'il existe ou non un rapport obligatoire antérieur entre le tiers et l'époux mandant, puisque ce rapport est institué ou tend à l'être par le mandat lui-même. En principe ce mandat doit être nul pour cause illicite. Tant que le mandat n'est pas exécuté, le mari n'a pas le droit d'intenter l'*actio mandati directa* pour forcer le tiers à l'exécuter. Mais si le tiers l'exécute de lui-même, s'il laisse éteindre sa servitude par non-usage, ou abandonne son usufruit, cette omission et cette renonciation sont-elles efficaces? Il est certain d'abord que la servitude est éteinte par

non-usage. La loi 5, § 6, *eod.*, ne laisse aucun doute à cet égard ; le mari aura donc la *condictio* pour forcer la femme à rétablir la servitude ou à en payer la valeur, et sera tenu lui-même de l'*actio mandati contraria* à l'égard du tiers. Car le mandat, nul jusqu'à l'exécution, et ne conférant aucun droit au mandant, investit le mandataire d'une créance en indemnité, une fois qu'il est exécuté. Quant à l'abandon de l'usufruit, les textes sont muets sur cette question. Je crois qu'originairement on aurait pu déclarer cet abandon absolument nul, ce qui était fort simple ; mais que, par la suite, la jurisprudence se relâcha de cette rigueur, et admit l'assimilation avec le cas précédent.

C. L'opération est de nature à procurer à l'autre époux l'acquisition d'un droit de créance contre le tiers.

a. Ainsi, un mari charge son débiteur de promettre à la femme la somme qu'il lui doit. Le principe est que l'opération tout entière est nulle. (L. 5, § 3, *eod.* : « *Si debitor viri pecuniam, jussu mariti, uxori promiserit, nihil agitur* ; » l. 39, *eod.* : « *Respondi inanem fuisse eam stipulationem.* ») Le mandat est nul, la stipulation l'est également ; le mari reste créancier, et la femme ne le devient pas. Le mari peut donc toujours actionner son débiteur en payement, et même l'exercice de cette action équivaudrait à la révocation tacite du mandat, puisque le débiteur ne peut payer deux fois la même chose. Le mari ne peut pas, je crois, contraindre le débiteur à payer à la femme, si celui-ci a reconnu son erreur au moment de la *litis contestatio*, ou n'est plus disposé à violer la loi. Mais si le débiteur paye de lui-même à la femme, le payement est nul. Dans les cas

ordinaires, un payement de l'indu, fait par erreur, transfère la propriété des deniers, et donne naissance à une *condictio indebiti* pour le *solvens*. (L. 23, pr.; l. 1, 2, *eod.*; l. 41, *de cond. indeb.*) Ici au contraire, le tiers qui, sur l'ordre du mari, s'est obligé envers la femme, et a payé cette dernière, reste propriétaire de son argent, peut le revendiquer tant qu'il existe, et le répéter par la *condictio*, quand il est consommé. Il reste donc obligé envers le mari, nonobstant le payement, et, dans la rigueur des principes, celui-ci pourra parfaitement l'actionner et se faire payer par lui; seulement on a admis ce tempérament, que le tiers serait libéré *exceptionis ope* par l'effet du payement, et qu'à cette action du mari il pourrait opposer l'exception de dol, à condition de lui céder sa revendication contre la femme. Quant à la *condictio*, le mari pouvait l'intenter directement contre la femme, cette dernière étant enrichie de l'argent reçu ; il est évident d'ailleurs que la *condictio* se mesurerait toujours sur l'enrichissement existant lors de la *litis contestatio*. (L. 39, *eod.*) — On voit qu'en ce cas, le débiteur n'était libéré *ipso jure*, ni par la novation faite avec le mari, ni par le payement; il était libéré *exceptionis ope*, et encore, par faveur spéciale.

b. Il en sera de même, si le mari, au lieu de déléguer son débiteur à la femme, donne mandat à un tiers qui n'est point son débiteur de s'obliger envers la femme. (L. 52, § 1, *eod.*)

c. De même encore, si le mari donne une somme d'argent, ou un objet quelconque à un tiers qui n'est pas son débiteur, pour que celui-ci s'oblige envers la femme.

D. L'opération est de nature à procurer à l'époux l'extinction d'une dette dont il est tenu envers le tiers. C'est ce qui arrive dans les cas suivants :

a. Le mari s'oblige envers un créancier de la femme à acquitter la dette de cette dernière. Il y a donation dans le fait seul de s'obliger, et indépendamment du payement. Tout cela est absolument nul; le mari n'est pas obligé, et la femme n'est pas libérée. La prohibition s'applique strictement, et à coup sûr; car la situation de fait des époux n'est point altérée, et il suffit de déclarer les opérations intervenues juridiquement inexistantes, pour assurer le respect de la prohibition. On eût pu concevoir un autre système, qui aurait consisté à déclarer l'obligation du mari valable, et la libération de la femme effectuée, en accordant au mari une *condictio* contre cette dernière. Mais outre que ce système aurait eu l'inconvénient de valider des opérations nulles, il eût encore présenté celui de faire courir au mari le risque de l'insolvabilité de la femme, puisque la *condictio* se mesure toujours sur l'enrichissement existant lors de la *litis contestatio*. (L. 5, § 4, *eod.*)

b. Le mari paye comptant un créancier de sa femme, pour faire une donation à cette dernière. En principe, ce payement est non avenu; le mari reste propriétaire des deniers, les revendique, s'ils existent encore, les répète par la *condictio*, s'ils sont consommés; quant à la femme, elle demeure obligée comme devant. Mais la rigueur de cette solution a dû être modifiée, dès que la nouvelle théorie du constitut possessoire a fait apparition dans la jurisprudence. On est ici forcé de parler par conjecture, les textes ne faisant aucune mention de ce cas important, qui doit pourtant entrer dans

l'exposition méthodique de la présente théorie. On supposait probablement que l'argent avait été remis par le mari à la femme, et livré par celle-ci au créancier. La difficulté spéciale à ce cas vient de ce que, si le mari se constitue détenteur au nom de sa femme, cette dernière n'acquiert ni la propriété, ni même la possession civile, mais bien une simple détention, par la raison qu'elle n'acquerrait ni la propriété, ni la possession, si les écus lui avaient été vraiment remis par le mari ; le tout par suite de la prohibition. Si donc on suppose, toujours en vertu du constitut, qu'avec cet argent elle paye le créancier, elle paye avec l'argent d'autrui; donc le créancier ne devient pas propriétaire des écus; donc la femme ne sera libérée que par la consommation que le créancier aura faite de ces écus. (L. 17, *de solut.* ; l. 19, § 1, *de reb. cred.*) Ainsi, tant que le créancier n'a pas consommé les écus, le mari en demeure propriétaire, et peut les revendiquer entre les mains du créancier. Si par conséquent le mari l'actionne, il pourra actionner aussi la femme. Que s'il actionne la femme, sans être lui-même actionné par le mari, son action sera, je crois, repoussée par l'exception de dol, n'étant pas nulle *ipso jure*. C'est seulement après la consommation que la femme est libérée envers le créancier; mais elle commence alors d'être enrichie de sa libération à l'égard du mari, qui peut intenter contre elle la *condictio*, jusqu'à concurrence de son enrichissement, tel qu'il se comporte à ce moment.

Nous avons vu comment se traduit la nullité des donations faites en violation de la prohibition, et comment la forme de cette nullité dépend de la forme en laquelle la donation a été faite. Il nous reste à voir

quelles actions sont attribuées au donateur pour faire prononcer la nullité.

§ 2. De quels moyens juridiques dispose le donateur ponr faire valoir cette nullité de la donation?

Si la donation a consisté dans des opérations purement juridiques, de telle sorte que la situation respective des époux soit en fait restée intacte, la nullité suffit, et aucun moyen spécial n'est nécessaire pour la faire valoir : les opérations intervenues étant nulles et non avenues, l'effet de la prohibition est en ce cas préventif, ce qui rend inutile l'exercice d'une action. C'est ce qui arrive, quand l'époux s'est obligé envers son conjoint, ou lui a fait acceptilation à titre gratuit : il n'est point débiteur, et il reste créancier. Mais si la situation de fait a été modifiée, l'effet de la prohibition ne saurait être que réparateur; et il faut que le donateur ait les moyens de remettre la situation de fait au même point que la situation juridique, c'est-à-dire de faire valoir en fait la nullité qui existe en droit. Ces moyens sont au nombre de trois : la revendication directe ou utile, la *condictio*, et la *retentio pignoris loco*. (L. 5, § 18; l. 36, pr., *eod.*; l. un., § 5, C., *de rei ux. act.*)

I. De la revendication. Elle s'exerce, quand la chose, objet de la donation, existe encore en nature, soit dans les mains du donataire, soit dans les mains d'un tiers. Nous verrons à qui cette action est donnée, contre quelles personnes elle est donnée, et avec quelle efficacité elle s'exerce.

1. A qui est-elle donnée? A l'époux, bien évidemment, en supposant qu'il fût *dominus* de l'objet par lui donné. S'il avait donné la chose d'autrui, la revendication ne lui appartiendrait point. (L. 23, pr., *de rei*

V.) Et pour réussir en son action, il devra prouver que lui et ses auteurs étaient propriétaires de l'objet.

2. Contre qui est-elle donnée? Contre celui qui possède la chose, que ce soit l'époux ou un tiers. Et c'est au moment de la *condemnatio* qu'on examine si le défendeur est ou non possesseur. (L. 27, § 1, *de rei V.*) Nous laissons de côté le cas où la revendication est intentée contre un tiers, ce cas ne présentant rien de particulier; nous la supposons intentée contre l'époux.

A. Elle est donnée contre l'époux, s'il est *verus possessor*. Si l'époux nie qu'il possède, le demandeur prouvera qu'il ment; l'époux défendeur sera alors tenu de transporter immédiatement la possession à celui qui revendique, et de prendre le rôle de demandeur, en prouvant que son conjoint n'est pas *dominus*, et qu'il l'était, lui.

B. La revendication n'est pas donnée seulement contre le *verus possessor*, mais aussi contre le *fictus possessor*.

a. Cela étant, l'époux donataire, qui a cessé par dol de posséder (L. 131, l. 157, § 1, *de R. J.*), sera-t-il tenu comme un *fictus possessor* ordinaire? Le donateur pourra-t-il intenter contre lui l'*actio in factum*, puis plus tard la revendication, quand les dispositions du sénatus-consulte Juventien eurent été étendues de la *petitio hereditatis* à la *rei vindicatio*? (L. 20, § 6; l. 25, § 2, *de H. P.*; l. 27, § 3, *de R. V.*) Et si l'époux est tenu de cette revendication, sera-t-il condamné, comme un *fictus possessor* ordinaire, à la valeur de la chose, que le demandeur fixerait par un *juramentum in litem*? (L. 68, *de R. V.*)

b. Que si l'époux a cessé de posséder par simple

faute, sera-t-il encore ici tenu comme un possesseur ordinaire? Distinguera-t-on, suivant qu'il aura cessé de posséder avant ou après la *litis contestatio*? (L. 31, § 3, *de H. P.*; l. 25, § 2, *de H. P.*; l. 45; l. 63, *de R. V.*)

La solution définitive de ces difficultés dépendra du parti qu'on prendra sur la question de savoir quels caractères affecte la possession de l'époux donataire. (Wetzell, *der roemische Vindications prozesz*, p. 219; Waechter, *Eroerterungen*, 3e cahier, p. 130.)

C. La revendication est même donnée en un cas contre l'époux qui ne possède point du tout la chose donnée. Si l'époux donataire est insolvable, et si de plus la chose acquise avec l'argent donné se trouve dans son patrimoine, le donateur, qui veut révoquer la donation, peut employer à cet effet, non pas seulement la *condictio*, mais aussi la revendication utile. (L. 55, l. 30, *cod.*) Bien que la l. 55 ne parle expressément que de la femme qui a donné à son mari, cette faveur est étendue avec raison aux donations faites par le mari à la femme. Il résulte du caractère utile qu'affecte cette revendication, que la revendication directe appartient toujours au vrai propriétaire, c'est-à-dire à l'époux acquéreur de la chose, qui ne cède qu'à l'époux exerçant la revendication utile; et il en résulte encore que l'extinction de la revendication directe en la personne de l'époux donataire, c'est-à-dire l'extinction de la propriété de ce dernier, entraîne l'extinction de la revendication utile en la personne de l'époux donateur. Cette revendication utile ne peut donc jamais être intentée contre le successeur à titre singulier de l'époux donataire. (Vangerow, *Lehrbuch*, § 332, Re-

marq. 3, Ihering's *Jahrbücher*, III, p. 161; Glück, VIII, p. 159, 188; Gesterding, *Darstellung der Lehre vom Eigenthum*, p. 363.)

3. Quels effets produit la revendication intentée contre l'époux donataire? — Tous les auteurs gardent un silence discret sur cette question délicate. Il s'agit de savoir au juste comment doit être traité l'époux donataire, qui succombe dans la revendication. En principe, le défendeur à cette action doit restituer la *res* et l'*omnis causa*. Seulement cette obligation est plus ou moins stricte, selon le caractère qu'affecte sa possession, selon notamment qu'il est de bonne ou de mauvaise foi. Il importe donc, avant toute chose, de savoir à quoi s'en tenir sur la possession de l'époux donataire.

A. Et tout d'abord la possession de l'époux est-elle *civilis* ou *naturalis*? Les textes sont fort peu d'accord au sujet de cette terminologie : tandis que les l. 1, § 4, l. 16, *de adq. vel amit. posses.*, l. 1, § 2, *pro dona.*, le reconnaissent comme possesseur, et lui accordent les interdits, en lui refusant il est vrai l'usucapion, la l. 1, § 9 et 10, *de vi*, et la l. 26, pr., *eod.*, lui refusent la possession civile :

L. 1, *de vi*, § 9 : « Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat, nam et naturalis » possessio ad hoc interdictum pertinet. » § 10 : « Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta » sit, poterit interdicto uti, non tamen, si colonus. »

L. 26, pr., *eod.* : « Si eum, qui mihi vendiderat, jus- » serim eam rem uxori meæ donationis causâ dare, et » is possessionem jussu meo tradiderit, liberatus erit, » quia licet illa jure civili possidere non intelligatur, » certè tamen venditor nihil habet quod tradat. »

a. Ces deux lois sont en parfait accord avec la théorie de Savigny sur la possession. D'après lui, la *possessio civilis* est uniquement celle qui conduit à l'usucapion; la *possessio naturalis* est celle qui n'y conduit pas. Seulement la *possessio naturalis* peut engendrer les interdits, auquel cas elle s'appelle *possessio* (*per eminentiam*), ou ne pas produire cet effet, auquel cas elle s'appelle *possessio naturalis*, dans le sens propre et étroit du mot. Or il résulte bien de ces deux lois que la femme ne possède point *jure civili*, mais *naturaliter*, et a les interdits. *Civiliter non possidere* a dès lors un double sens; ces mots expriment tantôt la négation de la possession civile, *ad usucapionem*, tantôt la négation de toute possession produite par des causes civiles, *ad usucapionem*, ou *ad interdicta*. (Savigny, § 10; Bruns, *das Recht des Besitzes*, Tüb., 1848, p. 106; Puchta, *de civili possess.*, Lipsiæ, 1839.)

b. Ces textes démontrent au contraire la fausseté d'une théorie autrefois très-répandue, et dernièrement reprise par Erb, d'après laquelle *possessio civilis* désignerait tant la *possessio ad usucapionem*, que la *possessio ad interdicta*; de sorte que posséder *naturaliter* signifierait simplement avoir une possession qui ne produit ni l'usucapion, ni les interdits. Cela est incompatible avec nos deux lois, puisque d'après cette théorie, la femme, ayant les interdits, devrait posséder *civiliter*, et que cependant elle ne possède que *naturaliter*. (Thibaut, *Ziv. Arch.*, 18, p. 317, 23, p. 167; Kierulff, *Theorie des gemeinen Zivilrechts*, 1, p. 346; Warnkoenig, *Zivil Arch.*, XX, p. 178; Sintenis, *prakt. Zivilrecht*, I, p. 447, notes 23 et 24; Vangerow, *Lehrbuch*, § 119.) Tous les efforts qu'ont tentés les partisans de cette

doctrine sont impuissants à la faire valoir : en vain Thibaut traduit comme il suit la loi 1, § 10 : « Si le mari a donné un immeuble à sa femme, et qu'elle en soit *dejecta*, le mari a l'interdit, tandis qu'il ne l'a point, si c'est le fermier de la femme qui est *dejectus* » ; et cela, sous le prétexte que le mari doit prendre à cœur tous les dommages éprouvés par la femme! La loi dit, au contraire, que l'interdit appartient à la femme *dejecta*, et non point au fermier *dejectus*. — En vain Kierulff soutient que cette loi ne dit nullement que le *possessor naturalis dejectus* a l'interdit ; mais seulement qu'un interdit peut résulter de sa *dejectio*, non pas pour lui, mais pour celui au nom de qui il possède. — Il est tout aussi insoutenable de dire avec Pfeiffer que la femme doit avoir l'interdit, si elle-même est *dejecta*, mais non pas si son fermier est *dejectus*, parce qu'en ce cas, elle n'a pas même la *possessio naturalis*.

c. Il résulte simplement de ces deux lois que l'époux donataire possède *naturaliter* ; les donations entre époux sont nulles en droit civil ; l'époux donataire n'est donc pas même *possessor* ; seulement, comme le droit civil ne peut détruire un fait, il est possesseur naturel. Et comme en ce cas, ainsi que dans les cas analogues de *naturalis possessio*, le détenteur ne possède pas *alieno nomine*, et qu'aucun tiers ne possède la chose donnée avec *animus domini*, il est naturel d'accorder les interdits au détenteur. Car, si on ne le faisait pas, personne n'aurait, en cas de *dejectio*, le droit d'exercer une action quelconque. C'est seulement en cette mesure que la *naturalis possessio* conduit à l'interdit *undè vi* ; c'est seulement quand le détenteur possède *suo nomine*, et qu'en outre il n'a pas l'*animus*

domini, ou n'a pas le droit de l'avoir, soit parce que la chose possédée est hors du commerce, soit parce que le possesseur est lui-même incapable de propriété, soit enfin parce que la possession résulte d'une opération radicalement nulle en droit civil, c'est seulement en ces cas que le détenteur peut exercer les interdits, bien que possédant seulement *naturaliter*. Dans tous les autres cas de *naturalis possessio*, quand il délient *alieno nomine*, par exemple, quand il est fermier, ce moyen ne lui appartient pas. La possession naturelle ne produit donc l'interdit que quand le détenteur détient en son propre nom. (L. 1, § 10, 22, 23 ; l. 8 ; l. 12, *de vi*.) Et si l'un de ces textes accorde l'interdit *undè vi* au fermier, c'est parce que ce dernier a commencé par *dejicere* le propriétaire bailleur, et par conséquent, possède dès lors en son propre nom. L'interprétation contraire, qui consiste à accorder l'interdit *undè vi* à tout détenteur, repose sur une interprétation fausse de la l. 1, § 9, *de vi*. (L. 20, *de vi* ; l. 1, C., *si per vim* ; Sintenis, *Zivilrecht*, I, § 42, p. 449, II, § 127 ; Savigny, *das Recht des Besitzes*, 1837, p. 175 et 510 ; Burchardi, *Zivil Arch.*, XX, p. 45 ; Bruns, *cit.*, p. 62.) — Ainsi, est *possessor civilis*, non point, comme le dit Savigny, celui qui possède *ad usucapionem*, mais celui qui à la détention joint l'*animus domini* ; est *possessor naturalis* celui qui détient, sans avoir cet *animus* ou sans avoir le droit de l'avoir, parce que, bien qu'il existe en fait, la loi le répute juridiquement inexistant. Cette possession naturelle ne fonde aucun droit, ni l'usucapion, ni même en général, l'interdit ; mais par exception, certains cas de possession naturelle fournissent un interdit au possesseur. La femme se trouve dans un

de ces cas; elle a l'*animus domini*, seulement elle ne doit point l'avoir; et cependant, comme cet *animus* fait qu'elle détient *suo nomine*, elle acquiert l'interdit *undè vi*. Tel est le caractère de la possession de l'époux donataire, au point de vue de la division de la possession en possession civile et naturelle. (Vangerow, *Lehrb.*, § 199.) L'unique distinction entre le *possessor civilis* et *naturalis* est donc que le premier a l'*animus domini*, tandis que le second ne l'a point, ou n'a point le droit de l'avoir. On comprend dès lors qu'il est bien plus facile de posséder *civiliter*, que de posséder *ad usucapionem*. En effet, il ne suffit pas d'avoir l'*animus domini*, pour usucaper, il faut en outre le juste titre et la bonne foi; or il arrivera souvent qu'un possesseur aura l'*animus domini*, sans réunir les conditions nécessaires pour l'usucapion, parce que, par exemple, il sera de mauvaise foi; il n'usucapera point, et cependant il possédera *civiliter*. Nous estimons donc erroné le sens que Savigny attache à ces expressions posséder *civiliter*. Si cette théorie était fondée, il en résulterait que tous ceux qui n'usucapent point posséderaient *naturaliter*, et cela n'est pas exact.

B. Etant admis que l'époux possède seulement *naturaliter*, parce qu'il n'a point l'*animus domini* juridique que la loi exige, qu'il n'usucape point, faute au moins de juste titre, il y a lieu de se demander s'il est possesseur de bonne ou de mauvaise foi. Et d'abord, en quoi consiste la bonne foi? Il ne faut pas entendre par là la persuasion du possesseur qu'il a acquis la propriété; persuasion qui ne devrait point être subjective, mais s'appuyer sur un fondement réel, qui serait le juste titre, comme l'ont prétendu Unterholzner,

Verjaehrung, § 95, Savigny, *Syst.*, III, p. 368, Puchta, *Pandecten*, § 157. La bonne foi se définit la croyance où est l'acquéreur que son auteur était propriétaire de la chose, ou, s'il ne l'était pas, avait au moins le droit de l'aliéner. (L. 109, *de V. S.*) La croyance à l'existence ou à la validité du titre n'a rien à faire avec la bonne foi. On comprend que le plus souvent la croyance à la qualité de propriétaire de l'auteur impliquera la croyance à l'acquisition de la propriété. Mais ce ne sera pas toujours le cas ; car il y a bonne foi et usucapion, quand le possesseur croit à l'inexistence d'un titre réel, cas où il croit l'auteur propriétaire, et s'imagine au contraire n'avoir point acquis la propriété. (L. 20, § 12, *de H. P.*; l. 48; l. 44, § 4, *de usurp.*; l. 2, § 2, *pro emptore*; l. 25 *eod.*) Ce qui le prouve encore, c'est qu'il y a bonne foi et usucapion, quand un individu, capable d'acquérir la propriété, se croit incapable à cet égard. (Scheurl, *Beitraege*, II, p. 54; Stintzing, *cit.*; Pagenstecher, *Eigenthum*, II, p. 288; Boecking, II, § 146; Arndts, § 59; Brinz, § 58.) Quoi qu'il en soit de ces deux théories, l'époux donataire n'est possesseur de bonne foi, d'après aucune des deux. Il possède donc de mauvaise foi; car il n'existe à ce point de vue aucun degré intermédiaire de possession. Mais on sait que la revendication produit des effets terribles, relativement aux obligations qui incombent au défendeur possesseur de mauvaise foi. Appliquerons-nous à l'époux donataire toutes ces conséquences? Il faudrait bien s'y résoudre, si le principe que l'époux est tenu comme un possesseur de mauvaise foi n'était pas limité et tempéré par cet autre principe, qu'il n'est tenu de la *condictio* que dans la limite de son enrichis-

sement actuel. Il est nécessaire d'examiner de fort près la combinaison de ces deux principes contraires :

L'époux donataire, actionné en revendication, est tenu de restituer la chose et l'*omnis causa.*

a. Il est tenu de restituer la chose donnée, mais en tant seulement qu'elle existe encore. Tandis que le possesseur de mauvaise foi ordinaire est tenu de son dol et de sa faute dès le commencement de sa possession jusqu'à la *litis contestatio*, et répond en outre du cas fortuit depuis cette époque, quand l'origine de sa possession est un vol ou une prise de possession violente (l. 8, § 1, l. 17, *de cond. furt.*, l. 19, *de vi*, Glück, VIII, p. 243, Mühlenbruch, *Lehrb*, § 371 et 355), l'époux donataire n'est tenu, jusqu'à la *litis contestatio*, ni de son dol, ni de sa faute, ni du cas fortuit. C'est seulement après la *litis contestatio* qu'il commence d'être tenu comme un possesseur de mauvaise foi, c'est-à-dire d'être responsable de son dol, de sa faute et même du cas fortuit. Toutefois il ne répondrait pas du cas fortuit, s'il pouvait prouver que la perte ou détérioration fortuite était inévitable et se serait nonobstant produite, s'il eût restitué la chose au moment de la *litis contestatio.* (L. 20, § 21, l. 40, *de H. P.*; l. 14, § 11, *quod metus causâ*; l. 16, pr.; l. 62, *de R. V.*) En somme, jusqu'à la *litis contestatio*, l'époux est pleinement assimilé à un possesseur de bonne foi; il ne restitue la chose que si elle existe ; le principe qu'il est tenu comme un possesseur de mauvaise foi est tout à fait neutralisé par cet autre principe, qu'il n'est tenu que de son enrichissement existant lors de la *litis contestatio.* Après la *litis contestatio*, au contraire, le principe qu'il est tenu comme un possesseur de mauvaise foi reprend

toute sa force, puisque l'autre n'a plus à s'appliquer. Il est donc tenu, non-seulement de sa faute et de son dol, mais même du cas fortuit, alors que le possesseur de bonne foi n'est jamais tenu que du cas fortuit. (L. 25, § 7, 11 ; l. 20, § 11 ; l. 31, § 1 et 3 ; l. 40, pr., *de H. P.* ; l. 45 ; l. 15, § 3, *de R. V.* ; l. 2, C., *de furt.* ; Kierulff, *Theorie*, I, p. 277 ; Waechter, *Eroerterungen*, p. 106 ; Savigny, VI, p. 84 ; Vangerow, § 333, 2.)

La revendication étant une action arbitraire, si l'époux a encore la chose au moment de la *condemnatio*, le juge lui donnera l'ordre de restituer ; s'il l'exécute, il sera absous ; s'il refuse de l'exécuter, il sera condamné à une somme fixée par le *juramentum in litem* du conjoint demandeur. (L. 68, *de R. V.*) Enfin la chose doit être restituée au lieu où elle se trouve, et si l'époux demandeur exige que la restitution s'opère au lieu du procès, le transport s'effectue à ses risques et à ses frais, à moins que l'époux donataire n'ait par dol éloigné la chose du lieu où se plaide l'affaire. (L. 10, 12, *de R. V.* ; l. 11, § 1, *ad exhib.*)

b. L'époux est tenu de restituer la chose *cum omni causâ*, c'est-à-dire d'abord avec les fruits. Cette obligation, qui apparaît ici comme accessoire, quand c'est une chose frugifère qui a été l'objet de la donation, est principale, quand c'est seulement l'usage d'une chose qui a fait l'objet de la libéralité ; les solutions à donner sur les deux cas sont, du reste, identiques. Nous supposons qu'il ne s'agit point d'une somme d'argent, parce que d'abord l'argent se revendique rarement, et qu'en outre les fruits ou intérêts de l'argent ne constituent point donation entre époux, faute d'appauvrissement du donateur. La règle est que le *bonæ*

fidei possessor devient propriétaire des fruits par la séparation d'avec le sol, sans distinguer entre les fruits naturels et industriels, et qu'il est tenu de restituer seulement les fruits exstants lors de la *litis contestatio*, ainsi que ceux qu'il a perçus ou aurait dû percevoir à partir de cette époque. (L. 2, C., *de fructib.*; Savigny, *Besitz*, § 22 a, p. 314; Unterholzner, *Zivil Archiv.*, VIII, p. 311; Puchta, *Cursus*, II, § 242; Marezoll, *Gieszer Zeitschrift*, XVIII, p. 211; Jancke, *das Fruchtrecht des redlichen Besitzers*, 1862, p. 1-185.) Le *malæ fidei possessor* au contraire est tenu de restituer tous les fruits, consommés ou existants (l. 22, C., *de R. V.*), naturels ou industriels, qu'il a perçus, ou qu'il aurait dû percevoir. L'époux donataire est toujours tenu comme un possesseur de mauvaise foi, sauf qu'il ne peut jamais être dépouillé d'un émolument supérieur à celui qu'il possède lors de la *litis contestatio*. Sa condition tiendra donc, et de celle du possesseur de bonne foi, et de celle du possesseur de mauvaise foi.

x. Quid des fruits perçus avant la *litis contestatio*?

αα. L'époux restitue les fruits exstants lors de la *litis contestatio*. Il est libéré de l'obligation de les restituer par la consommation qu'il en a faite, ou par leur perte survenue, ou par l'aliénation qu'il en a consentie à un tiers. L'époux ne restitue que les fruits exstants, mais il les restitue comme possesseur de mauvaise foi; c'est-à-dire que l'époux donateur peut les revendiquer directement, et non pas seulement se borner à soutenir que l'époux défendeur est tenu de lui en retransférer la propriété. En effet, l'époux donataire d'une chose frugifère la possède de mauvaise foi; donc il n'acquiert point les fruits, qui sont acquis à l'époux donateur,

et que celui-ci revendique accessoirement à la chose, si la donation des fruits n'était qu'accessoire, principalement, si elle était principale. La situation de l'époux est toute différente de celle d'un possesseur de bonne foi, bien qu'il ne soit tenu comme ce dernier que des fruits exstants. Ce dernier est propriétaire des fruits; donc le propriétaire de la chose ne les revendique pas, n'en étant point *dominus*; il soutient seulement que le défendeur est obligé de lui transférer la propriété des fruits exstants; c'est là une obligation du défendeur qui entre dans l'*officium judicis*, et est accessoire à la revendication. (§ 55, Inst., *de rer. divis.*; § 2, Inst., *de officio judic.*) L'époux au contraire, possesseur de mauvaise foi, détient simplement les fruits comme *possessor naturalis*; il a vis-à-vis d'eux la même possession qu'à l'égard de la chose même; et ici la théorie de Savigny sur l'acquisition des fruits, fausse pour le possesseur de bonne foi, devient exacte. (L. 4, C., *de crim expil. heredit.*; l. 22, § 2, *de pign. act.*; l. 3, C., *de cond. ex lege.*) Ainsi une revendication des fruits exstants est ici possible, parce que le possesseur est de mauvaise foi, tandis qu'elle serait impossible, s'il était de bonne foi. (Arndts, *Lehrbuch*, § 156, Rem. 3.)

ββ. L'époux donataire n'acquiert pas plus les fruits industriels que les fruits naturels : de même que le possesseur de bonne foi les acquiert tous sans distinction, le possesseur de mauvaise foi n'en acquiert aucun. (L. 48, pr., *de adq. rer. dom.*)

Cette solution, incontestable pour le possesseur de mauvaise foi, n'avait pas été admise sans difficulté pour l'époux. On avait eu beaucoup de peine à l'assimiler à un possesseur de mauvaise foi; et toutefois nous esti-

mons que cette doctrine avait prévalu, et devait en effet prévaloir. Trois doctrines paraissent avoir à ce sujet circulé dans la jurisprudence romaine :

ααα. Les uns, comme Julien et Ulpien, assimilaient les fruits des choses frugifères aux intérêts des sommes d'argent, et déniaient à l'époux donateur la revendication de ces fruits exstants :

Ulp., l. 17, pr., *eod.* : « De fructibus quoque vi» deamus, si ex fructibus prædiorum, quæ donata sunt, » locupletata sit, an in causam donationis cadant? Et » Julianus significat, fructus quoque, ut usuras, licitam » habere donationem. »

Il est impossible d'admettre que cette doctrine illogique eût prévalu parmi les jurisconsultes; Ulpien et Julien s'étaient ici laissé égarer par une fausse analogie entre les intérêts des sommes et les fruits des choses. Ils avaient peut-être essayé d'étendre aux fruits l'exception peu raisonnable admise pour les intérêts, et de soustraire à la prohibition les donations de fruits. Cette tentative, si tant est qu'elle ait eu lieu, n'a certainement pas réussi, nous l'avons vu plus haut. Si donc il est certain que les donations directes ou indirectes de fruits tombent sous la prohibition, il est certain que l'époux possédait les fruits de mauvaise foi, et par conséquent ne les acquérait point. Il y aurait, en effet, contradiction flagrante à décider qu'une donation tombe sous la prohibition, et que, cependant, le donateur ne pourra revendiquer l'objet donné.

βββ. Pomponius distinguait entre les fruits naturels et industriels, décidant que l'époux donataire n'acquiert point les premiers, mais les seconds.

L. 45, § 1, *de usuris* : « Fructus percipiendo uxor

» vel vir ex re donatâ suos facit, illos tamen quos suis » operis adquisierit, veluti serendo; nam, si pomum » decerpserit, vel ex silvâ cædit, non fit ejus, sicuti nec » cujuslibet bonæ fidei possessoris, quia non ex facto » ejus is fructus nascitur. »

Cette distinction est admise par Unterholzner, qui voudrait même l'étendre à tous les possesseurs de bonne foi. Cette extension est inadmissible, d'abord parce que l'époux n'est pas lui-même un possesseur de bonne foi, et que le raisonnement d'analogie manquerait de base. Ce qui prouve encore que Pomponius ne regardait pas ici l'époux comme possesseur de bonne foi, c'est qu'il lui dénie la faculté d'acquérir les fruits par la perception; or, quand le possesseur de bonne foi acquiert des fruits, il les acquiert au moment de leur séparation d'avec le sol. Les mots de la fin du texte, *sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris*, ne signifient donc nullement que tous les possesseurs de bonne foi seront traités comme l'époux, mais seulement que tout possesseur de bonne foi n'acquerra pas les fruits naturels; et en ce sens, Pomponius a raison, puisque le possesseur qui n'a aucune *justa causa*, ou dont la bonne foi repose sur une erreur de droit, non de fait, ne les acquiert point. (Vangerow, § 326, Rem. 2.) Cette loi laisse donc intact le principe que le possesseur de bonne foi acquiert tous les fruits, sans distinction, ce qui fournit d'abord un argument pour dire que le possesseur de mauvaise foi n'en acquiert aucun. Cette opinion d'Unterholzner est du reste contredite par la loi 48, pr., *de adq. rer. domin.*, et n'est point justifiée par le § 35, Inst., *de rer. divisione* (*pro culturâ et cura*), d'où il résulte simplement que le *bonæ fidei possessor*

reçoit la propriété irrévocable des fruits par lui consommés, à titre d'indemnité des peines qu'il s'est données et des dépenses qu'il a faites.

La doctrine de Pomponius reste donc strictement réduite à l'époux donataire, et nous soutenons que même en cette mesure, elle est fausse, et n'avait point prévalu. Et d'abord cette distinction ne fait que reculer la difficulté sans la résoudre ; elle ne correspond à rien de réel ; en effet, les fruits industriels présentent un bénéfice net, quand on a déduit de leur somme les frais de culture ; cette déduction opérée, il est donc impossible d'apercevoir une différence entre les fruits, tous étant ramenés au même type. Cela est si vrai que le fermage est la simple représentation du bénéfice net résultant des fruits industriels. De plus cette distinction est formellement contraire à la prohibition, qui s'applique aux donations de fruits comme aux donations de choses. L'admettre serait presque supprimer la prohibition, en ouvrant une large porte à toutes les fraudes : les époux pourraient se faire impunément des donations indirectes en se donnant des biens ruraux ; le donataire vendrait la chose, et garderait les fruits industriels, les plus importants de tous. Cette distinction est encore incompatible avec la décision suivante : la loi un., C., *si dos*, la l. 3, C. Théod., *de jure dot.*, et la Nov. 22, c. 39, décident qu'il y a donation prohibée, quand le mari, *constante matrimonio*, restitue à la femme tout ou partie de la dot, et qu'en conséquence tous les objets livrés par le mari à la femme, et notamment les immeubles dotaux, avec les fruits qui en dépendent, doivent être restitués par cette dernière au mari. Si la distinction de Pomponius ne se fait

point, quand la donation a consisté dans la restitution anticipée d'un immeuble dotal, appartenant au mari, combien moins doit-elle se faire, quand la donation porte sur un bien propre du mari, qu'il ne devrait jamais être tenu de restituer ! De plus, il est certain que cette distinction ne s'appliquait point à la donation des loyers d'un immeuble urbain, qui était prohibée, comme celle de la maison elle-même ; on comprendrait difficilement que les fruits d'un bien rural fussent traités différemment. (L. 11, *de don.*) Enfin, quand il y a lieu à la révocation de la donation d'un bien rural, non par suite de la prohibition entre époux, mais pour ingratitude du donataire, il y a certainement lieu à la répétition des fruits perçus. Et cependant il s'agit là d'une donation simplement révocable, et non pas nulle *ab initio*, et d'un possesseur qui a été de bonne foi, tandis que l'époux est un possesseur de mauvaise foi. (Savigny, *Syst.*, IV, § 147, notes c-h.)

γγγ. Tout nous conduit donc à la troisième doctrine, que professait Marcellus, à savoir que l'époux donataire ne gagne aucunement les fruits, et que les fruits exstants peuvent être revendiqués sans distinction.

Marcellus, l. 49, *eod.* : « Mulier, quæ ad communem » filium volebat, qui in potestate patris erat, post mor- » tem patris fundum pervenire, eum patri tradidit, uti » post mortem restituatur filio..... Si color, vel titulus, » ut sic dixerim, donationi quæsitus est, nihil valebit » donatio ; id est, si hoc exigit uxor, ut aliquid ex eâ » re interim commodi sentiret maritus..... »

Cette donation au fils pourrait avoir pour effet que le mari bénéficiât des fruits, ce qui ne doit point être. L'opinion de Marcellus nous paraît la seule conforme

aux principes et aux textes. Si l'époux donataire est de mauvaise foi, il n'acquiert point les fruits ; s'il ne les acquiert point, ils appartiennent à l'époux donateur et celui-ci les revendique. Ils appartiennent à l'époux donateur ; car le propriétaire de la chose frugifère a la propriété des fruits pendants ou séparés du sol, à moins qu'un possesseur de bonne foi ne les acquière, ce qui n'est point le cas. Ce n'est pas à dire que le propriétaire de la chose ait sur les fruits la même propriété que sur la chose même ; qu'il n'ait, par exemple, que la propriété bonitaire des fruits, s'il n'a que la propriété bonitaire de la chose. Savigny l'a soutenu à tort. (*Das Recht des Besitzes*, § 22 a, p. 318.) Ce qui prouve l'inexactitude de cette assertion est que les fruits d'une *res furtiva* ne sont pas pour cela des *res furtivæ*. Les fruits ne font pas partie de la chose qui les a produits, et n'en ont jamais fait partie en tant que fruits. Donc la propriété des fruits n'est pas la même que celle de la chose. La propriété des fruits n'est pas une partie de la propriété de la chose, pas plus que les fruits ne sont une partie de la chose. La propriété des fruits est simplement un effet, une conséquence de la propriété de la chose, comme les fruits sont un produit de la chose elle-même. Ce qui serait vrai d'une partie détachée de la chose, est inexact des fruits. C'est ainsi que l'époux, propriétaire bonitaire de la chose qu'il a donnée, acquerra la propriété quiritaire des fruits, et pourra les revendiquer, tandis qu'il ne pourrait revendiquer la chose elle-même. (Vangerow, *Lehrbuch*, § 317 et 326 ; Janssen, *dominus quemad. fruct. suos faciat*, 1853 ; Boecking, *Pandecten*, § 151.) Tel est le fondement juridique de la revendication de l'époux.

77. L'époux donataire ne restituera que les fruits perçus par lui, et non pas ceux qu'il aurait dû percevoir. Le possesseur de mauvaise foi ordinaire finit par être tenu, même avant la *litis contestatio*, de restituer les *fructus perceptos percipiendosque*. Cela n'était pas admis dans l'ancien droit ; le possesseur de mauvaise foi, à l'instar du *bonæ fidei possessor*, ne répondait probablement pas des *fructus percipiendi* pour le temps antérieur à la *litis contestatio*. Mais les innovations du sénatus-consulte Juventien en matière de *dolus præteritus* furent appliquées à la revendication. (L. 20, § 6; l. 25, § 2, 7, 4, 9, *de H. P.* ; l. 13, § 2 ; l. 27, § 3, *de R. V.*) Cette extension est inapplicable à l'époux ; car il n'est tenu que de son enrichissement actuel ; l'époux est donc encore ici assimilé au possesseur de bonne foi. Les mots *fructus percipiendi* étaient entendus dans un sens très-large ; on entendait par là, non pas seulement les fruits pendants par branches ou racines, que l'époux avait négligé de percevoir, mais encore les fruits que, par sa négligence, la chose avait manqué de produire. (L. 31, § 3, *de H. P.*; l. 33, *de R. V.* ; l. 19, pr., *de usuris* ; Heimbach, *cit.*, p. 171 ; Wetzell, *cit.*, p. 249 ; Schmid, 1, p. 303.) En outre, par *fructus percipiendi* il faut entendre les fruits que la chose aurait produits, si le défendeur l'avait administrée en bon père de famille, et même, quand le possesseur répond du *casus*, c'est-à-dire quand il est de mauvaise foi, et pour le temps postérieur à la *litis contestatio*, les fruits que le demandeur aurait fait produire à la chose, s'il en eût obtenu restitution immédiate. (L. 12, pr., *quod met. causâ* ; l. 1, § 41, *de vi* ; l. 4, C., *unde vi.*) Ces rigueurs sont inapplicables à l'époux : la revendication

pure sera intentée contre lui avec la même rigueur que contre un possesseur de mauvaise foi. Quant aux obligations accessoires, dont est tenu le possesseur de mauvaise foi, succombant dans la revendication, elles ne lui sont pas applicables, en tant qu'elles auraient pour résultat, non de le dépouiller de son enrichissement, mais de lui faire supporter une perte.

β. Quid des fruits perçus après la *litis contestatio* ? Ici le principe que l'époux est tenu comme un possesseur de mauvaise foi, reparaît, et s'applique dans toute sa force. On en conclut que l'époux donataire est tenu, depuis la *litis contestatio*, non-seulement de sa faute et de son dol, mais du cas fortuit. Assimilé à un possesseur de bonne foi pour le temps antérieur à la *litis contestatio*, il est traité comme un possesseur de mauvaise foi, pour le temps postérieur à la *litis contestatio*. (L. 17, § 1 ; l. 23, l. 79, *de R. V.*) Ainsi :

αα. L'époux n'est pas seulement tenu de restituer les fruits exstants, mais aussi les fruits consommés depuis la *litis contestatio ;* et peu importe que la disparition, la perte ou la consommation proviennent du dol, de la faute du défendeur, ou simplement du cas fortuit. Car le *malæ fidei possessor*, postérieurement à la *litis contestatio*, est tenu précisément avec cette rigueur.

ββ. Il n'est pas besoin de dire que la distinction entre les fruits naturels et industriels, inapplicable avant la *litis contestatio*, l'est encore bien plus après.

γγ. Enfin l'époux donataire est tenu, non-seulement des fruits perçus, mais de ceux qu'il aurait dû percevoir depuis la *litis contestatio*, et non pas seulement de ceux qu'un bon père de famille aurait fait produire à la

chose, mais de ceux même que l'époux demandeur en aurait tirés, s'il avait obtenu restitution immédiate le jour même de la *litis contestatio* ; toujours en vertu du principe que, depuis cette époque, l'époux défendeur est tenu comme un possesseur de mauvaise foi. (L. 22, C., *de R. V.* ; l. 2, C., *de fruct.* ; l. 1, § 1, C., *de pet. hered.*)

Telle est exactement la mesure en laquelle l'époux donataire est tenu de restituer les fruits.

Jamais l'époux ne pourra revendiquer d'autres fruits que ceux qu'il aurait obtenus sans la donation, et s'il eût gardé la possession de la chose. Si donc il était simple propriétaire avant la donation, ou s'il avait perdu l'usufruit, pendant le procès, il ne pourrait réclamer que la chose, et non les fruits. (L. 33, l. 35, pr., *de R. V.*)

Une des conséquences de la mauvaise foi de l'époux consiste encore en ce que l'époux donateur peut lui demander les fruits exstants par une revendication spéciale et directe, tandis que cette revendication serait impossible contre un possesseur de bonne foi.

Quant aux *fructus percipiendi* que l'époux demandeur peut réclamer depuis la *litis contestatio*, il ne pourra intenter relativement à eux aucune *condictio* spéciale, mais seulement les réclamer dans sa revendication de la chose même. (L. 76, *de R. V.*) Il entrera du reste dans l'*officium* du *judex* de faire restituer à l'époux demandeur en revendication de la chose principale, tous les fruits postérieurs à la *litis contestatio*, tandis qu'il n'ordonnera restitution des fruits exstants perçus antérieurement, que si l'époux demandeur en fait la demande spéciale. (L. 33, § 1, *de R. V.* ; l. 25, § 6,

de ædilit. edicto; Heimbach, *cit.*, p. 94, 164; Flach, *Entscheidungen*, II, p. 142.)

c. L'*omnis causa*, que l'époux défendeur doit restituer, ne comprend pas seulement les fruits, mais aussi les accessoires de la chose, qui ne sont point des fruits. Il doit les restituer *à fortiori*; car le *bonæ fidei possessor* lui-même gagne les fruits, et ne gagne pas ces accessoires: (L. 28, § 1, *de usur.*; l. 48, § 6, *de furt.*) Comme l'époux ne peut usucaper ces accessoires, le donateur aura toujours le droit de les revendiquer. (L. 10, § 2, *de usurpat.*) Tel est le *partus ancillæ*, quand une esclave a été l'objet de la donation. Quant aux petits des animaux, qu'Unterholzner veut à tort ranger dans les accessoires de la chose, et qui sont en réalité des fruits, ils doivent être restitués, mais comme fruits. — L'époux est donc également tenu de restituer les accessoires et les fruits : tandis que le possesseur de bonne foi ne gagne jamais les premiers, mais gagne les seconds et ne restitue que ceux non consommés, l'époux ne gagne ni les premiers ni les seconds, et les restitue tous deux, s'ils existent encore. La seule différence consiste en ce que l'époux donateur peut revendiquer directement et spécialement les fruits exstants, tandis que le demandeur ordinaire ne peut les demander que par une *condictio* contenue dans la revendication de la chose principale. (L. 2, § 2, *ad leg. Aquil.*) En résumé, l'époux est traité comme un possesseur de bonne foi, bien qu'il possède de mauvaise foi; seulement le défendeur ordinaire, possesseur de bonne foi, est tenu de retransférer au demandeur la propriété des fruits acquis par lui, et encore exstants, tandis que l'époux est simplement tenu de restituer les

mêmes fruits exstants, n'en étant pas devenu propriétaire. (Puchta, *Cursus*, II, § 270 ; Marezoll, p. 218 ; Boecking, II, p. 137 ; Jancke, p. 91.) Ainsi le possesseur de bonne foi acquiert la propriété des fruits, non par la perception, mais par la séparation d'avec le sol ; l'époux ne l'acquiert pas même par la perception, mais seulement par la consommation. Sa propriété naît en même temps qu'elle s'éteint, lors de l'extinction de la chose. (L. 13, *quib. mod. ususfruct. amittit.* ; l. 25, § 1, *de usuris.*) Cette différence n'existe point dans la théorie de Savigny, d'après laquelle le possesseur de bonne foi acquiert la possession de bonne foi, et non la propriété des fruits ; dans cette théorie, le possesseur d'une chose pourrait acquérir la *bonæ fidei possessio* des fruits, avant même de les posséder, la séparation des fruits n'impliquant pas nécessairement acquisition de la possession. (Puchta, *Vorlesungen*, 1, § 166 ; Vangerow, § 326.) — En somme, si l'on se place avant la *litis contestatio*, l'époux est traité comme un possesseur de bonne foi, en tant qu'il s'agit pour lui de ne faire aucune perte, et comme un possesseur de mauvaise foi, en tant qu'il s'agit de ne réaliser aucun bénéfice. Il est possesseur de mauvaise foi ; d'où il suit qu'il n'usucape point, n'acquiert point les fruits, et d'où résultent aussi des différences de procédure. Postérieurement à la *litis contestatio*, il est traité absolument comme un possesseur de mauvaise foi.

Mentionnons enfin une extension curieuse que reçoit entre époux la revendication. Si l'époux donne à son conjoint des matériaux, avec lesquels ce dernier édifie une construction sur son propre terrain, le donateur peut revendiquer et enlever ses matériaux, si cela

peut se faire sans endommager la construction. Mais il n'a pas l'action *de tigno juncto*, au double de la valeur des matériaux. (L. 63, l. 45, *eod.*; l. 43, § 1, *de leg.* 1°.) La situation de l'époux qui revendique est à la fois privilégiée et défavorable. Ce que la loi poursuit, c'est la suppression, par tous les moyens possibles, de l'enrichissement réalisé par le donataire. Ce qu'elle évite, c'est d'employer contre le donataire des rigueurs ayant un caractère pénal, et pouvant d'ailleurs enrichir le donateur ; elle met une inflexible douceur à poursuivre ce double résultat.

II. De la *condictio*. Elle était donnée, quand la chose était éteinte ou consommée; c'était une *condictio sine causâ*, l'opération ayant en fait une cause, mais une cause antijuridique. Cette *condictio* est donnée au donateur, contre le donataire, et son effet est de dépouiller ce dernier de l'enrichissement qui lui reste encore au moment de la *litis contestatio* ; en principe, la *condictio* est toujours donnée dans les limites de l'enrichissement qu'a produit l'opération, quand elle est intervenue. Ainsi l'époux donataire ne peut perdre, par l'effet de la *condictio* intentée contre lui; le but unique de cette action est de faire qu'aucun émolument ne lui reste entre les mains. C'est ce principe qui vient limiter cet autre, que la revendication est intentée contre l'époux avec la même rigueur que contre un possesseur de mauvaise foi. La revendication proprement dite sera en effet intentée contre lui; mais là où cette action ne sera plus applicable, parce que la chose sera éteinte ou diminuée de valeur, quand cette perte ou détérioration proviendrait de la faute ou du dol du donataire, ce qui ordinairement donnerait lieu à

une action personnelle comprise dans la revendication, cette action ne naîtra point; car la *condictio*, type de l'action personnelle, n'est donnée que dans la limite de l'enrichissement actuel. Si donc on se place avant la *litis contestatio*, la revendication pure et simple, tendant à la restitution des choses ou fruits exstants, dont le demandeur est resté propriétaire, sera seule possible contre l'époux donataire. Elle ne pourra se compliquer d'aucune action personnelle tendant à faire supporter au donataire la responsabilité d'une perte ou diminution de valeur antérieure à la *litis contestatio*. Car ces actions personnelles jointes à la revendication ne sont que des *condictiones* déguisées, et la *condictio* n'est donnée que dans les limites de l'enrichissement actuel. Ainsi, tandis que le possesseur de mauvaise foi ordinaire est tenu, outre la revendication, de toutes les actions personnelles que contient cette dernière, l'époux donataire n'est tenu que de la revendication pure, si la chose existe, et de la *condictio* limitée à l'enrichissement actuel, si la chose n'existe plus. Nous avons vu que, pour le temps postérieur à la *litis contestatio*, la revendication s'intente avec pleine rigueur.

Nous sayons ce qu'il faut entendre par enrichissement actuel, comment la *condictio* peut atteindre les objets qui se sont substitués au premier objet donné. Cette matière a été traitée *in extenso*.

Si le donataire défendeur soutient que l'enrichissement existant au moment de l'opération n'existe plus au moment de la *litis contestatio*, c'est à lui de prouver cette assertion; le demandeur en effet prouve une chose, l'enrichissement primitif et le chiffre qu'il atteignait; que si le défendeur conteste, c'est à lui de prouver

son dire, l'allégation du demandeur restant intacte, tant qu'elle n'est pas détruite.

Nous savons encore que la *condictio* s'applique aux fruits des biens ruraux ou urbains, non aux intérêts des sommes. Il est toutefois un cas où la *condictio* pourra être intentée, pour réclamer l'intérêt d'une somme d'argent. Quand le mari a reçu une dot en argent, et que, pendant le mariage, il fait à la femme une donation de somme d'argent, quelque nom que l'on donne à cette opération, elle équivaut en fait à une restitution totale ou partielle de la dot ; et comme il est de principe qu'une telle restitution doit être annulée avec toutes ses conséquences, il y aura lieu à répétition par *condictio* de la somme et des intérêts, qui sont ici assimilés à des fruits. Cela est fort étrange ; car enfin, si les intérêts d'une somme d'argent donnée par le mari, alors qu'il n'est tenu d'aucune obligation envers la femme, ne sont pas des fruits, et ne donnent lieu à aucune *condictio*, il devrait en être de même, *à fortiori*, des intérêts d'une somme donnée par le mari, alors qu'il ne fait qu'accomplir par anticipation l'obligation qui lui incombera plus tard de restituer cette somme à la femme ou à ses héritiers. (L. un., C., *si dos*; Nov. 22, c. 39.) On explique cette décision tant bien que mal, en disant que, le seul but d'une constitution de dot en argent étant la jouissance des intérêts par le mari, la donation d'argent faite par le mari à la femme vient ôter tout sens et toute utilité à la constitution de dot, et que dès lors la donation doit être anéantie avec toutes ses conséquences. Si ce raisonnement est bon, il l'est également dans toutes les donations d'argent faites entre époux, qui peuvent

toutes passer pour des restitutions de dot anticipées; nous persistons à voir là une étrange anomalie.

Si l'époux donataire a été le donataire direct, c'est contre lui que sera intentée la *condictio*. Mais, si la donation a été adressée à l'époux par l'intermédiaire d'une personne qui tient le donataire sous sa puissance, ou qui est tenue en puissance par ce dernier, ou qui est sous la même puissance que lui, la *condictio* ne sera pas intentée contre l'époux, mais contre le donataire apparent, bien qu'en somme ce dernier, s'il a restitué, ne soit nullement enrichi; cela le forcera à actionner à son tour l'époux, ce qui fera deux *condictiones*, au lieu d'une seule. (L. 32, § 46; l. 20, *eod.*) Il est probable que l'on se relâcha plus tard de ce formalisme, et qu'on donna la *condictio* directe en vertu du principe *celeritate conjungendarum actionum unam occultiari*.

III. *Retentio pignoris loco.* Les moyens dont nous venons de parler, la revendication et la *condictio*, étaient communs aux deux époux, et leur ont appartenu jusqu'à la fin du droit romain. L'ancien droit accordait, non pas aux deux conjoints, mais au mari qui avait fait une donation à sa femme, un moyen spécial. Quand le mariage venait à se dissoudre, et que la femme actionnait le mari en restitution de sa dot, ce dernier pouvait exercer sur cette dot des rétentions jusqu'à concurrence du chiffre atteint par les donations qu'il avait faites à sa femme pendant le mariage. (Ulp., 6, § 9; l. un., § 5, C., *de rei uxor. act.*) Ce moyen n'existe plus sous Justinien, qui a supprimé les rétentions de toute sorte.

CHAPITRE DEUXIÈME.

Régime du sénatus-consulte de l'an 206.

La prohibition des donations entre époux subit, en l'an 206 après Jésus-Christ, une exception considérable, qui opéra une véritable révolution dans le système législatif.

SECTION I. — *Origine du sénatus-consulte.*

Cette prohibition fort stricte avait soulevé des protestations qui n'étaient pas restées isolées ; et la jurisprudence romaine, en quête d'un moyen qui conservât au mariage sa dignité morale, en écartant des époux les convoitises pécuniaires, substitua au régime de la prohibition celui du sénatus-consulte. Il fut rendu en l'an 206 après Jésus-Christ, sur la proposition d'Antonin Caracalla, qui le présentait au Sénat comme associé à l'empire par son père Alexandre Sévère, encore vivant. C'est pourquoi les textes l'attribuent tantôt à Sévère, tantôt à Caracalla, tantôt à tous deux. Ce qu'il importe actuellement de constater, c'est que les textes ne mentionnent jamais qu'un seul sénatus-consulte, qu'il soit dû à l'un quelconque des deux empereurs, ou à la collaboration de tous deux. (L. 23 ; l. 32, pr., § 1 ; l. 3, pr., *eod.* ; l. 10, C. ; l. 3, C. ; *eod.* ; *Fragm. Vatic.*, § 276 et 294.)

D'après le nouvel ordre juridique qu'instituait ce sénatus-consulte, la donation, jusqu'alors absolument

nulle, devient susceptible de convalescence ; toujours nulle en principe, elle devient valable, si le donateur meurt sans l'avoir révoquée, A vrai dire, le sénatus-consulte n'organisait là aucune exception nouvelle ; il se bornait à agrandir le champ d'une exception préexistante, en décidant que toutes les donations entre époux seraient nécessairement et légalement présumées être à cause de mort. La prohibition n'était donc point supprimée ; elle restait debout, mais dénuée d'application, et vide de sens pratique. Rien en principe n'était changé à l'ancien ordre de choses, si ce n'est qu'on suppléait d'office la mention de la cause de mort, dans toutes les donations entre époux. Cette présomption de modalité était d'ailleurs raisonnable ; il est naturel, et conforme à l'affection conjugale de supposer que, quand un époux donne à son conjoint, c'est pour lui assurer l'aisance au cas où lui, donateur, mourrait le premier. (L. 32, § 7 et 8, *eod.*) De plus, l'intérêt du mariage était ainsi pleinement sauvegardé, le donateur conservant la faculté de révoquer l'acte jusqu'à sa mort, ou plutôt l'acte étant à chaque instant sujet à périr, si le donateur cessait de le confirmer par son silence. Enfin, quand cette opération était valable, elle n'appauvrissait pas le donateur lui-même, mais seulement ses héritiers, qui n'avaient plus l'action révocatoire ; et on évitait ainsi l'inconvénient de créer un antagonisme déplorable et fatal entre le survivant et les héritiers du prédécédé. Cette réforme donnait donc satisfaction à tous les intérêts ; elle était en outre vraiment scientifique, et conforme aux principes : par simple hardiesse d'interprétation, les jurisconsultes échappaient à l'inélégance de déclarer révocable une donation entre-vifs, extrémité qui n'a

point effrayé notre législateur, et devant laquelle le législateur romain eût toujours reculé. (Donellus, XI, 33, 2, et 36, 6 ; IX, 523, 1 ; VI, 983, 8.)

Section II. — *Extension du sénatus-consulte.*

§ 1. — De son extension quant aux personnes.

Le sénatus-consulte, comme la prohibition, s'appliquait entre époux ; il ne s'appliquait donc point, quand il n'y avait pas mariage, parce que le lien existant entre les deux parties n'était pas le mariage, mais un lien d'un degré plus ou moins inférieur. Il ne s'appliquait pas non plus, quand le mariage n'était pas encore contracté ou n'existait plus, quand il était, par exemple, dissous par le divorce.

Le sénatus-consulte ne s'appliquait pas seulement entre époux, mais entre chaque époux, et les personnes qui avaient l'autre sous leur puissance, qui vivaient sous la sienne, ou sous la même que lui. A ce point de vue, le champ d'application du sénatus-consulte était exactement celui de la prohibition, sauf que le lien de puissance paternelle était, sous le sénatus-consulte, bien plus relâché que sous la prohibition, ce qui diminua le nombre des parents de chaque époux, à qui la donation put être adressée par l'autre, comme à l'époux lui-même.

Quand la donation était faite à l'époux lui-même par son époux, elle était confirmée par le prédécès de l'époux donateur ; quand elle était faite à l'époux par un parent de l'autre, il fallait, pour la confirmer, tantôt le prédécès du parent donateur seul, tantôt, outre ce

prédécès, celui de l'époux non donataire. (L. 32, § 16, 20, *eod.*) Cette question sera examinée sur les effets du sénatus-consulte.

§ 2. — De son extension quant aux actes.

I. De son extension quant aux conditions de fonds et de forme inhérentes à l'acte.

Pour qu'il s'appliquât, il fallait, sans aucun doute, la réunion des cinq conditions constitutives de la donation. Il est bien évident qu'une donation soustraite à la prohibition, pour défaut d'aliénation ou d'enrichissement, ne tomberait pas sous l'application du sénatus-consulte. Il ne vise donc que les donations autrefois soumises à la prohibition. Mais s'applique-t-il à toutes les donations de ce genre, et quelle que soit leur forme ? S'applique-t-il indifféremment aux donations par tradition, promesse ou libération? C'est là le sujet d'une grande controverse, agitée à toutes les époques de la jurisprudence, et encore vivante à l'heure qu'il est.

Le sénatus-consulte et la confirmation qu'il organise seront-ils applicables, non-seulement aux *donationes rerum*, réalisées, effectuées par la tradition, mais aussi aux simples promesses de donation, consistant uniquement dans une obligation contractée? Nous estimons que la simple promesse de donation n'est point confirmée par le prédécès de l'époux donateur. Nous examinerons cette question dans le droit des Pandectes, et dans le dernier droit de Justinien. (Waechter, *Zivil Archiv*, XVI, p. 107; Glück, 26, p. 104; Zimmern, Rg. I,

p. 602; Francke, *Zivil Archiv*, XVIII, p. 7; Schmidt, *Methode der Auslegung*, p. 109; Vangerow, *Lehrbuch*, § 225. — *Contrà* : Loehr, *Zivil Archiv*, XVI, p. 233; Puchta, *Rhein. Mus.*, VI, p. 372; Savigny, IV, § 164; Heimbach, *Weiske's Rechtslexicon*, IX, p. 695; Boissonade, *Donat. ent. ép.*, n° 93-103.)

1. Dans le droit des Pandectes, le sénatus-consulte ne s'appliquait pas aux simples promesses de donation.

A. Cela résulte :

a. Des termes mêmes du sénatus-consulte, qui introduisit la confirmation des donations par le prédécès du donateur : « Fas esse eum, qui donavit, pœnitere; » heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem » supremam ejus qui donaverit, durum et avarum » esse ». (L. 32, § 2, *eod.*) Les termes de cette loi montrent bien qu'il s'agit uniquement d'un *eripere*, c'est-à-dire d'un cas où, la donation étant réalisée, l'application de l'ancienne prohibition aurait pour effet d'enlever au donataire un bénéfice sur lequel il s'était habitué à compter. (*Vat. Frag.*, § 294; l. 32, § 14, *eod.*; Vinnius, *Select. quæst.*, liv. II, c. 15.)

b. Il se peut que quelques jurisconsultes se montrassent hostiles à cette doctrine, et fussent disposés à concéder une plus large extension du sénatus-consulte; mais les plus illustres et les plus nombreux admettaient notre théorie, comme cela résulte de la l. 23, *eod.*, où Ulpien relate et approuve l'opinion de Papinien, qui était que l'*Oratio Severi* n'avait point trait aux promesses de donation : « Papinianus rectè putabat orationem » D. Severi ad rerum donationem pertinere; denique, » si stipulanti spopondisset uxori suæ, non putabat

» conveniri posse heredem mariti, licet durante volun-
» tate maritus decesserit. »

c. Ce système n'a pas seulement pour lui les textes, mais la raison : il est naturel, en se plaçant au point de vue de l'intention du donateur, qui doit rester sacrée pour ses héritiers, d'admettre une confirmation tacite, quand une donation a été réalisée, et que le donateur est mort sans la révoquer. Cette présomption est infiniment plus téméraire, quand une chose a été promise par un époux, qui est mort sans avoir tenu sa promesse. (Vinnius, *eod.*)

B. A cela les adversaires opposent des réponses et des objections :

a. Ils répondent d'abord aux arguments précités :

α. Il est vrai que la loi 32 parle d'un *eripere*; mais elle raisonne sur le *plerumque fit*, et ne dit pas que le cas qu'elle prévoit soit le seul cas d'application du sénatus-consulte. Cette réponse est banale et faible.

β. On conteste énergiquement toutes les déductions que nous avons tirées de la l. 23 :

αα. La plus grande difficulté provient du mot *rectè*, duquel il résulte qu'Ulpien approuvait l'opinion de Papinien. Ant. Faber propose de le rayer, ce qui est fort expéditif; et Loehr adopte ce procédé, faisant remarquer que *rectè* fait défaut dans les éditions in-8° d'Amsterdam de 1663 et 1700. (Scipion Gentilis, *de don. int. vir. et uxor.*, *lib.* III, *cap. ultim.*) Il est de toute évidence que la leçon d'éditions aussi peu recommandables ne saurait prévaloir contre celle qu'admettent sans une seule variante les éditions les plus pures et les manuscrits les plus corrects. Il est bien possible à la rigueur que les glossateurs aient eu

des manuscrits où *rectè* faisait défaut. La glose sur le premier *putabat*, comme Savigny l'observe après Faber, porte : « *et male secundum quosdam, ut statim dices.* » Cette glose convient fort à un texte où *rectè* ne se trouve point; elle serait même incompréhensible avec un texte où il se trouverait : la glose aurait alors contredit Papinien, ce qu'elle ne fait point. (Puchta, p. 583.) Quoi qu'il en soit, toutes ces conjectures ne sauraient légitimer un procédé aussi grave que la rature d'un mot qui fait toute la difficulté.

BB. Duaren, Glück et Puchta admettent que l'*Oratio Severi* dont parle la loi 23 est tout autre que l'*Oratio Antonini* dont parle la loi 32. L'*Oratio Severi* serait antérieure à l'époque où Caracalla fut associé à l'empire, l'*Oratio Antonini* serait de l'an 206; la première n'aurait déclaré susceptibles de confirmation que les *donationes rerum*, la seconde aurait étendu cette disposition à toutes les donations; or Papinien n'aurait connu que le premier de ces deux sénatus-consultes, tandis qu'Ulpien les aurait connus tous deux. Avec cette interprétation, l'on comprend fort bien que Papinien ait été d'avis que le sénatus-consulte s'appliquait uniquement aux *donationes rerum*, et qu'Ulpien ait approuvé son opinion ; il était en effet impossible d'être d'un autre avis sous l'empire du premier sénatus-consulte ; on comprend également que la venue du second sénatus-consulte ait imposé à Ulpien une doctrine nouvelle. Tout s'explique donc ainsi d'une manière satisfaisante. Cette opinion a déjà été donnée par Voët. Malheureusement cette dualité des sénatus-consultes est une hypothèse purement gratuite ; elle n'est fondée sur aucun texte, et est contredite par plusieurs. Tous

les textes relatifs à la matière emploient indifféremment l'un ou l'autre terme (*Oratio Severi*, ou *Oratio Antonini*), pour désigner le sénatus-consulte, ce qui serait incompréhensible, s'il y en avait deux. En outre, comment se pourrait-il qu'Ulpien présentât l'*Oratio Antonini* comme relâchant quelque chose de la rigueur du droit, si cette *Oratio* avait été précédée déjà de l'*Oratio Severi*, et ne faisait qu'élargir une réforme déjà réalisée par cette dernière? Enfin, il est bien peu vraisemblable que deux sénatus-consultes, deux actes législatifs de premier ordre, aient été, à si peu d'années de distance, rendus sur une matière aussi isolée. Il n'y a donc qu'un seul sénatus-consulte; seulement, Caracalla l'ayant présenté du vivant de son père, et comme son auxiliaire, on comprend qu'il ait pu être attribué, tantôt aux empereurs réunis, tantôt à l'un deux seulement. Et d'ailleurs, dans l'opinion adverse, il faut admettre que les rédacteurs ont commis la méprise un peu trop forte d'insérer dans la l. 23 une décision sénatoriale abrogée par une autre, qu'ils relataient quelques lignes plus loin!

γγ. Schütze (Bekker's *Jahrb.*, III, p. 442), prétend que les mots *denique*, etc., qui commencent la seconde partie de la l. 23, sont relatifs au cas où le mari s'est obligé envers sa femme comme *sponsor*, pour lui faire une donation. De la sorte, Papinien dirait simplement que, bien que d'après l'*Oratio*, la donation fût susceptible de confirmation, l'action ne pourrait cependant pas être intentée contre l'héritier du *sponsor*, qui, comme on le sait, n'est pas tenu des obligations résultant de la *sponsio* de son auteur.

δδ. Savigny donne de la loi 23 une explication

plus sérieuse empruntée à Sfordiger, et approuvée par presque tous les adversaires. (M. Boissonade, *eod.*) Ulpien, d'après Savigny, cite une double opinion de Papinien; une première, d'après laquelle le sénatus-consulte a trait aux *donationes rerum*, et une seconde, à savoir que le sénatus-consulte s'applique exclusivement à ces donations, et nullement aux simples promesses de donation. De ces deux opinions Ulpien en approuve une, la première; quant à la seconde, il se contente de la relater sans l'approuver, et même sans doute en la blâmant par une phrase que les rédacteurs ont dû supprimer. En effet, le *rectè* ne porte que sur le premier membre de phrase, et nullement sur le second. L'approbation d'Ulpien est donc restreinte à la première opinion; ce qui le prouve, c'est que d'autres textes de ce jurisconsulte expriment un avis contraire à la seconde opinion de Papinien. Il est vrai qu'alors il semble bien étrange qu'Ulpien laisse passer cette opinion de Papinien, sans la réfuter. Savigny répond que probablement les commissaires ont supprimé la réfutation, peut-être parce qu'ils la considéraient comme inutile, en vertu de la loi qui enlevait toute autorité légale aux notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien. (L. 3, autr. l. un., C. Théod., *de resp. prud.*) Nous ne pouvons admettre cette interprétation. Le texte relate deux assertions de Papinien; or la première de ces assertions ne peut signifier qu'une chose, à savoir que la sphère d'application de l'*Oratio* est restreinte aux *rerum donationes*. Si donc Ulpien approuvait cette opinion, il approuvait nécessairement aussi la conséquence qu'en tirait Papinien; d'où il suit que, d'après l'opinion de Papinien, expressément approuvée par Ulpien, le sénatus-con-

sulte ne s'appliquait point aux simples promesses de donation.

b. Ayant ainsi contesté la valeur de nos arguments, les adversaires objectent :

a. La loi 32, § 1 et 23, *cod.* :

§ 1. « Oratio pertinet ad omnes donationes int. vir. » et ux. factas ; ut et ipso jure res fiant ejus, cui donatæ » sunt, et obligatio sit civilis. § 23 : Sive autem res » fuit, quæ donata est, sive obligatio remissa, potest » dici donationem effectum habere,..... et generaliter » universæ donationes, quas impediri diximus, ex ora- » tione valebunt. »

Les termes du § 1 prouvent bien, d'après Savigny, que la promesse de donation engendre une action civile pour le donataire, et ceux du § 23 prouvent également que le sénatus-consulte s'applique à toutes donations, ce que disait d'ailleurs le § 1. Si en effet le sénatus-consulte s'applique à toutes les donations qui tombaient sous la prohibition, il s'applique aussi bien aux promesses de donation qu'aux *donationes rerum*. Il est évident que le texte se peut interpréter de cette façon ; mais il se peut expliquer autrement, et cette explication est non-seulement possible, mais nécessaire, pour éviter la contradiction avec la l. 23. Les mots *et obligatio sit civilis* sont relatifs, non point à une promesse que le mari aurait contractée envers sa femme à titre gratuit, mais à une créance contre un tiers que le mari aurait transportée à sa femme à titre de donation. (Pothier, *Pandectæ*, *cod.*, n° 63 ; Cujacius, IV, p. 1140 ; M. Boissonade, *loc. cit.*) De la sorte, il ne s'agit plus d'une promesse de donation, mais d'une donation réalisée. Et une preuve qu'Ulpien ne songe

qu'à des donations réalisées, c'est que, dans le § 23, il déclare susceptibles de confirmation les donations réalisées par tradition et les remises de dettes, parce que ces donations sont immédiatement réalisées. Si le sénatus-consulte se fût appliqué également aux promesses de donation, il serait bien étrange qu'Ulpien se contentât de mentionner ici les donations par libération. Il est vrai que, d'après cette loi, le sénatus-consulte s'applique à toutes les donations; mais cet argument n'est rien moins que probant, surtout si l'on réfléchit que l'expression *donatio* signifie proprement une donation immédiatement réalisée, et notamment une *rerum donatio*. (Boeking, *Instit.*, I, p. 436.)

β. On objecte la loi 2, C., *de dote cautâ* :

Un mari, dans l'intention de gratifier sa femme, fait pendant le mariage un acte, où il porte la dot à un chiffre supérieur au chiffre réel. (*Quod de suo..... in dotem adscripsit.*) L'empereur Alexandre répond que, si le donateur meurt sans avoir révoqué, la donation est confirmée, à condition qu'elle soit *legitimè confecta,* c'est-à-dire parfaite d'après les règles générales, en tant que donation, et non point seulement faite par simple imputation (*adscriptio*). L'empereur n'exige donc pas qu'il y ait eu ici tradition; et il est très-possible, il est même probable que la stipulation a été le mode employé pour constituer la donation, si, par exemple, l'époux a nové la *stipulatio dotis* par une stipulation nouvelle élevant le chiffre de la dot. Voilà donc un cas, dit Savigny, où le sénatus-consulte s'applique à une simple promesse de donation. En aucune façon, et cette loi doit être écartée du débat, comme n'étant point relative à de

simples promesses de donation. Et en effet, dans le seul fait de rendre dotaux certains objets, est contenue une réalisation de la promesse par le mari.

γ. On argumente plus justement de la loi 33, pr., et § 2. Pr. : « Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex » stipulatu petere constante matrimonio non potest. » Sed si manente matrimonio decessisse maritus pro- » ponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, » stipulationem confirmari ex senatusconsulto. § 2 : » Et si fortè maritus ab uxore stipulatus sit id annuum, » decesseritque mulier constante matrimonio, dicen- » dum erit ex oratione donationem convalescere. »

Certains manuscrits et plusieurs éditions portent, à la fin du *principium*, *donationem confirmari*, au lieu de *stipulationem*. Si l'on admettait cette leçon, il résulterait simplement du texte, que les annuités déjà reçues sont irrévocablement acquises au donataire, quand le donateur meurt sans avoir révoqué. Mais il vaut mieux lire, avec la Florentine, *stipulationem confirmari*. Cela signifie, il faut bien le reconnaître, que les héritiers du mari doivent, conformément à sa promesse, continuer de payer les annuités. La loi 33 vient donc faire échec à la loi 23, en déclarant confirmée par le prédécès du donateur une simple promesse de donation. Cela ne peut être contesté ; cette loi contient une exception au principe, exception qui se justifie bien aisément, au reste, si on considère la rente comme un tout, sans considérer chaque créance d'annuité comme une créance distincte. (L. 35, § 7, *de mort. causâ donationib.*) On peut fort bien dire à ce point de vue, et sans nulle fiction, que la femme, qui a déjà reçu du mari plusieurs annuités, se trouve

en possession de la rente, et que quelque chose lui serait vraiment arraché, si les héritiers du mari prétendaient interrompre les payements. Il est également certain que, quand l'époux donateur a régulièrement payé jusqu'à sa mort les annuités promises, on peut sans subtiliser regarder la donation comme exécutée, si on considère la rente comme un tout, et de plus, comme ratifiée tacitement. En somme, il n'y a pas lieu de tirer d'une décision qui se comprend fort bien dans un cas tout spécial, une règle générale pour toutes les promesses de donation.

9. Savigny objecte enfin que, d'après les jurisconsultes romains, l'*oratio* arrivait à faire valoir les donations entre époux, en les transformant fictivement en donations *mortis causâ*. (L. 32, § 7, 8, *eod.*; *Vat. Frag.*, § 294.) Or, dit-il, comme la *donatio mortis causâ* se pouvait tout aussi bien effectuer par stipulation que par tradition, les jurisconsultes romains devaient forcément admettre qu'une donation par stipulation ou promesse de donation était confirmée par le prédécès du donateur. Cette argumentation me paraît reposer sur une pétition de principe : il est vrai que les jurisconsultes admettaient que la donation entre époux était transformée en donation à cause de mort. Mais cette fiction ne résultait que du sénatus-consulte ; elle ne pouvait donc s'appliquer qu'aux donations que ce sénatus-consulte déclarait susceptibles de confirmation ; or nous soutenons précisément que les donations réalisées se trouvaient seules dans ce cas, et Savigny suppose gratuitement l'hypothèse contraire, qu'il prend pour base de son raisonnement. Il est donc impossible de déterminer l'extension du sénatus-con-

sulte d'après l'extension de la *donatio mortis causâ*.

De tout cela il résulte que, dans le droit des Pandectes, le sénatus-consulte ne s'appliquait pas aux promesses de donation.

2. En était-il de même dans le dernier droit de Justinien ?

A. Nous ne le croyons point, et selon nous, depuis la Novelle 162, les promesses de donation furent assimilées aux *donationes rerum*. Il est vraisemblable que de nombreuses et vives controverses avaient été agitées entre les jurisconsultes sur l'interprétation de la loi 23 ; la Novelle 162 vint trancher ces controverses, en décidant que le sénatus-consulte s'appliquerait d'une manière tout à fait générale. Cette intervention législative de Justinien dans ce débat prouve même, que sous les Pandectes, et jusqu'à la Novelle 162, la loi 23 s'interprétait comme nous l'avons comprise ; s'il en eût été autrement, l'utilité de la Novelle ne se comprendrait plus. Savigny prétend, il est vrai, que la Novelle est purement interprétative des lois existantes, et n'innove rien, qu'elle n'a d'autre objet que de trancher des controverses, en fixant le sens des lois antérieures. Ces procédés sont peu ordinaires au législateur, et nous croyons que c'est bien une loi nouvelle que Justinien a introduite. Il est vrai que cette Novelle n'est point glosée ; elle est donc dénuée d'intérêt pratique pour les pays où le droit romain forme encore actuellement un droit vivant, et c'est pourquoi Vangerow se refuse à concéder l'extension du sénatus-consulte aux promesses de donation, même depuis la Novelle. Mais nous n'avons point à nous poser de semblables questions ; l'intérêt scientifique de la No-

velle reste entier, et c'est le seul qui nous puisse toucher.

B. L'extension du sénatus-consulte aux promesses de donation résulte uniquement de la Novelle 162, et non point, comme on l'a prétendu, de la loi 35, C., *de donat.* Certains auteurs ont raisonné comme il suit : la décision du sénatus-consulte repose sur ce que, quand il a été rendu, une promesse de donation n'était généralement pas valable, de par la loi Cincia, qui exigeait que la donation fût pleinement réalisée. C'est pourquoi le sénatus consulte ne s'appliquait point aux promesses de donation. Mais la loi 35, C., *de donat.*, étant venue rendre obligatoire le simple pacte de donation, l'obstacle qu'opposait la loi Cincia à l'extension du sénatus-consulte était de ce jour levé. Et du reste, dit-on, c'est cette conclusion que tire la Novelle 162. Toute cette déduction repose sur une grosse erreur historique, que la découverte des Fragments du Vatican a fait éclater. Il résulte de ces textes que les restrictions de la loi Cincia ne s'appliquaient point, au cas de prédécès du donateur; une simple promesse de donation entre étrangers donnait donc lieu à une action après le prédécès du donateur. (*Vat. Fray.*, 259, 266, 272.) S'il en était ainsi, la loi Cincia n'était nullement cause que le sénatus-consulte ne s'appliquât point aux promesses de donation, et ne faisait nullement obstacle à la convalescence de la promesse de donation entre époux. Cela est d'autant plus certain, que les époux étaient exemptés des restrictions de la loi Cincia, comme *personæ exceptæ*, d'où il suit que, quand même le prédécès du donateur eût été impuissant à confirmer une promesse de donation entre

étrangers, ce qui n'était point exact, ce prédécès eût dû pouvoir confirmer une promesse de donation entre époux, si le sénatus-consulte n'était venu prohiber ce que la loi Cincia ne défendait point. L'obstacle venait donc uniquement du sénatus-consulte, non de la loi Cincia ; et la disparition ultérieure de cette loi, non plus que la loi 35, *cit.*, ne peuvent avoir rien changé à l'état de choses préexistant.

II. De l'extension du sénatus-consulte quant aux conditions extérieures à l'acte.

Certaines conditions sont nécessaires pour que le sénatus-consulte, et la confirmation qui en résulte s'appliquent : il faut que le donateur confirme la donation par son silence, que ce silence dure jusqu'à son prédécès, que le mariage ne soit dissous que par ce prédécès, et en certains cas, que les époux ne soient pas émancipés.

1. Il faut que le donateur confirme la donation par son silence. Si donc il révoque, le sénatus-consulte ne s'applique point, et la donation est nulle. Cette révocation peut intervenir absolument au gré du donateur. Elle peut être expresse ou tacite :

A. Elle peut être expresse, mais n'a pas besoin de se produire en la forme d'une action intentée ; elle peut résulter d'une manifestation quelconque de volonté. Seulement, une manifestation en sens inverse, venant plus tard à se produire, a la vertu d'effacer la révocation primitive, de sorte que la donation tient, sans avoir besoin d'être renouvelée. Une révocation n'est donc jamais définitive, et n'anéantit point la donation (*media tempora non nocent*) ; on s'attache exclusivement aux dernières intentions du donateur, sans se préoccuper

des oscillations qu'a pu subir sa volonté dans l'intervalle. (L. 32, § 2, 3, 4, *eod.*; l. 18, C., *eod.*) Cela du reste s'applique également à la révocation tacite.

B. La révocation peut être tacite :

a. Un époux donne un esclave à son conjoint. Puis il l'institue héritier : si en l'instituant, il a eu l'intention de révoquer la libéralité, elle sera révoquée et l'esclave deviendra l'héritier nécessaire du mari. Si l'institution n'a pas été faite dans cette intention, c'est l'époux qui deviendra héritier de son conjoint, par l'inmédiaire de l'esclave. (L. 22, *eod.*) Réciproquement, si l'esclave a d'abord été institué héritier, puis que l'époux l'ait donné à son conjoint, la donation l'emporte sur l'institution, la liberté est révoquée, et l'époux deviendra héritier.

b. Il y a révocation tacite, quand un époux aliène entre-vifs ou par testament le bien qu'il a donné à son conjoint. (L. 32, § 15, *eod.*)

c. On admettait également, en droit classique, que l'hypothèque ou le *pignus* conféré par le donateur sur le bien donné emportait révocation. (L. 32, § 5, *eod.*) Et toutefois, même à cette époque, si l'intention du donateur n'était pas de révoquer, et si notamment la femme avait gardé la possession précaire, et se déclarait prête à satisfaire le créancier, la donation valait, comme si la chose, objet de la donation, avait été hypothéquée antérieurement à la donation. La femme aurait même contre le créancier l'exception de dol, qui lui permettrait d'obtenir la cession des actions de ce créancier contre le donateur ou ses héritiers. De la sorte, non-seulement l'hypothèque n'entraînerait pas révocation totale de la donation, mais elle n'entraîne-

rait même pas révocation partielle, jusqu'à concurrence du chiffre de la dette hypothéquée. En somme, on s'attachait à l'intention du donateur. Justinien, plus positif encore, a décidé (Novelle 162, c. 1, § 1), que l'hypothèque d'un bien donné n'entraînerait jamais par elle-même révocation de la libéralité. C'est une conséquence de l'assimilation des donations entre époux aux donations à cause de mort, et aux legs. (Inst., II, 7, § 1 ; 20, § 12.)

De simples froideurs entre les époux, non plus que le fait d'habiter séparément, n'entraînaient révocation ; sans quoi aucune donation entre époux n'eût jamais été confirmée. (L. 32, § 12 et 13.)

Nous avons supposé que la révocation émanait de l'époux donateur lui-même. Celle qui émanait du père ayant l'époux donateur sous sa puissance, était censée émaner de l'époux lui-même. (L. 32, § 19, *eod.*)

2. Il faut que le silence du donateur persiste jusqu'à son prédécès.

A. Il faut donc en général que le donateur prédécède, ou, plus exactement, que le donataire ne prédécède pas.

a. La mort du donateur peut être naturelle.

b. Elle peut être civile, et notamment :

α. Résulter d'une condamnation, encourue par un militaire pour crimes militaires. (L. 6, § 6, *de inf., rupt., irrit. testam.* ; C., l. 13, *de testa. mili.*)

β. Cette faveur, d'abord spéciale aux militaires, fut étendue par Constantin aux *pagani*, et cela, dans un esprit de justice, et pour que l'époux innocent ne souffrît point des crimes de son conjoint. (L. 24, C., *eod.*) C'est ainsi que, dans l'ancien droit, la condamna-

tion aux mines équivalait à mort naturelle, et confirmait la donation, bien que le donateur, devenant *servus pœnæ*, devînt incapable. Cela ne fut plus admis sous Justinien, qui abolit la *servitus* résultant de cette peine; dès lors la donation resta en suspens jusqu'à la mort naturelle du condamné. (Nov. 24, c. 28.) La condamnation à la déportation ne confirmait pas la donation, et la laissait en suspens jusqu'à la mort naturelle du donateur. Mais la captivité du donateur équivalait à mort, et confirmait la donation, si le donateur mourait en captivité ; la loi Cornelia le réputait en effet mort le jour de sa captivité. (L. 18, *de capt. et postl. rever.*) S'il revenait, la donation restait en suspens jusqu'à sa mort naturelle. Il se pouvait que le prédécès du donateur fût insuffisant pour confirmer la donation, qu'il fallût, au lieu du sien, ou outre le sien, celui d'une personne interposée.

Tels étaient les événements qui confirmaient la donation.

B. La confirmation était empêchée :

a. Par le prédécès du donataire : la donation n'étant confirmée que par la mort du donateur, il fallait qu'à ce moment le donataire existât et fût capable de la recueillir. Toutefois, si les deux époux mouraient dans le même événement, sans qu'on pût savoir lequel avait survécu, la donation était confirmée. Car la donation entre époux était plutôt infirmée par le prédécès du donataire qu'elle n'était confirmée par celui du donateur. Or ici, il était impossible de démontrer le prédécès du donataire. (L. 32, § 14, *eod.*; l. 8, *de reb. dub.*) Le prédécès du donataire agissait radicalement, plus radicalement peut-être que l'antique prohi-

bition ; c'est ainsi qu'une donation réciproque, antérieurement faite par le donataire au survivant et dissipée par ce dernier, ne se compensait point avec la donation révoquée, que le donateur répétait des héritiers du prédécédé. (L. 32, ℈ 9, *eod.*) Nous savons au contraire qu'une pareille donation se compensait avec une donation inverse et égale faite sous le régime de la prohibition. Les héritiers du prédécédé ne pouvaient pas davantage opposer en compensation au donateur des legs adressés à ce dernier par le prédécédé. (L. 48, *eod.*)

b. Quand une donation était faite par un époux au père de l'autre, la confirmation était empêchée par le prédécès de l'époux donataire, si ce dernier avait été l'unique héritier de son père donataire interposé ; si au contraire l'époux prédécédait, sans avoir succédé, ou n'ayant succédé que pour partie, son prédécès n'infirmait pas la donation ou ne l'infirmait que pour partie (l. 32, ℈ 18, *eod.*) ; et en ce dernier cas, le prédécès du père avait l'effet extinctif que n'avait point celui du fils.

c. Certains événements équivalaient au prédécès du donataire. Car sa mort pouvait également être naturelle, ou civile. Ainsi la donation était infirmée :

α. Par l'esclavage du donataire, survenu avant la mort du donateur. (L. 32, ℈ 6, *eod.*)

β. Par la captivité du donataire, survenue avant la mort du donateur, si le donataire ne revenait point. Que si les deux conjoints étaient pris en même temps, et qu'ils mourussent tous deux en captivité, la donation était confirmée ; car ils étaient censés morts tous les deux dans le même événement, c'est-à-dire le jour

de leur captivité; et puisqu'on ne prouvait pas le prédécès du donataire, le doute profitait à ce dernier. (L. 32, § 14, *eod.*; C., l. *ult.*, *eod.*) Que si le donateur revenait, la donation était infirmée; si c'était le donataire, elle était confirmée.

3. Il fallait enfin que le mariage ne fût dissous que par le prédécès du donateur. Si donc le mariage cessait avant cette époque, la confirmation ne s'appliquait point. C'est ainsi que la donation était infirmée :

A. Par le divorce. Les donations *divortii causâ* étaient licites, même sous la prohibition. Il est certain qu'elles le sont restées sous le sénatus-consulte. Mais les donations ordinaires, faites autrement qu'en vue du divorce, étaient infirmées, sans distinguer entre les donations faites expressément *mortis causâ*, et les donations entre-vifs, que le sénatus-consulte assimilait aux donations *mortis causâ*. La raison de cet effet que l'on reconnaissait au divorce est qu'il est généralement incompatible avec l'*animus donandi*. On eût pu à la rigueur distinguer si le divorce était intervenu *bonâ gratiâ* ou *cum animi irâ et offensâ*. Mais cette distinction, si délicate à apprécier du reste, n'avait point été admise. (L. 32, § 10, 11 et 19, *eod.*; C., l. 5, *eod.*) Toutefois le donateur pouvait prévenir cette infirmation résultant du divorce, en confirmant expressément la donation, qui restait de la sorte valable, pourvu que le donateur mourût le premier. Si, le divorce étant intervenu, l'ancienne union était ultérieurement renouée, la donation n'était point infirmée, en vertu du principe *media tempora non nocent*. Quand la répudiation émanait, non pas d'un des conjoints, mais du père d'un de ces conjoints, cette répudiation était aussi

efficace que si elle eût émané de l'époux lui-même; elle dissolvait le mariage, équivalait au divorce, et infirmait la donation. Depuis Antonin et Marc Aurèle, le *repudium* envoyé par le beau-père n'eut plus la puissance de dissoudre le mariage ; mais il infirmait également la donation, parce que, la plupart du temps, il décelait une révocation du beau-père, qui équivalait à une révocation de l'époux lui-même. (Paul, *Sent.*, V, 6, § 15; l. 1, § 5 ; l. 2, *de liber. exhib.*; l. 5, C., *de repud.*)

B. La captivité d'un des époux équivalait encore au divorce, puisque le mariage était dissous le jour où l'un des époux tombait en captivité. La donation était donc nulle pour deux motifs, quand l'époux captif était l'époux donataire, et qu'il mourait en captivité : elle était nulle, par le prédécès du donataire, et ce motif impliquait que le mariage était dissous. Quand l'époux donataire captif revenait à Rome, elle n'était pas nulle à cause du prédécès du donataire ; mais elle eût dû, ce semble, rester nulle : car le mariage était dissous quand même et définitivement du jour où un époux devenait captif, si bien que l'époux non captif pouvait dès lors se remarier, et qu'en cas de retour de son conjoint, il était simplement tenu de renouer l'union brisée, sous les mêmes peines que celles qui atteignaient le divorce. (L. 8, l. 14, § 1, *de capt. et postl. rever.*) Et cependant la donation n'était pas infirmée, si l'époux donataire revenait, pas plus qu'elle n'était confirmée par le retour de l'époux donateur, si ce dernier ne prédécédait pas par la suite. La captivité d'un époux ne détruisait donc pas le mariage d'une manière absolue. Si elle le détruisait assez pour permettre à l'époux non

captif de contracter valablement une union nouvelle, elle ne le détruisait pas assez pour entraîner de plein droit la révocation des donations entre époux. Ces donations restaient seulement *in pendenti*. Il est difficile d'imaginer un système plus bizarre : le mariage est à la fois dissous et non dissous entre les mêmes personnes.

C. La condamnation aux mines subie par l'époux donataire avait dans l'ancien droit pour effet de dissoudre le mariage. La donation était donc ici encore infirmée par une double cause, prédécès du donataire, et dissolution du mariage. De même, quand le donataire devenait esclave d'autrui, au lieu d'être *servus pœnæ*. (Sur toute cette théorie, voy. M. Boissonade, n^os^ 84-89, et 103-119.)

4. Enfin, quand même ces trois conditions, silence et prédécès du donateur, continuation du mariage jusqu'au prédécès de ce dernier, auraient été réunies, il n'est pas encore sûr que la donation soit confirmée. Si l'un des beaux-pères a fait une donation à son gendre, ou à sa bru, ou à l'autre beau-père, et qu'ensuite les deux époux aient été émancipés, la donation n'est plus susceptible de confirmation. Car elle ne pouvait être confirmée que par l'auteur de la donation, qui était le père, confondu dans une même personne juridique avec le fils. Cette unité des personnes étant détruite par l'émancipation, il s'ensuit que la personnalité du donateur est atteinte dans son essence, et que la confirmation de la donation est empêchée par l'émancipation des époux. (L. 32, § 21, *eod.*)

III. Du rapport du sénatus-consulte avec les autres restrictions apportées aux donations en général, et no-

tamment avec la loi Cincia, avec la révocation des donations pour ingratitude et survenance d'enfants, et avec les règles de la donation *mortis causâ*.

1. Rapport du sénatus-consulte avec la loi Cincia et avec l'insinuation.

Il s'agit d'examiner les obstacles à la confirmation, qui pourraient résulter des restrictions générales communes à toutes les donations, et non spéciales aux donations entre époux. Il semble naturel que le sénatus-consulte s'applique exclusivement aux donations parfaitement valables sous tous les rapports; si donc la donation est nulle, soit parce qu'il lui manque un élément essentiel, soit parce qu'elle est affectée d'un vice de forme, le sénatus-consulte semble devoir être impuissant à confirmer de telles opérations, qui seraient nulles entre toutes personnes, *à fortiori* semble-t-il, entre époux. Le sénatus-consulte en effet n'a qu'un objet, c'est de tempérer la nullité qui résulte de la qualité des époux pour la donation. Tel est le principe. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que les restrictions de la loi Cincia fussent toutes applicables aux donations entre époux. La loi Cincia organisa d'abord deux restrictions générales des donations; le *modus*, ou la fixation d'une certaine somme inconnue, que les donations ne devaient pas dépasser, et la nécessité de formes particulières, à savoir de la *mancipatio* ou *in jure cessio*, si l'objet donné était une *res mancipi*, et en outre d'une possession capable de procurer les interdits au donataire. L'inobservation de ces prescriptions n'entraînait point la nullité de la donation, mais fournissait simplement au donateur, qui se repentait d'avoir donné, le moyen de reprendre la donation, s'il l'avait

effectuée, ou de ne point l'exécuter, si les choses étaient encore intactes. (L. 21, § 1, *de don.*; l. 5, *de dol. excep.*) Enfin ce droit de faire annuler la donation était personnel au donateur, et ne passait point à ses héritiers, s'il mourait sans avoir intenté l'action. (*Frag. Vat.*, § 259, 294, 266, 312.) Son prédécès confirmait donc la donation faite en violation de la loi Cincia. (Rudorff, *de Lege Cinciâ*, Berol., 1825; Hasse, *Rhein. Mus.*, I, p. 185; Unterholzner, II, p. 436, *ibid.*; Puchta, *Cursus*, II, § 206; Schilling, *Lehrbuch*, III, § 820; Liebe, *Stipulationen*, p. 105; Marezoll, Loehr's *Magazine*, IV, p. 175.)

Les donations entre époux n'étaient point soumises à l'observation de cette loi Cincia; les époux figuraient en effet parmi les *personæ exceptæ*. (*Frag. Vat.*, § 302, 310, 311, 293, 266.) Cela est étrange, puisqu'à l'époque de la loi Cincia, les donations entre époux étaient prohibées. Car il ne faudrait pas croire que la prohibition des donations soit postérieure à la loi Cincia; c'est le contraire qui est vrai. On a peine à comprendre comment les donations entre époux étaient exceptées de la loi Cincia; et en effet, puisqu'elles étaient vues avec défaveur, il semble qu'on eût dû les prohiber encore de ce chef. Toutefois cela s'explique. Les donations entre époux étant absolument nulles, le donateur étant armé dans tous les cas de la revendication et de la *condictio*, et transmettant ces actions à ses héritiers, il était bien inutile de lui accorder la protection timide et incomplète que la loi Cincia accordait au donateur ordinaire, pour lui permettre de ne pas exécuter, ou de reprendre sa donation. Il eût été peu raisonnable de déclarer annulable en certains cas une donation

frappée d'une nullité absolue et radicale. C'est pourquoi la loi Cincia ne s'appliquait évidemment pas aux donations entre époux, en tant qu'elles étaient prohibées. Mais nous savons que, même sous le régime de la prohibition, certaines donations étaient licites entre époux, et notamment les donations *mortis*, *exilii*, *divortii causâ*. Ces donations étaient-elles exemptées aussi de la loi Cincia? Il semble que oui; car nous sommes sur ce point réduits à des conjectures; c'est même uniquement pour les cas où la donation était licite entre époux, que la dispense accordée aux donations entre époux pouvait avoir une signification quelconque. Ainsi, tandis que les époux étaient vus par la loi avec défaveur, puisque les donations qu'ils se pouvaient faire étaient généralement prohibées, ils étaient en certains cas plus favorisés que les étrangers, puisque, dans les quelques cas où la donation était licite entre eux, elle l'était absolument, et soustraite à la loi Cincia. Les motifs si légitimes qui avaient paru suffisants pour dispenser ces donations de la prohibition, l'étaient *à fortiori* pour les dispenser de la loi Cincia, beaucoup plus douce. C'est ainsi que, sous la prohibition, les donations licites entre époux étaient dispensées de la loi Cincia.

Le régime du sénatus-consulte est-il venu modifier cet ordre de choses? Il semble que non, puisque la réforme du sénatus consulte consistait à assimiler toutes les donations entre époux à des donations *mortis causâ*, déjà licites, et partant déjà dispensées de la loi Cincia. Si donc les donations licites étaient exceptées de la loi Cincia, toutes donations entre époux en étaient exceptées, toutes devenant licites. Cette déduction pa-

rait incontestable, et il est certain qu'il dut en être ainsi, au moins dans les premiers temps du sénatus-consulte. Cela se comprenait : la loi Cincia protégeait le donateur qui se repentait de sa libéralité ; or depuis le sénatus-consulte, toutes donations entre époux, comme certaines avant, étaient essentiellement révocables au gré du donateur ; elles étaient même plus que révocables, puisque la loi les soumettait à une confirmation de tous les instants. Ainsi l'époux donateur était protégé bien plus énergiquement par la prohibition d'abord, et par le sénatus-consulte ensuite, que le donateur ordinaire ne l'était par la loi Cincia ; et les héritiers de l'époux donateur n'avaient, eux non plus, aucun intérêt à ce que cette loi fût applicable aux donations entre époux. Car si, d'après le sénatus-consulte, ils ne pouvaient intenter l'action révocatoire, quand leur auteur était mort sans l'avoir fait, ils ne l'auraient pu davantage, aux termes de la loi Cincia : les moyens juridiques de la susdite loi n'appartenaient point aux héritiers du donateur ordinaire, et cette dernière avait, bien avant le sénatus-consulte, établi cette règle, adoptée plus tard par le sénatus-consulte, que les donations faites en violation de la loi Cincia seraient confirmées par le prédécès du donateur mort sans avoir usé de la loi précitée : « *morte Cincia removetur..., nisi forte durante voluntate decesserit testator.* » (*Frag. Vat.*, § 259, 266.) Ainsi l'application de la loi Cincia aux donations entre époux était, sous la prohibition, impossible à concevoir quant aux donations nulles, et inutile à décréter quant aux donations valables ; et ce qui était vrai sous la prohibition des donations valables, devint vrai, sous le sénatus-consulte, de toutes les

donations entre époux, que le sénatus-consulte fit simplement entrer dans le cadre agrandi d'une exception préexistante. Seulement ces règles et ces formes de la loi Cincia furent remplacées par d'autres. Constantin, en l'an 316, exigea un acte écrit passé devant témoins, une tradition également opérée devant témoins, et enfin l'insinuation judiciaire, déjà exigée par son père Constance Chlore, mais qui apparaît ici pour la première fois dans les textes. (*Frag. Vat.*, § 249; l. 1, C. Théo., *de don.*; l. 25, C. Jus., *de don.*) Ces formalités n'ont été introduites, on le voit, qu'à peu près un siècle après le sénatus-consulte ; elles n'étaient point prescrites à peine de nullité. Etaient-elles applicables aux donations entre époux? Nous croyons que non, dans le principe, bien que les textes fassent défaut. Et en effet, elles remplaçaient les formalités de la loi Cincia, et il est naturel de croire qu'elles s'appliquaient aux mêmes donations que celles visées par cette loi. La question ne nous paraît pas douteuse pour les deux premières formalités, nécessité de l'acte écrit, rédigé devant témoins, et de la tradition, également opérée devant témoins. On attachait en effet une médiocre importance à l'observation de ces formalités. La première fut supprimée en l'an 428 (l. 28, C., *de don.*), et la seconde en l'an 478 par l'empereur Zénon. (L. 31, C., *de don.*) Seule l'insinuation resta debout, et la question se pose de savoir si elle fut applicable aux donations entre époux. (Marezoll, Linde's *Zeitschrift*, I, p. 1-46 ; Savigny, § 163, 164 ; Schilling, *Lehrbuch*, III, p. 919 ; Heimbach, Weiske's *Rechtslexicon*, IX, p. 698.) Il est certain qu'à l'origine elle ne s'y appliqua point, puisque Constance Chlore, en l'exigeant pour la pre-

mière fois, en dispensa les *personæ exceptæ*, et par conséquent les époux. Constantin abolit cette dispense, et l'imposa à tout le monde. (L. 1, *de spons.*, C. Th. l. 3, 5, 6, 8, C. Th., *de don.*) On ne tarda pas à se relâcher de la rigueur de cette prescription, et en l'an 428, on dispensa de l'insinuation les donations *antè nuptias*, inférieures à 200 solides. (L. 8, C. Th., *de spons.*) En 529, Justinien étendit le bénéfice de la dispense à toutes donations inférieures à 300 solides, et en 531, à toutes celles inférieures à 500 solides (l. 34, pr., l. 36, § 3, C., *de don.*, § 2, Just., *de don.*), et de plus à toutes donations faites ou reçues par l'empereur, aux donations faites pour reconstruire une maison incendiée ou écroulée (Nov. 52, c. 2), aux donations pour une *causa piissima*, comme le rachat des captifs, aux donations mobilières faites par le *magister militum* à ses soldats (l. 36, pr., et § 1, C., *de don.*), et à la dot. (L. 31, pr., C., *de jure dot.*; Nov. 119, c. 1.) Les donations entre époux ne sont point mentionnées parmi ces exceptions, et tout au contraire Justinien les soumet formellement à l'insinuation, quand elles excèdent 500 solides, leur appliquant en cela le droit commun. (L. 25, C., *eod.*) Que faut-il conclure de ces variations législatives? La donation entre époux, exemptée de l'insinuation par Constance Chlore, y a-t-elle été soumise par Constantin en l'an 319, de telle sorte que toute donation entre époux aurait dû, sous peine de ne point bénéficier du sénatus-consulte, être insinuée, jusqu'au moment où Justinien, en 531, aurait dispensé de l'insinuation celles inférieures à 500 solides? Les textes font défaut, et les auteurs n'examinent point cette question. Nous croyons toute-

fois que la législation a dû suivre une marche inverse. Selon nous, les donations entre époux ont dû être exemptées de l'insinuation jusqu'à Justinien, et nonobstant la décision de Constantin. L'insinuation n'était, après tout, qu'une formalité comme celles qu'édictait autrefois la loi Cincia ; et en l'absence d'une disposition formelle, y soumettant les donations entre époux, celles-ci devaient bénéficier de l'exemption dont elles avaient toujours joui ; et cela, d'autant mieux, que quand l'insinuation parut, le sénatus-consulte fonctionnait déjà depuis plus d'un siècle. L'application de cette formalité aux donations entre époux eût constitué une grave perturbation dans l'économie législative, et les textes garderaient certainement trace de cet ébranlement ; or ils sont muets jusqu'à Justinien. Nous croyons donc que Justinien le premier soumit à l'insinuation les donations entre époux. Au-dessus de 500 solides, le sénatus-consulte ne s'appliquera point aux donations non insinuées, et la prohibition s'appliquera dans son antique rigueur, c'est-à-dire que la faculté d'arguer du défaut d'insinuation appartiendra, non pas seulement au donateur, mais à ses héritiers. On voit que l'insinuation était bien plus strictement exigée que les formalités autrefois prescrites par la loi Cincia. Ainsi, tandis que, sous la prohibition, les donations entre époux licites, et après le sénatus-consulte, toutes les donations entre époux étaient confirmées par le prédécès du donateur, par imitation de ce que la loi Cincia décidait pour les donations entre étrangers, Justinien déclarait absolument nulles toutes donations supérieures à 500 solides, non insinuées, tant entre étrangers qu'entre époux, par imitation de ce que l'an-

tique prohibition décidait pour les donations entre époux. Tel est en somme le rapport de la prohibition des donations entre époux et du sénatus-consulte, d'une part, avec la nécessité de l'insinuation, de l'autre : avant Justinien, toute donation entre époux est susceptible de confirmation, quel que soit son chiffre ; les donations entre étrangers sont au contraire soumises à l'insinuation, soit quel que soit leur chiffre, soit au-delà d'un certain chiffre qui a varié ; valables, si elles sont insinuées, elles sont absolument nulles, si elles ne sont pas insinuées. Depuis Justinien, toute donation entre époux est susceptible de confirmation jusqu'à 500 solides, insinuée ou non ; au delà, elle est susceptible de confirmation, si elle est insinuée, absolument nulle pour l'excédant, si elle ne l'est point. Toute donation entre étrangers est valable jusqu'à 500 solides, insinuée ou non ; valable au delà, si elle est insinuée, absolument nulle, pour l'excédant, si elle ne l'est point.

2. Rapport du sénatus-consulte avec la révocation pour survenance d'enfants.

Cette révocation, qui n'a jamais été admise que pour les donations du patron à son affranchi, ne s'appliquait point aux donations entre époux ; en effet l'époux donateur, qui avait épousé son affranchie, et qui lui avait donné, pouvant révoquer ou plutôt empêcher la confirmation sans donner aucun motif, il était bien inutile de déclarer la donation révocable en un cas spécial.

3. Rapport du sénatus-consulte avec la révocation pour ingratitude.

Cette révocation est également inapplicable aux donations entre époux, par une raison identique.

4. Rapport du sénatus-consulte avec les principes de la *donatio mortis causâ*.

Nous avons dit que le sénatus-consulte, en déclarant toutes donations entre époux susceptibles de confirmation, n'avait fait que les assimiler aux donations à cause de mort, déjà licites. Ce principe est vrai, en ce sens que toutes donations entre époux ont été, par le sénatus-consulte, assimilées aux donations à cause de mort entre époux ; il ne signifie pas que toutes donations entre époux ont été assimilées à des donations à cause de mort entre étrangers. En un mot, le sénatus-consulte supplée artificiellement la mention *mortis causâ* dans toute donation entre époux ; mais il n'entend nullement dénier toute influence à la qualité d'époux des parties. Cette remarque est féconde en résultats. Si en effet l'on compare la donation entre époux, susceptible de confirmation depuis le sénatus-consulte, à la *donatio mortis causâ* ordinaire, on voit que les rapports de ces deux institutions se définissent par les ressemblances et les différences qui suivent :

A. Les deux institutions se ressemblent :

a. En ce que leurs effets généraux sont les mêmes. En effet, la donation entre époux, quand même elle serait entre-vifs, n'a que les effets de la donation *mortis causâ* ; elle ne devient définitive, et le droit n'est consolidé sur la tête du donataire, qu'à la mort du donateur.

b. En ce qu'elles sont soumises aux mêmes restrictions :

α. C'est ainsi qu'une donation entre époux, par assimilation à la donation à cause de mort et au legs, est réductible, conformément à la loi Falcidie ; ces do-

nations ne pourront donc dépasser les trois quarts de la succession, que l'héritier soit testamentaire ou ab intestat. (L. 32, § 1, *eod.*; l. 12, C., *ad leg. Falcid.*)

β. C'est ainsi encore que l'époux donateur doit avoir été capable au moment de son décès, pour que la donation soit valable. Si donc il meurt en état d'aliénation mentale, la donation ne sera nullement confirmée par son prédécès. Par la même raison, si la donation dépasse les *decimæ* fixées par la loi Julia, elle ne sera point confirmée pour cet excédant. Seulement cet excédant ne pourra être réclamé par les héritiers du donateur, mais formera un *caducum* qui adviendra, soit aux *liberos habentes*, soit au fisc. Car la capacité du donateur était précisément limitée par ces lois Décimaires. (L. 32, § 7-8, § 24, *eod.*; Ulp., XV.)

B. Mais les deux institutions diffèrent :

a. En ce que le donateur étranger peut très-bien, lors de la *donatio mortis causâ*, renoncer au droit de la révoquer, tandis que cette renonciation est impossible de la part de l'époux donateur, la révocabilité absolue étant de l'essence des donations entre époux.

b. Les deux institutions diffèrent quant à leur efficacité :

α. C'est ainsi que la donation *mortis causâ* entre étrangers a pour effet ordinaire la translation immédiate de la propriété, sous la condition résolutoire du prédécès du donataire; tandis qu'il est impossible d'attacher cet effet immédiat à la donation entre époux, puisque la prohibition s'y oppose. La prohibition n'est donc point tout à fait supprimée par le sénatus-consulte. On arrive à ce singulier résultat, que la donation est à la fois nulle et susceptible de confirmation. La nullité

est assez forte pour empêcher la translation de propriété sous condition résolutoire, pas assez pour empêcher la translation sous condition suspensive. Ce mécanisme se justifierait difficilement en logique.

β. La donation *mortis causâ* ordinaire peut affecter des formes plus variées, c'est ainsi qu'elle peut très-bien consister en une promesse de donation non encore exécutée. Nous avons au contraire pensé qu'une promesse de donation n'était point confirmée par le prédécès du donateur.

Section III. — *Effets du sénatus-consulte.*

§ 1. Les effets sont simplement de confirmer la donation et de la rendre valable, si les conditions nécessaires à la confirmation sont réunies, et si de plus il ne se rencontre aucun des obstacles juridiques plus haut décrits. Quand la donation est ainsi valable, elle rétroagit au jour où la donation a été faite, si tant est cependant que le donataire ait intérêt à cette rétroactivité, et à moins que le donateur ne l'ait exclue par une disposition formelle.

§ 2. Que si la donation n'est point confirmée, elle est absolument nulle, et le donateur ou ses héritiers ont, pour faire valoir cette nullité radicale, tous les moyens juridiques étudiés à fond sur la matière de la prohibition, à laquelle il nous suffit de renvoyer.

TITRE DEUXIÈME

DES LEGS

Section I. — *Ancien droit.*

Dans l'ancien droit, ces libéralités étaient pleinement licites. Elles ne tombaient point sous la prohibition des donations entre époux, puisqu'elles n'avaient aucune existence, tant que le mariage n'était point dissous par la mort du testateur ; et la loi n'avait point voulu organiser pour elle des restrictions spéciales. Elles apparaissaient en effet comme bien moins dangereuses que les donations entre-vifs : outre qu'elles ne dépouillaient jamais le testateur lui-même, mais seulement ses héritiers, il était moins à craindre qu'elles ne fussent le résultat d'une captation ; car elles ne constituaient qu'un avantage bien fragile, que l'époux avide devait être peu tenté de rechercher. De plus, elles pouvaient être fort légitimes, puisqu'il était naturel de permettre au premier mourant d'améliorer la situation précaire du survivant ; toutes ces raisons avaient rendu les libéralités testamentaires entre époux libres de toutes entraves,

Section II. — *Lois décimaires.*

Ce système fut radicalement détruit par les lois Caducaires ou Décimaires, rendues sous Auguste ; ce sont les lois Julia *de maritandis ordinibus* (757 *urb. conditæ*), et

Papia Poppæa (762 *urb. conditæ*). Le législateur s'épouvantait des progrès de la dépopulation ; la cohorte des citoyens romains devenait chaque jour plus clairsemée, noyée qu'elle était dans la multitude chaque jour plus nombreuse et plus insolente des esclaves et des affranchis. Le législateur sentait bien que la population romaine était trop corrompue, pour qu'on pût en attendre une régénération spontanée ; et c'est sous la pression de cet état de choses qu'il organisa le système des lois Caducaires. Grossières et matérialistes entre toutes, ces lois considéraient le peuple romain comme un troupeau, dont le législateur avait la garde et l'entretien, et où tout vide venant à se produire devait être soigneusement comblé. Le mariage devenait une corvée civique, non pas pour lui-même, mais pour la procréation des enfants, à laquelle il tendait essentiellement. Et pour y pousser les citoyens, le législateur les prenait par l'appât des successions et des libéralités : c'est ainsi que la capacité de recueillir une disposition testamentaire était complétement enlevée au *cælebs*, et qu'une demi-capacité seulement était accordée à l'*orbus*. Et ceux même qui avaient satisfait au vœu du législateur en se mariant étaient encore frappés par lui ; car le législateur ne les tenait point quittes, après leur mariage ; il exigeait que cette union fût féconde, et il intéressait les époux à la rendre telle :

§ 1. Un époux, abstraction faite de l'existence d'enfants, ne peut recueillir qu' $\frac{1}{10}$ de la libéralité que lui adresse son conjoint, et en outre $\frac{1}{3}$ en usufruit de la portion de la libéralité soumise au retranchement. De plus, quand il y a des enfants, l'époux peut recevoir la pleine propriété de ce tiers. L'époux prend $\frac{1}{10}$ en sus

par chaque enfant d'un précédent lit, vivant au moment de l'ouverture du testament, et $\frac{1}{10}$ également par chaque enfant mort, issu de l'union commune, pourvu qu'ils ne soient pas plus de deux, et qu'ils soient morts après le *dies nominum*, et avant d'avoir accompli leur troisième année. (Ulp., *Regul.*, tit. XV.)

§ 2. Il y a en outre des cas nombreux, où les époux sont entre eux *solidi capaces*.

I. Ce sont d'abord les cas où il y a un ou plusieurs enfants, et notamment :

A. Quand l'époux prédécédé laisse neuf enfants d'un lit précédent, il prend $\frac{9}{10}$, comme père de ces neuf enfants, et $\frac{1}{10}$ comme époux. B. Quand les époux ont un seul enfant commun vivant actuellement. C. Ou un enfant commun mort impubère dans les dix-huit derniers mois. D. Ou un enfant commun mort pubère à n'importe quelle époque. E. Ou deux enfants communs morts âgés de trois ans. F. Ou trois enfants communs morts après le *dies nominum*. G. Ou un enfant commun posthume, né dans les dix mois de la mort du mari.

II. Il y a ensuite les cas où il n'y a pas d'enfants :

A. Quand les époux ont obtenu du prince ou du sénat le *jus liberorum*. B. Quand les époux ou l'un d'eux seulement ne sont pas encore dans l'âge où la loi exige qu'on ait des enfants, quand le mari a moins de vingt-cinq ans, et la femme moins de vingt. C. Quand tous deux ont dépassé en état de mariage l'âge jusqu'où la loi Papia vous répute bon pour le service conjugal, quand l'époux a plus de soixante ans, et la femme plus de cinquante. Que si un sexagénaire épouse une femme qui n'a pas cinquante ans, l'un

étant par-delà la limite, l'autre en deçà, le sénatus-consulte Claudien décide judicieusement que la vieillesse de l'un se compensera avec la jeunesse de l'autre, et les exempte tous deux des peines du célibat. Que si une quinquagénaire épouse un homme non encore sexagénaire, ce mariage s'appelle inégal, et le sénatus-consulte Calvitien décide qu'il ne servira de rien pour conférer aux époux la capacité de recevoir des héréditès ou des legs. Que si enfin un sexagénaire épouse une quinquagénaire, ils ne se peuvent rien donner, parce qu'ils n'ont point accompli leur obligation en temps utile. D. Quand les époux sont en même temps parents au 6e degré. E. En cas d'absence du mari, les époux sont également *solidi capaces* tout le temps que dure l'absence ; il est vrai que le mari, aussitôt de retour, doit se mettre à l'œuvre et payer sa dette à la République. La loi parcimonieuse lui concède à regret une prolongation de délai d'un an. (Ulp., tit. 16, 1, *de solidi capacit. int. vir. et ux.*)

§ 3. Il se peut maintenant que les époux ne puissent absolument rien recevoir l'un de l'autre, bien qu'ils aient des enfants, ou se trouvent dans l'un des cas précédents : c'est quand le mariage était contraire à la loi Papia, quand un citoyen avait épousé une femme notée d'infamie, ou qu'un sénateur s'était allié à une affranchie. (Ulp., *Regul.*, tit. XVI, § 2.)

Toutes ces décisions qui, à l'origine, s'appliquaient exclusivement aux institutions d'héritiers et aux legs, furent étendues par un sénatus-consulte spécial aux donations *mortis causâ*, et par conséquent, depuis le sénatus-consulte de l'an 206, à toutes donations entre époux, et par le sénatus-consulte Pégasien aux fidéi-

commis. (L. 35, l. 9, *de mort. caus. donat.*; Gaius, II, § 286.)

Section III. — *Dernier état du droit.*

Le législateur s'aperçut bientôt que les lois Caducaires ne produisaient pas l'effet qu'il en avait espéré; l'immoralité montante submergea les digues impuissantes que lui avait opposées le législateur, et put dès lors se développer sans obstacles. La capacité des époux de se faire des libéralités testamentaires fut donc, dans la dernière période du droit romain, rétablie dans son intégrité primitive.

§ 1. Mais cette réforme ne s'opéra pas par une secousse législative; elle résulta d'une succession de modifications à l'état de choses existant : c'est ainsi que les lois Décimaires survécurent aux lois Caducaires, dont cependant elles faisaient partie. Constantin, abolissant les peines du célibat, maintint celles de l'*orbitas*, pour les époux seulement. (C. Théo., l. 1, *de infir. pœn. cælib.*) Théodose le Grand en affranchit les Décurions. (L. 124, C. Th., *de decurionib.*) Arcadius et Honorius les supprimèrent complétement. (L. 2, C., *de infir. pœn. cælib.*; M. Boissonade, n^os^ 33-40.)

§ 2. Toutefois certaines unions immorales furent ou demeurèrent frappées de déchéances tout à fait méritées.

I. Tel était le concubinat. Le concubin ne peut léguer à sa concubine qu' $\frac{1}{24}$ de sa fortune, et à tous ses enfants naturels ensemble, qu' $\frac{1}{12}$ pour eux tous; s'il a légué davantage, les enfants légitimes se partagent l'excédant. Ces restrictions étaient communes aux tes-

taments et aux donations entre époux. A vrai dire, il n'y avait point là d'exception véritable à la capacité testamentaire réciproque des époux, puisque le concubinat, lien légal à la vérité, n'était point le mariage. (Novelle 89, c. 12; Vangerow, *Lehrbuch*, vol. 2, § 429; Mühlenbruch, XXXIX, p. 328; Puchta, *Lehrbuch*, § 471, note d; Arndts, *Lehrbuch*, § 492, Rem. 5.) Ces restrictions ne s'appliquaient du reste, que si le testateur avait des enfants légitimes.

II. La situation respective des époux incestueux était encore bien plus défavorable. D'après un rescrit d'Arcadius et d'Honorius (l. 6, C., *de incest. et inutilib. nupt.*), les époux incestueux ne peuvent aucunement se succéder, ni *ex testamento* ni ab intestat; et non-seulement aucun d'eux ne peut recueillir le bénéfice d'une disposition à lui adressée par son conjoint; mais chacun d'eux est incapable de profiter de la délation. De plus, tous les enfants incestueux, et tous les parents qui ont poussé à ce mariage, sont exclus de toute succession testamentaire ou ab intestat à ces époux.

La Novelle 12 vint établir une législation nouvelle pour les mariages incestueux; entre autres peines, les époux perdent immédiatement la propriété de toute leur fortune, qui passe à leurs enfants légitimes, s'ils en ont, et s'ils n'en ont pas, au fisc. Cette Novelle ne reproduit pas les anciennes restrictions relatives à l'incapacité des époux incestueux de se faire des libéralités testamentaires, sur les biens par eux acquis postérieurement au mariage incestueux; il en résulte que les prescriptions de la loi 6 sont abrogées dans le dernier état du droit. (Vangérow, § 404, p. 26.)

En somme, les libéralités testamentaires entre époux, libres à l'origine, entravées ensuite par les lois Décimaires, redevinrent licites à la fin du droit; et les unions immorales demeurèrent seules frappées à cet égard de déchéances, instituées dans l'intérêt même du mariage légal, et dont quelques-unes d'ailleurs ne snbsistent plus dans le dernier état de la législation.

LIVRE DEUXIÈME

Des droits successoraux ab intestat attribués à l'époux survivant.

Trois théories différentes eurent cours à ce sujet dans le droit romain. Elles correspondent à trois périodes différentes :

CHAPITRE PREMIER

Ancien droit.

Dans une première période, celle du mariage avec *manus*, il ne pouvait être question d'un droit successoral pour le mari, puisque la femme n'avait rien en propre. La femme au contraire exerçait dans la succession du mari prédécédé un droit de succession fort important. Elle était comptée comme un enfant de plus, et succédait comme fille. Elle n'exerçait pas ce droit de succession comme femme, mais bien comme fille ; et d'ailleurs, à ne considérer que la réalité des choses, ce droit successoral n'était qu'un faible dédommagement pécuniaire de l'absorption de son patrimoine dans celui du mari. En réalité, dans la plupart des cas, elle reprenait son bien, plutôt qu'elle ne prenait celui du mari, et encore ne le reprenait-elle pas tout entier. Ce

droit de succession correspond à une constitution tout aristocratique et religieuse de la famille romaine. La personnalité du chef de famille était si absorbante, qu'elle réduisait à néant celle de la femme elle-même. Le père absorbait, pour ainsi dire, l'époux ; et cependant il fallait bien être l'un pour devenir l'autre ; mais la loi ne voulait point envisager la personnalité du chef de famille sous le rapport conjugal; car elle eût été obligée de conférer à la femme une personnalité distincte, et alors l'unité de personne, de puissance et de patrimoine eût été brisée.

CHAPITRE DEUXIÈME

Droit prétorien et constitutions impériales.

C'est à quoi pourtant il fallut en venir. La puissante constitution de la famille romaine ne tint pas bien longtemps devant l'effort de la démocratie ; l'aristocratie dans la famille correspondait à l'aristocratie dans la République ; et quand l'une disparut, l'autre dut disparaître. Ce que les démagogues avaient commencé, les empereurs l'achevèrent. Ces deux sortes de despotes sentaient instinctivement que leur pouvoir serait toujours bâti sur le sable et la terre mouvante, tant que le père de famille resterait juge, pontife et roi, dans l'enceinte sacrée de la *domus*. Ce seuil infranchissable leur parut indispensable à franchir, pour faire pousser

jusque sous les cendres du foyer les racines de leur pouvoir. C'est ainsi que la famille aristocratique, qui opposait en la personne de chaque chef de famille comme un rival à l'État ou à l'empereur, reçut le coup de grâce des empereurs, tous grands révolutionnaires depuis César. La femme détacha donc sa personnalité de celle du mari, et dès lors, elle perdit ses droits de succession comme fille. En acquit-elle quelques nouveaux comme femme? Oui, mais ces droits étaient bien inférieurs; ils lui devinrent communs avec son mari, qui n'en avait point eu jusqu'alors. Ces droits successoraux ne furent pas octroyés à l'époux survivant par le droit civil, la parenté civile étant le fondement du droit de succession ab intestat, et tout lien de parenté civile ayant été brisé entre les époux du jour où la *manus* avait disparu. L'époux fut réduit à un droit de succession prétorien, et encore ce droit ne lui fut-il que timidement octroyé. Le préteur avait besoin d'user ici de ménagements : il ne voulait, ni ne pouvait faire violence à la loi civile, aux souvenirs aristocratiques de l'ancien droit. L'époux survivant fut relégué en dernière ligne, après sept ordres de cognats; il ne succédait que sous un titre emprunté, comme *bonorum possessor unde vir et uxor*. On voit combien précaire était son droit. Les empereurs, si féconds en réformes successorales, qui firent franchir aux cognats le cércle jusqu'alors inviolable de la famille civile, ne firent rien pour l'époux. Il ne succéda toujours que comme *bonorum possessor*, et après sept rangs de cognats. C'est en vain que, sous l'influence des idées chrétiennes, les idées à cet égard se modifièrent; on essaya d'attribuer à l'époux un droit successoral meil-

leur, et une tentative fut faite en ce sens. Mais elle ne fut pas heureuse, et l'on revint bientôt à l'ancien état de choses.

CHAPITRE TROISIÈME

Droit des Novelles.

Il faut arriver aux Novelles 53 et 117 pour trouver une réforme sérieuse sur cette grave matière. Ces Novelles sont, avec la Novelle 118, le dernier mot de la législation antique sur le droit des successions. Cette œuvre législative se distingue de ses contemporaines par un caractère vraiment juridique et chrétien. C'est en elle que la législation impériale, si longtemps contradictoire en ses décisions, et stérile en son abondance, a trouvé son terme et son expression définitive. (Loehr, *Magazine*, III, p. 359, et *Ziv. Arch.*, XXII, p. 1; Glück, *Intest. Erbfolge*, p. 425; Zimmern, *Grunde des Erbrechts*, p. 59; Roszhirt, *Erbrecht*, p. 186; Arndts, *Rechtslexicon*, V, p. 697; Vangerow, *Lehrbuch*, vol. 2, § 488.) Le siége de la matière réside dans les Novelles 53 et 117. Justinien décida d'abord que le conjoint pauvre, qui n'avait constitué aucune dot, ni fait aucune *donatio propter nuptias*, prendrait un quart de la succession de l'époux prédécédé. (Novel. 53, c. 6.) Par des rescrits antérieurs, il avait déjà donné la même décision pour le conjoint répudié sans cause. (L. 11,

§ 1, C., *de repud.*; Novel. 22, c. 18, 30.) Ces décisions sont reproduites dans la Novelle 117, avec ces modifications, qu'aussi bien en cas de divorce, qu'en cas de prédécès d'un conjoint, la quarte n'appartiendrait qu'à la femme survivante, et jamais au mari survivant, et qu'en outre, la femme ne pourrait prendre un quart, mais une simple part virile, s'il y avait plus de trois enfants issus du mariage. C'est ce qu'on a appelé la quarte de la veuve pauvre non dotée. L'idée du législateur est donc que, quand le mari n'a pas pourvu lui-même aux besoins de sa femme survivante, la loi doit y veiller pour lui. Nous verrons à quelles conditions la veuve acquiert ce droit, quelle en est l'étendue, et quelle en est la nature.

SECTION I. — *A quelles conditions la veuve acquiert-elle cette quarte?*

A condition que le mari prédécédé soit riche, et la femme pauvre et non dotée. (Nov. 117, c. 5, *in fine.*) Ces trois conditions sont expressément exigées, et la dernière résulte spécialement de l'assimilation qu'il y a lieu d'établir entre ce droit successoral de la veuve et les peines de la répudiation. Comme ces conditions sont nécessaires pour que ces peines s'appliquent, elles le sont également pour que ce droit successoral naisse. Il ne naît donc point au profit de la veuve dotée, qui est simplement pauvre. Il serait plus naturel évidemment de s'attacher exclusivement à la situation pécuniaire actuelle de la femme; mais la loi exige formellement qu'elle n'ait point été dotée. Quant à la question de

savoir quand le mari sera réputé opulent et la femme pauvre, la loi, muette à cet égard, en abandonne la solution à l'appréciation du juge, qui prendra surtout en considération la position sociale de chacun des époux, et surtout de la femme.

Elle seule a droit à cette quarte, et le mari n'a aucun avantage de ce genre. Toutefois, on a fini par accorder au veuf, qui a des enfants, le droit de prendre dans la succession de la femme prédécédée une part virile d'usufruit.

Le veuf n'a pas été aussi bien traité que la veuve, parce qu'on l'a jugé plus capable de subvenir lui-même à ses besoins.

SECTION II. — *Quelle est l'étendue de ce droit de la veuve ?*

D'après la Novelle 117, la veuve a droit régulièrement à $\frac{1}{4}$; mais, si elle concourt avec plus de trois enfants issus de son mariage avec le défunt, ou d'un mariage précédent du défunt, elle ne peut exiger qu'une part virile. Plusieurs petits-fils issus d'un fils ou d'une fille comptent pour l'enfant, dont ils sont issus ; bien que la Novelle ne le dise pas expressément. La femme n'est ainsi réduite à une part virile, que si elle concourt avec des enfants ; si elle concourt avec des héritiers ab intestat autres que des enfants, elle prend sa quarte, quel que soit le nombre de ses concurrents. On affirme souvent que la veuve, prenant sa quarte, doit rapporter son propre patrimoine ; cette opinion est suffisamment réfutée par les termes de la Novelle 117, d'où il résulte que la femme

reçoit $\frac{1}{4}$ ou une part virile sur le patrimoine de son mari décédé, et non pas sur ce patrimoine réuni au sien propre, et en outre par les termes qu'emploie Justinien dans la Nov. 53, c. 6, § 1. « Si verò quas-» dam res proprias mulier in domo viri aut alibi repo-» sitas habuit, harum actionem et retentionem habeat » omnibus modis imminutam. »

Section III. — *Quelle est la nature de ce droit ?*

§ 1. On se demande d'abord si la femme reçoit toujours la propriété de son quart ou de sa part virile, ou si elle n'en reçoit que l'usufruit, quand elle est en concours avec des enfants issus de son mariage avec le prédécédé ? — Cette dernière doctrine était autrefois admise par l'unanimité des auteurs, en vertu des termes mêmes de la Nov. 117, c. 5 : «..... Ita quippe, ut » usum solum (χρῆσιν μόνην) in talibus rebus mulier » habeat, dominium autem illis filiis servetur (τὴν » δεσποτείαν..... φυλάττεσθαι), quos ex ipsis nuptiis » habuerit. Si vero talis mulier filios ex eo non » habuerit, jubemus etiam dominii jure (δεσποτείας » δικαίῳ) habere eas res, quas ex viri facultatibus ad » eam venire per præsentem jussimus legem. »

I. Une opinion différente, présentée en Allemagne par Loehr, a réuni de nombreux adhérents. Cette opinion a invoqué un rescrit de Théodose et Valentinien, la loi 8, § 7, C., *de repud.*, duquel il résulte que tout ce que l'époux injustement répudié gagne au divorce doit être conservé aux enfants issus du mariage dissous sans pouvoir être hypothéqué ni aliéné. Cette

décision aurait été étendue par Justinien à la quarte qu'il créa pour le cas de la femme pauvre non dotée. (L. 11, § 1, C., *de repud.*) Or, dit-on, c'est à cela que se réfère expressément la Nov. 53, c. 6; et la Nov. 117, c. 5, ne faisant que reproduire une décision législative déjà donnée par les lois qui précèdent, doit naturellement s'expliquer par elles. En outre, d'après la loi 8, § 7, C., *de repud.*, qui a certainement servi de modèle à Justinien pour ses rescrits, la mère injustement répudiée peut tester sur la portion qu'elle a prise dans les biens de son mari, et la laisser selon son gré à l'un quelconque des enfants, ou à plusieurs, ou à tous; la même décision doit être donnée dans le cas de la Nov. 117, et le même droit doit être accordé à la veuve pauvre non dotée; d'où il suit que, si la mère peut tester avec cette liberté sur sa portion, il ne peut être question de lui attribuer un simple droit d'usufruit. La vérité est que, tant que la mère vit, les enfants n'ont qu'un droit futur et encore incertain. Il est vrai que la mère est tenue de leur laisser sa part, et c'est en ce sens qu'on peut dire qu'elle n'a qu'un simple usufruit. Mais cette part, elle peut la distribuer entre ses enfants au seul gré de son caprice, et, si l'un d'eux vient à mourir, il meurt sans avoir acquis aucun droit à la part de la mère, et ses héritiers ne trouveront dans sa succession aucun droit à cette part, ce qui devrait pourtant arriver, si la mère avait seulement l'usufruit, et ses enfants la nue propriété. La mère doit simplement conserver sa part pour ses autres enfants, dont chacun aura ainsi une portion plús forte; que si tous les enfants viennent à mourir avant la mère, le droit de cette dernière

sur sa portion devient complétement libre et illimité. (Loehr, *loc. cit.*, et *Heidel. Jahrb.*, p. 766; Hunger, *das roemische Erbrecht*, p. 430; Wening, *Lehrb.*, § 434; Schweppe, *Handbuch*, V, 973.)

II. Nous croyons que cette théorie ne saurait être acceptée. Sans méconnaître l'importance que peut avoir l'étude des relations historiques entre une loi et les lois qui l'ont précédée, nous estimons que les inductions qu'on peut tirer de là ne sauraient prévaloir contre le sens bien clair d'une loi formelle. Or Justinien dit en propres termes, dans la Nov. 117, que la veuve aura simplement l'usufruit, tandis que la propriété restera aux enfants; et que la veuve ne pourra prétendre à la propriété de sa portion, que quand elle concourra avec d'autres que ses enfants : « .... *ut usum solum habeat, dominium autem illis » filiis servetur.* » Il est vrai que Loehr argumente de ces derniers mots, pour en tirer que la femme est propriétaire, mais qu'elle est obligée de conserver cette propriété pour ses enfants. Mais le véritable sens de ces mots est que la propriété des enfants doit demeurer intacte. Il est vrai que cela constitue une innovation de Justinien; mais il n'y a là rien qui nous doive surprendre, puisque cette loi s'annonce elle-même comme une loi réformatrice : « *in præsenti melius utramque legem disponentes, sancimus*, etc .... » Cette innovation est d'ailleurs parfaitement conforme au développement historique qu'a suivi le droit des parents, dans d'autres matières, telles que celles des biens adventices, et des *lucra nuptialia*, quand l'époux survivant à qui ils appartenaient se remarie. Dans toutes ces théories, le parent avait d'abord la pleine

propriété de ces biens, sous l'obligation de conserver cette propriété pour ses enfants; plus tard, au contraire, on ne lui accorda plus que l'usufruit, et la propriété advint aux enfants. Il est naturel que le droit successoral de la veuve pauvre ait suivi une marche analogue. Cette doctrine est, du reste, adoptée par la grande majorité des auteurs, et Loehr lui-même s'y est rangé. Il est évident que, dans ce système, l'enfant qui meurt avant la femme, transmet à ses propres héritiers la propriété qu'il a sur la portion de la veuve. (Loehr, *Archiv für zivilistische Praxis*, XXII, p. 1; Roszhirt, *cit.*, p. 193; Mühlenbruch, § 637; Puchta, § 456; Brinz, *Lehrbuch*, § 190).

§ 2. Justinien n'a pas résolu le cas où la veuve concourt à la fois avec des enfants issus de son mariage avec le *de cujus*, et avec d'autres enfants, issus d'un mariage précédent de ce dernier. On se demande quels seront alors les droits de la veuve? — Si l'on admettait la doctrine de Loehr, il faudrait décider que la femme a la propriété de sa portion, sous l'obligation de la conserver à ses propres enfants exclusivement. Cette doctrine n'étant point admissible, trois opinions sont concevables, et ont été en effet soutenues :

I. On peut dire que la femme reçoit simplement l'usufruit de toute sa part, et que la propriété en est attribuée proportionnellement aux enfants communs, et à ceux du lit précédent. C'est ce qu'a soutenu Loehr, après s'être rallié à la doctrine régnante.

II. On peut dire encore que la femme reçoit l'usufruit de toute sa part, et que la propriété en est attribuée exclusivement aux enfants communs. (Roszhirt, *loc. cit.*, p. 196.)

III. On a également soutenu que la veuve avait la propriété de sa part, en tant qu'elle concourait avec des enfants d'un lit précédent, et qu'elle en avait seulement l'usufruit, en tant qu'elle concourait avec des enfants communs. (Koch, *de bonor. posses.*, p. 485; Schirmer, *Handbuch*, p. 239.)

Vangerow se rallie à la seconde doctrine, présentée par Roszhirt, et raisonne comme il suit : la Nov. 117 part évidemment de ce principe que, régulièrement, la veuve a simplement l'usufruit, et que la propriété ne lui est attribuée qu'en un cas unique, celui où elle n'a pas d'enfants. Si donc il y a des enfants communs, quand même il n'y en aurait point d'un autre lit, la présence de ces enfants communs suffit pour empêcher que la femme ait la propriété de son lot. A qui donc appartiendra cette propriété ? Justinien dit expressément que là où la femme n'a que l'usufruit, la propriété ne peut appartenir qu'à ses enfants; donc les enfants communs auront à eux seuls la propriété de la portion de la veuve. — Cette argumentation nous paraît inexacte. La Novelle dit bien que la femme n'a jamais la propriété que quand elle concourt avec d'autres que des enfants; la présence des enfants communs suffit donc pour la réduire à de l'usufruit. Mais la Novelle ne dit en aucune façon que, quand la veuve n'a que l'usufruit, la propriété ne peut appartenir qu'aux enfants communs. La Novelle suppose le cas le plus fréquent, celui où la femme concourt avec des enfants communs, et dit qu'en ce cas, la propriété adviendra à ces enfants. Quant à dire d'une manière générale que la propriété ne pourra jamais appartenir qu'à eux, la Novelle n'y songe point, par la bonne

raison que, pour être aussi généralement conçue, il faudrait qu'elle prévît l'hypothèse du concours d'enfants de lits différents, hypothèse qu'elle ne prévoit point. Dès lors il est naturel de décider que les enfants du premier lit auront une part de propriété proportionnelle; on évite ainsi l'inconséquence notable où Vangerow est conduit, et qui consiste à n'accorder aux enfants du premier lit, dans le patrimoine de leur père, qu'une part ab intestat inférieure à celle qu'y prennent les enfants communs. — Que si cette doctrine paraissait trop hardie, j'aimerais mieux encore adopter la troisième que la seconde, et dire que, dans ses rapports avec les enfants communs, la femme n'aura que de l'usufruit, tandis qu'elle sera propriétaire dans ses rapports avec les enfants du premier lit. De la sorte, la part héréditaire de chacun serait égale, et la prétendue règle que, quand la femme a de l'usufruit, la propriété ne peut appartenir immédiatement qu'aux enfants communs, serait respectée. Si les enfants du premier lit acquéraient plus tard une portion de la propriété demeurée à la femme, au moins ne la prendraient-ils que dans la succession de la femme, et comme héritiers de cette dernière, et non dans celle du mari. Cette doctrine paraît en somme la plus juridique. (Vangerow, vol. 2, *Lehrbuch*, § 448, p. 307.)

§ 3. Cette quarte ou portion que prend la veuve semble constituer une véritable succession ab intestat, et même une légitime, car si le mari a laissé à sa veuve moins que la loi ne lui accorde, la veuve peut exiger qu'on lui complète sa part. (Nov. 53, c. 6, pr.)

On arrive ici à ce résultat vraiment original, que la

part dans la succession ab intestat est absolument égale à la légitime, tandis que la légitime est généralement une quote-part du droit de succession ab intestat. Que si la femme n'a rien reçu de son mari, elle prend néanmoins sa part dans sa succession, mais il ne peut être question pour elle d'intenter une *querela inofficiosi testamenti* ; elle n'a aucun droit à l'institution d'héritier. Ce que la loi veut, c'est qu'en définitive, elle reçoive sa part. Elle doit donc imputer sur cette part toutes les dispositions faites à son profit *mortis causâ*, et même toutes les donations entre-vifs à elle faites par son mari, puisque ces donations ne sont confirmées que par le prédécès du mari. C'est encore une conséquence de l'assimilation des donations conjugales entre-vifs aux donations à cause de mort. (Nov. 53.)

Résulte-t-il de là que la veuve recueille sa part à titre d'héritière? (Glück, *cit.*; Arndts, *cit.*, p. 698.) Nous ne le croyons point. Il est évident que si le mari, par une disposition expresse de dernière volonté, a laissé à la veuve ce qui lui revient, le mode de cette disposition déterminera la nature du droit de la veuve; suivant le cas, elle sera donc considérée comme héritière, donataire, ou légataire. Mais, si le mari n'a fait aucune disposition semblable, on se demande quel est le droit de la femme.

I. De nombreux auteurs s'appuient sur les termes de la Nov. 53, c. 6, § 1, « *secundum quod in illius* » *jure ex hâc lege heres exstiterit* », pour soutenir qu'en ce cas la veuve pauvre est héritière. Si cette doctrine est exacte, il en résulte : — 1. Que la veuve n'acquiert sa part qu'en manifestant par une adi-

tion d'hérédité sa volonté de l'acquérir, et que, par conséquent, son droit est pleinement anéanti, si elle meurt avant l'adition. — 2. Que pour recueillir sa part, il faut que la veuve n'ait pas un seul instant cessé d'être pauvre dans l'intervalle qui s'écoule entre la délation et l'adition ; car la pauvreté est la condition fondamentale de sa capacité héréditaire, et cette capacité doit persister jusqu'à l'adition. — 3. Que la femme peut prétendre au droit d'accroissement, sauf qu'elle ne peut jamais obtenir, en l'exerçant, plus du quart du patrimoine de son mari.

II. Cette théorie nous paraît inexacte :

1. D'abord le passage de la Nov. 53 qu'invoquent les adversaires ne nous paraît point avoir le sens qu'on lui prête : « *ὑποκεῖσθαι τοιούτων πραγμάτων τοῖς τοῦ ἀνδρὸς δανείσμασι κατ' οὐδὲν δυναμένων, πλὴν εἰ μὴ καθ' ὅσοντῶν ἐκείνου δικαίων ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου συγκληρονομεῖ.* » Cela signifie simplement que la veuve doit payer une part du passif héréditaire proportionnelle à celle qu'elle prend dans l'actif. La Novelle ne dit aucunement à quel titre la veuve prend cette quote-part, ni quels moyens lui sont ouverts pour la recueillir.

2. Et d'ailleurs, si l'on fait abstraction de la Novelle, tout semble indiquer que la veuve n'est pas héritière véritable, et notamment qu'elle ne peut intenter la pétition d'hérédité :

A. La Nov. 117, c. 5, assimile complétement le cas où la femme a été répudiée sans cause, et celui où elle survit à son mari, pauvre et non dotée, et lui confère les mêmes droits dans les deux cas. Or la Novelle dit expressément que les enfants sont héritiers, et que, dans les deux cas, la femme doit recevoir un quart du pa-

trimoine du mari ; on oppose très-nettement la situation des enfants, qui sont héritiers, à celle de la femme. Qu'en conclure, sinon que la femme n'est pas héritière, d'autant mieux qu'il est certain que la femme répudiée n'est pas héritière de son mari, et ne réclame sa quarte que par une action personnelle, une *condictio ex lege*? Si donc le prédécès du mari est assimilé au divorce, on comprendrait difficilement qu'il n'en fût point de même pour la veuve pauvre :

Nov. 117, c. 5 : « Sancimus in utroque casu ex ta-
» libus matrimoniis filios natos legitimos esse, et ad
» paternam vocari hereditatem; uxorem autem ex
» utroque horum casuum..... quartam partem ex
» substantiâ viri accipere. »

B. De plus, le droit de la veuve n'est qu'un droit d'usufruit, quand elle concourt avec des enfants; or la nature de ce droit n'est point compatible avec la qualité d'héritier véritable chez le titulaire.

C. L'analogie si frappante que présente la quarte de la veuve pauvre avec la *quarta divi Pii* est encore un motif décisif d'adopter cette opinion. — De tout cela il résulte que la veuve pauvre non gratifiée de son mari par disposition de dernière volonté, n'obtient jamais sa portion que par une *condictio ex lege*, action toute personnelle, sans distinguer si le mari est mort laissant ou non un testament. Les conséquences de cette doctrine sont : a. Que cette action naît au moment même où le mari prédécède, et devient dès lors transmissible aux héritiers de la femme, sans que cette dernière ait aucunement besoin de manifester sa volonté par adition ou autrement. b. Que la dispa-
rition de la pauvreté de la veuve ne peut nullement af-

fecter un droit régulièrement acquis par elle, à un moment où cette condition de sa capacité ne faisait point défaut. c. Et enfin, qu'il ne saurait être question pour la femme non héritière d'aucun droit d'accroissement, et qu'elle ne peut jamais obtenir une portion supérieure à celle qui lui revenait lors de la mort du mari. — Elle est d'ailleurs contrainte de payer dans le passif une part proportionnelle à celle qu'elle prend dans l'actif. Comme elle diminue la part des héritiers ab intestat proprement dits, il est juste qu'elle ne leur enlève pas seulement une part de l'actif, mais qu'elle les dégrève aussi d'une part correspondante du passif. (Vangerow, *cit.*, § 489.)

§ 4. Telle est la nature du droit de la veuve pauvre à l'époque de Justinien. Ce droit subit encore une modification dans la législation du Bas-Empire. La Novelle 106, de Léon, décide que la veuve pauvre aura toujours la propriété de son quart ou de sa part virile, alors même qu'elle sera en concours avec des enfants ; elle en pourra disposer absolument à son gré, et les enfants n'en acquerront la propriété que s'ils deviennent ses héritiers, et si cette part existe encore dans sa succession. La femme ne sera même nullement tenue de leur en conserver la propriété ; son droit à en disposer est entier, définitif, et n'est grevé d'aucune obligation. Il est à remarquer que cette Novelle interprète la Novelle 53 et la Novelle 117, comme avait fait Loehr, et suppose que, d'après ces lois, la veuve pauvre avait toujours la propriété de sa part, mais était dans certains cas grevée de l'obligation de conserver et de rendre cette propriété à ses enfants, sans pouvoir l'aliéner ni l'hypothéquer. La No-

velle dit positivement que, dans l'ancien droit de Justinien, la femme n'acquérait la propriété définitive de sa part que si tous les enfants mouraient avant elle, car alors son obligation de restituer la propriété s'éteignait d'elle-même. C'est une conséquence du système de Loehr, que nous avons proscrite, comme le système lui-même. Il est remarquable que la législation byzantine se soit approprié, en les modifiant, les constitutions justiniennes sur la quarte de la veuve pauvre, et les ait interprétées dans le même sens erroné, qu'adopta Loehr, dix siècles plus tard.

En somme, dans le dernier état de la législation justinienne, le droit du conjoint survivant se définit comme il suit : le mari survivant n'a en principe aucun droit successoral. Toutefois, s'il y a des enfants, on lui permet de prendre sur la succession de la femme une part virile d'usufruit. La veuve, pauvre et non dotée, a droit de prendre un quart sur la succession du mari prédécédé, ou une simple part virile, s'il y a plus de trois enfants. Si elle concourt avec d'autres que des enfants, elle reçoit cette quarte ou part virile en toute propriété ; si elle concourt avec des enfants, elle ne la reçoit qu'en usufruit, et les enfants en acquièrent immédiatement la nue propriété. Sous le Bas-Empire, on lui concéda sa part en toute propriété dans tous les cas. — Ces dispositions avaient été admises par imitation des lois qui règlent la situation du conjoint injustement répudié. L'époux, pauvre et non doté, répudié sans cause par son conjoint, avait droit d'obtenir le quart du patrimoine de ce dernier, sans avoir égard au nombre des enfants. (L. 11, C., *de repudiis.*) Seulement, s'il y avait des enfants, l'époux ne

recevait la propriété de sa quarte, qu'à charge de la leur conserver et rendre à sa propre mort. La Novelle 117 s'inspira de ces données législatives, en les modifiant ; la part de l'époux divorcé, comme celle de la veuve pauvre, fut réduite à une simple part virile, quand il y eut plus de trois enfants ; et il n'en eut que l'usufruit, quand il se trouva en présence d'enfants Ces dispositions ne furent pas étendues au mari survivant, qui fut ainsi moins bien traité que le mari injustement répudié. La répudiation injuste soufferte par un conjoint pauvre eut donc plus de force pour lui conférer un droit, que le prédécès du conjoint : tandis qu'une répudiation injuste créait une vocation héréditaire au profit de l'un ou de l'autre époux, le prédécès d'un époux n'avait la même force qu'autant que le prédécédé était le mari. Si le prédécédé était la femme, le mari était réduit à une part virile d'usufruit. D'ailleurs, en aucun de ces deux cas, l'époux n'est un véritable héritier ab intestat : il n'a point la *petitio hereditatis*, et est réduit à une *condictio ex lege* ; c'est un créancier héréditaire à titre universel. — En somme, le droit romain, après avoir reconnu à la femme des droits successoraux étendus, en l'assimilant à une fille, lui enleva plus tard ces droits, quand cette fiction fut morte, et finit par les lui restituer avec une importance moindre. La femme ne fut d'ailleurs *heres*, que quand elle succéda comme fille ; plus tard elle eut la *bonorum possessio*, et plus tard encore, une simple *condictio ex lege*. La qualité de son titre alla donc toujours en s'amoindrissant. Quant au mari, il ne put d'abord être pour lui question d'aucun droit successoral, puisqu'il était maître de tout le patrimoine de sa

femme; plus tard, il eut la *bonorum possessio*, et le droit de Justinien lui accorda une *condictio ex lege* pour obtenir une part virile d'usufruit. On voit que la législation est empreinte ici comme toujours de cette incohérence familière aux législateurs impériaux. Et toutefois, telle qu'elle est, la Novelle 117 est encore préférable à notre droit actuel, inflexible dans sa rigueur pour le conjoint survivant, qu'il relègue après le douzième rang des cognats, en ne le préférant qu'au fisc. La législation romaine, plus voisine que la nôtre des origines du christianisme, a ressenti plus directement aussi l'influence des idées chrétiennes, déjà fort effacées lors de la rédaction de notre Code. Nous en sommes revenus aux principes formalistes dont les vieux jurisconsultes romains s'étaient inspirés.

LIVRE TROISIÈME

De l'influence exercée par la répudiation injuste, l'adultère et les secondes noces, sur les relations pécuniaires des époux.

Nous avons examiné jusqu'à quel point étaient licites les donations conjugales entre-vifs ou testamentaires, et quels étaient les droits successoraux ab intestat des époux. Certaines circonstances peuvent exercer une influence considérable sur la capacité des époux de se faire ainsi des libéralités, ou de se succéder l'un à l'autre. Cette influence peut s'exercer en un double sens; ou bien avoir pour effet de modifier des résultats acquis, en enlevant à l'époux survivant le bénéfice d'une donation ou d'une succession acquise par lui; ou bien le rendre incapable pour l'avenir de donner à son conjoint ou de recevoir quelque chose de lui,

CHAPITRE PREMIER

De la répudiation injuste et de l'adultère.

L'époux qui répudie injustement son conjoint, est traité comme l'époux qui fournit à son conjoint une

juste cause de divorce. Ces deux actes illicites ont pour effet de frapper l'époux coupable de certaines peines pécuniaires, et en outre de modifier le droit de donation et de succession entre époux.

I. L'époux coupable est puni de certaines peines pécuniaires qui consistent à ôter certaines valeurs de son patrimoine, pour les faire entrer dans celui de l'époux innocent. C'est ainsi que :

1. La femme coupable perd la dot qu'elle avait reçue, et, à défaut de dot, $\frac{1}{4}$ de son patrimoine, sans que cela puisse jamais dépasser 100 livres d'or. (L. 11, C., *de repud. et judicio.*) Cette dot ou cette quarte sont acquises au mari, qui, s'il y a des enfants, n'en acquiert que l'usufruit, ces derniers en ayant la propriété. La femme adultère est traitée plus sévèrement encore, puisque l'adultère est essentiellement une juste cause de divorce : elle perdra $\frac{1}{3}$ de son patrimoine.

2. Le mari coupable perd la *donatio propter nuptias* par lui faite à sa femme, et à son défaut $\frac{1}{4}$ de son patrimoine ; le tout passe à la femme en propriété, s'il n'y a pas d'enfants, en usufruit, s'il y a des enfants. Que si le mari a faussement accusé la femme d'adultère, ou lui a fourni une juste cause de divorce, en entretenant une concubine dans la maison conjugale ou ailleurs, le mari perdra en sus $\frac{1}{3}$ de cette quotité. (Nov. 117, c. 8, 9; l. 11, § 1, *de repud.*, C.) Telles sont les peines pécuniaires du divorce injuste et de l'adultère. (Puchta, *Lehrbuch*, § 427.)

II. L'époux coupable, justement répudié, ou injustement répudiant, est encore atteint dans les avantages pécuniaires qu'il aurait pu tirer par la suite du patrimoine de son conjoint. Ici l'époux n'est pas dépouillé

d'une valeur entrée déjà dans son patrimoine; la loi le rend simplement incapable d'acquérir une valeur qu'il eût pu acquérir plus tard. C'est ainsi que :

1. L'époux coupable, justement répudié, n'acquiert point la quarte ou part virile, qui lui eût été acquise, si sa répudiation eût été injuste.

2. Il n'acquiert point non plus tous les bénéfices qui lui eussent été acquis en cas de prédécès de son conjoint, et notamment : A. Le mari n'acquiert point la dot qu'il eût acquise, si la femme fût prédécédée. B. La femme n'acquiert point la *donatio propter nuptias* qui lui eût été acquise, au cas de prédécès du mari. C. L'époux répudié n'acquiert point la donation entre-vifs ou *mortis causâ* à lui faite par son époux, et qui eût été confirmée par le prédécès de ce dernier. D. Il n'acquiert point non plus le legs, ni en général aucune libéralité testamentaire à lui faite par son conjoint en prévision du cas où le mariage serait dissous par la mort de son conjoint. (L. 49, § 6, *de leg.* 3°; Puchta, *Lehrbuch*, § 427, note b.) Les décisions données sur les deux derniers cas sont de simples conséquences du divorce considéré en lui-même, indépendamment de la question de savoir s'il est juste ou non; elles s'appliqueraient donc également aux deux époux, aussi bien au répudiant qu'au répudié, aussi bien si la répudiation était juste, que si elle ne l'était point.

CHAPITRE DEUXIÈME

Des secondes noces.

Les lois Julia et Papia encourageaient les secondes noces ; elles allaient même jusqu'à punir le célibat des personnes veuves. Ces lois n'avaient en vue que l'accroissement de la population. Les empereurs chrétiens se placèrent à un autre point de vue, envisagèrent les secondes noces comme contraires à la bienséance, et surtout comme dangereuses pour les enfants du premier lit. Le convol de l'époux survivant pouvait également produire une confusion de part, quand il intervenait trop tôt après la dissolution du premier mariage ; et il y avait là un intérêt sérieux et permanent d'ordre public, qui le fit prohiber à toutes les époques de la législation. Le convol fut donc frappé de peines et de déchéances juridiques, soit en lui-même, soit quand il intervenait trop tôt. De ces peines, les unes consistent en une atteinte portée aux avantages que l'époux survivant remarié a reçus du prédécédé ; les autres consistent en une restriction apportée à la faculté pour l'époux qui convole de faire des donations à son nouveau conjoint. De ces peines enfin, les unes sont communes aux deux époux, et ce sera le cas le plus fréquent, car le convol d'un époux est aussi dangereux pour les enfants que le convol de l'autre ; les autres, au contraire, sont spéciales à la *mater binuba*, parce que son convol présente certains dangers que n'offre point celui du mari, et parce qu'en

outre il semblait plus décent qu'une veuve ne se remariât point.

Section I. — *Du convol en général.*

On se demande si le conjoint prédécédé a pu, dans son testament, dispenser le conjoint survivant des peines qui frappent le convol. Nous ne le croyons point. Ces peines ne sont point édictées dans l'intérêt du conjoint décédé, ni même uniquement par respect pour sa mémoire, elles ont en vue l'intérêt des enfants du premier lit, et de la morale publique, telle que la comprenaient les empereurs chrétiens; or l'époux prédécédé ne peut être fait juge de la question de savoir si ces intérêts seront ou non compromis par le convol de son conjoint survivant avec une personne qu'il ne connaît point. (Nov. 22, c. 2, § 1; Puchta, *Lehrbuch*, § 428, note a, de Rudorff; Meyer, *Zeitschrift für Zivilrecht, neue Folge*, V, 7, 1848; — *contrà* : Geiger, *ibid.*, XIX, 7, 1348.)

I. La plupart des peines sont communes aux deux époux.

1. Les unes consistent dans une atteinte portée aux libéralités que le survivant a reçues du prédécédé. Ainsi :

A. Le *conjux binubus* perd la propriété des *lucra nuptialia*, et n'en conserve que l'usufruit; la propriété passe aux enfants du premier mariage. Car le convol ne peut jamais avoir pour effet d'enlever aux enfants du premier lit ces *lucra*, qui viennent de leur auteur mort, et qui doivent leur revenir.

a. Par *lucra nuptialia*, il ne faut pas seulement en-

tendre les choses que l'époux survivant tient d'une donation du prédécédé ; ces termes comprennent aussi la dot ou la *donatio antè nuptias*, que le mari ou la femme gagnaient d'une manière quelconque. (Nov. 22, c. 30.) Quand Justinien, par la Nov. 98, eut décidé que la propriété de la dot ou *donatio propter nuptias* devait advenir aux enfants, même abstraction faite de tout convol, le convol cessa évidemment de produire cet effet, puisqu'il se produisit de lui-même. Mais plus tard, la Nov. 127, c. 8, vint modifier la Nov. 93, en décidant que le conjoint survivant aurait au moins part virile à la dot ou à la *donatio propter nuptias*. La Nov. 22, c. 30, recouvra donc alors l'utilité que la Nov. 98 lui avait enlevée, et la peine des secondes noces s'étendit certainement à cette part virile, comme à tout ce que le conjoint survivant avait acquis du prédécédé par une libéralité quelconque, entre-vifs, ou *mortis causâ*. (Marezoll, Linde's *Zeitsch.*, III, 5 ; Puchta, *loc. cit.*, not. b, de Rudorff.)

b. La propriété enlevée au *conjux binubus* est attribuée à tous ses descendants non ingrats, issus du mariage précédent, conformément aux principes de la succession ab intestat, et sans s'inquiéter de savoir si, oui ou non, ils sont devenus héritiers du *parens* prédécédé. Cette propriété n'est au contraire attribuée aux petits-enfants, que s'ils sont devenus héritiers de l'enfant dont ils sont issus, et ils ne prennent à eux tous que la part qui serait échue à cet enfant prédécédé. (Nov. 22, c. 21, § 1, c. 22-26.)

c. D'après un rescrit de Léon, modifié par Justinien, il se produit pour la *mater binuba* cette particularité, que, si les *lucra nuptialia* consistent en

meubles, la femme ne peut en demander la possession que s'ils existent effectivement dans l'hérédité du mari, et seulement à condition de donner caution pour la restitution de ces objets ou de leur valeur. Que si toutes ces conditions ne se trouvent point réunies, la veuve remariée devra se contenter des intérêts à 4 p. 100 des *lucra nuptialia*. (L. 6, § 1, C., *de secund. nupt.*; Nov. 2, c. 4; Nov. 22, c. 45.)

d. L'aliénation des objets faisant partie des *lucra nuptialia* est nulle, quand même elle serait intervenue avant le convol.

C'est un cas où la propriété n'est transférée par l'époux survivant, que sous la condition résolutoire de son convol. Toutefois, l'aliénation étant intervenue, les enfants du premier lit ne peuvent revendiquer que quand leur nue propriété s'est complétée de l'usufruit appartenant à l'époux, c'est-à-dire après la mort du *conjux binubus*. Si donc tous les enfants du premier lit meurent avant le *conjux binubus*, et sans laisser de descendants, l'aliénation entière reste valable. Elle est au contraire nulle pour le tout, si tous les enfants du premier lit survivent au *parens binubus*, ou meurent avant lui, mais en laissant des descendants. L'aliénation reste également nulle pour le tout, si quelques-uns seulement des enfants du premier lit sont prédécédés, ou un seul d'entre eux, laissant des descendants; car ces descendants prennent la place de l'enfant mort. Que si un ou plusieurs enfants prédécèdent, sans laisser de descendants, le *conjux binubus* acquiert une quote-part égale à celle que les conventions matrimoniales lui attribuaient pour le cas où le mariage serait demeuré stérile; l'aliénation reste alors valable

jusqu'à concurrence de cette quote-part, tandis qu'elle est nulle, pour la portion que recueillent les autres enfants survivants. Cela résulte de la Nov. 22, c. 26, qui modifie la Nov. 2, c. 2.

e. Que si l'époux prédécédé n'a laissé au *conjux binubus* que l'usufruit de certains objets, et rien en propriété, le convol ne porte aucun préjudice au survivant; car il n'aurait pas eu davantage, même s'il se fût abstenu de convoler. (Nov. 22, c. 32, 33.) Il en était autrement dans le droit antérieur. (L. un., C., *si secundo nupserit mulier.*)

f. Par esprit de compensation, les enfants du second lit ont un droit exclusif à la dot ou à la *donatio propter nuptias*, que le *conjux binubus* a reçue de son second époux, que le *conjus binubus* contracte ou non un troisième mariage, après la dissolution du second. (Nov. 22, c. 29.)

g. Enfin les enfants du premier lit acquièrent la propriété des *lucra nuptialia* du jour où l'un des conjoints prédécède, en tant qu'ils n'ont été ni consommés ni aliénés par ce dernier. Le *conjux binubus* n'a nullement le droit de leur distribuer ces *lucra* dans les proportions qui lui plaisent. Il est donc indifférent que ces enfants aient ou non hérité de leur *parens* mort, dont le patrimoine a fourni ces *lucra*. Ceux-là seuls sont exclus, qui ont été coupables envers ce *parens* prédécédé d'un acte entraînant l'exhérédation. (L. 5, § 2; l. 6, § 3, C., *de secund. nupt.*; Zimmern, *Rg.*, § 178; Loehr, *Ziv. Arch.*, XVI, p. 34; sur toute cette théorie, voyez M. Boissonade, nos 119-131; Puchta, *Lehrbuch* § 428, 1; Vangerow, *Lehrbuch*, § 227, Rem. 1, a.)

B. De même, si l'époux prédécédé avait fait une

donation au survivant, à condition que ce dernier ferait un legs à un ou plusieurs des enfants communs, le survivant est obligé, en cas de convol, de fournir la caution *legatorum servandorum gratiâ*, dont il est dispensé, s'il ne se remarie point (Nov. 22. c. 41 ; l. 6, § 1, C.; *ad sctum Trebel.*); et la libéralité mélangée qu'il avait reçue du prédécédé, est ainsi altérée dans sa nature.

C. Le convol de l'époux survivant est susceptible de rendre valables des conditions apposées à une libéralité que ce survivant aurait reçue du prédécédé, alors que, dans les termes du droit commun, cette condition devrait être réputée non écrite. Ainsi, la condition de ne point se marier, apposée par le donateur à une disposition de dernière volonté, est réputée non écrite aux termes de la loi Papia. Il n'en est pas de même, quand cette condition est apposée à une libéralité testamentaire faite par l'époux prédécédé au survivant. Aux termes de la loi Julia Miscella, cette condition est en général valable, et le survivant ne peut recevoir son legs qu'en fournissant la caution Mucienne. (Nov. 22, c. 43.) Toutefois cette condition sera, conformément au droit commun, réputée non écrite, si, dans l'année qui suit la dissolution du mariage, le survivant jure qu'il se marie *liberorum causâ*. Justinien supprima aussi bien le serment que la caution Mucienne. et restitua les anciennes prescriptions de la loi Papia. (L. 1, 2, 3, C., *de indictâ viduitate.*) Mais plus tard, il rapporta ce rescrit; de sorte que l'époux survivant fut mis dans l'alternative de ne pas se marier, ou d'anéantir son legs; et s'il prenait le premier parti, il était tenu de donner caution. En

outre, Justinien ne distingua plus, selon que cette condition était imposée à l'époux survivant par le conjoint prédécédé, ou par un tiers. (Nov. 22, c. 43 et 44, § 8.)

2. D'autres peines consistent en une restriction apportée à la faculté pour l'époux survivant de faire des libéralités à son nouveau conjoint. Ainsi :

A. Léon et Anthémius décident (l. 6, C., *de secundis nuptiis*), que tout conjoint survivant, qui contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux, entre-vifs ou à cause de mort, plus qu'il n'a laissé à un descendant du premier lit, enfant ou petit enfant. Que si la disposition dépasse ces limites, les enfants du premier lit se partageront l'excédant. Justinien, fidèle à ses habitudes d'inconstance législative, décide dans la l. 9, C., *de secund. nupt.*, que les enfants du second lit pourront aussi prendre part à ce partage, doctrine qu'il abandonne quelque temps après, pour revenir à l'ancienne. (Nov. 22, c. 27.) Les enfants du second lit sont donc bien définitivement exclus du partage de cet excédant. Mais se partage-t-il entre les enfants du premier lit seulement, ou entre eux et le nouvel époux ? Becher a soutenu que l'époux devait être admis à ce partage. (*Vindiciæ interpret. genuinæ leg.* 6, *de sec. nup.*, Francof., 1797, § 12.) Il invoque à l'appui de ce système les termes mêmes de la Nov. 22 : « *hoc autem quod plus* » *est, dividant ad invicem grati filii parentibus.* » Il ne résulte nullement de ces mots que les enfants du premier lit doivent partager l'excédant avec le nouveau conjoint. Si tel était le sens de ces mots, il faudrait au moins *parenti*, au lieu de *parentibus*. Et d'ailleurs *pa-*

renti ou *parentibus* serait un mot très-impropre pour désigner le beau-père ou la belle-mère. Enfin, la grammaire commande de rattacher *parentibus*, non pas à *divident*, mais à *grati ;* et le texte grec de la Novelle démontre que cette interprétation est la seule vraie : « τοῦτο δὲ τὸ περιττὸν διαρήσονται πρὸς ἀλλήλους οἱ κεχαρισμένοι παῖδες τοῖς γονεῦσιν (id vero quod redundat, liberi, qui ergà parentes se gratos præbuerunt, inter se dividunt. ») Pour calculer la part du second-conjoint, il ne faut point compter l'enfant qui a mérité l'exhérédation (l. 10, C., *de secund. nupt.*, Nov. 22, c. 27), et il se faut toujours placer au moment où meurt le *conjux binubus*. (Novel. 22, c. 28.) Le partage de l'excédant entre les enfants du premier lit n'a d'ailleurs pas lieu proportionnellement à leurs parts héréditaires, mais par parts égales (Nov. 22, c. 27) ; on ne compte ni ceux qui auraient pu être exhérédés, pour déterminer le nombre des enfants, ni ce dont l'enfant le moins prenant aurait pu être dépouillé par le *conjux binubus*, pour calculer la part de l'enfant le moins prenant, et par conséquent aussi, celle de l'époux.

B. Le *conjux binubus* peut, dans son second mariage, augmenter, mais non restreindre la dot ou *donatio propter nuptias* apportée par lui à son nouvel époux. C'était encore entraver la liberté du *conjux binubus*, au profit des enfants du premier lit, à qui un droit exclusif à ces *lucra nuptialia* était reconnu. (Nov. 22, c. 31 ; l. 19, C., *de donat. ante nupt.* ; Loehr, *Magaz.*, III, p. 317, et *Ziv. Arch.*, XVI, p. 48 ; voyez aussi M. Boissonade, nos 131-137.) Cette peine, comme la précédente, est commune aux deux époux.

II. Certaines peines sont spéciales à l'*uxor binuba*,

ou plutôt une seule peine lui est spéciale, en tant que l'on considère le convol uniquement au point de vue de l'influence qu'il exerce sur les relations pécuniaires des époux : cette peine consiste dans une atteinte portée aux avantages que la femme a tirés du patrimoine de son premier mari, par l'intermédiaire d'un enfant du premier lit. Ainsi :

1. Quand une femme a hérité ab intestat d'un de ses enfants du premier lit, la propriété des choses héréditaires passe en cas de convol aux autres enfants du premier lit, cohéritiers de la femme, en tant que ces objets émanaient du patrimoine du mari prédécédé, et la femme n'en conserve que l'usufruit. (Loehr, *Arch.*, XVI, p. 44.) Cette décision exorbitante est-elle commune au veuf et à la veuve remariés, ou est-elle spéciale à la veuve remariée? Nous croyons qu'elle est spéciale à la veuve. Il ne peut être question d'étendre cette décision au mari, en se fondant sur ce que la loi a raisonné sur le *plerumque fit*. En effet, quand la Nov. 22 a été rendue, le père ne venait pas encore à la succession de son enfant mort, en concours avec les frères et sœurs de cet enfant, et la question d'étendre au père la décision relative à la mère ne se pouvait point poser. De plus, il est de principe que les exceptions ne s'étendent point par voie d'analogie, et en cette matière moins qu'en une autre ; car, aux yeux des Romains, le convol de la femme était encore moins favorable que celui du mari ; tandis que le second ne faisait que mettre en péril l'intérêt des enfants du premier lit, le premier blessait en outre la chasteté. (L. 22, C., *de adm. tut.*; Nov. 2, c. 3 ; Vangerow, *Lehrbuch*, § 227, p. 427, n° 2, a ; Marezoll, *Gieszer Zeitsch.*, V,

p. 363 ; — *contrà* : Rudorff sur Puchta, *Lehrbuch*, § 428, note f ; Geiger, *Zeitsch.*, XIX, p. 204.)

2. De plus, la veuve, qui convole avant d'avoir rendu ses comptes aux enfants du premier lit dont elle avait la tutelle, et avant de leur avoir payé ce dont elle leur est reliquataire, est assimilée à la veuve qui convole avant que dix mois se soient écoulés depuis la dissolution du premier mariage. (Nov. 22, c. 40 ; Nov. 94, c. 2.)

SECTION II. — *Du convol trop prompt de la veuve.*

Le convol de l'époux survivant, déjà frappé d'une manière générale, a été en outre spécialement puni, quand l'époux qui convole est la femme, et quand il intervient à une époque trop rapprochée de la dissolution du premier mariage. C'est qu'en ce cas le convol si prompt de la femme affectait un caractère d'immoralité plus accentué, et faisait redouter une confusion de part. Si donc une veuve se remarie moins de dix mois, et depuis Théodose I^er^, moins d'un an après la dissolution de son précédent mariage, elle est punie de certaines peines. (L. 2, C., *de sec. nup.*)

I. C'est ainsi qu'on porte atteinte aux avantages que lui a faits son mari mort.

1. Elle perd tout ce qu'elle a reçu de son mari mort, à titre de *donatio ante nuptias*, *jure sponsaliorum*, ou à un titre quelconque, et le bénéfice de ces dispositions est recueilli, d'abord par les *decem personæ* de l'édit, c'est-à-dire par tous les parents de son premier mari du premier et du second degré, descendants,

ascendants ou collatéraux, et ensuite par le fisc. (L. 2, C., *de sec. nupt.*)

2. Y a-t-il des enfants du premier lit, on applique cumulativement les peines générales du convol, dont l'empereur lui-même ne pourra dispenser la veuve que si, immédiatement, elle abandonne à ses enfants la moitié de son patrimoine en toute propriété. (Nov. 22, c. 22; l. 4, C., *ad sctum Trebell.*) Que si la veuve se résigne à ce sacrifice, et qu'un des enfants du premier lit prédécède, sans laisser de testament, sa part est recueillie par ses frères ou sœurs survivants; que si tous les enfants du premier lit prédécèdent sans laisser de testament, alors seulement la femme peut, à titre de consolation, reprendre sa moitié dans la succession de celui de ses enfants qui meurt le dernier.

II. On met également obstacle aux libéralités qu'elle pourrait faire à son nouveau conjoint ou recevoir de lui. Ainsi :

1. Elle ne peut jamais et d'aucune manière lui donner plus d'un tiers de son patrimoine.

2. Elle perd la *testamenti factio* passive, et ne peut absolument rien recueillir à titre universel ou singulier; ce qui lui est ainsi adressé, soit par son nouveau conjoint, soit par un tiers, profite aux héritiers testamentaires ou ab intestat du disposant. (L. 1, 2, C., *de sec. nup.*)

3. De même elle perd tout droit à la quarte qu'elle pourrait obtenir plus tard sur les biens de son second conjoint, s'il venait à prédécéder, puisqu'elle ne peut hériter ab intestat de ses parents que jusqu'au 3e degré.

III. Enfin nous savons que, si elle a des enfants du premier lit, on lui applique en outre les peines générales des secondes noces.

C'est par des rescrits de Gratien, Valentinien et Théodose, que la veuve a été frappée de ces peines. L'édit du préteur l'avait déjà déclarée infâme (l. 11, § 1, 3, *de his qui not. infamiâ*); mais c'est là une déchéance qui ne modifie point les rapports pécuniaires de l'époux survivant, soit avec son conjoint prédécédé, soit avec son nouvel époux. Nous avons de même passé sous silence toutes les peines générales des secondes noces, qui n'affectent point les rapports pécuniaires des époux, mais seulement leurs relations de famille, ou les relations de l'époux survivant avec les enfants du premier lit, ou les tiers. Les peines du convol trop prompt ont été étendues par Justinien au cas où, pendant l'année de deuil, la femme se prostitue. (Marezoll, *über bürgerliche Ehre*, p. 189; Zimmern, *it.*, I, p. 562 et 645; Rudorff, p. 346; Nov. 39, c. 2.) Le droit canonique a supprimé ces peines du convol trop prompt, et s'est contenté de punir la prostitution survenue pendant l'année de deuil, par la perte des *lucra nuptialia*. La prostitution survenue pendant l'année de deuil produit donc en cela les mêmes effets que produisait autrefois le convol ordinaire du survivant. (Glück, *Comm.* XXIV, p. 197; Pufendorf, *Obser.* IV, 214; Chap. 4, X, *de secund. nupt.*, 4, 21 : « Super illâ quæstione, quâ quæsitum » est an mulier possit sine infamiâ nubere intrà » tempus luctus, secundum leges definitum? Respon- » demus, quod cum Apostolus dicat : Mulier, viro » suo mortuo, soluta est a lege viri sui, in domino

» nubat, cui voluerit; per licentiam et auctoritatem » Apostoli ejus infamiâ aboletur ».)

Telle est, en somme, l'influence du convol ordinaire ou du convol trop prompt sur les relations pécuniaires des époux, envisagées au point de vue purement gratuit.

CONCLUSION

Ainsi, pour embrasser d'un coup d'œil rétrospectif l'espace parcouru, la donation entre époux a d'abord été prohibée d'une manière absolue, sauf quelques exceptions amplement justifiées par leurs motifs. La préoccupation du législateur était d'empêcher que les relations conjugales fussent altérées par les convoitises pécuniaires, et qu'un époux pût se faire d'une menace de divorce une arme pour extorquer à l'autre une libéralité. A la rigueur exagérée de la prohibition succéda le système ingénieux du sénatus-consulte, qui, assimilant à des donations *mortis causâ* toutes les donations entre époux, les rendait toutes susceptibles de confirmation tacite par le prédécès du donateur. La liberté de chaque époux était ainsi sauvegardée, puisque la donation était plus que révocable, en même temps qu'on permettait à l'affection conjugale de se traduire en une juste mesure. En résumé, quant à la faculté de faire des donations à son conjoint, ou d'en

recevoir de lui, l'époux n'a jamais été dans une situation meilleure que l'étranger, a très-rarement été dans une situation équivalente, et s'est presque toujours trouvé dans une situation pire.

Quant aux libéralités testamentaires, moins dangereuses encore que les donations permises par le sénatus-consulte, elles furent absolument libres dans le principe. Les lois Décimaires apportèrent à cette liberté des restrictions étroites, qui disparurent quand le législateur eut expérimenté que ses dispositions étaient impuissantes à réagir contre les mœurs, et à remonter le courant, chaque jour plus irrésistible, de la décadence. Les libéralités testamentaires redevinrent donc ce qu'elles étaient, c'est-à-dire libres, et l'époux fut complétement assimilé à un étranger.

Quant au droit de succession ab intestat entre époux, il n'exista pas, à proprement parler, tant que dura le mariage avec *manus*. Le mari survivant ne pouvait succéder à sa femme, qui mourait sans laisser de patrimoine, et quand la femme survivante succédait au mari, elle lui succédait comme fille et non comme femme. Quand le mariage avec *manus* eut disparu, l'époux survivant eut une *bonorum possessio undè vir et uxor*, octroyée par le préteur, qui le reléguait après sept ordres de cognats et ne le préférait qu'au fisc. Cet état de choses se perpétua jusqu'à Justinien, qui accorda à la veuve pauvre et non dotée, sur les biens du mari prédécédé, une quarte ou part virile égale à celle de l'enfant le moins prenant; le mari survivant eut aussi une part virile d'usufruit. La répudiation injuste fut assimilée à la dissolution du mariage par le prédécès d'un époux.

Enfin les secondes noces, si favorables sous les lois Caducaires, exercèrent à la fin de l'Empire une influence restrictive énergique, tant sur les libéralités de toute nature intervenues déjà entre l'époux prédécédé et le survivant, que sur celles à intervenir plus tard entre le survivant et le nouveau conjoint.

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

LIVRE PREMIER

De l'influence exercée par le mariage sur les donations ou les legs que le prédécédé a pu faire au survivant.

TITRE PREMIER

DROIT ÉCRIT

I. Le droit écrit se conformait à la doctrine romaine : assimilant à des donations *mortis causâ* toutes les donations entre époux, il les déclarait susceptibles de confirmation par le prédécès du donateur. Cette théorie ne fit aucune difficulté jusqu'à l'ordonnance de 1731, qui, dans son article 3, supprima les donations à cause de mort, et déclara qu'il n'y aurait plus que deux sortes de donations valables, les donations entre-vifs,

et les legs. Si l'on eût strictement appliqué cette ordonnance, une confirmation de la donation par le prédécès de l'époux n'eût plus été possible : en effet la donation entre époux, qu'admettaient les Romains, n'était pas entre-vifs, étant soumise à une confirmation de tous les instants; elle n'était pas non plus testamentaire, n'étant ni en forme de testament, ni en forme de codicille. Toutefois les Parlements de droit écrit, fermement attachés aux doctrines romaines, avaient persisté à déclarer que les donations entre époux étaient confirmées par le prédécès du donateur. Les Parlements des pays coutumiers, parmi lesquels le Parlement de Paris, s'étaient rangés à l'opinion contraire, parce que le droit commun des coutumes prononçait entre époux la nullité des donations et des legs.

II. Quant aux libéralités testamentaires, le droit écrit les déclarait pleinement valables, comme elles l'étaient à Rome, avant que les lois Décimaires n'eussent été rendues, et après qu'elles eurent été abrogées.

TITRE DEUXIÈME

DROIT COUTUMIER

Les coutumes étaient, à cet égard, d'une variété presque infinie ; mais le droit commun prononçait la nullité tant des donations entre-vifs, que des libéralités testamentaires. (Pothier, *Traité des donat. entre mari et femme* ; M. Boissonade, n^os^ 137-295.)

CHAPITRE PREMIER

Des coutumes en général.

SECTION I. — *De leurs divergences.*

§ 1. Les plus nombreuses et les plus importantes, comme celles de Paris et d'Orléans, prohibent toutes libéralités entre époux, directes ou indirectes, entre-vifs ou testamentaires. La rigueur de cette prohibition est généralement tempérée par la faculté reconnue aux époux de se faire, pendant le mariage, un don mutuel.

Presque unanimes sur le fond de cette exception, les coutumes se séparent, quand il s'agit de déterminer en quels cas ce don mutuel peut avoir lieu, quel chiffre il peut atteindre, et sur quels biens porter.

§ 2. D'autres coutumes prohibent la donation entre-vifs, sauf le don mutuel, et autorisent le legs. Unanimes sur le principe que le legs est licite, elles cessent d'être d'accord quand elles déterminent les cas où il est licite, le *quantum* qu'il peut atteindre, et les biens sur lesquels il peut porter.

I. Il y a désaccord sur les cas où le legs est licite :

1. Les coutumes les plus nombreuses, et notamment celles de Chartres, Châteauneuf et Péronne, le déclarent licite, qu'il y ait ou non des enfants.

2. La coutume de Mantes ne le permet que s'il n'y a point d'enfants.

II. Il y a désaccord, sur le *quantum* que le legs peut atteindre, et les biens sur lesquels il peut porter :

1. D'après les unes, celles de Péronne, Ponthieu, Châteauneuf, Dreux et Chartres, l'époux peut léguer à son conjoint tout ce qu'il pourrait léguer à un étranger, sauf que dans celle du Perche, locale de celle de Chartres, il ne peut donner à son conjoint une année du revenu de ses propres, qu'il pourrait donner à un étranger.

2. D'après les autres, l'époux ne peut pas léguer à son conjoint tout ce qu'il pourrait léguer à un étranger :

A. Ainsi, la coutume de Reims (art. 291) permet à l'époux de léguer à son conjoint la propriété de ses meubles et conquêts, et seulement l'usufruit de la moitié des acquêts faits avant le mariage.

B. D'autres coutumes distinguent selon qu'il y a ou non des enfants, permettant aux époux sans enfants de se léguer tout ce qu'ils pourraient léguer à un étranger, et n'autorisant que des legs d'usufruit, quand

il y a des enfants. (Cout, d'Amiens, tit. 5, art. 106.)

L'existence d'enfants avait donc, selon les coutumes, une influence diverse; elle était tantôt une cause de prohibition, tantôt une cause de restriction des legs. On voit que, sous ces coutumes, l'époux est quelquefois aussi bien traité qu'un étranger, souvent plus mal, jamais mieux.

On s'était demandé si les coutumes qui prohibaient expressément les donations entre-vifs devaient être réputées autoriser implicitement les legs. Pothier admet l'affirmative, parce que la liberté de disposer forme le droit commun, qui se doit appliquer à moins d'exception formelle; et parce que les donations entre-vifs sont bien plus dangereuses que les legs. Ces raisons ne sont point concluantes : puisque les coutumes les plus importantes et les plus nombreuses prohibaient tant les legs que les donations entre-vifs, le droit commun spécial à la matière penchait plutôt dans le sens de la prohibition des legs que dans celui de leur validité. Et toutefois Guy-Coquille, interprétant la coutume du Nivernais, adoptait l'opinion de Pothier.

§ 3. Quelques coutumes, par un curieux emprunt fait au droit romain, validaient non-seulement les legs, mais même les donations entre-vifs, quand le donateur était mort sans les avoir révoquées. C'est ce qu'admettaient la coutume de Poitou, dans tous les cas, et la coutume de Touraine, seulement quand il n'y avait pas d'enfants. Cette classe de coutumes ne survécut point à l'ordonnance de 1731; les coutumes de Poitou et de Touraine entrèrent dès lors dans la catégorie précédente.

§ 4. Certaines coutumes, muettes sur les dispositions testamentaires, autorisaient expressément, en certains cas, et sous certaines restrictions, les donations entre-vifs irrévocables. Les divergences tenaient au degré d'importance que chaque coutume accordait à cette circonstance qu'il existait des enfants, les donations étant prohibées, restreintes, ou pleinement licites, selon que cette circonstance paraissait mériter une influence décisive, médiocre, ou nulle.

Ainsi :

I. Certaines coutumes faisaient de l'existence d'enfants une cause de prohibition des donations :

1. La coutume d'Angoumois (art. 52) permettait aux époux de se donner pendant le mariage, par donation mutuelle ou simple, l'usufruit de tous leurs meubles acquêts et du tiers de leurs propres, pourvu qu'ils n'eussent pas d'enfants.

2. Celle de Montfort leur permettait, dans le même cas, de se donner l'usufruit de tous leurs meubles et conquêts, et du quart de leurs propres.

II. D'autres coutumes faisaient de la circonstance qu'il existait des enfants, une simple cause de restriction des donations entre-vifs. Ainsi, dans la coutume de Noyon (tit. 13, art. 21), les conjoints sans enfants se pouvaient donner la propriété de tous leurs meubles et acquêts, et l'usufruit de la moitié de leurs propres; tandis que les conjoints avec enfants ne se pouvaient donner que leurs meubles et acquêts, sauf la légitime des enfants.

III. Certaines coutumes, comme celle de Saint-Jean d'Angely, n'accordaient aucune importance à l'existence d'enfants, et permettaient dans tous les

cas aux conjoints les donations entre-vifs, simples ou mutuelles (art. 13, tit. 8), non pas soumises à confirmation par le prédécès du donateur, mais valables et irrévocables dès le jour du contrat.

Ainsi non-seulement l'existence d'enfants anéantissait ou restreignait la faculté pour les époux de se faire des legs ; elle exerçait la même influence sur la faculté pour eux de se faire des donations. Remarquons encore que, sous le régime de ces coutumes, l'époux est parfois traité aussi bien qu'un étranger, souvent plus mal, jamais mieux.

Les coutumes de cette classe, qui validaient sous certaines restrictions et conditions les donations, validaient aussi tacitement les legs. Car il était bien plus exorbitant d'autoriser une donation irrévocable, qu'un legs inexistant jusqu'au décès du testateur.

De plus, si les coutumes qui prohibaient les donations étaient réputées autoriser tacitement les legs, celles qui autorisaient expressément les donations autorisaient bien plus sûrement encore les legs.

Seulement, en ce dernier cas, ces legs étaient-ils licites absolument, ou soumis aux mêmes restrictions que les donations entre-vifs? Par exemple, en supposant l'existence d'enfants, les legs étaient-ils prohibés, restreints, ou valables, selon que la coutume qui les devait régir accordait à l'existence d'enfants la vertu de prohiber ou de restreindre les donations entre-vifs, ou leur refusait toute efficacité? De plus, quand, même en l'absence d'enfants, la donation ne pouvait comprendre que de l'usufruit, les legs ne pouvaient-ils non plus porter que sur de l'usufruit? On faisait la distinction suivante : les restrictions

ayant pour cause la nature de la libéralité ne s'appliquaient point aux legs. C'est ainsi que, quand il n'y avait point d'enfants, les époux, qui ne se pouvaient donner entre-vifs que de l'usufruit, se pouvaient léguer en propriété tout ce qu'ils auraient pu léguer à des étrangers. (Thouret, *sur la cout. de Montfort*; arrêts du 13 avril 1604 et du 16 sept. 1637.) Si en effet, disait-on, la prohibition expresse et absolue dont certaines coutumes frappent les donations ne s'étend point aux legs, quand ces coutumes sont muettes à l'égard des legs, il y a un *à fortiori* pour que la prohibition indirecte et partielle dont une coutume frappe les donations de propriété, en n'autorisant que celles d'usufruit, ne s'étende pas aux legs. Là où la prohibition générale n'est pas applicable par voie d'analogie, la prohibition partielle ne saurait l'être non plus. D'ailleurs les coutumes qui autorisent en une certaine mesuré les donations, étant plus libérales que celles qui les prohibent, ne sauraient être plus rigoureuses que ces dernières à l'égard des legs. On étendait au contraire aux legs les restrictions qui avaient pour cause l'existence d'enfants. Cela semble étrange, le raisonnement que nous avons fait tout à l'heure paraissant n'avoir ici rien perdu de sa force. Mais la jurisprudence estimait que si les enfants avaient besoin d'être protégés contre les donations, ils n'avaient pas moins besoin de l'être contre les legs. Cette raison est des plus faibles.

Les coutumes qui tenaient compte de l'existence d'enfants n'autorisaient généralement que des dispositions en usufruit, sauf la coutume de Noyon, qui permettait en ce cas de donner la propriété des meu-

bles et acquêts. Du reste, les seuls enfants dont l'existence pouvait être une cause de prohibition ou de restriction de la libéralité, étaient les enfants de l'époux donateur, et jamais ceux de l'époux donataire.

§ 5. Une seule coutume, celle d'Auvergne, faisait entre les époux la plus bizarre des distinctions, permettant au mari de donner à sa femme tous ses biens, sauf la légitime des enfants, et défendant à la femme de rien donner à son mari.

En somme, les dispositions coutumières étaient conçues dans un esprit éminemment tutélaire des droits de l'enfant, et par là même jaloux de l'influence conjugale. La règle était la prohibition absolue des donations et des legs, sauf la permission du don mutuel. L'exception qu'on admettait le plus aisément était la permission des legs ; celle qu'on admettait difficilement était la permission des donations, le tout en une certaine mesure, et sous certaines restrictions, en distinguant notamment suivant qu'il existait ou non des enfants. Les coutumes qui n'admettaient point la prohibition absolue, étaient, quant aux donations entre-vifs, dans une véritable impasse. On avait maintenu leur caractère irrévocable, et la donation *mortis causâ* avait été abolie en 1731. Il fallait donc opter pour la validité ou la nullité des donations entre-vifs, c'est-à-dire compromettre les intérêts de l'enfant ou frapper l'affection conjugale d'une injuste suspicion. Le Code civil a trouvé un expédient moins juridique que celui du sénatus-consulte de Sévère, mais atteignant le même résultat ; il a rendu les donations entre-vifs absolument révocables au gré du donateur. — Quant à la mesure de ces libéralités, conformément à ce qui

arrivait en droit romain, et contrairement à ce qui peut arriver chez nous, jamais on ne pouvait donner plus à son conjoint qu'à un étranger; on pouvait parfois lui donner autant, quand il n'y avait pas d'enfants, mais jamais plus; et s'il y avait des enfants, on ne pouvait ordinairement pas lui donner autant qu'à un étranger, sauf de très-rares exceptions. Le titre d'époux n'était donc, en cette matière, qu'un titre de disgrâce, et jamais de faveur.

SECTION II. — *De la coutume spécialement applicable à chaque disposition.*

§ 1. A raison de la nature du bien donné. Les coutumes qui règlent le sort des libéralités entre époux étant relatives aux biens, sont des statuts réels. La disposition est donc régie par la coutume du lieu où le bien donné a sa situation, ou est censé l'avoir. Ainsi :

I. Pour les immeubles corporels, fonds, servitudes, ou rentes foncières, on applique la coutume du lieu où l'immeuble est physiquement situé. Les rentes constituées sur le roi ou l'Hôtel-de-Ville, étant réputées situées au bureau de payement des arrérages ou de l'Hôtel-de-Ville, sont régies par la coutume de Paris. De même les offices, étant censés avoir leur situation au lieu où se trouve le principal siége de leur exercice, sont régis par la coutume de ce lieu. En somme, on décompose la libéralité, et on applique à chaque objet la coutume du lieu où chacun est situé, de sorte que la libéralité est nulle pour le tout, valable pour le tout, ou nulle pour partie, selon que tous ses objets ressor-

tissent à une coutume qui autorise les libéralités entre époux, ou qu'aucun ne ressortit à une coutume de ce genre, ou que quelques-uns seulement sont dans ce cas.

II. Pour les meubles corporels ou incorporels, on applique la coutume du domicile de leur propriétaire. Telles sont les rentes constituées, excepté celles du roi, quand même elles seraient assignées spécialement sur un fonds quelconque.

§ 2. A raison de la nature de la disposition faite. Quant au moment où il se faut placer pour déterminer quelle est la coutume du lieu où l'immeuble est situé, on applique la coutume du lieu où l'objet de la libéralité était situé, quand la libéralité a commencé d'exister pleinement. Par conséquent :

I. S'il s'agit d'une donation, on applique la coutume du lieu où était réellement ou fictivement situé l'objet au moment où la donation est intervenue.

II. S'il s'agit d'un legs, on applique la coutume du lieu où était situé l'objet lors du décès du testateur. C'est ainsi qu'une personne, domiciliée sous une coutume qui prohibe les donations et les legs, peut transporter son domicile sous une coutume qui les autorise, et faire valablement une libéralité portant sur des meubles. Il faut seulement que la translation de domicile soit sérieuse, et faite sans esprit de retour.

SECTION III. — *De la force obligatoire inhérente à ces diverses coutumes.*

Les dispositions qu'elles contiennent peuvent-elles être anéanties ou neutralisées par la convention des par-

ties, et, si oui, comment et en quelle mesure? Le principe est que les époux ne peuvent faire aucune convention matrimoniale qui leur permette de s'adresser des libéralités, quand la coutume le leur interdit; mais qu'ils peuvent valablement renoncer au droit de se faire des libéralités, quand la coutume le leur permet.

§ 1. La première de ces assertions est d'une incontestable justesse. Sont nulles toutes conventions dérogeant directement ou indirectement à une coutume prohibitive des libéralités :

I. Si donc les époux convenaient que, sous toute coutume où il leur plairait de transporter leur domicile, ils se pourraient faire telles libéralités qu'ils jugeraient à propos, cette convention serait nulle. Une seule coutume, celle de Bourgogne, méconnaissait ce principe : la prohibition, dont elle frappait les donations entre époux, ne tenait point devant une clause formelle en sens contraire, insérée au contrat de mariage.

II. Sont nulles les conventions qui, indirectement, tendraient à conférer aux époux cette faculté que la coutume leur dénie. Ainsi :

1. Est nulle la convention matrimoniale aux termes de laquelle aucun des deux époux n'aura, pendant le mariage, le remploi de ceux de ses propres, qui pourront être aliénés pendant ce temps. L'époux pourrait, en effet, pendant le mariage, avantager indirectement son conjoint, en vendant un de ses propres, ou en se procurant le rachat d'une de ses rentes, dont le prix tomberait en communauté et adviendrait pour moitié à l'autre, le mariage étant dissous. Cette clause serait également nulle aujourd'hui, comme imprimant aux donations entre époux un caractère irrévocable (1096).

2. Serait nulle la clause par laquelle des futurs conjoints, se mariant avec exclusion de communauté, se conféreraient la faculté d'adopter le régime de communauté, au cours du mariage. Cette clause serait nulle sous le Code, mais de par les art. 1394 et 1395.

3. Serait encore nulle la clause d'après laquelle un des époux aurait une certaine part dans les meubles et conquêts de communauté, et ne prendrait dans les dettes aucune part, ou seulement une part inférieure à celle qu'il prend dans l'actif. Cette clause serait nulle dans notre Code, en vertu de l'art. 1521.

§ 2. Il est beaucoup plus contestable que les époux aient la faculté de s'interdire pour l'avenir des libéralités que la loi déclare licites. Cette clause serait absolument nulle chez nous.

I. Et cependant Pothier, Ferrière et le Parlement de Paris admettaient qu'on pouvait, par contrat de mariage, s'interdire la faculté de se faire, pendant le mariage, le don mutuel qu'autorisaient toutes les coutumes. On justifiait cette solution, en disant que les clauses des contrats de mariage n'étaient pas censées intervenir seulement entre les futurs conjoints, mais aussi entre leurs deux familles, chacune étant intéressée comme les époux eux-mêmes à ce que les biens d'une famille ne passassent point à l'autre. On alléguait en outre que l'époux, en consentant cette clause, avait pour but d'éviter l'alternative, ou de frustrer sa famille pour se concilier les bonnes grâces de son conjoint, ou d'irriter ce dernier par le refus d'une libéralité. Ces raisons si faibles avaient semblé suffisantes, parce qu'elles tendaient à conserver les biens dans les familles, résultat que la loi réputait essentiel.

II. De même était valable la donation faite par un tiers à un époux dans le contrat de mariage, à condition que le donataire ne pourrait rien donner à son conjoint des biens compris en la donation. Cette condition serait aujourd'hui réputée non écrite, à moins qu'on ne trouvât moyen de la valider, en l'interprétant comme une clause de retour conventionnel, ou de substitution au profit des enfants du donataire.

CHAPITRE DEUXIÈME

De la coutume de Paris, en particulier, ou de la prohibition des libéralités entre époux.

Elle formait le droit commun, prohibait toutes libéralités, entre-vifs ou testamentaires, directes ou indirectes, sauf le don mutuel.

SECTION I. — *Extension de la prohibition.*

§ 1. — De son extension quant aux personnes.

La prohibition s'applique aux époux, qu'ils soient communs ou séparés de biens, ou même d'habitation (art. 282, cout. de Paris). Sont donc exclues de la prohibition :

I. Toutes donations faites entre personnes qui ne sont pas encore mariées, ou qui ne le sont plus.

II. Toutes donations faites entre personnes unies

par un lien qui n'est pas le mariage. La logique eût commandé cette solution. Mais les coutumes ne l'avaient point admise. Ainsi :

1. Quand il y avait une union analogue au mariage, mais nulle comme illégalement contractée, la prohibition s'appliquait, par imitation des doctrines romaines. Il fallait toutefois que la donation eût été faite à un moment où le mariage n'était pas annulé par un jugement de l'official ou un arrêt rendu sur un appel comme d'abus.

2. La prohibition s'appliquait également aux personnes qui n'étaient pas unies même par un mariage nul, et notamment aux concubins, pendant le concubinage, et même après qu'il avait pris fin. On exceptait les donations modiques et faites pour cause d'aliments. La rigueur était même si grande à l'égard de ces unions, que les coutumes, qui autorisaient les donations entre époux, les prohibaient entre concubins. Si les concubins se mariaient, ils se pouvaient faire des donations par contrat de mariage, sauf que la donation excessive du concubin à la concubine était nulle ou réduite.

§ 2. — De son extension quant aux actes.

I. Quant aux donations entre-vifs.

1. Quant aux conditions de fond que doit réunir la donation. Il faut qu'elle réunisse les cinq conditions que nous avons exigées en droit romain. Car là où l'une de ces cinq conditions fait défaut, la donation manque.

A. Il n'y a donc pas donation dans les cas suivants, et la prohibition ne s'applique pas :

a. Aux libéralités assez modiques pour dégénérer en de simples cadeaux, ce qui s'apprécie eu égard aux facultés des parties ; car l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire font défaut.

b. Aux sommes qu'un mari donne à sa femme non commune, tous les mois ou tous les ans, pour son entretien personnel, ou même pour quelque objet spécial, à moins que ces sommes ne soient exagérées. Car le mari ne fait en cela qu'exécuter l'obligation générale d'entretien dont il est tenu envers la femme. Les coutumes étaient, à cet égard, plus libérales que le droit romain, qui annulait cette opération.

B. Au contraire, la prohibition s'applique :

a. Aux sommes que la femme donne au mari, pour obtenir des provisions, et se faire recevoir dans un office. Cela est conforme au droit commun, le mari étant vraiment enrichi de cet argent, qu'il eût dû débourser pour acquérir l'office. Le droit coutumier n'avait donc pas renouvelé l'exception romaine, qui validait les donations faites par la femme au mari, pour subvenir aux frais nécessités par une dignité à laquelle ce dernier était promu.

b. Les coutumes n'admettaient pas non plus qu'un époux pût valablement faire une donation à l'autre, pour que celui-ci pût reconstruire sa maison incendiée. En somme, toutes les solutions romaines s'appliquaient, sauf exception.

2. Quant aux formes que la donation peut revêtir.

A. La donation peut être directe et consister en une *datio*, en une *obligatio*, ou en une *liberatio*. Elle est nulle, sous l'une quelconque de ces trois formes. Toutefois la remise suivante est licite : quand un conjoint

a acquis de l'autre un héritage relevant en fief ou en censive de cet autre conjoint, le conjoint, seigneur fieffeux ou censier, peut faire remise à l'acquéreur d'une partie du profit dû pour cette acquisition, surtout si cette remise a eu lieu avant la vente volontaire du fief ou de la censive; car alors elle est vraiment inspirée au vendeur par le désir de ne point manquer la vente. Si elle a lieu après la vente volontaire, ou avant la vente forcée, comme elle peut encore passer pour une concession d'usage et de bienséance, on la déclare licite. En somme, on applique ici toutes les solutions romaines. La donation est prohibée sous toutes ses formes. Quant aux exceptions que le droit romain avait organisées, elles ne furent généralement pas reproduites par le droit coutumier. C'est ainsi que les donations *mortis*, *divortii* ou *exilii causâ*, qui, à Rome, étaient soustraites à la prohibition par leur nature, n'y échappaient pas dans les coutumes, la première de ces donations ayant été supprimée en 1731, et les deux autres n'ayant jamais existé. C'est ainsi qu'étaient prohibées les donations entre le roi et la reine, entre deux époux, pour la reconstruction d'une maison incendiée, et toutes les autres que, par une disposition formelle, le droit romain avait déclarées licites.

B. La prohibition s'étendait aussi aux donations indirectes. On distingue : a, les donations indirectes proprement dites, opérations qui, sans s'annoncer comme onéreuses, contiennent cependant des avantages ostensibles pour le conjoint; b, les donations par personnes interposées.

a. Des donations indirectes. Elles étaient bien plus strictement prohibées qu'à Rome. A Rome, l'opération

n'était pas nulle ; l'avantage indirect qu'elle contenait était simplement réformé. Certaines coutumes prohibaient tous contrats entre époux, tant gratuits qu'onéreux, tant unilatéraux que synallagmatiques. Telles étaient les coutumes de Normandie et du Nivernais. Cette doctrine formait même le droit commun, puisqu'elle était admise dans toutes les coutumes qui ne s'étaient pas expliquées sur la question, et notamment dans la coutume de Paris, comme l'atteste Dumoulin. (Cout. de Paris, art. 256.) On exceptait les contrats nécessaires.

α. Sont nuls :

αα. Les avantages indirects résultant simplement d'un acte d'un des époux. C'était du moins l'avis de Pothier. Nous avons suffisamment réfuté cette doctrine, au commencement de cette étude ; la donation ne peut jamais résulter que d'un contrat, et exige toujours l'acceptation expresse ou tacite de l'époux donataire.

ββ. Les donations par simple omission sont prohibées plus strictement encore qu'à Rome. C'est ainsi qu'un époux, titulaire d'une servitude portant sur le fonds de l'autre, ne peut la laisser éteindre pendant le mariage, le non-usage étant en pareil cas destitué du pouvoir extinctif, et la prescription ne courant point entre époux. La prohibition a donc un effet préventif, plutôt que réparateur.

γγ. Les renonciations à des droits successoraux, licites à Rome, sont nulles en droit coutumier, comme appauvrissant le renonçant, et enrichissant celui au profit de qui la renonciation s'effectue. Pothier fait à cet égard la distinction suivante : si un époux, héritier ab intestat plus proche que son conjoint, renonce à la

succession, cette renonciation est une donation; car l'époux renonçant tient ses droits de la loi, et en consentant à ne pas s'en prévaloir, il investit son conjoint d'un avantage direct. Si au contraire l'époux légataire répudie son legs pour laisser son conjoint hériter ab intestat, il n'y a pas là donation, mais simple dévolution légale, l'époux tenant ses droits, non du conjoint renonçant, mais de la loi. Cette distinction nous paraît fausse.

β. Sont valables :

αα. Les actes qu'a inspirés un sentiment de piété envers le *de cujus* : si par exemple un testateur, dont j'étais l'unique héritier, légue plus d'un quint de ses propres à mon conjoint, et que je paye à ce dernier tout son legs, sans retenir les quatre quints, que la loi me permet de retenir, il n'y a pas là une donation, si cette abstention provient d'un sentiment de piété pour le défunt. Mais il faut pour cela que l'époux au profit de qui je m'abstiens soit légataire unique. Si outre mon conjoint, il y a plusieurs légataires, et que je paye intégralement mon conjoint en réduisant les autres légataires, il y a là donation prohibée, le payement intégral ne se pouvant expliquer que par l'intention d'enrichir le conjoint.

ββ. Les actes qui se résolvent en une option entre deux droits qui compétent à l'époux. Si, par exemple un époux, héritier pour partie d'un *de cujus*, dans la succession duquel il peut prendre une part d'immeubles, est en même temps légataire de meubles, il peut, sans faire de libéralité à son conjoint, opter pour le legs; cependant, ce conjoint doit avoir plus tard la moitié des meubles ainsi tombés en communauté,

tandis que si l'époux avait accepté la succession ab intestat, son patrimoine se fût enrichi exclusivement d'immeubles propres, sur lesquels le conjoint n'eût jamais exercé aucun droit. Mais l'époux n'a fait qu'opter entre deux titres, qui l'appelaient à la succession; l'exercice de ce droit d'option ne lui saurait être dénié, et l'intention d'enrichir le conjoint manque absolument. Si au contraire, un époux nommait son conjoint exécuteur testamentaire, la dispense de l'obligation de rendre compte serait nulle. Serait nulle également l'obligation imposée par un testateur à ses héritiers de remettre une certaine somme à son conjoint survivant, pour que celui-ci en fît un emploi secrètement convenu avec le testateur. Car ici l'intention d'enrichir existe.

b. Des donations par personnes interposées. Si je donne quelque chose à un tiers, en convenant qu'il le restituera à mon conjoint, c'est nul. L'époux donataire ne pourra obtenir l'objet, ou sera tenu de le restituer avec les fruits; et quant au tiers, il ne pourra élever la prétention de garder pour lui l'objet sans exécuter la convention; car il le détient *sine causâ*. Il le restituera donc, s'il l'a encore entre les mains. S'il l'a livré au conjoint, connaissant la qualité d'époux des parties, il est obligé à défaut de l'époux donataire; car, par cette restitution illégale, il s'est obligé à répondre du préjudice qu'il causait à l'époux donateur. L'opération n'est nulle qu'en tant qu'elle contient une donation au conjoint. Si elle est mélangée d'une donation au tiers interposé, elle est valable dans la mesure de l'émolument qui s'adresse au tiers.

α. Pour que la prohibition s'applique, il faut que la

personne soit vraiment interposée, c'est-à-dire qu'un lien obligatoire soit institué entre l'époux donateur et la personne interposée. Car si ce lien fait défaut, le donateur s'expose à voir le tiers garder pour lui l'émolument, sans le transporter au conjoint, et l'époux donateur a bien marqué par là qu'il n'avait pas l'intention ferme et sérieuse d'enrichir son conjoint. Si donc un époux donne à un tiers, sans lui imposer l'obligation de restituer au conjoint, mais pensant bien qu'il lui restituera nonobstant, parce qu'il est l'ami de ce conjoint, il n'y a pas donation véritable, quand même le tiers restituerait en réalité.

β. A la différence du droit romain, les coutumes admettaient certaines présomptions d'interposition de personnes.

αα. Les coutumes de Bourbonnais et de Normandie présumaient interposées toutes les personnes dont le conjoint donateur était l'héritier présomptif au jour de la donation.

ββ. Mais ce n'était pas le droit commun : en général, les donations faites par un époux à une personne, dont le conjoint était le successible, étaient valables, sauf celles faites au père, à la mère, ou à d'autres ascendants du conjoint, qui étaient nulles. Cette présomption, admise par les coutumes, produisait donc à peu près le même résultat qu'à Rome l'unité de personne et de patrimoine, qui prohibait toute donation entre un époux et les parents de l'autre, et même entre les proches parents des deux conjoints. Toutefois certains arrêts du Parlement de Paris avaient validé des libéralités faites par un époux au père de son conjoint ; on observait, il est vrai, que ces arrêts

étaient rendus dans des cas où le conjoint donateur n'avait pas d'enfants, et que la coutume de Paris, validant les donations faites par un époux sans enfants aux enfants du premier lit de son conjoint, devait valider par analogie les donations faites par un époux sans enfants aux ascendants de son conjoint. Cet argument était faible, et l'assimilation qu'il instituait douteuse.

γγ. Enfin la plupart des coutumes réputaient personnes interposées les enfants du premier lit du conjoint non donateur. Seulement les conditions dans lesquelles s'appliquait cette interposition de personnes variaient selon les coutumes.

Ainsi :

ααα. Il y avait divergence entre les coutumes qui s'expliquaient sur la question : la coutume de Paris (art. 283), restreignait la présomption d'interposition au cas où l'époux donateur avait des enfants, soit communs, soit d'un lit précédent. D'autres coutumes, qui s'expliquaient formellement sur la question, admettaient la présomption, alors même que l'époux donateur n'avait aucun enfant.

ββ. Il y avait également divergence entre les coutumes qui, prohibant les donations entre époux, étaient muettes sur notre question : on avait d'abord soutenu que les donations d'un époux aux enfants du premier lit de son conjoint, n'étant point prohibées, étaient valables. Puis des arrêts, dont plusieurs en forme de règlement, avaient admis la doctrine contraire, qui formait le droit commun des coutumes. (Cout. d'Orléans, Châlons, Blois, Vitry, Artois et Melun.)

Ces présomptions ne s'appliquent pas, s'il apparaît

que l'interposition n'a pu avoir lieu ; si par exemple, le donataire a été grevé de substitution au profit d'un étranger, ou si l'époux était mort au jour où la donation a été faite à son père ou à son enfant du premier lit. — Si les donations à un enfant du premier lit de l'autre époux sont prohibées, celles à un enfant commun sont licites.

II. Quant aux legs : valables en droit romain, ils sont prohibés par les coutumes, et nuls, alors même que le testament qui les contient aurait été rédigé avant le mariage.

1. Est nul le legs fait au conjoint, quand même le testateur aurait déclaré dans son testament qu'il était envers le conjoint débiteur d'une pareille somme. Pothier et Dumoulin décidaient même, à tort selon nous, que la prohibition s'appliquait, si le conjoint testateur chargeait ses héritiers de vendre au survivant un de ses propres, pour le prix auquel il serait estimé.

2. On déclarait au contraire licites les legs modiques faits au conjoint, exécuteur testamentaire de l'époux, et ceux faits à titre d'aliments par un conjoint riche à son conjoint pauvre, quand tous deux étaient séparés de biens.

Section II. — *Effets de la prohibition.*

§ 1. Son effet consiste dans la nullité absolue de la libéralité, entre-vifs ou testamentaire, faite en violation de la prohibition. Cette donation reste nulle quand même les héritiers du donateur ou testateur, que celui-ci y aurait fait intervenir de son vivant, y auraient

consenti. Car la prohibition n'est pas uniquement édictée dans l'intérêt des héritiers, et de plus, leur consentement ne serait pas librement donné. La seule coutume de Bourgogne (chap. 4, art. 7), admettait que l'opération était parfaitement valable, quand les plus proches parents vivants, héritiers du disposant, y avaient consenti.

§ 2. Quels sont les moyens juridiques de faire valoir cette nullité? Si les choses sont encore intactes, et si la situation respective des époux n'a point été modifiée, la nullité opère d'elle-même et sans le secours d'aucune action, tous les actes juridiques intervenus étant réputés inexistants. Si au contraire la situation de fait a subi des modifications, certains moyens juridiques sont nécessaires pour mettre le fait en harmonie avec le droit. Ces moyens sont les mêmes qu'à Rome; seulement ils sont intentés avec une efficacité souvent supérieure. Ils consistent dans la revendication et dans la *condictio*.

I. De la revendication.

1. Elle est exercée par le donateur, et après lui, par ses héritiers.

2. Elle est donnée contre le conjoint ou ses héritiers, ou contre les tiers détenteurs. Quand elle est donnée contre le conjoint ou ses héritiers, elle peut être exercée à toute époque, ceux-ci n'ayant jamais pu prescrire. Quand elle est intentée contre un tiers détenteur, elle ne l'est avec efficacité, que si ce tiers n'a pas encore acquis par prescription la propriété de l'objet donné.

3. Quant aux effets de cette action, ils varient suivant qu'elle est intentée contre l'époux lui-même ou

ses héritiers, possesseurs de mauvaise foi, ou contre des tiers détenteurs, possesseurs de bonne foi :

A. Elle est intentée contre l'époux ou ses héritiers.

Les effets de l'action sont ici plus stricts qu'en droit romain ; les prestations personnelles ne sont point exclues de l'action réelle. A propos de l'obligation de restituer les fruits qui incombe à l'époux défendeur, Pothier donne une décision qui nous paraît fausse : l'obligation de restituer les fruits est, d'après lui, distincte de celle de restituer la chose. Or l'époux donataire ne peut prescrire la chose, son titre étant nul ; mais il peut prescrire les fruits par 30 ans, ou plutôt la créance du donateur en restitution des fruits. Si donc la revendication est intentée, alors que le donataire ou ses héritiers possèdent la chose depuis 50 ans, on pourra bien obtenir la chose, mais non pas tous les fruits ; on n'obtiendra que ceux perçus pendant les 29 ans qui ont précédé la demande. Cela nous paraît inexact :

Ce n'est pas une simple *condictio* qu'intente l'époux donateur relativement aux fruits, mais une véritable revendication. Car le donataire, étant possesseur de mauvaise foi, n'a jamais pu acquérir la propriété des fruits, ce qui serait pourtant nécessaire pour qu'il pût être tenu de la retransférer. Il était, relativement aux fruits, dans la même situation que relativement à la chose, c'est-à dire *non dominus* et possesseur de mauvaise foi ; la revendication était donc possible et la prescription impossible aussi bien quant aux fruits que quant à la chose même.

B. La revendication est intentée contre un tiers acquéreur de bonne foi. Ce tiers est traité avec toute la

douceur que mérite sa bonne foi, relativement à la responsabilité de la perte ou détérioration arrivées par sa faute, ou par cas fortuit, et relativement à la restitution des fruits. Mais l'époux donataire et ses héritiers supportent toujours la responsabilité à laquelle le tiers détenteur est soustrait à raison de sa bonne foi, et dont ils eussent été passibles à raison de leur mauvaise foi. Car ils n'ont pas pu, en se défaisant de la chose, se décharger de l'obligation qui leur incombait en tant que possesseurs de mauvaise foi ; cette cessation de possession est dolosive, et l'époux continue d'être traité comme possesseur de mauvaise foi. On voit que l'époux était bien plus durement traité sous les coutumes qu'à Rome.

II. De la *condictio*.

Ce principe se vérifie également à propos de cette action. Elle est intentée par le donateur ou ses héritiers contre le donataire ou ses héritiers. Elle se prescrit par trente ans, qui ne commencent à courir que de la mort du donateur ; car le non-exercice de cette action du vivant du donataire constitue encore une libéralité prohibée entre époux. Cette *condictio* a pour but et pour effet de faire restituer au donataire tout l'enrichissement que lui a conféré la donation, et non pas seulement celui qui subsiste encore au moment où l'action est intentée. Sauf ces différences, qui sont du reste importantes, ces deux moyens juridiques sont intentés avec la même efficacité qu'à Rome.

CHAPITRE TROISIÈME

Des exceptions à la prohibition, ou des avantages permis entre époux.

SECTION I. — *Du don mutuel entre époux.*

§ 1. — De la variété des coutumes à propos de ce don mutuel.

Les coutumes étaient divisées sur la question de savoir si le don mutuel était ou non licite :

I. Quelques-unes, et notamment celle de Chartres, ne le permettaient en aucun cas, et sous aucune condition. Telles furent encore, après l'ordonnance de 1731, les coutumes qui permettaient le don mutuel, mais en le déclarant absolument révocable au gré de chaque époux ; la donation *mortis causâ* ayant été supprimée, ces coutumes rentrèrent dans la catégorie de celles qui prohibaient le don mutuel.

Telle était aussi la coutume de Dunois, qui n'admettait la validité du don mutuel que s'il était confirmé par un testament mutuel. En réalité, cette coutume prohibait le don mutuel.

II. Presque toutes les coutumes autorisaient le don précité. Mais les divergences devenaient infinies, quand il s'agissait de savoir sous quelles conditions et restrictions ce don serait licite, et quels effets il pourrait produire.

1. Il y avait divergence entre les coutumes quant aux conditions et restrictions sous lesquelles elles au-

torisaient le don mutuel. Elles étaient divisées sur la question de savoir s'il convenait d'attribuer une influence quelconque à certaines circonstances, et quelle influence il convenait de leur attribuer. Ces circonstances sont :

A. L'existence d'enfants.

a. Tantôt elle est une cause de prohibition du don mutuel : α. Les coutumes de Paris et d'Orléans y attachent une influence prépondérante, puisqu'elles prohibent le don mutuel quand il existe des enfants. C'était d'ailleurs le droit commun des coutumes. β. D'autres au contraire, comme celles de Reims et Péronne, n'accordent aucune importance à cette circonstance, et autorisent le don mutuel, alors même qu'il existe des enfants.

b. Parfois l'existence d'enfants n'est qu'une cause de restriction du don mutuel. La restriction peut être relative :

α. Aux biens sur lesquels peut porter le don mutuel. Ainsi : αα. Certaines coutumes, pour savoir si le don peut comprendre des biens communs, des meubles ou des propres, distinguent selon qu'il existe ou non des enfants. ββ. Mais le plus grand nombre des coutumes ne tient aucun compte de cette circonstance.

β A la nature du droit en lequel peut consister le don. Ainsi : αα. La coutume de Blois permet le don mutuel des meubles et conquêts en propriété, quand il n'y a pas d'enfants, et en usufruit seulement, quand il y en a. ββ. Mais la plupart des coutumes ne font pas cette distinction.

γ. A l'influence du convol sur le sort du don. Ainsi : αα. Les coutumes de Bretagne et Châteauneuf, les

seules qui admettent que le convol peut affecter la vitalité du don mutuel, décident que le don mutuel est perdu pour le survivant qui se remarie, s'il a des enfants. *BB*. Les autres coutumes, n'attachant aucune influence au convol, ne se préoccupent pas de savoir si le convolant a des enfants ou non.

B. La nature des biens sur lesquels porte le don mutuel pouvait être une cause de prohibition du don. Ainsi : a. Les coutumes de Paris et Orléans voulaient qu'il portât exclusivement sur les biens de communauté. C'était le droit commun. b. D'autres permettaient qu'il portât sur les biens de communauté, et en outre, sur tous les meubles, acquêts ou conquêts. c. D'autres l'étendaient même à une partie des propres. d. Quelques-unes enfin distinguaient à cet égard selon qu'il existait ou non des enfants.

C. La nature du droit en lequel consistait le don pouvait être aussi une cause de prohibition : a. La plupart des coutumes ne le permettaient qu'en usufruit. b. Quelques-unes le permettaient en propriété. c. Quelques-unes le permettaient en usufruit sur les propres, en propriété sur les meubles et acquêts, ou sur les meubles seulement. Telle était la coutume du Grand-Perche. d. D'autres enfin, comme la coutume de Blois, distinguaient selon qu'il existait ou non des enfants.

D. Le défaut d'équivalence des libéralités qui constituaient le don était encore une cause de prohibition : a. La coutume de Paris, d'accord avec la grande majorité des coutumes, exigeait une équivalence parfaite des deux libéralités. b. Les coutumes d'Anjou et de Tours exigeaient seulement que les deux libéralités

portassent sur des biens de même espèce, mais non de même valeur.

E. L'âge des conjoints était une cause de prohibition : a. Quelques coutumes exigeaient, pour valider le don, qu'il y eût égalité d'âge approximative entre les conjoints. Celle d'Auxerre ne voulait pas que la différence excédât quinze ans, celle de Nivernais, qu'elle excédât dix ans. b. Les autres n'attachaient aucune importance à cette circonstance.

F. Enfin le sexe du conjoint donateur pouvait être une cause de prohibition pour la libéralité : a. La coutume d'Auvergne permettait le don mutuel en tous cas, quand le mari donnait à sa femme, jamais, quand la femme donnait à son mari. b. Toutes les autres coutumes s'accordaient à refuser toute influence à cette circonstance.

2. Il y avait divergence entre les coutumes sur le point de savoir quelle efficacité pouvait produire ce don. Ces divergences étaient relatives :

A. Au moment à partir duquel était saisi le donataire mutuel : a. Dans la coutume de Paris, il n'était saisi qu'après la tradition. b. Dans d'autres, et notamment dans celle du Bourbonnais, il était saisi de plein droit dès le prédécès du donateur. c. Dans d'autres, il n'était saisi que du jour où il avait fourni caution.

B. Aux obligations imposées au donataire : a. Les coutumes les plus nombreuses et les plus importantes, notamment celles de Paris et d'Orléans, lui imposaient l'obligation de donner caution. b. Celle du Grand-Perche se contentait de sa caution juratoire. c. Celle de Blois ne l'obligeait à donner caution qu'en cas de convol.

C. A l'influence du convol sur le sort du don.

a. Généralement le convol n'exerçait aucun effet extinctif sur le don. b. Dans les coutumes de Bretagne et de Châteauneuf, l'époux survivant qui convolait et qui avait des enfants, perdait le bénéfice du don.

Telle était la législation coutumière, confuse en sa stérile abondance, et n'obéissant guère à un principe fixe, qui pût dominer ce chaos. Il nous reste à étudier ce qu'était le don mutuel dans la coutume de Paris, qui représentait le droit commun.

§ 2. — Du don mutuel en la coutume de Paris (art. 280).

I. Nature et caractères du don mutuel.

1. Sa nature est d'être une donation entre-vifs. Il ressemble toutefois au contrat aléatoire; en effet, le prédécédé semble n'être pas donateur, puisque en échange de ce qu'il procure, il a eu de son vivant la chance de gagner une somme égale, s'il eût survécu, et le survivant semble n'être pas donataire, puisqu'en échange de ce qu'il prend, il a couru le risque de perdre autant, au cas où lui-même fût prédécédé. C'était l'avis de Ricard, qui écrivait avant l'ordonnance de 1731. (Ricard, *Don mutuel*, n^{os} 2 et suiv.) Pothier adoptait l'opinion contraire, se fondant sur ce que les parties avaient eu l'intention de se faire une donation, et non de réaliser un contrat onéreux. L'ordonnance de 1731 avait au reste levé tous les doutes, en soumettant à l'insinuation le don mutuel.

2. Ses caractères sont d'être réciproque, irrévocable et égal.

A. Réciproque.

B. Irrévocable, c'est-à-dire qu'une seule des parties

ne peut jamais le révoquer de son consentement privé. La révocation peut résulter du consentement des deux parties, à moins que le don mutuel ne soit fait dans le contrat de mariage. L'irrévocabilité, ainsi entendue, est de l'essence du don mutuel.

a. Donc, toute clause par laquelle les deux époux, ou l'un d'eux, se réservent la faculté de le révoquer, en tout ou en partie (en supposant qu'il ait été fait par contrat de mariage), est nulle, et rend nul le don mutuel auquel elle est apposée. Et peu importe que les époux aient ou non usé de la faculté que leur confère la clause nulle.

α. Ainsi le don mutuel est nul si les deux époux, ou l'un d'eux, se réservent la faculté de disposer par testament de leurs meubles et acquêts. En effet, le don mutuel porte sur les meubles et acquêts, que le donateur laissera au jour de son prédécès ; si donc le donateur se réserve la faculté d'en disposer par testament, il se réserve la faculté de porter atteinte au don mutuel. Au contraire, le donateur peut valablement restreindre le don en contractant des dettes, ou en disposant entre-vifs de ses meubles ou acquêts (pourvu que ces aliénations ne semblent pas faites en fraude du don mutuel), ou se réserver cette faculté.

β. Que si les deux époux se réservent la faculté de disposer par testament d'une certaine somme prise sur les meubles ou acquêts, le don mutuel est nul pour cette somme, valable pour le reste.

b. Quand le don mutuel n'est pas fait par contrat de mariage, il est révocable du consentement des deux époux. La révocation se doit faire en la même forme que le don, c'est-à-dire par un acte notarié, ou dont

il reste minute. Mais l'insinuation, exigée pour le don mutuel, ne l'est point pour la révocation. L'irrévocabilité requise pour le don mutuel, est moins stricte que pour les donations entre-vifs ordinaires, puisqu'on ne peut, sauf par contrat de mariage, donner les biens qu'on laissera à son décès, ni charger le donataire des dettes que le donateur contractera postérieurement à la donation, ce qui est pourtant possible pour le don mutuel.

C. Égal :

a. Quant aux choses données. Chaque partie doit donner à l'autre juste autant qu'elle en reçoit. Que si l'égalité n'est point parfaite, le don est nul pour le tout, et non point seulement en la mesure de l'excédant.

b. Quant à l'égalité d'espérance requise pour chaque époux. Il faut que chacun, lors du don mutuel, ait pu espérer survivre à l'autre. Les coutumes, qui exigent une quasi-égalité d'âge, exigent en outre l'égalité de probabilité d'espérance. (Auxerre, art. 222; Bar, art. 163.) La coutume de Paris et les autres exigent seulement que chacun ait pu avoir l'espérance de survivre à l'autre, quand même la survie de l'un serait infiniment plus probable que celle de l'autre.

II. Extension du don mutuel.

1. Quant aux personnes entre lesquelles il se peut faire. Le don mutuel se peut faire entre conjoints par mariage valable ou putatif, communs en biens, étant en santé, et n'ayant point d'enfants.

A. Entre conjoints par mariage valable ou putatif. Si donc le mariage est nul, le don l'est aussi. Et cependant les deux parties, n'étant point époux, étaient

capables de se faire toutes donations. Mais la qualité d'époux ayant été la cause du don, ce don manque de cause, et de plus, depuis l'ordonnance de 1731, le don mutuel est nul entre étrangers, comme donation entre-vifs, entachée de révocabilité.

B. Entre époux communs en biens (art. 280), par leur contrat de mariage, et au moment où intervient le don.

C. Entre époux qui soient en santé.

a. On s'était demandé quel sens il convenait d'attacher à ces expressions dans les coutumes qui prévoyaient le cas. Lemaître entendait par là la maladie dont était mort l'un des deux conjoints, et il invoquait en ce sens les coutumes de Montfort, Laon, Châlons, et du Grand-Perche. Pothier regardait comme suffisant que l'un des époux fût atteint d'une maladie mettant ses jours en péril, quand même il n'en serait pas mort. Cette doctrine avait prévalu. La loi était donc plus sévère pour le don mutuel que pour la donation entre-vifs simple; car celle-ci n'était nulle que si le donateur était, lors de la donation, atteint de la maladie dont il est mort. Quand les époux n'étaient pas en santé, le don mutuel était absolument nul, et non susceptible d'une confirmation tacite, de celle notamment qu'on prétendrait induire de la convalescence.

b. Dans les coutumes muettes sur cette condition, le don n'est nul, en général, que s'il a été fait pendant la maladie dont l'un des conjoints est décédé. Toutefois, dans les coutumes qui exigent l'approximative égalité d'âge, et par conséquent l'égalité de probabilité d'espérance, le don est nul quand il est fait pendant

une maladie grave d'un des conjoints, quand même celui-ci n'en mourrait pas. Ainsi le droit commun des coutumes qui prévoient le cas est en opposition avec le droit commun des coutumes muettes. Si la maladie dont est atteint l'un des conjoints est mortelle, mais susceptible de durer plusieurs années, on distingue : s'il s'agit d'une coutume n'exigeant pas l'égalité de probabilité d'espérance, le don n'est nul que s'il a été fait pendant la dernière période de la maladie, moins de quarante jours avant la mort, dans les coutumes du Berry et du Bourbonnais; s'il s'agit d'une coutume qui exige l'égalité de probabilité d'espérance, le don est nul, à quelque période de la maladie qu'il soit intervenu. Si toutefois les deux conjoints sont atteints tous deux d'une pareille affection, le don n'est nul, même dans une coutume de ce genre, que s'il a été fait pendant la dernière période de l'une des deux affections. La grossesse d'une femme n'est jamais une maladie, quand même cette femme en mourrait.

D. Entre conjoints n'ayant aucun enfant au moment du prédécès de l'un d'eux (art. 155, anc. cout. de Paris).

Quelques rares coutumes exigeaient, en outre, l'approximative égalité d'âge. La minorité de l'un des conjoints, bien que le rendant incapable d'aliéner ses immeubles, même en usufruit, l'interdiction d'un mari prodigue n'étaient point un obstacle au don mutuel. De même deux conjoints, étrangers, non naturalisés, mais domiciliés en France, bien qu'incapables de tester, d'exercer un retrait lignager, et, en général, d'accomplir les actes du droit civil, se pouvaient faire un don mutuel; car ce contrat était du *jus gentium*.

2. Quant aux biens sur lesquels il peut porter.

A. Le don mutuel ne peut comprendre que les biens communs, c'est-à-dire tant les meubles et conquêts faits pendant le mariage, que les acquêts faits avant le mariage, mais que les conjoints ont fait entrer en communauté par une clause d'ameublissement. Il ne peut donc comprendre les biens exclus de communauté par une stipulation de propres.

B. Si l'un des époux a donné à l'autre entre-vifs des biens qu'il ne lui pouvait donner, le don mutuel est nul pour le tout ; s'il lui a fait un legs excessif, il y a simplement lieu à réduction, car le legs est un acte unilatéral, tirant exclusivement sa cause de la volonté libérale du disposant, tandis que le don mutuel entre-vifs est un contrat synallagmatique, où chaque donation sert de cause à l'autre ; l'une des deux donations étant excessive, on ne peut affirmer qu'elle ait une cause, puisque, si elle n'eût pas été excessive, l'autre donateur n'aurait peut-être pas consenti à la libéralité inverse. Une seule coutume, celle de la Marche, se contente de réduire celle des deux donations qui est excessive.

3. Quant aux formes qu'il doit et peut revêtir.

A. Il doit être fait par acte notarié, en minute.

B. Par un seul et même acte.

C. Il doit être insinué.

a. Pourquoi? Ce n'est pas dans l'intérêt des tiers : en effet, le don ne portant que sur les biens que le donateur laissera à son décès, celui-ci conserve la faculté d'aliéner les objets donnés, et de contracter des dettes. Ce n'est pas non plus dans l'intérêt des héritiers, que le défaut de publicité du don ne peut avoir induits en erreur dommageable, puisque les biens composant le

don mutuel sont grevés de dettes, comme les autres biens de la succession. Et, toutefois, le contraire serait possible ; il suffit de supposer une succession embarrassée de dettes propres, ne grevant point le don mutuel ; les héritiers pourraient avoir compté sur les biens formant le don mutuel, pour payer les dettes, et se trouver frustrés. C'est pourquoi toutes les coutumes, sauf celle du Poitou, soumettaient le don mutuel à l'insinuation, et encore après 1622, la coutume de Poitou fut-elle assimilée aux autres par une déclaration du roi.

b. Où l'insinuation doit-elle se faire? Au lieu du domicile des parties ; car les biens, sur lesquels porte le don, n'ont pas de situation, n'étant pas encore connus. Si elle est faite dans les quatre mois, elle doit être faite au lieu du domicile que les parties avaient lors du contrat ; si elle est faite plus tard, au lieu du domicile qu'avaient les parties lors de l'insinuation.

c. Quand doit-elle être faite? Dans les quatre mois du contrat, et alors elle rétroagit au jour du contrat. Elle peut être faite plus tard, pendant toute la vie de la femme. Seulement, le délai de quatre mois expiré, la femme peut mettre le mari en demeure d'insinuer. Et, dans l'opinion de ceux qui permettent à la femme d'opposer le défaut d'insinuation, elle ne le peut qu'après l'expiration de ce délai. Si elle meurt avant les quatre mois, le mari peut insinuer pendant le temps qui reste à courir, et ce n'est qu'après ce délai que l'héritier de la femme peut opposer le défaut d'insinuation. Si la femme meurt après les quatre mois, son héritier peut de suite opposer le défaut d'insinuation.

d. Par qui doit-elle être faite? Par le mari.

e. A quelles donations s'applique-t-elle? Aux donations que la femme fait au mari, et non à celles que le mari fait à la femme. En effet, le mari étant chargé de faire insinuer la donation par lui faite à la femme, ni lui, ni ses héritiers ne peuvent opposer à la femme le défaut d'insinuation. Au contraire, la femme ou ses héritiers peuvent très-bien opposer au mari le défaut d'insinuation du don à lui fait par la femme, car le mari était aussi chargé de l'insinuer. (Art. 30, ordonn. de 1731.)

f. Qui peut opposer le défaut d'insinuation? D'après l'ordonnance de 1731, art. 17, ce sont les héritiers du donateur, ses créanciers ou les tiers acquéreurs, mais jamais le donateur lui-même, pas plus la femme que le mari. Ainsi, le don non insinué est aussi irrévocable que le don insinué. Car la révocation unilatérale, émanée d'un époux avant l'insinuation, ne serait autre que l'opposition par le donateur du défaut d'insinuation, ce qui est impossible. C'est ce que Ricard avait fort bien démontré contre Duplessis.

Le don mutuel n'est sujet, ni à l'acceptation expresse, ni à la tradition, puisqu'il porte exclusivement sur les biens que le donateur laissera à son décès. Seulement la femme, pour le don mutuel, comme pour tous les actes où elle figure, doit être autorisée du mari.

4. Quant aux conditions qui l'affectent.

Le don mutuel est nécessairement soumis à deux conditions :

A. A la survie du donataire. Il n'y a donc jamais qu'une seule donation qui s'exécute, celle du prédécédé au survivant. On admit que non-seulement la mort naturelle, mais aussi la mort civile résultant d'une con-

damnation capitale, donnerait ouverture au droit de l'autre époux.

B. A la condition que, lors du décès du prémourant, aucun des deux conjoints n'aura d'enfants. Il devrait suffire, semble-t-il, que l'époux précécédé n'eût pas d'enfants, puisque c'est seulement aux siens que le don mutuel peut nuire. Mais il faut que les deux donations qui constituent le don mutuel soient dans des conditions égales de validité. Or, si le don était valable, alors que le prédécédé n'a point d'enfants et que le survivant en a, on validerait la donation faite au survivant, dans un cas où, si ce survivant fût prédécédé lui-même, la donation par lui faite à l'autre eût été nulle.

a. Par enfants dont l'existence annule le don, on n'entend pas seulement les enfants vivants lors du prédécès d'un époux; on entend aussi : α. Le posthume vivant, dont la veuve est accouchée à terme, c'est-à-dire au moins dans le septième mois, quand même ce posthume n'aurait vécu qu'un seul instant. C'est aux parents du conjoint prédécédé de prouver que le posthume venu à terme est né vivant. β. On entend aussi, par ce terme, non-seulement les enfants au premier degré, mais ceux à un degré quelconque.

b. Mais par enfants, l'on entend seulement ceux qui sont habiles à succéder, qu'ils soient acceptants ou renonçants; donc on excepte : α. Les bâtards, qui existent lors du prédécès. β. Les enfants légitimes, qui, avant ce prédécès, ont perdu leur état civil par une profession religieuse, ou par une condamnation capitale. γ. Les enfants qu'une juste exhérédation, émanée des deux conjoints, a rendus inhabiles à succé-

der. S'il suffisait que l'exhérédation émanât du prédécédé, les deux donations ne seraient point égales : on ferait valoir la donation du prédécédé au survivant dans un cas où, si l'ordre des décès eût été interverti, la présence de l'enfant exhérédé par le prédécédé eût annulé la donation inverse.

Cette condition, *pourvu qu'il n'y ait enfants*, ne peut être ni supprimée, ni modifiée par les conjoints. L'intervention des enfants majeurs au contrat de don mutuel que se feraient leurs père et mère, ne dispenserait même pas ces derniers de l'observation de la condition, ce consentement anticipé au don mutuel, pouvant être extorqué. Mais outre ces deux conditions, qui sont de l'essence du don mutuel, les conjoints peuvent apposer à ce don telles autres conditions qu'il leur plaira, pourvu qu'elles soient casuelles, non purement potestatives, et enfin apposées aux deux libéralités constitutives du don.

III. Effets du don mutuel.

1. Quant à l'époque où il s'ouvre, et à la manière dont le donataire en est saisi.

A. Le don mutuel s'ouvre à la mort naturelle ou civile du prémourant.

B. Dès ce prédécès, le survivant peut demander la délivrance aux héritiers du prédécédé. Mais il n'est saisi du don qu'à partir de cette délivrance, ou quand il a fourni caution aux héritiers du prémourant. Jusque-là, il est réputé jouir en commun avec eux, et partager les fruits perçus ; quant aux fruits perçus depuis, il les gagne tous pour lui seul. Il en serait ainsi, quand même le don contiendrait une clause de constitut ou de précaire, c'est-à-dire quand même

chacun des conjoints aurait déclaré se dessaisir envers l'autre, donataire éventuel, de tous les objets compris en la donation et s'en constituer possesseur précaire au nom de ce donataire. Car on ne se peut dessaisir de ce qu'on ne tient pas encore, de ce qui est indéterminé. Seulement, quand le don mutuel est fait par contrat de mariage, il peut contenir dispense de la caution pour le donataire mutuel ; car les époux, pouvant se donner par contrat de mariage leurs biens en propriété, peuvent *à fortiori* se les donner en usufruit, avec dispense pour le donataire de fournir caution. Au contraire, le don mutuel ne peut contenir cette dispense, quand il est fait pendant le mariage ; car, pendant le mariage, les époux ne se peuvent faire d'autres donations, que celles qu'autorise la loi. Ainsi, dans la coutume de Paris, le survivant n'est saisi que depuis qu'il a fourni caution en justice. Dans celle d'Orléans, il n'est saisi qu'à partir du même moment ; seulement il n'est pas nécessaire que la caution soit fournie en justice. Dans la coutume du Bourbonnais, (art. 227), le survivant est saisi de plein droit du don mutuel, dès le jour du décès.

2. Quant à l'étendue de l'usufruit attribué au donataire.

A. En tant qu'il s'applique aux conquêts immeubles de la communauté, c'est un droit d'usufruit ordinaire.

B. En tant qu'il s'applique à l'argent comptant, et aux autres meubles communs, corporels ou incorporels, c'est un quasi-usufruit :

a. Le survivant acquiert la propriété de l'argent et des meubles communs corporels, même susceptibles

d'un usufruit proprement dit, à charge d'en restituer le montant, suivant la prisée qu'en a faite l'inventaire. Cette prisée ne s'augmente pas de la *crue du parisis*, c'est-à-dire du quart en sus, comme pour les tuteurs qui ont négligé de vendre les meubles de leurs mineurs. Si l'héritier du prédécédé trouve trop faible la prisée de l'inventaire, il en peut requérir une nouvelle, à ses frais. Si le survivant la trouve trop forte, il peut vendre publiquement tous les meubles, en appelant à la vente l'héritier du prédécédé, et il n'est en ce cas tenu de restituer, à l'extinction de son quasi-usufruit, que la somme ainsi obtenue, déduction faite des frais.

b. Quant aux créances, le donataire doit et peut en poursuivre le remboursement, sauf à restituer plus tard à l'héritier du prédécédé la part qui lui revient dans ces créances. Il est responsable de celles qu'il a manqué par sa faute de recouvrer ; il ne répond point de celles reconnues caduques par l'inventaire.

3. Quant aux charges imposées au donataire.

A. Il est tenu des charges spéciales, résultant de l'art. 286 de la coutume de Paris, et notamment :

a. De payer et d'avancer les frais funéraires du prédécédé, où l'on comprend la somme due à la veuve pour son deuil par l'héritier du mari prédécédé. La veuve, donataire mutuelle, ne touche donc pas cette somme de son vivant; mais ses héritiers la retiennent sur les biens qu'ils restituent plus tard aux héritiers du mari prédécédé.

b. D'avancer la part et moitié des dettes communes dues par le prédécédé. L'obligation qui incombe au survivant de faire ces avances, est une conséquence

de l'usufruit qui lui appartient. Quand son usufruit cesse, ses héritiers retiennent sur la masse à restituer une somme égale à ce qu'il a déboursé pour les avances. Le survivant n'est nullement tenu d'avancer les dettes propres du prédécédé. Toutefois, tant qu'il n'a pas obtenu délivrance, les créanciers de ces dettes propres peuvent saisir la part du prédécédé dans les biens communs, sauf au survivant à recourir contre les héritiers du prédécédé. Quand la délivrance est intervenue, les créanciers ne peuvent plus saisir les meubles sur le survivant, mais seulement arrêter en ses mains la somme qu'il devra restituer aux héritiers du prédécédé, quand s'éteindra son usufruit. Il avance toutes les dettes de la communauté, antérieures ou postérieures au don mutuel, contractées soit envers des tiers, soit envers l'un des époux. Les héritiers du prédécédé et le survivant prélèvent donc chacun leurs reprises sur la communauté, déduction faite de ce qu'ils lui doivent, et le don mutuel ne comprend que ce qui appartient au prédécédé dans la masse ainsi réduite. Quoiqu'il y ait, outre l'héritier aux meubles et acquêts, un héritier aux propres, tenu, lui aussi, de contribuer aux frais funéraires et aux dettes communes, le survivant doit avancer tous les frais funéraires, et toutes les dettes communes, et non pas seulement la part de ces frais et dettes qui correspond à celle que prend dans la succession l'héritier aux meubles et acquêts. Seulement celui-ci, pour qui le donataire mutuel a fait l'avance, répète aussitôt contre l'héritier aux propres la part que ce dernier doit supporter définitivement dans ces frais et dettes.

c. Le survivant supporte encore les frais d'inven-

taire et de liquidation afférents à la part du prédécédé dans les biens communs.

d. Le caractère irrévocable du don mutuel s'oppose à ce que le survivant paye les legs ou autres dispositions testamentaires. Toutefois quelques coutumes, celles de Sens, Laon, Châlons, et du Bourbonnais, obligent le survivant à faire l'avance des legs modiques. Cela peut donner lieu à quelques difficultés de compétence. Si la coutume du domicile des époux, qui régit les meubles, impose au donataire mutuel l'obligation d'acquitter les legs, et charge le mobilier de toutes les dettes mobilières, tandis que la coutume qui régit les conquêts est d'opinion contraire, le donataire mutuel doit acquitter les legs, en sa seule qualité de successeur aux meubles, et la coutume qui régit les meubles l'emporte. Que si les meubles sont régis par plusieurs coutumes, dont les unes imposent l'avance des legs, tandis que les autres ne l'imposent pas, le survivant avance une part des legs proportionnelle à la valeur des biens situés sous la coutume qui impose l'avance desdits legs.

B. Le donataire mutuel est tenu en outre des obligations ordinaires des usufruitiers. Ainsi :

a. Il doit payer et supporter définitivement les réparations viagères ou usufruitières, sur les héritages compris au don mutuel ; car ces réparations sont une charge des fruits. Il n'est pas tenu des grosses réparations, à moins que, par sa faute, il ne les ait rendues nécessaires.

b. Il est tenu d'acquitter les rentes foncières, (art. 287), c'est-à-dire qu'il supporte : α. Les *cens* et charges annuelles. β. Les charges extraordinaires,

telles que *tailles d'église*, ou tailles pour réparer un puits commun, ou entretenir le pavé. γ. Le *droit de franc fief*, et le *profit de relevoisons à plaisir*, ou charges foncières survenues pendant la jouissance du survivant, par les mutations des propriétaires de la maison. Mais il n'est tenu, ni du *profit de rachat* dû pour la mort du prédécédé, ni de celui dû pour la mort de son héritier, même survenue pendant sa jouissance. Quant au *centième denier* dû pour la mort du prédécédé, il est dû par l'héritier de ce dernier, mais pour la nue propriété seulement ; celui dû pour l'usufruit du survivant a été payé lors du contrat. δ. Les arrérages échus pendant son usufruit des rentes constituées pendant la communauté. Car ces arrérages sont une charge des biens communs.

4. Quant à la durée de l'usufruit du donataire.

A. Il s'éteint par la mort du donataire, et de la même manière que l'usufruit en général. Dans la coutume de Paris, qui forme le droit commun, il ne s'éteint pas par le convol du survivant, à moins que les parties ne l'aient stipulé.

B. La restitution a lieu, aussitôt l'usufruit éteint. a. Si le don consistait en des héritages ou rentes, les héritiers du prédécédé en reprennent la jouissance puisqu'ils en sont toujours restés propriétaires. Les fruits pendants sur ces héritages leur appartiennent, à charge de rembourser aux héritiers du donataire les frais de labour et de semence. b. Si le don consistait en deniers ou meubles, les héritiers du donataire doivent restituer à ceux du prédécédé la somme à laquelle, suivant la prisée de l'inventaire, et toutes dettes et charges déduites, montait la part du prédé-

cédé dans le mobilier de la communauté compris au don mutuel.

SECTION II. — *Du don mutuel dans le contrat de mariage des enfants.*

D'après l'article 281 de la coutume de Paris, les père et mère pouvaient, en mariant leurs enfants, convenir que ceux-ci laisseraient le survivant des père et mère jouir toute sa vie des meubles et conquêts du prédécédé, pourvu que ce dernier ne se remariât point.

§ 1. Ce don mutuel ressemble au précédent :

I. En ce que, comme lui, il doit être réciproque et égal.

II. En ce qu'il n'est permis qu'aux époux communs en biens.

§. 2. Mais il en diffère quant à son extension et quant à ses effets.

I. Quant à son extension, et notamment :

1. Quant aux personnes entre lesquelles il peut intervenir ; tandis que le don mutuel de l'article 280 ne se fait qu'entre les deux époux, celui de l'article 281 se fait entre les deux époux et l'enfant.

2. Quant aux actes par lesquels il se peut faire ; tandis que le premier se fait soit dans le contrat de mariage des époux, soit pendant leur mariage par un acte séparé, le second ne se peut jamais effectuer que par le contrat de mariage de l'enfant que ses parents dotent et marient, et jamais par un acte ultérieur, qui serait nul, quand même l'enfant interviendrait à l'acte

et quand même cet acte ultérieur constituerait une augmentation de la dot.

3. Quant aux conditions de sa validité : le premier n'est valable, que si les époux ne laissent aucun enfant ; le second suppose essentiellement qu'ils en laissent un.

II. Quant à sès effets. Ainsi :

1. Le premier subsiste nonobstant le convol de l'époux survivant, tandis que cette circonstance éteint le second. Le convol agit ici comme une cause d'extinction, mais non pas avec la rétroactivité que comporte la condition résolutoire.

2. Le premier don a pour effet de conférer au survivant un droit d'usufruit sur la part qu'avait le prédécédé dans les biens communs. Le second a pour effet d'empêcher l'enfant doté de réclamer à son auteur survivant le partage de la communauté.

A. Cela est évident quand les autres enfants, ayant été mariés et dotés de cette manière, ne demandent point le partage, auquel ils n'ont pas droit. Mais quand les autres enfants, n'ayant pas été ainsi mariés et dotés, peuvent provoquer le partage, on se demande si ce droit appartient aussi à l'enfant marié et doté? Laurière, Ferrière et Pothier pensaient que non. Mais Duplessis, Lemaître et la majorité des auteurs tenaient pour l'affirmative ; on alléguait que refuser à l'enfant doté le droit de provoquer le partage, c'était permettre au *de cujus* d'avantager les autres, puisque cet enfant doté n'aurait qu'en nue propriété sa part dans la communauté, tandis que les autres auraient la leur en pleine propriété. On ajoutait que l'article 281 suppose qu'on a marié et doté tous les enfants et non pas un seul, et

qu'il ne se doit point appliquer à ce dernier cas. Nous n'acceptons pas ce système; la position de l'enfant doté n'est pas inférieure à celle des autres; car, s'il n'a sa part qu'en nue propriété, il en est indemnisé par la jouissance précoce de sa dot, qu'il a reçue du vivant du *de cujus*.

B. Si l'enfant marié et doté meurt avant ses père et mère, les enfants de cet enfant peuvent-ils demander au survivant le partage des biens communs? Non, s'ils viennent par représentation. Non encore, s'ils viennent de leur chef, et acceptent. Oui, si venant de leur chef, ils renoncent. Car ils deviennent alors étrangers à l'obligation de ne point demander le partage.

C. Si l'enfant marié et doté est institué légataire universel par le prédécédé, le survivant ne peut jouir de toute la part que cet enfant a droit de prendre dans la communauté comme légataire universel, mais seulement de celle qui lui serait revenue pour sa part héréditaire, après le prélèvement de sa dot.

SECTION III. — *De la clause de ne pouvoir provoquer le survivant à inventaire ni partage.*

L'art. 281 et le don mutuel qu'il autorise sont spéciaux à la coutume de Paris, et ne s'appliquent point dans les coutumes muettes. Seulement, dans ces coutumes, les parents qui marient leur enfant peuvent insérer à son contrat de mariage la clause, que cet enfant ne pourra provoquer le survivant d'eux à inventaire ni partage de la communauté. L'enfant peut, nonobstant cette clause, demander l'inventaire et le partage; mais comme il manque à la condition apposée

à la dot, il est forcé d'imputer toute sa dot sur la part du prédécédé dans la communauté. C'est à peu près comme si les père et mère convenaient que la dot se devrait imputer sur la succession du prédécédé. Seulement en ce cas, le prédécédé serait seul réputé avoir doté, de sorte que l'imputation de la dot entière aurait toujours lieu sur sa succession, que l'enfant demandât ou non le partage. Dans notre clause, au contraire, les deux conjoints sont réputés doter, mais le survivant ne contribue à la dot, que si l'enfant ne demande pas contre lui le partage. S'il le demande, le survivant est réputé n'avoir point doté, et l'enfant doit imputer toute sa dot sur la succession du prédécédé. S'il ne demande pas le partage, le survivant est réputé avoir doté; si donc cet enfant vient au partage de la succession du prédécédé en concours avec les autres enfants non dotés, il ne rapporte que la moitié de sa dot; car le prédécédé ne l'a doté que pour moitié; et s'il renonce plus tard à la succession du survivant, il peut retenir l'autre moitié de la dot.

Section IV. — *D'une disposition exceptionnelle autorisée par l'art.* 68 *de la coutume de Dunois.*

Cette coutume, locale de celle de Blois, prohibait les donations entre époux pendant le mariage, sauf les libéralités par testament mutuel simple, ou par don mutuel, confirmé par testament mutuel. Cette disposition resta en vigueur, malgré l'ordonnance de 1735, qui abolit les testaments mutuels. Seulement ce testament mutuel ne put dès lors contenir que des dispositions entre époux, et non plus envers les tiers.

§ 1. Motif et nature du testament mutuel.

I. On évite ainsi les périls d'une règle qui autoriserait les donations entre époux, et les inconvénients d'une règle inverse, qui les prohiberait absolument. La réciprocité et l'égalité essentielles au don placent chaque époux dans une situation identique, qui tient presque autant du contrat aléatoire que de la donation, et de plus, la nécessité d'une confirmation du don par testament mutuel rendant la libéralité plus que révocable, introduit dans les relations conjugales un supplément de sécurité, en empêchant une captation définitive.

II. C'est donc en somme une libéralité testamentaire mutuelle, alors même que le testament mutuel a été précédé d'un don mutuel, fait dans la forme d'acte entre-vifs.; et la coutume de Dunois arrivait à un résultat analogue à celui du sénatus-consulte de Caracalla, sauf que la libéralité devait nécessairement être mutuelle, et que la confirmation ne pouvait point résulter du silence du donateur, mais seulement d'un testament mutuel. Ce testament mutuel est absolument révocable au gré d'une seule des parties, sauf que le prédécédé ne pourrait révoquer pendant la maladie dont il est mort et que la révocation doit être notifiée à l'autre époux en forme probante. Les seigneuries de Marchenoir et Fréteval dérogeaient absolument à la coutume de Dunois, et rentraient complétement dans le droit de la coutume de Paris, puisqu'elles supprimaient la nécessité de la confirmation par testament mutuel, et validaient d'ores et déjà le don mutuel entre-vifs. En somme, bien que cette libéralité affecte le caractère aléatoire, elle n'est pas plus aléatoire que

le don mutuel autorisé par la coutume de Paris; et comme ce don mutuel est réputé une véritable libéralité du prédécédé survivant, elle aussi est réputée telle. Aussi le survivant qui convole doit-il conserver les choses, objet de cette libéralité, pour que les enfants du premier lit les retrouvent après sa mort.

§ 2. Extension de cette libéralité.

I. Quant aux personnes entre lesquelles elle peut intervenir.

Elle peut se faire entre époux, qui ont les droits du citoyen, sauf dans les seigneuries de Marchenoir et Fréteval, qui l'autorisent même entre époux étrangers, non naturalisés. Il faut que les époux soient en santé; il n'est point nécessaire qu'ils soient communs en biens.

II. Quant aux choses sur lesquelles elle peut porter.

Les conjoints se peuvent ainsi donner tous leurs biens, quelle qu'en soit la nature, les meubles et conquêts immeubles, en propriété, et les immeubles propres, en usufruit. Les conquêts immeubles peuvent être donnés en propriété, parce qu'ils résultent de la collaboration conjugale.

§ 3. Effets de cette libéralité.

I. Quant au mode, suivant lequel est saisi le donataire mutuel.

Il est saisi de plein droit. Il retient les biens compris au don mutuel, dont il jouissait conjointement avec le défunt. Quant aux autres, il n'a point à demander la délivrance aux héritiers du prédécédé. Il leur notifie simplement copie du don mutuel. Il n'est tenu de faire l'inventaire et la prisée des meubles, que si le

don mutuel ne comprend les meubles et conquêts qu'en usufruit.

II. Quant aux charges de la libéralité.

Elles sont les mêmes que celles du don mutuel autorisé par la coutume de Paris, sauf que le survivant, donataire mutuel, a la charge de nourrir, entretenir, pourvoir et assigner les enfants, s'il y en a, selon leur état, et tant que dure leur minorité, ou jusqu'à ce qu'ils soient mariés ou établis.

SECTION V. — *D'une disposition qui ne constitue pas une libéralité entre époux, ou du douaire conventionnel.*

C'était un avantage que le mari pouvait faire à la femme par contrat de mariage. Originairement il n'y avait qu'un seul douaire, le douaire conventionnel ou préfix, consenti volontairement par le mari à la femme. Au XIII^e^ siècle, Philippe-Auguste établit le douaire légal, et ordonna que la femme *serait douée de la moitié de ce que l'homme avait, quand il l'épousa*. Le douaire coutumier n'est certes pas une libéralité ; ce n'est donc point ici le lieu d'en parler. Le douaire conventionnel n'est point non plus une libéralité volontaire : la loi et l'Eglise y contraignent le mari. C'est une charge et une obligation résultant du mariage ; et quand la femme renonce au douaire dans le contrat de mariage, elle fait au mari une véritable remise de sa créance. C'était si bien une créance, que, dans presque toutes les coutumes, la femme qui n'avait point reçu de douaire conventionnel, avait un douaire coutumier ; le mari ne donnait le premier que pour se dispenser de fournir le second ; c'était donc une dation en payement, une

transaction sur une succession future, mais non pas une libéralité. Et peu importait que le douaire conventionnel dépassât le coutumier ; il n'y avait pas donation de l'excédant. Car, si l'on ne pouvait plus dire que pour l'excédant, le mari se libérait de l'obligation de fournir le douaire coutumier, il restait vrai de dire qu'il accomplissait une obligation résultant du mariage. C'est pourquoi le douaire conventionnel échappait à l'insinuation, alors même qu'il était immense, c'est-à-dire quand il comprenait l'usufruit de tous les biens du mari, ou quand il comprenait de la propriété. Il n'était pas non plus sujet à retranchement pour la légitime des enfants. Il était réputé donation dans un cas unique, et encore uniquement pour ce en quoi il excédait le douaire coutumier : c'était quand le veuf, ayant des enfants d'un premier lit, consentait un douaire à sa seconde femme. Cela avait été admis pour assurer le respect de l'édit des secondes noces, et sauvegarder les droits des enfants du premier lit.

LIVRE DEUXIÈME

De l'influence exercée par le convol sur les donations ou les legs que le prédécédé a pu faire au survivant.

Le convol du survivant exerçait une influence restrictive considérable sur les relations pécuniaires du survivant, soit avec l'époux prédécédé, soit avec l'époux nouveau. L'édit des secondes noces rendu par François II sur la proposition du chancelier l'Hopital, en l'an 1560, restreignait les libéralités que l'époux survivant eût pu faire à son nouveau conjoint au préjudice des enfants du premier lit, et atteignait également les libéralités que le survivant avait reçues de son conjoint prédécédé. L'époux survivant qui convolait était donc atteint, et dans son droit de faire des libéralités à son nouveau conjoint, et dans son droit de conserver intactes les libéralités qu'il avait acquises du conjoint prédécédé. Il ne paraît pas que le convol ait jamais exercé une influence sur la faculté pour le nouvel époux de succéder ab intestat au survivant remarié, ni sur la faculté pour ce dernier de conserver les biens qu'il avait acquis ab intestat du patrimoine de l'époux prédécédé. Et, à ce point de vue, l'influence du convol était moins générale dans notre ancien droit que dans

le droit romain. (Voyez Pothier, *Traité du contrat de mariage*, 7e partie, des seconds mariages et de l'édit des secondes noces; M. Boissonade, nos 243-295.)

TITRE PREMIER

DU CONVOL EN GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER

Du premier chef de l'édit.

Il défendait à la femme survivante de donner à son nouveau mari plus que la part de l'enfant le moins prenant.

SECTION I. — *Des donations autres que celles de part d'enfant.*

§ 1. — De l'extension du premier chef.

I. Quant aux personnes entre lesquelles il s'applique.

1. Ceux qui ne peuvent donner plus que ne permet ce chef sont :

A. D'après le texte même de l'édit, la veuve ayant un ou plusieurs enfants d'un précédent mariage, ou même un petit-enfant issu d'un enfant d'un lit précé-

dent. Il faut que cet enfant ou petit-enfant soit habile à succéder. Il suffit même qu'à la mort du mari, la veuve ou une de ses brus soit grosse d'un posthume.

B. Bien que l'édit fût muet au sujet des veufs avec enfants, la jurisprudence n'avait pas hésité à leur étendre ces dispositions de l'édit.

2. Ceux qui ne peuvent recevoir plus que ne permet le premier chef, sont :

A. Les maris ou femmes qu'on épouse en second ou ultérieur mariage. Car, si un époux convole plusieurs fois, ayant des enfants d'un premier lit, il ne peut donner en tout à ses nouveaux conjoints qu'une part d'enfant le moins prenant.

B. Les père et mère du nouvel époux, et les enfants qu'il a eus lui-même d'un précédent mariage avec un autre que l'époux donateur. La jurisprudence a étendu cette règle à tous les ascendants et descendants du nouveau conjoint; toutes ces personnes sont présumées interposées, tant que dure le nouveau mariage. Les enfants communs de l'époux remarié et du nouveau conjoint ne sont pas présumés personnes interposées.

II. Quant aux actes auxquels il s'applique.

Il s'applique à toutes les libéralités, et notamment :

1. Aux libéralités directes, et par conséquent :

A. Aux libéralités rémunératoires comme aux autres, en tant du moins que le service rendu n'avait pas une valeur pécuniaire.

B. Aux libéralités avec ou sans charge, en tant que la charge imposée n'a pas une valeur pécuniaire.

C. Aux dons mutuels.

D. Aux donations entre-vifs, comme aux donations testamentaires.

E. A celles faites par le contrat du second mariage, comme à celles faites pendant ce second mariage. Quant à celles faites avant le second mariage, elles doivent échapper à l'édit, à moins qu'on ne démontre qu'elles étaient faites en considération du mariage futur. C'est à tort que Pothier les présume, sauf preuve contraire, faites en considération du mariage intervenu plus tard.

2. Aux libéralités indirectes résultant de conventions matrimoniales, qui ne sont traitées comme donations qu'en ce cas spécial, et notamment :

A. A l'apport de l'époux remarié, quand il est supérieur à celui du nouveau conjoint.

B. Au préciput conventionnel.

C. Au douaire conventionnel, en tant qu'il excède le douaire coutumier (arrêts du 18 juillet 1615, et du 10 juillet 1656), mais jamais au douaire coutumier, quoi qu'en ait dit Ricard.

D. A la somme que, par contrat de mariage, le mari a promis à sa nouvelle femme pour son deuil, en tant que cette somme est exagérée, eu égard à l'état et aux facultés du mari.

III. Quant aux conditions nécessaires, pour que l'édit s'applique,

Il faut à cet effet :

1. Que l'époux convolant ait eu un enfant d'un mariage précédent.

2. Que cet enfant ait survécu à son auteur remarié, et soit capable de venir à sa succession. Il n'est point nécessaire qu'il soit son héritier.

3. Que le nouveau conjoint ait reçu une libéralité supérieure à la part de l'enfant du mariage précédent

le moins prenant. Cette part est celle à laquelle cet enfant a droit, et non celle dont il se contente.

A. Si donc une fille a reçu par contrat de mariage une dot inférieure à sa part héréditaire, et a renoncé à cette dernière, le nouvel époux ne sera point réduit à cette dot.

B. Si l'époux remarié a exhérédé un de ses enfants, en lui faisant un legs modique, l'époux nouveau ne sera point réduit à ce legs modique. Car dans tous ces cas, l'enfant ne reçoit point sa part à titre successoral.

C. Que si la succession de l'époux remarié se partage par souches entre plusieurs petits-enfants, l'époux est réductible à la part afférente à chaque souche. Car il a droit à une part d'enfant, non de petit-enfant le moins prenant.

D. De même, si l'époux remarié ne laisse que des petits-enfants d'une même souche, l'époux est réduit à la somme que prennent tous les petits-enfants réunis, et non à celle que prend le moins favorisé d'entre eux. Et cependant la jurisprudence coutumière tenait pour la doctrine contraire.

E. Quand l'époux a convolé plusieurs fois, la somme des libéralités par lui faites à tous ses nouveaux conjoints ne doit pas excéder une part d'enfant le moins prenant. Car l'édit ne dit pas : les époux convolants « ne peuvent donner à chacun de leurs nouveaux maris; » mais il dit : « ne peuvent donner à leurs nouveaux maris plus qu'à un de leurs enfants. »

Le Code civil a adopté ces dispositions presque intégralement, sauf que l'époux nouveau ne peut jamais recevoir plus d' $\frac{1}{4}$ de la succession, quand même

la part de l'enfant le moins prenant dépasserait ce quart.

§ 2. — Des effets ou de la sanction du premier chef.

I. Son effet est de donner lieu à la réduction, quand la disposition est excessive.

1. Qui peut demander cette réduction?

A. Les enfants du premier lit, en faveur de qui elle est organisée. Si donc il n'en existe aucun lors du décès du conjoint remarié, l'action en réduction ne naît point.

B. S'il existe des enfants communs issus du second mariage, on leur reconnaît le droit de profiter de l'action exercée par les enfants du premier lit, et même de l'exercer comme eux; le tout en vertu du principe qu'une égalité stricte doit régner entre tous les enfants d'un même auteur. Et on accorde l'action aux enfants du second lit, alors même que ceux du premier négligent de l'exercer contre le nouvel époux, survivant, ou lui en font remise. Car, dès qu'il a existé, lors du décès du convolant, un enfant du premier lit, le droit à la réduction s'est ouvert simultanément au profit des enfants de tous les lits, et il n'appartient point à ceux du premier de priver ceux du second d'un droit acquis. Pour que ces enfants puissent exercer l'action en réduction, ou en profiter, il suffit qu'ils existent au jour de l'ouverture de la succession, et qu'ils soient capables de la recueillir; il n'est point nécessaire qu'ils acceptent; car ils ne puisent pas ce droit dans leur qualité d'héritiers, mais dans leur qualité d'enfants. Quant à l'autre motif qu'on alléguait

à l'appui de cette décision, à savoir que le *de cujus* ayant mis hors de son patrimoine les biens donnés, ils ne font plus partie de sa succession, qu'il n'est donc point besoin d'être héritier pour intenter l'action en réduction, c'est simplement une pétition de principe, puisque l'action en réduction aboutit précisément à faire rentrer dans la succession l'excédant des biens donnés. Peu importe que l'enfant majeur ait, du vivant du donateur, approuvé la donation faite au conjoint, et se soit engagé à ne pas en demander plus tard la réduction. Il conserve ce droit intact; car, sauf les cas où la loi le permet, le pacte sur une succession future est nul.

2. L'action en réduction n'appartient point aux enfants incapables de venir à la succession du conjoint remarié prédécédé. Donc elle n'appartient point : A. Aux enfants exhérédés pour juste cause. B. Aux filles exclues de tout droit successoral, par cela seul qu'elles ont été dotées, ou parce qu'elles ont renoncé à leurs droits successoraux en recevant une dot.

II. Des actions employées pour opérer la réduction.

1. Quelles sont-elles ?

A. Les enfants peuvent intenter contre l'époux survivant une action personnelle, ou *condictio*, pour obtenir restitution de l'excédant. Cette action est appelée par Pothier *personnelle-réelle*; cela signifie que si les biens ne sont plus aux mains du conjoint survivant, elle pourra être intentée contre les tiers détenteurs, qui n'ont pu acquérir ces biens que tels qu'ils étaient aux mains de l'époux, c'est-à-dire grevés de la charge de la réduction.

B. On pouvait aussi donner aux enfants une action

in rem utile, en tenant l'aliénation de l'excédant pour rescindée. Cette action n'était qu'utile, la propriété de l'excédant n'ayant pu être, de plein droit et sans tradition, retransférée aux enfants.

2. Quelle est l'extension de ces actions? On distingue si la donation porte sur des immeubles ou sur des meubles :

A. La donation porte sur des immeubles. Les actions précitées ont pour objet l'excédant des biens donnés. Et cet excédant se calcule comme il suit : on estime les immeubles composant la succession, d'après leur valeur au jour où cette succession s'ouvre, puis on calcule la part de l'enfant le moins prenant, et on voit si la donation faite à l'époux dépasse ou non cette part. Les immeubles détériorés par la faute de l'époux, ou améliorés par ses soins, sont estimés à la valeur qu'ils auraient eue au jour de la succession, sans la détérioration ou l'amélioration. Ceux détériorés ou améliorés par cas fortuit sont estimés à leur valeur réelle au jour de l'ouverture de la succession. Le principe est que l'objet est estimé à la valeur qu'il aurait eue, s'il était resté dans les biens du conjoint remarié, aujourd'hui mort, et s'il figurait dans sa succession. C'est donc à l'ouverture de la succession que l'on se place pour calculer la part de l'enfant le moins prenant, et pour estimer celle de l'époux.

B. Quand la donation a pour objet de l'argent ou des meubles, les objets donnés s'estiment d'après leur valeur au jour de la donation.

3. Quels sont les effets de ces actions?

A. Il s'agit d'une donation d'immeubles. En supposant qu'on intente l'action *in rem* utile, les biens

donnés à l'époux survivant sont communs entre lui et les enfants. Le premier est propriétaire jusqu'à concurrence de la part d'enfant le moins prenant, les seconds sont propriétaires de l'excédant. Il y a donc lieu à un partage, tendant à faire obtenir aux enfants la propriété divise de cet excédant. Les fruits naturels ou civils perçus par l'époux depuis l'ouverture de la succession, et correspondant à l'excédant des biens donnés, doivent être restitués aux enfants; tous les autres appartiennent définitivement à l'époux. Si l'époux donataire a aliéné une portion des biens donnés, l'action n'est intentée contre les tiers détenteurs, que si les biens restés au donataire sont insuffisants pour parfaire l'excédant auquel les enfants ont droit; et en ce cas, il y a lieu de modérer ou d'accentuer la rigueur de l'action, suivant que les tiers détenteurs sont possesseurs de bonne ou de mauvaise foi.

B. La donation a pour objet des meubles ou de l'argent. Les enfants n'ont alors qu'une action personnelle contre l'époux, en restitution de l'excédant, et ne peuvent jamais actionner les tiers détenteurs des meubles donnés. Mais leur action personnelle est garantie par une hypothèque sur les biens de l'époux, hypothèque datant du jour de la donation, et par un privilége sur les meubles restés en nature aux mains de cet époux.

4. Comment et entre qui se partage l'excédant des biens donnés?

Le principe est que les enfants prennent leur part dans cet excédant, non point en qualité d'héritiers, mais en qualité d'enfants. Donc :

A. L'excédant se partage entre les enfants du premier et du second lit, acceptants ou non, mais capables de succéder, et en ordre utile à cet effet.

B. Ils ne sont point tenus des dettes de la succession sur la part qui leur revient dans cet excédant, pourvu qu'ils aient renoncé, ou accepté bénéficiairement. Ils seraient tenus toutefois des hypothèques consenties par le conjoint donateur, avant la donation. Quant aux hypothèques et charges consenties par le mari donataire, elles sont rétroactivement anéanties, comme le droit de celui qui les a constituées.

C. L'enfant ne doit point imputer sur sa légitime ce qu'il prend dans les biens réduits.

D. Si ces biens réduits comprennent des biens nobles, l'aîné des enfants pourra exercer son droit d'aînesse sur ces biens nobles. Car les enfants, prenant cet excédant en qualité d'enfants, doivent, en le prenant, exercer les droits qui leur compètent en cette qualité. D'ailleurs, l'exercice de l'action en réduction tend à réparer le préjudice que cause aux enfants la donation excessive ; chaque enfant doit donc être indemnisé à proportion du préjudice qu'il supporte. Or l'aîné souffre un préjudice plus grand, et doit être indemnisé davantage, puisque, sans la donation excessive, il eût exercé ses droits d'aînesse sur les biens nobles restés dans la succession.

E. L'époux donataire ne peut concourir avec les enfants pour prendre sa part dans cet excédant. Renusson et Lebrun soutenaient cependant qu'il le pouvait, par la raison que, sans cela, l'époux aurait moins que la part de l'enfant le moins prenant. Cela est inexact : comme les enfants ne prennent l'excédant qu'en qua-

lité d'enfants ; cet excédant ne peut être compté pour calculer leur part héréditaire; or l'époux ne peut exiger qu'une somme égale à ce que l'enfant le moins prenant reçoit à titre héréditaire.

Section II. — *Des donations de parts d'enfants.*

Quand l'époux remarié a donné par contrat de mariage à son conjoint une part d'enfant, certaines difficultés peuvent s'élever sur la nature et l'extension de cette libéralité.

§ 1. Nature de cette disposition.

I. Cette disposition constitue une donation, et non pas une véritable institution contractuelle d'héritier; car l'époux donataire ne prend pas cette part d'enfant comme héritier, mais comme donataire : il n'est donc pas tenu *ultrà vires* des dettes de la succession, proportionnellement à cette part.

II. Toutefois cette donation se rapproche de l'institution contractuelle :

1. Toutes deux deviennent caduques par le prédécès de l'époux donataire. En effet, l'objet de la donation, la part d'enfant, ne commence d'exister qu'après le décès du donateur : si donc le donateur prédécède, il meurt à un moment où la donation n'existe point encore, faute d'objet, et il ne transmet rien à ses héritiers.

2. Dans cette donation, comme dans l'institution contractuelle, les enfants issus du mariage sont substitués vulgairement à l'époux donataire. pour le cas où il prédécéderait. C'était du moins l'opinion de Renusson.

§ 2. Extension et effets de cette libéralité.

I. Quant à l'étendue du droit du conjoint donataire.

Sa part se détermine en le comptant comme un enfant de plus. Si le donateur ne laisse aucun enfant, Ricard n'accorde pas au donataire toute la succession, mais seulement la moitié, ce qui est la plus forte part d'enfant. Si l'époux *de cujus* n'a point laissé à tous ses enfants leur part légale, mais a réduit l'un d'eux, le survivant est réduit à la part que prend cet enfant.

II. Quant aux biens sur lesquels le conjoint peut exercer son droit.

1. Il prend sa part sur tous les biens exstants dans la succession, meubles ou immeubles, acquêts, conquêts ou propres, sauf certains biens qu'excepte le second chef de l'édit.

A. Si le *de cujus* ne laisse qu'un enfant, cet enfant exerce ses droits d'aînesse dans le partage des biens nobles qu'il fait avec l'époux; car ce dernier est traité comme un enfant de plus. L'époux n'aura donc, comme un puîné, qu' $\frac{1}{3}$ des biens nobles, après qu'on aura prélevé le *manoir* et le *vol du chapon*.

B. Si le *de cujus* laisse deux enfants, un aîné et un puîné, l'époux est encore compté pour un enfant de plus, et assimilé au puîné. Il prend donc $\frac{1}{3}$ des biens ordinaires, et $\frac{1}{4}$ des biens nobles, après que l'aîné a prélevé sur ces biens nobles le *manoir* et le *vol du chapon*. Car l'aîné, outre ces prélèvements, prend sur les biens nobles le double de ce que prend chaque puîné.

C. Si le *de cujus* a laissé plus de deux enfants, si par exemple, il en a laissé cinq, que prend l'époux dans les biens nobles? Dans la coutume de Paris, l'aîné commence par distraire des biens nobles le *manoir* et

le *vol du chapon*, et prend ensuite la moitié de ces biens nobles. On arrive à cette solution, en augmentant d'un le nombre des enfants, ce qui donne un aîné et cinq puînés; l'aîné, après avoir exercé ses prélèvements, prend $\frac{5}{10}$, et l'époux reçoit $\frac{1}{10}$, comme chacun des quatre puînés. Ce système a l'inconvénient de faire porter la donation à l'époux exclusivement sur la part afférente aux puînés. Cette solution était même plus fausse en droit coutumier qu'elle ne le serait aujourd'hui. Comme la part que prenait l'époux était réputée extérieure à la succession, on arrivait à donner $\frac{4}{9}$ à tous les puînés réunis, et $\frac{5}{9}$ à l'aîné, qui recevait ainsi plus de la moitié des biens nobles. On évite cet inconvénient, en faisant autant de parts qu'il y a de puînés, plus une, dans l'espèce, $8 + 1 = 9$. L'aîné prend autant que tous les puînés, c'est-à-dire $\frac{4}{9}$, chaque puîné prend $\frac{1}{9}$, et l'époux également $\frac{1}{9}$.

2. On se demandait si l'époux pouvait calculer sa part, non-seulement sur les biens exstants, mais aussi sur les biens donnés par le *de cujus* aux enfants, et rapportés par ces derniers. Il semble que non, le rapport ne fonctionnant qu'entre les enfants, et ne pouvant être demandé que par l'un d'eux. Il faut toutefois adopter l'affirmative. Elle est certaine pour le cas où la donation à l'époux a précédé les donations aux enfants. En effet, la première, étant irrévocable, n'a pu être révoquée par les secondes. Il faut donner la même solution, quand l'ordre des libéralités a été inverse. Car la part du conjoint se mesure sur la part héréditaire de l'enfant le moins favorisé. Or c'est en qualité d'héritiers, et pour parfaire leur part hérédi-

taire que les enfants demandent le rapport. L'époux pourra donc aussi demander un rapport, mais fictif, et non réel : il pourra bien calculer sa part sur le total des biens exstants et des biens donnés aux enfants et à lui-même, mais non pas prendre sa part sur les biens rapportés.

CHAPITRE DEUXIÈME

Du second chef de l'édit.

SECTION I. — *Du second chef de l'édit dans la généralité des coutumes.*

Aux termes de ce second chef, l'époux, veuf de son premier conjoint, ne pouvait rien donner à son nouvel époux des objets qu'il avait reçus du précédent, et devait conserver lesdits objets aux enfants du premier lit. L'édit ne se contentait plus de restreindre dans l'avenir la faculté pour le conjoint de faire des libéralités à son nouvel époux ; il frappait le convolant dans le passé, dans les libéralités que lui avait faites le prédécédé. Les deux chefs tendaient du reste au même but, qui était de sauvegarder l'intérêt des enfants du premier lit. Seulement le second chef constituait une anomalie plus exorbitante, puisqu'il altérait la substance d'un droit acquis, tandis que le premier chef se contentait de limiter pour l'avenir la capacité du conjoint remarié.

Ces dispositions étaient empruntées au droit romain ; seulement le droit romain portait aux droits acquis par le convolant une atteinte plus générale encore, puisqu'il atteignait même les biens que ce dernier avait recueillis ab intestat du patrimoine du prédécédé, tandis que l'édit ne s'y appliquait point.

§ 1. — De l'extension du second chef.

I. Quant aux personnes.

Les personnes sont les mêmes que celles à qui s'applique le premier chef.

II. Quant aux actes.

1. Ce second chef s'applique à toutes les libéralités entre-vifs ou testamentaires faites par le prédécédé au convolant, et non-seulement aux libéralités directes, mais en général à tous les avantages directs ou indirects émanés du prédécédé, et notamment à ceux résultant des conventions matrimoniales intervenues entre lui et le survivant. C'est ainsi que le second chef s'applique :

A. Au douaire conventionnel que la veuve remariée a pris dans les biens de son premier mari ; et ce douaire est ici réputé avantage indirect, non point seulement en tant qu'il excéde le douaire coutumier, mais pour le tout.

B. Au préciput conventionnel, mais non au préciput légal que certaines coutumes accordent aux nobles. Car ce préciput légal est une sorte de droit successoral ab intestat.

2. Le droit romain n'hésitait pas à porter atteinte aux droits que la femme avait acquis ab intestat dans

la succession d'un de ses enfants du premier lit prédécédé, en tant que les objets ainsi acquis provenaient du patrimoine de son premier mari, ou dans la succession de ce mari lui-même. Le droit coutumier n'avait point admis cette règle. Le second chef de l'édit ne s'appliquait donc pas :

A. Aux biens, même provenant de la succession du premier mari, que la veuve avait pris dans la succession de son enfant du premier lit.

B. Aux meubles appartenant à la succession du prédécédé, et que le survivant remarié avait eus comme gardien ou gardienne noble des enfants du premier lit.

C. Aux dommages-intérêts dus à un conjoint survivant par le meurtrier de son premier conjoint.

D. Aux donations faites à un conjoint survivant dans le contrat de mariage, par un autre que son premier mari.

§ 2. — Des effets du second chef.

Son effet était d'empêcher l'époux remarié de rien donner à son nouveau conjoint des biens précités, et de forcer cet époux remarié de conserver lesdits biens à ses enfants du premier lit. Il était donc chargé d'une substitution fidéicommissaire, au profit des enfants du premier lit.

I. Nature de cette substitution.

Elle est légale. Pothier prétend qu'elle est conventionnelle, et suppose la donation affectée de cette condition tacite, qu'en cas de convol du survivant donataire, ce dernier serait tenu de restituer après sa mort

aux enfants communs les biens donnés. Cette fiction de substitution conventionnelle est inexacte; car si le donateur, prévoyant le convol du donataire, lui avait fait pour ce cas remise expresse de la substitution, cette remise eût été nulle, de l'aveu même de Pothier.

II. Extension de cette substitution.

1. Quant aux personnes à qui elle profite.

Elle profite aux enfants issus du mariage du conjoint donateur avec le conjoint donataire remarié. Par là il faut entendre aussi les petits-enfants issus d'un enfant du premier lit prédécédé. Ces enfants ne tenant pas les biens grevés de leur auteur remarié, mais de leur auteur prédécédé, n'ont pas besoin d'être héritiers du conjoint remarié, pour jouir de la substitution. Ils n'ont même pas besoin d'être héritiers du prédécédé, qui est censé avoir appelé au bénéfice de cette substitution, non point ses héritiers, mais ses enfants. Toutefois, cette dernière solution n'était pas admise par Ricard. Par application de ces principes, ne profitent point de la substitution :

A. Les filles dotées par le prédécédé, quand la coutume les déclare pour ce seul fait inhabiles à recueillir la succession du conjoint qui les dote, ou quand, par contrat de mariage, elles renoncent expressément à leurs droits successoraux, en échange de la dot qu'elles reçoivent. Ricard alléguait à l'appui de cette solution, que la substitution doit profiter exclusivement à ceux à qui nuit le convol du survivant, c'est-à-dire à ceux qui ont droit à la succession du donateur prédécédé. Ce motif est faux : il conduirait à dire que ceux qui acceptent la succession de ce prédécédé peuvent seuls profiter de

la substitution, ce qui est inexact, puisque les renonçants, capables de succéder, en profitent aussi. Car les acceptants seuls souffrent vraiment du convol ; quant à ceux qui pourraient en souffrir, mais qui n'en souffrent point réellement, il n'y a pas à s'en occuper. Si, lors du décès du survivant, qui donne ouverture à la substitution, les filles dotées et exclues de la succession du prédécédé restent seules, les autres enfants étant morts sans laisser de postérité, comme en ce cas ces filles recouvrent le droit de venir à la succession du survivant, Ricard estime qu'elles recouvrent aussi le droit à la substitution. Cette solution est encore fausse ; puisque ces biens substitués viennent du premier *de cujus*, et que, pour venir à la substitution, il faut au moins avoir été capable de succéder au premier *de cujus*, capacité que ces filles n'ont jamais eue, il eût été logique de dire qu'elles pouvaient prendre ces biens dans la succession du dernier *de cujus*, s'ils s'y trouvaient encore, mais comme héritières de ce *de cujus*, et nullement comme appelées à la substitution.

B. Étaient aussi exclus de la substitution les enfants exhérédés par le premier *de cujus* ; et ceux exhérédés seulement par le second. On voit combien chancelante était cette doctrine, que les enfants du premier lit avaient droit à la substitution comme enfants, et non comme héritiers d'aucun des deux défunts. Si cette théorie était exacte, les enfants exhérédés par l'un quelconque de leurs auteurs ou par tous deux, et les filles dotées auraient droit de se plaindre du convol, puisque ni l'exhérédation ni la dot ne leur enlèvent leur qualité d'enfants ; et cependant ce droit leur est refusé. Ainsi de deux choses l'une : ou la substitution devait profiter

à tous ceux qui souffrent réellement du convol, et alors elle ne devait profiter qu'aux enfants qui acceptent la succession des deux défunts; ou elle devait profiter aux enfants en leur qualité d'enfants, et alors profiter même aux filles dotées et aux enfants exhérédés. Car on ne peut être appelé à une substitution, qu'en qualité d'héritier ou d'enfant; il n'est point de titre intermédiaire. Le droit coutumier, si peu scientifique et si arbitraire, a méconnu ces principes, en décidant, par je ne sais quel compromis, qu'il suffisait d'être enfant, mais qu'il faudrait être capable de venir à la succession des deux défunts. Ces observations s'appliquent également aux solutions que le droit coutumier donnait sous le premier chef, aux termes desquelles les enfants renonçants, mais capables de venir à la succession du conjoint remarié, pouvaient demander la réduction des libéralités exagérées par lui faites au nouvel époux.

2. Quant aux actes auxquels la substitution s'applique. Ils sont les mêmes que ceux visés par le premier chef.

III. Effets de la substitution.

1. Quant aux droits qui compètent à la masse des appelés.

La substitution s'ouvre à la mort de l'époux donataire. Jusqu'à ce jour, cet époux demeure propriétaire des biens substitués, et les enfants n'y ont aucun droit. Ceux qui prédécèdent ne transmettent donc rien à leurs héritiers, leur droit n'étant pas né. Les enfants qui existent au décès du dernier *de cujus*, sont réputés tenir les biens substitués du premier *de cujus*, et non du second. D'où résultent les conséquences suivantes, qui sont ou spéciales au cas où la substitution porte sur

des immeubles, ou spéciales au cas où elle porte sur des meubles, ou communes à ces deux cas.

A. La substitution porte sur des immeubles :

a. Ces immeubles recueillis par les enfants du premier lit, sont, dans leur patrimoine, des propres paternels ou maternels, selon que l'époux grevant prédécédé était le mari ou la femme.

b. Ces biens substitués ne sont point imputés par les enfants sur la légitime qu'ils prennent dans les biens de l'époux dernier décédé.

c. Les aliénations ou constitutions de droits réels consenties depuis le prédécès du grevant à titre onéreux ou gratuit par le conjoint remarié, sont résolues de plein droit. Pothier accordait une certaine importance à cette circonstance, que l'aliénation était intervenue à titre onéreux ou à titre gratuit ; si l'aliénation avait été gratuite, les enfants appelés, même acceptant la succession du grevé, pouvaient, d'après lui, revendiquer contre les tiers ; car le grevé n'était point tenu à la garantie. Si l'aliénation avait été onéreuse, les appelés, acceptant la succession du grevé, ne pouvaient revendiquer contre les tiers, puisqu'ils héritaient de l'obligation de garantie contractée par le grevé. Nous rejetons cette distinction ; elle est inadmissible en matière de substitution ordinaire ; il est certain que les appelés ordinaires, même acceptant la succession du grevé, peuvent revendiquer les objets aliénés à titre onéreux par ce dernier, en remboursant à l'acquéreur son prix et les loyaux coûts du contrat. Il n'y a pas de raison sérieuse de traiter autrement les substitutions légales : si la substitution ordinaire est publiée, insinuée, et réputée connue du tiers acquéreur, la substitution lé-

gale qui grève les biens donnés au survivant doit être connue, comme le veuvage de ce survivant, et l'existence d'enfants du premier lit ; ce sont là des faits notoires et patents, qu'un acquéreur est en faute de ne point connaître.

B. La substitution porte sur des meubles ou de l'argent. Le grevé n'est point tenu de les conserver, pour les restituer en nature aux appelés, mais simplement de restituer des meubles d'une valeur égale à celle qu'avaient les meubles donnés, lors de la donation, ou une somme égale à celle reçue. Pour assurer cette restitution, les appelés ont, sur les biens du grevé leur auteur, une hypothèque qui date du jour de la donation. Car de ce jour est née l'obligation du grevé.

C. La substitution comprend soit des immeubles, soit des meubles ou de l'argent.

a. Le grevé ne peut pas choisir un des appelés, pour lui laisser tous les biens substitués, ou lui en laisser une portion supérieure à sa quote-part. Il est du reste inexact que l'époux remarié ait eu ces facultés sous les lois romaines.

b. Les enfants des autres lits ne peuvent rien prétendre sur les biens substitués, quand même la succession du grevé ne contiendrait pas autre chose. Si le grevé a reçu des libéralités de son nouveau conjoint, les enfants du premier lit concourront avec ceux du second sur les objets ainsi donnés. C'est seulement au cas où le grevé, devenu veuf pour la seconde fois, se remarierait encore, que les enfants du second lit seraient substitués aux biens donnés par le second conjoint, à l'exclusion des enfants, tant du premier que du troisième lit.

2. Quant aux droits qui compètent à chacun des appelés.

Les appelés se partagent également les biens substitués ; car ils viennent à titre d'enfants, non à titre d'héritiers. Par la même raison, l'aîné peut exercer son droit d'aînesse sur les biens nobles compris dans la substitution. Mais il faut pour cela qu'il soit héritier du grevant. On voit combien indécise est la doctrine coutumière : l'aîné exerce son droit d'aînesse, parce qu'il est appelé aux biens substitués en qualité d'enfant, et qu'il doit exercer les droits qui lui compètent à ce titre, et d'autre part, il n'exerce ses droits d'enfant que s'il est héritier, ce qui paraît dérisoire. Car il vient comme enfant ou comme héritier. Il y a au moins l'un de ces deux titres qui n'est point le fondement de sa vocation, et si ce titre lui est inutile, on ne voit pas comme il peut s'en prévaloir. Par aîné, il ne faut pas entendre l'aîné des appelés, mais l'aîné des enfants de tous les mariages. Si donc il y a un aîné issu d'un précédent mariage, l'aîné des appelés issus d'un mariage subséquent n'exerce point ses droits d'aînesse sur les biens nobles ; car il n'y a jamais qu'un aîné. Mais nous pensons qu'en ce cas l'aîné n'exercerait point ses droits d'aînesse sur les biens substitués, puisqu'il n'y est point appelé.

3. Quant à sa durée.

La substitution s'éteint, quand tous les appelés sont prédécédés au jour du décès du grevé, ou quand, à ce moment, il existe bien des enfants du premier lit, mais incapables de recueillir la substitution, parce qu'un de leurs deux auteurs les a exhérédés.

Section II. — *Du second chef de l'édit, dans les coutumes de Paris et d'Orléans.*

Ces coutumes admettaient toutes les solutions qui ont été exprimées sous le second chef. Elles lui donnaient de plus l'extension suivante :

Les biens que la femme recueillait dans la communauté qui avait existé entre elle et son défunt mari, ne constituaient point une libéralité du conjoint prédécédé, et ne tombaient point sous le coup du second chef. Ils n'étaient donc point grevés de substitution au profit des enfants du mariage dissous, et se partageaient également entre les enfants de tous les lits. Mais la liberté qui compétait naturellement à la femme de disposer de ses conquêts, était doublement restreinte par les coutumes de Paris et d'Orléans. La femme ne pouvait d'abord aucunement disposer de ces conquêts au profit de ses nouveaux maris, pas même jusqu'à concurrence d'une part d'enfant le moins prenant. C'est ainsi qu'à ce point de vue, la femme était, relativement à ces conquêts, bien plus durement traitée que relativement à ses autres biens, qu'elle pouvait donner à ses nouveaux maris, jusqu'à concurrence d'une part d'enfant.

En second lieu, la femme ne pouvait aucunement disposer de ces conquêts au profit d'une personne quelconque, au préjudice des enfants du mariage pendant lequel ces conquêts avaient été faits; tandis que la femme pouvait disposer de ses autres biens jusqu'à concurrence du disponible, au profit de toutes personnes autres que son nouveau mari.

En somme, ces conquêts sont dans une situation intermédiaire entre celle des biens donnés à la femme par ses précédents conjoints, et celles des biens ordinaires. Tandis que les premiers sont frappés entre ses mains d'une substitution et d'une indisponibilité absolue, au profit des enfants issus du mariage dissous, et que les seconds peuvent être librement donnés au nouveau mari, jusqu'à concurrence d'une part d'enfant, ou à un étranger, jusqu'à concurrence du disponible, les conquêts ne peuvent être aucunement donnés au nouveau mari, et la femme ne peut en disposer au profit d'autres personnes, au préjudice des enfants issus de tous les lits.

§ 1. — Origine de cette double prohibition.

Elle résulta d'abord de l'article 279 de la coutume de Paris. A ne considérer que la lettre de cet article, il établissait une substitution légale sur les conquêts au profit des enfants de tous les lits différents; de sorte que les conquêts eussent été traités comme les biens donnés à la femme par son défunt mari, avec cette différence peu raisonnable, que les appelés à la substitution n'eussent point été les enfants issus de la communauté qui avait produit les conquêts, mais les enfants de tous les lits sans distinction. On avait toutefois interprété cet article 279 comme nous l'avons fait plus haut par anticipation, et l'on en avait tiré que la veuve remariée ne pouvait aucunement disposer de ses conquêts au profit d'un nouveau mari; et qu'elle ne pouvait en disposer au profit d'autres personnes, que sauf la part des enfants du premier mariage dans

lesdits conquêts. Cette interprélation était absolument injustifiable, puisque l'article 279 ne disait pas un mot de la première de ces deux propositions, et ne distinguait nullement le cas où la disposition était faite au profit du nouveau conjoint de celui où elle était faite au profit d'une autre personne. Et cependant, comme cette doctrine était conforme aux intentions du législateur, celui-ci la confirma textuellement lors de la révision de la coutume d'Orléans, en modifiant l'article 203 de cette coutume, qui, dès lors servit de commentaire légal à l'article 279 de la coutume de Paris. Cet article 203 distinguait nettement les dispositions faites au profit du nouveau mari de celles faites au profit d'autres personnes, et exprimait la double prohibition que l'article 279 donnait à deviner.

§ 2. — Extension de la double prohibition.

I. Quant aux personnes.

Cette prohibition s'appliquait sans aucun doute à la veuve remariée, qui faisait à son nouveau mari une donation de ses conquêts. S'appliquait-elle au veuf remarié? Cela semblait impossible en l'absence d'un texte. Toutefois, comme cette prohibition, si exorbitante qu'elle pût être, était favorable aux enfants, que d'ailleurs l'article 279, dans sa première partie, en tant qu'il défendait à la femme de donner à son nouvel époux, sur ses propres, plus d'une part d'enfant, s'appliquait également au mari, un arrêt du 4 mars 1697, rendu sur les conclusions de d'Aguesseau, avait décidé que le veuf remarié ne pourrait non plus rien donner

de ses conquêts à sa seconde femme. La première prohibition s'appliquait donc au veuf remarié. Mais on controversait la question de savoir si la seconde s'y appliquait aussi, si le veuf remarié ne pouvait disposer de ses conquêts au profit d'autres personnes, au préjudice de ses enfants du premier lit. Cette question était restée indécise dans la jurisprudence coutumière. Nous pensons que l'extension de la première prohibition commandait l'extension de la seconde.

II. Quant aux coutumes sous lesquelles elle s'applique, et quant à la portée législative des coutumes qui l'admettent.

1. C'était une disposition exceptionnelle, spéciale aux coutumes de Paris et d'Orléans, et non applicable sous les coutumes qui ne l'avaient pas spécialement édictée.

2. Comme cette prohibition appartenait à la classe des statuts réels, elle n'exerçait son empire que sur les biens situés sur le territoire où régnait la coutume qui l'admettait. Ainsi une femme domiciliée à Paris, et dont les conquêts se trouvaient sur le territoire d'une coutume qui n'avait point adopté l'article 279, pouvait très-bien donner ses conquêts à son nouveau mari et à toutes autres personnes. Réciproquement, une femme domiciliée sur le territoire d'une coutume muette, et dont les conquêts étaient situés à Paris, ne pouvait aucunement en disposer. Que si les conquêts, n'ayant point de situation réelle, étaient censés situés au domicile du propriétaire, comme les rentes constituées, meubles corporels ou créances mobilières, alors seulement on appliquait la coutume du domicile de l'époux à qui appartenaient les conquêts. Et le domicile de cet

époux était celui qu'il avait lors du contrat de mariage, et non lors du mariage.

III. Quant aux biens auxquels cette prohibition s'applique.

Elle s'applique aux conquêts, c'est-à-dire à tous les biens, meubles ou immeubles, que la femme a recueillis dans les diverses communautés auxquelles elle a pris part.

1. Cette règle comprend aussi bien les meubles que les immeubles.

On avait prétendu d'abord ne l'appliquer qu'aux immeubles communs, sous le prétexte que le terme *conquêts* comprend plutôt les immeubles que les meubles. Mais le contraire fut décidé par arrêt du 4 mars 1697, rendu sur les conclusions de d'Aguesseau, et cet arrêt fit jurisprudence.

2. Le terme de *conquêts* comprend les biens que la femme, lors de son mariage, a apportés à sa première communauté, comme ceux acquis par le mari pendant ladite communauté. La jurisprudence du Châtelet n'appliquait la prohibition qu'aux meubles acquis par le mari pendant le mariage. Elle argumentait des mots *conquêts faits avec ses précédents maris*, et du motif spécial de la prohibition, qui est que les conquêts dus à la collaboration de la femme et de son premier mari doivent être conservés aux enfants issus d'elle et de ce mari. La doctrine du Parlement tenait pour l'application aux meubles que la femme avait apportés en se mariant, et à bon droit selon nous. Car l'argument de texte qu'invoquait le Châtelet est bien faible. De plus, le vrai motif de la prohibition est que les enfants doivent avoir les biens que leurs parents ont voulu leur

faire acquérir en se mariant ; or cette raison s'applique aussi bien aux meubles qui composaient la communauté à l'origine, qu'à ceux qui l'ont grossie par la suite.

3. Mais la doctrine du Parlement n'allait pas jusqu'à appliquer la prohibition aux immeubles que la femme avait fait tomber en communauté par une clause d'ameublissement. Le Parlement raisonnait comme il suit : les seuls vrais conquêts de communauté sont les meubles apportés en communauté. Les immeubles ameublis ne sont meubles et conquêts que dans les limites de la fiction d'ameublissement, en tant qu'il s'agit de donner aux conjoints sur ces immeubles ameublis les mêmes droits que sur les vrais conquêts, et de les faire entrer en communauté. Hors de cette fiction, ils ne sont point conquêts, et échappent à l'article 279. (Arrêt du 24 juillet 1741.) Nous croyons cependant qu'il faut ranger au nombre des conquêts les immeubles ameublis. A quel titre en effet la femme prend-elle dans la masse partageable une part de ces immeubles ? A titre de conquêts. Or, si c'est ce titre qui les lui fait prendre, ce même titre doit l'obliger de les conserver aux enfants issus de son mariage.

Mais la prohibition ne frappe point les conquêts faits dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la mort du premier mari et la confection de l'inventaire, au cas où, faute d'inventaire, la communauté a continué entre les enfants mineurs du premier mariage, et la femme survivante remariée. Ce ne sont pas là des conquêts faits avec le précédent mari ; et de plus, la fiction en vertu de laquelle la communauté continue ne doit pas outrepasser son but, qui est uniquement de permettre aux

enfants d'établir en quoi consiste la masse partageable, et d'y faire entrer, si bon leur semble, les biens acquis par le survivant, depuis la dissolution du mariage jusqu'à l'inventaire.

IV. Quant aux aliénations auxquelles cette prohibition s'applique.

Elle paraît s'être appliquée d'abord aussi bien aux aliénations à titre onéreux, qu'à celles à titre gratuit. Car le mot *disposition* était assez général pour embrasser tous les genres d'aliénation. Un arrêt du 20 juillet 1741, qui forma jurisprudence, la restreignit aux donations. Cette règle n'était pourtant pas absolue, puisqu'il fut jugé, le 4 août 1733, qu'une veuve, n'ayant d'autres biens que ses conquêts, ne pouvait les faire entrer dans la communauté qu'elle voulait former avec un nouvel époux aussi riche qu'elle, bien qu'une telle aliénation ne pût être considérée comme gratuite.

§ 3. — Effets de la double prohibition.

I. Effets de la première prohibition.

1. Elle produit la nullité de la donation de conquêts faite par la femme à son nouveau mari. Cette nullité est-elle uniquement relative aux enfants du mariage d'où la femme a tiré les conquêts, et n'a-t-elle lieu que jusqu'à concurrence de leur part dans ces conquêts, ou est-elle absolue, et a t-elle lieu pour le tout, dans l'intérêt des enfants de tous les lits ?

A. Les termes de l'article 279 n'autorisaient évidemment que la première interprétation : il dit en effet que la *femme ne peut aucunement disposer de ces*

conquêts, au préjudice des portions dont les enfants des précédents mariages pourraient amender leur mère. C'est dire clairement que la donation n'est nulle que jusqu'à concurrence des parts des enfants issus des communautés d'où la femme a tiré ces conquêts. De plus, l'article ne distingue point, selon que la donation est faite au second mari, ou à d'autres personnes. Or il est constant que la donation de ces conquêts à d'autres personnes n'est nulle qu'en cette mesure. Donc il en doit être de même de la donation faite au nouveau mari.

B. Cependant la jurisprudence du Châtelet, s'appuyant sur l'article 203 de la coutume d'Orléans, rectificatif de l'article 279 de la coutume de Paris, tenait pour la nullité absolue de l'opération, et cette doctrine se pouvait à la rigueur tirer de l'article 279 : cet article commence par dire que la veuve qui convole ayant des enfants d'un premier lit, ne peut donner à son nouveau mari, sur ses propres et acquêts, plus d'une part d'enfant. Donc la donation qui dépasse ces limites est nulle dans la limite de l'excédant. Puis l'article dit que la femme ne peut aucunement disposer des conquêts faits pendant le précédent mariage. Donc la donation qu'elle en fait est nulle ; on suppose toujours que la donation s'adresse au nouveau mari ; seulement le texte ne le dit pas, ce qui engendre le chaos. Quant aux mots de l'article : « *la femme ne peut donner ses conquêts, au préjudice des portions dont les enfants des premiers mariages pourraient amender,* » ils s'appliquent au cas où la donation est faite à un étranger. La donation à l'époux est donc nulle pour le tout, dans l'intérêt des enfants de tous les lits; celle faite à un

étranger n'est nulle que jusqu'à concurrence des parts des enfants du mariage d'où les conquêts sont issus. C'est ce qu'exprime clairement l'article 203 de la coutume d'Orléans.

2. Cette nullité se faisait valoir par le moyen d'une action en nullité, qui était la même que celle en réduction des donations de propres supérieures à une part d'enfant.

A. A qui était-elle donnée ? a. D'abord aux enfants du mariage qui avait donné naissance aux conquêts. L'existence de ces enfants au jour de la donation était donc la condition *sine quâ non* de la naissance de l'action. b. La jurisprudence coutumière accordait aussi l'action aux enfants des lits subséquents, dans le cas où ceux du premier lit négligeaient de l'exercer. c. Cette action était même donnée aux enfants qui renonçaient à la succession de leur mère ; car ils avaient l'action en réduction des donations de propres excédant une part d'enfant, et ces deux moyens juridiques compétaient aux mêmes personnes.

B. Comment les enfants se partageaient-ils les résultats de l'action ? Egalement, sauf que l'aîné prenait sa part dans ces conquêts, comme il la prenait dans les biens propres retranchés.

C. Contre qui l'action était-elle donnée ? Contre le mari toujours, que la donation eût pour objet des meubles ou des immeubles, et que les biens donnés eussent été aliénés ou non. L'action était alors *in rem* utile, ou personnelle, garantie par une hypothèque qui remontait au jour de la donation. Elle pouvait être donnée contre les tiers détenteurs, quand la donation portait sur des immeubles, et que le mari les avait aliénés.

II. Effets de la seconde prohibition.

1. Quant à la nullité produite. Cette prohibition n'est en somme qu'une simple interdiction d'aliéner les conquêts, et non point une substitution tacite au profit des enfants du premier lit, comme celle dont est grevée la femme, relativement aux biéns qui lui ont été donnés par ses précédents maris. De cette différence dans la nature découlent des différences dans les effets, c'est-à-dire dans la rigueur des nullités produites par chaque prohibition :

A. Quand la substitution s'ouvre, toutes les dispositions que la femme a faites des biens substitués, soit avant, soit après son convol, sont résolues. Au contraire, l'interdiction d'aliéner les conquêts ne datant que du convol, frappe uniquement les aliénations postérieures au convol, et laisse intactes celles antérieures à ce même convol.

B. Il importe peu que la femme ait ou n'ait pas disposé des biens substitués : du jour où la substitution s'ouvre, ces biens sont distraits de sa succession, et entrent dans le patrimoine des appelés, enfants du premier lit, que ces appelés soient ou non les héritiers de la femme. Au contraire, si la femme n'a point disposé des conquêts, comme l'interdiction d'aliéner ne s'applique point, ces conquêts restent dans la succession de la femme, et les enfants de tous les lits se les partagent, à condition qu'ils soient héritiers de la mère.

C. Enfin la nullité des dispositions de biens substitués est absolue ; celle des donations de conquêts est purement relative aux enfants du mariage qui a donné naissance aux conquêts et se mesure sur leur part.

2. Quant au moyen juridique de la faire valoir.

A. Ce moyen est l'action en rescision. Elle ne peut être intentée du jour où s'est produite l'aliénation des conquêts, mais seulement du jour où la mère est morte. Car c'est seulement à ce moment qu'il appa-raîtra si l'action est nulle, et en quelle mesure.

B. Cette action, et le bénéfice qui en résulte appartiennent exclusivement aux enfants du mariage d'où les conquêts sont issus. Pothier n'exige point qu'ils soient héritiers acceptants de leur mère. Cette décision n'est pour lui qu'un corollaire de celle qu'il donne sur le cas où la femme a fait à son nouveau mari une donation de propres supérieure à une part d'enfant. Les renonçants peuvent dans les deux cas agir en rescision ; car l'article 279 n'est qu'une extension de l'édit, et vise les mêmes hypothèses ; le tout, parce que les enfants exercent non point un droit successoral, mais un droit de famille, assertion plus facile à émettre qu'à justifier. Si l'on admet les prémisses, la conclusion semble logique ; mais le tout paraît plutôt faux.

3. Quant à sa durée.

L'interdiction d'aliéner cesse, quand le second mariage, contracté par la femme, est dissous ; ou quand tous les enfants du premier lit prédécèdent, sans laisser aucune postérité. Dans ces deux cas, la femme reconquiert pour l'avenir la liberté de disposer de ses conquêts. Mais au premier cas, les donations de conquêts faites pendant le second mariage restent nulles ; tandis qu'au second, elles sont confirmées par le prédécès des enfants qui auraient pu acquérir le droit de les attaquer.

TITRE DEUXIÈME

DU CONVOL SPÉCIAL DES VEUVES REMARIÉES A DES PERSONNES INDIGNES

Quand une veuve, ayant enfants d'un premier lit, se remariait avec une personne indigne, ce convol paraissait compromettant pour l'intérêt des enfants, puisqu'il accusait un défaut de sens chez la femme, et bien plus immoral encore que le convol ordinaire. Aussi Henri III, par l'article 18 de l'ordonnance de Blois, avait-il établi des peines contre ce convol. On appliquait d'abord à la femme les peines générales de l'édit des secondes noces. En outre, on lui ôtait la faculté de faire à son nouveau mari aucun avantage, direct ou indirect. De plus, non-seulement du jour du convol, mais du jour des fiançailles, on lui interdisait d'aliéner ou d'engager ses biens. Cette interdiction n'avait pas d'effet rétroactif. L'action qui la sanctionnait appartenait aux enfants du premier lit, dont l'existence au jour du décès de la veuve était la condition nécessaire pour que l'action naquît. Mais l'action, intentée par eux, profitait à ceux de tous les lits, et non exercée par eux pouvait être intentée par ceux des autres lits.

La veuve était censée convoler avec une personne indigne, quand, veuve d'un gentilhomme, elle épousait une personne d'une profession dérogeant à noblesse,

comme un artisan ou un sergent, quand, veuve d'un honnête bourgeois, elle épousait un homme de la lie du peuple, comme un gagne-denier, et surtout quand elle épousait son valet. Ces peines ne pouvaient être étendues au veuf qui convolait avec une personne indigne.

LIVRE TROISIÈME

Des droits de succession ab intestat qui appartiennent au conjoint survivant.

Le droit écrit et les coutumes s'accordaient à reconnaître que l'époux survivant avait le même droit que lui accordait à Rome le préteur, c'est-à-dire la *bonorum possessio undè vir et uxor*. Il était donc appelé à défaut de parents, et par préférence au fisc. Il fallait, pour que ce droit successoral prît naissance, que le mariage fût valable, ou au moins putatif. Ce droit n'appartenait, ni à la femme judiciairement condamnée pour adultère, ni au mari séparé de la femme pour cause de sévices, bien qu'en ces cas le mariage subsistât. Mais l'époux innocent succédait toujours à l'époux coupable, nonobstant la séparation. L'époux survivant avait là, du reste, un véritable droit successoral, si ce n'est que les biens ainsi obtenus n'avaient pas le caractère de propres. (Pothier, coutume d'Orléans, de la succession *undè vir et uxor*, n° 35.)

Ainsi les traditions étroites de la législation prétorienne avaient passé dans notre ancien droit. Mais elles ne formaient point la source unique où l'époux survivant pût puiser le droit de prendre quelque chose dans la succession du prédécédé. Avec cette institution, empruntée au droit romain, venaient se combiner deux

institutions spéciales, l'une au droit écrit, l'autre au droit coutumier. La première était l'*augment* ou *contre-augment de dot* appartenant à l'époux survivant ; la seconde était le *douaire coutumier*, appartenant à la veuve. Le droit que le conjoint survivant exerçait ainsi s'exerçait du reste dans la succession du prédécédé ; mais ce n'était pas un véritable droit de succession ab intestat. Ces institutions ne rentrent donc point dans le cadre de notre étude.

TITRE PREMIER

DROIT ÉCRIT

CHAPITRE PREMIER

Augment et contre-augment de dot.

I. L'*augment* ou *incrément de dot* n'était qu'une transformation, ou plutôt qu'une altération de la *donatio propter nuptias*, cette dernière n'étant jamais entrée sérieusement dans la pratique du droit écrit. C'était un droit de survie attribué à la veuve sur les biens du mari prédécédé. Ce droit était généralement égal au tiers de la dot, si elle était immobilière, à la moitié, si elle était mobilière. De plus, cet augment était de

pleine propriété, quand il n'y avait pas d'enfants du mariage, et d'usufruit seulement, dans le cas contraire, sauf que la femme avait toujours la pleine propriété d'une part d'enfant dont elle pouvait disposer à son gré. Quoique cet avantage ne fût pas une donation, mais un vrai droit statutaire, l'édit des secondes noces s'y appliquait dans ses deux chefs. (Argou, *Instit. du droit franç.*, liv. III, ch. X.) Il y avait même certaines provinces, comme le Bugey et la Savoie, où cet augment ne profitait jamais à la femme qui convolait; c'était donc une sorte de *præmium virginitatis*. C'est ce qui prouve qu'il ne s'agit point ici d'un droit successoral ab intestat. D'ailleurs une personne n'a jamais qu'une vocation ab intestat, et comme l'ancien droit reconnaissait à l'époux survivant une vocation, très-incomplète, il est vrai, mais enfin régulière, on comprendrait difficilement qu'il pût invoquer un autre titre. Le caractère de cet augment, caractère commun, du reste, à tous les gains de survie, est de comporter l'élément onéreux dans une proportion faible, suffisante toutefois pour l'empêcher de rentrer dans la catégorie des donations ou dans celle des successions ab intestat. Un gain de survie n'est pas une donation; car il n'émane pas toujours de la libre volonté du prédécédé; ce n'est pas non plus une succession ab intestat, puisque l'époux survivant a une vocation ab intestat distincte de ce gain de survie. C'est comme un équivalent de la collaboration conjugale, comme un accomplissement prolongé de l'obligation contractée par tout époux d'assurer à son conjoint, pendant et après le mariage, une situation décente, obligation qui pèse sur le mari plus lourdement encore que sur la femme.

Il était des provinces où l'augment de dot se cumulait avec un gain de noces et de survie qu'on accordait à l'époux pour bagues et joyaux. (Bretonnier, *Bagues et joyaux.*)

II. Le mari survivant avait un droit correspondant, sous le nom de *contre-augment* ou contre-partie de la dot. Les époux étaient donc, en cette matière, sur le pied d'égalité.

CHAPITRE DEUXIÈME

Quarte du conjoint pauvre.

Elle existait en droit romain, et cela, non point seulement au profit de la veuve, mais au profit du conjoint survivant pauvre, quel qu'il fût (Novel. 53, c. 6); car la Novelle 117, c. 5, qui avait retiré au mari survivant ce droit, d'abord ouvert aux deux conjoints, ne s'appliquait point en droit écrit. Cette quarte ne pouvait jamais concourir avec l'augment; elle venait même à son défaut, puisque l'augment n'appartenait qu'à la femme dotée, tandis que la quarte était réservée à la veuve pauvre et non dotée.

TITRE DEUXIEME

DROIT COUTUMIER

CHAPITRE UNIQUE

Douaire coutumier.

C'est ce que la loi accordait à la veuve survivante et dotée dans les biens du mari, pour qu'elle pût vivre décemment. Ce douaire consistait généralement dans l'usufruit d'une certaine portion de certains biens du mari. Il portait le plus souvent sur tous les immeubles possédés par le mari au jour du mariage, et sur ceux acquis par lui en ligne directe ascendante pendant le mariage. A défaut de ces biens, le douaire ne naissait point ; toutefois, en pareil cas, la coutume d'Orléans accordait à la veuve un douaire subsidiaire sur les conquêts immeubles, et même sur les meubles du mari. Ce douaire était de moitié, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, et du tiers dans celles de Normandie, de Bretagne, de Poitou, d'Anjou, du Maine et du Grand-Perche. Plusieurs coutumes distinguaient en outre suivant qu'il s'agissait de biens nobles ou roturiers, et de personnes nobles ou roturières.

Le douaire n'était accordé qu'à la femme dotée. Ce n'était donc autre chose que l'équivalent de la dot, de

la jouissance que le mari en avait eue pendant le mariage, et de la collaboration de la femme. Cette institution n'affectait pas le caractère gratuit; elle était de l'essence même du mariage, et semblait comme l'exécution de l'obligation qu'avait contractée le mari d'assurer à sa femme une situation décente, aussi bien après que pendant le mariage. Ce qui prouvait encore que le douaire coutumier n'était pas un droit successoral ab intestat, c'était l'hypothèque remontant au jour du mariage, qui lui servait de garantie. Le trait distinctif du droit successoral est de porter sur les biens tels qu'ils existent au moment du décès, seule époque où le droit successoral acquière sa consistance. Or, la femme dotée n'avait pas un droit de cette nature, mais une véritable créance conditionnelle, portant sur certains biens du mari, non pas sur tous, et garantie par une hypothèque; c'est un droit qu'elle recevait le jour même du mariage, comme équivalent de la constitution de dot par elle consentie. La quarte du conjoint pauvre affectait un caractère successoral plus énergiquement accusé. Elle n'appartenait, en effet, qu'à la femme non dotée, ce qui excluait le caractère d'équivalent onéreux d'un avantage antérieurement fourni. De plus, elle ne se prenait que sur les biens qui, lors du décès du prédécédé, existaient dans la succession de ce dernier. Et cependant la quarte n'était autre chose que l'exécution forcée et prolongée d'une obligation contractée par le mari.

TROISIÈME PARTIE

DROIT INTERMÉDIAIRE

En somme, la législation coutumière avait adopté les principes fondamentaux qui avaient fait le fonds de la législation romaine. Le régime de la prohibition des libéralités de toute nature entre époux avait même reçu des aggravations qu'il ne comportait pas en droit romain, ou plutôt n'avait point été tempéré par les mêmes réformes. La prohibition s'était conservée stricte à travers les siècles, bien qu'inspirée par des motifs un peu différents : car l'intérêt des enfants, qui n'entrait point ou fort peu en ligne de compte au commencement du droit, et qui, sous la législation impériale, avait acquis une influence plus grande, était devenu tout à fait prépondérant sous la législation coutumière ; et le motif qui découlait de la pureté du mariage avait été relégué au second plan.

La loi du 17 nivôse an II, rendue sous la Convention, et qui mit la révolution dans l'ordre successoral, comme d'autres lois l'avaient déjà mise dans l'ordre politique, obéissant d'ailleurs à des idées de contradiction mesquine, vint édicter la prohibition là où elle

n'existait point, et la supprimer là où elle existait déjà. C'est ainsi que les dispositions gratuites furent absolument interdites entre successibles, et interdites entre étrangers, au delà d' $\frac{1}{12}$, si le disposant laissait des ascendants ou descendants quelconques, au delà d' $\frac{1}{6}$, s'il ne laissait que des collatéraux. On craignait que les pères de famille, conservant la liberté d'adresser des donations à tel de leurs successibles qu'il leur plairait de choisir, ne créassent à l'aîné une situation privilégiée, et ne perpétuassent ainsi en fait un état de choses que la loi voulait faire disparaître. Au contraire, par une interversion systématique de l'ordre juridique existant, les libéralités entre époux, prohibées plus ou moins strictement jusqu'à la loi de ventôse an II, étaient par elle déclarées licites. Cela résultait de l'article 14 de la loi précitée.

Ainsi les époux se pouvaient donner, s'ils n'avaient point d'enfants, soit par donation irrévocable, soit par legs, la pleine propriété de tous leurs biens, quelles qu'en fussent la nature et l'origine, et la moitié de tous leurs biens en usufruit, quand il y avait des enfants. Comme l'existence d'enfants était seule mentionnée par l'article 14 comme une cause de restriction des libéralités entre époux, il y a lieu, ce semble, d'admettre que l'existence d'ascendants ou de collatéraux n'empêchait nullement un époux de faire à son conjoint des libéralités comprenant la pleine propriété de tout son patrimoine. Du reste, celui qui n'avait donné à son conjoint que la moitié de ses biens en usufruit, pouvait en outre donner à un étranger $\frac{1}{10}$ ou $\frac{1}{6}$ selon qu'il laissait des descendants ou des collatéraux. C'est ce qui résultait de l'article 6 de la loi du 18 pluviôse.

an V. Cette loi admettait donc le cumul des deux quotités disponibles, entre époux et entre étrangers. Toutes les prohibitions coutumières, et en même temps le douaire, les gains de survie, l'augment et le contre-augment de dot étaient abolis.

On se demande si cette loi de ventôse attribuait une influence quelconque au convol de l'époux survivant, et avait laissé subsister l'édit des secondes noces. Cet édit était certainement abrogé dans son premier chef, puisque l'article 13 de la loi de ventôse permettait aux époux de se donner une moitié en usufruit, quand il y avait des enfants, communs, ou d'un lit précédent. Il suit de là que l'époux remarié pouvait, en certains cas, donner à son nouveau conjoint plus qu'à un enfant, tandis qu'en d'autres cas, il ne pouvait pas lui donner autant. Quant au second chef, qui obligeait l'époux remarié de conserver aux enfants du premier lit tous les gains nuptiaux provenus du mariage précédent, il était implicitement aboli par la loi de nivôse, article 61, qui abrogeait toutes lois et coutumes relatives à la transmission des biens par donations et successions. La loi interprétative du 9 fructidor an II avait du moins donné ce sens à l'article 61, puisqu'elle avait prononcé formellement l'abolition du douaire coutumier.

Le convol était donc, sous la législation intermédiaire, destitué de l'influence que lui avaient attribuée la législation romaine et notre ancien droit français. Ce changement dans la manière d'envisager le convol correspondait à un changement dans la manière d'envisager le mariage. Ce lien redoutable et sacré avait perdu son caractère indissoluble, qui formait le plus ferme rempart de sa dignité ; et il ne semblait plus

aussi nécessaire d'annihiler par avance l'influence mauvaise qu'un époux eût pu exercer sur l'autre, puisque le mariage n'était plus à la même hauteur dans l'estime du législateur révolutionnaire. La prohibition n'avait d'autres raisons d'être que la pureté même de l'union conjugale et l'intérêt des enfants ; or le mariage avait été altéré dans son essence par l'introduction du divorce, et les enfants n'inspiraient plus d'intérêt à un législateur dont l'unique objectif était d'empêcher la conservation des biens dans les familles. Les motifs de la prohibition n'existant plus, celle-ci devait tomber, et elle tomba. (M. Boissonade, nos 295-303.)

Ce système contient du reste en germe celui que devait adopter le Code civil. Dans la loi de ventôse, comme dans l'article 1094, l'époux est tantôt mieux partagé, tantôt moins bien qu'un enfant, puisque, quand il y a des enfants, il peut toujours recevoir une moitié en usufruit, mais jamais plus. Nous voyons s'accréditer cette idée, que le lien conjugal est à la fois un titre de faveur et de disgrâce, et que si l'époux peut avoir un pied dans le camp des privilégiés, il doit en conserver un dans le camp des déshérités. L'article 1094 n'a fait que s'approprier le principe, et même, jusqu'à un certain point, le chiffre des articles 13 et 14 de la loi de nivôse. Et cela n'est pas étonnant, si l'on songe qu'une situation analogue commandait une solution analogue. Lors de la rédaction du Code, le divorce existait ; le Code lui suscita des entraves, sans le supprimer, et en le tempérant par l'institution collatérale de la séparation de corps. Les rédacteurs du Code étaient encore imprégnés des idées contenues dans la loi de nivôse, dont le système, rendu plus ma-

niable par un mécanisme plus scientifique, forma le fond de la théorie. Avec cette loi, l'ère de la prohibition fut définitivement close.

La loi de nivôse ne modifia point le droit successoral ab intestat du conjoint survivant, toujours réduit à la *bonorum possessio undè vir et uxor*, qui ne le faisait préférer qu'au fisc.

QUATRIÈME PARTIE

DROIT MODERNE FRANÇAIS

LIVRE PREMIER

De l'influence du mariage sur les donations ou les legs que le prédécédé a pu faire au survivant.

Le principe est que les époux se peuvent faire telle libéralité qu'il leur semble bon, réciproques ou simples, entre vifs ou testamentaires, par contrat de mariage ou pendant le mariage lui-même. Leur droit de se faire des libéralités soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, résulte tant de 1091, que de 1096 et 1097. La principale différence entre ces deux modes consiste en ce que les donations du premier mode sont absolument irrévocables, tandis que celles du second sont absolument révocables au gré du donateur. Toutefois les libéralités faites à un époux, même par contrat de mariage, sont révoquées par le jugement de séparation de corps prononcé contre cet époux. Cette irrévocabilité des donations par contrat de mariage se doit donc entendre en ce sens qu'une manifestation de volonté

émanée de l'époux donateur, et si formelle qu'on la suppose, est impuissante à les révoquer.

Le Code, tout en maintenant intacte la différence de nature qui sépare les donations des legs, différence d'autant plus tranchée que la donation à cause de mort n'existe plus dans notre droit, a assimilé complétement ces diverses libéralités quant à leur validité, et quant au chiffre qu'elles peuvent atteindre. Chacune vaut donc à sa manière, est ou n'est point révocable, commence d'exister du jour de la donation faite, ou seulement du jour où le disposant est mort; mais chacune vaut, et la mesure de 1094 et 1098 leur est commune. Au reste, cette assimilation se conçoit dans le droit actuel. Comme le Code a rendu les donations entre-vifs absolument révocables au gré du donateur, la donation entre-vifs n'est, en somme, pas plus dangereuse que le legs. Il n'en était pas de même dans le droit coutumier, qui, ayant maintenu le caractère irrévocable de la donation entre-vifs, considérait avec raison cette dernière comme bien plus dangereuse que le legs.

Ainsi, toutes les libéralités sont licites entre époux, mais seulement jusqu'à concurrence d'un certain chiffre fixe, tantôt supérieur, tantôt inférieur à celui du disponible entre étrangers. En effet, la qualité d'époux, suivant qu'elle est envisagée à un point de vue absolu ou relatif, peut apparaître comme une cause de faveur ou de disgrâce. Si l'on se préoccupe uniquement des rapports conjugaux, la qualité d'époux semble exclusivement favorable, puisque l'affection conjugale et le désir naturel d'assurer au survivant une situation décente, expliquent suffisamment que la donation puisse être licite, et même atteindre un

chiffre supérieur au disponible ordinaire. Si au contraire on envisage les rapports des époux avec leurs enfants, la qualité d'époux et l'affection conjugale peuvent n'être pour la loi qu'un motif de restreindre des donations, auxquelles les conjoints ne se sentiront que trop enclins, et qui peuvent porter au droit des enfants une atteinte frauduleuse ou irréfléchie.

Les époux restent donc pleinement capables de se faire des donations illimitées ; seulement cette capacité ne se peut exercer avec efficacité que jusqu'à concurrence d'un certain chiffre. 1098, en effet, ne restreint pas la capacité des époux, mais simplement le chiffre du disponible. Du reste, la capacité juridique de faire un acte n'est pas susceptible d'une division ou multiplication arithmétique ; quand l'unique restriction à la possibilité d'accomplir un acte consiste dans l'apposition d'un chiffre, la capacité de faire l'acte reste entière, et la disponibilité seule est affectée. Il n'y a pas là une simple question de mots : de ce qui précède, il suit que toute donation excessive entre époux sera, non pas nulle, mais réductible à la mesure du disponible organisé pour les époux. La libéralité ne pourra donc être attaquée en réduction qu'après la mort du donateur, puisque c'est seulement à cette époque que le chiffre du disponible sera connu, et qu'il apparaîtra si, oui ou non, la libéralité est excessive.

TITRE PREMIER

EXTENSION DE 1094

CHAPITRE PREMIER

De son extension quant aux personnes.

Les personnes auxquelles il s'applique sont :

I. Les époux.

II. Les futurs époux, en tant du moins que la libéralité intervient par contrat de mariage. 1094 ne s'applique donc pas aux donations intervenues entre personnes qui, comme les concubins, ne sont point unies par un mariage valable, mais par un autre lien plus infime. Il ne s'applique pas non plus aux libéralités faites avant le mariage, et non insérées au contrat de mariage. Le Code procède ici avec une rigueur de logique qui a fait défaut au droit romain et au droit coutumier. Il ne tient compte que du mariage, et répute inexistant tout autre lien.

III. De même l'époux de bonne foi, qui aurait contracté un mariage putatif, pourrait invoquer 1094, s'il le trouvait avantageux, et si, par ce moyen, il pouvait recevoir plus qu'un étranger.

CHAPITRE DEUXIÈME

De son extension quant aux actes.

SECTION I. — *De son extension quant aux donations entre futurs époux par contrat de mariage, ou de 1091.*

Toutes les donations de ce genre sont valables; il n'y a lieu de s'arrêter à aucune des distinctions que les législateurs précédents avaient pu admettre. Peu importe donc qu'elles soient réciproques ou unilatérales; peu importe, si on les suppose réciproques, qu'elles soient égales ou non; peu importe enfin qu'il y ait ou non entre les époux égalité d'âge. Les époux se pourront faire par contrat de mariage toutes les libéralités que les tiers leur pourraient adresser en la même forme, le tout cependant sous certaines modifications.

§ 1. — Des caractères spéciaux à chacune de ces donations.

I. Des donations de biens présents :

Ces donations sont à la fois soumises aux règles que 1081 édicte pour les donations de biens présents faites par un tiers aux époux dans le contrat de mariage, et à des règles qui leur sont spéciales.

1. Elles sont soumises aux règles posées par 1081. Donc :

A. Elles doivent être transcrites, si elles ont des immeubles pour objet. (939.)

B. Elles doivent être accompagnées d'un état esti-

matif, si elles ont pour objet des meubles. (948.)

C. Elles saisissent actuellement et irrévocablement l'époux donataire de la propriété des choses données, en sorte que le droit de ce donataire n'est point subordonné à la condition de sa survie au donateur. Cela découlait naturellement des principes qui régissent la donation entre-vifs, et si 1092 s'est exprimé formellement sur ce point, c'est qu'en présence d'une jurisprudence contradictoire du droit écrit et du droit coutumier, il a voulu affirmer ses préférences pour la doctrine que suivaient les coutumes : les coutumes en effet ne suppléaient la condition de survie du donataire que s'il s'agissait d'une donation de propres ; tandis que le droit écrit, par l'organe de Furgole et de Maynard, soumettait à cette condition toutes donations entre époux par contrat de mariage, même de biens présents. (Furgole, *quest.* 49, n° 27 ; Maynard, liv. IV, ch. 56, n° 14.) Les raisons qu'alléguaient ces auteurs étaient les suivantes : d'abord ces libéralités sont surtout faites en considération de la personne du donataire. De plus, ou le donataire prédécède sans enfants et alors pourqnoi sa famille, étrangère au donateur, acquerrait-elle ces biens au détriment de la famille de ce dernier? Ou le donataire prédécédé laisse des enfants, et alors pourquoi les préférer à l'époux donateur, dans la succession duquel ils retrouveront ces biens? Ces raisons n'étaient pas sérieuses : le propre de la donation entre-vifs est d'attribuer au donataire un droit présent et irrévocable ; il n'est donc pas étonnant qu'il le transmette à ses héritiers. (Ricard, *des don.*, part. III, n° 823.) Si les époux trouvent bon d'apposer expressément la condition de survie, ils

sont libres de le faire ; s'ils ne l'ont pas fait, elle n'est pas de nature à se suppléer. D'ailleurs on peut l'induire, non pas seulement de termes exprès, mais d'une manifestation même tacite de volonté. C'est à cette solution que s'est voulu ranger 1092, sans tenir compte d'une distinction peu rationnelle présentée par le tribunal de cassation dans ses observations sur le projet de Code, et d'après laquelle la condition de survie eût dû s'induire tacitement, quand la donation était réciproque, mais non pas quand elle était unilatérale. (Fenet, t. II, p. 711.) Il eût été difficile d'imaginer un criterium plus inexact de l'intention des époux.

La condition de survie n'est donc pas de la nature de notre donation. Mais elle peut y être expressément apposée en forme de condition, soit suspensive, soit résolutoire, la survie du donataire servant de condition suspensive, ou son prédécès de condition résolutoire. La condition suspensive est plus fréquemment employée ; mais les résultats pratiques de l'une et l'autre forme sont identiques, puisque, dans les deux cas, la condition rétroagit au jour du contrat. Dans les deux cas, le bien aura toujours appartenu au donateur, au cas de prédécès du donataire, ou toujours au donataire, au cas inverse ; de sorte que tous les droits consentis par le propriétaire apparent seront anéantis, et tous ceux conférés par le propriétaire réel consolidés.

La donation de biens présents, même faite sous la condition expresse de survie par un époux à l'autre, dans le contrat de mariage, ne doit pas être confondue avec la donation de biens à venir, intervenant entre les mêmes personnes, et dans les mêmes conditions.

Ces deux donations se ressemblent, en ce que toutes deux sont nulles, quand le donataire prédécède. Mais la différence qui les sépare éclate, si l'on suppose qu'il survit, et que la donation vaut. Ces deux donations sont nulles ou valables dans les mêmes cas, mais quand elles sont valables, elle n'ont pas le même mode d'exister ; si le néant les assimile, l'existence les diversifie.

La donation de biens présents, même faite sous la condition de survie, confère au donataire des droits actuels et absolument irrévocables, quant au titre et quant à l'émolument, en ce sens que la volonté du donateur est impuissante à les lui enlever, et qu'au cas où la condition s'accomplit, le donataire a été, depuis le jour du contrat, propriétaire des biens donnés. D'où l'on tire ce qui suit : le donataire a pu, du vivant du donateur, exécuter tous actes conservatoires de son droit, ainsi que cela se passe pour les droits conditionnels ordinaires. Il a pu céder, vendre son droit conditionnel, y renoncer ou en faire l'objet d'une transaction. Si la condition s'accomplit, le donataire revendique les immeubles donnés contre les tiers qui, *pendente conditione*, les auraient acquis à titre onéreux ou gratuit ; d'où il suit que la donation de biens présents portant sur un immeuble doit être transcrite, pour rendre efficaces le droit conditionnel du donataire, et la rétroactivité qu'il comporte. Enfin, si c'est la femme qui est donataire, son droit est garanti par son hypothèque légale qui remonte au jour du mariage.

Ces quatre conséquences sont du reste produites, quel que soit l'objet de la donation, qu'elle porte sur

un corps certain, dont le donataire devient propriétaire conditionnel, ou sur une somme à prendre dans la succession du donateur, auquel cas le donataire devient, dès à présent, créancier conditionnel de la somme.

Les choses se passent tout autrement, s'il s'agit d'une donation de biens à venir. Une pareille donation est un acte entre-vifs, en ce sens que le titre en est absolument irrévocable, et cela suffit pour que la nature en soit certaine; mais cette donation se rapproche du legs, en ce que l'émolument en est irrévocable, non point par une manifestation subjective et comme idéale de volonté, non point même par une aliénation gratuite par laquelle le donateur voudrait faire sortir de son patrimoine les biens donnés, mais par une aliénation à titre onéreux. Cette donation oscille donc entre l'acte entre-vifs et l'acte testamentaire; mais en somme, et puisque l'abolition de la donation à cause de mort ne laisse plus subsister que deux catégories de libéralités, elle constitue un acte entre-vifs. En effet, elle est irrévocable absolument quant au titre; donc elle existe en tant qu'opération juridique génératrice de droits; donc elle n'est pas un legs, puisque l'essence même du legs est de n'exister point du vivant du disposant: Si ce n'est point un legs, c'est donc un acte entre-vifs, dont le caractère singulier est d'être révocable quant à l'émolument, sous une condition partiellement potestative de la part du donateur. Le droit du donataire est donc fragile; mais il existe, et lui est acquis du jour même du contrat. De là résulte que cette donation ne produira point les mêmes effets que la donation de biens présents. Il faudra distinguer, dans les effets produits par cette

dernière, ceux qui, comme les deux premiers, proviennent de l'irrévocabilité subjective de la donation, pour les appliquer ici, et ceux qui naissent de l'irrévocabilité objective, pour les déclarer inapplicables. Ainsi le donataire peut, du vivant du donateur, accomplir des actes conservatoires de son droit; car ce droit existe et est subjectivement irrévocable. Par la même raison, le donataire peut vendre, céder son droit, y renoncer, en faire l'objet d'une transaction. Mais, si la condition de survie s'accomplit, le donataire ne peut point revendiquer les immeubles donnés contre les tiers, qui, *pendente conditione*, les ont acquis du donateur à titre onéreux; car la donation était fragile, quant à son objet, et soumise à cette cause de révocation. Seulement le donataire peut revendiquer contre les tiers acquéreurs à titre gratuit, et il a dû transcrire pour rendre efficaces son droit, et l'éventuelle rétroactivité qu'il comporte. Par le même motif, l'hypothèque légale de la femme ne garantit pas son droit depuis la célébration du mariage, en tant qu'il s'agit de revendiquer l'immeuble entre les mains d'un tiers acquéreur à titre onéreux, mais elle a cet effet à tous autres égards. Car la donation de biens à venir est entre-vifs, comme celle de biens présents, conditionnelle comme elle, et comportant également la rétroactivité; avec cette différence, que la condition de survie, qui affecte la donation de biens présents, est simple et purement casuelle, tandis que celle qui affecte la donation de biens à venir, est compliquée d'une condition résolutoire partiellement potestative de la part du donateur, qui, si elle s'accomplit, anéantit la donation en en supprimant l'objet. (*Contrà*:

M. Demolombe, *Donations et testaments*, t. VI, n° 415.)

2. Les donations de biens présents, que les époux se font par contrat de mariage, sont en outre assujetties à certaines règles spéciales: Ainsi :

A. Tandis que ces donations, faites à l'époux par un tiers, sont révoquées par la survenance d'enfants, elles échappent à cette cause de révocation, quand elles interviennent entre époux. Car si les époux se veulent faire une libéralité sérieuse, ils ne peuvent entendre qu'elle sera révoquée par un événement, qui est la fin principale de leur mariage.

B. La donation de biens présents entre futurs époux est révocable pour ingratitude du donataire, tandis que la même donation, faite par un tiers à un époux, n'est point affectée de cette modalité. La raison en est que la donation du tiers est surtout faite en considération du mariage, et celle de l'époux, en considération de la personne du conjoint donataire. On comprend que la personnalité plus accentuée des donations entre époux attribue un effet plus énergique à l'ingratitude, qui altère si gravement les rapports personnels des époux. D'ailleurs, les enfants ne souffrent pas de cette révocation, puisqu'ils retrouveront probablement le bien donné dans la succession du donateur leur auteur ; tandis que déclarer les donations faites par un tiers à l'époux révocables pour cette cause, c'eût été frapper des enfants innocents pour la faute d'autrui, et les priver à tout jamais d'une fortune à laquelle ils avaient droit de prétendre. (Marcadé, tome IV, n° 322; M. Boissonade, n^{os} 326-330.)

II. Des donations de biens à venir.

Elles sont valables dans les termes du droit commun,

et conformément aux règles de 1082 et 1083, sauf cette modification exprimée par 1093, qu'en cas de prédécès du donataire, « une donation de ce genre ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage. » Cet article contient une application de 1082 et 1083, et une dérogation à ces mêmes articles :

1. L'application du droit commun, exprimé dans ces articles, consiste en ce que la donation, irrévocable quant au titre, est révocable quant à l'émolument par des actes à titre onéreux, ayant pour effet de vider le patrimoine de l'époux donateur, sans le remplir d'autres biens sur lesquels la donation puisse porter.

2 La dérogation au droit commun s'explique comme il suit : la donation, faite par un tiers au profit des époux ou de l'un d'eux, est toujours, au cas du prédécès du donataire, et sauf conventions contraires, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage ; 1082 admet l'existence d'une substitution vulgaire tacite au profit des enfants à naître du mariage, non encore conçus quand intervient la donation, de sorte que cette donation ne devient pas caduque par le simple prédécès du donataire, mais seulement par le double prédécès du donataire et des enfants issus du mariage. 1093 déroge à 1082, et fait retour au droit commun général, en décidant que la donation de biens à venir entre futurs époux ne sera plus affectée de cette substitution vulgaire tacite, et sera caduque par le simple prédécès du donataire Et ce n'est pas seulement la substitution vulgaire tacite que 1093 exclut, c'est aussi la substitution vulgaire expresse. En effet, le principe de la liberté des conventions est limité par cet axiome, qu'un droit ne peut

s'ouvrir au profit d'un non conçu. 1082 dérogeait au droit commun par une disposition, en apparence unique, en réalité complexe. Il décidait que la substitution vulgaire au profit des enfants à naître serait toujours sous-entendue. L'établissement de cette présomption comportait *à fortiori* pour les époux l'inutile faculté de faire expressément la même substitution vulgaire, que suppléait la loi; cette substitution expresse n'était licite, que parce que la substitution tacite était présumée. La présomption cessant, la substitution vulgaire expresse devient illicite ; et la disposition par laquelle 1093 fait retour au droit commun, unique en apparence, est double en réalité, comme la dérogation de 1082. Cette substitution expresse, 1093 n'avait pas à l'interdire ; il lui suffisait de ne pas l'autoriser. D'ailleurs, les termes absolus de 1093, « *la donation ne sera pas transmissible* », semblent prohiber la substitution dont il s'agit. Cette différence entre la donation de biens à venir, quand elle est faite par un tiers à un futur époux, ou par un époux à son futur conjoint, tient à ce que la première est surtout faite en considération du mariage, et la seconde, en considération de la personne du donataire. L'intérêt des enfants est d'ailleurs sauvegardé dans l'un et l'autre cas, puisqu'au premier cas, ils sont vulgairement et tacitement substitués à l'époux donataire, et qu'au second, la substitution devenant caduque par le simple prédécès du donataire, ils retrouveront les biens donnés dans la succession du donateur. Il est vrai que le bien, ayant fait retour au donateur, pourra leur échapper par une aliénation quelconque, gratuite ou onéreuse, ce qui ne se serait pas produit, si les enfants avaient été vulgairement

substitués au donataire. Il est encore vrai que le bien, faisant retour au donateur, augmente son patrimoine, et par conséquent son disponible, de sorte que, bien que la réserve des enfants soit également augmentée, ceux-ci pourront, en somme, être dépouillés de valeurs plus considérables. Les enfants avaient donc un intérêt sérieux à pouvoir être vulgairement substitués au donataire. Mais permettre cette substitution vulgaire, eût été faire la part trop mince à l'autorité paternelle, si énervée de nos jours, et priver les parents du droit de favoriser tel ou tel de leurs enfants en lui octroyant le disponible, droit qui forme la plus énergique sanction de leur puissance.

III. Des donations alternatives de biens présents ou à venir.

Elles sont, de tous points, soumises aux règles que 1084 et 1085 ont organisées pour les mêmes donations qu'un tiers fait à un époux dans le contrat de mariage. L'époux donataire aura, lors du décès du donateur, le choix entre les biens présents, tels qu'ils se comportaient au jour de la donation, et les biens à venir, tels qu'ils existent au décès. Cette option n'est possible, que si l'état des dettes et charges qui pesaient sur le donateur au jour de la donation a été annexé au contrat de mariage; car sans cela, l'époux s'en tenant aux biens présents, il serait impossible de déterminer le chiffre des dettes devant lui incomber. Cette donation offre du reste avec la donation de biens à venir ce caractère commun, que, faite par un tiers à un futur époux, elle n'est caduque que par le double prédécès du donataire et des enfants issus du mariage, substitués vulgairement et tacitement à l'époux; tandis que, faite

par un époux à l'autre, elle est caduque par le simple prédécès du donataire, sans que les enfants à naître du mariage soient implicitement, ni puissent être expressément substitués à l'époux donataire. Tout ce que nous avons dit des donations de biens à venir s'applique aux donations de cette classe.

IV. Des donations sous conditions potestatives de la part de l'époux donateur.

Bien qu'aucun article n'autorise expressément ces donations, il faut conclure des termes si larges de 1091, qu'elles sont licites, tout comme celles qu'un tiers peut faire à un futur conjoint, d'après 1086. Un époux peut donc faire à son futur conjoint l'une quelconque des trois donations qui précèdent, sous des conditions potestatives de sa part, à condition par exemple, que l'époux donataire payera toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous réserve par le donateur de la faculté de disposer d'un effet compris dans la donation de biens présents, effet qui demeure au donataire, si le donateur meurt sans en avoir disposé. Ces donations, comme les précédentes, sont des donations entre-vifs, et investissent d'ores et déjà le donataire d'un droit irrévocable, au moins quant au titre.

1. On se demande si elles sont ou non caduques par le prédécès de l'époux donataire. On tient généralement l'affirmative. On se réfère aux principes spéciaux à la matière, d'après lesquels les donations de biens à venir et toutes autres de même catégorie deviennent caduques par le simple prédécès du donataire: Or, dit-on, puisque 1092 et 1093 dérogent à 1082 et à 1084, en déclarant caduques par le simple prédécès

du donataire des donations qui, faites par un étranger à un époux, ne sont caduques que par le double prédécès du donataire et des enfants, il est naturel qu'ici nous dérogions, en la même mesure, au même principe que 1086 applique aux donations potestatives faites par un étranger. D'ailleurs les donations entre futurs époux sont empreintes d'un caractère accentué de personnalité, et à cet égard doivent être assimilées aux donations de biens à venir ou alternatives de biens présents et à venir. Cette solution peut être conforme au vœu du législateur; mais elle est peu facile à justifier en texte. En effet, de deux choses l'une : ou il convient d'appliquer les principes généraux du droit, et de déclarer absolument transmissible aux héritiers la donation potestative, vu son caractère entre-vifs, et ce, nonobstant tous prédécès; ou il se faut référer aux principes spéciaux de la matière, posés par 1082, 1084 et 1086, qu'il y a lieu d'appliquer, quand la loi n'y déroge point. Or, ces articles déclarent que les donations de biens à venir, alternatives et potestatives, ne sont caduques que par le double prédécès du donataire et des enfants. A ce principe déroge 1093 pour les donations de biens à venir et les donations alternatives, en déclarant, nonobstant 1082 et 1084, qu'elles seront caduques par le simple prédécès du donataire. Aucun article du chapitre IX ne déroge à 1086; donc il se doit appliquer, comme 1082 et 1084 se seraient appliqués, si 1093 n'y avait point dérogé. Cette argumentation est irrésistible en texte. Et s'il faut opter entre les deux solutions extrêmes qu'elle nous offre, la première nous paraît mériter la préférence, puisqu'elle nous ramène au principe

que tout droit né est transmissible aux héritiers, quand la loi ne déclare point le contraire. Et toutefois ce résultat est certainement contraire au vœu du législateur.

2. Ces donations potestatives nous paraissent aussi susceptibles de renonciation et de cession, quand elles ont pour objet des biens à venir, et *à fortiori*, quand elles ont pour objet des biens présents. Le titre, étant fixé d'une manière indélébile sur la tête du donataire, peut faire l'objet d'une renonciation ou cession valable, qui porte sur le droit, tel qu'il se comporte, avec ou sans émolument. Il faut donc maintenir et accentuer le caractère entre vifs de ces donations, caractère qui résulte avec nécessité de l'impossibilité absolue de les déclarer testamentaires, puisque nous aurions un legs produisant un effet irrévocable au moins subjectivement du vivant du donateur, ce qui est juridiquement inconcevable. (*Contrà* : M. Demolombe, n° 420.)

La condition de survie du donataire qui affecte une donation est réputée accomplie, quand c'est le donateur, qui par son fait, par exemple en tuant le donataire, l'empêche de s'accomplir. C'est aussi moral que juridique.

§ 2. — Des caractères communs à ces quatre donations.

I. De ces caractères, les uns leur sont communs avec les donations faites par un tiers à un époux dans le contrat de mariage. Comme celles-ci, elles sont :

1. Dispensées de la formalité de l'acceptation expresse.

2. Caduques, si le mariage ne s'ensuit point.

3. Réductibles, lors de la mort du donateur, au chiffre du disponible entre époux, qui n'est point le même que celui du disponible entre étrangers.

4. Irrévocables enfin, au moins quant au titre.

II. D'autre part, certains caractères leur sont propres :

1. Elles ne sont pas révocables par la survenance d'enfants à l'époux donateur.

2. Elles sont révocables pour ingratitude du donataire.

3. Enfin une capacité spéciale est organisée au profit du mineur qui se marie, pour lui permettre de consentir, au profit de son futur conjoint, et par contrat de mariage, telle de ces quatre donations qu'il lui plaira de réaliser, pourvu qu'il ait le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. (1095, 1309, 1398.) La capacité principale de contracter mariage entraîne avec elle la capacité accessoire de consentir les donations qui, dans l'usage et les mœurs, sont devenues les préliminaires indispensables du mariage. Cette capacité accessoire est strictement mesurée sur la capacité principale, c'est-à-dire que les mêmes autorisations, assistances et consentements, qui sont exigés pour que le mineur puisse se marier, le sont pour qu'il puisse faire la donation. Ainsi le mineur, habile à contracter mariage, et qui se trouve sous la tutelle d'une personne autre que sa mère survivante, parce que cette dernière a perdu la tutelle en se remariant, a besoin, pour la donation qu'il consent à son futur époux, du consentement de sa mère, requis pour son mariage, et non du consentement de son tuteur. Les

personnes dont on exigera le consentement et l'assistance seront donc, suivant les cas, le père ou la mère, l'aïeul ou l'aïeule ou le conseil de famille. (148.)

A. Ainsi, quand le futur époux est incapable quant au contrat accessoire, mais capable sous certaines restrictions quant au contrat principal, on lui confère quant à l'accessoire la même capacité que quant au principal. Mais quand il est capable de consentir des donations ordinaires, c'est-à-dire majeur pour tous actes excepté pour le mariage, l'incapacité qui subsiste quant au contrat principal, s'étend-elle jusqu'au contrat accessoire, en sorte que le mari reste incapable de consentir des donations matrimoniales? Cela dépend du sens qu'il convient d'attacher au mot *mineur*, employé dans 1095. S'agit il de la minorité ordinaire, ou de la minorité quant au mariage? Pour la femme, pas de difficulté, puisque ses deux minorités se confondent et expirent à la même époque. Mais pour le mari, la minorité générale finit à vingt et un ans, et la minorité matrimoniale à vingt-cinq ans seulement. Dans cet intervalle de quatre ans, le mari, capable de faire tous contrats dans les termes du droit commun, reste incapable quant au mariage. L'est-il également quant aux donations matrimoniales, et ne les peut-il faire qu'avec les mêmes consentement et assistance qu'on exige pour le mariage? Les deux capacités sont-elles tellement connexes que l'accessoire doive, à tous égards, se modeler sur la principale? Nous ne le pensons pas. Ce qui est vrai, c'est qu'on acquiert plus vite une demi-capacité quant au mariage, qu'une capacité quelconque quant aux contrats ordinaires. Pour rendre les mariages possibles, la loi confère au mineur la même

demi-capacité quant aux donations matrimoniales, que quant au mariage même. C'est une faveur qu'elle lui fait, et il serait peu raisonnable de la retourner contre lui. A vingt et un ans, il est capable de contracter dans les termes du droit commun ; il serait étrange qu'en cette matière on lui retirât le bénéfice de sa capacité générale, quand tout à l'heure on lui octroyait, relativement au même acte, la faveur d'une demi-capacité exceptionnelle. Cette demi-capacité avait sa raison d'être, quand le mineur était dans un état d'incapacité générale; elle manque de cause, le jour de sa majorité générale, puisqu'il suffit alors d'appliquer le droit commun. Ce système est aussi fondé en texte qu'en raison : 488 déclare qu'à vingt et un ans, on est capable de tous les actes de la vie civile, *sauf les restrictions portées au titre du mariage*. Or ces restrictions ne sont formulées que dans 148 et 150, et consistent en ce que le fils de famille, majeur de vingt et un ans, mineur de vingt-cinq, ne peut se marier sans le consentement de ses ascendants. Aucun autre article ne déroge à 488 ; donc la capacité du majeur de vingt et un ans n'est point restreinte quant aux donations matrimoniales, et il peut donner à son époux par contrat de mariage, sans le consentement et l'assistance des personnes qui doivent consentir au mariage même. L'ascendant conserve du reste une sanction bien énergique de son droit : il peut toujours n'autoriser le mariage, que s'il approuve les donations faites par son descendant dans le contrat de mariage, qu'il se peut faire représenter.

B. Ainsi, en supposant un mineur de vingt et un ans, le consentement et l'assistance de l'ascendant, du con-

seil de famille, ou du tuteur, requis quant au mariage, le sont aussi quant aux donations matrimoniales. On se demande en quoi consiste au juste l'intervention de ces personnes dans les donations matrimoniales.

a. Plusieurs auteurs ont conclu des mots *consentement* et *assistance*, qu'emploient 1095 et 1398, que cette intervention ne pouvait consister qu'en la présence réelle au contrat de mariage des personnes en question. Car, dit-on, si le *consentement* est un acte de volonté qui comporte la représentation par autrui, l'*assistance* est un acte d'autorité domestique, qui répugne à l'idée d'une délégation.

b. Nous ne pouvons admettre cette doctrine : α. Elle n'est pas fondée en droit : car tout acte juridique comporte la représentation, à moins d'une exception formelle, qui fait ici défaut. De plus, il n'est nullement sûr qu'*assistance* ait le sens restreint qu'on lui prête ; il est souvent employé avec une signification plus large, comme dans 513, qui défend au prodigue de transiger, de plaider sans l'*assistance* de son curateur, sans qu'on ait jamais exigé la présence réelle du curateur. β. Cette doctrine est en outre inapplicable, et conduit à des embarras ou même à des impossibilités. Souvent, les ascendants ne pourront assister au contrat, parce que la maladie ou une autre cause les tiendra loin du lieu où il est passé. Cette difficulté s'aggraverait, quand c'est le conseil de famille qui est chargé d'autoriser, si les membres qui le composent étaient dispersés à de grandes distances, et l'on arriverait même à une impossibilité radicale, si deux mineurs de la même commune voulaient se marier ; car le juge de paix, sans lequel le conseil n'est point légalement

constitué, ne pourrait se dédoubler pour présider en même temps les deux conseils, ce qui serait pourtant nécessaire, puisque le contrat de mariage devant être rédigé *uno contextu*, les deux conseils devraient être simultanément réunis pour cet unique contrat. Cette doctrine est donc impossible en ce qui concerne le conseil de famille, et comme la généralité de l'article s'oppose absolument à ce qu'on distingue entre le cas où l'assistance appartient aux ascendants ou au tuteur, et celui où elle appartient au conseil ; entre le cas où, l'assistance appartenant au conseil, les deux mineurs qui se marient appartiennent à deux communes différentes, et celui où ils appartiennent à la même commune, le système entier doit être rejeté. (Marcadé, art. 1398 ; MM. Aubry et Rau, t. IV, p. 211 ; Demolombe, n° 431.) Les personnes, dont le consentement et l'assistance sont exigés, peuvent donc se faire représenter par un fondé de pouvoirs. Mais il faut que l'acte de procuration soit authentique, et spécial, c'est-à-dire spécifie nettement et une à une les donations que les mandants autorisent. Le mandataire ne pourrait être chargé de décider quelles donations il faudrait autoriser, ou interdire : en ce sens, l'assistance est une fonction qui ne se délègue point. La question de savoir si telle donation doit être autorisée, ne peut être résolue que par les personnes chargées de décider si le mariage lui-même doit être autorisé. Ces deux questions sont connexes, déférées à la décision des mêmes personnes ; et si l'une d'elles était abandonnée à la solution d'autrui, la loi serait violée, puisqu'une personne autoriserait le mariage, et une autre, les donations matrimoniales. (*Contrà :* Rodière et Pont, t. I, n° 42, *du*

cont. de mariage.) Ainsi assisté, le mineur est aussi capable que s'il était majeur de consentir des donations au profit de son conjoint par contrat de mariage. Mais quel sera le sort de ces donations, si l'époux mineur, qui les a faites, n'était pas assisté comme il devait l'être? Il semble qu'elles doivent être absolument nulles. Cette question n'est du reste qu'une face de la question plus générale de savoir si la nullité des conventions matrimoniales passées par le mineur en violation de 1398 est relative ou absolue. (MM. Bertauld, *Revue critique de jurispr.*, t. XXI, p. 193-206 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 211 ; Demolombe, *cit.*, n° 433.)

Section II. — *De l'extension de 1094 quant aux donations entre époux pendant le mariage.*

Les donations entre époux pendant le mariage sont valables, mais absolument révocables à la volonté du donateur, malgré leur caractère entre-vifs. (1096, 1097.) Les Romains avaient toujours reculé devant cette témérité juridique, et le sénatus-consulte de Sévère avait obtenu un résultat analogue par un moyen plus scientifique.

§ 1. — De la nature des donations entre époux.

I. Certains auteurs enseignent que les seules libéralités licites entre époux sont des legs, ou tout au plus, des donations à cause de mort. Ce système, qui s'appuie sur le caractère essentiellement révocable des donations entre époux, pour leur dénier le caractère

entre-vifs, doit être rejeté. Car 1096 autorise les époux à se faire des donations entre vifs, et 1097, leur permettant de se faire des donations entre-vifs ou des legs, discerne soigneusement ces deux facultés. (Delvincourt, t. II, p. 197.)

II. Dans une seconde opinion, l'on reconnaît que les époux se peuvent faire autre chose que des legs ; mais on est fort embarrassé pour préciser le caractère de ces donations licites : on leur attribue je ne sais quelle nature vague et ambiguë, qui les fait osciller entre la donation et le legs, en sorte qu'elle emprunte à chacun quelques caractères, pour former je ne sais quel tout complexe et énigmatique. Cette doctrine flottante, qui se prête à toutes les solutions, parce qu'elle ne repose sur aucun principe, doit encore être rejetée. (Marcadé, art. 1096)

III. Nous tenons que la donation entre époux est une véritable donation entre-vifs, affectée d'une condition résolutoire, consistant en ce que la libéralité peut être révoquée et rétroactivement anéantie, au gré du donateur. On objecte que cette révocabilité absolue répugne énergiquement à l'essence de la donation entre-vifs, qui est de conférer des droits actuels et irrévocables. Nous répondons que le caractère d'irrévocabilité n'est pas essentiel à la donation, non plus qu'à aucun autre contrat. Ce qui est de l'essence d'un contrat, sauf les exceptions organisées par les art. 943 et suivants, c'est que l'exécution ne peut en être abandonnée au caprice d'une des parties, parce qu'alors il n'y aurait pas obligation, celui qui s'oblige sous une condition absolument potestative pour lui ne manifestant pas l'intention de s'obliger. Mais le contrat

une fois conclu et exécuté, la résolution peut en être abandonnée au libre arbitre d'une quelconque des parties, de celle par exemple qui l'a exécuté. Car s'il est de la nature du contrat qu'un lien produit par l'union de deux volontés ne puisse être brisé que par la réunion de ces deux mêmes volontés, cela n'est point de son essence. La loi permet en général l'apposition de la clause contraire, et c'est pourquoi elle a jugé nécessaire de la prohiber dans 944, 945 et 946, en tant qu'il s'agirait de l'apposer aux donations entre-vifs ordinaires. C'est là une exception au droit commun, inspirée par le principe coutumier *donner et retenir ne vaut*. (MM. Aubry et Rau, t. V, p. 64-65; Demolombe, n° 443; *contrà* : Huc, *nouveau Code civil italien*, p. 211.) Les donations entre époux pendant le mariage sont donc entre-vifs, et absolument révocables, au simple gré du donateur. Prétendre avec M. Demolombe, que cette révocabilité n'est pas abandonnée au caprice, mais à la conscience de ce dernier, c'est, je crois, attacher plus d'importance qu'il ne convient à une question de mots. Puisque le donateur est juge et partie dans sa cause, qu'il n'a ni comptes à rendre, ni motifs à alléguer, il est bien libre d'obéir à son caprice. Dire que la loi, voulant le dispenser d'exposer au public et aux juges ses motifs révocatoires, lui a abandonné la solution de cette question, c'est reconnaître que la révocation est livrée à son caprice, puisque nul ne peut se faire juge de motifs que le donateur n'a point à alléguer. (Marcadé, art. 1096, n° 4; sur toute cette matière, voyez M. Demolombe, vol. VI, *Donat.*, n^os^ 445 et suiv.)

§ 2. — De la forme des donations entre époux.

I. Des formalités extérieures auxquelles elles sont assujetties.

1. De ces formalités, les unes leur sont communes avec les donations entre-vifs ordinaires. Ainsi :

A. Elles doivent être rédigées par acte notarié, et en minute, à peine de nullité. (931.)

B. Elles sont soumises à la formalité de l'acceptation expresse, les donations par contrat de mariage en étant seules dispensées.

C. Quand il s'agit d'une donation de biens présents, elle est soumise à la nécessité de la transcription, si elle comprend des biens susceptibles d'hypothèque, et de l'état estimatif, si elle comprend soit certains meubles déterminés, soit tout ou partie des meubles de l'époux donateur. (939, 948.) Ces deux propositions sont contestées :

a. On conteste la nécessité de la transcription. Car, dit-on, la transcription est exigée pour que le donateur ne puisse pas ultérieurement révoquer la donation. Or ici cet intérêt fait défaut, puisque la donation est révocable, et que le donateur, aliénant l'immeuble donné au profit d'un tiers, confère à ce dernier des droits valables, et manifeste son intention de révoquer la donation. Donc la transcription est inutile. (Duranton, t. VIII, n° 509.) On répond que si elle est impuissante à protéger le donateur contre les tiers qui, après cette transcription, auraient acquis du donateur la propriété ou des droits réels sur l'immeuble donné, elle protégera néanmoins ce donataire contre l'agression des créan-

ciers chirographaires du donateur, qui pourraient saisir et faire vendre l'immeuble donné, tant que la propriété n'en serait pas, quant à eux, déplacée par la transcription. Cet intérêt suffit pour que la transcription soit maintenue. (MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 284; C. de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*.)

b. On conteste également la nécessité de l'état estimatif. On objecte qu'il est surtout exigé dans l'intérêt de l'irrévocabilité des donations, et pour empêcher qu'une donation, irrévocable en droit, ne devienne révocable en fait, le donateur conservant la faculté de ne pas fournir toutes les choses comprises dans la donation, ou d'en fournir d'autres de moindre valeur. S'il en est ainsi, cet état ne doit point être exigé, la donation étant absolument révocable. (Duranton, t. VIII, n° 410.) On répond que l'état permettra au donataire de soustraire les meubles donnés aux poursuites des créanciers du donateur, et au donateur de reprendre vraiment tous les meubles par lui donnés, s'il veut révoquer la donation. Donc l'état est exigé. D'ailleurs 947 est formel, et l'exige sans distinction.

2. Il est une formalité spéciale aux donations entre époux : quand elles sont réciproques, elles ne peuvent être faites par un seul et même acte. Car l'unité d'acte serait une entrave, au moins morale, à la faculté de révoquer ces donations.

II. De l'extension de ces formalités.

1. Des donations entre époux auxquelles elles s'appliquent.

Ce sont toutes les donations entre époux, et par exemple :

A. Les donations de biens présents.

B. Les donations de biens à venir. La qualité d'époux est ici la cause d'une extension de la capacité ordinaire, les donations de biens à venir étant interdites entre étrangers. (943, 946, 947.) Ces donations, étant entre-vifs, confèrent dès à présent au donataire un droit éventuel. Elles sont donc soumises à la formalité de l'acte notarié, de l'acceptation expresse et même de la transcription et de l'état estimatif. Il est inexact de dire que ces deux dernières formalités ne sont applicables qu'à une donation de biens présents ; la transcription sera fort utile pour empêcher le donateur de donner à un tiers l'immeuble donné, ce qui anéantirait le droit du donataire, et l'état estimatif aura la même efficacité quant aux meubles.

C. Les donations alternatives de biens présents et à venir. Tout le monde convient qu'ici la transcription et l'état estimatif sont nécessaires, au moins en ce qui concerne les biens présents. En effet, cette libéralité est une donation de biens à venir, qu'il dépend du donataire de transformer en donation de biens présents. Or, pour que cela soit possible, il faut évidemment que la donation ait été faite avec les formalités prescrites pour les donations de biens présents, c'est-à-dire que la transcription et l'état estimatif aient eu lieu.

D. Les donations sous des conditions potestatives de la part du donateur.

Ainsi la faveur que la loi accordait aux donations entre futurs conjoints est étendue aux donations entre époux. La raison de cette faveur n'est donc point seulement le désir de pousser au mariage, mais le titre d'époux lui-même : le Code, abandonnant entièrement les errements coutumiers, et partiellement les erre-

ments romains, concède entre époux ce qu'il prohibe entre étrangers, sous la seule garantie de l'absolue révocabilité des donations faites pendant le mariage.

2. De certaines libéralités auxquelles ces formalités ne s'appliquent point.

A. Ce sont d'abord les donations déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, dans l'opinion de ceux qui les réputent valables. Selon nous, elles sont absolument nulles. Nous ne supposons pas que le contrat simulé est prohibé entre époux ; car alors l'acte serait nul sous toutes ses formes, même sous sa forme apparente. Nous supposons un contrat onéreux, qui vaudrait comme tel, s'il n'était point simulé, et nous estimons qu'il ne vaut point comme donation, 1099 édictant formellement la nullité. En vain on affirme qu'il vaut comme donation révocable, parce qu'on peut faire indirectement tout ce qu'on peut faire directement ; c'est précisément la question. La nullité est du reste indispensable, pour que la faculté de révoquer reste entière, et que le disponible ne soit pas dépassé. Cette nullité, étant une nullité de forme, est radicale et essentielle; l'époux donateur peut donc, indépendamment de son droit de révocation, attaquer la donation émanée de lui ; ses héritiers le peuvent aussi, ce qui constitue pour eux une précieuse faculté, si leur auteur est mort sans avoir révoqué.

B. Il en est de même de la donation par personnes interposées, que nous réputons absolument nulle.

C. Telle est encore la donation manuelle. Elle se fait sans formes. Logiquement, elle devrait être nulle, puisqu'elle offre aux époux le moyen de se faire des libéralités irrévocables en fait, et dépassant le dispo-

nible. Et cependant le législateur ne l'a point prohibée, se sentant impuissant à l'atteindre.

D. Enfin les donations indirectes que se font les époux pendant le mariage échappent à ces formalités. Elles sont valables et révocables ; 1099 les distingue soigneusement d'avec les donations déguisées ou par personnes interposées, qu'il déclare nulles.

§ 3. — Des effets des donations entre époux.

Ils se déduisent tous de ce principe, que la donation entre époux est une donation entre-vifs, révocable au gré du donateur. En conséquence :

I. Elle dessaisit immédiatement le donateur au profit du donataire, qu'elle rend propriétaire ou créancier des biens donnés. Si la donation est de biens présents, l'époux donataire devient immédiatement propriétaire des biens donnés, avant toute tradition ; il en acquiert même la jouissance, si le donateur n'a fait une réserve en sens contraire. Les biens donnés sortent du patrimoine du donateur, et sont soustraits au droit de gage de ses créanciers chirographaires. De même, si la donation comprend des immeubles, et a été transcrite, ces immeubles ne sont grevés que des hypothèques inscrites avant la transcription, et échappent à l'hypothèque légale ou judiciaire qui aurait frappé les biens du donateur postérieurement à la transcription. (M. C. de Santerre, t. IV, n° 274 *bis*.) Si la donation est de biens à venir, la saisie s'opère immédiatement aussi ; mais elle est conforme à la nature de la donation, c'est-à-dire conditionnelle, affectée de la condition suspensive que le donateur, au jour de son pré-

décès, n'aura pas, par une aliénation à titre onéreux, fait sortir de son patrimoine les biens donnés. Le donataire devient donc immédiatement propriétaire ou créancier, sous une condition suspensive potestative de la part du donateur. Son droit date de la donation, et non du décès du *de cujus ;* et quand le donateur vient à mourir, le donataire n'a pas besoin de former une demande en délivrance contre les héritiers du donateur ; de plus, il a droit aux fruits depuis le décès du donateur, sauf à ceux perçus de bonne foi par les héritiers. (MM. Aubry et Rau, t. IV, p. 290 ; et surtout Demolombe, nos 460-473.)

II. Il résulte également du caractère entre-vifs et contractuel de la donation, que le mineur de vingt et un ans, majeur de seize ans, ne peut faire à son époux pendant le mariage aucune donation, ni de biens présents, ni de biens à venir. On fait l'objection suivante : le mineur non marié peut tester, mais non pas donner; la raison de cette différence est que le testament, étant essentiellement révocable, n'engage aucunement l'avenir, tandis que la donation, étant irrévocable, pourrait gravement le compromettre. Or cette différence disparaît, quand le mineur est marié, puisque toute donation entre époux est essentiellement révocable. Donc la raison qui a fait autoriser le testament pour le mineur non marié, doit faire autoriser aussi la donation pour le mineur marié. Nous ne le croyons point. Car si les donations que le mineur marié fait à son conjoint sont révocables, elles ne sont pas pour cela ramenées au type du legs, et retiennent leur caractère entre-vifs. (Marcadé, art. 1096.)

III. Par la même raison, l'époux muni d'un conseil

judiciaire, qui peut tester sans l'assistance de ce conseil, ne peut, sans cette assistance, faire aucune donation à son conjoint.

IV. De même, la femme dotale ne peut, pendant le mariage, faire aucune donation à son mari sur ses biens dotaux.

V. C'est au jour de la donation, ou, si l'acceptation a eu lieu par acte séparé, au jour de la notification de l'acceptation, qu'il se faut reporter, pour savoir si l'époux donateur était capable de disposer, et l'époux donataire capable de recevoir. Si donc, postérieurement à cette époque, l'un des deux époux devenait incapable, par exemple à la suite d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle, la donation tiendrait; car elle est parfaite, et n'a besoin d'aucune confirmation. Ce principe est généralement admis, quand la donation est de biens présents. Mais, par la plus illogique des distinctions, on le conteste, quand la donation est de biens à venir, et l'on exige lors du décès du disposant, la double capacité de disposer et de recevoir chez les deux époux, ou tout au moins la capacité unilatérale d'acquérir chez l'époux donataire. Cette solution est toujours entachée du même vice : elle méconnaît le caractère entre-vifs et contractuel de la donation de biens à venir. Cette donation, une fois formée, confère au donataire des droits certains et fixes à des objets incertains et variables. Ces droits peuvent avorter dans leur longue gestation ; ils n'en auront pas moins existé ; et le décès du donateur n'a point eu pour résultat de rien faire acquérir au donataire, ni même de parfaire une acquisition antérieure, déjà parfaite par elle-même.

VI. La donation entre époux n'est réductible qu'à sa date, avant les donations qui l'ont précédée, et après celles qui l'ont suivie, ainsi qu'après tous les legs. Peu importe qu'elle soit de biens présents ou de biens à venir. Vouloir la réduire au marc le franc en même temps que les legs, ou même après les legs, mais avant les donations, c'est méconnaître son caractère contractuel, pour lui attribuer le caractère bâtard que nous lui avons dénié. Mais, dit on, l'époux donateur qui fait une donation à un tiers, après avoir fait une donation de biens à venir à son conjoint, renonce par là même à confirmer la donation faite à l'époux, en tant que cette confirmation pourrait nuire au donataire étranger. (M. C. de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*.) Je réponds que cette renonciation est impossible, puisque la donation est valable et parfaite sans confirmation aucune, et qu'une confirmation ne lui ajouterait rien. On objecte encore que l'époux, par la deuxième donation, a entendu révoquer celle faite à son conjoint. Ce n'est point là une question de droit, mais de fait : il se peut fort bien que cette intention ne résulte nullement de la seconde donation ; et cette intention éclaterait-elle, que la donation serait révoquée, c'est-à-dire anéantie, et non point réductible ; de sorte que la question de savoir comment elle doit être réduite serait, non point tranchée dans un sens favorable à la doctrine adverse, mais supprimée, sans se pouvoir poser. (MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 290.)

VII. Une autre conséquence du caractère contractuel de la donation entre époux consiste en ce que ces donations ne sont jamais caduques par le prédécès du donataire. Cette conséquence nécessaire est pourtant

répudiée par l'unanimité des auteurs, sauf par M. Demolombe, qui l'admet en ce qui concerne les biens présents. (Duranton, t. IX, n° 277; Marcadé, art. 1094, n° 4; Troplong, t. IV, n° 2659; M. Demolombe, n^os^ 468 et suiv.) Il y a donc lieu de démontrer l'exactitude de cette assertion :

1. Soit d'abord une donation de biens présents.

A. C'est sans contredit une opération contractuelle et entre-vifs. Quoique révocable, elle confère des droits fragiles, mais actuels. Ces droits sont entrés immédiatement dans le patrimoine du donataire, en tant que transmissibles à ses héritiers, puisque, sauf exception formelle, tous les droits se transmettent activement et passivement aux héritiers de ceux qui en sont investis. Or cette exception n'est point édictée. Quand la loi veut en organiser de semblables, elle s'en explique formellement. C'est ainsi qu'aux termes de 1039, les legs sont caducs, ou plutôt manquent de naître par le prédécès du légataire, ce qui est conforme au droit commun. C'est ainsi encore que, d'après 1089, les donations de biens à venir, faites entre futurs époux par contrat de mariage, sont caduques par le prédécès du donataire, ce qui est contraire au droit commun. C'est ainsi enfin que les mêmes donations, faites par un tiers à un époux dans le contrat de mariage, sont déclarées caduques par le double prédécès de l'époux donataire et des enfants issus du mariage. Mais ce sont là des exceptions, spéciales aux donations de biens à venir, nullement applicables aux donations de biens présents. La preuve en est que ces donations, faites entre futurs époux par contrat de mariage, sont déclarées non caduques par

le prédécès du donataire. C'est là une application élémentaire du principe : il est vrai que la loi ne la renouvelle point quant aux donations entre époux pendant le mariage. Mais il ne faudrait pas conclure de ce silence qu'elle a entendu traiter ces dernières d'autre sorte. Ce raisonnement *à contrario* serait vicieux. On sait que la force de cet argument est très-médiocre, quand il conduit à déroger aux principes. Or ce serait ici le cas, puisque l'on conclurait de ce que le principe n'est expressément appliqué qu'en un cas, qu'il ne s'applique point dans les autres. Le raisonnement serait d'autant plus faible, que, si la loi a déclaré expressément non caduques les donations de biens présents intervenues entre futurs époux, ce n'est nullement pour traiter différemment les mêmes donations faites entre époux; mais bien pour proscrire les errements du droit coutumier, qui déclarait les donations entre époux toujours caduques par le prédécès du donataire; c'était peut-être aussi pour opposer les donations de biens présents par contrat de mariage, non caduques par le prédécès du donataire, aux donations de biens à venir par contrat de mariage, caduques par le même prédécès. Quant aux donations entre époux pendant le mariage, la loi n'y a nullement songé. Le principe fondamental en cette matière est donc la transmissibilité absolue des droits, principe auquel la loi ne déroge nullement, en ce qui concerne nos donations.

B. Cette doctrine n'est pourtant pas admise, et l'on dirige contre elle de nombreuses critiques :

a. Elle est, dit-on, contraire aux traditions romaines et coutumières. Cela est vrai; mais cet antagonisme

dans les résultats résulte d'un antagonisme dans la nature des deux institutions. Le droit romain n'a jamais admis, même après le sénatus-consulte de Caracalla, qu'une donation entre-vifs pût valoir entre époux ; il n'a jamais déclaré licite entre eux que la donation à cause de mort, qui n'est parfaite que par le prédécès du donateur, et dont l'essence est d'être caduque parle prédécès du donataire. Le droit coutumier avait aussi commencé par admettre que la donation entre époux affecterait le caractère de *donatio mortis causâ* et alors la caducité s'expliquait aussi aisément qu'en droit romain. Plus tard, la *donatio mortis causâ*, a été supprimée, et néanmoins la conséquence qu'on avait tirée de son existence a subsisté, par une de ces anomalies trop fréquentes en législation. Il n'en saurait être de même aujourd'hui. Car le Code proscrit tant la donation à cause de mort, que les errements coutumiers à propos des donations de biens présents entre futurs époux, et il n'y a pas de raison pour traiter d'autre manière les mêmes donations faites entre époux pendant le mariage.

b. Mais on prétend que leur révocabilité leur enlève le caractère entre vifs. Nous avons déjà réfuté cette objection.

c. On va plus loin, et on soutient que la révocabilité d'une donation et sa caducité par le prédécès du donataire marchent de pair, et s'impliquent l'une l'autre ; que la donation entre époux, étant essentiellement révocable *ad nutum*, doit nécessairement être caduque. Cela est inexact ; cette théorie n'est ni légale ni rationnelle. Elle n'est point légale : car il est des donations irrévocables, qui sont caduques par le prédécès du

donataire ; telles sont les donations de biens à venir, faites entre futurs époux par contrat de mariage. Donc la révocabilité et la caducité ne vont pas toujours de pair. On réplique que ce n'est point la caducité qui entraîne la révocabilité, mais bien la révocabilité qui entraîne la caducité ; qu'une donation caduque peut n'être point révocable, tandis qu'une donation révocable est toujours caduque ; qu'ainsi l'exemple précité n'est point probant. Même réduite à ces termes, cette théorie nous paraît peu rationnelle : il s'agit d'une donation entre-vifs, non d'un legs, et le donataire est investi de droits actuels, que la révocation émanée du donateur ou de ses héritiers peut seule lui enlever. Tout ce système repose donc sur une affirmation parfaitement gratuite. Pour savoir si une donation est ou non caduque par le prédécès du donataire, peu importe qu'elle soit ou non révocable ; c'est à son caractère entre-vifs ou testamentaire qu'il se faut attacher. Toute donation testamentaire est caduque, ou plutôt est empêchée de naître par le prédécès du donataire ; toute donation entre-vifs n'est caduque par le prédécès, que si le Code prononce formellement la caducité pour cette cause, ce qui n'est point ici le cas.

d. Mais, dit-on encore, supposons que les futurs époux se soient fait par contrat de mariage une donation sous des conditions potestatives pour le donateur, à charge par exemple pour le donataire de payer toutes les dettes que le donateur contractera plus tard. Cette donation n'est pas révocable *ad nutum ;* elle est même irrévocable quant au titre. Seulement le donateur peut, en accomplissant le fait déterminé par l'acte de donation, c'est-à-dire en contractant des dettes, révo-

quer l'émolument de la donation, et en rendre le titre vide. Or cette donation, tout imparfaitement révocable qu'elle est, est une de celles que 1089 déclare caduques par le prédécès du donataire. Si donc il en est ainsi d'une donation imparfaitement révocable, il en doit être *à fortiori* de même d'une donation entre époux, révocable *ad nutum*. Ce raisonnement serait bon, si la révocabilité d'une donation était la cause génératrice de sa caducité; mais nous avons démontré qu'il n'en est rien, et l'argument tombe. Si la donation faite dans les termes de 1086 est caduque, c'est parce que 1089 l'a déclaré, dérogeant à l'ancien droit, qui n'admettait point que ces sortes de donations fussent caduques pour cette cause. Le Code a consacré la doctrine inverse, précisément parce qu'il a redouté que les restrictions apportées à la révocabilité qui affecte ces donations, ne fussent un obstacle trop énergique à cette révocabilité, surtout après le prédécès du donataire. Le fait, à l'accomplissement duquel était subordonnée la révocabilité, pouvait, à une certaine époque, et par suite de circonstances fortuites, devenir d'une exécution impossible ou au moins très-difficile; de sorte que, pour assurer le libre exercice de cette faculté révocatoire, et pour encourager les tiers et les époux à consentir ces donations, favorables au mariage, le Code a déclaré cette donation caduque. Or ces motifs ne s'appliquent nullement à la donation entre époux, révocable *ad nutum*. Ainsi, bien loin que la caducité par le prédécès résulte nécessairement de la révocabilité absolue, elle se comprend plus aisément avec une révocabilité imparfaite, dont elle assure l'exercice, qu'avec une révocabilité absolue, dont l'exercice n'a

pas besoin d'être assuré. Cette réfutation nous semble péremptoire.

e. Enfin, dit-on, les donations faites par un tiers à un époux dans le contrat de mariage sont plus particulièrement faites en faveur du mariage, pour ainsi dire *in rem*. Au contraire, les donations qui interviennent entre époux par contrat de mariage, et surtout pendant le mariage, sont plutôt faites en faveur du donataire, pour ainsi dire *in personam*. C'est pourquoi les premières, en tant du moins qu'elles ne sont pas de biens présents, ne sont caduques que par le double prédécès du donataire et des enfants issus du mariage, tandis que les secondes, en tant du moins qu'elles sont faites par contrat de mariage, et qu'elles portent sur des biens à venir, sont caduques par le simple prédécès du donataire. On voit que les donations entre futurs époux sont bien plus facilement caduques que celles faites par des tiers aux époux dans le contrat de mariage. Mais alors il en doit être *à fortiori* de même des donations entre époux pendant le mariage, qui ne peuvent plus intervenir en considération d'un mariage déjà conclu, mais uniquement en considération de la personne du donataire. Ces considérations reposent sur une idée exacte, mais dont il ne faudrait pas exagérer la valeur. Car admettre que toute donation entre époux est exclusivement personnelle, et partant, caduque par le prédécès du donataire, conduirait à nier qu'une donation entre-vifs puisse intervenir entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. Et d'ailleurs ne faudrait il pas, à ce point de vue, sous-distinguer entre les donations que se feraient les époux par contrat de mariage, et celles qu'ils se

feraient pendant le mariage, et considérer les premières comme faites en vue du mariage, dont elles sont peut-être la cause, et les secondes comme personnelles au donataire? Cela semble plausible, et alors les donations entre futurs époux devraient être assimilées, quant à la caducité, aux donations faites par des tiers aux futurs époux. Or nous savons qu'il n'en est rien. La loi n'a donc point reçu cette idée. Elle est en tous cas trop vague, pour faire admettre l'existence d'une telle distinction. Si l'on peut tenir un certain compte de ces différences de degré dans la personnalité des donations, ce n'est pas en la matière de la caducité, mais plutôt en celle de la révocation des donations pour ingratitude du donataire, comme nous le démontrerons plus tard.

Nous concluons donc que les donations de biens présents entre époux pendant le mariage ne sont jamais caduques par le prédécès du donataire, à moins que les parties n'aient, par clause expresse ou tacite, apposé cette condition à la libéralité. Car la nature de toute donation est d'être pure et transmissible. Cette doctrine n'offre, du reste, aucun inconvénient pratique : nous admettons en effet que, le donataire étant prédécédé, le donateur conserve son droit de révocation contre les héritiers du donataire. On nous objecte 957, aux termes duquel la révocation pour ingratitude du donataire ne peut jamais être demandée contre les héritiers de ce dernier. Nous ne croyons pas que cette solution puisse être étendue à notre matière : la révocation pour ingratitude affecte un caractère pénal, qui l'empêche d'être exercée contre les héritiers du donataire. Il n'en est pas de même

de la révocation que consacre 1096. Il y a donc lieu de faire retour au principe que les droits se transmettent activement et passivement aux héritiers de ceux à qui ils compètent, d'autant plus qu'ici l'époux donateur a pu être gêné dans l'exercice de son droit de révocation par la crainte que lui inspirait le donataire.

Enfin la donation de biens présents ne serait point caduque à la suite d'une transformation de la chose donnée, qui aboutirait à un changement dans sa substance. Ce qui éteindrait le droit du légataire, ou plutôt, ce qui l'empêcherait de naître, faute d'objet, n'éteint pas le droit né et actuel du donataire de biens présents.

2. Supposons, maintenant qu'il intervient entre époux pendant le mariage une donation de biens à venir, ou alternative de biens présents et à venir, ou sous des conditions potestatives de la part du donateur. Tous les auteurs et M. Demolombe lui-même déclarent ces donations caduques par le prédécès du donataire. Nous croyons bien que la question eût été tranchée en ce sens par les rédacteurs du Code, s'ils se la fussent posée. Mais ils ont omis de la résoudre, et cette solution, si unanimement admise, nous paraît bien difficilement justifiable. En effet, ou ces libéralités sont des donations entre-vifs pures et simples, conférant au donataire des droits actuels, transmissibles à ses héritiers à moins d'une exception formelle, ou elles sont des legs, ne conférant aucun droit au donataire, et que le prédécès de ce dernier empêche de naître. Tous les arguments que nous avons donnés sur les donations de biens présents s'appliquent ici, car il n'existe entre les donations de biens présents et celles dont il s'agit aucune différence essentielle. Si la dona-

tion entre-vifs n'est pas un mythe entre époux ; si nos solutions précédentes sont exactes ; si le donataire de biens à venir est, d'ores et déjà, saisi d'un certain droit ; si l'époux mineur, âgé de seize ans, ne peut faire à son conjoint aucune donation entre-vifs, même de biens à venir, alors qu'il peut faire par testament toutes les libéralités qu'il veut ; si la femme dotale ne peut, pendant son mariage, faire à son mari sur ses biens dotaux aucune donation, même de biens à venir, parce qu'une semblable donation comporte une certaine aliénation actuelle par le donateur ; si la capacité de disposer et de recevoir ne s'examine chez les époux qu'au jour de la donation, et non au jour de la mort du donateur, alors même qu'il s'agit d'une donation de biens à venir ; si les donations entre époux, même de biens à venir, ne sont réductibles qu'à leur date, parmi les donations, et non au marc le franc, parmi les legs ; si le titre est distinct de l'émolument ; si enfin la donation à cause de mort est abolie, la logique inexorable nous conduit à déclarer que ces donations ne sont point caduques par le prédécès du donataire. Mais, dit-on, ces mêmes donations sont soumises à cette cause de caducité, quand elles sont faites par un tiers à l'un des époux, ou par un époux à l'autre dans le contrat de mariage, c'est-à-dire dans des cas où elles sont irrévocables. Comment se peut-il que ces mêmes donations, intervenant entre époux pendant le mariage, c'est-à-dire révocables *ad nutum*, échappent à cette caducité ? Nous ne prétendons pas que la loi, gardant le silence sur cette question, ait été conséquente avec elle-même ; nous prétendons seulement que le droit commun est la transmissibilité des droits nés d'une dona-

tion entre-vifs, qu'il n'est dérogé à ce droit commun que dans deux cas, et que les exceptions ne s'admettent point par analogie. M. Demolombe, qui recule devant cette solution, recule devant les conséquences de sa doctrine, à laquelle nous adhérons en la développant; et il arrive ainsi à un système vraiment insoutenable, beaucoup moins harmonieux que le système de la généralité des auteurs, qui consiste à traiter la donation de biens à venir à peu près à tous égards comme un legs, ou comme une donation à cause de mort. Toute la question est de savoir si la donation entre-vifs confère des droits actuels, aussi bien quand elle porte sur des biens à venir, que quand elle porte sur des biens présents.

§ 4. — Des modes d'extinction des donations entre époux.

I. De la révocabilité des donations entre époux.

La survenance d'enfants n'est jamais une cause de révocation pour les donations entre futurs époux ou entre époux. Cette cause de révocation, commune aux donations ordinaires, et aux donations faites par des tiers à un époux dans le contrat de mariage, est inapplicable aux donations entre époux Cette exception se justifie d'elle-même.

1. Sont communes aux donations entre futurs époux, et aux donations entre époux :

A. La révocation pour inexécution des conditions.

B. La révocation pour ingratitude du donataire.

a. De l'extension de ces deux actions révocatoires.

α. De leur extension quant à l'objet, ou quant aux actes. Elles s'appliquent à toute donation, à moins

qu'un texte spécial ne déclare le contraire. Elles s'appliquent donc à toutes les donations entre époux, qu'aucun texte n'excepte de la règle commune. On s'est demandé si la révocation pour ingratitude s'appliquait aux donations entre futurs époux. Nous estimons que oui. 959, qui semble dire le contraire, nous paraît purement relatif aux donations faites par un tiers à un époux dans le contrat de mariage. Cette cause de révocation est tout à fait générale. C'est en cette mesure que la donation faite par un futur époux à son conjoint peut paraître plutôt personnelle, que faite en faveur du mariage.

β. De leur extension quant aux sujets, ou quant aux personnes.

$\alpha\alpha$. Elles appartiennent d'abord à l'époux donataire. Il semble étrange que cet époux, qui peut, sans alléguer de motifs, et sans prendre conseil que de son caprice, révoquer la donation par lui faite, puisse demander la révocation pour un motif défini et justifié, comme l'inexécution d'une condition ou l'ingratitude du donataire. Cela se comprend pourtant : la loi lui concède un privilége exorbitant ; ce n'est pas une raison pour lui refuser le bénéfice du droit commun, et pour lui dénier le moins, quand on lui octroie le plus.

$\beta\beta$. Si donc il a cette double action de droit commun, ses héritiers l'ont aussi. Car aucun texte ne les en prive. Mais, peut-on dire, le donateur pouvait révoquer *ad nutum* ; il ne l'a pas fait ; il a donc montré par son silence qu'il entendait respecter la donation, et ses héritiers feraient un acte impie, s'ils se permettaient ce que leur auteur n'a point osé faire. Cela n'est pas exact. Le donateur a pu être maintenu, sa vie du-

rant, par la crainte révérentielle, être gêné dans sa liberté par la ruse de son conjoint ; il a même pu n'être pas instruit des faits qui donnaient naissance à l'action révocatoire, croire que le donataire exécuterait les conditions, ou ignorer les circonstances qui prouvaient son ingratitude. Ces faits, non encore ou mal connus du donateur, peuvent devenir patents aux yeux de ses héritiers et du public. C'est ce qui arriverait, si le donataire avait donné la mort à son conjoint donateur. La donation ne pourrait alors être maintenue sans un scandale criant, et on se trouverait dans une véritable impasse, si les héritiers n'avaient point l'action révocatoire du droit commun. Car la révocation *ad nutum* ne saurait être exercée par eux, puisqu'elle suppose une appréciation essentiellement personnelle et intransmissible. Ainsi le donateur peut intenter, outre une action intransmissible et tout à fait en dehors du droit commun, les actions vulgaires qui appartiennent à tout donateur, et que ses héritiers peuvent exercer, puisqu'aucun texte ne les place en dehors du droit commun.

Le principe est que les héritiers exerceront ces actions, comme leur auteur les eût exercées lui-même. Ainsi l'action révocatoire pour inexécution des conditions existait pleine et illimitée dans la personne du donateur; ceux-ci pourront l'exercer avec la même plénitude. Quant à l'action révocatoire pour ingratitude, elle est soumise en la personne du donateur ordinaire à certaines restrictions. (957.)Ces restrictions sont applicables à la donation entre époux pendant le mariage. Car la révocation pour ingratitude ne s'applique aux donations entre époux, que parce qu'elle

s'applique à toutes les donations. Elle ne peut donc s'y appliquer que dans les termes du droit commun. Cela est évident quand l'époux l'intente, puisqu'il se borne alors à invoquer le droit commun. Donc ou il usera de la révocation *ad nutum*, moyen spécial, énergique, qui n'appartient qu'à lui, ou il intentera l'action du droit commun, et telle, bien entendu, que ce droit commun la façonne à l'usage de tous les donateurs, c'est-à-dire avec les restrictions qui en gênent le libre exercice. Il devra donc former sa demande en révocation dans l'année à compter du jour du délit qu'il impute au donataire, ou à compter du jour où il a pu connaître le délit, et il ne pourra jamais exercer l'action contre les héritiers du donataire. Ce délai expiré, il sera réduit au moyen spécial de la révocation *ad nutum*. Si telle est l'action révocatoire pour ingratitude dans les mains du donateur, telle elle doit être aussi dans les mains de ses héritiers. Ils ne pourront donc l'exercer que dans les termes du droit commun, c'est-à-dire si l'action a déjà été intentée par le donateur, ou s'il est décédé dans l'année du délit, et jamais contre les héritiers du donataire.

b. Des effets de ces actions.

α. L'action en révocation pour inexécution des conditions aura tous les effets de la condition résolutoire.

β. Quant à l'action révocatoire pour ingratitude, ses effets seront ceux que lui attribue 958.

Elle ne nuira donc, ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles dont il a pu grever l'objet donné, pourvu que ces aliénations, hypothèques et charges soient faites et transcrites ou inscrites avant l'inscription de la demande en révocation pour ingratitude, faite en marge de la trans-

cription de la donation. De plus, si la révocation est prononcée, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, en se reportant pour évaluer cette valeur, au temps de la demande; il restituera aussi les fruits, à compter du jour de la demande. (M. Demolombe, n^os^ 474-487.)

C. Les donations entre époux ou futurs époux sont encore soumises à la cause de révocation qu'édicte 299. D'après cet article, l'époux contre lequel a été prononcé le divorce, perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. Cet article, écrit pour le divorce, est applicable à la séparation de corps. La cause de révocation qu'il édicte est commune aux donations entre futurs époux et à celles entre époux; mais, à la différence des deux précédentes, elle ne s'étend ni aux donations que des tiers font aux époux dans le contrat de mariage, ni aux donations ordinaires; elle suppose essentiellement que le rapport conjugal existe entre le donateur et le donataire. De plus, elle n'a pas besoin pour être efficace du consentement du donateur, ce qui la distingue encore des deux autres.

2. Il est une cause de révocation toute spéciale aux donations entre époux pendant le mariage, c'est la révocation *ad nutum*. Elle ne s'applique même pas aux donations entre futurs époux par contrat de mariage. Il serait désirable que les donations par contrat de mariage fussent révocables comme les autres. Ces donations en effet, tout comme celles faites pendant le mariage, ont pu être arrachées à un époux par la crainte, ou lui être suggérées par un amour irréfléchi,

ou être subrepticement obtenues de lui par ruse. La facilité des rapports conjugaux peut s'altérer, l'estime se changer en défiance ou même en mépris, l'affection en indifférence ou même en aversion. Il importerait alors que l'époux pût revenir sur des actes auxquels de trop excusables illusions l'avaient entraîné, et révoquer les donations par contrat de mariage, aussi bien que celles pendant le mariage. Mais ce résultat, si désirable toutefois, n'a pu être atteint; non pas que le contrat de mariage soit, en tant que contrat, plus respectable et plus irrévocable qu'un autre; tous les contrats méritent un égal respect, et sont également irrévocables en principe. Mais la donation par contrat de mariage n'est point un acte isolé; c'est une partie constituante du contrat de mariage, contrat si homogène que les conventions qu'il renferme sont toutes la cause et l'effet les unes des autres, de telle sorte que, si une seule était altérée, l'équilibre du tout serait rompu, et la foi des conventions violée. Déclarer révocable une seule des conventions insérées au contrat de mariage, c'était reconnaître que toutes les autres comportaient la même révocabilité, et détruire la sécurité des relations conjugales. C'était peut-être mettre un époux honnête et pauvre à la merci de son conjoint déshonnête et riche, qui voudrait acheter la tolérance conjugale par la menace d'une révocation d'avantages matrimoniaux, mettant ainsi son conjoint dans la nécessité de choisir entre son intérêt et son devoir. Les donations entre époux pendant le mariage sont donc seules révocables *ad nutum*; cette révocabilité est le moyen par lequel notre Code a sauvegardé l'indépendance respective des époux. C'est une préoccupation qui, on

peut le dire, a obsédé l'esprit des législateurs anciens; nous savons qu'ils ont pourvu à ces intérêts si considérables par une prohibition soit absolue, soit comportant d'ingénieux tempéraments, comme la confirmation de tous les instants par le silence du donateur.

A. De la nature de cette révocation.

a. Elle est illimitée et absolue, ne doit comporter aucune restriction dans son exercice. C'est pourquoi 1096 la déclare parfaitement révocable par la femme sans autorisation du mari. Cette intrusion du mari dans une affaire où il est si fort intéressé eût porté une grave atteinte à la liberté de la révocation.

b. De plus, cette faculté révocatoire est toute personnelle; donc elle ne peut être exercée du chef de l'époux donateur par les créanciers de cet époux, qui prétendraient invoquer 1166. Elle comporte une appréciation toute personnelle de rapports domestiques et conjugaux, appréciation qui ne se conçoit point de la part des créanciers. Ils ne peuvent alléguer qu'un intérêt pécuniaire; or, si cette révocation a des résultats pécuniaires, c'est d'une manière tout indirecte et dérivée; et son but n'est point pécuniaire. L'époux est seul juge de l'opportunité de la révocation; ses créanciers ne peuvent point, s'il reste inactif, jeter le trouble dans son ménage. Leur intervention ferait de la discorde conjugale un scandale, si elle existait déjà, et la ferait naître, si elle n'existait point. En effet, l'époux pouvant révoquer sans donner de motifs, ses créanciers prétendraient exercer la révocation dans des conditions identiques, de sorte qu'ils deviendraient, à leur gré, les régulateurs ou les perturbateurs de l'équilibre conjugal. Ils ne peuvent pas davantage

exercer du chef de l'époux la révocation pour ingratitude, également personnelle à l'époux. Mais ils peuvent faire rescinder la donation d'après 1167, à condition qu'elle leur nuise et qu'elle soit frauduleuse à leur encontre.

B. Des formes de la révocation *ad nutum*.

Il est certain qu'elle peut être expresse ou tacite.

a. Supposons-la d'abord expresse.

Quant à ses formes extérieures, la loi est muette. α. Toullier et Coin-Delisle ont conclu de ce silence qu'aucunes formes ne sont obligatoires pour cette révocation. Par conséquent, d'après ces auteurs, les formes fixées par 1035 pour la révocation des testaments, qui ne sont révocables que par un testament postérieur, ou par un acte notarié portant déclaration du changement de volonté, ne sont pas applicables en l'espèce. En effet, disent-ils, la question de savoir si tel acte contient ou non révocation d'un autre acte est, en principe, une pure question de fait et d'appréciation judiciaire. Or les exigences spéciales de 1035 ne sont point renouvelées, en tant qu'il s'agit de la révocation des donations entre époux. Il y a donc lieu de revenir au principe, et cette révocation se peut induire de toute circonstance, même d'un acte sous seing privé portant déclaration du changement de volonté. β. Tout spécieusement déduite que soit cette solution, nous ne l'admettrons point. Elle est d'abord peu raisonnable : comment le Code aurait-il traité différemment deux matières si analogues, et soumis à des formes rigoureuses la révocation des testaments, qui ne confèrent aucun droit du vivant du disposant, en laissant absolument libre la révocation des donations, qui confèrent

des droits actuels ? Il semble que s'il eût été opportun d'instituer une distinction entre la révocation de ces deux actes, cette distinction eût dû être inverse de ce qu'on veut qu'elle soit. Cette solution est d'ailleurs contredite par des textes : l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843 sur le notariat, décide qu'à peine de nullité, la révocation de la donation entre époux doit être, comme celle d'un testament, reçue conjointement par deux notaires, ou par un seul notaire, en présence de deux témoins. Ainsi, quand la révocation a lieu par acte notarié, on ne se contente point des formes prescrites pour l'acte notarié ordinaire, que la loi considère comme insuffisant pour cette révocation. Comment cette loi pourrait-elle reconnaître à l'acte sous seing privé l'efficacité qu'elle dénie à l'acte notarié ordinaire, passé devant un seul notaire ? Et si elle assimile la révocation des donations entre époux à celle des testaments, en tant qu'elle a lieu par acte notarié, comment ne poursuivrait-elle plus cette assimilation dans les autres matières ? Telle doit être la forme de la révocation expresse. Quant à la question de savoir si tel acte, ayant les formes voulues, manifeste l'intention révocatoire, ce qui est une question de fonds, elle est absolument abandonnée au libre arbitre des juges. Quand la révocation est expresse, il faut en général qu'elle soit non équivoque : c'est ainsi qu'on a déclaré une donation entre époux non révoquée par un testament postérieur, où le donateur avait déclaré révoquer tous testaments antérieurs. Cette solution peut toutefois paraître bien hardie, surtout s'il n'existait aucun testament antérieur proprement dit.

b. La révocation des donations entre époux peut

être tacite, et de même que nous avons appliqué à la révocation expresse des donations les règles de la révocation expresse des testaments, nous appliquerons ici à la révocation tacite des donations les règles de la révocation tacite des testaments. Donc :

α. Une donation ou un testament postérieur qui contiendrait des dispositions incompatibles avec celles d'une donation antérieure, ou à elles contraires, révoquerait la donation, mais uniquement dans la mesure des dispositions incompatibles ou contraires. (1036.)

β. La révocation d'une donation par un testament postérieur aura tout son effet, bien que le testament reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir. (1037.)

γ. L'aliénation totale ou partielle de la chose donnée, consentie par l'époux donateur, même si elle a eu lieu par vente avec faculté de réméré ou par échange, emporte révocation de la donation pour tout ce qui a été aliéné, encore bien que cette aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans les mains du donateur. Au contraire, la constitution d'hypothèque consentie par le donateur sur la chose donnée n'entraînera point la révocation de la donation ; mais l'hypothèque vaudra, sans que l'héritier du donateur soit tenu de dégrever la chose, à moins que cette obligation ne lui ait été expressément imposée par le testament de son auteur. A plus forte raison, la donation entre époux ne serait-elle point révoquée par les dettes chirographaires que l'époux donateur aurait ultérieurement contractées.

C. Des effets de la révocation *ad nutum*.

Ils se définissent d'un mot : cette révocation agit comme une condition résolutoire (1183). Donc, à l'encontre de l'époux donataire, la donation est censée n'être jamais intervenue ; de sorte qu'il restitue la chose, en gardant toutefois les fruits perçus avant la révocation. A l'encontre des tiers, la donation est de même absolument rescindée ; de sorte que les aliénations à eux consenties, ou droits réels à leur profit constitués sur la chose par le donataire tombent, comme le droit de ce dernier ; la chose rentre libre et franche aux mains du donateur. Le tempérament de 958, aux termes duquel les aliénations et droits réels sont maintenus, quand la donation est révoquée pour ingratitude du donataire, ne serait applicable, que si le donateur, renonçant à la révocation *ad nutum*, se trouvait dans une situation à user du droit commun, et se contentait d'intenter l'action révocatoire pour ingratitude de son conjoint. C'est là une raison qui lui fera très-rarement employer cette action du droit commun, quand même il serait dans un cas où il la pourrait intenter avec fruit; car elle est bien moins énergique que la révocation *ad nutum*. Le donateur ne la pourrait préférer à cette dernière que dans des cas tout particuliers, si par exemple, violemment irrité de l'ingratitude de son conjoint, il voulait dévoiler publiquement, par un procès scandaleux, les torts de ce dernier, et l'exposer ainsi à la réprobation générale.

3. Du rapport des donations entre époux avec les autres donations au point de vue de la révocabilité.

Il existe en tout cinq causes de révocation : l'inexécution des conditions, l'ingratitude du donataire, la survenance d'enfants au donateur, le prononcé de la

séparation de corps contre l'époux donataire, le libre arbitre de l'époux donateur.

A. Au point de vue de leur objet, ces cinq causes se classent comme il suit :

a. La première seule, l'inexécution des conditions, est commune à toutes les donations, qu'elles interviennent entre étrangers, entre un tiers et un futur conjoint, entre deux futurs conjoints, ou entre deux époux. Elle est contractuelle, et agit avec l'énergie de la condition résolutoire.

b. La seconde, l'ingratitude du donataire, est commune aux donations qui interviennent entre étrangers, entre futurs époux et entre époux; elle ne s'applique pas aux donations faites par un tiers à un époux dans le contrat de mariage.

c. La troisième, la survenance d'enfants, s'applique aux donations qui interviennent entre étrangers, entre un tiers et un époux, non aux donations entre futurs epoux, ni à celles entre époux.

d. La quatrième est tout l'inverse de la précédente : elle est commune aux deux donations entre futurs époux et entre époux, et ne s'applique pas aux deux autres.

e. La cinquième est absolument spéciale aux donations entre époux pendant le mariage.

B. Les causes de révocation peuvent encore être classées, non plus d'après leur objet, mais d'après leur nature, et se diviser en causes ordinaires, édictées pour toutes les donations en général, à moins qu'un texte ne les déclare inapplicables, et causes extraordinaires, spéciales aux donations entre époux, et ayant besoin d'être édictées pour être applicables. Les trois

premières causes se rangent dans la première classe, et les deux autres dans la seconde.

II. De la caducité des donations entre époux.

De la révocation, il importe de bien distinguer la caducité. En principe, la caducité ne s'applique qu'à une libéralité inexistante, comme à un legs. Le propre de la caducité est d'empêcher un contrat de naître; aussi est-ce par abus de langage et par exception législative, dont il faut strictement restreindre la portée, que certaines donations entre-vifs sont déclarées caduques. La révocation, au contraire, ne s'applique qu'à une donation qui a vécu, et jamais à un legs. Elle suppose une opération entre-vifs, anéantie par la suite, soit que toute trace de la donation ait été effacée par la révocation, soit que cette révocation ait respecté un certain nombre des effets que la donation a produits. Cette distinction est très-importante : il en résulte que la caducité d'une donation entre-vifs est une anomalie, qu'il ne faut jamais admettre, quand la loi ne l'édicte pas expressément. Et cette distinction fondamentale, reconnue par tous les auteurs, nous paraît être une justification formelle des solutions que nous avons présentées sur la question de savoir si les donations entre époux sont caduques par le prédécès du donataire. Quoi qu'il en soit, la loi, dérogeant au principe qu'une donation entre-vifs ne saurait jamais être caduque, a prononcé la caducité pour certaines donations entre vifs.

1. Si l'on examine la caducité, on voit qu'elle comporte une double modalité : elle est simple ou com plexe; simple, quand elle est produite par l'unique prédécès du donataire, complexe, quand elle est pro-

duite par le double prédécès du donataire et des enfants issus du mariage.

2. Si l'on examine, non plus la caducité en elle-même, mais les donations qui en sont l'objet, on voit qu'elles peuvent, à ce point de vue, se diviser en trois classes.

A. Certaines donations ne sont jamais caduques par le prédécès du donataire, ni d'aucune autre personne. Ce sont les donations entre étrangers, les donations de biens présents faites par un tiers à un époux dans le contrat de mariage, et, suivant nous, toutes les donations qui interviennent entre époux pendant le mariage. La généralité des auteurs tient, au contraire, que ces dernières donations sont caduques par le simple prédécès du donataire, et M. Demolombe se range à cette doctrine, en exceptant, toutefois, la donation de biens présents.

B. D'autres donations sont caduques par le double prédécès du donataire et des enfants issus du mariage. Ce sont les donations de biens à venir, alternatives de biens présents et à venir, et sous des conditions potestatives pour le donateur, faites par un tiers à un époux dans le contrat de mariage.

C. Enfin, sont caduques par le simple prédécès du donataire les donations de biens à venir, alternatives et potestatives faites par un époux à son conjoint dans le contrat de mariage, et suivant presque tous les auteurs, toutes les donations entre époux pendant le mariage.

Il est à remarquer que les donations entre étrangers ne sont jamais affectées d'aucune caducité, ni simple, ni complexe; les donations faites par des tiers aux

époux dans le contrat de mariage, ou intervenues soit entre futurs époux, soit entre époux, sont seules affectées de cette modalité.

CHAPITRE TROISIÈME

De l'extension de 1094, quant au chiffre du disponible qu'il institue.

Les art. 913-917 établissent une certaine quotité disponible, partant une certaine réserve. D'après ces articles, le disponible ordinaire est égal à la totalité des biens, si le *de cujus* meurt sans laisser ni descendants, ni ascendants, à $\frac{1}{2}$ ou $\frac{3}{4}$ des biens, s'il ne laisse que des ascendants, suivant qu'il en laisse dans les deux lignes ou dans une seule; à $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{4}$ des biens, s'il laisse des enfants, suivant qu'il en laisse un, deux, trois, ou un plus grand nombre. Le caractère spécial de ce disponible est de pouvoir être attribué à tout individu, sans que le chiffre en puisse varier selon la qualité de celui à qui on l'attribue. La loi ne s'occupe pas de la qualité du donataire ou légataire; elle considère uniquement la qualité du réservataire, et c'est d'après le mérite de ce dernier qu'elle arrive à faire varier le chiffre de la réserve. Le chiffre du disponible ordinaire dépend donc, non de la qualité du gratifié, mais uniquement de celle du réservataire. Il n'en est pas ainsi, quand la donation s'adresse à l'époux du *de*

cujus. Ici et par exception, le chiffre du disponible ne dépend pas uniquement de la qualité du réservataire, mais aussi de celle du gratifié. En général, le disponible est ce qui n'est pas déjà affecté à la réserve de certaines personnes ; il affecte donc un caractère impersonnel. Ici par exception, c'est la réserve qui comprend ce qui n'est pas affecté au disponible institué en faveur d'une certaine personne ; le disponible participe en ce cas de la personnalité ordinairement spéciale à la réserve. C'est à une idée analogue qu'a obéi le législateur, quand il a créé le disponible spécial, tout personnel à l'enfant naturel. Là encore, il a pris en considération la qualité du gratifié. Et toutefois il ne faudrait pas exagérer cette assimilation. Car il existe entre les parents et l'enfant naturel une incapacité de donner, qui ne se retrouve point entre les époux. Ceux-ci sont parfaitement capables de se faire toutes donations. Seulement ces donations sont réductibles quand elles dépassent un certain chiffre. Toutefois, cette différence est surtout théorique ; car en pratique, l'incapacité de l'enfant naturel se traduit en une indisponibilité.

SECTION I. — *De l'influence de la qualité d'époux sur le chiffre du disponible de* 1094.

Pour comprendre ces principes spéciaux, il se faut rendre un compte exact de l'importance qu'attache le législateur à la qualité d'époux. Si en général il se soucie peu de savoir à qui est attribué le disponible, il n'en est point de même, quand le gratifié est un époux. C'est que la qualité d'époux peut être examinée à un

double point de vue, et devenir, selon les cas, une cause d'extension ou de restriction du disponible ordinaire.

§ 1. Tant qu'on se borne à l'appréciation pure et simple du rapport conjugal, sans se préoccuper du rapport de filiation, l'époux semble mériter des faveurs législatives auxquelles aucun autre ne saurait prétendre. La donation de l'époux à son conjoint apparaît ici comme l'accomplissement d'un devoir de conscience, d'une obligation quasi-naturelle d'assurer au conjoint survivant une situation décente et indépendante, qui l'empêche de tomber à la discrétion de ses enfants, et préserve l'autorité paternelle d'une fâcheuse éclipse.

La liberté des donations entre époux semble encore plus nécessaire, si l'on songe que notre loi, n'accordant au survivant qu'un droit de succession dérisoire, a dû abandonner à la sollicitude du prédécédé l'œuvre de justice qu'elle n'a point voulu accomplir d'elle-même. Car les législateurs qui ont pourvu à la dignité de l'époux survivant par l'octroi d'un droit successoral sérieux, comme le droit romain et le droit coutumier, ont supprimé ou restreint la liberté des donations entre époux; ceux au contraire qui n'ont point accordé au survivant de droit successoral efficace, comme le droit intermédiaire et le Code civil, ont admis par compensation que les donations entre époux seraient plus ou moins libres. Et cela s'explique : le législateur qui a pris soin de régler lui-même la situation du conjoint survivant, a voulu que cet office fût rempli par lui, non par le prédécédé, jugeant que ce dernier était trop aveugle, trop prodigue, ou trop égoïste pour s'en acquitter à souhait. Celui au contraire qui a redouté de s'immiscer dans les relations conjugales, et d'en

troubler la mystérieuse et délicate économie par une réglementation arbitraire du sort du survivant, a dû permettre au prédécédé de faire ce qu'il ne faisait point, et autoriser les donations entre époux.

Il est encore à remarquer que les législations qui prennent directement en main la cause de l'époux survivant, et qui assurent son sort en lui conférant un droit de succession ab intestat, sont celles où la succession testamentaire forme le droit commun, et occupe la première place. Ainsi, quant à la succession ordinaire, la volonté de l'homme est toute-puissante, et la loi n'intervient qu'à son défaut; quant à la succession entre époux, la loi intervient directement, et à l'exclusion de la volonté du *de cujus*. Dans ces législations, les droits du survivant sont réglés d'une manière plus fixe et plus sûre. Au contraire, les législations qui s'en remettent aux époux du soin d'assurer le sort du survivant sont celles qui, quant à la succession ordinaire, ne laissent à la volonté du disposant que l'influence secondaire. Ainsi les unes, s'en remettant à la volonté du *de cujus* quant à la question générale de savoir qui sera son héritier, s'en défient quant à la question de savoir si l'époux survivant aura un droit dans son patrimoine, et quel sera ce droit; elles ont donc rendu surtout testamentaire la succession ordinaire, et presque exclusivement légale la succession entre époux. Les autres, se défiant de la volonté de l'homme, quand il s'agit pour lui de choisir un héritier, s'en remettent à cette volonté quand il s'agit d'assurer le sort du conjoint survivant; elles ont donc rendu surtout légitime la succession ordinaire, et laissé bien plus libre la succession entre époux.

§ 2. Que si maintenant l'examen du rapport conjugal se complique de l'examen du rapport de filiation, la qualité d'époux devient au contraire une cause de restriction du disponible ordinaire. En effet la tendresse et l'influence réciproques des époux rendent entre eux les donations plus fréquentes, partant plus nuisibles aux intérêts des enfants, et plus redoutables aux yeux du législateur. C'est ainsi qu'il a pu prohiber entre époux les donations qu'il ne s'est point donné la peine de prohiber entre étrangers.

Une bonne loi devait donc accorder aux enfants contre l'époux survivant une protection spéciale, qu'il était inutile de leur accorder contre des étrangers, et à ce point de vue, le disponible entre époux devait être plus étroit que le disponible ordinaire. Mais nous avons vu qu'à un autre point de vue il devait être plus large. C'est qu'une bonne législation devait tenir compte de ces deux idées, également justes, et traduire dans ses dispositions la faveur mêlée de disgrâce que mérite le titre d'époux. On ne pouvait, sans injustice, admettre une de ces deux idées à l'exclusion de l'autre. Il fallait les admettre toutes deux, et les combiner dans un juste système d'équilibre et de pondération. Pour atteindre ce résultat, un seul moyen se présentait; c'était de choisir entre les deux termes extrêmes du disponible ordinaire, qui varie selon le nombre et la qualité des réservataires, un terme moyen exprimé par un chiffre fixe, qui fût le disponible entre époux. De cette manière, le disponible entre époux était en même temps plus fort et plus faible que le disponible ordinaire, et la loi, donnant satisfaction à deux principes opposés, échappait au grief d'inconséquence.

C'est l'esprit du système que le Code civil a inauguré.

SECTION II. — *De l'influence du nombre des descendants réservataires sur le chiffre du disponible de 1094.*

Ces principes posés, on se demande quel chiffre peut atteindre le disponible entre époux. Nous supposons qu'aucun d'eux n'a d'enfants d'un précédent mariage. Les personnes, dont l'existence et les droits restreignent la faculté qu'ont les époux de se faire des donations entre-vifs ou testamentaires, sont les réservataires, c'est-à-dire les ascendants du *de cujus*, et les enfants issus du mariage du *de cujus* avec le conjoint survivant. Ces personnes exercent sur le chiffre du disponible entre époux une influence qui varie selon la classe à laquelle elles appartiennent, et cela tant au point de vue des donations testamentaires, que des donations entre-vifs. Car les unes et les autres sont également licites, partant également dangereuses, et soumises aux mêmes restrictions. C'est dire qu'en faisant la théorie des donations entre-vifs, nous ferons aussi la théorie des legs et de la succession testamentaire entre époux.

La matière a son siége dans 1094. Cet article prévoit nommément deux cas : celui où le *de cujus* ne laisse ni enfants ni descendants, mais laisse cependant des réservataires qui ne peuvent être autres que des ascendants ; et le cas où le *de cujus* laisse des enfants réservataires. Au premier cas, le *de cujus* a pu donner au survivant tout le disponible ordinaire, plus l'usufruit

de la réserve des ascendants, c'est-à-dire $\frac{1}{2}$ ou $\frac{3}{4}$ en pleine propriété, selon qu'il y a des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule, et en outre l'usufruit de la moitié ou du quart formant la réserve des ascendants. Au second cas, le *de cujus* a pu donner à son conjoint survivant $\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, ou $\frac{1}{2}$ en usufruit. Comme 1094 examine les deux hypothèses où le *de cujus* laisse des réservataires, et ne limite qu'en ces deux cas le disponible entre époux, on en tire *à contrario* que, quand il n'y a pas de réservataires, ce disponible est illimité, c'est-à-dire égal à la totalité des biens. En somme, le disponible entre époux diffère du disponible ordinaire en ce que, d'abord, quand il n'y a d'autres réservataires que des ascendants, l'usufruit de la réserve des ascendants peut être attribué à l'époux survivant, tandis qu'il ne pourrait jamais l'être à un bénéficiaire étranger ; et de plus, en ce que, quand il y a des descendants, le disponible, au profit de l'époux, au lieu d'être d' $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{4}$ en propriété, suivant qu'il y a un, deux, trois enfants ou plus, est, quel que soit le nombre des enfants, d' $\frac{1}{4}$ en propriété plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, ou d' $\frac{1}{2}$ en usufruit. Ce disponible entre époux est donc égal au disponible ordinaire, quand il n'y a pas de réservataires, plus fort que lui, quand il y a des réservataires ascendants, tantôt plus fort, tantôt plus faible, et tantôt peut-être équivalent. mais jamais égal, quand il y a des réservataires descendants. Tel est du moins le sens apparent de 1094 ; il se suffit à lui-même, prévoit toutes les hypothèses, et semble à lui seul un petit Code de la matière.

De nombreux auteurs soutiennent que cette appa-

rence ne correspond point à la réalité. D'après eux, 1094 est purement extensif du disponible ordinaire ; la qualité d'époux peut bien conférer un privilége à ce dernier, mais jamais lui enlever le bénéfice du droit commun, qu'il est libre d'invoquer, quand le disponible ordinaire est supérieur au disponible entre époux. Cette question ne se peut poser que sur le cas où le *de cujus* laisse un ou deux descendants réservataires : quand il ne laisse que des collatéraux, le disponible entre époux est égal à la totalité des biens, absolument comme le disponible ordinaire, auquel il est nécessairement égal. Quand il ne laisse que des ascendants, le disponible ordinaire est toujours inférieur au disponible entre époux, de sorte qu'ici 1094 est toujours extensif. La question ne se pose donc que si le *de cujus* laisse des descendants, parce qu'alors le disponible entre époux est supérieur au *minimum* et inférieur au *maximum* du disponible ordinaire ; on peut se demander si le disponible ordinaire, en tant qu'il dépasse le disponible entre époux, est spécial au disponible ordinaire, ou s'il est commun aux deux disponibles. Cela revient à se demander si le nombre des descendants réservataires exerce une influence sur le chiffre du disponible entre époux.

Nous estimons que cette influence est nulle ; d'après nous, 1094 est tantôt extensif, tantôt restrictif du disponible ordinaire ; il est toujours et uniquement applicable et est exclusif des art. 913-917, à l'empire desquels le rapport conjugal est véritablement soustrait. Mais il importe avant tout de donner une base à la discussion, en faisant l'historique de 1094.

§ 1. — De l'historique des art. 913-917 et 1094, ou de leurs rapports avec les articles correspondants du Projet de Code. (Art. 16, 17 et 151.)

I. Du rapport du Code avec le Projet quant au disponible ordinaire, ou du rapport des art. 913-917 avec les art. 16 et 17.

1. Du rapport de l'art. 16 avec les art. 913-916.

A. L'art. 16, dont l'art. 151 n'était qu'une application, organisait un système complet :

a. Les parents réservataires se divisaient en trois classes : il y avait les enfants ou descendants ; les ascendants, les frères ou sœurs et les descendants de frères ou sœurs ; les oncles, grands-oncles et cousins germains. Ces trois classes de réservataires correspondaient à trois chiffres différents du disponible ordinaire, qui était d'$\frac{1}{4}$, $\frac{1}{2}$ ou $\frac{3}{4}$, selon que le bénéficiaire était en concours avec des réservataires de la première, de la deuxième, ou de la troisième classe.

b. De plus, ce disponible était invariable, quel que fût le nombre des réservataires de la classe appelée : le disponible, en un mot, variait bien selon la classe des réservataires appelés, mais non pas selon le nombre des réservataires de la classe appelée.

B. Le Code a changé tout cela ; sa réforme est double :

a. D'abord il n'y a plus que deux classes de réservataires, les descendants et les ascendants. Les frères ou sœurs, et descendants de frères ou sœurs, et les oncles, grands-oncles et cousins germains sont éliminés de la catégorie des réservataires.

b. En outre le chiffre du disponible ne dépend plus seulement de la classe et de la qualité des réservataires, mais aussi de leur nombre. Le disponible est donc rendu plus mobile et plus élastique : c'est ainsi qu'il est d'$\frac{1}{2}$, s'il y a des ascendants dans les deux lignes, et de $\frac{3}{4}$, s'il n'y en a que dans une seule; d'$\frac{1}{2}$, s'il n'y a qu'un enfant, d'$\frac{1}{3}$, s'il y en a deux, d'$\frac{1}{4}$, s'il y en a trois ou plus.

2. Du rapport de l'art. 17 avec 917.

A. L'art. 17 venait compléter l'art. 16; il fixait pour le disponible un chiffre unique, qui ne variait point, selon que la disposition était faite en propriété ou en usufruit; le *de cujus*, qui ne pouvait donner qu'$\frac{1}{4}$, $\frac{1}{2}$, ou $\frac{3}{4}$, ne pouvait jamais donner plus en usufruit; et si, disposant en usufruit, il dépassait l'un de ces chiffres, sa disposition y était simplement réductible, tout comme si elle eût compris de la pleine propriété. Au point de vue du chiffre du disponible, la nature de la libéralité était donc absolument indifférente.

B. Ce principe a été modifié par le Code. D'après le Code, le chiffre du disponible est calculé pour le cas où la disposition est faite en propriété; si elle est faite en usufruit, et dépasse, comme telle, le chiffre du disponible, les héritiers du disposant peuvent, à leur choix, exécuter la disposition d'usufruit, selon sa forme et teneur, ou la transformer en disposition de propriété, et abandonner aux légataires le *maximum* du disponible en propriété.

Tel est le rapport entre le disponible ordinaire, tel que l'avait conçu d'un premier jet le Projet de Code, et tel que l'a modifié et arrêté le Code lui-même.

II. Du rapport du Code avec le Projet quant au

disponible entre époux, ou des rapports de 1094 avec l'art. 151.

1. L'art. 151, qui a du reste été reproduit par 1094, était comme la traduction et le développement des art. 16 et 17. L'art. 151 posait deux principes :

A. D'abord l'époux pouvait toujours donner à son conjoint, en propriété, tout ce qu'il eût pu donner à un étranger, c'est-à-dire $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{2}$ ou $\frac{3}{4}$ en propriété, selon que l'époux concourait avec des réservataires de la première, de la deuxième, ou de la troisième classe. Ainsi, quand la disposition était faite en propriété, le disponible ordinaire était le même que le disponible entre époux; en autres termes, il n'y avait pas en propriété de disponible spécial aux époux.

B. En outre, l'époux pouvait toujours faire à son conjoint une donation supplémentaire d'usufruit, qu'il n'eût pas pu faire à un étranger ; et cette disposition d'usufruit comprenait tout ou partie de la réserve. Ainsi, quand l'époux laissait des réservataires de la troisième classe, le survivant pouvait recevoir en propriété $\frac{3}{4}$, c'est-à-dire autant qu'un étranger, et de plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, c'est-à-dire tout l'usufruit de la réserve des collatéraux. De même, quand le *de cujus* laissait des réservataires de la seconde classe, l'époux survivant pouvait recevoir le disponible ordinaire ou $\frac{1}{4}$ en propriété, plus tout l'usufruit de la réserve des ascendants, frères ou sœurs ou descendants d'eux, c'est-à-dire $\frac{1}{2}$ en usufruit. Et enfin, quand le *de cujus* laissait des descendants réservataires de la première classe, l'époux pouvait recevoir le disponible ordinaire ou $\frac{1}{4}$ en propriété, plus l'usufruit d'une portion de

la réserve des descendants, c'est-à-dire $\frac{1}{4}$ en usufruit. Au lieu d' $\frac{1}{4}$ en propriété, il pouvait *à fortiori* recevoir $\frac{1}{2}$ en usufruit, le disponible ordinaire étant le même en usufruit qu'en propriété, et le premier quart d'usufruit venant s'imputer sur le disponible ordinaire. En somme, le disponible spécial aux époux était exclusivement un disponible d'usufruit, comprenant toute la réserve, quand l'époux survivant avait en face de lui des réservataires de la seconde ou de la troisième classe, et une partie seulement de la réserve, quand l'époux avait en face de lui des réservataires de la première classe. Il faut remarquer que, dans deux cas sur trois, quand l'époux survivant avait affaire à des réservataires de la première ou de la seconde classe, le chiffre du disponible spécial d'usufruit était précisément égal au chiffre du disponible ordinaire de propriété : en effet, l'époux qui pouvait, dans ces deux cas, recevoir $\frac{1}{4}$ ou $\frac{1}{2}$ en propriété, pouvait recevoir également $\frac{1}{4}$ ou $\frac{1}{2}$ en usufruit. La mesure du disponible spécial d'usufruit était, dans ces deux cas, la même que celle du disponible ordinaire de propriété. Mais, au troisième cas, cette proportion n'était plus gardée, puisque l'époux en concours avec des réservataires de la troisième classe, pouvait recevoir $\frac{3}{4}$ en propriété, ou le disponible ordinaire, plus l'usufruit de la réserve, ou $\frac{1}{4}$ d'usufruit. Il est vrai qu'ici il était matériellement impossible d'égaler le disponible spécial au disponible ordinaire, ce dernier étant déjà de $\frac{3}{4}$. Ainsi l'époux pouvait toujours recevoir, en propriété autant qu'un étranger, et de plus, en usufruit, tout ou partie de la réserve ; et ce disponible spécial d'usufruit avait la même mesure que le disponi-

ble ordinaire, sauf un cas où cette assimilation était absolument impossible.

C. Enfin, d'après le Projet, le chiffre du disponible restait toujours le même, que la disposition fût faite en propriété, ou en usufruit.

2. Le Code a modifié ce système, en modifiant les deux principes qui en formaient le fond. Ainsi :

A. Le principe que l'époux peut toujours donner en propriété à son conjoint tout ce qu'il pourrait donner à un étranger, est abandonné, ou du moins, cette coïncidence ne se rencontre plus. En tous cas, le disponible que fixe 1094 n'est plus toujours égal au disponible ordinaire. Peut-être est il pris sur les mêmes fonds, peut-être s'impute-t-il sur ce disponible ordinaire ; mais en tous cas, la mesure de ces deux disponibles n'est plus la même. L'égalité des deux disponibles de propriété persiste, tant qu'il n'y a pas d'autres réservataires que des ascendants ; l'époux peut alors, comme un étranger, recevoir $\frac{1}{2}$ ou $\frac{3}{4}$ en propriété, selon qu'il y a des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule. Mais cette égalité s'évanouit, quand il y a des descendants, puisque l'époux, en concours avec eux, ne peut jamais recevoir qu'$\frac{1}{4}$ en propriété, tandis que l'étranger pourrait, dans le même cas, recevoir $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{4}$ en propriété, selon qu'il y aurait un, deux, trois enfants ou plus. Tel est le résultat auquel on arrive, en s'en tenant à 1094.

B. Quant au second principe, d'après lequel l'époux peut recevoir, outre une certaine part de propriété, une part d'usufruit qui ne saurait être attribuée à un étranger, et qui est précisément égale à ce qu'il peut recevoir en propriété, le Code l'admet, en lui faisant subir de

légères modifications, conséquence forcée de réformes plus générales. Tandis que dans le Projet de Code, l'exactitude de ce principe, ou, si l'on veut, de cette coïncidence se vérifiait dans deux cas sur trois, elle se vérifie sous le Code, dans un cas sur deux, et même en outre, dans une des deux hypothèses constitutives du second cas. Ainsi, quand l'époux survivant est en concours avec des enfants, le disponible supplémentaire d'usufruit est bien d'$\frac{1}{4}$ comme le disponible de propriété. De même, quand l'époux concourt avec des ascendants, et qu'il y en a dans les deux lignes, le disponible d'usufruit est bien d'$\frac{1}{2}$ comme le disponible de propriété. Il est vrai que cela cesse d'être exact, s'il n'y a d'ascendants que dans une seule ligne, puisqu'alors l'époux, qui peut recevoir $\frac{3}{4}$ de propriété, ne peut recevoir qu'$\frac{1}{4}$ d'usufruit. Mais cela tient simplement à une impossibilité matérielle de donner aux deux disponibles une commune mesure, l'entier ne contenant que $\frac{4}{4}$. En somme, tandis que le premier principe admis par le Projet a été fort défiguré par la refonte législative, le second en est sorti à peu près intact.

C. Enfin, il était un troisième principe, que le Projet du Code avait appliqué tant au disponible ordinaire qu'au disponible entre époux, et d'après lequel une disposition d'usufruit ne pouvait jamais dépasser le chiffre qu'une disposition de propriété pouvait atteindre. Ce principe, qui n'a pas passé dans le Code, en ce qui concerne le disponible ordinaire, semble au contraire y avoir passé, en ce qui concerne le disponible entre époux. Tandis que, d'après 913, les héritiers ont le choix, ou d'exécuter une disposition excessive d'usufruit faite au profit d'un étranger, ou d'abandonner

tout le disponible de propriété, la même faculté n'est point reproduite pour eux dans 1094, quand le gratifié est un époux. Il résulte de cet article, que le *de cujus* n'a jamais pu donner au conjoint survivant plus d'$\frac{1}{2}$ en usufruit. Comme, d'après 1094 lui-même, le survivant pouvait recevoir $\frac{1}{4}$ de propriété, plus $\frac{1}{4}$ d'usufruit, il est bien évident qu'il pouvait recevoir $\frac{1}{2}$ d'usufruit, c'est-à-dire $\frac{1}{4}$ de nue propriété en moins. Mais le Code a précisément voulu proscrire une disposition d'usufruit supérieure à $\frac{1}{2}$, et prétendue équivalente à une donation du plus fort disponible, c'est-à-dire à une donation d'$\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit. Les héritiers n'ont donc point ici l'option de 917, puisque, s'ils prenaient le parti d'exécuter la disposition excessive d'usufruit, nous aurions une disposition d'usufruit qui dépasserait la mesure du disponible de propriété. (M. Demolombe, *loc. cit.*, n^{os} 488 et suiv.)

§ 2. — Exposition et réfutation du système Benech.

Les jurisconsultes ont longtemps admis sans controverse que 1094 était tantôt restrictif, tantôt extensif du disponible ordinaire. M. Benech, qui compta de suite, et compte encore de nombreux partisans, soutint le premier que 1094 était purement extensif du disponible ordinaire, qu'il conférait à l'époux une faveur, sans lui retirer le bénéfice du droit commun, qu'il lui proposait une alternative, sans lui imposer un parti unique. (MM. Aubry et Rau, t. V, p. 609; Boissonade, n^{os} 407 et suiv.; Valette, Demante, Duranton, le *Droit* du 11 mars 1846.) Le système Benech emprunte

ses arguments à la raison même, au texte de la loi, et enfin à l'historique des travaux préparatoires.

I. La raison même, d'après M. Benech, commande l'adoption de ce système.

1. Il faut que la loi ait considéré la qualité d'époux comme un titre de faveur ou comme une cause de défiance. Il est possible, et même nécessaire qu'elle ait eu l'une ou l'autre de ces idées ; il n'est pas possible qu'elle les ait eues toutes les deux, puisque chacune d'elles est la négation de l'autre, ni que, dans la même matière, dans le même texte, dans le même article, la loi ait adopté simultanément deux idées contradictoires. Suivant donc qu'elle a considéré la qualité d'époux comme favorable ou défavorable, elle a dû organiser à l'usage des époux un disponible entièrement extensif ou entièrement restrictif du disponible ordinaire. Or qu'a-t-elle fait? Chacune de ses dispositions prouve qu'elle a adopté le système extensif. Et, en effet, si le *de cujus* ne laisse point de réservataires, le disponible entre époux est égal au disponible ordinaire, et la loi ne pouvait accentuer sa préférence pour l'époux en le rendant supérieur, puisque tous deux comprennent tout le patrimoine. Mais cette préférence, la loi la manifeste, quand l'époux laisse des ascendants réservataires, en permettant à l'époux de donner à son conjoint tout le disponible ordinaire, plus l'usufruit de toute la réserve. Cette préférence, elle la manifeste encore, quand l'époux laisse des descendants réservataires : en effet, quand il y a trois enfants ou plus, l'époux peut recevoir $\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, quand l'étranger ne peut recevoir qu' $\frac{1}{4}$ en propriété. Quand il y a deux enfants, l'époux peut recevoir $\frac{1}{4}$ en

propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, c'est-à-dire $\frac{9}{24}$ en propriété, si l'on admet le principe de la loi du 22 frimaire an VII, d'après lequel l'usufruit s'évalue à la moitié de la propriété, tandis que l'étranger ne peut jamais recueillir qu'$\frac{1}{3}$ ou $\frac{8}{24}$ en propriété. Dans tous ces cas, le disponible entre époux est supérieur au disponible ordinaire, apparemment parce que la loi voit avec faveur le titre d'époux. On ne comprendrait pas que cette proportion fût renversée, et cette faveur métamorphosée en disgrâce, dans le cas unique où il n'y a qu'un enfant ; car le nombre des enfants ne saurait modifier l'idée que la loi s'est faite du rapport conjugal. Et d'ailleurs, dans le système adverse, quel est le cas où le disponible entre époux serait inférieur au disponible ordinaire ? Précisément celui où la réserve de l'enfant serait le plus forte ! De sorte que la loi, voulant protéger les enfants, aurait accordé à l'époux un disponible plus fort, alors que la réserve des enfants était plus faible, et restreint l'époux à un disponible plus faible, quand la réserve des enfants était plus forte. La loi refuserait donc aux enfants sa protection, quand ils en ont le plus besoin, et la leur accorderait, quand ils n'en ont que faire, ce qui est absurde.

2. Cette argumentation manque de base. Le système Benech considère comme absurde une idée très-rationnelle, à savoir que la loi obéit ici à deux idées contraires, et les traduit toutes deux dans ses dispositions. Il s'agissait en effet de combiner en une proportion savante les deux principes qui s'imposaient au législateur, et dont aucun ne pourrait, sans inconséquence, être méconnu : ce qui, d'après M. Benech, fait l'absurde de notre système, en fait donc le raison-

nable. Le disponible entre époux est tantôt plus fort que le disponible ordinaire, parce que le *minimum* du disponible ordinaire ne permettrait pas à l'époux de favoriser son conjoint dans la juste limite, tantôt plus faible, parce que le *maximum* du disponible ordinaire serait trop large, pour sauvegarder les intérêts des enfants. Aussi le disponible entre époux est-il fixe et non mobile, forcé et non facultatif, puisque les besoins de l'époux sont eux-mêmes fixes, et ne varient point avec le nombre des enfants; ce qui explique comment le disponible entre époux est plus fort que le disponible ordinaire, quand la réserve de l'enfant est plus élevée, et plus faible, quand la réserve de l'enfant est moindre.

II. Les textes, d'après M. Benech, démontrent clairement que 1094 est purement facultatif et extensif.

1. En effet, 902 déclare que toutes personnes peuvent donner ou recevoir, à moins d'en être déclarées incapables par la loi. D'autre part, 913 fixe la quotité disponible à $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, ou $\frac{1}{4}$, selon qu'il y a un, deux, trois enfants ou plus. Cet article s'applique à tout *de cujus*, et l'époux peut, comme un autre, l'invoquer, à moins qu'un texte ne le déclare incapable de donner ou de recevoir en cette mesure de son conjoint. Or 1094 n'édicte pas cette incapacité. Il est au contraire conçu dans des termes extensifs; il ne dit pas comme 913, fixant les limites du disponible ordinaire « *les libéralités ne pourront excéder* », ou « *l'époux ne pourra donner que* », ce qui serait édicter une prohibition, mais « *l'époux pourra donner* », ce qui est octroyer une faculté exorbitante du droit commun.

2. Cet argument repose sur une pétition de principe : ce sont les mots « *pourra donner* », qui donnent

naissance à la controverse; s'il y avait, « *l'époux ne pourra donner que* », la question serait formellement tranchée dans notre sens. Or c'est sur les mots « *pourra donner* » que le système Benech s'appuie, pour dire qu'ils résolvent la question en sa faveur. C'est résoudre la question par la question, qu'alléguer en sa faveur un texte, sans lequel la controverse n'existerait point. Ces mots la créent, la rendent possible, mais ne la tranchent point. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'ils laissent la question intacte. Nous pourrions d'ailleurs, avec une vraisemblance égale, les interpréter en notre sens; car dire qu'un disponible pourra atteindre un chiffre, c'est dire qu'il ne pourra le dépasser. De plus, l'argument tiré de 902 ne vaut rien, puisqu'il s'agit ici, non d'une incapacité, mais d'une indisponibilité.

III. Enfin le système Benech emprunte divers arguments aux travaux préparatoires :

1. Un premier argument se déduit comme il suit :

A. L'art. 151 du Projet était certainement une extension de l'art. 16 du même Projet. En effet, le disponible ordinaire, d'après l'art. 16, était toujours d'$\frac{1}{2}$ ou d'$\frac{1}{4}$ en propriété, quel que fût le nombre des ascendants ou enfants, tandis que, d'après l'art. 151, le disponible entre époux était d'$\frac{1}{2}$ ou d'$\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{2}$ ou $\frac{1}{4}$ en usufruit. Le Projet de Code favorisait donc l'époux, en permettant de lui donner, quel que fût le nombre des enfants, outre le disponible ordinaire en propriété, un disponible spécial égal, en usufruit. Tel était le rapport des art. 16 et 151 du Projet. Or, dit M. Benech, les articles du Code 913 et 1094, sont entre eux dans un rapport analogue. En effet, que s'est-il passé? L'art. 16, il est vrai, a été modifié. puis-

que, d'après 913, il n'y a plus que deux classes de réservataires, au lieu de trois, et que le disponible varie, non-seulement selon la classe et la qualité, mais aussi selon le nombre des réservataires, selon qu'il existe des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule, et selon qu'il y a un, deux, trois enfants, ou plus. Le disponible ordinaire est d'$\frac{1}{2}$ ou de $\frac{3}{4}$, quand il y a des ascendants, et d'$\frac{1}{2}$, d'$\frac{1}{3}$ ou d'$\frac{1}{4}$, quand il y a des enfants. Le disponible entre époux est au contraire d'$\frac{1}{2}$ ou de $\frac{3}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{2}$ ou $\frac{1}{4}$ en usufruit, quand il y a des ascendants, et d'$\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, quand il y a des enfants. Donc 913 et 1094 ne sont plus entre eux dans le même rapport que les art. 16 et 151 du Projet. Il n'est plus vrai que le disponible entre époux soit toujours une extension du disponible ordinaire, et que cette extension consiste dans l'octroi d'un disponible d'usufruit égal au disponible de propriété : car $\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit sont moindres qu'$\frac{1}{2}$ en propriété. Mais, dit M. Benech, l'art. 151 a été écrit dans un esprit tout favorable à l'époux. Or 1094 en est l'exacte reproduction. Donc il a le même sens qu'avait l'art. 151 lors de sa rédaction, puisque les modifications qu'a subies l'art. 16 ne le touchent point : ainsi 1094, successeur identique de l'art. 151, est indépendant de 913, successeur modifié de l'art. 16 ; il est donc, comme l'article 151, son original, toujours extensif du disponible ordinaire.

B. Cet argument nous paraît faux en lui-même, en contradiction avec le texte de 1094, et inacceptable dans ses conséquences :

a. Il est faux en lui-même : il résultait en effet de la

relation des art. 16 et 151, que le disponible entre époux devait toujours être supérieur au disponible ordinaire; ce système supposait essentiellement cette circonstance, que le disponible ordinaire était toujours d'$\frac{1}{4}$, quel que fût le nombre des enfants. Or le disponible ordinaire a été modifié, tandis que le disponible entre époux est demeuré le même. Le système du Projet a donc été abandonné. Car personne n'osera soutenir qu'un rapport donné subsiste, quand on en change un terme. Cela est d'autant plus faux, que la loi ne disait nulle part, dans le Projet, que l'époux devait toujours avoir plus qu'un étranger. Ce principe n'a jamais été posé *ex professo*. La loi n'a jamais dit que toujours, et dans toute refonte ultérieure du Projet, le disponible entre époux devait excéder le disponible ordinaire; elle permettait simplement de conclure que, dans le système du Projet, les choses se passaient ainsi; elle n'avait ni ne pouvait avoir la prétention d'engager l'avenir, et de maintenir quand même entre les deux disponibles un rapport donné, même au cas où le disponible ordinaire serait élevé. Ainsi c'est par une généralisation peut-être trop hardie, qu'on faisait résulter ce principe de la combinaison des art. 16 et 151. Il ne saurait donc subsister, quand le Code, laissant immuable le disponible entre époux, a notablement augmenté le disponible ordinaire. La relation arithmétique qui servait de base à ce prétendu principe est, en effet, détruite. En somme, l'art. 151 tirait son sens de sa combinaison avec l'art. 16, et non d'un texte spécial édictant le principe que le disponible entre époux devait toujours excéder le disponible ordinaire. 1094 ne peut tirer son sens de sa combinaison

avec un article inexistant, mais uniquement de sa combinaison avec 913, et des termes en lesquels il est lui-même conçu ; car, l'art. 16 ayant disparu, il ne reste plus à 1094, calqué sur l'art. 151, que son sens littéral.

b. Les termes mêmes de 1094 prouvent que la loi n'a pas entendu poser en principe que le disponible entre époux devait toujours dépasser le disponible ordinaire. Ce principe est, à vrai dire, nettement posé et appliqué par l'article, dans son premier alinéa, quand il y a des ascendants : l'époux peut alors donner à son conjoint tout ce qu'il pourrait donner à un étranger, plus l'usufruit de toute la réserve. Mais le second alinéa, qui prévoit le cas où il y a des descendants, ne s'exprime plus avec la même généralité : « *si l'époux laisse des descendants, il pourra donner au conjoint, soit un quart en propriété et un quart en usufruit, soit une moitié en usufruit.* » L'article ne se réfère plus, comme tout à l'heure, au disponible ordinaire ; il ne dit pas qu'on pourra donner à l'époux ce disponible tout entier, et quelque chose en sus, à savoir l'usufruit d'une partie de la réserve. Cela était pourtant plus conforme à l'harmonie grammaticale ; mais c'était contraire à l'idée de la loi. L'article refuse évidemment de s'exprimer avec la même généralité, et de poser le principe, quand il y a des descendants ; au lieu de se référer au disponible ordinaire, pour calculer le disponible entre époux, il donne un chiffre et rien de plus. Cette restriction mentale est significative.

c. Enfin l'on peut hardiment affirmer que, quand bien même cet article serait fondé en lui-même et en texte, les conséquences auxquelles il mène le ren-

draient inacceptable. Il conduit en effet tout droit à l'impossible et à l'absurde :

α. Le système Benech raisonne comme il suit : 1094 a le même sens qu'avait l'art. 151. Or cet art. 151 tirait son sens de sa combinaison avec l'art. 16. Donc 1094 se combinera avec l'ancien art. 16, comme si ce dernier existait encore ; car on le ressuscite en tant qu'il s'agit d'interpréter 1094. Cela posé, d'après l'art. 16, le disponible ordinaire était d'$\frac{1}{4}$ en propriété ; d'après l'art. 151, que 1094 reproduit, le disponible entre époux était d'$\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit. Donc le principe est que le disponible entre époux est toujours égal et parfois supérieur au disponible ordinaire.

Cette déduction est incomplète : il ne résultait pas en effet du rapport des art. 16 et 151, que le disponible entre époux dût toujours égaler et parfois surpasser le disponible ordinaire, il en résultait qu'il devait toujours surpasser ce disponible. Si donc le rapport institué par ces deux articles doit nous servir à interpréter 1094, le disponible entre époux doit toujours dépasser le disponible ordinaire. De plus, si on tire de ce rapport que le disponible entre époux doit toujours excéder le disponible ordinaire, on doit en tirer aussi de combien il l'excède. Car le rapport arithmétique institué par ces articles doit nous livrer le rapport immuable des deux disponibles. Or on voit que, d'après ces articles, le disponible entre époux devait, dans tous les cas, comprendre en propriété tout le disponible ordinaire, plus une valeur égale en usufruit, prise sur la réserve. Ce n'est donc pas quelquefois, mais toujours, que le disponible entre époux doit

dépasser le disponible ordinaire ; et de plus, il doit le dépasser d'une quantité d'usufruit égale à la quantité de propriété que contient ce disponible ordinaire.

B. Or ces déductions, si logiques pourtant, sont fausses et absurdes : il est inexact, de l'aveu même de nos adversaires, que le disponible entre époux doive toujours dépasser le disponible ordinaire ; ils soutiennent seulement que, dans la plupart des cas, ces deux disponibles doivent être égaux. Et il est encore plus faux que le disponible entre époux doive toujours comprendre tout le disponible ordinaire en propriété, plus une somme égale en usufruit. Ainsi, quand il y a des enfants, le disponible ordinaire actuel étant d'$\frac{1}{4}$, d'$\frac{1}{3}$, ou d'$\frac{1}{2}$ en propriété, le disponible entre époux devrait comprendre cette quantité en propriété, plus une quantité égale en usufruit ; or ceux même qui prétendent qu'en certains cas, le disponible entre époux peut comprendre $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{2}$ en propriété, ne prétendent point qu'il puisse comprendre en outre une somme égale en usufruit, c'est-à-dire l'usufruit de la moitié ou de la totalité de la réserve des enfants. Et les conséquences du système Benech sont encore plus exorbitantes, si l'on suppose que l'époux survivant se trouve en face d'ascendants réservataires. Ici la réserve ne serait plus seulement anéantie, mais le disponible entre époux se composerait de fractions supérieures à l'unité : en effet, le disponible ordinaire étant d'$\frac{1}{2}$ ou de $\frac{3}{4}$, selon qu'il y a des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule, le disponible entre époux devrait comprendre, outre cette quantité en propriété, une quantité égale en usufruit, c'est-à-dire que, quand il n'y a d'ascen-

dants que dans une ligne, le disponible entre époux devrait comprendre $\frac{6}{4}$ d'usufruit! — Telles sont les absurdités auxquelles on est conduit, pour interpréter un article actuel en lui conférant le sens que ses ancêtres empruntaient à d'autres articles disparus, avec lesquels d'ailleurs ils n'étaient liés que par un rapport de coïncidence éphémère.

2. Le système Benech puise dans les travaux préparatoires un second argument, qu'il estime topique :

A. Cet argument est tiré d'une observation faite par M. Berlier, dans le sein du conseil d'État, lors de la discussion de 1098. Cet article suppose que le conjoint donateur a des enfants d'un précédent mariage. Pour ce cas, le Projet ne permettait à l'époux de donner à son conjoint qu'une part d'enfant le moins prenant, et en usufruit seulement. Lors de la discussion, Cambacérès proposa que l'époux pût donner cette même part, mais en propriété. Cela fut adopté. Alors M. Berlier fit observer qu'il serait bon de limiter à $\frac{1}{4}$ de la succession le montant des libéralités qui pourraient être faites à l'époux survivant, parce que, si la règle de Cambacérès était adoptée dans son intégrité, « *le nouvel époux pourrait, s'il n'y avait qu'un enfant ou deux du premier mariage, et point du second, avoir, en partageant avec eux, la moitié ou le tiers de la succession en toute propriété.* » Ainsi, dit M. Benech, on a jugé nécessaire de limiter à $\frac{1}{4}$ le disponible entre époux remariés ayant enfants d'un premier lit, parce que, sans cette restriction, le nouveau conjoint eût pu obtenir $\frac{1}{2}$ ou $\frac{1}{3}$ de la succession, s'il n'y avait eu qu'un ou deux enfants. Et aux termes de quel article eût-il pu obtenir cette quantité ? Évidemment aux termes de 1094. Donc, d'après

1094, isolé de 1098, l'époux peut recevoir $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{2}$ de la succession, ce qui revient à dire que l'époux peut profiter du disponible ordinaire, quand il est supérieur au disponible entre époux. C'est seulement quand il y a un second mariage, et que le donateur a des enfants d'un premier lit, que l'époux nouveau ne pourra avoir plus d' $\frac{1}{4}$ des biens, même en partageant également avec les enfants. Tel est l'argument. M. Benech le corrobore, en citant à l'appui les termes en lesquels Maleville analyse la discussion qui fut agitée dans le sein du conseil d'Etat, sur 1098 : « *On observa*, dit-il, *qu'il faudrait mettre une limite à la faculté de disposer accordée à l'époux qui convole, et qu'il serait dur, s'il n'y avait qu'un ou deux enfants du premier lit, qu'il pût donner à son second conjoint la moitié ou le tiers de ses biens ; et on le réduisit au quart de la portion en pareil cas disponible.* » Il résulte de là que, dans l'opinion de Maleville, l'époux eût pu, d'après 1094, et sans 1098, recevoir $\frac{1}{2}$ ou $\frac{1}{3}$ des biens.

B. Cet argument, d'apparence spécieuse, et que M. Valette estime être concluant, repose néanmoins sur une erreur manifeste d'interprétation. Les termes employés par MM. Berlier et Maleville ne prouvent point l'exactitude du système Benech, et même, si on les examine avec attention, ils en démontrent la fausseté.

a. Et d'abord ils ne prouvent aucunement que, d'après 1094, l'époux, en concours avec des enfants communs, peut recevoir $\frac{1}{2}$ ou $\frac{1}{3}$ en propriété. Ce qui est exact, c'est que 1098 refuse à l'époux la faculté de donner à son conjoint $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{2}$ en propriété, et que, sans cet article, cette faculté eût existé. Mais

ce que 1098 ne dit pas, c'est à quel époux et dans quel cas ce tiers ou cette moitié eussent pu être donnés, sans la restriction de 1098. M. Benech affirme que c'est à un premier époux, et quand il existe des enfants communs, que cette donation eût pu être faite. C'est une lourde erreur : ce qui est vrai, c'est que, sans 1098, cette disposition eût pu être adressée au second époux, alors qu'il n'existe aucun enfant commun, et qu'il existe seulement un ou deux enfants d'un premier lit du *de cujus*. 1098 n'est donc nullement interprétatif de 1094, et il n'est pas vrai que, d'après 1094, le tiers ou la moitié puissent être donnés à l'époux, sauf en cas de convol. 1098 n'a donc absolument rien à faire en notre matière. L'exactitude de notre interprétation résulte au reste des termes employés par MM. Berlier et Maleville. « *S'il n'y avait*, dit M. Berlier, *qu'un enfant ou deux issus du premier mariage, et point du second, le nouvel époux pourrait avoir la moitié ou le tiers.* » Maleville dit également, « *qu'il faut limiter le droit de disposition de l'époux qui convole, et qu'il serait dur, s'il n'avait qu'un enfant ou deux du premier lit, qu'il pût donner la moitié ou le tiers à son nouveau conjoint.* » On suppose donc toujours qu'il y a un ou deux enfants du premier lit, et pas d'enfants communs, ce qui rend 1094 inapplicable.

b. Non-seulement ces termes ne prouvent rien pour la doctrine Benech, mais ils prouvent beaucoup contre elle. On reconnaît assez volontiers, même dans l'opinion que nous soutenons, que MM. Berlier et Maleville se sont lourdement mépris sur le sens de 1094, et ont cru qu'il permettait la disposition du tiers ou de la moitié. C'est un reproche que nous ne leur faisons

pas, et leurs expressions nous paraissent d'une rigoureuse exactitude. Il serait, du reste, étrange que deux jurisconsultes, si directement associés à la rédaction du Code, eussent commis l'erreur grossière de confondre l'objet de deux articles aussi importants et aussi différents dans leur spécialité que 1094 et 1098.

α. Voyons en effet comment s'exprime M. Berlier : « *S'il n'y avait qu'un enfant ou deux du premier mariage, et point du second, le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir la moitié ou le tiers de la succession.* » Dans quel cas M. Berlier prévoit-il que le nouvel époux pourrait prendre cette moitié ou ce tiers? Dans le cas unique où il y aurait un ou deux enfants du premier lit, et aucun du second. Donc, par *à contrario*, ce résultat ne serait point possible, s'il y avait un ou plusieurs enfants du second lit, enfants communs. Car alors, d'après 1094, l'époux nouveau, en face d'enfants communs, ne pourrait obtenir ni $\frac{1}{2}$, ni $\frac{1}{3}$, mais seulement $\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, ou seulement $\frac{1}{4}$ en propriété, s'il y avait en outre des enfants communs.

β. Et maintenant, comment s'exprime Maleville? « *Il serait dur que l'époux qui convole pût, s'il n'avait qu'un enfant ou deux du premier lit, donner une moitié ou un tiers à son conjoint.* » Ce résultat ne lui semble possible, que quand il y a seulement un ou deux enfants du premier lit; si donc il y en avait du second, leur présence empêcherait ce résultat. — Et d'ailleurs, un peu plus loin, Maleville prévoit divisément les trois cas où le *de cujus* ne laisse aucuns réservataires, où il laisse des ascendants, et où il laisse des descendants, et il adapte à chacun la solution qu'il croit convena-

ble. Il est naturel de penser que, s'il eût été de l'opinion que les adversaires lui prêtent, il eût au moins exprimé sur le troisième cas la faculté pour le *de cujus* d'opter entre le disponible ordinaire et le disponible entre époux. Or, il ne dit pas un mot de cette faculté d'option : « *Suivant notre article* (1094), *les époux peuvent se donner tous leurs biens, quand ils n'ont ni enfants ni ascendants, et cela est très-juste; mais de plus, ils peuvent se donner, outre la portion disponible, l'usufruit même de la légitime des ascendants; et s'ils laissent des enfants, ils peuvent, à leur choix, se donner un quart en propriété, et un quart en usufruit, ou bien la moitié de l'usufruit de tous les biens.* » — Le second argument que le système Benech emprunte aux travaux préparatoires ne vaut donc pas mieux que le premier. L'honneur de cette réfutation péremptoire revient à Marcadé. (Sur l'art. 1094.)

§ 3. — De quelques arguments qui n'ont point trouvé place dans la discussion du système adverse.

Ils peuvent également s'emprunter à la raison, au texte, et aux travaux préparatoires :

I. Nous avons suffisamment démontré qu'une bonne législation devait, par l'institution d'un disponible fixe, intermédiaire entre les deux termes extrêmes du disponible ordinaire, concilier la faveur due à l'époux avec la protection que méritent les enfants. Ce système est donc raisonnable.

II. Il s'appuie sur les textes. En effet :

1. A première vue, 1094 paraît bien se suffire à lui-même. On objecte qu'il y a pétition de principe à

alléguer que 1094 se suffit à lui-même, quand il s'agit de démontrer qu'il n'a pas besoin d'être complété par 913. C'est vrai ; aussi n'est-ce pas là une preuve, mais une présomption résultant de l'apparence extérieure de 1094.

2. A l'appui de cette présomption viennent les termes employés par 1099, qui défendent aux époux « *de se donner au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.* » Ce pluriel semble bien viser non-seulement 1098, mais aussi 1094.

3. De plus, quand 1094 dit que l'époux pourra donner telle somme à son conjoint, c'est bien dire explicitement qu'il ne pourra lui donner plus.

III. Enfin l'historique de la rédaction de nos articles offre plusieurs arguments à l'appui de notre système :

1. Quand notre titre fut officieusement communiqué au Tribunat, celui-ci proposa la refonte du second alinéa de 1094, relatif au disponible entre époux, quand il y a des enfants. Or le Tribunat demandait précisément que le *de cujus* pût user du disponible ordinaire, quand il dépassait le disponible entre époux. La section du Tribunat formulait sa requête dans les termes suivants : « *Dans le cas où il y aurait des enfants, la section pense qu'il est juste qu'un époux puisse donner à l'autre tout ce dont il pourrait disposer en propriété, c'est-à-dire autant qu'il pourrait donner à un étranger, ou la moitié de ses biens en usufruit.* » C'était bien là le système adopté plus tard par M. Benech que le Tribunat voulait faire admettre ; et, si la section demandait que le texte fût changé, pour consacrer cette nouvelle doctrine, c'est que le Conseil et le Tribunat s'accordaient à reconnaître que la rédaction

primitive de 1094 était contraire à cette doctrine. Or le texte de 1094 a été maintenu dans sa teneur primitive par le Conseil, et renvoyé tel quel à la section, pour lui être communiqué officiellement. Qu'est-ce à dire, sinon que le système des adversaires, proposé par le Tribunat, a été formellement rejeté par le Conseil. C'est ce qui résulte encore des termes en lesquels s'exprimait M. Jaubert, rapporteur de la section du Tribunat, qui avait demandé le changement : « *S'il reste des enfants, l'époux survivant ne peut avoir qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, ou une moitié en usufruit seulement ; et, si la disposition excédait ces bornes, elle serait uite proportionnellement.* »

2. Cette idée, que 1094 organise un disponible fixe, est si familière aux rédacteurs, que l'Exposé des motifs la reproduit par deux fois :

A. Après avoir dit que, « *quand l'époux ne laisse pas de postérité, il peut donner à l'autre époux tout ce qu'il pourrait donner à un étranger, et en outre, l'usufruit du surplus* », il dit ensuite que, « *s'il laisse des enfants, les donations ne pourront comprendre que le quart des biens en propriété*, etc. »

B. Et plus loin, après avoir dit que l'affection conjugale explique l'extension du disponible au cas où il ne reste que des ascendants, parce que l'esprit du conjoint mourant se tourne plutôt vers l'époux survivant que vers les ascendants, l'Exposé des Motifs ajoute que la même faveur n'a pas été accordée au titre d'époux quand il y a des ascendants, et il s'exprime en ces termes : « *Lors même que le* de cujus *se croit assuré que le survivant ferait de la fortune l'emploi le plus utile aux enfants, comme les devoirs de la paternité sont personnels,*

et que l'époux donateur y manquerait, s'il les confiait à un autre, il ne pourra laisser à l'époux qu'un quart des biens en propriété. » Et il ajoute : « *Après avoir ainsi borné la faculté de disposer, il ne restait plus...* » En présence de termes aussi formels, on comprend à peine que le système Benech ait jamais pu être présenté et soutenu. (Marcadé, *loc. cit.*)

Section III. — *De l'influence de la nature de la libéralité sur le chiffre du disponible de* 1094, *ou de l'extension de* 917.

Nous estimons que cette influence est nulle. Peu importe que la disposition soit faite en propriété, ou en usufruit. L'époux, qui peut donner $\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, ne pourra jamais donner plus d' $\frac{1}{2}$ en usufruit, s'il veut faire exclusivement une disposition d'usufruit. C'est ce qui résulte des termes formels de 1094.

§ 1. — De l'origine de cette règle.

Elle est tirée du Projet de Code.

I. Rappelons quels sont à cet égard les rapports du Projet et du Code quant au disponible ordinaire.

1. Le disponible ordinaire, tel que l'instituait le Projet, ne variait pas. D'après la nature de la disposition faite, le *de cujus* ne pouvait donc jamais donner à un étranger plus d'usufruit qu'il n'aurait pu lui donner de propriété. Le disponible était toujours d' $\frac{1}{4}$ ou d' $\frac{1}{2}$ en propriété, selon qu'il y avait des enfants ou des descendants, et si une donation d'usufruit excédait ce chiffre, elle était simplement réductible à $\frac{1}{4}$ ou $\frac{1}{2}$,

d'usufruit, sans qu'il y eût lieu d'en transformer même fictivement la nature par une ventilation de l'usufruit, et sans que l'héritier pût être contraint, ou d'exécuter la disposition, ou d'abandonner tout le disponible en propriété.

2. Ce principe a été abandonné par le Code, en ce qui concerne le disponible ordinaire. Le Code en a même pris le contre-pied, en décidant que, si la disposition était faite en usufruit, et dépassait le chiffre du disponible en propriété, les héritiers seraient contraints, ou d'exécuter la disposition, ou d'abandonner le disponible en propriété. Il n'est plus exact de dire, dans ce système, que le disponible en usufruit soit exprimé par le même chiffre que le disponible en propriété. A vrai dire, il n'y a pas de disponible ordinaire d'usufruit, puisque la donation peut éventuellement atteindre la totalité des biens, et que le disponible ne se conçoit point sans une réserve. Il n'est point limité par un chiffre, mais par la volonté des héritiers du disposant. En somme, le disponible ordinaire est exclusivement un disponible de propriété ; il est bien évident qu'une disposition d'usufruit sera licite, dans les limites de ce disponible, de par la raison que le moins est permis à qui peut le plus ; mais ce qui prouve que le disponible d'usufruit n'existe point, c'est que si la disposition excède le chiffre du disponible ordinaire, elle n'y est point forcément réduite, et peut être exécutée telle quelle. Et qu'est-ce à dire, sinon que, par une sorte de *datio in solutum*, idéale, l'héritier qui consent à exécuter la disposition est censé la transformer en donation de propriété, par une ventilation que lui seul a droit de faire, et se libérer de l'obligation de fournir

une certaine quotité de propriété, en fournissant une quotité supérieure d'usufruit?

II. Quel est le rapport du Projet avec le Code, quant au disponible entre époux?

1. Dans le système du Projet, tandis que le disponible ordinaire ne pouvait comprendre qu'une certaine quotité, soit en propriété, soit en usufruit, au choix du disposant, le disponible entre époux pouvait comprendre une quotité de propriété ou d'usufruit égale au disponible ordinaire, plus une égale quotité d'usufruit. Le disponible entre époux comprenait donc un élément de propriété, qui n'était autre que le disponible ordinaire, et qui obéissait aux mêmes règles que lui, plus un élément d'usufruit. Et jamais la limite d'une moitié d'usufruit ne pouvait être dépassée; les donations excessives étaient purement et simplement réductibles à ce chiffre.

2. Ce système a été conservé par le Code; c'est bien le cumul d'un élément d'usufruit avec un élément égal de propriété, qui sert à former le disponible entre époux, puisque l'époux peut donner à son conjoint $\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, mais jamais plus d'$\frac{1}{2}$ d'usufruit. Seulement cette coïncidence par suite de laquelle l'élément de propriété était toujours égal au disponible ordinaire, a disparu, ce disponible ordinaire étant devenu mobile, selon que le nombre des réservataires était plus ou moins grand, tandis que le disponible entre époux restait fixe. Le disponible entre époux contient donc un élément de propriété complexe, en ce sens qu'il peut comprendre soit $\frac{1}{4}$ de propriété, soit $\frac{1}{4}$ d'usufruit, et la nature de cet élément est identique à celle qu'il avait dans le Projet,

c'est-à-dire que la nature de la disposition n'influe en rien sur le chiffre de cet élément du disponible. Le disponible entre époux comprend ensuite un autre élément, simple, en ce sens qu'il se compose exclusivement d'usufruit. Ces deux éléments sont strictement égaux, et leur cumul ne peut jamais aboutir à dépasser $\frac{1}{2}$ de la succession, quand même la disposition ne comprendrait que de l'usufruit. Supposons en effet une donation qui excède ce terme. Comment se décompose-t-elle, et sur quel disponible se peut-elle prendre? Sur un élément de propriété qui est d'$\frac{1}{4}$, mais qui n'augmente pas si la disposition est faite en usufruit, et sur un élément d'usufruit, qui est aussi d'$\frac{1}{4}$; ce qui montre qu'$\frac{1}{2}$ en usufruit ne saurait être excédé.

Ainsi le principe, que la nature de la libéralité ne fait pas varier le chiffre du disponible appliqué par le Projet tant au disponible ordinaire qu'au disponible entre époux, a été rejeté par le Code en ce qui concerne le disponible ordinaire, accepté par lui en ce qui concerne le disponible de 1094.

§ 2. — De la raison d'être de cette règle.

D'où vient que la nature de la libéralité, qui exerce une telle influence, quand la donation est faite à un étranger, n'en exerce aucune, quand la libéralité est faite à l'époux?

I. Cette différence procède d'abord d'une différence de nature, qui sépare le disponible ordinaire du disponible de 1094.

1. En effet, le disponible ordinaire est un; c'est

uniquement un disponible de propriété ; ce n'est pas un disponible d'usufruit, puisque les donations d'usufruit au profit d'un étranger ne sont point limitées par un chiffre fixe, mais uniquement par le libre arbitre des héritiers du disposant. Quand donc le disposant a donné de l'usufruit, il n'a pas pris le disponible que la loi mettait à son service ; il a fait une disposition, non pas illégale, mais extra-légale, qui n'est ni prohibée, ni permise. Si cette donation ne dépasse pas le chiffre du disponible ordinaire, elle tient, par la raison que qui peut donner le plus peut donner le moins. Mais si elle dépasse ce chiffre, la loi ne garantit plus qu'elle sera respectée. Les héritiers peuvent, en l'exécutant telle quelle, se conformer à la volonté extra-légale de leur auteur ; mais ils peuvent aussi, en la mutilant, la transformer en une disposition de propriété telle que leur auteur eût pu et dû la faire. Il est donc absolument nécessaire, pour expliquer l'option qui appartient aux héritiers, de reconnaître le caractère simple et un du disponible ordinaire ; car s'il était double, si le disposant pouvait, à son choix, donner de la propriété ou de l'usufruit, une donation excessive d'usufruit serait simplement réductible aux termes du disponible d'usufruit, comme cela a lieu pour la donation excessive de propriété, et ne pourrait point être transformée en donation de propriété. La faculté d'altérer la nature de la donation suppose essentiellement que la donation n'était point prise sur le disponible légal, mais sur un disponible fantaisiste, que s'était créé l'époux.

2. C'est pourquoi la faculté d'option, que consacre 917, n'appartient point aux héritiers, quand le dona-

taire est l'époux. Car le disponible entre époux est double, et cela à un double point de vue : en ce sens d'abord qu'il se compose de deux éléments, un élément de propriété, un autre d'usufruit, celui-là complexe, pouvant comprendre soit de la propriété, soit de l'usufruit, sans qu'en ce dernier cas son chiffre puisse varier, celui-ci simple, ne pouvant comprendre que de l'usufruit. Il est double en cet autre sens, que le disposant avait à son service deux disponibles, l'un mixte, composé pour moitié de propriété, et pour l'autre moitié d'usufruit, et l'autre simple, composé exclusivement d'usufruit, mais ayant tous deux la même mesure, c'est-à-dire deux quarts. C'est à l'époux de voir lequel de ces deux disponibles il entend choisir. Une fois qu'il a fait son choix, comme il l'a fait avec droit, il n'appartient à personne d'altérer la nature d'une disposition faite conformément à la loi ; ce qu'il a fait est bien fait, et ne peut être modifié. Que si maintenant il a excédé les bornes du disponible par lui choisi, sa disposition est simplement réductible aux termes de ce disponible. Donc 917 ne s'applique point au disponible entre époux.

II. Est-il possible de justifier en raison cette différence dans le traitement qu'on applique aux donations d'usufruit, selon qu'elles sont adressées à l'époux ou à un étranger? Cette différence étonne ; il semble même qu'elle serait plus naturelle, si elle était inverse. Car, en somme, la règle de 917 est favorable au donataire, puisqu'elle aboutit à lui faire obtenir, ou la disposition d'usufruit, telle qu'elle a été faite, ou tout le disponible en propriété. Or l'époux est, en général, plus favorisé qu'un donataire étranger. C'est vrai ; mais la loi avait

également le devoir de protéger les enfants. Or, la fréquence des libéralités de cette nature était spécialement à redouter : l'époux devait y être d'autant plus porté, que, par leur caractère viager, elles semblaient n'imposer aux enfants qu'une privation temporaire de revenu, sans affecter l'intégrité de leur capital. Ce motif, il est vrai, n'est pas spécial à l'époux disposant, et s'applique à tout donateur qui a des enfants. Mais de plus, la tendresse conjugale était une active conseillère de ces libéralités. On peut encore objecter que cette raison s'applique aussi bien aux donations mixtes de propriété et d'usufruit qu'à celles d'usufruit pur. Cela serait vrai d'une affection ordinaire, mais non pas de l'affection conjugale. C'est qu'en effet les donations d'usufruit seront presque toujours les seules qui interviendront entre époux. Tel époux qui se verrait disposé à donner à son conjoint $\frac{1}{2}$, $\frac{3}{4}$, ou même tous ses biens en usufruit, répugne souvent à l'idée de lui donner même $\frac{1}{4}$ en propriété. En effet, quand le donateur se reporte au moment où il ne sera plus, les élans de la tendresse conjugale se trouvent souvent combattus en son âme par les mouvements d'une jalousie anticipée, surtout si les époux sont jeunes, et si le donateur peut sans invraisemblance redouter le convol de son conjoint ; et ce sentiment inquiète d'autant plus le donateur, qu'il est certain de ne pouvoir plus tard en vérifier lui-même l'exactitude. Il redoutera donc une donation de propriété, qui, en cas de convol, enrichirait une famille et un individu qu'il déteste sans les connaître. Cette raison, toute spéciale à l'époux, lui fera adopter plus aisément l'idée d'une donation d'usufruit. C'est pourquoi la loi n'a pas voulu

imposer aux héritiers l'obligation, ni leur conférer le droit d'exécuter la disposition d'usufruit, ou d'en transformer la nature par l'abandon du disponible de propriété; cette altération de la nature de la libéralité irait le plus souvent à l'encontre des volontés les plus formelles et les plus sacrées du disposant. La raison du respect dû aux volontés suprêmes du *de cujus* s'imposait ici avec bien plus de force que quand il s'agit d'un disposant ordinaire, et la légitimité des sentiments qui avaient déterminé la nature de la libéralité en rendait la transformation exorbitante.

Nous concluons donc que 917 est absolument inapplicable aux donations d'usufruit, faites par un époux à son conjoint.

§ 3. — De quelques controverses sur l'extension de 917.

I. Deux classes de jurisconsultes soutiennent que 917 s'applique aux donations entre époux.

1. Leurs raisons sont les suivantes :

A. Il y a d'abord ceux, dans l'opinion de qui 1094 est purement extensif du disponible ordinaire. Ceux-là doivent admettre, sous peine d'inconséquence, que l'époux donataire peut invoquer 917; car il peut toujours invoquer le droit commun, et si 1094 est purement extensif du disponible ordinaire, quand la donation est de propriété, il n'en saurait être autrement, quand elle est d'usufruit.

B. Cette opinion est même partagée par certains jurisconsultes, qui reconnaissent que 1094 est parfois limitatif du disponible ordinaire. Il est pourtant inconséquent d'admettre que 1094 peut être limitatif, quand

la donation est de propriété, et qu'il ne saurait l'être, quand elle est d'usufruit. Les partisans du système Benech sont au contraire logiques en le défendant pied à pied dans toutes ses applications, et celle-ci est une des plus nécessaires.

2. Nous avons adopté la doctrine contraire :

A. Car la solution donnée sur la première partie de 1094 entraîne forcément une solution conforme sur toutes les branches de l'article; et il est déraisonnable que 1094 soit tantôt extensif et tantôt restrictif quant au disponible mixte, et toujours extensif quant au disponible d'usufruit pur.

B. De plus, dans le système du Projet, le disponible ordinaire était double, en ce sens qu'il pouvait comprendre indifféremment une certaine quotité, soit en propriété, soit en usufruit; aussi toute donation, soit de propriété, soit d'usufruit, qui dépassait le disponible, y était-elle simplement réductible. Le Code, en édictant 917, a supprimé le disponible ordinaire d'usufruit, de sorte qu'il n'y a plus qu'un seul disponible ordinaire. Mais l'art. 151, qui établissait un double disponible entre époux, a été admis dans son intégrité par le Code, puisque 1094 est la reproduction exacte de l'art. 151. Donc, sous le Code, il y a deux disponibles entre époux, l'un mixte, l'autre d'usufruit pur; et quand une donation d'usufruit dépasse le disponible d'usufruit, elle y est simplement réductible.

C. Enfin admettre que 917 s'applique à 1094, c'est rendre ce dernier inapplicable. Le caractère de cet article est d'offrir à l'époux donataire l'option entre deux disponibles, l'un d'$\frac{1}{4}$ en propriété, plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, l'autre d'$\frac{1}{4}$ en usufruit. Or si, en présence

d'une donation d'usufruit supérieure à $\frac{1}{2}$, le donataire peut exiger, ou l'exécution de la donation telle quelle, ou l'abandon du disponible mixte, le disponible d'usufruit pur est supprimé, et le disponible mixte subsiste seul : car, si les héritiers transforment la donation, ils appliquent le disponible mixte ; et s'ils l'exécutent telle quelle, ils n'appliquent pas le disponible d'usufruit pur, le propre de tout disponible étant que toutes donations qui l'excèdent soient réductibles à ses termes. L'option qu'offre 1094 est ainsi anéantie, et l'économie de cet article altérée.

Ainsi 917 est inapplicable à 1094, c'est-à-dire aux donations d'usufruit faites par un époux à son conjoint.

II. Mais 917 vise aussi bien les dispositions de rente viagère, que celles d'usufruit, faites entre étrangers ; 1094 au contraire ne vise expressément que les dispositions d'usufruit faites entre époux. On se demande si, dans le silence de 1094, il y a lieu d'appliquer 917 aux dispositions en rente viagère, ou de suppléer à ce silence en assimilant pleinement ces dernières aux dispositions d'usufruit. Sur ce point, quatre systèmes ont été produits :

1. Les partisans du système Benech appliquent sans hésiter 917 aux dispositions de rente viagère, et ils sont logiques : car l'époux conserve toujours le bénéfice du droit commun, et si 1094 ne l'en prive pas dans le cas qu'il prévoit textuellement, il l'en prive bien moins encore dans le cas qu'il ne prévoit point. (Benech, p. 235 ; M. Boissonade, n° 427.)

2. Il y a même des auteurs qui, n'appliquant pas 917 aux dispositions d'usufruit, l'appliquent aux dispositions de rente viagère. En effet, dit-on, 1094 ne

déroge à 917 qu'en ce qui concerne les dispositions d'usufruit; les dispositions de rente viagère restent donc soumises à 917, qui les vise spécialement, et qui est plus général que 1094. On ajoute que cette distinction entre l'usufruit et la rente viagère est aussi raisonnable que juridique. L'époux donataire d'usufruit supporte les charges usufructuaires, et ne jouit pas d'un émolument fixe; son émolument est soumis aux variations de valeur et de fécondité subies par la chose objet de l'usufruit. Si donc la chose diminue de valeur ou périt, l'époux ne peut se plaindre, son droit diminuant ou s'éteignant avec elle. Au contraire l'époux, donataire d'une rente viagère, a un émolument fixe, indépendant de l'existence ou de la fécondité d'aucuns biens, et dû personnellement par les héritiers. Si donc les revenus baissaient notablement, il faudrait recourir à une ventilation de la rente viagère, pour savoir si la somme fixe, objet de cette dernière, dépasse ou non le disponible, c'est-à-dire la moitié des revenus; et cette estimation du droit viager, ce n'est pas une fois pour toutes qu'il la faudrait faire, mais peut-être bien chaque année. Or c'est cette ventilation que la loi redoute, que 917 prévient, et qui serait nécessaire, si cet article ne s'appliquait point. Il y a donc lieu de l'appliquer. (Proudhon, *de l'Usuf.*, t. I, p. 345; Coin-Delisle, art. 1094, n° 9.)

Il est toutefois bien étrange de déclarer 917 inapplicable à l'usufruit et applicable à la rente viagère. Que 1094 soit purement extensif ou parfois limitatif du disponible ordinaire, il doit l'être pour toutes les donations entre époux, de toutes couleurs et de tous genres, et ce n'est pas une différence aussi secondaire

que celle qui existe entre l'usufruit et la rente viagère, qui peut former la base d'une distinction dans l'étendue d'application de 1094.

3. D'autres auteurs n'appliquent 917 ni à l'usufruit, ni à la rente viagère, et déclarent ces deux sortes de dispositions régies par 1094. Seulement, ce principe une fois reconnu, on propose le moyen suivant pour régler les droits de l'époux : on estime la rente viagère; si elle dépasse la moitié des revenus, on la réduit à une valeur égale au quart des biens en toute propriété ajouté au quart des biens en usufruit, et on attribue cette valeur à l'époux, mais seulement en viager, pour respecter les intentions du disposant. Ce système est plus que faux ; il est déraisonnable : d'une part, il n'applique pas 917, en ce sens que l'époux, donataire d'une rente supérieure au disponible d'usufruit pur, ne peut exiger ou l'exécution de la libéralité, ou l'abandon effectif du disponible mixte, mais doit se contenter d'obtenir en viager une somme représentative du disponible mixte; et d'autre part, ce système applique 917, en ce sens que la rente viagère n'est pas calculée sur le disponible d'usufruit pur, mais sur le disponible mixte. Ainsi, pour savoir si la libéralité est excessive, on voit si elle dépasse le disponible d'usufruit pur ; et si cela est, on calcule les droits du donataire en prenant pour base le disponible mixte; de sorte que, si la donation est très-peu supérieure au premier disponible, l'époux obtiendra une somme calculée sur le second, c'est-à-dire peut-être supérieure au montant de la donation, ce qui est insensé. Dans ce système, 917 est à la fois applicable et inapplicable; chacun des deux disponibles s'applique et

ne s'applique point ; la volonté du disposant est violée et respectée ; et le donataire peut obtenir, par l'effet de la réduction, une somme supérieure au montant de la donation à lui faite! L'histoire des aberrations juridiques offre peu d'exemples aussi achevés. (Troplong, t. IV, n° 2573 ; Bonnet, t. IV, n° 1041.)

4. Nous estimons que 917 ne s'applique pas plus aux donations de rente viagère, qu'aux donations d'usufruit, toutes deux régies par 1094. Quand donc il y aura une disposition en rente viagère supérieure à la moitié des revenus, on estimera les revenus, et la moitié de cette somme sera attribuée à l'époux donataire, en viager; il y aura lieu chaque année à un nouveau calcul. Ce système nous paraît seul possible. En effet :

A. 1094 a été écrit, pour empêcher que, par suite de dispositions en viager, les enfants réservataires ne fussent en réalité sevrés de tout revenu. Or la disposition en rente viagère est tout aussi dangereuse à cet égard que la disposition en usufruit, et 1094 eût manqué son but, s'il n'eût soustrait que ces dernières à 917. Quand donc il a soumis certaines dispositions à ses restrictions, il a eu en vue les dispositions viagères d'une manière générale, et non pas spécialement les dispositions d'usufruit.

B. C'est ce qui résulte encore des art. 16, 17 et 151 du Projet. L'art. 17, qui posait en principe que le disponible ordinaire serait le même en usufruit qu'en propriété, appliquait ce principe au don de l'usufruit ou d'une pension, c'est-à-dire à tout avantage viager, et réduisait toutes ces dispositions au disponible ordinaire, c'est-à-dire à $\frac{3}{4}$, $\frac{1}{2}$, ou $\frac{1}{4}$. Or l'art. 151 appliquait au disponible entre époux le principe de

l'art. 17, et réduisait à $\frac{1}{2}$ tant les donations d'usufruit que les donations de pension. De plus, le Code, qui n'a pas appliqué au disponible ordinaire le principe posé par l'art. 17, a appliqué au disponible entre époux le principe posé par l'art. 151. 1094 s'applique donc à l'exclusion de 917, tant aux donations de rente viagère qu'aux donations d'usufruit.

C. L'exactitude de cette doctrine résulte encore de la loi du 17 nivôse an II ; cette loi, qui limitait à la moitié des revenus les donations que se pouvaient faire les époux quand il y avait des enfants, visait les donations de jouissance, sans distinguer entre les dispositions d'usufruit, et les dispositions de rente viagère. « *Les avantages entre époux ne pourront s'élever au-delà de la moitié des revenus des biens délaissés par l'époux décédé, au cas qu'ils consistent en simple jouissance.* » Le Code, venant après toutes ces lois, n'eût pas introduit à demi mot une distinction aussi étrange que celle qu'on propose, et s'il n'a parlé que de la disposition d'usufruit, c'est qu'elle est la forme habituelle et typique de la disposition en viager.

D. Quant à l'objection faite par un arrêt de la Cour de Rouen, favorable au 3e système, à savoir qu'il faut réduire la rente viagère dans les limites du disponible le plus élevé, et non dans celles du disponible le plus faible, elle n'est pas exacte. Le disponible d'usufruit n'est pas une fraction du disponible mixte ; ce sont deux disponibles différents ; chacun vit de son existence propre, sans jamais se confondre avec l'autre. La loi tient à ce que l'époux disposant conserve l'option entre eux deux ; c'est pourquoi, quand une donation a été faite d'après le disponible d'usufruit, la loi

interdit qu'on en change la nature. Si cela est vrai, et la Cour le reconnaît, la disposition est réductible aux termes du disponible d'usufruit; car une donation ne peut être réduite qu'aux limites du disponible qui sert à calculer si elle est ou non réductible.

Ainsi 1094 s'applique aussi bien aux donations de rente viagère qu'aux donations d'usufruit. Ce système est fort simple; la loi redoute les estimations de droits viagers, que la nature fragile de ces droits rend si incertaines; or il n'y a pas besoin d'estimer la valeur de la rente viagère, proportionnellement à celle des revenus; il y a lieu à un simple calcul des revenus annuels, dont la moitié telle quelle sera attribuée au donataire du droit viager. De cette manière, les enfants sont suffisamment protégés, puisqu'ils ne sont privés que de moitié des revenus; 1094 est respecté, puisque le disponible d'usufruit est seul attribué à l'époux; et 917 est respecté lui-même, puisque toute ventilation d'un droit viager est évitée. (MM. Demolombe, n° 503; C. de Santerre, t. IV, n° 274 *bis*.)

Section IV. — *De l'influence des termes employés par le disposant sur le chiffre du disponible attribué au donataire.*

§ 1. Si l'époux *de cujus*, ayant des ascendants dans une ligne, ou dans les deux, ou ayant des enfants, a légué à son conjoint *tout ce dont la loi lui permet de disposer*, sans spécifier s'il a entendu attribuer au conjoint le disponible ordinaire ou le disponible entre époux, c'est incontestablement le disponible entre époux, comprenant au premier cas, outre le disponible ordinaire, l'usufruit de toute la réserve, au second,

outre $\frac{1}{4}$ en propriété, $\frac{1}{4}$ en usufruit, pris sur la réserve, qui a été légué. Car l'époux a voulu faire une disposition aussi large que possible.

§ 2. Mais si l'époux a légué à son conjoint, ou le disponible mixte, ou le disponible d'usufruit pur, sans indiquer à qui devrait appartenir l'option, elle appartient aux enfants débiteurs, sauf indications contraires résultant de la physionomie générale de l'acte ou d'autres circonstances. D'ailleurs ici la dette n'est alternative qu'en apparence; en réalité l'époux n'a légué que le disponible le plus faible; car quand un débiteur est chargé de deux dettes, l'une plus forte, l'autre plus faible, et que l'option n'appartient pas au créancier, c'est comme si le débiteur n'était chargé que de la plus faible des deux dettes.

§ 3. Enfin, quand l'époux lègue à son conjoint l'usufruit de toute la réserve des ascendants, ou, s'il laisse des enfants, l'usufruit de la moitié de ses biens, peut-il valablement dispenser son conjoint de l'obligation de fournir caution, non-seulement pour la partie de la libéralité afférente au disponible ordinaire, mais pour celle qui porte sur la réserve? Pour l'affirmative, on allègue que, d'après 601, tout usufruitier doit donner caution, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit; or qu'en l'espèce, il en est dispensé, aucun texte ne prononçant pour ce cas la nullité de la clause de dispense. C'est là résoudre la question par la question, puisqu'il s'agit précisément de savoir si la clause de dispense est valable. L'usufruitier doit donner caution, s'il n'en est dispensé; il n'est donc dispensé que si la dispense est valable. Or nous soutenons qu'elle est nulle. Elle porterait l'atteinte la plus grave aux droits

des réservataires, l'époux donataire pouvant en fait anéantir leur nue propriété, en dégradant ou anéantissant la chose objet de l'usufruit. Or la réserve doit être préservée de la possibilité même d'une atteinte. Cela est particulièrement sensible pour les ascendants, qui sont réduits à une réserve de nue propriété, ce qui frise le dérisoire ; encore faut-il que cette maigre portion leur parvienne intacte.

TITRE DEUXIÈME

EFFETS DE 1094

Il a pour effet de donner naissance à l'action en réduction, quand il est violé. Cette action appartient aux enfants communs et à eux seuls, et rentre à tous égards dans la catégorie des actions en réduction ordinaires.

TITRE TROISIÈME

CRITIQUE DE 1094

I. La loi nous paraît s'être fait une idée juste de la qualité d'époux, en la considérant à la fois comme une

cause de faveur et de disgrâce. C'est par cette double idée qu'elle a été conduite à l'adoption d'un disponible fixe, distinct du disponible ordinaire, lui étant le plus souvent supérieur, et parfois inférieur.

II. Quant aux moyens pratiques employés par 1094 pour arrêter le disponible entre époux à un chiffre fixe, ils ne sont pas à l'abri de la critique.

1. Supposons d'abord que l'époux *de cujus* laisse des ascendants, dans une ligne ou dans les deux. Il peut attribuer à son conjoint survivant tout le disponible ordinaire, c'est-à-dire $\frac{1}{2}$ ou $\frac{3}{4}$ en propriété, plus tout l'usufruit de la réserve, c'est-à-dire $\frac{1}{2}$ ou $\frac{1}{4}$ d'usufruit. C'est là une mauvaise mesure, qui réduit à presque rien la réserve des ascendants, réserve que la loi leur a justement attribuée ; car, l'ordre naturel des décès étant interverti, le droit alimentaire de l'ascendant s'est évanoui, puisque son descendant est mort sans enfants, et que l'obligation alimentaire ne passe point au conjoint survivant. Il fallait donc assurer à cet ascendant une fin décente. Or sa réserve n'est plus que de nue propriété ; et, comme il a toutes chances de mourir avant l'époux donataire, ce dernier touche, et touchera toute la vie de l'ascendant les revenus qui devaient adoucir la fin de ce dernier. La loi est ici en contradiction flagrante avec elle-même. Il eût mieux valu attribuer à l'époux, outre le disponible ordinaire, la nue propriété de la réserve des ascendants, et laisser à ces derniers une réserve d'usufruit. On objecte que ce système eût fait entrer dans la famille de l'époux donataire un bien provenant de celle de l'ascendant, tandis que le système de la loi conserve le bien à la famille de l'ascendant. Mais on réplique que la réserve

est organisée dans l'intérêt de l'ascendant, et non point dans celui de sa famille. On objecte encore qu'il est naturel que la loi préfère l'époux, qui, dans l'ordre naturel des affections, prime l'ascendant; et que ce dernier doit être trop heureux de ce que la loi lui concède, puisqu'elle eût pu ne rien lui attribuer du tout. Il ne s'agit pas de ce que la loi eût pu faire, mais de ce qu'elle a fait; or, à tort ou à raison, elle a conféré à l'ascendant une réserve. Qu'on la supprime donc, ou qu'on la maintienne efficace. Mais, dit-on encore, que l'ascendant réalise sa nue propriété. D'abord il n'en tirera qu'une somme trop faible, pour que le vœu de la loi soit rempli ; car une nue propriété, fixée sur une tête aussi penchée vers la tombe, est d'une bien maigre valeur. Et ensuite, proposer ce remède, c'est avouer le mal. Car, s'il est obligé de recourir à cet expédient suprême pour conjurer sa détresse, le bien échappe à sa famille, et l'inconvénient qu'on prétend éviter par le système de la loi naît de son application même. Que si on objecte enfin que l'ascendant, ne devenant héritier que par une interversion de l'ordre naturel des décès, n'a pas dû compter sur cette succession, et ne peut y exercer un droit sérieux, c'est là non pas justifier la loi, mais la critiquer sévèrement d'avoir octroyé une réserve à l'ascendant.

2. Si l'époux *de cujus* laisse des descendants, la loi nous semble avoir agi sagement en fixant le disponible à $\frac{1}{4}$ en propriété plus $\frac{1}{4}$ en usufruit, ou à $\frac{1}{2}$ en usufruit. Peut-être eût-il mieux valu ne permettre que le disponible d'usufruit pur ; car ce qui importe surtout, c'est que l'époux survivant conserve, après la mort de son conjoint, la situation extérieure, le train et les ha-

bitudes, qu'il avait pendant la vie de ce dernier, résultat qui eût été obtenu par une disposition d'usufruit. La loi a sans doute voulu confier la pleine disposition d'$\frac{1}{4}$ à l'époux survivant, pour que celui-ci pût exercer sur ses enfants une autorité plus énergique, et sanctionnée par la crainte qu'il ne dispose de ce quart de propriété au profit d'étrangers. D'ailleurs souvent l'époux aimera mieux donner à son conjoint de l'usufruit que de la propriété.

LIVRE DEUXIÈME

De l'influence exercée par le convol sur les libéralités testamentaires ou entre-vifs que l'époux remarié peut faire à son nouveau conjoint.

Aujourd'hui le convol n'est point par lui-même une cause de modification du disponible entre époux. C'est seulement quand l'époux donateur a des enfants d'un lit précédent, que le convol acquiert cette force. Nous voyons donc ici s'accentuer cette idée, qui apparaissait déjà vers la fin de la législation romaine, que le convol est surtout dangereux pour les enfants du premier lit. Seulement aujourd'hui, l'efficacité du convol est tout entière reportée sur l'avenir et ne s'exerce plus comme autrefois dans le passé; les libéralités que l'époux remarié pourra faire à son nouveau conjoint sont restreintes; mais celles qu'il a reçues de son conjoint prédécédé, ou les avantages qu'il a recueillis ab intestat dans la succession de ce dernier, lui demeurent acquis. 1098 est le siége de cette matière.

TITRE PREMIER

ORIGINE ET NATURE DU DISPONIBLE DE 1098

CHAPITRE PREMIER

Origine du disponible de 1098.

I. Ce disponible tire son origine à la fois du droit romain, de notre ancien droit français, et du Projet de Code.

1. Le législateur a toujours vu le convol avec défiance, alors surtout qu'il existe des enfants d'un lit antérieur. Tel fut en somme l'esprit du droit romain. Les lois caducaires procèdent de causes toutes spéciales : la débauche et la corruption avaient envahi l'édifice savant et majestueux de la société romaine ; les mariages étaient rares et stériles. Les représentants de la population libre, chaque jour plus clairsemés, se perdaient dans le flot toujours montant de la population servile, écumante de haine contre l'ordre social, et frémissante de désirs séculaires inassouvis. De ce malaise naquit la législation maladive des lois caducaires ; ces lois firent du mariage et de la procréation des enfants un devoir civique, et n'eurent point assez d'éloges pour le convol. Cette faveur dura peu. Le système des lois caducaires s'effondra, et fit place à

une législation défavorable au convol. C'est dans cette voie qu'ont toujours marché les législations ultérieures, accentuant ou atténuant l'énergie de la réprobation constante attachée par elles au convol. Ainsi, sous les empereurs chrétiens, le convol fut vu avec une défiance que l'on s'explique, si l'on considère qu'alors le célibat semblait préférable au mariage même. L'époux survivant remarié, ayant enfants d'un premier lit, fut frappé de peines sévères : il ne put rien donner à son nouveau conjoint des biens qu'il avait reçus à un titre quelconque de son premier époux, et fut tenu de les conserver au profit des enfants du premier lit. De plus, il ne put lui donner, sur ses autres biens, plus d'une part d'enfant le moins prenant.

2. Quant à notre ancien droit, les pays de droit écrit observaient sur ce point les lois romaines, qui furent plus tard introduites dans les pays de coutumes par l'édit des Secondes Noces. Aux termes de cet édit, l'époux remarié, ayant enfants d'un premier lit, ne pouvait donner à son nouveau conjoint plus d'une part d'enfant. Il ne pouvait non plus rien lui donner des biens provenus à titre gratuit du premier époux ; il devait les conserver aux enfants du second lit, au profit de qui ces biens étaient rendus inaliénables, et frappés d'une substitution fidéicommissaire.

3. L'art. 176 du Projet reproduisait presque intégralement les deux chefs de l'édit : l'époux remarié ayant des enfants d'un autre lit, ne pouvait donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant le moins prenant, en usufruit seulement ; et « *il ne pouvait disposer, à titre gratuit ou onéreux, des immeubles à*

lui donnés par l'époux ou les époux précédents, tant que vivaient les enfants issus des mariages d'où provenaient ces dons. » Ces biens étaient donc grevés entre ses mains d'une substitution fidéicommissaire tacite au profit de ces enfants.

4. Le Code a supprimé complétement la seconde partie de l'art. 176 du Projet. Elle était en effet contraire à ce principe, qu'il n'y a point à rechercher l'origine des biens pour en régler la succession ; contraire encore à l'égalité qui doit régner entre les enfants de différents lits; contraire enfin à ce principe, qu'un droit acquis d'une manière irrévocable ne peut point, par la suite, être frappé de restrictions légales dans les mains du titulaire. Quant à la première partie de l'art. 176, le Code l'a acceptée, en la modifiant. L'époux peut donner à son nouveau conjoint une part d'enfant le moins prenant, en pleine propriété, et sans que cette part puisse jamais dépasser un quart de ses biens.

II. Du rapport de ces législations diverses :

1. Du rapport réciproque des législations antérieures au Code :

A. Rapport du droit romain et du droit coutumier.

a. Ils se ressemblaient en ce que les biens donnés à l'époux survivant par le premier époux *de cujus*, ne pouvaient absolument pas être donnés à l'époux nouveau.

b. Ils différaient en ce que la part d'enfant qui pouvait être donnée à l'époux nouveau sur les autres biens, était, d'après le droit romain, une part d'enfant le moins prenant, et d'après le droit coutumier, une part d'enfant quelconque.

B. Rapport du Projet de Code et du droit romain :

a. L'art. 176 ressemblait au droit romain : α. En ce que les biens donnés au survivant par l'époux prédécédé ne pouvaient être donnés à l'époux nouveau, grevés qu'ils étaient d'une substitution au profit des enfants du premier lit. β. Et en ce que la part d'enfant que pouvaient atteindre les donations portant sur les autres biens était une part d'enfant le moins prenant.

b. Ces deux législations différaient, en ce que, d'après le droit romain, cette part pouvait être de pleine propriété, tandis que, d'après l'art. 176, elle ne pouvait être que d'usufruit.

C. Rapport du Projet de Code et du droit coutumier :

a. Ils se ressemblaient, en ce que les biens donnés au conjoint survivant par le conjoint prédécédé ne pouvaient jamais être donnés au nouvel époux, étant grevés entre les mains du convolant d'une substitution au profit des enfants du premier lit.

b. Ils différaient : α. En ce que les coutumes permettaient de donner au nouvel époux sur les autres biens une part d'enfant quelconque, tandis que l'art. 176 réduisait cette part à une part d'enfant le moins prenant. β. En outre, les coutumes permettaient que cette part fût de pleine propriété, tandis que l'art. 176 ne l'autorisait qu'en usufruit.

2. Du rapport du Code avec les trois législations précédentes :

A. Rapport du Code avec le droit romain :

a. Le Code ressemble au droit romain : α. En ce que, dans ces deux législations, l'époux remarié peut donner au nouveau conjoint une part d'enfant le moins prenant. β. Et en ce que cette part peut être de propriété.

b. Il en diffère : α. En ce que, d'après le Code, la donation peut porter même sur les biens donnés au convolant par l'époux prédécédé, ces biens n'étant point substitués au profit des enfants du premier lit. β. Et en ce que cette donation ne peut plus, comme à Rome, excéder un quart des biens.

B. Rapport du Code avec le droit coutumier :

a. Le Code ressemble aux coutumes, en ce que, dans les deux législations, la donation au nouvel époux peut être de pleine propriété.

b. Il en diffère : α. En ce que, d'après le Code, elle peut porter même sur les biens donnés par l'époux prédécédé, ce qui était impossible en droit coutumier. β. En ce qu'elle ne peut jamais excéder $\frac{1}{4}$, ce qui se pouvait en droit coutumier. γ. Et en ce qu'elle ne peut dépasser une part d'enfant le moins prenant, tandis qu'en droit coutumier, elle pouvait atteindre une part d'enfant quelconque.

C. Rapport du Code avec le Projet :

a. Le Code ressemble au Projet, en ce que la donation ne peut, dans les deux législations, dépasser une part d'enfant le moins prenant.

b. Il en diffère : α. En ce que cette part est de propriété, non d'usufruit comme dans le Projet. β. En ce que, dans le Code, elle ne peut jamais dépasser $\frac{1}{4}$ des biens, ce qui se pouvait dans le Projet. γ. Et en ce que, d'après le Code, la donation peut porter même sur les biens donnés par l'époux prédécédé, ce qui était impossible dans le Projet, ces biens étant grevés de substitution fidéicommissaire au profit des enfants du premier lit.

CHAPITRE DEUXIÈME

Nature du disponible de 1098.

I. Le propre de cet article est bien d'organiser un disponible, c'est-à-dire d'édicter une règle d'indisponibilité, un statut réel. On pourrait conclure de ses termes qu'il édicte une règle d'incapacité, un statut personnel ; il semble en effet conçu *in personam*, de telle sorte qu'il frapperait l'époux d'une incapacité, qui deviendrait la peine du convol. Cela n'est pas exact. Le caractère personnel ou réel d'un statut se reconnaît à l'intention qu'a eue la loi en l'édictant. Si elle a voulu altérer la capacité juridique en son essence, il y a statut personnel ; et alors la personne est et demeure incapable, à travers toutes les transformations qu'elle subit et toutes les vicissitudes qu'elle traverse, sans qu'on se préoccupe de savoir s'il existe ou non certaines personnes à qui cette incapacité profite. Si au contraire la loi a voulu empêcher que des donations exagérées vinssent compromettre les intérêts de certains tiers, il y a statut réel. La capacité reste intacte ; mais l'exercice en est comme paralysé, dans l'intérêt de ces tiers. Tant qu'ils existent, la limite posée est maintenue ; s'ils viennent à disparaître, la restriction s'évanouit. C'est ainsi que le disponible ne constitue pas un statut personnel, une altération de la capacité ; c'est une simple restriction posée dans l'intérêt des réservataires ; si donc ceux-ci disparaissent, la capa-

cité, jusqu'alors comprimée et gênée dans son exercice, mais intacte en son essence, se détend tout à coup, et fait voler en éclats les barrières que lui opposait la loi. En ce sens, l'effet du statut personnel est absolu, tandis que celui du statut réel est tout relatif. Or ce dernier cas est précisément le nôtre, puisque les restrictions de 1098 s'évanouissent, quand il n'existe plus d'enfants du premier lit, c'est-à-dire de réservataires. Il en est de même de 1094. La loi n'a voulu que sauvegarder les droits des enfants, ou communs, ou d'un premier lit. D'ailleurs il eût été violent et arbitraire d'altérer la capacité des époux, même au cas de convol. C'eût été attacher une peine au convol, par un désastreux emprunt à la législation des empereurs chrétiens. Car si le convol aboutit parfois à l'association immorale de deux conjoints, d'âge inégal, et tous deux également méprisables et égoïstes, il peut souvent intervenir dans des circonstances très-louables ; et la législation des empereurs n'était pas plus à ressusciter que celle des lois caducaires. Ce qui était juste, c'était de protéger les enfants du premier lit, qui sont menacés par le convol, parce que l'époux veuf avec des enfants, étant d'un placement peu aisé, tentera souvent de surmonter les hésitations ou les répugnances du nouveau conjoint, en lui assurant des avantages considérables. La règle de 1098 est donc un statut réel.

II. Les conséquences de ce principe sont les suivantes :

1. La donation qui dépasse le disponible est simplement réductible, et on ne sait si elle l'est, qu'à la mort de l'époux disposant. S'il s'agissait d'un statut personnel, établissant une incapacité de donner au-

delà d'un certain chiffre, la donation qui excéderait ces limites serait nulle *ab initio* dans la mesure de l'excédant, comme faite par un incapable.

2. Pour apprécier si la donation dépasse ou non le chiffre légal, ce qui ne se peut faire qu'en calculant la fortune du disposant, et le chiffre du disponible, c'est uniquement au jour du décès du disposant qu'il se faut placer. Une donation qui serait réductible si le disposant mourait aussitôt après l'avoir faite, peut donc valoir pour le tout, si lors de sa mort sa fortune a notablement augmenté. S'il s'agissait d'un statut personnel, la donation faite à l'origine dans l'état d'incapacité du disposant ne serait susceptible d'aucune convalescence ultérieure.

3. Enfin 1098 s'appliquera à tous les biens français, alors même qu'ils appartiendraient à des époux étrangers, et ne s'appliquera pas aux biens étrangers, même appartenant à des époux français. Ce serait le contraire, s'il s'agissait d'un statut personnel.

TITRE DEUXIÈME

EXTENSION DE 1098

CHAPITRE PREMIER

De son extension quant aux personnes.

SECTION I. — *Quant aux personnes entre lesquelles la donation doit intervenir.*

Il faut que la donation soit faite par l'époux à son nouveau conjoint. A cette condition, toute donation, par contrat de mariage ou pendant le mariage, de biens présents ou de biens à venir, entre-vifs ou testamentaire, tombe sous le coup de l'article. Sont donc soustraites à son application les donations entre personnes qui ne sont point unies par le lien du mariage, et par conséquent :

I. Les donations intervenues entre les époux avant le convol ; car une telle donation n'est pas faite entre époux, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elle est intervenue dans l'intention d'éluder l'article, à un moment par exemple où le projet de convol était déjà bien arrêté. Mais cette fraude ne se présume pas. On tiendra généralement compte de cette circonstance que le convol a suivi de près la donation.

II. Les donations faites par le conjoint remarié à un

étranger, ou à ses enfants du premier lit, ou aux enfants communs issus du nouveau mariage. A l'égard de ces derniers, l'ancienne jurisprudence avait eu quelques doutes, que l'on s'explique : car la loi, redoutant les donations au nouvel époux, devait, semblait-il, redouter également les donations aux enfants communs, qui interviennent le plus souvent par l'influence de l'époux nouveau. Ces raisons étaient et sont encore insuffisantes pour étendre le cercle d'une prohibition déterminée. Cette solution est, du reste, conforme aux données historiques, et au texte. 1. Aux données historiques : car Justinien avait fini par admettre que les donations faites à ces enfants seraient valables dans les termes du disponible ordinaire. Les principes modernes du Code, qui maintient avec une jalouse sollicitude une égalité stricte entre les enfants de tous les lits, exigent *à fortiori* une solution conforme ; car cette égalité serait violée, si l'époux remarié pouvait faire à ses enfants du premier lit des libéralités qu'il ne pourrait faire à ceux du second. 2. Cette solution n'est pas moins conforme au texte : aux termes de 1100, sont présumés personnes interposées, les enfants que le nouveau conjoint a eus d'un premier lit, ou les individus dont il était héritier présomptif au jour de la donation. Les donations faites à ces personnes tombent sous 1098, comme faites au nouvel époux. Cet article tout exceptionnel doit être restrictivement entendu. Or il ne range point les enfants communs au nombre des personnes interposées ; donc les donations faites à ces enfants ne sont pas soumises à 1098, et sont valables dans les termes du disponible ordinaire, conformément à 913. Ainsi,

1098 s'applique, non-seulement aux donations faites au nouvel époux, mais aussi à celles faites aux personnes que 1100 présume interposées. Ces personnes ne sont pas incapables de recevoir des donations du veuf remarié; elles sont au contraire très-capables de les recevoir pour elles-mêmes, ce qui fait que les donations à elles adressées seront valables, quand il sera évident que la présomption d'interposition de personnes ne pourra s'appliquer. Quand la loi les frappe, c'est l'époux qu'elle entend frapper, et atteindre sous tous les masques qu'il lui plaît de revêtir.

SECTION II. — *Quant aux personnes non parties au contrat, dont l'existence est nécessaire pour que l'article s'applique.*

I. Il faut que l'époux donateur ait un enfant du premier lit.

1. La loi dit : « *des enfants* ». Mais le nombre des enfants du premier lit est indifférent quant à la question de savoir si 1098 est applicable ou non ; il suffit d'un enfant pour que la donation ne puisse dépasser le quart. Maintenant leur nombre sera important à considérer, quand il s'agira de calculer le disponible, en ce qu'il pourra le faire descendre bien au-dessous du quart.

2. Ce terme d'enfants comprend aussi les petits-enfants issus d'un enfant prédécédé. Cela est conforme à l'histoire : il en était ainsi sous l'édit des Secondes Noces, qui s'appliquait textuellement aux femmes veuves ayant enfants ou enfants de leurs enfants. Cela est en outre conforme à la logique ; en effet, l'enfant du premier lit, qui demande la réduction d'une

donation excessive faite au nouveau conjoint, exerce un droit de succession. Ce qui le prouve, c'est qu'il ne peut intenter son action qu'après la mort de l'époux *de cujus*; l'action en réduction n'est en somme qu'un moyen pour lui de faire valoir son droit de réservataire. Dès lors cette action doit appartenir à tous les réservataires. Or les petits-enfants, issus d'enfants prédécédés, exercent dans la succession de l'ascendant *de cujus* les mêmes droits à la réserve, qu'y eût exercés leur auteur, et cela, par le moyen de la représentation. Donc ils pourront intenter l'action en réduction, comme il l'eût pu lui-même, et leur existence suffit pour donner lieu à l'application de 1098.

3. A quel moment faut-il exiger l'existence de cet enfant ou petit-enfant? Au moment de la donation, et à celui du décès du disposant.

A. Il est d'abord certain qu'il doit exister au décès. Comme l'action en réduction n'est que l'exercice d'un droit successoral, il est clair que pour l'exercer, il faut exister quand s'ouvre ce droit, c'est-à-dire au décès.

B. Mais s'il ne s'agit pour l'enfant que d'exercer un droit successoral, à quoi bon exiger son existence au jour de la donation? A n'examiner que le caractère successoral du droit, l'existence au jour du décès devrait suffire. Mais il ne suffit pas que l'enfant ou petit-enfant soit héritier; il faut en outre qu'il soit issu d'un mariage précédent, ce qui suppose nécessairement qu'il existait au moment où le mariage subséquent a été contracté, et la donation faite. Car le second mariage n'a pu être contracté, et la donation faite qu'après la dissolution du premier mariage, et par conséquent après la naissance de l'enfant.

4. *Quid*, si l'enfant, ou petit-enfant, au lieu d'être né, est simplement conçu au jour de la donation ?

A. Soit d'abord un enfant posthume. Il faut supposer le mariage dissous par le prédécès du mari, qui laisse sa femme enceinte d'un posthume, sans laisser d'autre enfant vivant. Moins de 300 jours après la dissolution du mariage, et avant l'accouchement, la femme se remarie (228), et fait une donation à son nouveau conjoint ; puis elle accouche quelques jours après le convol. Cet enfant peut être désavoué (314). a. Supposons d'abord qu'il l'est. Son existence intrà-utérine au jour du mariage donne lieu à l'application de 1098. En effet, l'enfant conçu est réputé né, quand cette fiction doit le servir ; or ici il a un intérêt évident à exercer les droits qui lui auraient certainement appartenu, s'il eût été né au jour de la donation. D'aill urs sa situation est spécialement intéressante ; il est innocent de ce que sa mère a violé 228, et même il en souffre, puisque cette violation a pour résultat de lui infliger la qualité d'adultérin. De plus, il serait étrange que le fait de violer 228 permît à la mère de s'affranchir de 1098, et des restrictions qu'il édicte. b. Supposons maintenant qu'il n'est pas désavoué par le nouveau conjoint, qui déclare le considérer comme son propre enfant. Cet enfant peut nonobstant exercer son action en réduction, malgré le scandale domestique qui en résultera. Car il ne peut dépendre du nouvel époux de priver l'enfant d'un droit acquis ; et il est bien probable que le silence du nouveau conjoint lui est inspiré, non point par l'affection qu'il porte à l'enfant, mais par des motifs tout égoïstes, par le désir notamment d'éviter l'application de 1098.

B. Cette solution sur l'enfant posthume entraîne une solution conforme sur le petit-enfant posthume. Un mariage est dissous par le prédécès d'un quelconque des époux. Le survivant se remarie et fait une donation au nouveau conjoint. Seulement, au jour de cette donation, son fils marié était prédécédé, laissant sa veuve, la bru du convolant, enceinte d'un enfant dont cette dernière est accouchée postérieurement au convol et à la donation. L'existence de ce petit-enfant posthume suffit pour que 1098 s'applique à la donation dont il s'agit.

5. 1098 n'exige pas qu'il existe un enfant ou petit-enfant du premier lit; il exige l'existence d'enfants d'un autre lit. L'article peut donc être invoqué, non-seulement par les enfants du premier lit à l'encontre de ceux du second, mais par ceux du second à l'encontre de ceux du troisième ; car le troisième mariage est subséquent relativement au second, comme l'est le second relativement au premier. L'article ne vise pas seulement le second mariage, mais tous les mariages subséquents, et les enfants du deuxième ou troisième lit ont besoin, peut-être plus encore que ceux du premier, d'être protégés contre la manie convolante de leur auteur.

6. Il suffit, mais il faut que l'enfant soit issu d'un mariage légitime; c'est en effet le mariage précédent, et non une autre union, qui confère aux enfants des droits assez sacrés pour que la loi juge nécessaire de restreindre le disponible entre époux. Le texte de la loi commande au reste cette solution ; car, par enfants d'un autre lit, la loi ne peut entendre qu'un enfant légitime, puisqu'à ses yeux, le concubinage n'est point

un lit; et de plus, la loi suppose un nouvel époux, ce qui en implique un premier.

A. Ainsi, ni l'enfant naturel du conjoint remarié, ni le petit-enfant naturel, issu de l'enfant légitime prédécédé du conjoint remarié, ne donnent ouverture à 1098.

B. Il en serait autrement d'un enfant naturel légitimé. Car, en principe, cet enfant a les mêmes droits qu'un enfant légitime, et de plus, comme, dans notre loi, la légitimation ne résulte que du mariage, l'enfant naturel légitimé serait bien réputé issu d'un mariage précédent, et aurait bien pour père un premier époux et pour adversaire un nouvel époux (333).

C. En est-il de même de l'enfant adoptif? Nous ne le pensons pas; pour que 1098 s'applique, il faut nécessairement supposer un mariage précédent et un nouvel époux. Or ici l'enfant adoptif n'est pas issu d'un mariage précédent, et en supposant l'adoptant non marié, il n'y a eu ni premier, ni nouvel époux.

Ainsi, pour que 1098 s'applique, il suffit d'un enfant légitime ou légitimé, ou d'un petit-enfant légitime ou légitimé issu d'un enfant légitime ou légitimé de l'époux remarié; il faut que cet enfant ou petit-enfant soit au moins conçu lors de la donation, et existe lors du décès. L'existence d'enfants naturels ou adoptifs ne donne pas lieu à l'application de l'article.

II. 1098 organise un disponible à l'usage de l'époux remarié; c'est dire qu'il organise une réserve à l'usage des enfants d'un autre lit. Donc :

1. Ces enfants n'ont, du vivant de leur auteur remarié, aucune action à raison des libéralités excessives faites par ce dernier. L'action en réduction, n'étant

que l'exercice et la sanction de leur droit à la réserve, ne peut naître avant la réserve qu'elle garantit, c'est-à-dire avant le décès de l'auteur, seul moment du reste où l'on puisse juger si la réserve est ou non compromise.

Et cependant certains auteurs accordent aux enfants du premier lit, du vivant même de leur auteur remarié, une action en réduction des libéralités excessives faites au nouveau conjoint. Par exemple, si les époux plaident en séparation de biens, les enfants du premier lit, lésés par les libéralités excessives émanées de leur auteur, peuvent, dit-on, intervenir dans l'instance, pour constater les droits respectifs des époux, et conserver d'ores et déjà leur future réserve. Cette opinion se réfute par cette simple observation que les enfants sont des réservataires, c'est-à-dire des héritiers, que leur action est une action en réduction, dont l'existence ne se conçoit, et dont la mesure ne se connaît qu'au décès.

2. De plus, même en supposant l'auteur mort, l'action ne naît au profit des enfants d'un autre lit, que s'ils sont héritiers acceptants et non indignes de l'auteur *de cujus*.

A. Cette conséquence a encore été niée :

On a soutenu que les enfants du premier lit, même renonçants à la succession de leur auteur, pouvaient exercer l'action en réduction contre les libéralités excessives par lui faites au conjoint survivant.

a. Cette théorie, dit-on, était admise par l'unanimité de nos vieux auteurs sur l'édit des Secondes Noces, non point seulement dans les pays de droit écrit, où la légitime était attribuée *jure sanguinis*, et non pas *jure na-*

turali, mais même dans les pays de coutumes, où la réserve n'était attribuée qu'à l'héritier. La réserve dont il s'agit était attribuée à l'enfant, non en qualité d'héritier, mais en qualité d'enfant. C'est en ce sens, dit-on, qu'il y a lieu de faire abstraction du caractère successoral du droit de l'enfant. Il est vrai que le Code a rompu avec les errements du droit écrit, en décidant qu'en général la réserve, ou légitime transformée, ne serait qu'une part de la succession ab intestat, et n'appartiendrait qu'aux héritiers. Cela est vrai de la réserve ordinaire, mais non pas de la réserve spéciale, instituée par 1098. Le droit coutumier admettait en effet, contrairement au droit écrit, que la légitime ordinaire n'appartenait qu'à l'héritier. Il décidait cependant, par dérogation au principe général, que la réserve dont il s'agit était attribuée, non à l'héritier, mais à l'enfant. Cela s'explique historiquement : cette réserve spéciale, créée par la loi *hâc edictali*, et admise par le droit écrit, n'exista pas en droit coutumier, jusqu'en l'an 1560; à cette époque, l'édit des Secondes Noces étendit aux coutumes la règle du droit écrit. L'institution ayant été empruntée au droit écrit, lui fut empruntée telle quelle, et l'action attribuée aux mêmes personnes qu'en droit écrit, à savoir même aux renonçants. S'il en était ainsi en droit coutumier, il en doit être de même sous le Code, qui, admettant le système du droit coutumier, a dû l'admettre tel quel, avec les exceptions qu'il comportait. L'emprunt que les coutumes avaient fait au droit écrit, le Code le leur fait aussi, puisqu'il emprunte aux coutumes une disposition déjà empruntée par elles. Il y a donc emprunt à deux degrés, double transmission d'une institution antique, sous-

traite à l'influence des principes généraux sur la réserve.

b. Pothier faisait en outre l'argument suivant : les biens donnés au nouveau conjoint sont en dehors de la succession. Il est donc inutile que les enfants du premier lit soient héritiers acceptants, pour qu'ils puissent agir en réduction, et, même au cas où ils acceptent, c'est en qualité d'enfants, et non en qualité d'héritiers qu'ils font rentrer ces biens dans la succession.

B. Plusieurs de ces raisons sont spécieuses ; elles doivent cependant être rejetées.

a. Les dispositions du Code forment un tout, et les difficultés qui naissent du texte ne se tranchent point par des emprunts aux législations mortes, mais par application des principes généraux du Code. Or la réserve est une part de la succession ab intestat; elle n'appartient qu'aux héritiers; et comme aucune exception ne soustrait la réserve de 1098 à l'application du principe, elle est forcément régie par lui. L'argument historique aboutirait ici à la résurrection de la législation coutumière, ce qui est impossible.

b D'ailleurs, la réserve s'acquiert ou *jure hereditatis*, ou *jure sanguinis*. Si pour l'acquérir, il faut être héritier, le renonçant et l'indigne sont également exclus ; s'il suffit d'être enfant, le renonçant et l'indigne l'acquièrent également. Or les adversaires eux-mêmes confessent que l'indigne est toujours exclu, proclamant ainsi la fragilité de leur principe. Donc, dans notre droit, une réserve ne s'acquiert qu'à titre d'héritier ; le mode d'acquisition *jure sanguinis* est inconnu.

c. Quant à l'argument de Pothier, il est le plus faux du monde. Il en résulterait d'abord que les indignes

devraient pouvoir intenter l'action, ce qui n'est pas. Il en résulterait ensuite que toute action en réduction serait impossible pour tous ceux à qui elle ne serait pas accordée *jure sanguinis*; car cette action a pour unique objet de faire rentrer dans la succession des biens qui n'y sont pas; et il y a pétition de principe à prétendre démontrer que l'action en réduction est impossible, en alléguant que les biens donnés sont hors de la succession. D'ailleurs, cet argument s'appliquerait, s'il était fondé, aux réservataires ordinaires, qui devraient pouvoir agir en réduction, même s'ils étaient renonçants. Or il est bien certain que les réservataires ordinaires puisent leur action en réduction dans leur titre d'héritiers, la réserve ordinaire étant une part de la succession ab intestat, et que les renonçants n'ont point l'action en réduction. Si cela est vrai des réservataires en général, il n'en saurait être autrement des réservataires de 1098, et Pothier s'est mépris sur la nature et l'objet de notre action en réduction.

CHAPITRE DEUXIÈME

De l'extension de 1098 quant aux actes.

SECTION I. — *Quant aux donations auxquelles il s'applique.*

I. Il s'applique d'abord à toutes les donations que visait 1094, c'est-à-dire à toutes les donations, sim-

ples ou réciproques, avec ou sans charges, pures ou conditionnelles, par contrat de mariage ou pendant le mariage, de biens présents ou de biens à venir, entre-vifs ou testamentaires.

II. Il s'applique en outre à certains actes qui échappent à 1094, n'étant pas de vraies donations, mais qui paraissent susceptibles de porter atteinte à la réserve des enfants du premier lit. La portée de 1098 est donc plus large que celle des art. 1094 et 922, d'abord en ce que le disponible de 1098 est plus étroit, et ensuite en ce que cet article considère comme libéralités, susceptibles de s'imputer sur le disponible qu'il édicte, des avantages qui ne s'imputaient, ni sur le disponible de 913, ni sur celui de 1094. 1098 renchérit sur ces deux articles, en protégeant les enfants du premier lit contre le nouveau conjoint, plus énergiquement que 1094 et 913 ne protégent les enfants communs contre l'époux ou contre les étrangers. Ainsi sont imputables sur le disponible de 1098 tous les avantages résultant pour l'un ou l'autre des conjoints des stipulations matrimoniales, soit formelles, soit implicites, comme de l'adoption d'un certain régime (1496, 1527). Ces avantages affectent le caractère de donations, en tant qu'il s'agit des rapports du veuf remarié avec son nouveau conjoint. Cette exception existait dans l'ancien droit, et c'est avec raison que le Code l'a consacrée. Il pouvait paraître indifférent, quand il n'y avait que des enfants communs, qu'à la suite de conventions matrimoniales, la fortune d'un des époux se déplaçât pour grossir celle de l'autre ; car les enfants avaient chance de retrouver les biens donnés dans la succession du donataire, et d'ailleurs ce dernier ne devait nourrir à leur égard que

des sentiments d'affection. Il n'en était plus de même quand les enfants du premier lit se trouvaient en face d'un nouvel époux, à la succession duquel ils ne devaient point prendre part, et qui pouvait les tenir en aversion.

SECTION II. — *Quant au chiffre que les donations peuvent atteindre.*

§ 1. — De l'influence du nombre des enfants sur le chiffre du disponible de 1098.

La règle est que le veuf remarié, ayant enfants d'un lit précédent, ne peut donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant le moins prenant, et sans que le montant des donations puisse jamais excéder $\frac{1}{4}$ des biens.

I. Origine de cette règle. Nous la connaissons déjà. L'édit des Secondes Noces permettait de donner une part d'enfant le moins prenant. Dans ce système, les donations pouvaient atteindre $\frac{1}{2}$ en propriété. L'article 176 du Projet, conçu dans un sens restrictif, permit de donner une part d'enfant le moins prenant, mais en usufruit seulement. Dans ce système, les donations peuvent atteindre au plus $\frac{1}{2}$ en usufruit. Le Code admit que le disponible serait d'une part d'enfant le moins prenant, qui pourrait être indifféremment de propriété ou d'usufruit, mais ne devrait jamais excéder $\frac{1}{4}$ des biens. Dans ce système, les donations peuvent atteindre au plus $\frac{1}{4}$, soit en propriété, soit en usufruit. Ainsi le Code est plus restrictif que le Projet, en ce qu'il limite le disponible à $\frac{1}{4}$; et il est plus libéral, en

ce qu'il permet les donations de propriété. En somme, le système du Code, comme celui du Projet, a eu pour objet de restreindre le disponible admis par l'édit des Secondes Noces; seulement les modes de restriction adoptés par les deux systèmes sont différents.

II. Notre règle comprend trois règles distinctes :

1. La donation peut comprendre une part d'enfant, c'est-à-dire que l'époux est compté comme un enfant de plus. Si donc il y a cinq enfants, il pourra recevoir 1/6. On ne lui donne pas la part qu'aurait chaque enfant, si lui, donataire, n'existait pas, c'est-à-dire 1/5; car il aurait plus que chaque enfant, puisqu'il ne resterait plus que 4/5 pour tous les enfants ensemble, et la loi serait violée. Il importe donc, pour calculer les droits de l'époux, de fixer le nombre des enfants, et de connaître ceux d'entre eux qui comptent et ceux qui ne comptent pas.

A. On ne compte ni les renonçants, ni les indignes. De même que, si tous les enfants étaient renonçants ou indignes, ils seraient comme inexistants, ce qui fait que 1098 ne s'appliquerait point; de même si, parmi eux, les uns acceptent et les autres renoncent, ces derniers sont réputés inexistants, et ne comptent point dans le calcul de la part d'enfant.

B. On ne compte que ceux qui succèdent au *de cujus*, mais on les compte tous, à quelques lits qu'ils appartiennent. Les enfants du lit subséquent comptent aussi bien que ceux du lit précédent, pour faire réduire la donation faite à leur auteur spécial. Cela est étrange : les enfants du lit subséquent, devant seuls hériter des biens donnés au nouvel époux, leur auteur spécial, semblent se nuire à eux-mêmes, en contribuant à la

réduction, et diminuent ainsi leur émolument futur et éventuel. C'est vrai; mais ils augmentent aussi la masse à laquelle ils prennent actuellement part, c'est-à-dire leur émolument actuel et certain. Ils perdent toutefois, en ce sens que les enfants du lit précédent profitent aussi de cette réduction, qu'eux, enfants du dernier lit, contribuent à rendre plus forte, sans pouvoir en retirer seuls le bénéfice. Du principe que tous les enfants venant à la succession du *de cujus* comptent pour fixer la part de l'époux survivant, il résulte qu'il faut compter les descendants d'un enfant prédécédé. Mais pour combien? Evidemment pour la part de l'enfant dont ils sont issus. Ainsi la vocation héréditaire des enfants ou descendants, qui leur permet d'être comptés pour calculer la part de l'époux, leur permet aussi d'exercer en cette matière une influence proportionnelle à l'importance de leur vocation. Il suffit d'être héritier pour compter dans ce calcul de la part de l'époux; mais tous les héritiers ne comptent pas de même, et le rapport en lequel sont entre elles les vocations héréditaires des divers descendants, est égal au rapport dans lequel sont entre elles les influences exercées par ces descendants pour la fixation de la part du conjoint.

a. Ce principe s'applique sans difficulté, quand l'époux *de cujus* laisse à la fois des enfants et des petits-enfants issus d'enfants prédécédés. Comme les petits-enfants viennent en ce cas par représentation, de sorte que l'enfant prédécédé est fictivement réputé vivant et successeur, il est naturel que leur influence collective soit strictement égale à celle que l'enfant exercerait, s'il vivait encore. On ne pourra donc réduire l'époux à la part d'un de ces petits-enfants; car ils

ne succèdent point par têtes et comme petits-enfants.

b. La question est plus délicate, quand tous les enfants étant prédécédés, et chacun ayant laissé plusieurs petits-enfants, ces petits-enfants, au lieu d'user du secours de la représentation que la loi leur offre, succèdent par têtes et de leur chef, non par souches. La question est la même, quand il existe des enfants, mais que l'un d'eux ou tous sont indignes ou renonçants. Sur cette question, l'ancienne jurisprudence avait élevé des doutes sérieux ; la fiction de la représentation étant ici écartée, ce sont bien les petits-enfants et non pas les enfants qui succèdent. Or ceux-là seuls comptent, mais comptent nécessairement dans le calcul de la part de l'époux survivant, qui viennent à la succession de l'époux *de cujus*. Cela posé, semble-t-il, ou bien les mots *part d'enfant* désignent bien un enfant, non un petit-enfant, et s'il en est ainsi, comme il n'existe aucun enfant, et que les petits-enfants ne comptent pas, il n'y a pas lieu d'appliquer 1098, mais 913. Ou bien les mots *part d'enfant* se peuvent aussi entendre d'un petit-enfant, et alors ceux-ci comptent pour le calcul de la part de l'époux. Mais succédant comme petits-enfants, ils ne peuvent compter que comme tels, de telle sorte que l'époux ne pourra prendre plus que le moins prenant d'eux. Ces critiques sont très-logiques; elles sont de plus conformes aux termes de l'édit des Secondes Noces, d'après lequel les veuves remariées ne peuvent donner à leurs nouveaux conjoints plus qu'à un de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants. Et toutefois nous n'admettons ni l'une ni l'autre de ces solutions : en effet,

914, relatif à la réserve ordinaire des descendants, dit que, par *enfants*, il ne faut pas seulement entendre les descendants au premier degré, mais bien ceux à tous les degrés; que les descendants de tous degrés sont réservataires, mais que leur réserve est calculée sur celle qu'aurait l'enfant qu'ils représentent. On convient qu'il faut entendre par là l'enfant dont ils sont issus, quand même ils succéderaient de leur chef, *représentent* étant pris dans le sens vulgaire. Or, si la somme de leurs réserves n'est qu'égale à la réserve qu'aurait l'enfant leur auteur, toutes les actions en réduction qu'ils dirigent contre l'époux survivant ne peuvent avoir plus d'efficacité que n'en aurait l'action unique exercée par leur auteur. Si donc l'époux était réduit à la part du petit-enfant le moins prenant, les petits-enfants exerceraient une réduction infiniment plus forte que celle que leur auteur vivant eût exercée lui-même, ce qui est absurde, la somme de leurs réserves étant égale à sa réserve unique. Ainsi l'époux est réduit à une part d'enfant, non de petit-enfant le moins prenant; car, si la vocation des petits-enfants leur est en ce second cas personnelle, leur réserve ne leur est pas personnelle, puisqu'ils empruntent celle de leur auteur, d'où il suit qu'ils doivent emprunter aussi son action en réduction.

C. Nous savons qu'en principe l'enfant légitime, étant le seul dont l'existence donne ouverture à 1098, doit être seul compté dans le calcul de la part de l'époux.

a. *Quid* de l'enfant adoptif? Nous avons décidé que, lorsqu'il était seul, son existence ne donnait pas ouverture à 1098. Il semble dès lors logique de décider,

quand il est en concours avec d'autres enfants légitimes, qu'il ne doit point compter dans le calcul de la part de l'époux. Mais alors il devient fort difficile de calculer la part de l'enfant. Soient cinq enfants légitimes et un enfant adoptif. La part de l'époux doit être égale à celle de l'enfant légitime le moins prenant. Il y a cinq enfants légitimes; l'époux, comptant pour un enfant de plus, aura 1/6. Mais l'enfant adoptif doit avoir part égale à celle des enfants légitimes, de sorte qu'il ne reste que 5/6 pour six enfants, dont chacun aura moins de 1/6. L'époux aura donc plus que l'enfant légitime le moins prenant, ce qui est illégal. Cette difficulté s'évite, si on compte l'enfant adoptif comme un enfant légitime. Elle ne se présente pas, s'il s'agit d'un enfant naturel; car on commence par déduire sa portion, qui pèse comme une charge sur les parts des enfants légitimes et du conjoint. Il ne peut en être ainsi de l'enfant adoptif. Et d'ailleurs en déduisant à l'avance la part de l'enfant adoptif, ou bien on lui donne plus qu'aux légitimes et autant qu'à l'époux, qu'on ne compte pas comme un enfant de plus, c'est-à-dire 1/6, et cela est impossible; ou on lui donne autant qu'à chaque légitime et qu'au conjoint, compté comme un enfant de plus, c'est-à-dire 1/7, ce qui est puéril, et revient en somme à le compter comme un enfant légitime dans le calcul de la part de l'époux. La difficulté est insoluble.

b. Les enfants légitimés par un mariage précédent comptent comme légitimes.

c. Quant aux enfants naturels, bien qu'ils ne comptent pas comme légitimes, ils comptent cependant en

une certaine mesure ; on commence par distraire de la masse partageable entre les enfants légitimes et le conjoint la part à laquelle l'enfant naturel a droit d'après 757, de sorte que sa part est supportée proportionnellement par les enfants légitimes et le conjoint, dont la portion est réduite d'autant.

D. Enfin les posthumes comptent dans le calcul de la part de l'époux, comme s'ils étaient nés.

C'est au décès de l'époux *de cujus* que s'examine le nombre des enfants. Et peu importe qu'il en ait existé un certain nombre lors de la donation, si ce nombre n'est plus le même au décès.

2. La part de l'époux ne pourra jamais être que celle de l'enfant le moins prenant. On s'est demandé si cette part est celle que l'enfant a droit de prendre, ou celle qu'il prend en réalité, à supposer qu'il se contente d'une part inférieure à celle qu'il pourrait avoir. Cette question était controversée dans l'ancien droit ; elle ne méritait pas de l'être. Il s'agit certainement de la part que l'enfant a droit de prendre : car il ne peut dépendre d'un des enfants, adversaire naturel de l'époux, agissant seul, ou par collusion avec les autres, de réduire les droits de l'époux, en se contentant d'une part inférieure à celle qu'il pourrait prendre.

3. La part de l'époux ne peut jamais dépasser 1/4 des biens de la succession. Cette modification à l'art. 176 du Projet fut introduite sur la proposition de M. Berlier, pour que le nouvel époux donataire ne pût pas, s'il n'y avait qu'un ou deux enfants du lit précédent, prendre 1/2 ou 1/3 de la succession. S'il y a moins de trois enfants, la règle que l'époux peut avoir autant que l'enfant le moins prenant sera annihilée par cette

autre, qu'il ne peut jamais recevoir plus d' 1/4. S'il y a trois enfants, les deux règles s'appliqueront concurremment, sans qu'aucune d'elles fasse échec à l'autre, et ce cas sera le seul. S'il y a plus de trois enfants, la règle que l'époux peut recevoir 1/4 sera anéantie par cette autre, qu'il ne peut recevoir qu'une part d'enfant le moins prenant.

§ 2. — De l'influence du nombre des époux nouveaux sur le chiffre du disponible de 1098.

Cette troisième règle n'offre aucune difficulté, quand on suppose seulement deux mariages, c'est-à-dire un seul époux nouveau. La question devient très-délicate, quand on suppose plusieurs mariages subséquents, et plusieurs donations faites à chacun des nouveaux conjoints, alors que des enfants sont issus de chaque mariage. On se demande si le disponible de 1098 est un, de sorte que tous les époux subséquents, autres que le premier, ne puissent, à eux tous, recevoir qu'une part d'enfant le moins prenant, à supposer qu'elle ne dépasse point le quart ; ou si ce disponible est multiple, s'il en existe un dans les rapports de chaque époux avec celui auquel il s'est remarié, de telle sorte que les époux subséquents, qui individuellement sont réputés époux, et ne peuvent recevoir au-delà du disponible de 1098, soient en bloc traités comme étrangers, et puissent à eux tous recevoir le disponible de 913. Il existe trois systèmes sur ce point, deux systèmes extrêmes dont le trait commun est de chercher la solution de notre question dans les textes, et un système intermédiaire, qui la prétend tirer de l'esprit de la loi,

et d'une comparaison entre la législation actuelle et le droit antérieur.

I. D'après M. Duranton (t. IX, n° 804), l'époux *de cujus* a pu donner à tous ses nouveaux conjoints pris en bloc le disponible de 913, tout en ne pouvant donner à chacun d'eux au-delà du disponible de 1098.

1. Ce système ne viole, dit-on, ni 913, puisque le disponible que cet article édicte n'est point dépassé, ni 1098, puisque cet article s'applique dans les rapports de l'époux avec chaque conjoint subséquent. Il est même plus conforme que tout autre au texte de 1098, surtout si l'on rapproche ce texte de l'édit des Secondes Noces. L'ancienne jurisprudence s'accordait à reconnaître que l'époux ne pouvait donner à tous ses conjoints subséquents qu'une part d'enfant le moins prenant. C'était l'opinion de Pothier. Mais pourquoi ? Parce qu'aux termes de l'édit, les veuves ne pouvaient donner plus d'une part d'enfant le moins prenant *à leurs nouveaux maris*. La loi marquait nettement par ce pluriel que tous les nouveaux époux ensemble ne devaient pas avoir plus d'une part d'enfant le moins prenant. 1098 porte au contraire : « L'époux ne pourra donner *à son nouvel époux* ». Il résulte ici de l'emploi du singulier, que dans l'esprit des rédacteurs, une part d'enfant doit pouvoir être donnée à chaque nouvel époux. 1098 ne s'applique donc que dans les rapports de l'époux avec celui qui le suit immédiatement. Au delà, sa portée expire, et c'est au disponible général de 913 qu'il faut se référer.

2. Cet argument doit être rejeté :

A. Il est d'abord impossible de tirer des termes de l'article « l'époux ne peut donner *à son nouvel époux* »,

la conclusion qu'il s'agit exclusivement du conjoint immédiatement subséquent. Ces expressions laissent la question indécise. M. Duranton argumente de l'opinion de Pothier sur l'édit, et des termes de cet édit comparés à ceux de notre article ; mais s'il accepte l'opinion de Pothier, il est obligé de la prendre dans son intégrité, et si, à certains égards, elle lui est favorable, à d'autres elle se retourne contre lui. L'édit portait : « ne peuvent donner *à leurs nouveaux époux* ». Pothier estimait cette rédaction insuffisante pour lui permettre de conclure que le disponible en question pouvait être attribué successivement et cumulativement à chaque époux. Mais la formule qu'il jugeait nécessaire pour faire admettre cette doctrine était la suivante : « ne pourra donner *à chacun de ses nouveaux conjoints* ». Or cette formule n'est point celle de 1098, qui dit seulement « ne pourra donner *à son nouvel époux* ». Ainsi, quoique cette formule soit moins que celle de l'édit favorable à la doctrine, d'après laquelle on ne peut donner à tous les nouveaux époux ensemble qu'une part d'enfant, elle eût cependant été considérée autrefois comme insuffisante, pour autoriser la doctrine, d'après laquelle on peut donner cette part à chacun des nouveaux époux. Le texte de 1098, comparé à celui de l'édit, ne prouve donc rien, puisque, l'édit eût-il été rédigé comme l'est aujourd'hui 1098, l'interprétation classique n'en eût pas moins été admise.

B. Le système de M. Duranton est d'ailleurs peu raisonnable. Il consiste à considérer une collection composée d'époux, c'est-à-dire de personnes auxquelles la loi applique un disponible spécial, comme une

collection d'étrangers, c'est-à-dire de personnes auxquelles le disponible ordinaire est applicable ; de sorte que chaque époux nouveau ne peut pas recevoir autant qu'un étranger, tandis que plusieurs époux nouveaux peuvent recevoir autant que plusieurs étrangers ; et qu'un tout, formé d'éléments exceptionnels, est assimilé à un tout, formé d'éléments ordinaires. L'esprit de 1098 est d'assujettir à un disponible spécial les époux nouveaux, que la loi considère comme plus dangereux que des étrangers pour les enfants des lits précédents. Or la doctrine adverse altère et pervertit cette donnée ; elle la maintient intacte, quand il n'y a eu qu'un seul convol, et l'abandonne, quand il y en a eu plusieurs, c'est-à-dire quand le danger augmente pour les enfants qu'on a voulu sauvegarder. Or il est absurde que la protection légale s'énerve, à mesure que la tendance au convol, redoutée par la loi, s'accentue plus énergiquement. Cette doctrine doit être rejetée.

II. Un second système, présenté par M. Demante, (t. IV, n° 278), se résume ainsi : les termes de 1098 suffisent pour repousser le système de M. Duranton ; car M. Duranton permet de donner à tous les époux nouveaux le disponible ordinaire, qui pourra dépasser 1/4 de la succession ; or ce résultat est formellement proscrit par 1098, qui vient dire : « *en aucun cas, ces donations ne pourront dépasser le quart des biens* ». Ce texte prouve que les époux subséquents ne peuvent à eux tous, recevoir plus d'1/4. L'unique question est donc de savoir si les époux ne pourront recevoir à eux tous qu'une part d'enfant le moins prenant, alors même qu'elle serait inférieure à 1/4, ou s'ils peuvent en ce cas

recevoir 1/4. Quant à cette question, M. Demante ne prétend point la trancher.

1. A vrai dire, la poser ainsi, c'est la résoudre. Et en effet, s'il résulte des mots « *en aucun cas, les donations ne pourront dépasser le quart* » ; que les époux subséquents ne peuvent à eux tous recevoir plus d'1/4, et si 1098 suffit à proscrire le système Duranton, c'est que cet article vise, implicitement ou explicitement, le cas où des donations ont été faites à plusieurs conjoints successifs. C'est une chose que M. Demante doit nécessairement admettre. Or l'admettre, c'est résoudre la question ; en effet, si tous les conjoints subséquents ne peuvent recevoir plus d'1/4, c'est qu'ils peuvent recevoir 1/4. Car, s'ils ne pouvaient recevoir ce quart, si par exemple, ils ne pouvaient recevoir qu'une part d'enfant, il serait oiseux, et même faux de déclarer qu'ils ne peuvent recevoir plus d'1/4 ; il faudrait dire alors qu'ils ne peuvent recevoir plus d'une part d'enfant. Donc M. Demante, neutre en la forme, prend parti sur le fond, et admet que tous les époux pourront recevoir 1/4, alors même que la part de l'enfant serait inférieure à cette quotité.

2. Cela étant, ce système ne nous paraît point exact :

A. Il n'est pas fondé en texte. a. D'abord il n'est qu'un dérivé du système Duranton. Comme lui, il admet l'argument tiré du rapprochement des termes de l'édit et de 1098, et de l'opposition de la locution ancienne « *à leurs nouveaux maris* », avec la locution moderne « *au nouvel époux* ». Seulement il modère la portée de cet argument, en en tirant seulement que les époux peuvent, à eux tous, recevoir 1/4. Cet argument n'est pas meilleur ici que plus haut, puisque nous

avons démontré que la locution « *à chacun des nouveaux conjoints* » paraissait seule suffisamment topique pour autoriser la conclusion que tire M. Demante.

b. De plus, cette doctrine suppose, ainsi que la précédente, que 1098 vise le cas où des donations ont été faites à plusieurs conjoints subséquents. Or l'article prévoit uniquement le cas où des donations ont été faites à un seul conjoint subséquent. Sans doute la loi parle d'un second et subséquent mariage, ce qui comprend aussi bien le troisième et le quatrième, que le second. Mais il ne résulte pas de là que 1098 suppose des donations faites ensemble à plusieurs conjoints subséquents; il en résulte que des donations peuvent aussi bien être faites au troisième ou au quatrième conjoint qu'au second, et qu'elles sont, dans tous les cas, soumises à 1098. Les termes sur lesquels s'appuie M. Demante : « *en aucun cas ces donations ne pourront excéder le quart* », ne sont pas probants. D'après M. Demante, les mots « *en aucun cas* » visent éventuellement l'hypothèse où des donations sont faites à plusieurs conjoints subséquents, et le pluriel « *ces donations* » indique qu'il ne s'agit point là d'une donation faite à un seul conjoint subséquent, mais de donations faites à plusieurs. Ce sens, adopté par M. Demante, est très-plausible, mais nullement certain. Le suivant est tout aussi naturel : en principe, l'époux nouveau peut recevoir une part d'enfant le moins prenant; mais, en aucun cas, le montant des donations ne pourra dépasser 1/4, pas même au cas où la part d'enfant le moins prenant serait d'1/2 ou d'1/3, parce qu'il n'y aurait qu'un ou deux enfants du lit précédent. Les mots « *en aucun cas* » peuvent donc viser le cas où la

part d'enfant serait supérieure à 1/4, et le pluriel « *ces donations* » signifier simplement les donations faites à un époux subséquent. Cette interprétation est au moins aussi plausible que la précédente ; et quand elle ne vaudrait pas mieux, elle suffirait à faire évanouir la certitude que cette doctrine croyait puiser dans une interprétation littérale, descendue au rang d'une simple conjecture. Mais cette interprétation est plus que probable ; elle est presque certaine : les mots en question furent en effet ajoutés sur la proposition de M. Berlier, pour qu'au cas où il y aurait seulement un ou deux enfants issus du mariage précédent, l'époux ne pût prendre 1/2 ou 1/3 de la succession. Cette simple remarque suffit pour conférer à ces mots le sens que nous leur attachions en dernier lieu. Du reste, les paroles de Bigot Préameneu, dans l'Exposé des motifs, prouvent que ni dans le Projet, ni dans les travaux préparatoires, il n'a été question du cas où des donations avaient été faites au profit de plusieurs conjoints. « On a maintenu cette sage disposition, que l'on doit encore moins attribuer à la faveur des seconds mariages, qu'à l'obligation où sont les père et mère qui ont des enfants, de ne pas manquer à leur égard, lorsqu'ils forment de nouveaux liens, aux devoirs de la paternité. Il a été réglé que, dans ce cas, les donations au profit du nouvel époux « *ne pourront excéder le quart des biens* ». Bigot Préameneu suppose toujours un donataire unique, ce qui enlève toute certitude littérale au système Demante.

B. Ce système est d'ailleurs aussi difficile à justifier en raison qu'en texte ; s'il n'aboutit pas à traiter la collection des époux comme une collection d'étrangers,

alors que chaque époux est traité autrement que ne le serait un étranger, il a ce défaut de moins protéger les enfants, quand il y a eu plusieurs convols, et que des donations ont été faites à plusieurs nouveaux époux, que quand il y a eu un seul convol, et qu'un seul époux nouveau a été gratifié. Car, s'il n'y a qu'un convol, l'époux nouveau ne pourra recevoir qu'une part d'enfant, qui pourra être moindre d'1/4, tandis que s'il y a eu plusieurs convols, les époux nouveaux pourront ensemble recevoir 1/4, alors que, par hypothèse, la part d'enfant le moins prenant est inférieure à 1/4.

III. De l'exposé et de la réfutation des deux systèmes qui précèdent, il résulte que 1098 ne vise aucunement notre question et la laisse intacte. S'il en est ainsi, c'est dans l'esprit, non dans le texte du Code qu'il faut chercher la raison de décider. Ainsi posée, la question n'est pas douteuse : 1. L'Exposé des motifs trahit la véritable pensée des rédacteurs : « *Le Code*, dit Bigot Préameneu, *se référant à l'édit de* 1560, *a maintenu cette sage disposition* ». Or on convenait que, sous le régime de l'édit, tous les nouveaux conjoints ne pouvaient recevoir, à eux tous, qu'une part d'enfant. Il est donc probable que le Code, s'étant référé à l'édit, a voulu maintenir cet état de choses, d'autant que, nulle part, il ne manifeste l'intention d'y rien changer. 2. De plus, comme le Code est conçu dans un sens, non pas plus, mais autrement restrictif que le Projet, il n'est pas probable qu'il ait voulu, pour ce cas spécial, concéder une extension du disponible entre époux tel que l'avait institué l'édit. 3. Enfin, on échappe ainsi à la double critique justement dirigée contre les deux précédents systèmes : en effet, le disponible

entre époux diffère du disponible ordinaire aussi bien quand il y a plusieurs époux nouveaux donataires, que quand il n'y en a qu'un ; de plus, la protection dont la loi couvre les enfants des lits précédents reste identique à elle-même, et ne faiblit point alors que le danger s'accentue. (M. Demolombe, *loc. cit.*, n° 572.)

§ 3. — De l'influence des termes employés par le donateur sur le chiffre du disponible attribué au nouvel époux.

Il se peut que les termes employés soient obscurs. La libéralité peut être à titre particulier, ou universel.

I. Elle est à titre particulier. Le *de cujus* a donné ou légué à son conjoint une certaine somme d'argent ou un corps certain. On examine, au moment du décès, si la somme ou la valeur de l'objet donné dépasse ou non la part de l'enfant le moins prenant. Si oui, on fait rendre à l'époux l'excédant, ou on le lui retranche selon qu'il avait ou n'avait pas reçu son legs ; si non, on lui laisse ou on lui remet ce à quoi il a droit, suivant qu'il l'avait ou non reçu. Jusqu'ici, pas de difficultés.

II. Mais la donation peut être à titre universel, et cela de deux manières : elle peut être déterminée, si l'époux donne une quote-part, qu'il juge être la représentation exacte de la part d'enfant le moins prenant, par exemple 1/5 ou 1/6; elle est indéterminée, si l'époux donne une part d'enfant, sans fixer la quote-part à laquelle il l'évalue, ou même s'il donne *tout ce dont la loi lui permet de disposer*.

1. La donation est déterminée ; l'époux a donné une quote-part, 1/5 ou 1/6. Cette disposition sera réduite aux termes du disponible de 1098, si elle le

dépasse, maintenue, si elle lui est égale ou inférieure, jamais étendue jusqu'à lui, si elle lui est inférieure.

2. La disposition peut être indéterminée, et cela de deux manières :

A. L'époux donne à son conjoint une part d'enfant le moins prenant.

a. Cette disposition peut affecter diverses formes : α. Elle peut être de biens présents ou de biens à venir. Si elle porte sur des biens présents, son existence est certaine du jour de la donation. Son émolument est également certain dès cette époque, en ce sens que la donation emporte jouissance immédiate ; seulement le chiffre de cet émolument est inconnu, puisque c'est seulement à la mort du *de cujus* qu'on pourra calculer combien vaut cette part d'enfant le moins prenant. Quant à son objet, il est certain, en ce sens que l'on connaît dès à présent les biens sur lesquels la donation porte, et que le donateur en obtiendra sûrement une partie quelconque, l'époux donateur fût-il réduit à la misère. La donation ne peut manquer absolument d'objet. Si au contraire elle porte sur des biens à venir, son existence est également certaine du jour de la donation. Mais son émolument est incertain, en ce que d'abord la donation n'emporte pas jouissance immédiate, et ensuite en ce que le chiffre de cet émolument est inconnu. De plus, son objet est incertain, puisqu'on ignore généralement sur quels biens elle porte, et que d'ailleurs, les connaîtrait-on, ces biens pourront, au décès du *de cujus*, se trouver hors de son patrimoine s'ils ont été l'objet d'une aliénation à titre onéreux, de sorte que la donation manquera d'objet. Ainsi la donation d'une

part d'enfant faite en biens présents et la même donation faite en biens à venir se ressemblent, en ce que toutes deux, étant des donations entre-vifs, sont, du jour de la donation, certaines quant à leur existence, et incertaines quant au chiffre que représente la quote-part. Elles diffèrent quant au moment où commence la jouissance du donataire, le donataire de biens présents jouissant dès à présent, le donataire de biens à venir ne devant commencer à jouir qu'au décès du donateur; elles diffèrent encore, en ce qu'il est certain que le premier donataire aura un émolument, tandis qu'il se peut que le second n'en ait aucun. En somme, la première est certaine quant à son existence, quant à l'époque où commence la jouissance du donataire, et quant à l'existence d'un émolument pour ce dernier; elle est incertaine quant au chiffre qu'atteindra cet émolument. La seconde est certaine quant à son existence, mais incertaine à tous autres égards, quant à l'époque où commencera la jouissance du donataire, quant à l'existence d'un émolument pour ce donataire, et quant au chiffre qu'atteindra cet émolument. β. Cette donation d'une part d'enfant peut être entre-vifs, ou testamentaire. La première de ces libéralités investit le donataire d'un droit actuel, tandis que la seconde ne lui confère aucun droit. γ. Enfin, elle peut être faite par contrat de mariage ou pendant le mariage.

b. Elle peut donner lieu à quelques difficultés, quant à la question de savoir si elle est caduque par le prédécès du donataire et quelle étendue elle comporte.

α. Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que cette donation devient caduque par le prédécès de

l'époux donataire. Les solutions que nous avons données plus haut nous empêchent d'admettre cette doctrine dans son absolue généralité. Nous reconnaissons qu'il en sera ainsi, toutes les fois que la donation sera testamentaire, parce que le prédécès du légataire rend le legs caduc, ou, plus exactement, l'empêche de naître. Mais nous n'admettons pas cette solution avec la généralité qu'on lui prête, quand il s'agit d'une donation entre-vifs. En la supposant faite par contrat de mariage, nous distinguons : si elle est de biens présents, la caducité ne s'applique point; elle s'applique au contraire, si elle est de biens à venir, parce que la loi édicte expressément cette caducité. Mais s'il s'agit d'une donation entre époux pendant le mariage, nous croyons que la caducité est également inapplicable aux donations de biens présents et à celles de biens à venir. Car ces donations sont entre-vifs, et le propre de la donation entre-vifs est de conférer un droit actuel, transmissible aux héritiers, à moins d'une exception formellement édictée.

β. Il y a également controverse quant à l'étendue de cette libéralité, et ici tout dépend de l'intention du disposant :

αα. A-t-il entendu lui léguer ce qui constituait la part d'enfant le moins prenant, au moment où la disposition a été écrite, ou ce qui la constitue à sa mort? Si le disponible au jour du décès est inférieur à ce qu'il était au jour de la disposition, il faudra nécessairement appliquer le disponible au jour du décès, qui peut bien être atteint, mais jamais dépassé. Mais si c'est l'inverse, si le disponible s'est augmenté, soit par suite de l'accroissement de la fortune du donateur, soit parce

que le prédécès d'un certain nombre d'enfants a rendu plus forte la part d'enfant le moins prenant, que décider? Si l'on peut préciser l'intention du donateur, on l'appliquera, puisqu'elle est souveraine en cette matière, sinon, on appliquera le disponible, tel qu'il se comporte au jour du décès. Car le donateur, faisant une libéralité dont l'émolument ne devait être connu qu'au décès, a dû se reporter à l'état de choses qui existerait à ce moment, et non point borner sa vue à l'horizon actuel, qu'il savait être changeant et éphémère.

ββ. *Quid* encore, si tous les enfants issus de mariages précédents, qui existaient lors de la donation, sont prédécédés lors du décès? Faudra-t-il appliquer le disponible de 1098, ou celui de 1094, et donner à l'époux 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, s'il se trouve en face d'enfants communs, le disponible ordinaire, plus tout l'usufruit de la réserve, s'il se trouve en face d'ascendants, toute la succession, s'il n'existe aucuns réservataires? Nous croyons que, sauf intention contraire manifestée par l'époux, il y aura lieu d'appliquer le disponible de 1098. Comme, en faisant sa libéralité, il s'est reporté au moment de son décès, il n'a pu vouloir donner que le disponible le plus fort organisé pour le cas où il y a des enfants d'un lit précédent, c'est-à-dire 1/4. En donnant une part d'enfant, il s'est reporté au disponible de 1098, et a bien montré qu'il supposait formellement l'existence d'enfants du lit précédent.

B. La disposition à titre universel peut être indéterminée d'une autre manière : l'époux peut avoir donné à son conjoint *le disponible le plus large dont la*

loi lui permet de disposer, sans supposer l'existence d'enfants d'aucuns mariages, ni de réservataires quelconques. Alors évidemment le donataire aura le disponible le plus large, compatible avec les circonstances, celui de 1098, s'il est en face d'enfants d'un lit précédent, celui de 1094, s'il est en face d'enfants communs ou descendants réservataires, et tous les biens, s'il n'est en face d'aucuns réservataires. C'est ce qu'on présumera. Mais les tribunaux pourraient décider, en fait, et d'après les circonstances, que l'époux, paraissant léguer le disponible le plus large de tous, n'a cependant entendu léguer que ce qui, lors de la donation, formait le disponible actuel. En somme, l'intention du disposant est souveraine, et c'est seulement quand elle ne se manifestera point que ces règles, qui en sont la traduction la plus probable, s'appliqueront. (Sur toute cette théorie, voyez surtout M. Demolombe, nos 548-592.)

SECTION III. — *De l'extension de* 1098, *quant aux biens sur lesquels peut porter le disponible qu'il édicte, ou de l'assiette de ce disponible.*

Il s'agit de composer la masse sur laquelle ce disponible se doit prendre, ce qui revient encore à en fixer le *quantum*, puisque ce disponible sera plus ou moins large, selon que la masse sur laquelle le donataire pourra le prendre sera elle-même plus ou moins considérable. Nous distinguerons plusieurs cas :

§ 1. Outre la donation par lui faite à l'époux, il a fait des libéralités au profit d'un ou plusieurs de ses enfants, ou au profit d'un ou de plusieurs étrangers.

I. Il a donné à un ou à plusieurs de ses enfants. Il faut sous-distinguer, selon que la libéralité constitue un préciput, ou un simple avancement d'hoirie.

1. La libéralité est faite par préciput. On retranche alors de la masse ce que l'époux a donné par préciput dans les limites du disponible. Car le *de cujus* a montré l'intention d'exclure de la masse l'objet de cette libéralité préciputaire ; et cette intention était licite, les libéralités par préciput étant permises. Puis l'époux, considéré comme un enfant de plus, prend sa part d'enfant le moins prenant sur le reste, qui compose la masse.

2. La libéralité est un simple avancement d'hoirie. Les choses ne se passent pas aussi simplement : l'époux donataire a certainement le droit d'exiger un rapport, au moins fictif, des biens donnés, pour que sa part soit calculée sur les masses réunies des biens exstants et des biens donnés. A. On l'a pourtant nié : en effet, dit-on, l'époux n'est qu'un donataire ; donc il ne peut exiger le rapport des biens donnés à d'autres qu'à lui ; car d'après 857, le rapport n'est dû par l'héritier qu'à son cohéritier, et jamais à un donataire ou légataire. B. Cette objection serait juste, s'il s'agissait d'un rapport réel, ayant pour objet et pour résultat la remise à la masse des biens donnés, qui y rentreraient à tous égards, même à l'égard de l'époux. Mais il ne s'agit point d'un pareil rapport. L'époux demande simplement que les biens donnés soient fictivement et par une opération intellectuelle réunis à la masse, pour que sa part soit calculée sur la masse ainsi constituée. Et même il ne formule pas cette prétention sous forme de demande, il l'objecte comme exception, comme dé-

fense à ceux qui veulent le réduire quand il ne doit pas l'être, ou plus qu'il ne doit l'être. Il ne pourra donc prendre aucune parcelle de ces biens, fictivement rapportés. Si, par exemple, ces biens donnés composent à eux seuls le patrimoine du défunt, et s'il n'existe aucun bien dans la succession, l'époux ne prendra rien et ne pourra nullement exiger le rapport, pour prélever sa part d'enfant sur la masse rapportée. De même, si les biens exstants, fictivement réunis aux biens donnés, étaient insuffisants pour lui parfaire sa part sans toucher à ces derniers, il devrait se contenter des biens exstants. Mais quand ces biens suffisent pour lui parfaire sa part, il oppose à la prétention qu'affectent les héritiers de le réduire outre mesure, cette réponse qu'ils doivent d'abord imputer leur part héréditaire sur les biens à eux donnés, et subséquemment sur les biens exstants, ce qui est le droit commun. Il est évident que nous supposons une disposition conçue en termes généraux, et non empreinte d'une intention restrictive, par exemple une donation de la part d'enfant le moins prenant. Si le donateur avait indiqué expressément ou tacitement que la donation par lui faite au conjoint ne se devrait prendre que sur les biens exstants, cette intention devrait être suivie; puisque l'époux, libre de donner à son conjoint tout le disponible, a pu ne lui en donner qu'une partie.

II. L'époux a fait des donations à un ou à plusieurs étrangers. Il ne peut ici s'agir de libéralités préciputaires, les donations à des étrangers étant réductibles, mais jamais rapportables. Il ne peut donc non plus s'agir d'un rapport fictif. La question est de savoir si l'époux peut exercer une réduction fictive, quand la

donation faite au profit de l'étranger dépasse le disponible.

Nous croyons qu'il le peut : la libéralité faite à l'étranger est traitée comme la libéralité préciputaire faite à l'enfant. Si donc les biens donnés ne dépassent pas le disponible, comme ils sont naturellement exclus de la masse, n'étant point rapportables, ils en seront déduits. Mais cette exclusion de la masse n'ayant pu être faite que dans les limites du disponible, les biens donnés qui excéderont le disponible seront fictivement réunis à la masse, sur laquelle l'époux peut et doit calculer sa part. Ce résultat sera obtenu par le moyen d'une réduction fictive exercée par l'époux. Cela est encore contesté, sous le prétexte qu'aux termes de 921, l'époux, simple donataire ou légataire, n'a point droit à la réduction. La réponse est analogue à celle que nous avons faite plus haut. L'époux ne demande point une réduction réelle, faisant rentrer à la masse les biens donnés, sur lesquels il pourrait prendre ou parfaire sa part. Il soutient seulement que la réduction dont on le menace ne doit point être supportée par lui, qui n'a reçu que le disponible, mais bien par les donataires étrangers, qui ont reçu plus que le disponible; il se borne donc à invoquer le droit commun. D'ailleurs, dans le système adverse, l'époux qui aurait fait à son conjoint une première donation entre-vifs, valable et n'excédant point le disponible, pourrait, par une donation ultérieure faite à un tiers, diminuer ou anéantir la donation, valablement faite à son conjoint; de la sorte, on ferait peser toujours et quand même sur l'époux le fardeau de la réduction, dont les donataires étrangers seraient systématiquement exonérés, et cela,

sans raison plausible. Ce résultat est surtout choquant pour les donations par contrat de mariage, absolument irrévocables. Il l'est même pour les donations faites pendant le mariage, quoiqu'elles soient révocables; car il est injuste et inconséquent d'attacher à toutes les donations que l'époux fait à un étranger, après avoir donné à son conjoint, une intention révocatoire que le donateur n'y a sans doute pas mise.

§ 2. L'époux est seul donataire; il n'y a ni enfants donataires par préciput, ni étrangers donataires. Sur quelle masse portera cette donation?

I. Si la donation est d'une quote-part, si le *de cujus* a légué son disponible le plus large, ou une part d'enfant le moins prenant, ces donations portent sur toute la masse, et comme elles sont conçues en termes généraux, elles ne peuvent jamais être excessives, ni donner lieu à réduction.

II. Mais la donation peut être d'un corps certain, ou d'une somme d'argent déterminée. Il faut voir si cette donation excède ou non le disponible de 1098. A cet effet, on applique 922, qui pose les principes en matière de réduction. On réunit donc aux biens exstants les biens donnés à l'époux; on forme ainsi une masse, qui permet de calculer si la donation faite à l'époux excède ou non le disponible.

1. Si elle ne l'excède point, l'époux garde sa donation.

2. Si elle l'excède, il garde le disponible, et restitue l'excédant. Mais que devient cet excédant? Est-il attribué exclusivement aux enfants du *de cujus*, ou concurremment et pour parts viriles à ces enfants et à l'époux? Nous croyons qu'il se doit partager entre

les enfants et l'époux. Soient un époux *de cujus*, 4 enfants, un conjoint donataire de 20, et une succession où les biens exstants sont de 60. Le *de cujus* a donné à son conjoint le disponible le plus large des deux. Si le conjoint était un étranger, le disponible ordinaire étant d'1/4 ou de 20, l'époux ne serait pas réduit, et chaque enfant aurait sa réserve ou 15. Mais l'époux est assujetti au disponible de 1098; il ne peut recevoir plus qu'un enfant, c'est-à-dire plus d'1/5 ou de 16, si l'on calcule sa part sur la masse des biens exstants, réunis aux biens donnés. Chaque enfant gagne 1 à se trouver en face d'un époux, au lieu d'être en face d'un étranger. On arrive au même résultat, en donnant à l'époux juste autant que la réserve de chaque enfant, c'est-à-dire 15, ce qui le réduit de 5, et en partageant les 5 dont il est réduit également entre l'époux et les enfants, de sorte que chacun reçoit 1 de plus, ou 16.

A. Cette solution est critiquée. Il en est une autre qui consiste à attribuer les 5 exclusivement aux 4 enfants, dont chacun reçoit ainsi 16,25, tandis que l'époux ne reçoit que 15. a. En effet, dit-on, l'époux ne doit ni demander la réduction ni en profiter, alors qu'elle a eu lieu. Or, quand il prend sa part de l'excédant réduit, concurremment avec les enfants réservataires, il profite de la réduction. b. Et dans quelles circonstances en profite-t-il? Alors qu'elle est exercée contre lui, ce qui est contradictoire, et bien plus exorbitant que s'il prétendait profiter de la réduction subie par un tiers, ce qui serait néanmoins illicite. c. Enfin, dit-on, cette doctrine était adoptée dans l'ancienne jurisprudence par Ricard et Pothier,

qui s'inspiraient eux-mêmes des doctrines romaines, consignées dans la loi *hâc edictali* et dans la Nov. 22 : « Quod plus in eo, quod relictum aut datum est aut novercæ aut vitrico, competit filiis, et inter eos solos ex æquo dividitur ».

B. Ces trois arguments ne portent pas : a. D'abord l'époux donataire ne songe ni à demander la réduction, ni à en profiter, contrairement à 921, en se payant sur les biens réduits. Son unique prétention est de n'être point réduit plus qu'il ne doit l'être, et de garder tout ce que la loi ne l'oblige point à rendre. b. Si cela est, s'il ne profite pas de la réduction, il n'y a pas lieu de faire sonner bien haut l'absurdité qu'il y a pour lui à profiter d'une réduction exercée contre lui-même. Cette décision est, du reste, la conséquence logique des solutions que nous avons données sur les deux cas précédents. Si 857 n'est pas violé, parce que l'époux, en face d'un enfant gratifié sans préciput, exige le rapport fictif des biens donnés; si 921 n'est pas non plus violé, parce que l'époux, en face d'un enfant donataire non préciputaire, ou d'un donataire étranger, gratifiés au-delà du disponible, exerce la réduction fictive des biens donnés en trop; 924 n'est pas violé davantage, parce que l'époux, seul en face des enfants héritiers, prétend n'être réduit que conformément à la loi, c'est-à-dire conformément à 922. Comment l'époux, armé contre des enfants donataires ou des donataires étrangers, serait-il désarmé contre des enfants simples réservataires? Cela serait absurde. La doctrine adverse est donc coupable d'une grosse inconséquence. c. Et de plus, elle viole nécessairement, et 922, et 1098. Elle viole 922 : cet

article posé en principe que le disponible se calcule sur la masse des biens exstants grossie des biens donnés. Or cette masse est de 80, ce qui donnerait 16 à l'époux. Et cependant l'époux ne reçoit que 15. Pourquoi? Parce que le disponible a été calculé sur 60, c'est-à-dire seulement sur les biens exstants; on a attribué à l'époux une part égale à la réserve de chaque enfant, calculée sur 60. Ou si l'on veut, le disponible a bien été calculé sur 80; mais au lieu de calculer le disponible de 1098, on a calculé celui de 913, ce qui est faux. Ce n'est pas 60 qu'il fallait diviser par 4, ce qui donne 15, mais 80 qu'il fallait diviser par 5, ce qui donne 16. Car l'époux n'a pas droit à 1/4, mais à 1/5, comptant comme un enfant de plus. La doctrine adverse viole également 1098, aux termes duquel l'époux doit avoir une part d'enfant; en effet, l'époux n'a que 15, tandis que chaque enfant a 16,25. On alléguerait en vain que l'enfant, sur ces 16,25, ne prend que 15 comme enfant, et reçoit 1,25 à un autre titre. Car on serait bien empêché de dire quel est cet autre prétendu titre. d. Enfin l'argument historique produit par les adversaires n'a pas une grande valeur. Nous avons reconnu que la loi *hâc editali* et la Novelle 22 adoptaient la doctrine adverse, bien que la glose sur la loi *hâc editali* soit peu formelle en ce sens, et semble accorder à l'époux part égale à celle des enfants. Mais l'ancienne jurisprudence n'était pas unanime : Renusson était, sur ce point, d'un avis contraire à celui de Ricard et de Pothier. Et enfin, le droit romain fût-il bien clair dans le sens des adversaires, la doctrine ancienne fût-elle unanime en leur faveur, il n'en résulterait nullement que ces dé-

cisions dussent être admises actuellement. On sait que le Code n'admet point l'autorité législative des anciennes lois et coutumes, et ici, moins qu'en toute autre matière; car, s'il est vrai que l'édit des Secondes Noces se soit directement inspiré du droit romain, et de la loi *hâc edictali*, dont il s'écarte cependant en plusieurs points, il n'est pas exact de dire que le Code ait pris l'édit pour modèle, les divergences étant nombreuses et graves entre ces deux législations.

TITRE TROISIÈME

EFFETS OU SANCTION DE 1098

I. Une action en réduction naît de la violation de 1098, d'où il suit qu'elle ne peut naître que s'il est applicable. Il faut donc supposer qu'une donation, dépassant le disponible de 1098, a été faite par un veuf remarié à son nouvel époux, et qu'il y a des enfants du lit précédent.

II. Quant à sa nature, elle est celle de l'action en réduction ordinaire, sauf certaines particularités qui apparaîtront au cours de la discussion. Elle est donc transmissible activement et passivement aux héritiers de ceux qui en sont les sujets.

CHAPITRE PREMIER

Extension de l'action en réduction de 1098.

SECTION I. — *De son extension quant aux personnes.*

§ 1. — Des personnes à qui elle est donnée.

I. Elle est donnée aux enfants du premier lit, en faveur de qui 1098 est édicté, et qui souffrent nécessairement, quand il est violé. Cela résulte de 1496. Cet article suppose que la confusion des meubles et des dettes opère, au profit d'un des époux, un avantage supérieur à celui qu'autorise 1098; il y a donc lieu à l'action en réduction, et l'article l'accorde aux enfants du premier lit. Comme il n'y a pas de raison pour que ce cas soit traité différemment des autres, et que d'ailleurs il est naturel qu'une sanction organisée en faveur de certaines personnes puisse être exercée par elles, cette décision doit être généralisée. Il est donc certain que l'action appartient aux enfants du lit précédent.

Mais on se demande si, quand ils ne veulent point l'exercer, elle appartient en second ordre et à leur défaut, aux enfants communs.

1. Presque tous les auteurs accordent ce droit aux enfants du lit subséquent, lorsque ceux du premier lit ne l'exercent pas. Les enfants communs sont donc comme substitués à ceux du lit antérieur, quant à ce qui touche l'exercice de l'action en réduction. Les

partisans de cette opinion allèguent en sa faveur les raisons suivantes :

A. Telle était d'abord notre ancienne jurisprudence, comme Ricard et Pothier l'attestent. Il est naturel de penser que le Code, par son silence, a entendu maintenir l'ancien état de choses, d'autant plus que les principes du Code commandent cette solution plus impérieusement que ne le pouvaient faire les principes de l'ancien droit. Car autrefois, l'égalité stricte entre les enfants de lits différents, issus du même auteur, ne formait pas comme aujourd'hui une règle absolue.

B. De plus, il est certain que les enfants du second lit peuvent profiter de l'action en réduction, une fois qu'elle a été exercée et qu'elle a fait rentrer dans la succession l'excédant des biens donnés. Comment comprendre alors que le droit des enfants du second lit soit subordonné à l'exercice d'une certaine action par ceux du premier? Et comment concilier ce résultat avec le principe de l'égalité entre les enfants de tous les lits, cohéritiers? D'ailleurs, si les enfants du second lit peuvent profiter de l'action intentée, et prendre leur part des biens réduits, ce ne peut être qu'à titre d'héritiers. Or il est impossible de concevoir que le bénéfice, le résultat pécuniaire de l'action soit dans la succession, tandis que l'action elle-même n'y serait point. Il faut donc reconnaître ou nier dans les deux cas le caractère héréditaire. Le nier, on n'oserait; il ne reste donc qu'à le reconnaître, et à concéder l'action aux enfants du second lit.

C. Le système adverse ouvre d'ailleurs la porte à des collusions fréquentes entre les enfants du premier lit et l'époux donataire; ce dernier proposera aux en-

fants du premier lit de ne point l'actionner en réduction, et, pour les y décider, leur abandonnera à l'amiable le profit pécuniaire qu'ils pourraient recueillir en exerçant leur action, ou même davantage, de sorte que l'époux bénéficiera de tout ce qu'il devrait abandonner aux enfants du second lit, si l'action était exercée, et que les enfants du premier lit trouveront eux aussi leur compte à cette combinaison. Toutes ces collusions sont évitées dans le système classique.

D. De plus, le système adverse refuse l'action en réduction aux enfants du second lit, sous prétexte que 1098 la leur dénie. S'il en était ainsi, 1098 eût édicté une prohibition bien inutile; car cette action en réduction que 1098 leur refuse, ils pourront, dans la plupart des cas, la puiser dans 1094. Il pourrait donc y avoir deux actions en réduction, l'une, fondée sur 1098, née d'une donation supérieure au disponible de 1098, et n'appartenant qu'aux enfants du premier lit, l'autre, fondée sur 1094, née d'une donation supérieure au disponible de 1094, et n'appartenant qu'aux enfants du second lit! Ainsi, contrairement au principe de l'égalité, les enfants de deux lits différents, venant à la succession de leur auteur commun, seraient partagés en deux camps presque hostiles, chaque camp ayant son action prescriptible par trente ans depuis l'ouverture de la succession; de sorte que, pendant ces trente ans, l'époux serait mis et maintenu dans l'incertitude sur la question de savoir si et jusqu'où il sera réduit! Ce résultat est contraire à la bonne harmonie que le Code veut instituer entre tous les enfants, contraire aussi à l'intérêt économique, qui s'accommode mal d'une longue incertitude sur la situation des biens.

E. Enfin, l'objection tirée de 921 et 1496 ne porte point : a. 921 d'abord ne saurait être invoqué : il refuse l'action en réduction à tous autres qu'aux héritiers ; or, les enfants du second lit sont héritiers au même titre que ceux du premier, puisqu'il s'agit de la succession de l'auteur commun. Donc 921 leur accorde l'action, plutôt qu'il ne la leur refuse. Et, en tout cas, il ne saurait être d'aucun poids dans notre question, mais uniquement dans celle différente, quoique connexe, de savoir si les enfants du second lit peuvent profiter de l'action en réduction, une fois qu'elle a été intentée par ceux du premier. b. Quant à 1496, il est vrai qu'en un cas où le disponible de 1098 a été dépassé, il n'accorde l'action qu'aux enfants du premier lit. Mais cet article signifie simplement que l'action naît en la personne des enfants du premier lit, c'est-à-dire qu'elle ne naît point, s'il n'existe aucun enfant du premier lit lors du décès, qu'elle leur appartient directement et en première ligne; l'article n'entend nullement empêcher les enfants du second lit d'intenter l'action, au cas où ceux du premier négligeraient ou refuseraient de l'exercer. C'est là une signification exorbitante, que l'on prête arbitrairement à 1496. (M. Demolombe, n^os^ 602-605).

2. Dans un autre système, on soutient que l'action en réduction appartient exclusivement aux enfants du premier lit, et que ceux du second ne peuvent jamais l'exercer, pas même en cas de refus des premiers.

A. Et tout d'abord, dit-on, il importe assez peu que telle ait été la doctrine de l'ancien droit, aujourd'hui destitué de tout pouvoir, même interprétatif. C'est uniquement aux textes et aux principes du Code qu'il

se faut reporter. Or les textes n'accordent l'action qu'aux enfants du premier lit (1496). Il est de plus naturel et logique que ceux en faveur de qui a été organisée une action, soient seuls à l'exercer. Nous réfuterons plus tard l'objection consistant à dire que l'égalité entre les enfants des différents lits est ainsi détruite.

B. Le second argument des adversaires suppose essentiellement que les enfants du second lit ont droit de profiter de la réduction, une fois qu'elle a été exercée par ceux du premier, et part de là pour conclure que, si le profit leur appartient, l'exercice leur doit aussi appartenir. Cet argument repose sur une hypothèse gratuite. Rien ne prouve que les enfants du second lit puissent profiter de la réduction effectuée par ceux du premier : et quand bien même ils le pourraient, cela n'impliquerait nullement pour eux le droit d'intenter l'action. Car une action, appartenant à un seul ou à quelques-uns, peut faire rentrer un bien dans une masse, à l'égard d'une collection de personnes, dont quelques-unes n'avaient point l'action. Nous en avons un exemple dans l'action Paulienne, où les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux, à l'égard de qui cet acte a été nuisible et frauduleux, peuvent seuls exercer la Paulienne, dont le résultat, dans l'opinion le plus accréditée, est de faire rentrer les biens aliénés dans la masse, à l'égard de tous les créanciers, même de ceux postérieurs à l'acte. Ces deux questions de l'exercice et du profit de l'action ne sont donc point si connexes, que la solution de l'une implique sur l'autre une solution conforme ; et l'argument adverse s'évanouit, si l'on réfléchit que la ma-

jeure n'en est point certaine. Mais, disent les adversaires, ou l'action est héréditaire, ou elle ne l'est point : si elle ne l'est point, ce n'est pas dans la qualité d'héritiers que les enfants du premier lit trouveront le droit de l'exercer, et d'en profiter. Si elle l'est, elle l'est pleinement, et à un double point de vue, d'abord en ce que tous ceux qui en auront l'exercice en auront le profit, et réciproquement, et ensuite en ce qu'elle appartiendra à tous les héritiers, et par conséquent aux enfants du second lit.

a. Les deux parties de cet argument sont toutes deux inexactes : α. S'il est vrai que l'exercice d'une action se conçoive difficilement sans le profit, le profit se conçoit au contraire fort bien sans l'exercice. L'exercice peut donc être réservé à certains héritiers, et le profit être commun à tous. En autres termes, l'exercice de l'action en réduction peut être dans la succession à l'égard de quelques héritiers, et le profit s'y trouver à l'égard de tous. L'action peut être relativement héréditaire quant à son exercice, absolument héréditaire quant à son profit. β. D'où il suit que la seconde partie de l'argument n'est pas plus exacte : l'action peut être dans la succession, sans y être *erga omnes*, y être relativement quant aux sujets, quant aux personnes à qui elle appartient. Elle est héréditaire, en ce sens qu'on ne peut la trouver que dans la succession, et que les enfants du premier lit ne l'ont que s'ils sont héritiers acceptants et non indignes. Mais il ne suit pas de là qu'elle appartienne à tous les héritiers, et la preuve en est que 1496 la réserve aux enfants du premier lit. Il est vrai que l'égalité entre les enfants des différents lits sera ainsi rompue, au profit

des enfants du premier lit. Mais cela vient de ce que 1098 a jugé ceux-ci dignes d'une protection spéciale, qu'il n'a nullement entendu accorder aux enfants communs. Et il n'est pas étrange qu'une action n'appartienne qu'à ceux dont elle sanctionne les droits exclusifs, et soit déniée à ceux qu'elle ne protége point.

b. En somme : α. Cette action est, sans aucun doute, relativement héréditaire quant à son exercice. Et cependant il se peut qu'elle le soit absolument quant à son profit. Le convol et les donations qui l'accompagnent compromettent gravement les droits des enfants du premier lit ; et ce qui nuit à ceux-ci profite aux enfants communs, presque sûrs de retrouver les biens donnés dans la succession de leur auteur spécial. En présence de cette situation, il est naturel que la loi ait organisé une action en réduction, dans l'intérêt spécial des enfants du premier lit, et ne l'ait accordée qu'à eux, les ait fait seuls juges de la question de savoir s'il y avait ou non lieu de l'exercer. Ils avaient vraiment intérêt à l'intenter, puisqu'elle ne naît que quand leurs intérêts sont lésés. Ceux du second lit n'y avaient aucun droit, puisqu'elle naît dans un cas où leurs droits sont saufs ; si leurs droits sont compromis, rien ne les empêche d'exercer l'action en réduction de 1094, affectée spécialement à leur protection et à leur usage. β. Mais le caractère héréditaire relatif de l'exercice n'entraînait point forcément le caractère héréditaire relatif du profit. Il est naturel que la loi ait dérogé au principe de l'égalité entre les enfants, quant à l'attribution de l'exercice ; il est concevable qu'elle y ait fait retour, quant à l'attribution du profit. Cette seconde dérogation était en effet bien plus grave que l'autre.

Elle constituait aux enfants du premier lit une situation tout à fait privilégiée, et faisait sortir de la masse héréditaire l'excédant des biens donnés, pour le leur attribuer en propre, par une sorte de droit de succession anomale. On comprend donc que la loi ait ainsi raisonné : les enfants du premier lit auront seuls l'action en réduction de 1098. S'ils ne jugent pas à propos de l'intenter, personne n'a droit de se plaindre, et l'action tombe à terre ; s'ils l'intentent, elle a pour effet de réintégrer le bien dans la succession à l'égard de tous. En un mot, le but de 1098 peut avoir été de protéger les enfants du premier lit contre les libéralités excessives que pourrait consentir leur auteur remarié, mais non pas de leur conférer une situation héréditaire préférable à celle des enfants du second lit. Nous ne disons pas que la loi ait raisonné de la sorte, mais qu'elle a pu raisonner de la sorte.

Il est donc faux que l'action en réduction, à supposer qu'elle soit héréditaire, doive l'être absolument, et quant à son exercice, et quant à son émolument, et cet argument des adversaires s'évanouit.

C. Il est vrai que notre système peut donner lieu à des collusions entre l'époux donataire et les enfants du premier lit. Mais de ce qu'une théorie exacte en droit peut conduire à des fraudes, il ne s'ensuit pas qu'elle doive être rejetée. Le magistrat cherchera, dévoilera et frappera la fraude ; mais on ne peut, sur le vague et général soupçon d'une collusion possible, étendre une action restreinte à certaines personnes. Et d'ailleurs, les fraudes et collusions seront infiniment plus rares qu'on ne semble le croire. L'action en réduction est un droit spécial aux enfants du premier lit. Ils sont bien

libres d'y renoncer, sans que le droit des enfants du second lit soit pour cela violé, puisque les enfants du premier lit n'ayant point exercé le leur, celui des enfants du second lit a manqué de naître ; il n'y a point là de fraude. La fraude ne commencerait d'apparaître, que si les enfants du premier lit avaient reçu de l'époux de l'argent, pour ne point intenter leur action, et s'étaient constitué ainsi une part héréditaire supérieure à celle des enfants communs, au détriment des droits héréditaires futurs de ces derniers. Je dis futurs ; car tant que l'action n'a pas été intentée, leur droit n'est point actuel. Et encore la fraude ne serait-elle pas en ce cas fort accusée : car les enfants du premier lit, même recevant de l'argent pour ne point intenter leur action, font un pacte sur succession ouverte, l'excédant des biens donnés étant quant à eux dans la succession, puisqu'ils ont d'ores et déjà l'action pour les y faire rentrer. Or ces conventions sont licites, même quand elles ont un objet pécuniaire, d'autant qu'elles ne lèsent point le droit des enfants du second lit, ce droit n'étant pas né.

D. Quant à l'argument du système adverse, consistant à dire qu'il est bien inutile de refuser aux enfants du second lit l'action en réduction de 1098, puisqu'ils ont celle de 1094, il est tout à fait faux. En effet, les disponibles de ces deux articles étant différents, l'action de 1098 sera la seule possible, toutes les fois que la donation excédera le disponible de 1098 sans excéder celui de 1094, et pour ces cas, il sera fort intéressant de ne la point accorder aux enfants du second lit. Et même, en supposant une donation qui excède le disponible de 1094, il faudra dire que les enfants du

second lit n'ont que l'action en réduction de 1094; tandis que celle de 1098 leur est refusée, et appartient exclusivement aux enfants du premier lit; les résultats de ces actions seront en effet fort différents, tout comme les disponibles des deux articles. Quant à l'incertitude où sera l'époux de savoir si et jusqu'à quel point il sera réduit, c'est la conséquence nécessaire du système de la loi qui, par 1094 et 1098, a institué deux disponibles. D'ailleurs, s'il n'y avait qu'une action en réduction possible, elle durerait aussi trente ans, et l'incertitude de l'époux se pourrait prolonger pendant tout ce temps. Il n'y a donc en notre système qu'un degré d'incertitude de plus, et la nuance ne mérite point qu'on s'y arrête.

E. Le dernier argument des adversaires est plus faible encore. Nous concédons que 921 n'est pas topique en la matière, bien qu'on puisse dire que l'action, n'étant que relativement héréditaire quant à son exercice, ne doit point appartenir aux enfants du second lit. Mais 1496, qui n'accorde l'action qu'aux enfants du second lit, est aussi formel que possible. Quant à traduire cette formule si nette par cette autre, *que l'action appartient en première ligne aux enfants du premier lit, et en seconde ligne à ceux du second*, c'est là une invention à rejeter sans autre forme. Il faut en dire autant du prétendu principe, que si l'action ne peut naître qu'en la personne des enfants du premier lit, une fois née, elle appartient aussi *jure hereditario* à ceux du second. La loi ne dit pas un seul mot qui autorise cette assertion. Et d'ailleurs, si elle était fondée, si l'action était absolument héréditaire quant à son exercice, si elle tombait dans la succession à l'égard de tous les héritiers, on ne comprendrait pas comment les enfants

du second lit ne pourraient pas l'exercer en première ligne, et même pourquoi elle ne naîtrait pas en leur personne. Pourquoi les enfants du premier lit pourraient-ils exercer l'action en première ligne, et pourquoi ne naîtrait-elle que sur leur tête, si la vocation héréditaire est la cause qui fait accorder l'action, puisque le titre des enfants des différents lits est également héréditaire?

L'action en réduction appartient donc exclusivement aux enfants du premier lit. Il va de soi que l'époux donateur ne l'exercera jamais, puisqu'il ne peut être question de disponible et de réduction qu'à son décès. Il est inconcevable que ce principe élémentaire ait été méconnu par un arrêt. (Marcadé, art. 1098, n° 5.)

§ 2. — Des personnes contre qui est donnée l'action en réduction de 1098.

I. Elle est donnée d'abord contre l'époux donataire, quand les biens sont encore entre ses mains.

II. En outre, comme cette action, bien qu'ayant pour but la sanction d'un disponible spécial, a la même nature et les mêmes effets qu'une action en réduction ordinaire, les principes généraux de l'action en réduction, contenus dans 929 et 930, lui sont applicables. Elle pourra donc être exercée contre les tiers détenteurs des biens à réduire, au cas où le donataire ne les aurait plus dans son patrimoine, et les aurait aliénés du vivant du donateur. La règle *resoluto jure dantis* s'applique ; les hypothèques ou servitudes consenties sur les biens réduits sont résolues, et ces biens rentrent à la masse francs et quittes de toutes charges.

III. Cette action est au reste transmissible passivement aussi bien qu'activement, et est donnée contre les héritiers de l'époux, aussi bien qu'aux héritiers d'un ou de plusieurs enfants du premier lit.

SECTION II. — *De son extension quant aux actes.*

Nous savons qu'elle vise toutes les donations qui doivent être considérées comme excessives, aux termes de 1098

CHAPITRE DEUXIÈME

Effets de l'action en réduction de 1098.

Ses effets sont-ils absolus ou relatifs ? Et les biens donnés qu'elle fait rentrer dans la masse y rentrent-ils seulement au profit des enfants du premier lit, ou au contraire au profit des enfants des deux lits?

SECTION I. — *Du rapport exact de la question de l'exercice avec celle du profit.*

Cette question du profit de l'action en réduction est dans un rapport assez intime avec celle de l'exercice de cette action.

I. Dans la doctrine générale des auteurs, cette relation est même regardée comme très-étroite, en ce sens

que la solution de la question du profit entraînerait une solution conforme de la question de l'exercice. Ce procédé est peu logique, puisqu'au lieu de descendre de celui qui exerce l'action à celui qui en profite, il remonte de celui qui en profite à celui qui l'exerce. On décide donc que, comme les enfants du second lit peuvent certainement, comme ceux du premier, profiter de l'action intentée, ils peuvent aussi l'exercer ; le profit est considéré comme commun, d'où il suit que l'exercice doit aussi l'être. Marcadé seul, tout en admettant que le profit est commun, soutient que l'exercice est spécial aux enfants du premier lit, et avec pleine raison ; d'où il suit que la solution de la question du profit n'implique aucunement une solution conforme de la question de l'exercice ; que l'action, qui est certainement héréditaire, peut fort bien l'être absolument quant au profit, et relativement quant à l'exercice.

II. Il n'est pas plus exact de dire que la solution de la question de l'exercice implique celle de la question du profit. Il est vrai que, si l'on décide que l'exercice est commun, il faudra décider que le profit l'est également, puisque tout héritier qui exerce une action en réduction doit pouvoir en profiter. Mais on peut fort bien, en décidant que l'exercice est spécial, admettre que le profit sera commun. Si donc il serait absurde de dire que, l'exercice étant commun, le profit sera spécial, toutes les autres opinions sont logiquement concevables ; et l'on peut admettre, ou que l'exercice et le profit sont tous deux communs, ou tous deux spéciaux, ou que, l'exercice étant spécial, le profit sera commun.

SECTION II. — *De la question du profit.*

I. Proudhon (*de l'Usuf.*, t. I, n° 347), a prétendu que le profit de l'action devait être spécial aux enfants du premier lit. C'était décider implicitement que l'exercice n'appartenait qu'à eux :

1. L'action en réduction, disait-il, a été instituée uniquement en faveur des enfants du premier lit ; donc seuls ils la peuvent exercer, et seuls ils en peuvent profiter. Les enfants du premier lit sont ainsi nettement séparés de ceux du second, et colloqués dans une situation privilégiée. L'action n'est donc que relativement héréditaire, tant quant à son profit, que quant à son exercice. Dans ce système, la solution de la question du profit entraîne celle de la question de l'exercice.

2. Telle était de plus la doctrine définitive du droit romain. Car la loi 9, C., *de secundis nuptiis*, d'après laquelle les biens retranchés profitaient tant aux enfants du second lit qu'à ceux du premier, avait été abrogée par la Novelle 22, d'après laquelle le profit de l'action devait être exclusivement réservé aux enfants du premier lit.

II. L'unanimité des auteurs soutient au contraire que le profit de l'action est commun ; et cette doctrine est acceptée par ceux-là même qui admettent que l'exercice en est spécial. Nous nous rangeons à cette opinion, qui n'offre pas la moindre inconséquence :

1. Il fallait en effet décider que l'exercice était spécial ; l'action était créée dans l'intérêt exclusif des enfants du premier lit, pour les protéger contre les dona-

tions excessives, que leur auteur veuf et remarié aurait pu consentir au profit de son nouvel époux. Il eût été déraisonnable d'en accorder l'exercice aux enfants du second lit, déjà protégés par 1094. Si un de leurs auteurs, devenu veuf, se remarie, ils exerceront l'action en réduction dans sa succession, parce qu'alors ils seront, relativement aux enfants de ce troisième lit, issus du lit précédent. Mais ce n'est point là notre espèce. Aucun de leurs auteurs n'est devenu veuf, et ne s'est remarié; ils ne sont point en présence d'enfants d'un lit ultérieur, mais d'enfants d'un lit précédent; il n'y a point de nouveau mariage contre lequel il y ait lieu de les protéger; car, si leur auteur défunt s'est remarié quant aux enfants du premier lit, il s'est simplement marié, quant à ceux du second. Il est donc impossible de leur accorder l'action de 1098, à moins qu'on ne veuille les protéger contre un troisième mariage de leur auteur défunt, ce qui est absurde. S'il était juste de réserver l'exercice de l'action aux enfants du premier lit, il ne l'était point de leur en réserver le profit. C'eût été porter une grave atteinte au principe de l'égalité entre les enfants d'un même auteur, susciter entre eux un réel antagonisme, en conférant à ceux du premier lit des droits héréditaires supérieurs, et cela sans l'ombre d'un motif : car, s'il est juste que les enfants du premier lit ne souffrent point du convol de leur auteur, il ne l'est point qu'ils en profitent. Le principe de l'égalité entre les enfants est ainsi respecté dans tous les cas. Il est vrai que les enfants du premier lit ont seuls l'exercice de l'action. Mais cet échec au principe de l'égalité est plutôt théorique que réel; en effet, si les enfants du premier lit n'exercent point l'ac-

tion, l'égalité ne séra point blessée, les biens donnés ne rentrant pas dans la succession et demeurant aux mains de l'époux donataire ; et s'ils exercent leur action, l'égalité sera encore observée, puisque les biens rentreront dans la succession, tant à l'égard des enfants du second lit, qu'à l'égard de ceux du premier.

2. Quant à cette objection, que la doctrine romaine restreignait le profit de l'action aux enfants du premier lit, elle est peu concluante : d'abord ce n'est que la Novelle 22, qui a établi ce droit nouveau ; et de plus, cette Novelle n'était point suivie par les coutumes, qui appliquaient la loi 9, C., *de secund. nuptiis*, comme plus juste, et plus conforme au principe de l'égalité entre les enfants de tous les lits. (Marcadé, art. 1098, n° V.)

CHAPITRE TROISIÈME

Extinction de l'action en réduction.

Elle s'éteint par l'expiration du délai ordinaire de trente ans, à partir de l'ouverture de la succession. Ce délai peut paraître excessif, si l'on considère que la situation des biens doit rester le moins longtemps possible incertaine : car l'époux sera, ou pourra être pendant trente ans dans l'incertitude, sachant de combien il pourra être réduit, mais non si et quand il le sera. Mais il en est ainsi de tout donataire, et cette observation s'applique à toutes les actions en réduction. Il y a

même un cas où l'époux ignorera, pendant trente ans, de combien il est exposé à être réduit : c'est le cas où un veuf avec enfants s'est remarié, et a fait à son nouveau conjoint une donation excédant 1094, de sorte que deux actions en réduction, celle de 1094, appartenant aux enfants du second lit, et celle de 1098, réservée à ceux du premier, seront possibles pendant trente ans, sans que l'époux sache laquelle sera intentée contre lui. Cela résulte des textes et des principes ; et d'ailleurs, l'époux peut sortir d'incertitude, en sommant les enfants de l'un et de l'autre lit, de déclarer s'ils entendent ou non exercer leur action contre lui.

TITRE QUATRIÈME

DE LA SANCTION COMMUNE A 1094 ET A 1098

Cette sanction résulte de 1099 et 1100 :

1099 : « Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle. »

1100 : « Seront réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants, ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents

dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. »

CHAPITRE UNIQUE

Extension de cette sanction.

SECTION I. — *De son extension à* 1094 *et* 1098, *ou du rapport de ces derniers avec* 1099 *et* 1100.

1099 et 1100 s'appliquent à 1094 et 1098.

I. On a soutenu qu'ils s'appliquaient uniquement à 1098. Dans ce système, les donations faites par un veuf remarié avec enfants à son nouveau conjoint, ou aux enfants du premier lit de ce dernier, ou aux personnes dont il est héritier présomptif, sont seules nulles en tant que déguisées, ou faites par personnes interposées. Les mêmes donations, faites par un époux sans enfants d'un premier lit à son conjoint, aux enfants du premier lit de ce dernier, ou à ceux dont il est l'héritier présomptif, sont valables. Ce système invoque les raisons suivantes :

1. Une première se tire de l'esprit de la loi : la prohibition de 1099 et 1100 est fort dure; il est donc probable que la loi a voulu la restreindre aux donations de 1098, qu'elle voit avec une défiance spéciale, puisqu'elle redoute spécialement les secondes noces.

2. Une seconde raison se tire du texte : d'abord 1099 et 1100 suivent immédiatement 1098, en sorte qu'il est naturel de les appliquer uniquement à ce dernier. De plus, ces articles, dont chacun organise une sanction différente, ont cependant un objet commun, la sanction, soit de 1098 seul, soit de 1094 et 1098. Si donc on démontre que l'un d'eux ne s'applique qu'à 1098, cela sera également vrai de l'autre. Or il est certain que 1100 ne s'applique qu'à 1098 : car il ne répute faites à personnes interposées et partant nulles que les donations d'un époux à un ou plusieurs enfants d'un premier lit; 1100 suppose donc un époux remarié, c'est-à-dire qu'il se place dans le cas de 1098 et ne s'applique qu'à lui. D'où il suit que 1099, dont 1100 n'est que le développement, s'applique également à 1098 seul.

II. Ces raisons sont très-faibles :

1. Il est vrai que la loi voit avec plus de défaveur les donations faites par un époux avec enfants du premier lit à son nouveau conjoint, que celles adressées par un époux sans enfants du premier lit à son conjoint. C'est pourquoi un disponible différent a été admis pour chacun de ces deux cas. Néanmoins, ces deux disponibles sont également respectables, et la loi, organisant une sanction, a dû l'appliquer tant à 1094 qu'à 1098.

2. Le texte est d'ailleurs tout à fait contraire au système adverse : il est certain d'abord que le voisinage de 1099 et 1100 avec 1098 ne peut fournir aucun argument : ces deux articles, étant la sanction de 1094 et 1098, devaient naturellement venir après eux, et ne pouvaient, sans ambiguïté, recevoir une autre place.

De plus, le 1° de 1099 vise *les dispositions ci-dessus*, c'est-à-dire tant celles de 1094 que celles de 1098; il ne suppose d'ailleurs nullement qu'il s'agisse d'un époux remarié, ayant enfants d'un premier lit; et si 1099 s'applique à 1094 et à 1098, 1100 doit avoir la même extension, les deux articles ayant le même objet. Enfin 1100 ne suppose nullement qu'il s'agisse d'un époux remarié, ayant enfants d'un premier lit; il est vrai que, déterminant les cas où il y a lieu de présumer l'interposition de personnes, 1100 suppose qu'un époux remarié a des enfants d'un premier lit. Mais cet époux n'est point le donateur; c'est le donataire, ce qui est très-différent. Il ne résulte donc pas de 1100 que la donation déguisée ou par personnes interposées, faite par un époux ayant enfants d'un premier lit, soit seule nulle, tandis que celle faite par un époux sans enfants du premier lit serait valable; il en résulte simplement que l'interposition de personnes ne se présume, que quand la donation s'adresse ostensiblement à un enfant du premier lit de l'époux donataire. Il n'est donc pas vrai que 1100 s'applique exclusivement à 1098; et cela n'est pas plus exact de 1099. Donc ces deux articles s'appliquent aussi bien à 1094 qu'à 1098.

SECTION II. — *De l'extension de cette sanction à* 1096, *ou du rapport de cet article avec* 1099 *et* 1100.

On se demande si 1099 et 1100 s'appliquent aussi à 1096, qui consacre la révocabilité des donations faites entre époux pendant le mariage.

§ 1. — Du rapport de 1096 avec 1099 1°.

1099 1° ne s'applique pas à 1096. En effet, il défend aux époux de se rien donner *au-delà de ce qu'autorisent les dispositions ci-dessus*. Il vise donc exclusivement 1094 et 1098, qui seuls fixent un disponible, un chiffre que les donations ne peuvent dépasser, et ne s'applique point à 1096, qui défend les donations irrévocables, quel que soit leur chiffre.

§ 2. — Du rapport de 1096 avec 1099 2°.

Le 2° de 1099, autant du moins qu'on peut le conclure de sa lettre, distingue les donations indirectes faites par un époux à son conjoint des donations déguisées ou par personnes interposées faites entre les mêmes personnes ; les premières sont simplement réductibles au disponible de 1094 ou de 1098 ; les secondes sont nulles, quel que soit leur chiffre. La loi redoute spécialement les donations déguisées ou par personnes interposées, intervenues entre époux. Et pourquoi? C'est, dit-on, que cette forme, offrant aux époux le moyen de violer 1094 et 1098 en dépassant le disponible que ces articles édictent, sera par eux fréquemment employée à cet effet. Cette raison est insuffisante : si la loi ne redoutait qu'une violation de 1094 et 1098, il suffisait de déclarer ces donations réductibles au disponible de l'un ou l'autre de ces articles, puisqu'en tant qu'elles ne dépasseraient point ce terme, elles seraient irréprochables. Que si l'on objecte qu'il ne sera point aisé d'imprimer à ces do-

nations leur véritable caractère, on répond que la difficulté est identique pour appliquer la sanction plus énergique de la nullité, qui suppose démontré le déguisement ou l'interposition de personnes. Il y avait donc un autre motif d'édicter la nullité pour ce cas spécial : cette forme offrait aux époux des facilités spéciales pour éluder le principe de la révocabilité des donations entre époux. Une donation déguisée sous le masque d'un contrat onéreux, ou s'adressant en apparence à un autre que l'époux, est bien plus difficilement révocable en fait qu'une donation dont le caractère gratuit et le bénéficiaire sont franchement accentués; l'époux donataire éprouvera toujours des scrupules à confesser par une révocation qu'il a fait fraude à la loi. C'est pourquoi ces donations ont été déclarées nulles. Le 2° de 1099, qui prononce cette nullité n'est donc qu'une sanction du principe de révocabilité consacré par 1099, qu'il vise directement.

I. Mais alors il semble que ce motif du 2° peut et doit servir à en restreindre l'extension. Si en effet 1099 2° n'est que la sanction du principe de révocabilité formulé par 1096, il ne s'applique qu'aux donations auxquelles ce dernier s'applique, c'est-à-dire aux donations entre époux pendant le mariage, seules révocables *ad nutum*. Elles seules sont nulles, quel que soit leur chiffre, en tant que déguisées ou faites par personnes interposées; tandis que les donations entre futurs époux par contrat de mariage, essentiellement irrévocables, auxquelles ne s'applique point 1096, sont valables en tant qu'elles ne dépassent point le disponible de 1094 et de 1098, et purement réductibles à ce terme, si elles l'excèdent. La modalité du déguise-

ment ou de l'interposition de personnes n'est donc, en soi, et indépendamment du chiffre de la donation, une cause essentielle de nullité, qu'en tant qu'elle est apposée à une donation révocable; elle devient indifférente, en tant qu'il s'agit d'une donation irrévocable.

1. Plusieurs auteurs, au lieu de distinguer selon que la donation est révocable ou irrévocable, distinguent, selon que l'époux donateur laisse ou ne laisse pas de réservataires, et admettent que la modalité du déguisement ou de l'interposition est une cause péremptoire de nullité, ou au contraire est dénuée d'influence, selon que le *de cujus* laisse ou ne laisse point de réservataires.

A. En effet, dit-on, le texte de 1099 1° implique l'idée d'une réserve, à laquelle la donation vient faire brèche, par le moyen frauduleux du déguisement ou de l'interposition de personnes. Ces mots du 1° « *les époux ne se peuvent donner au delà* » indiquent que la donation ne peut tomber sous le coup du 2°, que si elle excède un disponible quelconque, ce qui est impossible, quand il n'y a pas de réserve. On en tire que 1099 2° est aussi inapplicable à 1096, que 1099 1°, ce qui se comprend, puisque 1099 est la sanction de 1094 et 1098, qui ne sont menacés d'une violation que s'il existe des réservataires. Cela revient à dire que 1099, dans ses deux parties, s'applique exclusivement à 1094 et 1098, et nullement à 1096.

B. De plus, la doctrine contraire aboutit à créer contre les enfants du premier lit de l'époux donataire, une incapacité personnelle de recevoir à titre gratuit du second conjoint de leur auteur, et cela, sans l'om-

bre d'un motif, contrairement à 902, et avec le désastreux résultat de creuser plus profondément l'abîme de défiance et de haine, jeté par la nature entre les enfants d'un premier lit et le nouvel époux. N'est-il pas sage et moral, autant que juridique, d'encourager ces enfants à se montrer déférents pour le nouvel époux, à vivre en bonne intelligence avec lui, en fournissant à ce dernier les moyens de les récompenser ?

2. Cette argumentation nous paraît inexacte, et la distinction sur laquelle elle repose doit être rejetée.

A. Elle est d'abord peu raisonnable. Qu'importe en effet que le *de cujus* laisse ou non des réservataires? La simulation et l'interposition de personnes ne sont-elles pas, dans les deux cas, également dangereuses, quand la donation est révocable, également inoffensives, quand elle est irrévocable ?

B. Cette distinction est en outre contraire au texte de 1099, qui déclare réductibles les donations indirectes, et nulles les donations déguisées ou par personnes interposées ; or celles-ci sont nulles en elles-mêmes, et pour un vice substantiel, qu'elles dépassent ou non le disponible, d'où il suit qu'il n'y a pas lieu d'argumenter de l'absence de disponible, due à l'absence de réserve. Il est vrai que 1099 1° ne s'applique pas à 1096 ; mais pourquoi ? parce qu'il est purement relatif aux donations indirectes, qui ne sont point réputées susceptibles de faire échec à la révocabilité. Quant à 1099 2°, il a précisément pour objet de sanctionner 1096 et la révocabilité qu'il édicte, en annulant absolument toutes donations indirectes ou par personnes interposées faites entre époux pendant le mariage. Il

est nécessaire que 1099 2° ait cet objet ; car il n'a pas pour objet direct la sanction de 1094 et 1098, puisqu'il n'a pas déclaré les donations dont il s'agit réductibles, mais nulles. A moins donc de soutenir qu'il n'a aucun objet, il faut admettre qu'il a celui de sanctionner 1096.

C. Quant à l'objection faite plus haut, que c'est là édicter contre les enfants du premier lit, et contrairement à 902, une incapacité personnelle de recevoir, elle tombe devant cette réponse, que cette incapacité résulte de 1100, qui l'a établie sans distinguer s'il existait ou non des réservataires. Il est vrai que le nouvel époux ne pourra plus faire des donations aux enfants du premier lit, et qu'un puissant moyen de maintenir au sein de la famille l'ordre et l'harmonie lui sera de la sorte enlevé. Mais une doctrine, solidement assise en droit, se réfute mal par ses conséquences. D'ailleurs, en l'espèce, la loi a tout sacrifié au désir de maintenir haut et ferme le principe de 1096 ; elle a jugé ce résultat encore plus souhaitable que le précédent, et, tous deux ne pouvant être obtenus d'un coup, elle a opté pour le dernier.

En somme, nous croyons qu'on a erré sur l'objet de 1099 2°. S'il est vrai que cet alinéa n'est que la sanction de 1096, à la distinction généralement admise entre le cas où il existe des réservataires et celui où il n'en existe point, il conviendrait peut-être d'en substituer une autre, celle entre le cas où la donation est faite par contrat de mariage, et celui où elle est faite pendant le mariage. La première serait toujours simplement réductible au disponible de 1094 ou de 1098, qu'elle fût indirecte, ou même déguisée ou par per-

sonnes interposées. Et la seconde serait simplement réductible à l'un ou l'autre de ces deux disponibles, si elle était indirecte, et absolument nulle, si elle était déguisée ou par personnes interposées. De la sorte, la sous-distinction entre les donations indirectes, et celles déguisées ou par personnes interposées, ne s'appliquerait que sur la seconde branche de la distinction plus générale entre les donations par contrat de mariage et pendant le mariage.

II. Nous avons toujours supposé dans cette exposition que 1099 distinguait deux sortes de donations, les donations indirectes et les donations déguisées ou par personnes interposées, et déclarait les premières simplement réductibles, tandis qu'il annulait les secondes. Cela n'est pas admis par tout le monde ; on s'accorde bien à reconnaître que les donations indirectes sont simplement réductibles au disponible, soit de 1094, soit de 1098. La difficulté naît à propos des donations dites déguisées ou par personnes interposées. Et sur ce point, plusieurs systèmes ont été produits :

1. Dans une première théorie, aucune différence n'existe entre ces donations et les donations indirectes. Non-seulement les donations déguisées ou par personnes interposées sont indirectes, mais ce sont les seules ; et toute donation indirecte rentre dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. S'il en est ainsi, un traitement identique doit être appliqué au genre, et aux deux espèces, hors desquelles aucune autre n'existe. Il est vrai que 1099 déclare les donations indirectes réductibles, et les autres nulles, ce qui implique bien qu'il y a des donations indirectes, qui ne sont ni déguisées, ni par personnes interposées. Mais on

répond que dans le 2° de 1099, la langue a trahi les intentions du législateur, qui a employé le mot *nul* au lieu du mot *réductible*. A l'appui de cette étrange exégèse, on allègue que 911 et 908 nous fournissent un exemple de cette confusion. 911 déclare *nulle* toute donation faite à un incapable, et notamment toute donation déguisée ou par personnes interposées. Et cependant on reconnaît que les donations faites à un incapable sont valables, quand elles ne dépassent pas le chiffre au-delà duquel la loi rend cette personne incapable de recevoir, et simplement réductibles à ce terme, quand elles l'excèdent. Telles sont les donations faites au médecin ou au ministre du culte, et, d'après 908, celles faites à l'enfant naturel. Ainsi la loi qui, dans 911, déclare nulles toutes donations, soit déguisées, soit par personnes interposées faites à un incapable, reconnaît dans 908 que la donation est valable, si elle ne dépasse pas le disponible édicté pour l'incapable, et y est simplement réductible, si elle l'excède. Cela revient à dire que le mot *nulle*, dans 911, se doit traduire par *réductible*. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans 1099 2°? (Bugnet, sur Poth., n°s 78-81.)

2. D'autres auteurs s'accordent à reconnaître que les donations déguisées ou par personnes interposées ne sont point les seuls types de donations indirectes, et que 1099 traite différemment le genre et l'espèce. Mais les divergences naissent sur la question de savoir en quoi consiste la différence.

A. Les uns la font consister en ce que les donations indirectes sont valables, si elles ne dépassent point le disponible, réductibles, si elles l'excèdent; tandis que les autres sont valables, si elles ne le dépassent pas, et

nulles, si elles l'excèdent. En somme, leur validité dépend de leur chiffre, et elles sont tantôt valables, tantôt nulles; jamais réductibles. (Troplong, t. IV, n° 2744.)

B. Dans un autre système, qui traite les donations indirectes comme le précédent, les donations déguisées ou par personnes interposées sont valables, quand le donateur, en les consentant, n'a point eu l'intention de dépasser le disponible, et alors, si elles ne le dépassent point, elles valent pour le tout; si elles le dépassent, elles sont réductibles. Si au contraire le donateur a eu l'intention de dépasser le disponible, la donation est nulle, quand même il apparaîtrait plus tard qu'en fait elle ne le dépasse point. La validité ne dépend plus ici du chiffre de la donation, de *l'eventus*, mais de l'intention du donateur, du *consilium*, et la donation sera, selon les cas, valable, réductible ou nulle. Ces deux systèmes ont cela de commun, qu'ils attachent une certaine importance à l'emploi du déguisement ou de l'interposition de personnes, et cela encore, que l'emploi seul du déguisement ou de l'interposition ne leur suffit point pour annuler la donation. Ils reconnaissent tous deux qu'un élément extérieur doit venir s'y joindre; seulement le premier le fait consister dans le fait, le second dans l'intention d'excéder le disponible. (MM. Aubry et Rau, t. V, p. 624, 625.)

C. Enfin un système, qui est le nôtre, a cela de commun avec les trois précédents, qu'il traite comme eux les donations indirectes. Il s'en sépare, et forme directement antithèse au premier, en ce qu'il admet que les donations déguisées ou par personnes interposées sont absolument nulles, quel que soit leur chiffre, et quelle qu'ait été l'intention du donateur,

en supposant bien entendu qu'elles sont faites pendant le mariage. Ce que la loi redoute et frappe, c'est la forme de la donation, et non son chiffre, le déguisement ou l'interposition, et non un excès du disponible réalisé ou projeté. Il s'agit ici d'une nullité substantielle et d'ordre public. Ce système est le seul conforme aux textes et aux principes :

a. Seul il respecte les textes, dont les systèmes précédents font bon marché.

α. Comment d'abord le premier système ose-t-il traduire donation *nulle* par donation *réductible* ?

αα. Cette traduction fantaisiste outrage le bon sens autant que la grammaire : en effet le 1° de 1099 déclare d'abord réductibles les donations indirectes ; puis le 2° viendrait dire que les donations déguisées ou par personnes interposées sont nulles, c'est-à-dire réductibles. De la sorte, soit que toute donation indirecte soit nécessairement déguisée ou par personne interposée, soit qu'il y ait des donations indirectes autres que les donations déguisées ou par personnes interposées, on arriverait à un résultat également absurde : car au premier cas, l'article dirait deux fois la même chose, à savoir que les donations indirectes sont réductibles, en ayant l'air d'énoncer deux propositions contraires, ce qui serait inutile et dangereux, et au second cas, l'article dirait d'abord que toutes donations indirectes sont réductibles, pour dire ensuite que quelques-unes le sont, et cela en ayant l'air de déclarer ces dernières nulles, ce qui est absurde. L'article donnerait donc deux décisions identiques, applicables soit à une seule et même chose, soit à deux choses dont l'une ferait partie de l'autre, en paraissant donner deux décisions contraires.

On a peine à concevoir cette interprétation, en présence de l'opposition si tranchée des deux alinéas de 1099 ; et il est impossible qu'à deux lignes de distance, la loi ait employé les deux mots *nulles* et *réductibles*, dans un sens identique. *ββ.* On objecte que 908 traduit par *réductible* le mot *nulle* de 911. D'abord le mot *nulle* de 911 est isolé, tandis que, dans 1099, son sens est fortement accentué par son opposition avec le mot réductible du 1°. Cette traduction fantastique peut donc paraître moins exorbitante dans 911, que dans 1099. De plus, il n'y a pas analogie entre les situations prévues par les deux articles. L'enfant naturel est vraiment incapable de recevoir au-delà d'un certain chiffre. Cela est une exception : en général, une incapacité ne se conçoit point partielle, susceptible de plus ou de moins, puisqu'elle résulte d'une qualité juridique le plus souvent indivisible. Quand une incapacité n'existe que jusqu'à concurrence d'un certain chiffre, elle vient donc se confondre avec une indisponibilité. Et c'est ce qui arrive en somme pour la prétendue incapacité de l'enfant naturel. Mais enfin, à tort ou à raison, la loi a considéré ce dernier comme incapable de recevoir au-delà d'un certain chiffre. Il est donc naturel que 911 ait prononcé la *nullité* des donations qui dépassent ce chiffre, nullité partielle il est vrai, limitée à l'excédant, mais qui n'est point une réduction. S'il en est ainsi, il n'est point exact de traduire par *réductible* le mot *nulle* de 911, et l'on ne peut argumenter de ce dernier article pour donner la même traduction dans 1099 2°. D'ailleurs l'époux n'est pas incapable de recevoir, et nous rentrons ici dans le

droit commun ; un disponible spécial lui est affecté ; que si une donation le dépasse, elle y est simplement réductible. Cela est vrai des donations ordinaires, auxquelles on assimile les indirectes ; c'est inexact des donations déguisées, ou par personnes interposées, que la loi annule à raison de leur forme, et indépendamment de leur chiffre. La nullité de la donation ne tient donc point ici à l'incapacité de l'époux, mais à la forme en laquelle il a fait sa donation ; ou, si l'on veut, l'époux, capable de faire à son conjoint toutes donations, devient incapable de lui faire des donations déguisées ou par personnes interposées ; sa qualité d'époux, indivisible, devient donc la raison et la mesure de la nullité, qui de la sorte, s'exerce pour le tout. On voit qu'une donation nulle dans ces conditions ne peut être réductible, et que la traduction présentée sous 911 est encore moins acceptable sous 1099 2°.

β. Le second système, qui prétend n'annuler la donation déguisée ou par personnes interposées que quand elle dépasse le disponible de 1094 ou 1098, est également contredit par le texte de 1099.

γ. Il faut en dire autant du troisième, qui distingue, selon que le donateur a voulu ou non dépasser le disponible.

b. Notre système est également le seul qui respecte l'esprit de nos articles :

α. Le premier système, en déniant toute influence au déguisement ou à l'interposition de personnes, méconnaît l'objet et le but de 1099 2°, qui est de sanctionner 1096, en ne permettant point aux époux de se faire des donations irrévocables en fait. Le 2° de 1099 a en effet pour objet direct la sanction de 1096, et

seulement pour objet secondaire celle de 1094 et 1098; le premier système, en donnant au 2° pour objet principal la sanction de ces deux derniers articles, confond le 2° avec le 1°, en donnant à chacun le même objet, ce qui est une grave erreur.

β. Le second système est celui qui répugne le plus énergiquement à l'esprit de notre article et du Code en général. Qu'est-ce que cette distinction entre les donations inférieures au disponible, valables, et celles supérieures au disponible, nulles pour le tout? Depuis quand l'excès du disponible est-il une cause de nullité, au lieu d'être une cause de réduction? Ou la loi redoute le déguisement et l'interposition de personnes, et les redoute pour le tout, de telle sorte que les donations faites en cette forme doivent être nulles pour le tout; ou elle ne les redoute point, et alors les donations faites en cette forme restent dans le droit commun, valables si elles ne dépassent pas le disponible, réductibles si elles l'excèdent. Ce qui est absurde et impossible, c'est que la loi redoute pour partie la forme du déguisement ou de l'interposition, qu'elle la juge inoffensive en deçà d'un certain chiffre, dangereuse au delà. Dans ce système, les époux sont libres de se faire des donations irrévocables en fait, pourvu qu'elles ne dépassent point le disponible.

γ. Le troisième système n'est pas plus conforme à l'esprit de notre article : αα. Ce que la loi veut proscrire, c'est l'emploi d'une forme, et non une intention, c'est une fraude réalisée, et non une fraude projetée. De plus, ce que la loi frappe, ce n'est pas l'intention frauduleuse d'excéder le disponible, mais la fraude ayant pour objet et pouvant avoir pour résultat d'éluder

la révocabilité des donations entre époux. Il y a donc là erreur sur l'objet de 1099 2°. D'ailleurs, il serait peu sage, et il est peu habituel de la part du législateur de faire d'une intention, immatérielle et insaisissable, la base unique d'une probibition rigoureuse. ββ. En outre, ce système n'est pas même logique à son point de vue; il n'est qu'une sanction dérisoire du disponible : frapper les donations faites avec l'intention de dépasser le disponible, sans frapper celles qui le dépassent en réalité, c'est lâcher la proie pour l'ombre, et ne rien sanctionner du tout. γγ. Enfin, non-seulement ce système est illogique, mais il est juridiquement inconcevable. Qu'est-ce, en effet, que l'intention de dépasser le disponible? Et de quel disponible s'agit-il? Le donateur ne peut avoir l'intention de dépasser le disponible existant au jour de sa mort, puisqu'il en ignore le chiffre; il ne peut donc avoir que l'intention de dépasser le disponible, tel qu'il se comporte au moment où il donne. Mais cette intention, s'il l'a eue, et en admettant qu'elle soit prouvée, est tout innocente : en effet, comme ce disponible, qu'il a voulu dépasser, n'est point celui dont 1094 et 1098 prescrivent l'observation, et que 1099 2° sanctionnerait, 1099 2° serait tout à fait inapplicable. Ce système est donc faux à tous égards; il n'offre même pas la matière d'une construction juridique.

c. Notre système est en outre conforme à l'autorité historique. On en trouve la trace dans la loi 5, Dig., *de donat. int. vir. et uxo.* Et si l'édit des Secondes Noces ne l'adopte pas expressément, Pothier s'exprime de manière à attester que la distinction entre les donations indirectes réductibles, et les donations déguisées

ou par personnes interposées, était connue en droit coutumier.

d. C'est qu'en effet cette distinction est très-réelle, et il en résulte que notre système est le seul conforme aux principes généraux du Code. 1496, 1527 et 1595 prouvent d'une manière formelle, qu'il peut y avoir entre époux des avantages indirects qui ne soient ni déguisés, ni par personnes interposées. α. Quand deux époux se marient en communauté légale, et que les apports mobiliers de chacun sont inégaux, ou que les successions mobilières recueillies par chacun d'eux pendant le mariage sont inégales, la confusion des dettes et du mobilier, jointe à cette inégalité dans les apports mobiliers, opère au profit de l'un des époux un avantage indirect, qui ne présente aucune trace de déguisement, ni d'interposition de personnes. (1496). β. De même, si deux époux, dont l'un a déjà des enfants du premier lit, se marient sous le régime de la communauté conventionnelle, le contrat de mariage peut stipuler au profit de l'époux qui n'a pas d'enfants d'un premier lit, des avantages indirects qui n'offrent aucune trace, ni de déguisement, ni d'interposition de personnes. γ. De plus, dans les trois cas où 1595 autorise la vente entre époux, il se peut que ces ventes ou dations en payement soient faites pour un prix sérieux, non fictif, mais cependant inférieur à la valeur de l'objet vendu ou cédé; il n'y a pas là donation déguisée, mais avantage indirect (1595). Il en est de même, quand une femme, séparée de biens, et ayant la libre jouissance de ses revenus, reçoit de son mari une somme d'argent, qu'elle pourra placer ou dépenser à son gré comme provenant de ses revenus ou de ses

économies. Il est donc entendu qu'il existe des donations indirectes, qui ne sont ni déguisées, ni par personnes interposées, et que 1099 a pu appliquer à chacune d'elles un traitement différent. On objecte 843 : cet article, dit-on, oblige l'héritier de rapporter à la succession tout ce qu'il a reçu, directement ou indirectement, Or, les donations déguisées ou par personnes interposées sont des donations indirectes, et l'article ne les excepte pas. C'est donc qu'elles sont rapportables, comme les autres donations, c'est-à-dire valables. Si elles leur sont assimilées sous ce rapport, c'est qu'elles sont, à tous autres égards, traitées comme elles, c'est-à-dire simplement réductibles, quand elles excèdent le disponible. En aucune façon. Ce qui résulte de 843, c'est que les donations déguisées ou par personnes interposées seront en général comprises dans le terme donations indirectes, et traitées comme elles, ce qui arrivera toutes les fois qu'elles interviendront entre étrangers ; il n'en résulte nullement qu'elles leur seront toujours assimilées, quand même la loi les distinguerait expressément. Or, c'est ce qui arrive ici ; ces donations, inoffensives entre étrangers, paraissent dangereuses entre époux, et la loi les annule par un motif d'ordre public, pour maintenir intact le principe de la révocabilité. 1099 déroge donc aussi formellement que possible à 843.

III. Comme cette nullité est d'ordre public, et provient d'un vice de forme, elle peut être proposée par toute personne ayant intérêt, c'est-à-dire non-seulement par les réservataires, et cela soit par voie d'action, soit par voie d'exception, mais aussi par l'époux donateur, et par ses créanciers, agissant en vertu de

1166, c'est-à-dire antérieurs ou postérieurs à la donation.

1. Cette conséquence est contestée, comme le principe d'où elle découle : plusieurs auteurs soutiennent que la nullité ne peut être proposée que par les réservataires, et non par le donateur. Quant à ses créanciers, ils ne pourront, dit-on, agir en vertu de 1166, ne pouvant emprunter les droits de leur débiteur, quand ce dernier n'en a aucun ; ils ne pourront qu'agir de leur chef et en vertu de 1167, c'est-à-dire quand la donation sera frauduleuse à leur égard, et que leur titre sera antérieur à cette donation. Ils auront donc l'action Paulienne, quand la donation aura créé ou augmenté l'insolvabilité de leur débiteur ; peu leur importe que la donation soit ou non déguisée, excède ou non le disponible. Ils pourront attaquer toute donation, même non déguisée ou par personnes interposées, qui aura créé ou aggravé l'insolvabilité de leur débiteur.

2. Cette solution suppose que l'action en nullité de 1099 2° est calquée sur l'action en réduction ordinaire, dont elle n'est qu'une aggravation pénale. On comprend donc que ce système soit adopté par ceux qui ne déclarent les donations déguisées ou par personnes interposées nulles, que quand elles dépassent le disponible ; car alors l'action en nullité, étant restreinte aux cas où l'action en réduction serait donnée, constitue une sorte d'aggravation pénale de cette dernière, et ne doit être exercée comme elle que par les réservataires. Mais en dehors du second système, cette solution ne se conçoit point. Elle est incompatible avec le troisième, sous lequel on ne peut dire que l'action en

nullité est une aggravation pénale de l'action en réduction, puisqu'elles sont données dans des cas tout différents. Sous le premier système, la question ne se pose pas, puisqu'il n'y a jamais lieu à l'action en nullité, mais seulement à l'action en réduction. Enfin cette solution répugne encore plus énergiquement à notre théorie, d'après laquelle l'action en nullité s'applique, quand même la donation n'excéderait pas le disponible, c'est-à-dire dans un cas où l'action en réduction ne serait pas donnée. Elle doit donc être rejetée. (Marcadé, art. 1099, n° 11 ; M. Demolombe, n^os^ 611-616.)

§ 3. — Du rapport de 1096 avec 1100, ou de la présomption d'interposition de 1100.

Ainsi le 1° de 1099 organise une sanction de 1094 et 1098, et cette sanction consiste dans la réductibilité des donations qui dépassent l'un ou l'autre de ces deux disponibles. On eût pu croire, sans 1099 1°, qu'en vertu de leur caractère indirect, elles devaient valoir pour le tout, et c'est pourquoi 1099 1° les place formellement dans le droit commun. On conçoit que 1094 et 1098 avaient ainsi une sanction suffisante, et qu'ils n'en pouvaient avoir d'autre que la sanction commune, qui déclare réductibles toutes donations dépassant le disponible selon lequel elles ont pu être faites. Quant à 1099 2°, il a pour but de sanctionner 1096; c'est pourquoi il déclare nulles les donations déguisées ou par personnes interposées. Mais cette sanction unique eût été insuffisante, au moins quant aux donations par personnes interposées. Car l'interposition de personnes sera toujours difficile à démontrer. Aussi, pour

aider à l'efficacité de 1099 2°, 1100 a-t-il déterminé certains cas où l'interposition de personnes se présumera, sans admission de la preuve contraire. (1352.) De sorte que le rapport de 1094, 1098, 1096, 1099 et 1100 se règle comme il suit : 1094 et 1098 ont une sanction unique, 1099 1° ; 1096 a une double sanction, 1099 2° et 1100 ; et si l'on envisage 1099 2° et 1100 dans leurs rapports réciproques, 1100 apparaît comme la sanction de 1099 2°.

I. Extension de cette présomption.

1. Sont réputés personnes interposées les enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage. Cette présomption a été établie, parce que la seule cause probable d'une telle donation réside dans la captation ou les manœuvres de l'autre époux. Il n'est donc pas nécessaire, pour que la présomption s'applique, que la donation soit faite à un enfant que l'autre époux aurait eu d'un mariage précédent, à un enfant légitime. La présomption s'appliquerait aussi bien, si la donation était faite à un enfant naturel ou adoptif de l'autre époux. Car cette donation ne s'explique point par l'affection paternelle, les enfants quelconques de l'autre conjoint se trouvant, à ce point de vue, dans une situation identique à l'égard du donateur, à qui ils sont également étrangers. De même la présomption s'appliquerait, non-seulement aux enfants, mais aux petits-enfants ou descendants quelconques de l'autre époux. Car la compréhension générale du mot *enfants* embrasse aussi ces personnes.

A. Mais il résulte du texte et de l'esprit de l'article, que les enfants communs ne sont point réputés personnes interposées ; car l'affection paternelle explique

d'une manière satisfaisante et naturelle la donation faite à l'enfant commun. D'ailleurs, en l'état actuel de nos mœurs, il est d'une impérieuse nécessité que les donations d'un époux à son enfant, constitutions de dot et avancements d'hoirie, soient licites. La doctrine contraire jetterait dans la pratique juridique et sociale les perturbations les plus graves, et le Code n'a pu songer à l'édicter. Par la même raison, la donation faite par un époux, non à l'enfant commun, mais à l'enfant légitime qu'il aurait eu d'un premier lit, ou à l'enfant naturel qu'il aurait eu avant le mariage actuel, serait valable; car elle s'explique par l'affection paternelle.

B. De même, quand la donation s'expliquera nécessairement par un autre motif que la captation ou les manœuvres de l'époux non donateur, la présomption ne s'appliquera point.

a. Elle ne s'appliquera donc point quand il résultera, soit de la nécessité des choses, s'imposant au donateur lui-même, soit de dispositions prises avec intention par le donateur, que l'interposition est impossible. Elle l'est en effet, quand même le disposant la voudrait réaliser, si la donation est faite par un époux à l'enfant du premier lit de son conjoint, alors que ce dernier est déjà mort; et possible d'après les circonstances, elle devient impossible de par les dispositions prises par le donateur, quand, par exemple, le legs fait au profit de l'enfant du premier lit du conjoint vivant ne doit être exécuté qu'après la mort de ce dernier. Ce n'est pas là admettre la preuve contraire contre notre présomption légale, sur le fondement de laquelle la loi dénie l'action. Nous ne permettrions pas

à l'enfant donataire de prouver, par un moyen extérieur à l'acte, que l'interposition n'a point été dans l'intention du disposant; nous lui permettons seulement d'alléguer que, de par les termes de l'acte et l'économie de la disposition, il est impossible que le disposant ait songé à une interposition de personnes, d'où il suit que l'on se trouve dans un cas où la présomption de 1100 est inapplicable.

b. Si une donation avait été simplement faite à l'enfant de l'autre époux, mais que le montant de cette donation, joint à celui des donations déjà faites à l'époux lui-même, n'excédât point le disponible de 1094 ou 1098, nous estimons que cette donation serait nulle. En vain on objecte que l'époux, ayant pu recevoir directement une donation de cette sorte, a dû pouvoir la recevoir indirectement. Cette maxime, rarement exacte, est particulièrement fausse en l'espèce. En effet, 1099 2° et 1100 sont la sanction commune de 1096. C'est pourquoi ils annulent les donations déguisées ou par personnes interposées, et établissent certaines présomptions d'interposition. C'est dire que cette nullité et les présomptions qui en assurent l'exercice sont applicables, quand bien même la donation n'excéderait point le disponible. De plus, en notre espèce, l'interposition est possible, ce qui suffit pour qu'elle s'applique, sans admettre la preuve contraire.

2. Sont également réputées interposées les personnes dont l'époux non donateur était héritier présomptif au jour de la donation. On considère uniquement l'état de choses existant lors de la donation, et on néglige celui qui existe lors du décès. Car toute la question est de savoir si le disposant a pu, en faisant sa

donation, l'adresser à une personne, dans la pensée que son conjoint hériterait un jour de cette dernière; et pour qu'il ait pu avoir cette intention, il faut évidemment que son conjoint fût, au moment où il donne, héritier présomptif du donataire. Il importe donc peu que l'autre époux n'ait pas survécu à son parent donataire; car on néglige les faits tels qu'ils se passent par la suite, *l'eventus*, pour ne s'attacher qu'à l'intention du disposant, au *consilium*. Par la même raison, il importe peu que l'autre époux ait survécu à son parent, mais ne lui ait point succédé, par suite d'une renonciation, ou d'une cause d'indignité.

A. Ainsi l'on répute interposée, dit 1100, la personne dont l'autre époux était héritier présomptif *au jour de la donation*. Quand il s'agit, non plus d'une donation, mais d'un legs, faut-il réputer personne interposée, non plus celle dont l'autre époux était héritier lors de la rédaction du testament, mais celle dont il sera héritier présomptif lors du décès. a. On a soutenu cette dernière solution. En effet, a-t-on dit, le testament ne confère aucun droit du vivant du testateur, puisqu'il n'existe point; le testateur ne l'ignore pas; aussi se reporte-t-il toujours à l'état de choses qui existera lors de son décès. Si donc il jette les yeux sur quelqu'un, pour en faire une personne interposée, ce ne peut être que sur la personne dont son conjoint sera héritier présomptif au jour de sa mort à lui donateur. b. Nous n'admettons point cette solution. Car la seule personne sur laquelle le disposant pouvait jeter les yeux comme capable de réaliser une interposition était celle dont le conjoint était héritier présomptif lors de la rédaction du testament. Il ne connaît point celle dont

son conjoint sera héritier présomptif lors de son propre décès à lui donateur ; si donc on décidait que cette dernière est seule personne interposée, on empêcherait absolument la présomption légale de fonctionner dans le cas d'un legs, ou on la ferait fonctionner à l'encontre du système de la loi. En effet, il arriverait souvent que la personne dont l'autre époux serait héritier présomptif lors du décès du donateur, ne serait point la même que celle dont il était héritier présomptif lors de la rédaction du testament. On serait donc entraîné à ce singulier résultat : ou de dire que le testateur n'ayant pu, lors du testament, connaître la personne dont son conjoint serait plus tard héritier présomptif, il n'y aura jamais lieu, dans le cas de legs, d'appliquer la présomption d'interposition de personnes ; ou de déclarer interposée une personne que le défunt n'avait jamais pu regarder comme telle, puisqu'au jour du testament, nous supposons qu'elle n'était point dans les conditions nécessaires pour remplir cet office. Ces deux extrémités sont également fâcheuses. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de distinguer entre la donation et le legs? Peu importe que la première confère des droits actuels, et que le second n'en confère aucun. Dans les deux cas, le disposant ignore si son conjoint restera héritier présomptif, et deviendra effectivement héritier de la personne dont il est actuellement héritier présomptif. La distinction entre la donation et le legs n'a point trait à notre question ; car de deux choses l'une, dans l'hypothèse d'un legs : ou le légataire survit à l'époux disposant, et alors ses espérances devenant des droits, nous retombons dans le cas de la donation; ou il prédécède au disposant, et le legs étant caduc, la question

de savoir si le légataire était personne interposée ne se pose point. Il n'y a donc aucune raison de distinguer entre la donation et le legs.

B. Il faut qu'au jour de la donation, ou du testament, le conjoint fût *héritier présomptif* du donataire. Si donc il n'était que son successible en deuxième ou troisième ordre, la présomption ne s'appliquerait point, quand même il deviendrait plus tard héritier présomptif, ou même héritier réel de ce même donataire. Nos anciens auteurs donnaient une décision contraire ; mais les présomptions d'interposition de personnes constituent une théorie exceptionnelle, où tout doit être restrictivement entendu.

Les personnes que 1100 répute interposées, ne sont pas les mêmes que celles que 911 répute telles : tandis que 911 applique la présomption aux descendants de l'autre époux, et aux personnes dont ce dernier était héritier présomptif lors de la donation ou du testament, 911 l'applique aux père et mère, aux descendants, et à l'époux de la personne incapable.

II. Effets de cette présomption.

Si une donation a été faite à l'une des personnes que 1100 répute interposées, la donation est nulle, sans qu'il puisse être question de prouver que la présomption d'interposition est fausse en l'espèce. (1352.) Il n'y aura donc lieu, ni à la preuve par écrit, ni à la preuve par témoins. Mais la preuve de la non-interposition peut-elle résulter de l'aveu ou du serment des personnes intéressées à invoquer la nullité de la donation, et usant de leur droit, c'est-à-dire des réservataires, du donateur et de ses créanciers? Si, par exemple, ces personnes avouent savoir personnelle-

ment que l'interposition de personnes n'a point été réelle, et prétendent nonobstant se prévaloir des termes de la loi, cette prétention cynique sera-t-elle admise? Et d'autre part, ces personnes invoquant 1100 pour faire prononcer la nullité de 1099 2°, l'enfant donataire ou la personne dont l'autre époux était héritier présomptif pourra-t-il leur déférer le serment et leur dire : « Jurez qu'il n'est point à votre connaissance personnelle que je suis le donataire véritable, et non point une personne interposée. Si vous le jurez, je me reconnais vaincu; si vous refusez de le jurer, faisant ainsi l'aveu tacite de votre mauvaise foi, je soutiens que vous ne pouvez invoquer 1100. » Nous croyons que l'aveu et le serment seront réservés contre les présomptions de 1100, comme en général contre toute présomption légale. 1352 exclut en effet dans ces cas la preuve contraire, mais non point, nous semble-t-il, l'aveu et le serment judiciaires. Les termes mêmes de 1352, « *sauf ce qui sera dit sur l'aveu et le serment judiciaires*, » ceux de 1358, « *le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit*, » ceux enfin de 1356, « *l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait* », semblent autoriser cette conclusion. D'ailleurs il n'est rien de plus moral : les présomptions légales sont faites pour augmenter l'énergie des règles ou des prohibitions légales, pour trancher les procès dans la racine, en mettant certains principes à l'abri de contestations, qui seraient d'autant plus stériles, que l'administration de preuves sérieuses serait plus difficile; elles ne sont point destinées à faire triompher des prétentions que leurs auteurs eux-mêmes auraient l'impudence de déclarer fausses.

LIVRE TROISIÈME

Théorie du cumul du disponible entre époux avec le disponible ordinaire, ou du conflit de 1094 et 1098 avec 913-917.

TITRE PREMIER

DU CUMUL ABSOLU

Les deux disponibles peuvent-ils se cumuler d'une manière absolue, c'est-à-dire s'ajouter l'un à l'autre? Un époux peut-il donner à un étranger le disponible ordinaire de 913-917, et en outre à son conjoint le disponible spécial de 1094 ou 1098? Il est certain que non, bien que, sous le droit intermédiaire, la loi du 17 nivôse an II, le décret du 22 ventôse an II, et la loi du 4 germinal an VIII aient admis le cumul absolu des deux disponibles, et bien que, sous l'empire du Code, quelques vieux arrêts aient adopté la même doctrine.

I. La preuve de sa fausseté se tire d'abord de son impossibilité, et elle se réfute par l'absurde. Cette doctrine aboutit, en effet, à réduire démesurément la réserve, ou même à la faire descendre au-dessous de zéro.

1. Soit d'abord le cas où les réservataires sont des enfants, et supposons un enfant commun réservataire.

Si l'époux a donné à un étranger tout le disponible ordinaire, ou 1/2 en propriété, et qu'en outre, il ait donné à son conjoint survivant tout le disponible de 1094, ou 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, la réserve de l'enfant ne serait plus d'1/2 en propriété, mais d'1/4 en nue propriété, ce qui est dérisoire. Si la donation était faite à un nouvel époux, comme elle ne pourrait excéder 1/4 en propriété, la réserve de l'enfant serait d'1/4 en propriété, résultat moins choquant, mais également inadmissible.

2. L'absurdité de cette doctrine éclate avec plus de force, si l'on suppose des ascendants réservataires. Soient d'abord des ascendants dans les deux lignes. Le disponible ordinaire est d'1/2 en propriété. Mais le disponible entre époux comprend 1/2 en propriété, plus 1/2 en usufruit; de sorte que le cumul de ces deux disponibles arrive, non-seulement à anéantir la réserve des ascendants, mais à dépasser la totalité du patrimoine, puisque le disposant aurait pu donner 4/4 en propriété, plus 1/2 en usufruit. Le résultat serait plus monstrueux encore, si l'on supposait qu'il n'y a d'ascendants que dans une ligne. Le disponible ordinaire étant de 3/4 en propriété, et le disponible entre époux de 3/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, le total des dispositions émanées de l'époux prédécédé atteindrait 6/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit! De tels résultats se passent de commentaire.

On se demande comment, en leur présence, le droit intermédiaire a pu admettre la théorie du cumul? Cela ne s'explique que par le désarroi juridique de cette époque néfaste, où l'on renversait systématiquement les institutions que l'on trouvait debout. Du reste,

les inconvénients d'un tel système ont dû être bien moins choquants sous une législation qui assignait au disponible ordinaire un chiffre fort minime, parce qu'alors le cumul des deux disponibles ne pouvait jamais aboutir à absorber et moins encore à excéder les forces du patrimoine. Le Projet de Code et le Code n'ont point confirmé ce système, que la doctrine et la jurisprudence actuelles sont unanimes à réprouver.

II. On peut démontrer d'une autre manière l'impossibilité du cumul absolu :

1. Nous savons que le disponible ordinaire est simple, est uniquement un disponible de propriété, tandis que le disponible entre époux est double, comprend un élément de propriété, et un élément d'usufruit.

A. Le caractère simple du disponible ordinaire résulte de 917, combiné avec 913. Comme 917 permet de transformer la nature d'une disposition d'usufruit, quand elle excède 1/2, 1/3 ou 1/4, il résulte de cette faculté qu'il n'existe pas entre étrangers de disponible d'usufruit ; car s'il en existait un, il ne serait pas possible de dénaturer une disposition faite dans des termes légaux, et imputable sur un disponible légal. Le disposant peut bien donner de l'usufruit jusqu'à concurrence du chiffre du disponible de propriété ; car, pouvant donner le plus, il peut donner le moins, et il est certain qu'en ce cas, il donne le moins. Mais cette faculté existait naturellement pour le disposant, la loi n'avait point à la concéder, et le disponible n'est pas plus double parce qu'elle existe, qu'il n'est triple, quadruple ou quintuple, parce que le disposant pourrait donner en nue propriété, à fonds perdu, ou à charge

de rente viagère le même chiffre qu'en pleine propriété. Ainsi il n'existe pas de disponible d'usufruit entre étrangers, d'où il suit qu'une disposition d'usufruit, dès qu'elle excède le chiffre du disponible de propriété, n'est point sûrement valable, parce qu'alors, il n'est plus absolument certain que le disposant ait donné moins que s'il avait donné tout le disponible en pleine propriété.

B. Au contraire, le disponible entre époux est double. en ce qu'il contient un élément de propriété et un élément d'usufruit; l'époux a donc un disponible de propriété et un disponible d'usufruit, et peut disposer en usufruit pour un chiffre supérieur à celui pour lequel il pourrait disposer en propriété. C'est ainsi que, pouvant donner 1/4 en propriété, il peut donner 1/2 en usufruit. Il semblerait d'après cela que le disponible spécial d'usufruit fût d' 1/2. Il n'est cependant que d' 1/4. Car sur cette moitié, 1/4 est la représentation du quart de pleine propriété que l'époux pourrait, s'il le voulait, donner à son conjoint, et relativement à ce quart, on peut dire de notre donation ce que nous avons dit tout à l'heure d'une donation d'usufruit faite à un étranger, qu'elle n'est point prise sur un disponible d'usufruit, mais sur un disponible de propriété. Le second quart est donc seul imputable sur le crédit spécial d'usufruit. Et la preuve que ce disponible entre époux est bien aussi un disponible d'usufruit, se tire de ce que 917 est inapplicable aux dispositions d'usufruit qui s'adressent à l'époux. C'est ainsi qu'une donation dépassant 1/2 d'usufruit serait simplement réductible à ce terme, sans pouvoir être convertie en disposition de propriété.

2. Les choses étant ainsi, le cumul absolu est impossible. Car si le disponible entre époux comprend un élément de propriété, il est, au moins dans la mesure de cet élément, de même nature que le disponible ordinaire. En autres termes, il n'y a qu'un seul disponible de propriété, qui peut être attribué soit à un étranger, soit à un époux, mais en ce dernier cas, jusqu'à concurrence d' 1/4 seulement. Le disponible de propriété est donc unique et à deux fins ; et quand une donation de propriété est faite à l'époux, elle s'impute nécessairement sur l'élément de propriété du disponible entre époux, c'est-à dire sur le disponible de 913. L'élément de propriété du disponible entre époux est donc toujours égal au disponible de 913, si l'on suppose des ascendants réservataires ; si l'on suppose des descendants réservataires, il lui est égal, quand ce dernier n'est que d' 1/4, et lui est inférieur, quand ce dernier est d' 1/3 ou d' 1/2 ; mais il est toujours de même nature que lui, et ne forme qu'un avec lui. S'il en est ainsi, le cumul des deux disponibles est impossible, au moins en tant qu'il s'agirait de cumuler le disponible de 913 avec l'élément de propriété du disponible de 1094. Car le cumul suppose essentiellement deux disponibles différents, et ces deux n'en font qu'un, dont l'un s'impute sur l'autre ; or qui dit imputation d'un disponible sur l'autre, dit impossibilité de les cumuler. On impute l'identique sur lui-même, on ne le cumule jamais avec lui-même.

3. Les termes du 1° de 1094 viennent d'ailleurs fortifier cette interprétation : « L'époux..... peut donner à son conjoint *tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger*, et en outre, l'usufruit de la ré-

serve des ascendants. » Ces mots prouvent que l'élément de propriété du disponible entre époux s'impute sur le disponible ordinaire, si ce dernier lui est supérieur, se confond avec lui, s'ils sont tous deux égaux. Ce que l'époux peut donner en propriété à son conjoint, c'est précisément ce qu'il pourrait donner à un étranger, et non pas autre chose en dehors; il n'y a pas là deux fonds, deux crédits, affectés chacun à une destination spéciale, mais un seul, comportant une destination double.

4. Cette solution, conforme au texte de 1094, est également conforme aux données historiques et aux travaux préparatoires. D'après le Projet de Code, en effet, le disponible entre époux était, en propriété, le même que le disponible entre étrangers; tous deux étaient invariablement d'1/4, et le disponible entre époux comprenait en outre une quotité égale en usufruit. C'était bien le même quart en propriété qui faisait le fonds, soit du disponible entre étrangers, soit du disponible entre époux, en sorte que, ce quart une fois absorbé par une disposition au profit soit d'un étranger, soit de l'époux, aucune disposition en propriété n'était plus possible au profit de personne. Si le Code n'a point maintenu dans tous les cas l'égalité de chiffre entre le disponible entre étrangers, et le disponible entre époux, il a au moins retenu le principe de l'identité de nature entre le disponible ordinaire, et l'élément de propriété du disponible entre époux. Et c'en est assez pour que le cumul soit impossible, au moins en cette mesure.

TITRE DEUXIÈME

DU CUMUL PARTIEL

Le cumul est-il possible en une certaine mesure, et si oui, en laquelle? Sur cette question si grave, et d'un intérêt pratique si journalier, la doctrine n'a encore pu se rallier à aucun principe fixe; et quant à la jurisprudence, elle s'est embourbée dans un système dont nous démontrerons plus tard la fausseté.

CHAPITRE PREMIER

Exposition d'une théorie complète du cumul ou du rapport des deux disponibles.

SECTION I. — *Des principes fondamentaux de la matière.*

Les principes suivants permettent, croyons-nous, de résoudre toutes les questions afférentes à cette théorie :

§ 1. Il résulte *à contrario* de l'exposé précédent, que si l'élément de propriété qui entre dans le disponible entre époux est de même nature que le disponible entre étrangers, et ne peut, par conséquent, se cumuler avec

lui, l'élément d'usufruit que comprend le disponible entre époux a au contraire une tout autre nature que le disponible entre étrangers. Il est donc impossible que cet élément d'usufruit s'impute sur le disponible ordinaire, et il est nécessaire qu'il se cumule avec lui, puisque l'impossibilité de l'imputation vient se traduire en la nécessité du cumul, et réciproquement. Ce résultat se tire avec la même nécessité que le précédent du texte de 1094, et des données historiques fournies par les travaux préparatoires. Il paraît, de plus, en heureuse harmonie avec l'idée qu'a eue la loi en insituant un élément d'usufruit distinct de l'élément de propriété qui entre dans la constitution du disponible entre époux. Cette idée semble bien avoir été que cet élément d'usufruit pût toujours être attribué à l'époux, alors même qu'une disposition de propriété ne serait plus possible en sa faveur. C'est en effet de la sorte que les choses se passent dans les deux cas expressément prévus par 1094. Au premier cas en effet, quand il y a des ascendants, on s'accorde à reconnaître que, le disponible ordinaire ayant été épuisé par des dispositions de propriété adressées soit à un étranger, soit à l'époux, ce dernier pourrait encore recevoir l'usufruit de la réserve des ascendants, ce qui est bien admettre le cumul de l'élément d'usufruit avec le disponible de 913. On reconnaît également qu'au cas où le disponible de 913 n'est que d'1/4, parce qu'il y a trois descendants ou plus, ce disponible étant épuisé par des donations de propriété faites, soit à un étranger, soit à l'époux, ce dernier pourrait ensuite recevoir 1/4 d'usufruit, ce qui est bien encore admettre le cumul. Notre solution consiste à généraliser cette décision tirée des

entrailles mêmes de 1094, et à l'appliquer, même quand le disponible ordinaire est d'1/3 ou d'1/2. Ainsi, impossibilité de jamais cumuler le disponible de 913 avec l'élément de propriété que comprend le disponible entre époux, et nécessité de cumuler ce disponible de 913 avec l'élément d'usufruit que comprend le disponible entre époux, et qui constitue seul le vrai disponible spécial, tel nous paraît être le premier principe de la matière. Il en résulte que tout cumul sera toujours impossible entre le disponible ordinaire et celui de 1098, puisque ce dernier ne contient aucun élément d'usufruit.

§ 2. Un autre principe consiste en ce que les deux éléments du disponible entre époux sont entre eux dans le rapport suivant: l'élément de propriété est l'élément ordinaire et principal, l'élément d'usufruit est l'élément spécial et accessoire; le premier s'impute sur le crédit ordinaire de 913, sur le fonds commun, qui sert à payer, tant les donations faites à des étrangers, que celles faites à l'époux; le second se prend sur un crédit spécial, uniquement ouvert à l'époux, et tout à fait distinct du disponible ordinaire. Ces deux éléments diffèrent donc, non-seulement par leur nature, mais par leur importance relative. L'époux ne peut pas, à son gré, disposer de l'un ou de l'autre de ces deux éléments; il ne peut passer au second qu'après avoir épuisé le premier, au moins en usufruit. En autres termes, l'imputation de toute donation adressée à l'époux se fera en première ligne sur le fonds commun de 913; et c'est seulement quand ce fonds commun sera épuisé, ou quand la donation faite à l'époux ne sera pas de nature à pouvoir s'y imputer, que l'imputa-

tion se fera sur le crédit spécial. Car ce disponible spécial d'usufruit a été créé dans un esprit de faveur pour l'époux survivant. On a voulu qu'il eût tout ou partie du disponible ordinaire, plus un certain disponible d'usufruit. Or si l'on commençait par imputer sur le crédit spécial la donation faite à l'époux, on lui refuserait la faveur qui lui est due : car on absorberait immédiatement un crédit que la loi lui affecte, pour qu'il puisse recevoir quelque chose, même après l'épuisement du fonds commun; en sorte que ce fonds commun, étant encore libre après l'épuisement du crédit spécial, resterait disponible tant au profit des étrangers qu'au profit de l'époux, et pourrait être absorbé tout entier par des donations faites à des étrangers, tandis que si l'imputation avait eu lieu sur le fonds commun, le crédit spécial fût resté encore ouvert, au profit exclusif de l'époux. Il est d'ailleurs dans la nature des choses de ne dépenser le crédit extraordinaire, qu'après l'épuisement du crédit ordinaire.

§ 3. Un troisième principe consiste en ce que l'enfant ou l'étranger ne peut jamais rien prendre sur le crédit spécial institué en faveur de l'époux, et ne doit jamais profiter de l'existence de ce crédit. Ce crédit n'a été institué qu'en faveur de l'époux. Or cette faveur, que la loi reconnaît à son titre, lui est personnelle, comme son titre lui-même. L'étranger ou l'enfant, concourant avec l'époux, ne pourront donc jamais détourner de son affectation spéciale le crédit extraordinaire, en y imputant les libéralités à eux faites, ni en y imputant celles faites à l'époux, quand celles-ci pourraient s'imputer sur le fonds commun. Ce crédit spécial est, quant à eux, réputé inexistant. L'époux au con-

traire, concourant avec un étranger, sera traité avec la faveur que mérite son titre ; il profitera donc de l'existence du crédit spécial, pour y imputer les donations à lui faites, quand à raison, soit de l'épuisement du crédit ordinaire, soit de la nature de la disposition faite, l'imputation sur le crédit ordinaire ne sera plus possible. L'époux a ici une double qualité, celle de donataire étranger, et celle d'époux : la première lui permet de concourir avec les donataires étrangers jusqu'à concurrence de l'élément de propriété du disponible de 1094 ; la seconde lui permet de revendiquer pour son usage et profit exclusifs, le crédit spécial d'usufruit. Si donc on ne voit en lui que l'étranger, on trouve qu'il est dans une situation plutôt défavorable, puisqu'il peut recevoir en propriété, parfois autant, parfois moins, jamais plus qu'un donataire étranger. Si au contraire on ne voit en lui que l'époux, on s'aperçoit qu'il est éminemment favorisé, puisque la loi organise, uniquement à son profit, un crédit spécial, qu'il pourra toujours prendre hors part, et dont personne ne pourra jamais profiter.

§ 4. Enfin le quatrième principe consiste en ce que l'un quelconque des deux donataires ne peut jamais, par suite du cumul, recevoir plus que ce que le Code lui assigne. Sans quoi, soit 913, soit 1094 seraient violés. Cela est d'évidence, et ce principe devrait être également suivi, quand même le cumul absolu des deux disponibles serait possible.

De ces quatre principes, le dernier seul est admis sans contestation par tous les systèmes ; le premier, qui est cependant la clef de voûte de tout notre édifice, n'est admis par personne avec la généralité que nous

lui avons reconnue; quant aux deux autres, ils sont l'objet de contestations plus ou moins vives.

SECTION II. — *De l'application de nos principes à la théorie du cumul.*

§ 1. Le disponible ordinaire est, par hypothèse, plus élevé que l'élément de propriété du disponible entre époux. Il faut supposer pour cela que les réservataires sont des descendants, et qu'il n'existe qu'un ou deux réservataires, ce qui porte le disponible de 913 à 1/2 ou 1/3. Le disponible entre époux reste invariablement d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, ou d'1/2 en usufruit.

I. Le disponible de 913 est d'1/2.

1. La donation est d'abord faite à l'époux.

A. Il reçoit une donation d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit. L'époux recevra sa donation tout entière, en imputant le quart de propriété sur le disponible ordinaire de 913, et le quart d'usufruit sur le crédit spécial de 1094. Il est clair que l'époux ne pourra plus rien recevoir. L'étranger pourra donc recevoir par la suite 1/4 de pleine propriété, que contient encore le disponible ordinaire.

B. De même, si la donation faite à l'époux n'était que d'1/2 en usufruit, l'imputation se ferait, pour le premier quart, sur le disponible de 913, pour le second quart, sur le crédit spécial; de telle sorte que l'époux pourrait encore recevoir par la suite 1/4 en nue propriété, et l'étranger soit 1/4 en propriété, soit 1/4 en propriété plus 1/4 en nue propriété, selon que l'époux aurait ou non déjà reçu une nouvelle donation d'1/4 en nue propriété.

C. De même, si la donation à l'époux n'était que d'1/4 en propriété, elle s'imputerait tout entière sur le disponible ordinaire, de telle façon que l'étranger pourrait recevoir 1/4 en propriété, mais jamais plus, et que l'époux pourrait en outre et dans tous les cas recevoir 1/4 d'usufruit, qui se prendrait sur le crédit spécial.

D. De même, si l'époux avait reçu d'abord 1/4 en nue propriété, l'étranger pourrait recevoir ensuite 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, ce qui n'empêcherait pas l'époux de pouvoir encore, par une troisième libéralité, donner à son conjoint le montant du crédit spécial.

E. De même enfin, si l'époux avait reçu d'abord 1/4 en usufruit, l'étranger pourrait recevoir ensuite ce qui reste du crédit ordinaire, après l'épuisement duquel l'époux pourrait encore prendre le crédit spécial.

Remarque. Dans tous ces cas, nos quatre principes sont rigoureusement observés.

a. D'abord nous imputons toujours sur le disponible ordinaire l'élément de propriété du disponible entre époux; nous proscrivons donc le cumul en cette mesure. Nous l'admettons, au contraire, en ce que nous cumulons toujours l'élément d'usufruit du disponible entre époux avec le disponible ordinaire.

b. Nous observons également le second principe : une donation étant faite à l'époux, nous supposons toujours qu'elle porte d'abord sur le crédit ordinaire, où nous l'imputons, quand faire se peut; et nous n'imputons sur le crédit spécial, que quand le crédit ordinaire est épuisé, ou quand la disposition n'est pas de nature à s'imputer sur le crédit ordinaire, quand, par

exemple, le crédit ordinaire ne comprend plus que de la nue propriété, et qu'il s'agit d'une disposition d'usufruit. Ainsi quand l'époux ne donne à son conjoint qu'1/4, soit en propriété, soit en usufruit, et que le fonds commun est libre, l'époux n'use pas du crédit spécial, et la donation s'impute sur le fonds commun ; c'est seulement quand il donne à son conjoint, soit 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, soit 1/2 en usufruit, qu'il a épuisé le crédit ordinaire et disposé du crédit spécial. Mais, dira-t-on, la donation se pouvait imputer tout entière en ce cas sur le disponible ordinaire : en apparence, oui, en réalité, non ; car le crédit spécial est distinct du crédit ordinaire, comme l'élément d'usufruit du disponible entre époux est distinct du disponible ordinaire ; il y a donc ici impossibilité d'imputation et nécessité de cumul. Cette solution est nécessaire, à moins de soutenir que le crédit spécial n'existe pas, ou se confond avec le crédit ordinaire.

c. De plus nous ne permettons jamais à l'étranger qui concourt avec l'époux, d'imputer sa donation sur le crédit spécial, ni de profiter de ce que ce crédit spécial existe. Il semble cependant qu'il en profite, au moins dans les deux premiers cas, quand la donation faite à l'époux est, ou d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, ou d'1/2 en usufruit. En effet, dit-on, si ces donations étaient faites à un étranger, elles s'imputeraient pour le tout sur le disponible ordinaire, de telle sorte qu'un autre étranger ne pourrait plus recevoir qu'1/4 ou qu'1/2 en nue propriété. Au contraire, avec notre système d'imputer la donation pour le premier quart sur le disponible ordinaire, et pour le second quart sur le crédit spécial, l'étranger pourra recevoir soit 1/4

en propriété, plus 1/4 en nue propriété, soit 1/4 en propriété seulement. L'étranger qui concourt avec un époux est donc traité plus favorablement que s'il concourait avec un étranger, et profite de l'existence du crédit spécial, puisque, si ce crédit spécial n'existait point, on serait bien forcé d'imputer toute la donation faite à l'époux sur le disponible ordinaire. Cela n'est pas exact. Et d'abord, rien n'autorise à supposer que, sans l'existence du crédit spécial, l'époux eût donné à son conjoint 1/2 en usufruit, ou 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit. Il est probable au contraire, qu'il n'eût donné qu'1/4, soit en propriété, soit en usufruit, d'autant que, le crédit spécial étant supprimé, le disponible entre époux n'eût plus été que d'1/4, soit en propriété, soit en usufruit. Et, si l'époux eût fait la disposition excessive dont il s'agit, elle eût été réductible, d'après le disponible d'1/4. En somme, l'étranger qui concourt avec un époux est ici traité, comme s'il concourait avec un étranger n'ayant droit qu'à un disponible d'1/4, tandis que lui-même peut avoir droit, soit à 1/3, soit à 1/2. C'est en ce sens que l'étranger a avantage à concourir avec l'époux. Quant au crédit spécial, que l'époux prend en dehors, l'étranger doit faire comme s'il n'existait point; car il n'y a aucun droit. Il existe pour l'époux seul; et s'il n'existait point, les relations de l'étranger avec l'époux seraient identiques, puisque ce dernier ne pourrait jamais prendre sur le crédit ordinaire qu'1/4 de propriété. En autres termes, l'époux est seul à profiter de l'existence du crédit spécial, comme il serait seul à souffrir de sa suppression.

d. Nous respectons enfin le quatrième principe, en

ne permettant jamais, ni à l'étranger, ni à l'époux, de recevoir plus que la loi n'octroie à chacun d'eux.

2. La donation à l'étranger est intervenue la première.

A. S'il a reçu 1/2 en propriété, c'est-à-dire tout le disponible ordinaire, l'époux pourra en outre recevoir le crédit spécial, ou 1/4 en usufruit.

B. Si l'étranger a reçu 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, l'époux pourra recevoir 1/4 en nue propriété, que contient encore le disponible ordinaire, et en outre le crédit spécial.

C. Si l'étranger a reçu 1/4 en propriété, l'époux pourra encore recevoir 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, mais jamais plus, quand même l'étranger n'aurait reçu qu'une donation minime, laissant libre une plus grande portion du fonds commun. Car ce fonds n'est commun, que jusqu'à concurrence d' 1/4 en propriété ; au delà, il est spécial à l'étranger, comme le crédit extraordinaire d'usufruit est spécial à l'époux.

Remarque. Il est évident que ces solutions respectent aussi les quatre règles fondamentales ci-dessus posées. En somme l'époux, dans ses rapports avec l'étranger, est ici traité comme un étranger, qui aurait droit à un disponible d' 1/4 en propriété ; le partage opéré sur ces bases, il prend hors part, en vertu de son titre d'époux, le montant du crédit spécial. Quand il concourt avec l'étranger, il est donc traité moins favorablement que lui, puisque l'étranger peut recevoir 1/3 ou 1/2, c'est-à-dire 4/12 ou 6/12 en propriété, tandis que l'époux ne peut jamais recevoir qu' 1/4 ou 3/12. Ainsi l'époux représente selon les

cas 3/4 ou 1/2 d'étranger. Car si la quotité du droit qu'il exerce sur le crédit ordinaire n'est point la même que celle du droit qu'y exercent les étrangers, la nature de son droit est du moins identique à celle du leur. Quand donc la disposition faite à l'époux s'impute sur le fonds commun, et elle s'y impute, quand cela est possible, l'époux reste confondu dans la foule des étrangers, comme une fraction d'étranger, de sorte que son titre d'époux, loin de lui profiter, lui nuit. C'est quand sa donation se doit imputer sur le crédit spécial, que son titre commence de lui servir, parce qu'alors il peut recevoir 1/4 d'usufruit, quand aucun étranger ne peut plus rien prendre. Le crédit ordinaire étant dévoré, le crédit spécial reste ouvert à son profit exclusif. L'étranger qui concourt avec l'époux n'est donc pas traité dans tous les cas comme s'il concourait avec un étranger ; cela n'est vrai de tout point, que quand le disponible ordinaire est égal à l'élément de propriété du disponible de 1094, ou au disponible de 1098 ; quand ce disponible ordinaire dépasse l'élément de propriété du disponible de 1094, ou le disponible de 1098, l'époux est considéré comme un étranger n'ayant droit qu'à un disponible d' 1/4 de propriété, ce qui entraînera d'importantes conséquences au point de vue de la réduction. Ce qu'on veut dire, en proclamant que l'étranger qui concourt avec l'époux, est traité comme s'il concourait avec un étranger, c'est qu'il ne peut jamais rien prendre sur le crédit spécial, ni profiter de ce qu'il en existe un.

II. Le disponible de 913 est d' 1/3. Les choses se passeront tout aussi simplement. L'imputation se fera selon les mêmes règles, c'est-à-dire que

toute donation faite à l'époux s'imputera jusqu'à concurrence d' 1/4 soit de propriété, soit d'usufruit, sur le crédit ordinaire, s'il est libre, et s'il y a lieu, sur le crédit spécial pour un second quart d'usufruit. Quant à l'étranger, il pourra toujours recevoir tout le disponible ordinaire, en tant qu'il ne sera pas entamé déjà par l'imputation d'une donation antérieure faite à l'époux. Ainsi :

1. La donation à l'époux a précédé celle faite à l'étranger.

A. Si l'époux a d'abord reçu 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, cette donation s'imputera sur le disponible de 913 pour le quart correspondant au crédit ordinaire, et sur le crédit spécial pour le quart correspondant à ce crédit spécial ; de telle sorte que l'étranger pourra recevoir ensuite ce qui reste du disponible ordinaire, ou 1/12 de propriété.

B. Si l'époux a reçu 1/2 en usufruit, l'imputation se fera comme dans le cas précédent, et l'étranger pourra recevoir ce qui reste du disponible ordinaire, c'est-à-dire 1/12 de propriété, et 3/12 de nue propriété. Il est évident qu'en ces deux cas l'époux ne peut plus rien recevoir.

C. S'il a reçu d'abord 1/4, soit en propriété, soit en usufruit, soit en nue propriété, cette donation s'imputera sur le disponible ordinaire, dont l'étranger pourra ensuite recevoir le reliquat. Et ce disponible épuisé, l'époux pourra encore recevoir le montant du crédit spécial.

2. La donation à l'étranger a précédé celle faite à l'époux.

A. L'étranger a d'abord reçu 1/3 en propriété, c'est-

à-dire tout le disponible ordinaire; l'époux peut ensuite recevoir 1/4 d'usufruit, c'est-à-dire le crédit spécial.

B. Si la donation faite à l'étranger, soit en propriété, soit en usufruit, soit en nue propriété, est inférieure au montant du disponible ordinaire, l'époux ou l'étranger peut ensuite recevoir ce qui reste du crédit ordinaire, pourvu, en ce qui concerne l'époux, que ce reliquat ne dépasse point 1/4, et l'époux peut toujours en outre recevoir le montant du crédit spécial.

Remarque a. Il résulte de cet exposé que l'ordre dans lequel les donations sont intervenues, importe fort pour savoir ce que peut recevoir soit l'époux, soit l'étranger. En effet, la donation première en date trouve toujours le crédit ordinaire libre, ce qui lui permet de l'absorber tout entier, si le donataire est un étranger, ou jusqu'à concurrence d'1/4, si c'est l'époux. Le donataire ultérieur ne peut donc recevoir que le reliquat du crédit ordinaire, en sorte que, si ce crédit est épuisé, l'étranger ne peut plus rien recevoir, tandis que l'époux peut encore prendre le crédit spécial. En somme, l'ordre dans lequel interviennent les donations a une influence de fait sur l'imputation, et par conséquent sur le sort de chacune des libéralités, influence qui est surtout sensible quand il s'agit d'une donation à l'époux, puisque, si le crédit ordinaire est épuisé, il faudra bien se résoudre à imputer sur le crédit spécial.

Remarque b. Une des règles données généralement comme critérium est que le disponible le plus fort peut bien, par suite du cumul, être atteint, mais jamais dépassé. Nous acceptons cette règle, mais sans l'entendre dans le même sens que la généralité des auteurs. Nous

admettons bien que le plus fort disponible de propriété, c'est-à-dire le disponible de 913, ne pourra jamais être dépassé ; mais nous admettons aussi que le crédit spécial, d'une tout autre nature que lui, pourra venir s'y ajouter ; de telle sorte que la somme des libéralités pourra toujours atteindre le disponible le plus fort de propriété, augmenté du crédit spécial, pourvu que le crédit spécial n'ait été attribué qu'à l'époux, et que l'imputation des donations se soit faite d'après les règles précitées.

Remarque c. Nous n'avons pas parlé du cas où les donations sont simultanées, où par exemple il s'agit de deux legs. On appliquera les principes connus : la donation à l'époux s'imputera sur le crédit ordinaire en première ligne et dans la proportion légale ; car, les deux libéralités étant simultanées, le crédit ordinaire est libre. D'où il suit qu'il pourra y avoir lieu à réduction, alors même que la somme des deux legs ne dépassera pas le disponible le plus fort, et que chacun des légataires n'aura pas reçu plus qu'il ne peut recevoir. Ces questions s'examineront du reste à propos de la réduction.

§ 2. Le disponible ordinaire est égal à l'élément de propriété du disponible entre époux.

Ce résultat se produit dans tous les cas d'abord où il y a des ascendants réservataires, et même au cas où il y a des descendants réservataires, pourvu qu'il y en ait au moins trois. Au premier cas, en effet, le disponible ordinaire est d'1/2 ou de 3/4, selon qu'il y a des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule, et le disponible entre époux contient un élément de propriété, précisément égal au disponible ordinaire, et en outre

un élément d'usufruit, qui comprend tout l'usufruit de la réserve. Au second cas, le disponible ordinaire est d'1/4; celui de 1098 est également d'1/4; et celui de 1094 contient un élément de propriété de même valeur, plus un élément d'usufruit, portant sur la réserve, et qui est aussi d'1/4. Nous verrons que nos principes s'appliquent, dans toutes les hypothèses, avec une merveilleuse aisance de jeu.

I. Il y a des ascendants réservataires. L'époux joue ici un double personnage : en tant qu'il prétend imputer la donation à lui faite sur le crédit ordinaire, il est exactement traité comme un étranger, et non plus comme 3/4 ou 1/2 d'étranger; en tant qu'il s'agit pour lui d'imputer sa donation sur le crédit spécial, et d'en revendiquer le profit exclusif, il est traité avec la faveur que mérite sa qualité d'époux. Il oppose donc aux légataires ou donataires étrangers sa qualité d'étranger, qui lui permet de marcher de pair avec eux, et de prendre part égale à la leur sur le crédit ordinaire, et il oppose aux réservataires sa qualité d'époux, qui lui permet de prendre tout ou partie de leur réserve, après avoir déjà reçu ou pu recevoir tout le disponible ordinaire. Il est donc traité en cette matière avec une faveur qui ne se dément pas, puisque ses droits à l'encontre des étrangers sont réglés au même chiffre que les leurs à son encontre, et qu'il en exerce même contre les réservataires, ce que ne peut faire aucun légataire ou donataire étranger.

1. Il y a des ascendants dans les deux lignes.

A. La donation à l'époux a précédé la donation faite à l'étranger. Plusieurs hypothèses sont alors possibles :

a. Si l'époux a reçu d'abord tout ce qu'il peut rece-

voir, c'est-à-dire 1/2 en propriété, plus 1/2 en usufruit, aucun étranger ne peut plus rien recevoir. Il en est de même si l'époux n'a reçu qu'1/2 en propriété ; car l'étranger n'a pas le droit de profiter de ce que le crédit spécial existe. b. Si l'époux n'a reçu qu'1/2, soit en usufruit, soit en nue propriété, cette donation s'imputera sur le crédit ordinaire, dont l'étranger pourra ensuite recevoir le reliquat, l'époux conservant la faculté de recevoir le crédit spécial, même après épuisement complet du disponible ordinaire.

B. La donation à l'étranger a précédé celle faite à l'époux. a. L'étranger a reçu 1/2 en propriété; l'époux ne peut plus évidemment recevoir que le montant du crédit spécial. b. De même toute donation à l'étranger, inférieure à 1/2, diminue d'autant ce que l'époux pourra recevoir ensuite sur le crédit ordinaire, sans jamais diminuer le montant du crédit spécial, qu'il peut toujours recevoir.

2. Les choses se passent tout à fait de même, s'il n'existe d'ascendants que dans une seule ligne. L'imputation se fait exactement d'après les mêmes règles, bien que le crédit ordinaire soit, comme le disponible ordinaire, de 3/4, et le crédit spécial, d'1/4 seulement.

Remarque a. On voit que nous accordons la même importance à l'ordre dans lequel les donations sont intervenues. Toute donation de nature à s'imputer sur le crédit ordinaire, diminue en effet d'autant ce crédit ordinaire, et empêche ou entrave tant les donations ultérieures qu'on pourrait faire à un étranger, que celles de propriété qu'on pourrait faire à l'époux. En somme, l'époux et l'étranger sont traités, dans leurs

rapports, comme deux étrangers : car l'époux ne représente plus une fraction d'étranger, mais un étranger tout entier; et l'existence du crédit spécial ne peut susciter entre eux aucun conflit, l'époux y ayant seul droit, et n'y imputant sa donation que quand le crédit ordinaire est épuisé, c'est-á-dire quand aucun fonds ne reste disponible au profit de l'étranger.

Remarque b. S'il s'agit de deux legs, ou de deux donations simultanées, les mêmes règles sont applicables. On impute toujours la donation à l'époux sur le crédit ordinaire, pour la partie correspondante à l'élément de propriété. C'est ainsi qu'en supposant des ascendants dans les deux lignes, deux legs, l'un d'1/2 de propriété à un étranger, l'autre d'1/2 d'usufruit à l'époux, ne s'exécuteront pas pour le tout, bien que la somme des libéralités ne dépasse pas le disponible le plus fort, et que chacun n'ait pas reçu plus qu'il ne peut recevoir. Car le crédit ordinaire étant libre, la donation à l'époux s'y imputera concurremment avec la donation faite à l'étranger; et le crédit spécial ne pourra servir qu'à parfaire la différence, en complétant à l'époux ce dont il a été réduit. Ces ainsi que deux dispositions, qui vaudraient pour le tout, si elles étaient successives, peuvent être sujettes à réduction, si elles sont simultanées. Ces questions appartiennent du reste à la matière de la réduction.

II. Il y a des descendants réservataires, au nombre d'au moins trois. Les solutions seront les mêmes. On évite toutes les difficultés en appliquant nos quatre principes, que la donation à l'époux ait précédé ou suivi celle faite à l'étranger, ou que toutes deux soient simultanées :

1. La donation à l'époux a précédé celle faite à l'étranger. A. Si l'époux a reçu 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, personne ne peut plus rien recevoir. B. S'il a reçu 1/4 en propriété, l'étranger ne peut plus rien recevoir, et l'époux peut encore recevoir le crédit spécial. C. Si l'époux a reçu 1/4 ou moins d'1/4, soit en propriété, soit en usufruit, cela diminue d'autant le crédit ordinaire, dont le reliquat peut être attribué ensuite soit à l'étranger, soit à l'époux, qui d'ailleurs, peut toujours recevoir le crédit spécial.

2. La donation à l'étranger est intervenue la première. Elle diminue d'autant le crédit ordinaire, dont le reliquat, joint au crédit spécial, peut ensuite être attribué à l'époux.

3. Les deux libéralités sont simultanées. A. Si leur somme ne dépasse pas le disponible, toutes deux s'imputent sur le crédit ordinaire, et l'absorbent. B. Si le montant des deux libéralités dépasse le crédit ordinaire, il y a lieu à réduction, au moins pour la donation faite à l'étranger.

SECTION III. — *De l'application de nos principes à la théorie du cumul compliquée de celle de la réduction.*

Comment réduit-on les donations excessives faites, soit à l'époux, soit à l'étranger ? Il s'agit de la sanction des principes que nous avons posés à propos du cumul. La question du cumul ne se posait que sous 1094; tout cumul était impossible pour le disponible de 1098, qui, n'offrant aucun élément d'usufruit, se devait forcément imputer sur le disponible de 913. La question de la réduction des donations faites, soit à l'époux, soit

à l'étranger, se pose au contraire aussi bien sous 1098, que sous 1094. Car pour qu'il y ait réduction, il suffit qu'une des donations ou toutes deux soient excessives, ce qui peut arriver aussi bien pour une donation faite à un nouvel époux, que pour une donation faite à un époux. La question de la réduction donnera naissance à des difficultés sérieuses, quand il faudra réduire à la fois la donation faite à l'époux, et celle faite à l'étranger, et que toutes deux seront de nature à s'imputer sur le même disponible, celui de 913. Comme en ce cas il se pourra faire que la mesure des deux libéralités ne soit point commune, parce que le disponible ordinaire ne coïncidera point avec l'élément de propriété que contient le disponible de 1094, ou avec le disponible de 1098, il faudra trouver une commune mesure à deux dispositions qui n'en ont point. Pour que cette difficulté naisse, il faut supposer deux libéralités simultanées, c'est-à-dire deux donations résultant d'un même acte de donation, ou deux legs résultant d'un ou de plusieurs testaments. L'application de 926, c'est-à-dire la réduction au marc le franc des deux donations ou des deux legs présente alors certaines difficultés. Si au contraire les donations ont été successives, comme la première en date s'est imputée sur le disponible encore libre, sur le disponible de 913, si c'était une donation à l'étranger, ou une donation à l'époux de nature à s'y imputer, sur le crédit spécial, si c'était une donation à l'époux, et que cette imputation fût conforme aux principes, il en résulte que la donation postérieure, n'ayant pu s'imputer que sur le disponible resté libre, est simplement réduite en tant

qu'elle dépasse ce reliquat. Aucun conflit d'imputation ne peut alors s'établir entre ces libéralités ; on les réduit, en remontant de la dernière aux plus anciennes, conformément à 923.

§ 1. — Du conflit du disponible ordinaire avec le disponible de 1094.

I. Le disponible ordinaire est plus élevé que l'élément de propriété du disponible de 1094, ou que le disponible de 1098. Cela se présente dans deux cas, quand le disponible ordinaire est d' 1/2, et quand il est d' 1/3, ce qui suppose un ou deux descendants réservataires.

1. Le disponible ordinaire est d' 1/3.

A. Il est certain qu'il ne peut être question de concours entre les deux libéralités sur le crédit spécial ; relativement à ce crédit, la donation à l'époux est censée faite seule et ne redoute point le concours de l'autre ; la réduction n'offre donc aucune difficulté. Mais la difficulté surgit, dès que l'on compare le disponible ordinaire, soit avec l'élément de propriété du disponible de 1094, soit avec le disponible de 1098. Le premier est d' 1/3, le second n'est que d' 1/4 ; et si, relativement au crédit spécial, l'époux n'a point à subir de concours, parce qu'il prélève ce crédit spécial, le concours s'effectue sur le disponible ordinaire. Or, relativement à ce disponible, les deux légataires ne sont plus dans une position identique : l'étranger peut le recevoir tout entier, tandis que l'époux n'en peut recevoir que les 3/4 ; l'époux et l'étranger sont ici dans le même rapport que 3 et 4. Si donc la situation de

l'époux est sans rivale, quant au crédit spécial, elle est d'1/4 moins bonne que celle de l'étranger, quant au disponible ordinaire. Ainsi la masse totale sur laquelle peuvent porter tous les legs est d' 1/3 de propriété, plus 1/4 d'usufruit, c'est-à-dire qu'elle est égale à la somme du disponible ordinaire et du crédit spécial. Cette masse totale se scinde en deux masses divisionnaires, l'une, le crédit spécial, affectée à l'époux seul, l'autre, le disponible ordinaire, affectée cumulativement à l'étranger et à l'époux, mais plus pleinement à l'étranger qu'à l'époux.

B. Cela dit, supposons que l'époux a reçu un legs d' 1/4 en propriété plus 1/4 en usufruit, ou d' 1/2 d'usufruit, tandis que l'étranger en a reçu un d' 1/3 de propriété. Ces deux libéralités sont certainement excessives, puisque leur somme dépasse la somme du disponible ordinaire et du crédit spécial, c'est-à-dire 4/12 de propriété plus 3/12 d'usufruit. Il y a donc lieu à réduction : comment s'opérera-t-elle?

a. La donation à l'époux, étant d' 1/2 d'usufruit, est imputable pour le premier quart sur le crédit ordinaire, et pour le second, sur le crédit spécial, qu'elle absorbe tout entier ; d'où il suit que, pour le second quart, elle ne sera point réduite. De la sorte, la masse commune aux deux légataires n'est plus que de 4/12 de propriété ; et ces 4/12 doivent suffire à l'imputation de deux legs, l'un de 4/12 de propriété à l'étranger, l'autre de 3/12 de propriété à l'époux.

b. Ces deux legs sont réductibles ; mais il leur manque une mesure commune. α. Va-t-on simplement diviser 1/3 en 7 parties, dont l'étranger prendrait 4, et l'époux 3 ? Cette solution est impossible. Elle consiste

à réduire les deux legs, comme si chacun pouvait porter sur tout le disponible, comme si le disposant avait pu léguer 4/12 à chacun des légataires, en le supposant seul. Or cela n'est point : la donation à l'étranger pouvait seule porter sur tout le disponible, et l'étranger pouvait seul recevoir 4/12 : la donation à l'époux ne pouvait porter que sur les 3/4 du disponible, et l'époux, même légataire unique, n'eût pu recevoir que 3/12. On fait donc profiter l'époux d'un disponible qui n'est pas fait pour lui ; on se range au système Benech, d'après lequel l'époux peut toujours recevoir autant qu'un étranger, système dont nous avons démontré la fausseté. *β*. Pour arriver à une solution satisfaisante, il faut, par fiction, scinder en deux parties cette masse de 4/12, qui forme le disponible de 913 ; car elle n'est point commune dans toutes ses parties, mais seulement pour 3/12, somme que chacun des légataires pourrait recevoir, s'il n'avait point à subir le concours de l'autre. Donc 1/12, qui forme l'excédant de ce que l'étranger pouvait recevoir, sur ce qui pouvait être attribué à l'époux, qui constitue un petit crédit exclusivement attribué à l'étranger, sera distrait par ce dernier, qui, sur ce 12e, n'aura point à subir le concours de l'époux, pas plus que l'époux n'avait à subir celui de l'étranger sur le crédit spécial d'usufruit. Ce 12e, l'étranger le touche intégralement sans être réduit, ce qui fait descendre son legs à 3/12. Alors l'époux et l'étranger, légataires à eux deux de 6/12, et chacun de 3/12, se trouvent en présence de 3/12, masse vraiment commune, affectée tout entière et dans chacune de ses parties au payement de chacun d'eux. Chaque legs sera donc réduit de moitié, et chacun recevra 1/12

et demi, ou 3/24. En somme, l'époux a reçu 3/12 d'usufruit et 1/12 et demi de propriété, et l'étranger a reçu 2/12 et demi de propriété. Ce procédé consiste simplement à reconnaître que l'étranger se trouve, relativement à l'excédant du disponible de 913 sur le disponible de 1098, ou sur l'élément de propriété du disponible de 1094, dans la même situation que l'époux, relativement au crédit spécial ; en ce sens que l'étranger prélève cet excédant, comme de son côté l'époux prélève le crédit spécial. L'excédant n'est pas plus disponible à l'égard de l'époux, que le crédit spécial n'est disponible à l'égard de l'étranger.

2. Le disponible de 913, au lieu d'être d'1/3, est d'1/2.

La solution précédente s'appliquera ; car il n'existe entre les deux hypothèses qu'une différence de degré, et non pas de principe. Supposons que l'époux *de cujus*, laissant un enfant, a légué à l'étranger tout le disponible de 913, ou 1/2 en propriété, et à l'époux, le *maximum* du disponible de 1094, ou 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit. Il y a certainement excès. On réduira par le procédé suivant : l'époux prélèvera d'abord le crédit spécial, ou 1/4 d'usufruit, en y imputant la partie de sa donation qui est de nature à s'y imputer, c'est-à-dire le second quart, le quart d'usufruit. Son legs n'est donc plus que d'1/4 de propriété. L'étranger prélèvera de son côté l'excédant du disponible ordinaire sur l'élément de propriété du disponible de 1094, soit 1/4 en propriété, en y imputant la partie de sa donation qui est de nature à s'y imputer, soit 1/4 en propriété. La masse vraiment commune, affectée au payement de deux legs, dont chacun est d'1/4 de

propriété, n'est donc aussi que d'1/4. C'est dire que chaque legs sera réduit de moitié. En somme l'époux aura reçu 3/12 d'usufruit, plus 1/12 et demi de propriété, et l'étranger, 4/12 et demi de propriété. C'est ainsi qu'à l'aide de prélèvements successifs, on trouve aux deux libéralités une commune mesure, qui n'est autre que le plus petit disponible, c'est-à-dire le disponible de 1098, ou l'élément de propriété du disponible de 1094.

II. Le disponible ordinaire est égal à l'élément de propriété du disponible de 1094, ou au disponible de 1098. C'est ce qui a lieu, quand l'époux *de cujus* laisse des ascendants, ou quand il laisse des descendants, pourvu qu'il en laisse au moins trois.

1. Il laisse des ascendants.

A. Il y en a dans les deux lignes. Le disponible ordinaire est d'1/2 en propriété, et l'élément de propriété que contient le disponible de 1094 est également d'1/2 de propriété ; le crédit spécial est d'1/2 d'usufruit. Nous supposons que chacun a reçu le *maximum* de ce qu'il pourrait recueillir, s'il n'avait point à subir le concours de l'autre ; l'étranger a donc reçu 1/2 de propriété, et l'époux 1/2 de propriété, plus 1/2 d'usufruit. L'époux prélève d'abord le crédit spécial d'1/2 d'usufruit, sur lequel la moitié d'usufruit que contient son legs est de nature à s'imputer. Puis les deux concurrents, légataires chacun d'1/2 de propriété, restent en face du disponible ordinaire, qui forme la masse commune, affectée au payement des deux legs. Chacun sera réduit de moitié ; et prendra 1/4. On voit que les choses sont fort simplifiées, quand le disponible ordinaire est égal à l'élément de propriété du disponible

de 1094. Il ne s'opère plus qu'un seul prélèvement, celui du crédit spécial par l'époux ; et il n'y a plus aucun prélèvement effectué par l'étranger, de l'excédant du disponible ordinaire sur l'élément de propriété du disponible entre époux. En somme, l'époux, dans ses rapports avec l'étranger, est traité comme un étranger complet, non plus comme une fraction d'étranger. Et l'existence du crédit spécial ne pourra donner lieu à aucun conflit, puisque l'étranger ne peut jamais y imputer la donation à lui faite, ni profiter de son existence.

B. Les décisions seront les mêmes, avec quelques différences dans les chiffres, si l'on ne suppose d'ascendants que dans une ligne.

2. L'époux *de cujus* laisse des descendants, au nombre d'au moins trois. Le disponible ordinaire est d'1/4 de propriété, comme l'élément de propriété du disponible de 1094. Rien n'est plus simple, et toutes les décisions précédentes s'appliquent sans difficulté.

§ 2. — Du conflit du disponible ordinaire avec le disponible de 1098.

Ce conflit se réglera avec la plus grande facilité.

Comme le disponible de 1098 ne contient pas de crédit spécial, il n'y aura jamais lieu pour l'époux à le prélever, et une notable complication sera de la sorte évitée. L'étranger aura simplement à prélever l'excédant du disponible ordinaire sur le disponible de 1098, quand cet excédant existera.

I. Le disponible ordinaire est supérieur à celui de 1098.

1. Il est d'1/3. C'est l'époux qui a ici la situation défavorable. Il représente 3/4 d'étranger; l'étranger qui concourt avec lui, est traité comme s'il concourait avec un étranger n'ayant droit qu'à 3/12. Si donc nous supposons deux legs, l'un d'1/3 à l'étranger, l'autre d'1/4 à l'époux, l'étranger prélèvera, sur les 4/12 qui forment le disponible de 913, 1/12, ou l'écart entre les deux disponibles; et il imputera sur ce 12e une partie de sa donation, proportionnelle à la valeur qu'a cette fraction du disponible ordinaire relativement à tout le disponible ordinaire, c'est-à-dire 1/12. Puis les deux concurrents, légataires chacun de 3/12, restent en face du disponible mutilé de 913, réduit à 3/12, et qui n'est autre que le disponible de 1098. Chacun sera réduit de moitié, et recevra 1/12 et demi.

2. La décision sera identique, si le disponible de 913 est d'1/2, sauf que l'époux sera ici traité comme une moitié d'étranger, l'étranger qui concourt avec lui étant censé concourir avec un étranger n'ayant droit qu'à 1/4. L'étranger prélèvera comme tout à l'heure l'excédant du disponible ordinaire sur le disponible de 1098. On voit qu'il n'est rien de plus simple, en ces deux cas, que de trouver aux deux legs une commune mesure. Un seul prélèvement, opéré par l'étranger, suffit à cet effet.

II. Cette légère difficulté ne se présente même pas, quand le disponible ordinaire est égal au disponible de 1098, c'est-à-dire quand l'époux *de cujus* laissé trois enfants ou plus. Les deux legs ont en effet une commune mesure, puisque les deux disponibles sont égaux, et l'on applique purement et simplement 926. Il est évident qu'aucun cumul n'est ici possible, le crédit

spécial faisant défaut; et qu'aucun prélévement ne sera effectué d'aucune part.

Remarque. Nous avons vu que c'est à l'aide d'un ou de deux prélèvements que l'on arrive à déterminer la masse et la mesure vraiment communes aux deux libéralités.

A. Il importe de savoir au juste comment ces prélèvements s'opéreront.

a. Dans une première méthode, on pourrait se contenter de diminuer la donation d'une somme égale au crédit spécial, quand elle est faite à l'époux, ou d'une somme égale à l'écart entre les deux disponibles, quand elle est faite à l'étranger; puis on imputerait sur le petit disponible de propriété la donation ainsi réduite.

b. Ce procédé serait vicieux. Le suivant est au contraire irréprochable : on calcule quelle est la valeur du crédit spécial, comparée à celle de l'usufruit que contient tout le disponible de 1094, et quelle est la valeur de l'écart entre les deux disponibles, comparée à celle du disponible ordinaire, quand ce disponible est le plus fort. Quand on aura trouvé ce rapport, on imputera sur le crédit spécial une portion de la donation d'usufruit faite à l'époux telle, que le rapport de cette portion avec la donation totale soit le même, que le rapport du crédit spécial avec tout ce que le disponible de 1094 contient d'usufruit; on imputera également sur l'écart entre les deux disponibles une portion de la donation à l'étranger telle, que le rapport de cette portion avec la donation totale soit le même que le rapport de l'écart avec le disponible le plus élevé. Ainsi, le crédit spécial contient juste la moitié de l'usufruit que contient tout le disponible de 1094; quand

donc il y aura lieu de prélever le crédit spécial, on y imputera la moitié de l'usufruit que comprend la donation à l'époux. De même, si l'excédant du grand disponible sur le petit représente une moitié du grand disponible, c'est-à-dire si le petit est la moitié du grand, on imputera sur l'écart prélevé par l'étranger, la moitié de la donation faite à l'étranger.

B. On va voir par un exemple que ces deux procédés d'imputation conduisent à des résultats différents. Ils n'aboutissent à un résultat identique que quand l'époux a reçu précisément tout le disponible de 1094, et l'étranger tout le disponible de 913, ce que nous avons toujours supposé jusqu'ici, pour ne point compliquer les hypothèses ; mais cet équilibre se rompt, si l'on suppose que la donation à l'époux dépasse le disponible de 1094, et celle à l'étranger celui de 913.

a. Supposons d'abord que l'étranger a reçu tout le disponible de 913, par hypothèse 1/3, et l'époux tout le disponible de 1094, c'est-à-dire 1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit. Les prélèvements s'opéreront sans réduction : l'époux prélèvera le crédit spécial, qui est précisément égal au second quart d'usufruit que contient sa donation, et il imputera ce quart sur ce crédit; quant à l'étranger, il prélèvera l'écart entre les deux disponibles, ou 1/12, en y imputant 1/4 de sa donation, qui est de 4/12, c'est-à-dire 1/12. En somme, les quantités prélevées sont égales aux quantités imputées; car ce qui doit s'imputer sur le crédit spécial ou sur l'écart est précisément égal au crédit spécial ou à l'écart.

b. Supposons maintenant que chacun a reçu un legs

que, fût-il seul, il ne pourrait recueillir; par exemple, l'étranger a reçu 1/2 en propriété, quand le disponible de 913 n'est que d'1/3, et l'époux a reçu l'usufruit de tout le patrimoine, quand, même légataire unique, il n'en pourrait recevoir que la moitié. Nous supposons un patrimoine de 100; le disponible de 913 est de 33.33 de propriété; celui de 1094 est de 50 d'usufruit. Les deux legs sont de 50 de propriété à l'étranger, et de 100 d'usufruit à l'époux.

α. Dans la première méthode, on déduit de la donation à l'époux une somme égale au crédit spécial prélevé par lui, soit 1/4 ou 25 d'usufruit, ce qui réduit à 3/4 ou 75 d'usufruit le legs fait à l'époux. On déduit également de la donation à l'étranger une somme égale à l'écart prélevé par lui, soit 1/12 ou 8.33, ce qui réduit à 41.66 de propriété le legs fait à l'étranger. Les deux legs sont donc de 75 d'usufruit, et de 41.66 de propriété, ou de 9/12 d'usufruit et 5/12 de propriété. La masse commune, égale au petit disponible de propriété, est 3/12 ou 25 de propriété. L'étranger, légataire unique de nue propriété, prend les 25 de nue propriété que contient la masse; il est donc réduit de 2/12 ou de 16.66 quant à la nue propriété; restent 3/12 ou 25 d'usufruit, dont l'époux doit prendre les 9/14 ou 16.02, et l'étranger les 5/14 ou 8.90. En somme, l'étranger a 33.33 de nue propriété, et 8.90 d'usufruit, tandis que l'époux a 41.02 d'usufruit.

β. Les résultats seront tout différents avec notre système : le crédit spécial contient juste autant d'usufruit que le crédit ordinaire de 1094; donc on impute sur le crédit spécial la moitié de l'usufruit que contient la donation faite à l'époux, ou 50. L'époux ne reçoit de

ce chef que 25; mais son legs est, par ce premier prélèvement, réduit à 50. De même l'écart entre les deux disponibles est égal à 1/12 du patrimoine ou à 1/4 du disponible de 913, que nous supposons toujours d'1/3 ou 4/12. Donc on impute sur cet écart, non pas seulement une fraction de la donation à l'étranger égale à cet écart, c'est-à-dire 8.33, mais 1/4 de cette donation ou 12.50. L'étranger prend 8.33, et son legs est réduit de 12.50, n'est plus que de 37.50, au lieu de 41.66. Les deux legs qui viennent s'imputer sur 25, le petit disponible de propriété, sont égaux à 50 d'usufruit et 37.50 de propriété. L'étranger commence par prendre les 25 de nue propriété; il reste 25 d'usufruit, pour payer $50 + 37.50 = 87.50$ d'usufruit, Or, 50 est à 37.50 comme 1.33 est à 1, ou comme 4 est à 3. L'époux prend donc les 4/7 de 25, ou 14.30, et l'étranger les 3/7 de 25, ou 10.30. En somme, l'époux prend en tout $25 + 14.30 = 39.30$ d'usufruit, au lieu de 41.02 que lui donnait le premier système, et l'étranger 33.33 de nue propriété, plus 10.30 d'usufruit, au lieu de 8.90 que lui donnait le premier calcul.

Tel est notre système à propos de la théorie du cumul et de la réduction concomitante des libéralités simultanées faites, soit à l'époux, soit à l'étranger. Il nous paraît suffire à tous les besoins, et susceptible de s'appliquer dans toutes les hypothèses.

CHAPITRE DEUXIÈME.

Critique du système précédent.

I. La seule objection vraiment sérieuse que comporte notre théorie est que, par suite de son application, la réserve des enfants, qui, d'après 913, doit être d'1/2 ou des 2/3, quand le disponible ordinaire est d'1/2 ou d'1/3, se trouvera entamée, puisque le crédit spécial pourra venir se cumuler avec le disponible ordinaire, et portera nécessairement sur la réserve. Or, dit-on, 913 est ainsi violé, car la réserve qu'il organise doit, dans tous les cas, et coûte que coûte, rester intacte.

II. C'est précisément la question, et nous prétendons la résoudre en sens contraire. L'objection précitée suppose que 913 forme la règle unique, contient une sorte de principe supérieur devant lequel tous les autres articles se doivent incliner, et fixe pour les donations un *maximum*, qui ne saurait être dépassé par suite d'aucun cumul. Or il n'en est rien : 913 ne forme pas la règle unique ; la preuve en est que, s'il y a des ascendants, l'époux peut donner à son conjoint, d'après 1094, tout le disponible ordinaire de propriété, plus l'usufruit de toute la réserve des ascendants, alors que, d'après 913, cette réserve devrait être absolument intacte. La preuve en est encore que, quand il y a trois descendants ou plus, le disponible de 913 est également dépassé, et la réserve qu'il organise au profit des descendants, diminuée d'une somme égale au crédit spécial. 1094 ne

déroge-t-il pas dans ces deux cas à 913, en décidant que, le crédit spécial d'usufruit venant se cumuler avec le crédit ordinaire de propriété, la réserve sera diminuée, et le disponible de 913 dépassé? Et si, d'après les termes exprès de 1094, il en est ainsi dans tous les cas, quand l'époux *de cujus* laisse des ascendants, s'il en est ainsi dans un cas sur trois, quand cet époux laisse des descendants, pourquoi n'en serait-il pas de même dans les deux autres cas où il laisse des descendants? La réserve des descendants serait-elle plus sacrée que celle des ascendants? Non évidemment, puisque cette réserve des descendants, la loi l'entame dans un cas. Ou la réserve des descendants serait-elle plus inviolable, quand il n'y a qu'un ou deux réservataires, cas où la part de chacun est plus forte, que quand il y en a trois ou plus, cas où la réserve de chacun devient plus maigre? Cela est impossible. Ce qui est vrai, c'est que 913 et 1094 n'ont nullement prévu la question du cumul, que pas un seul article du Code ne soulève cette difficulté; 913 est donc purement relatif au cas où des libéralités ont été faites à des étrangers, tandis que 1094 et 1098 visent exclusivement celui où des donations ont été faites à l'époux. Les choses étant ainsi, et le conflit de ces articles venant à se produire, n'y a-t-il pas lieu de le régler scientifiquement, à l'aide des principes généraux du Code, et en généralisant les décisions partielles qu'il donne? Telle est la question, et du moment qn'on la pose ainsi, la solution n'en est pas douteuse. 1094 fixe le disponible entre époux à tout ou partie du disponible ordinaire, auquel viendra s'adjoindre tout ou partie de la réserve. Tel est bien l'esprit général de la loi. Quand il y a des ascendants,

ce ,disponible comprend tout le disponible ordinaire, plus l'usufruit de la réserve; quand il y a des descendants, il comprend soit tout le disponible ordinaire, soit 3/4, soit 1/2 de ce disponible, plus encore l'usufruit d'une certaine portion de la réserve. N'est-il pas vraisemblable que la loi, évaluant les droits de l'époux à un chiffre absolument fixe, quel que soit le nombre des enfants, ait en même temps institué un certain fonds de réserve qu'il pût toujours recevoir, même après l'épuisement du fonds commun? Telle n'est-elle pas l'idée du législateur, quand il y a trois enfants ou plus? Et d'ailleurs, n'avons-nous pas démontré que l'élément de propriété du disponible de 1094, et le disponible de 1098 sont de même nature que le disponible ordinaire, d'où il suit qu'en cette mesure le cumul est impossible? N'avons-nous pas démontré que ce disponible ordinaire et le crédit spécial d'usufruit sont au contraire de nature différente, d'où il suit qu'en cette mesure le cumul est nécessaire? Et si ces principes sont vrais quand il y a trois enfants ou plus, comment seraient-ils faux, quand il n'y en a qu'un ou deux? La nature du disponible ordinaire et du crédi spécial devient-elle identique, et l'imputation du second sur le premier devient-elle possible, parce que le premier devient plus considérable? Evidemment non, et la question de chiffres ne fait rien à l'affaire. Si donc notre système ne trouve aucun appui dans le texte, trait qui lui est commun avec tous les autres, il n'y trouve aucun obstacle sérieux, puisque la question a complétement échappé au législateur. Il est de plus conforme à l'esprit général du Code. Enfin, il a pour avantage de constituer une théorie, dont les parties se

tiennent, et non pas une décision sur des cas isolés. Ainsi, dans cette donnée, 1094 serait toujours extensif du disponible, mais non pas dans le même sens que M. Benech prête à cette formule. Nous estimons en effet que l'époux ne saurait, sous aucun prétexte, recevoir au-delà du disponible de 1094. Mais nous estimons aussi qu'il pourra toujours, même après épuisement du disponible ordinaire, recevoir 1/4 d'usufruit pris sur un crédit spécial affecté à son usage exclusif, et toujours disponible en sa faveur. C'est en ce sens que 1094 nous paraît toujours extensif du disponible de 913.

CHAPITRE TROISIÈME

Exposition critique des solutions diverses données par la jurisprudence et les auteurs.

SECTION I. — *Des principes admis par la jurisprudence et la doctrine.*

De système d'ensemble, à vrai dire, il n'en est pas question. On a toutefois formulé quelques règles, dont plusieurs sont très-contestées, et que l'on prétend suffire à la solution de toutes les hypothèses. Ces règles sont les suivantes :

§ 1. L'étranger ou l'époux ne peut jamais, par suite du cumul, recevoir plus que 913 n'assigne au

premier, et que 1094 et 1098 n'assignent au second. Ce principe évident forme le quatrième de ceux que nous avons admis.

§ 2. L'enfant ou l'étranger ne doit jamais profiter du crédit spécial. Nous avons aussi admis cette règle, non pas en ce sens que l'étranger, concourant avec l'époux, sera toujours censé concourir avec un étranger ayant droit comme lui au disponible ordinaire, ce qui serait adopter le système Benech; mais en ce sens que l'étranger ne pourra jamais imputer sa donation sur le crédit spécial, ni profiter de ce que ce crédit existe, et que les droits de l'époux, dans ses rapports avec l'étranger, seront toujours réglés comme ceux d'un étranger ayant droit à un disponible de propriété fixé une fois pour toutes à 1/4. Cette règle est vivement contestée.

§ 3. De quelque manière que les deux disponibles se combinent, le plus fort des deux peut toujours être atteint, mais jamais dépassé. Cette règle est fausse, avec l'interprétation qu'on lui donne; car on l'entend en ce sens, que si le disponible ordinaire est d'1/3 ou d'1/2, il ne pourra jamais être dépassé ni se cumuler avec le crédit spécial. Cette règle méconnaît donc l'unité de nature qui nécessite l'imputation du crédit ordinaire sur le disponible ordinaire, et la diversité de nature, qui nécessite le cumul du crédit spécial avec le disponible ordinaire. Elle est d'ailleurs fort combattue : on conteste avec raison que le disponible le plus fort puisse être atteint, quand ce disponible est le disponible entre époux, et que la donation à l'époux a précédé celle faite à l'étranger, parce qu'alors l'étranger profiterait du crédit spécial, ce qui est con-

traire à la règle précédente ; si cette critique est exacte, il en résulte que la seconde règle modifie la troisième dans sa première branche. On conteste encore, et à bon droit, que le disponible le plus fort ne puisse jamais être dépassé ; M. Demolombe prouve qu'il est des cas où le disponible spécial peut se cumuler avec le disponible ordinaire, mais il ne généralise point cette solution, et il ne voit pas que, si le principe d'où il la tire est vrai, il se doit appliquer dans tous les cas.

§ 4. Enfin Marcadé, seul parmi les auteurs, mentionne ce principe, que toute disposition faite au profit de l'époux se doit imputer en première ligne sur le crédit ordinaire, et en seconde ligne seulement sur le crédit spécial ; et encore néglige-t-il de donner à cette règle toute la généralité qu'elle comporte. Ce principe essentiel est méconnu par tous les auteurs, et cette méconnaissance est la cause d'erreurs sans nombre.

Ces principes, épars dans les auteurs et les arrêts, dont le premier est vide, le second mal entendu, le troisième faux, et le quatrième méconnu, ne fournissent point le squelette d'une théorie juridique. On s'en apercevra, du reste, en interrogeant la jurisprudence et la doctrine sur les principales questions que nous avons résolues. (M. Demolombe, nos 509-547 ; Marcadé, art. 1100, II, nos 362-375.)

SECTION II. — *De l'application de ces principes à la théorie du cumul.*

§ 1. Le disponible ordinaire est plus élevé que l'élément de propriété du disponible de 1094.

I. Le disponible ordinaire est d'1/2, parce qu'il n'y a qu'un enfant réservataire.

1. On admet qu'en ce cas, pourvu que ni l'étranger ni l'époux ne reçoivent au-delà du disponible assigné à chacun d'eux, toutes les donations seront valables, dans quelque ordre qu'elles interviennent. C'est ainsi, dit-on, qu'une donation d'1/4 en propriété plus 1/4 en usufruit ayant été faite à l'époux, une donation d'1/4 en nue propriété pourra être faite à l'étranger, et réciproquement, si cette seconde donation est intervenue la première. C'est ainsi encore, qu'une donation d'1/2 d'usufruit ayant été faite irrévocablement à l'époux, une donation d'1/2 en nue propriété pourra être faite à l'étranger, et réciproquement, en intervertissant l'ordre des dates. Ces décisions sont exactes. Mais on se trompe, quand on soutient que l'ordre des donations est toujours indifférent, quel qu'en soit le chiffre; nous savons en effet que cette question de dates exerce une influence considérable sur le mode d'imputation, et par conséquent sur le chiffre du disponible. On se trompe encore quand on soutient que le crédit spécial ne peut jamais s'ajouter au disponible ordinaire, lorsque ce dernier est le plus fort, ce qui revient à dire qu'il s'y impute. On se trompe enfin quand, par application de ce principe faux, on décide que, quand l'étranger a reçu 1/2 en propriété, l'époux ne peut plus rien recevoir; que, quand il a reçu 1/4 en propriété, l'époux ne peut plus recevoir qu'1/4 en propriété, etc. Ces solutions nous paraissent inexactes, comme toutes celles qui seraient conçues dans le même esprit.

2. Quelques difficultés se sont élevées sur l'hypo-

thèse suivante : un époux donne à sa femme par contrat de mariage 1/2 en propriété. Puis il lui naît un fils, de sorte que la donation faite à la femme excède 1094, et devient réductible d'1/4 en nue propriété. Enfin l'époux donne à un étranger 1/4 en nue propriété. Il est certain que cette donation est valable; nous admettrions même la validité d'une donation d'1/4 en pleine propriété, puisque la donation à l'époux a dû s'imputer pour le second quart sur le crédit spécial.

A. Toutefois M. Troplong a soutenu (t. IV, n^os^ 2585-2589), que le donateur, faisant cette donation d'1/4 en nue propriété, a voulu précisément attribuer à l'étranger le quart de nue propriété dont il savait que son conjoint était réduit, et que ce dernier avait entre les mains. Cet étranger n'aurait donc pas besoin pour obtenir son legs, de s'adresser à l'enfant réservataire, qui le payerait sur les biens exstants, et agirait ensuite en réduction contre l'époux; mais il pourrait actionner personnellement et directement l'époux, pour obtenir de lui son quart de nue propriété sur les biens que cet époux a entre les mains, et pour lesquels le disposant l'a mentalement réduit.

B. Cette prétention est inadmissible : le légataire étranger ne pourra faire qu'une chose, actionner l'enfant réservataire en payement de son legs; car 921 refuse l'action en réduction aux donataires et légataires, pour ne l'accorder qu'aux réservataires. a: Il est vrai que les biens exstants sont juste suffisants pour assurer à l'enfant sa réserve. Mais l'époux a reçu en trop 1/4 de nue propriété, ce qui est précisément égal au montant du legs fait à l'étranger; l'enfant n'a donc qu'à actionner l'époux pour faire rentrer les

biens donnés dans la succession ; de la sorte il conservera sa réserve intacte, et pourra exécuter le legs, en donnant à l'étranger, soit des biens exstants, soit les biens réduits, mais non pas nécessairement ceux-ci. L'étranger n'intente donc point l'action en réduction ; il soutient seulement que la réduction ne doit point atteindre lui, mais l'époux qui a trop reçu. b. Mais, dit-on, le donateur, sachant que la donation par lui faite à l'époux devenait réductible, et que celle à l'étranger ne l'était point, a dû réduire mentalement la donation à l'époux, et attribuer directement à l'étranger l'excédant des biens donnés à l'époux. Cela est faux : d'abord l'époux *de cujus* n'a pas pu savoir si les choses resteraient telles quelles, si la survenance d'autres enfants n'abaisserait point son disponible, de telle sorte que les conditions de validité des deux donations par lui faites ne fussent plus les mêmes. En outre cette réduction mentale ne serait jamais qu'une révocation déguisée de la donation à l'époux; or, une pareille révocation n'est point possible, puisqu'il s'agit d'une donation par contrat de mariage, irrévocable. Il est d'ailleurs absurde de faire émaner une réduction du donateur lui-même, puisque l'action en réduction ne naît qu'après la mort de ce dernier, en la personne de ses héritiers réservataires. c. En vain M. Troplong invoque plusieurs arrêts, les réputant d'autant plus décisifs, qu'ils sont rendus contre l'enfant. C'est précisément cette circonstance qui fait qu'ils sont rendus en notre sens ; puisqu'ils reconnaissent à l'étranger le droit d'actionner en payement du legs l'enfant et non l'époux.

II. Les auteurs ne parlent pas du cas où le dispo-

nible ordinaire serait d' 1/3. Ce qui précède permet toutefois d'apprécier quelles seraient leurs solutions, s'ils avaient prévu le cas. Ils décideraient évidemment que toutes les donations seraient valables, quel que fût leur ordre, pourvu que leur somme ne dépassât pas 1/3, et que chaque donataire n'eût pas reçu plus qu'il ne pourrait recevoir, s'il n'avait point à subir le concours de l'autre.

§ 2. Le disponible ordinaire est égal à l'élément de propriété du disponible de 1094. La doctrine distingue ici, selon que la donation faite à l'étranger a précédé celle à l'époux, est intervenue en même temps qu'elle, ou l'a suivie.

I. La donation à l'étranger est intervenue la première. On reconnaît généralement que, si l'étranger a d'abord reçu le disponible ordinaire entier, l'époux peut ensuite recevoir le crédit spécial. Car, dit-on, le plus fort des deux disponibles, qui est le disponible entre époux, n'est pas dépassé ; aucun donataire n'a reçu plus qu'il ne pourrait recevoir, s'il était seul ; enfin l'étranger ne profite nullement du crédit spécial. Cette solution ne peut susciter l'ombre d'un doute ; elle résulte nécessairement des termes de 1094. Nous observons que la règle d'après laquelle le plus fort des deux disponibles ne peut être dépassé, fausse tout à l'heure, quand le disponible ordinaire était supérieur à l'élément de propriété du disponible de 1094, devient ici vraie, parce que ce disponible et cet élément sont égaux, s'imputent l'un sur l'autre, et coïncident exactement.

1. Ces solutions si simples ont cependant rencontré des contradicteurs.

A. Les deux éléments du disponible de 1094, le crédit ordinaire et le crédit spécial, sont entre eux, dit-on, dans le même rapport que le principal et l'accessoire. Il en résulte que le crédit spécial ne peut être attribué à l'époux, que si le crédit ordinaire lui a été d'abord, ou lui est simultanément attribué ; or ce n'est point le cas, puisque le disponible de propriété a été donné à un étranger ; d'où il suit que la donation à l'époux, ne pouvant porter que sur le crédit spécial, est nulle. En effet, le crédit spécial a été mis à la disposition du *de cujus*, pour qu'en certains cas, dans le nôtre notamment, il pût traiter l'époux avec plus de faveur qu'un étranger ; la loi suppose donc que l'époux a reçu le disponible ordinaire, plus le crédit spécial, appendice et complément de l'autre. Or l'époux n'a pas pris sur le disponible ordinaire pour donner à son conjoint ; il le pouvait cependant ; il a donc montré que le crédit spécial était inutile ; puisqu'il n'a pas usé du nécessaire, on ne doit pas lui concéder le superflu ; il a montré que le crédit ordinaire n'était pas insuffisant, puisqu'il ne l'a point employé à faire des donations à l'époux.

B. Ce résultat n'est d'ailleurs pas moins irréprochable en fait qu'en droit. En effet, combien peu favorable est l'époux, qui donne d'abord à un étranger tout le disponible ordinaire, et prend ensuite tout ou partie de l'usufruit de la réserve pour l'attribuer à son époux, et réduire ainsi ses ascendants à une part dérisoire, et ses enfants à une part minime ! (Troplong, t. IV, n 2593.)

2. Nous n'acceptons pas ce système.

A. Il est exact que l'élément de propriété de 1094

constitue un crédit ordinaire, dont on doit user en première ligne, et que l'élément d'usufruit constitue un crédit spécial, auquel on ne doit recourir qu'après l'épuisement du crédit ordinaire. Ce qui en résulte, c'est que toute donation à l'époux s'impute d'abord sur le crédit ordinaire, et que l'imputation n'a lieu sur le crédit spécial, que si elle est impossible sur le crédit ordinaire. Or c'est bien le cas : le crédit ordinaire est épuisé par des donations faites à l'étranger, ce qui est très-licite, puisque le disponible ordinaire peut être attribué pour le tout à l'époux ou à l'étranger, quand il est égal à l'élément de propriété du disponible de 1094, et pour partie seulement à l'époux, quand il lui est supérieur. Il est d'ailleurs élémentaire qu'on peut n'user qu'en partie d'un disponible organisé, et que qui peut le plus peut le moins ; il est déraisonnable que l'on soit forcé de donner tout ou rien. Tel est le sens qu'il convient d'attacher à la division du disponible de 1094 en crédit ordinaire et crédit spécial.

B. L'objection tirée du fait ne vaut d'ailleurs pas mieux que celle tirée du droit : en effet, souvent l'époux n'aura pas été coupable de ne pas prendre sur le disponible ordinaire pour donner à son conjoint : tel est le cas où ce disponible aura été épuisé par des donations faites à l'étranger antérieurement au mariage. L'objection ne porte pas en ce cas, qui est le plus fréquent, puisque l'époux fait presque toujours à son conjoint une donation par contrat de mariage, et que la donation à l'étranger est, par hypothèse, la première en date. L'objection ne porte donc que sur le cas le plus rare, celui où les deux donations ont eu lieu pendant le mariage ; et comme une distinction est

impossible dans le silence du Code, l'argument s'évanouit tout entier.

II. Les deux donations à l'étranger et à l'époux ont été simultanées.

1. Et tout d'abord la Cour de cassation n'admet pas que deux donations puissent être simultanées.

A. En effet, dit-elle, si elles résultent d'un même acte de donation, ou d'un même testament, celle qui est inscrite la première est réputée la première en date ; si elles résultent de deux testaments, celle qui est contenue dans le premier testament est également réputée la première ; de sorte que, si c'est la donation à l'étranger, nous rentrons dans le cas précédent, et si c'est la donation à l'époux, nous tombons dans celui dont il sera parlé tout à l'heure ; d'où il suit que ce second cas est sans application. Ainsi supposons que l'étranger a reçu tout le disponible ordinaire, et l'époux tout le crédit spécial : si la donation à l'étranger est inscrite la première, toutes deux vaudront pour le tout, la donation à l'époux s'imputant sur le crédit spécial, en vertu de l'épuisement du disponible ordinaire, absorbé par l'autre donation ; si au contraire la donation à l'époux est inscrite la première, elle s'imputera d'abord sur le disponible ordinaire, encore libre ; et la donation à l'étranger sera seule réduite, d'une somme précisément égale au crédit spécial, sur lequel elle ne se peut imputer.

B. Ce système doit être rejeté ; il suppose essentiellement que deux donations ne peuvent être simultanées, ce qui est faux. a. Supposons d'abord qu'elles résultent d'un même acte de donation. Peut-on soutenir que la donation inscrite la première est la première

en date? Fera-t-on dépendre une aussi grosse question des hasards de la rédaction? Toutes les parties d'un même acte ne forment-elles pas d'ailleurs un tout, et ne serait-ce pas en briser l'unité que le scinder en petits actes indépendants? C'est en vain qu'on déclare cette solution conforme à l'intention du disposant. Il n'a pas dû si soigneusement peser l'arrangement de ses phrases, que l'ordre de ses dispositions impliquât nécessairement un ordre correspondant dans les dates. D'ailleurs, si on suppose le donateur si réfléchi, il a dû embrasser d'un coup d'œil toutes les parties de l'acte, et savoir en écrivant une donation, qu'il allait écrire l'autre deux lignes plus bas. Il est donc impossible de conclure de la priorité d'inscription à la priorité de date; si les deux donations sont inscrites l'une après l'autre, c'est uniquement qu'on n'a pas pu les inscrire l'une sur l'autre, qu'il a fallu commencer par l'une et finir par l'autre, et que deux phrases ou deux membres de phrase étaient à ce nécessaires. La succession est ici dans les mots, non dans les choses. b. Si deux donations résultant d'un même acte peuvent être simultanées, n'est-il pas évident que deux legs résultant d'un même testament, ou de deux testaments différents, le sont nécessairement, tous les testaments n'ayant jamais qu'une date, celle de la mort du testateur? On ne comprend pas que la Cour de cassation ait contesté cet axiome. Ce système est donc faux, puisqu'il suppose essentiellement qu'il n'existe point de libéralités simultanées. (9 nov. 1846, Lebraly, Dev., 1846, I, 801.)

2. En dehors du système de la Cour, il en existe deux autres : celui qu'a proposé M. Delangle, et celui

qu'admettent presque tous les auteurs. Ils offrent ce trait commun de reconnaître que les libéralités peuvent être simultanées :

A. M. Delangle soutient que la donation à l'époux sera réduite à zéro, et que celle à l'étranger s'exécutera seule.

a. Quels sont ses arguments ? α. Il reproduit d'abord un argument déjà réfuté, à savoir que l'époux ne peut recevoir le crédit spécial qu'à condition de recevoir en même temps le crédit ordinaire; que ce dernier étant attribué à l'étranger, et le principal étant inexistant, l'époux ne peut avoir droit à l'accessoire, β. Il ajoute qu'il est choquant de voir un époux, par un seul et même acte, et pendant le mariage, attribuer à l'étranger tout le disponible ordinaire, et prendre sur la réserve pour attribuer à son conjoint le crédit spécial, alors qu'il pouvait faire porter sur le disponible ordinaire la portion d'usufruit qu'il voulait donner à son conjoint. Tels sont les deux moyens que ce système produit.

b. Ces moyens ne sont pas concluants. α. Nous avons rejeté le premier. β. Quant au second, il fait appel à des considérations plutôt qu'à des arguments : la question est de savoir si l'époux a eu ou non le droit d'agir comme il a fait, et non si, usant de son droit, il a bien ou mal agi. Ces considérations doivent être écartées, comme uniquement propres à troubler la vision du jurisconsulte. γ. De plus, le système Delangle tombe dans cette contradiction, de déclarer les deux donations simultanées, et de n'en réduire qu'une, ce qui est formellement contraire à 926. δ. Il viole enfin le principe, que toute donation à l'époux s'impute

d'abord sur le crédit ordinaire, quand il n'est pas épuisé, ce qui est précisément notre cas.

B. Le système admis par la généralité des auteurs consiste à déclarer non réductibles et valables pour le tout les deux libéralités simultanées faites à l'étranger et à l'époux, ayant pour objet, la première, le disponible ordinaire, la seconde le crédit spécial.

a On allègue que chacune des trois règles posées comme criterium est respectée : la première, puisqu'aucun des deux donataires ne reçoit plus qu'il ne pourrait recevoir, s'il était seul ; la seconde, puisque le plus fort des deux disponibles n'est pas dépassé ; la troisième enfin, puisque le crédit spécial est attribué à l'époux, sans que l'étranger en profite. En effet, plusieurs des partisans de cette doctrine reconnaissent que, si la donation à l'époux était intervenue la première, elle se devrait imputer sur le disponible ordinaire, de sorte que celle à l'étranger serait réduite, l'étranger ne devant pas profiter du crédit spécial. Mais, dit-on, tel n'est point notre cas : les deux donations sont simultanées ; la donation à l'époux n'est donc pas la première en date ; or cela suffit pour qu'elle s'impute sur le crédit spécial, tandis que celle à l'étranger s'impute sur le crédit ordinaire, le tout sans que l'étranger profite du crédit spécial.

b. Ce système est inadmissible : en imputant sur le crédit spécial une donation faite à l'époux, alors que le disponible ordinaire est encore libre, et pourrait servir à cette imputation, il fait réellement et indûment profiter l'étranger du crédit spécial. Ce n'est pas que ce crédit spécial soit proprement attribué à l'étranger ; mais l'imputation indue de la donation à l'époux sur le

crédit spécial permet à l'étranger d'éviter la réduction, qui l'atteindrait à coup sûr, si l'imputation se faisait dans les règles, c'est-à-dire d'abord sur le crédit ordinaire. C'est dire assez que l'étranger profite de l'existence du crédit spécial. Il est évident d'ailleurs, que la donation à l'époux est de nature à s'imputer sur le crédit ordinaire. En effet, nous la supposons égale au crédit spécial; ce n'est pas à dire pour cela qu'elle se doive prendre sur lui; car le crédit ordinaire contient juste autant d'usufruit que le crédit spécial, d'où il suit que cette donation est de nature à s'imputer en première ligne sur le crédit ordinaire; elle ne serait imputable sur le crédit spécial, que si le crédit ordinaire était absorbé par une donation déjà faite à l'étranger, ou si elle contenait plus d'usufruit que n'en contient le crédit ordinaire. Mais tel n'est point notre cas.

C. En somme, notre avis est que les donations, étant simultanées, sont toutes deux réductibles.

a. Toutes deux sont en effet de nature à s'imputer sur le disponible ordinaire, celle à l'étranger, puisqu'elle ne peut jamais s'imputer sur un autre, celle à l'époux, puisque le disponible ordinaire est encore libre. Ainsi, au lieu de dire que les donations seront toutes deux valables, pourvu que la donation à l'époux ne soit pas intervenue la première, nous dirons qu'elles ne seront toutes deux valables, que si la donation à l'étranger est intervenue la première, d'où il suit que, si elles sont simultanées, elles seront toutes deux réductibles au marc le franc, d'après 926. On voit que la prétendue règle d'après laquelle le disponible le plus fort peut toujours être atteint, mais jamais dépassé, se trouve ici fausse ; car nous sommes dans un cas où ce

disponible ne peut être atteint, parce que, s'il pouvait l'être, les règles de l'imputation seraient violées, et l'étranger profiterait du crédit spécial.

b. Cette solution est, il est vrai, défavorable à l'époux, qui, de la sorte, sera réduit, tandis qu'il ne le serait point, si sa donation s'imputait sur le crédit spécial. Mais qu'est-ce à dire, sinon que son intérêt n'est pas pour lui la source d'un droit? Il est d'ailleurs un moyen de faire que ses intérêts soient pleinement sauvegardés : par le concours des deux donataires sur le disponible ordinaire, tous deux seront réduits ; mais l'étranger le sera d'une manière absolue et définitive ; l'époux au contraire ne le sera que par fiction et provisoirement, car la quotité dont on le réduit lui sera parfaite par un emprunt sur le crédit spécial, qui pourra alors être entamé, le disponible ordinaire étant épuisé. De la sorte, la règle de l'imputation primaire sur le disponible ordinaire sera maintenue, et l'étranger ne profitera point du crédit spécial, puisque l'époux lui aura causé le même dommage que lui eût causé un étranger ; et d'autre part, l'époux jouira de la faveur que mérite son titre, sa donation étant devenue susceptible de s'imputer sur le crédit spécial. Cette solution nous paraît concilier tous les principes.

III. La donation à l'époux, irrévocable, a précédé la donation à l'étranger.

1. Exposition de quatre systèmes différents.

A. Aucun des deux donataires n'a reçu plus qu'il ne pourrait recevoir, s'il était seul, et la somme des deux donations n'excède pas le disponible le plus fort, qui est le disponible entre époux. Les deux hypothèses sur lesquelles on raisonne toujours, et à propos des-

quelles se sont produits les différents systèmes, sont les suivantes : 1° L'époux a reçu d'abord 1/2 en usufruit, puis l'étranger 1/4 en nue propriété. 2° L'époux a reçu d'abord 1/4 en pleine propriété, puis l'étranger 1/4 en usufruit. On suppose que le disponible ordinaire est d'1/4 de propriété, et que celui de 1094 est d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit. Conformément à nos principes, nous appliquerons à ces deux hypothèses un traitement différent. C'est ainsi qu'au premier cas, les deux donations seront valables. Car la donation à l'époux s'impute pour le premier quart d'usufruit sur le disponible ordinaire, et pour le second, sur le crédit spécial, le disponible ordinaire étant épuisé quant à l'usufruit; d'où il suit que la donation à l'étranger vaudra, le disponible ordinaire contenant encore 1/4 de nue propriété. Quant au second cas, la donation d'1/4 de propriété à l'époux vaut; mais elle s'impute sur le disponible ordinaire, qu'elle absorbe; car elle ne saurait s'imputer, même pour l'usufruit, sur le crédit spécial, le disponible ordinaire étant encore libre, et ce procédé aurait en outre le vice de faire profiter l'étranger du crédit spécial. La donation faite plus tard à l'étranger, ne pouvant porter ni sur le disponible ordinaire, ni sur le crédit spécial, sera donc réductible à zéro. Ces solutions sont données par Marcadé, qui, seul entre les auteurs, nous paraît avoir aperçu les véritables principes de la matière, mais n'a pas osé leur donner le développement qu'ils comportent.

B. MM. Aubry et Rau (t. V, p. 615, 617), estiment que, dans les deux cas, les deux donations sont valables. Ils arrivent donc au même résultat que nous sur

le premier cas, et à un résultat opposé sur le second.

a. Mais leurs principes sont la négation même des nôtres.

α. Ces auteurs tiennent pour certain, que quand la somme des libéralités ne dépasse pas le plus fort des deux disponibles, et qu'aucun des deux donataires n'a reçu plus qu'il ne pourrait recevoir, s'il était seul, il n'y a jamais lieu à réduction. Ils nient que 1094 contienne un élément d'usufruit non susceptible d'être imputé sur le disponible ordinaire; ils nient également que toute donation à l'époux se doive imputer d'abord sur le disponible ordinaire; ils nient enfin que ce que nous appelons *crédit spécial* soit propre à l'époux, et ne puisse être attribué à l'étranger.

β. Nous croyons avoir établi assez solidement nos principes, pour n'avoir point à y revenir. Nous ferons simplement remarquer que ce système en viole trois sur quatre. αα. En outre, il est choquant pour le simple bon sens de voir l'étranger prendre tout ou partie de la réserve. Ce résultat n'est pas moins contraire à 1094, qui donne à l'époux seul ce droit exorbitant, qu'à 913, qui ne le donne point à l'étranger. ββ. On allègue en vain que quand l'époux reçoit 1/4 de propriété, il prend 1/4 de nue propriété sur le disponible de 913, et 1/4 d'usufruit sur le crédit spécial, ce qui laisse 1/4 d'usufruit libre sur le disponible ordinaire. Cette scission arbitraire de la libéralité, et cette double imputation ne se soutiennent point; elles sont d'ailleurs contraires au principe de l'imputation primaire sur le disponible ordinaire. γγ. Du reste, un des adhérents de cette doctrine, M. C. de Santerre (t. IV, n° 281 *bis* V), l'a modifiée par un tempérament qui en détruit

l'économie, et en démontre la fausseté. Le savant auteur reconnaît bien que l'étranger recevra son quart d'usufruit; seulement il ajoute que cet usufruit ne reposera point sur sa tête, mais sur celle de l'époux, parce qu'autrement les enfants réservataires risqueraient d'éprouver un dommage plus grave que la loi n'a voulu le leur infliger, cet usufruit pouvant être établi sur la tête d'un enfant ou d'un étranger plus jeune que l'époux survivant. Or, si les réservataires ne peuvent souffrir un préjudice plus grave que celui qui serait le leur, si l'usufruit reposait sur la tête de l'époux, qu'est-ce à dire, sinon que ce crédit spécial d'usufruit n'a été institué que pour l'époux, ne peut point profiter à l'étranger, et que l'usufruit ne peut reposer que sur la tête de l'époux? Si l'on admet au contraire que le crédit spécial peut profiter à l'étranger, il faut bien admettre que l'usufruit peut reposer sur la tête de cet étranger, et alors le but de la loi n'est pas atteint. En effet, la loi, qui a permis d'attribuer l'usufruit à l'époux, a compté que l'amertume des rapports d'usufruitier à nu-propriétaire serait tempérée par la parenté et l'affection qui unissent l'époux et les réservataires, ascendants ou descendants; qu'en outre, la constitution de l'usufruit sur la tête et au profit de l'époux supprimerait ou allégerait l'obligation alimentaire, dont sont tenus les descendants réservataires envers l'époux. Qui ne voit que l'économie de ces résultats est détruite, si l'usufruit peut être constitué sur la tête et au profit d'un étranger?

b. MM. Aubry et Rau reprochent ensuite à notre système de conduire à des conséquences choquantes et inconciliables avec l'esprit de 1094. C'est ce q'uils

entreprennent de démontrer en raisonnant sur les deux hypothèses qui suivent :

α. Ils nous objectent d'abord que si un époux, ayant trois enfants, a, par un même testament, légué à son conjoint 1/4 en propriété, et à un étranger 1/4 en usufruit, ces deux legs seront réduits, alors que chacun d'eux est inférieur à ce qu'aurait pu recevoir le titulaire, s'il eût été seul, et que leur somme ne dépasse pas le disponible le plus fort. Ce résultat, qui paraît étrange à nos contradicteurs, nous paraît au contraire très-naturel, et seul exact. Nous l'avons justifié ; nous n'avons pas à y revenir. Il nous est d'ailleurs impossible d'apercevoir quel argument fournit cet exemple, tiré du cas où les donations sont simultanées. Si nos solutions prêtent à la critique, il semble que c'est plutôt sous le cas actuel, quand la donation d'1/4 de propriété à l'époux a précédé la donation à l'étranger, qu'au cas où les donations sont simultanées ; car, au cas actuel, nous déclarons définitivement réductible à zéro la donation à l'étranger, tandis que tout à l'heure nous réduisions les deux legs au marc le franc, conformément à 926, et encore cette réduction n'était-elle que fictive pour le legs à l'époux.

β MM. Aubry et Rau passent à une hypothèse tirée du cas où la donation à l'étranger est intervenue la première ; sur ce cas, nous sommes d'accord avec eux, et leurs critiques passent sur notre tête, pour aller toucher M. Demolombe. Un époux, ayant trois enfants, a donné 1/4 en usufruit à un étranger, puis 1/4 en propriété à son conjoint.

αα. Ces deux donations nous paraissent très-valables toutes deux ; en effet la première s'impute sur le crédit

ordinaire; la seconde s'y impute également pour le quart de nue propriété qu'elle contient, et, comme le crédit ordinaire est alors épuisé, elle s'impute sur le crédit spécial pour le quart d'usufruit qu'elle renferme. Rien n'est plus simple, et tous les principes sont ainsi respectés. Cette scission de la donation, qui est impossible, si l'on suppose que l'époux a reçu d'abord 1/4 en pleine propriété, parce que le disponible ordinaire était libre même quant à l'usufruit, devient possible et nécessaire dans cette hypothèse, où il n'en contient plus.

ββ. M. Demolombe n'admet pas cette solution, parce qu'il exige, pour imputer une donation à l'époux sur le crédit spécial, qu'elle soit faite purement en usufruit, et qu'il impute sur le disponible ordinaire toutes les donations de propriété. Mais est-ce que toute donation de propriété ne contient pas virtuellement une donation d'usufruit? A ne voir que le fond des choses, le disposant ne pouvait-il pas encore donner à l'époux 1/4 de nue propriété pris sur le fonds commun, et 1/4 d'usufruit pris sur le crédit spécial, et n'est-il pas naturel de croire que, donnant 1/4 de propriété, il a entendu faire une donation valable, c'est-à-dire user de tout son disponible? Ne pas donner suite à cette intention, ne serait-ce pas exiger l'emploi de termes sacramentels? M. Demolombe objecte que notre solution attribue à l'étranger le crédit spécial et l'usufruit de la réserve. Nous ne le pensons pas. L'étranger ne prend qu'1/4 d'usufruit sur le disponible ordinaire, et rien sur le crédit spécial. Est-ce à dire que, sans le prendre, il en profite? Non, car, si le crédit spécial n'existait pas, il est probable que cette donation n'eût pas été

faite à l'époux, et lui eût-elle été faite, elle eût été inutile quant à l'usufruit, tout l'usufruit du disponible ordinaire étant absorbé par la donation déjà faite à l'étranger. En somme, MM. Aubry et Rau nous reprochent une première conséquence de notre théorie, que nous trouvons très-légitime, et une seconde qui n'en découle point, et dont nous déclinons la responsabilité.

C. La Cour de cassation a pris tout le contre-pied de la doctrine précédente. Nous raisonnons toujours sur les deux mêmes hypothèses : l'époux a reçu d'abord 1/2 d'usufruit, puis l'étranger 1/4 de nue propriété; ou l'époux a reçu d'abord 1/4 de propriété, puis l'étranger 1/4 d'usufruit. MM. Aubry et Rau admettent la pleine validité des deux donations dans les deux cas; la Cour admet que, dans les deux cas, la donation à l'étranger sera inutile. Nous acceptons cette solution sur le second cas; nous la rejetons sur le premier. La Cour est obligée, pour justifier son système, de dénaturer au moins fictivement la donation d'1/2 d'usufruit à l'époux, pour la transformer en donation d'1/4 de pleine propriété, sous le prétexte qu'aux termes de la loi du 22 frimaire an VII, l'usufruit équivaut à la moitié de la propriété. Ce procédé se réfute de lui-même. La Cour allègue vainement que déclarer valables les deux donations sur le premier cas, ce serait faire profiter l'étranger du crédit spécial. Ce résultat ne serait produit que si l'imputation de la donation à l'époux se faisait sur le crédit spécial, alors que le fonds commun contiendrait encore de l'usufruit; or il est clair que, dès qu'on y a imputé la donation à l'époux pour le premier quart, le fonds commun ne contient plus d'usufruit, de sorte que l'imputation sur

le crédit spécial devient légitime et nécessaire. Nous réfuterons plus complétement le système de la Cour, à l'occasion de la critique qu'en a faite M. Demolombe. Cette critique est en effet intimement liée à son système.

D. Si l'on ne raisonne que sur les deux cas déjà connus, M. Demolombe arrive au même résultat que nous; c'est-à-dire qu'au premier cas, il valide les deux donations, et qu'au second, il déclare la donation à l'étranger réductible à zéro. Mais il obtient ces résultats par des raisonnements, dont plusieurs nous paraissent inexacts, et qu'il produit à l'occasion de sa critique du système précédent. Nous ferons donc la critique de cette critique, et changeant les hypothèses, nous verrons que sur bien des cas, M. Demolombe arrive à d'autres résultats que nous.

a. L'illustre auteur remarque d'abord que les conséquences de la doctrine précédente sont désastreuses et injustes.

α. En effet, dit-il, la Cour impute sur le disponible ordinaire la donation à l'époux, alors même qu'elle est faite en usufruit. Or presque toujours la donation à l'époux intervient la première, par contrat de mariage, et consiste en usufruit. Donc avec ce système, qui s'attache à l'ordre chronologique des donations pour en régler la validité, toute donation ultérieure à un étranger devient impossible. Ne vaudrait-il pas mieux négliger l'ordre chronologique des libéralités, et proclamer que les deux donations doivent toujours valoir, quel qu'en soit l'ordre, quand leur somme n'excède pas le disponible le plus fort, quand chacun n'a reçu que ce qu'il pourrait recevoir s'il était seul, et quand

d'ailleurs le crédit spécial est attribué à l'époux?

β. Nous estimons que la solution de la Cour est fausse, mais la critique qu'en fait M. Demolombe nous paraît dangereuse. αα. Les conséquences du système de la Cour peuvent être funestes, et elles sont certainement illégales, dans le cas qu'elle prévoit, quand l'époux a reçu d'abord 1/2 d'usufruit, puis l'étranger 1/4 de nue propriété. Mais elles se produiront aussi, et cette fois avec pleine légalité, si l'on suppose que l'époux a reçu d'abord 1/4 de pleine propriété, puis que l'étranger a reçu n'importe quoi, et M. Demolombe le reconnaît lui-même. La Cour a donc parfaitement raison d'imputer sur le disponible ordinaire la donation à l'époux, même d'usufruit; seulement elle a tort de l'y imputer tout entière, de ne pas l'imputer pour le second quart sur le crédit spécial, et surtout de la transformer en donation de pleine propriété. ββ. M. Demolombe nous paraît également faire erreur quand il soutient que l'ordre chronologique des donations est indifférent, et il reconnaît lui-même le contraire, puisque si l'époux avait reçu d'abord 1/4 de propriété, l'étranger, de l'aveu même de M. Demolombe, ne pourrait plus rien recevoir. Il peut donc y avoir lieu à réduction, bien que le disponible le plus fort ne soit pas dépassé, bien que chacun n'ait pas reçu tout ce qu'il pourrait recevoir, s'il était seul, et bien que le crédit spécial ne soit pas aux mains de l'étranger. Mais, dit M. Demolombe, c'est précisément parce qu'ici le crédit spécial serait aux mains de l'étranger, que sa donation est réduite à zéro. En aucune façon; puisque M. Demolombe n'admet pas que toute donation à l'époux se doive imputer d'abord sur le

disponible ordinaire, rien ne devrait empêcher l'illustre auteur d'imputer la donation d'1/4 de propriété à l'époux pour 1/4 de nue propriété sur le disponible ordinaire, et pour 1/4 d'usufruit sur le crédit spécial, ce qui permettrait de faire valoir la donation à l'étranger, en l'imputant sur le crédit ordinaire. M. Demolombe reconnaît donc que l'ordre des donations n'est pas indifférent. D'ailleurs le principe que toute donation à l'époux doit s'imputer d'abord sur le disponible ordinaire, montre bien que cet ordre est prépondérant. Ainsi telle donation faite à l'étranger, qui pourra valoir si elle intervient la première, parce qu'elle s'imputera sur le disponible ordinaire, sera nulle si elle intervient la seconde, parce que le disponible ordinaire sera épuisé, et que le crédit spécial n'est pas fait pour l'étranger. La question de dates n'est indifférente qu'en un cas, qui est précisément le nôtre; celui où une donation est toute de nue propriété, et l'autre toute d'usufruit, parce qu'alors une collision entre les deux libéralités est impossible, leur objet étant différent, et leur nature leur assignant à chacune une portion différente du disponible. Dans tous les autres cas, l'ordre chronologique est d'importance. Si donc le système de la Cour est faux, c'est en lui-même, et non par ses conséquences, puisque les mêmes conséquences sont, de l'aveu même de M. Demolombe, légalement produites dans d'autres cas. Et si le système de la Cour est faux, ce n'est pas non plus pour s'attacher à l'ordre chronologique, mais pour transformer arbitrairement la nature de la donation à l'époux.

b. En second lieu, M. Demolombe reconnaît avec la

Cour que le crédit spécial ne saurait être attribué à l'étranger ; il la blâme avec raison, quand elle prétend qu'imputer la donation d'1/2 d'usufruit à l'époux pour moitié sur le disponible de 913, et pour moitié sur le crédit spécial, c'est faire profiter l'étranger du crédit spécial.

α. Mais il allègue à cette occasion que l'étranger ne profite du crédit spécial que quand ce crédit spécial lui est attribué. Nous croyons que cela est inexact; l'étranger profite du crédit spécial, non-seulement quand il lui est attribué, mais quand une donation à l'époux, qui se devrait imputer sur le disponible ordinaire, s'impute mal à propos sur le crédit spécial.

β. Et ce qu'il y a d'étrange, c'est que M. Demolombe, admettant bien que l'étranger ne saurait prendre le crédit spécial, nie cependant que l'étranger, qui concourt avec l'époux, doive être traité comme s'il concourait avec un étranger. Nous comprendrions cette assertion, si le disponible ordinaire était supérieur à l'élément de propriété du disponible de 1094, parce qu'alors l'époux ne représente qu'une fraction d'étranger ; mais quand tous deux sont égaux, dire que l'étranger ne profite pas du crédit spécial, n'est-ce pas dire que l'époux joue tout à fait le rôle d'un étranger dans ses rapports avec l'étranger ? M. Demolombe objecte que c'est à la présence de l'époux que le conjoint *de cujus* doit ici d'avoir un disponible plus fort que si le conjoint n'existait pas ; personne ne conteste qu'un supplément de disponible ne soit dû à la présence du conjoint ; la question est de savoir à qui ce supplément peut être attribué. Or nous soutenons que c'est à l'époux seul, que, relativement à l'étranger,

ce supplément est réputé inexistant, que l'étranger ne peut en profiter ; et M. Demolombe, tout en concédant qu'il doit être attribué à l'époux seul, veut que l'étranger puisse en profiter, c'est-à-dire soit mieux traité que s'il concourait avec un étranger. αα. Cette dernière assertion se conçoit difficilement. M. Demolombe entreprend pourtant de la justifier : qu'on suppose, dit-il, que ces deux donations, d'1/2 d'usufruit à l'époux et d'1/4 de nue propriété à l'étranger, soient simultanées ; toutes deux seront valables. Qu'on métamorphose maintenant l'époux en étranger ; il se pourra que les réservataires, usant de leur droit, transforment la donation d'1/2 d'usufruit, en donation d'1/4 de propriété, ce qui fait que les deux donations seront réduites de moitié quant à la nue propriété. Or cette faculté qu'accorde 917 aux réservataires, leur est refusée, quand le légataire d'usufruit est un époux ; doù il suit que l'autre légataire ne sera pas réduit ; il sera donc mieux traité que s'il concourait avec un étranger, ce qui revient à dire qu'il profitera de la présence de l'époux et de l'existence du crédit spécial. ββ. Je réponds d'abord que, si l'époux, au lieu d'être un époux, était un étranger, le *de cujus* n'eût sans doute pas disposé de la sorte, sachant qu'il faisait une disposition excessive. Mais supposons que le disposant n'ait pas obéi à ces scrupules juridiques, et ait nonobstant fait la donation. Il est constant qu'alors les réservataires pourront transformer la donation en donation de pleine propriété, et qu'ainsi l'autre légataire pourra être réduit, quand il ne le serait certainement point, concourant avec l'époux. Mais il n'est pas sûr que les réservataires prennent ce parti de transformer la libé-

ralité d'1/2 d'usufruit ; ils peuvent en effet, si tel est leur bon plaisir, déclarer vouloir l'exécuter, de sorte que la réduction porterait exclusivement sur elle, sans toucher le legs de nue propriété. Or cette simple possibilité suffit pour qu'il soit inexact de dire que l'étranger, concourant avec l'époux, est mieux traité que s'il concourait avec un étranger ; puisqu'il se pourrait faire que, même concourant avec un étranger, il ne fût point réduit, c'est-à-dire qu'il fût traité comme s'il concourait avec l'époux. La critique de M. Demolombe nous paraît donc encore inexacte sur ce second chef.

c. En troisième lieu, l'illustre auteur observe avec beaucoup de justesse qu'il est bien étrange à la Cour de prétendre, qu'en transformant la donation d'usufruit de manière à la faire porter sur le disponible ordinaire, elle se conforme à l'intention du disposant. On a peine à comprendre qu'un disposant, en donnant de l'usufruit, ait entendu que sa donation fût traitée comme si elle était de propriété. Si le disposant eût voulu épuiser le crédit ordinaire, sans toucher au crédit spécial, il eût donné 1/4 de propriété, et non 1/2 d'usufruit. Et s'il est vrai que toute donation à l'époux se doive imputer sur le disponible ordinaire, quand faire se peut, il est inexact que cette imputation doive se faire au prix d'une altération dans la nature de la libéralité. La critique de M. Demolombe est donc ici fort juste et nous l'adoptons dans son intégrité.

α. Mais il observe à ce propos que si la date des donations détermine quelles donations seront réduites, elle ne détermine pas s'il y aura lieu ou non à réduction, question qui ne saurait être résolue qu'au décès. β. Cela est très-vrai en général, quand il ne s'agit que du dis-

ponible de 913, parce qu'il ne peut s'élever alors aucune difficulté sur le mode d'imputation, toutes les libéralités s'imputant sur un disponible unique. Il en est tout autrement, quand il y a deux disponibles, et qu'il s'agit de savoir sur lequel imputer chaque libéralité, question dont la solution dépend et de la date, et de la nature, et du titulaire de la libéralité. Il est clair qu'alors, selon que l'imputation s'opérera sur tel ou tel disponible, la somme des libéralités que le disposant aura pu faire ne sera pas la même, et que la date sera un des éléments principaux de décision. Il est bien évident d'ailleurs que ces questions ne sauraient être tranchées qu'au décès.

d. En quatrième lieu, M. Demolombe observe que le système de la Cour viole 913 et 1094, qui, organisant un disponible pour l'étranger et pour l'époux, ont dû entendre que les donations à l'étranger seraient prises sur le disponible de 913, et celles à l'époux sur celui de 1094. Cette observation nous paraît dangereuse ; nous savons en effet que le mode d'imputation de la libéralité ne dépend pas uniquement de la qualité du bénéficiaire, comme on pourrait le conclure de cette critique, mais aussi et surtout de la date, de la nature et même du chiffre de la libéralité. Au reste, M. Demolombe reconnaît lui-même quelle importance il convient d'attacher à la nature de la libéralité, puisqu'il n'impute sur le crédit spécial que les donations d'usufruit faites à l'époux. Il exagère même ici cette importance, puisqu'il impute sur le crédit spécial toute donation d'usufruit pur faite d'abord à l'époux, quel qu'en soit le chiffre, et quand même l'imputation sur le crédit ordinaire serait possible. Car M. Demo-

lombe nie que toute donation à l'époux se doive imputer en première ligne sur le disponible ordinaire, et subsidiairement sur le crédit spécial; il professe au contraire que toute donation d'usufruit pur faite à l'époux s'impute d'abord sur le crédit spécial, et en second lieu sur le disponible ordinaire. Il admet donc qu'il y a cumul, toutes les fois que l'époux a reçu de l'usufruit ; et il estime, à tort, selon nous, que ce cumul n'a pas besoin d'être justifié par la nécessité absolue de faire valoir la donation à l'époux. C'est en cette divergence de principe que réside toute la différence entre le système du savant auteur et le nôtre. Il en résulte que les deux systèmes n'aboutissent à une solution identique que dans une espèce unique, celle où la donation à l'époux comprend tout l'usufruit du disponible ordinaire, plus tout l'usufruit du crédit spécial, et cette espèce est précisément la nôtre. Comme alors l'époux prend tout l'usufruit des deux crédits, il est oiseux de se demander s'il commence par prendre le crédit ordinaire, ou le crédit spécial. Mais la divergence dans les résultats s'accuse aussitôt, si la donation d'usufruit à l'époux est moindre que la somme des deux crédits. L'accord, on le voit, n'est que fortuit entre les deux systèmes.

e. Enfin, et ici nous sommes heureux de nous associer pleinement aux critiques de l'illustre auteur, la transformation que la Cour fait subir à la nature de la donation faite à l'époux est illégale, arbitraire et violente. *α*. Elle est d'autant plus impossible, que 917 ne s'applique pas à 1094. Ainsi une donation excessive d'usufruit à l'époux ne peut être transformée en donation du disponible de propriété ; il y a donc un *à for-*

tiori pour qu'une donation non excessive d'usufruit à l'époux ne puisse être transformée en donation de moitié en propriété. Ce système n'a ni l'excuse d'appliquer 917, puisque cet article prévoit une donation excessive d'usufruit, ni même celle d'emprunter exactement le procédé de cet article, puisque 917 n'a jamais dit que la donation d'usufruit serait réduite à moitié en propriété. β. On objecte que cette transformation n'est que fictive, et simplement destinée à calculer la valeur de la donation d'usufruit, et à voir si elle excède ou non le disponible. Elle est peut-être fictive en ce sens ; mais elle est bien réelle, en ce qu'elle restreint le disponible de l'époux *de cujus*, et réduit à zéro une donation, qui, sans cette opération dite fictive, vaudrait pour le tout. γ. Et d'ailleurs cette transformation de l'usufruit en propriété est impossible, telle qu'on la propose ; la loi du 22 frimaire an VII est certainement inapplicable en dehors des matières fiscales. Il faudra donc, si l'on admet cette transformation, estimer toute donation d'usufruit à l'époux, et cela d'après les circonstances, l'âge de l'usufruitier, la nature du bien donné. Or la loi redoute sur toutes choses cette estimation, que 917 est destiné à prévenir. Et quand cette estimation serait admise en général, les meilleures raisons existeraient de la proscrire en notre cas, où les enfants réservataires, pour estimer l'usufruit donné à leur auteur survivant, pourraient et devraient supputer les chances de vie ou de mort de cet auteur. δ. Enfin, dans ce système, l'époux, donnant de l'usufruit à son conjoint, ne serait jamais sûr de faire une disposition valable, quand il voudrait donner, outre l'usufruit du disponible ordinaire, l'usufruit du crédit spécial, en tout ou en partie.

Car il ignore, lors de sa donation, ce que vaudra cet usufruit à son décès.

2. Exposé comparatif des solutions auxquelles sont conduits les différents systèmes. On suppose que l'époux a reçu d'abord 1/2 d'usufruit, et que l'étranger a reçu ensuite 1/4 de propriété.

A. Le disponible ordinaire est supérieur à l'élément de propriété que contient le disponible de 1094.

a. Soit un disponible ordinaire d'1/2, et un disponible entre époux d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit.

α. Dans le système de MM. Aubry et Rau, la donation à l'époux s'exécutera pour le tout, et celle à l'étranger sera inutile quant à l'usufruit.

β. Dans le système de la Cour de cassation, il en sera de même. L'époux recevra réellement 1/2 d'usufruit. Mais cette donation sera fictivement transformée en donation d'1/4 de propriété, et imputée tout entière sur le disponible ordinaire, de telle sorte que l'étranger pourra recevoir 1/4 de propriété, qui lui a été donné, et que le disponible ordinaire contient encore. Dans ce système, la réserve libre de l'enfant n'est que d'1/4, l'époux prenant 1/2 d'usufruit, et l'étranger 1/4 de propriété.

γ. La Cour de Paris admet également que la donation d'usufruit sera fictivement transformée en donation de moitié en propriété ; elle admet en outre que la donation de propriété à l'étranger sera réellement transformée en donation du double en nue propriété. Ainsi l'époux, réduit fictivement à 1/4 de propriété, recevra réellement 1/2 d'usufruit ; cette donation s'impute sur le disponible de 913. L'étranger, donataire d'1/4 en propriété, recevra 1/2 en nue propriété ; il aura donc

la nue propriété de tout le disponible de 913, c'est-à-dire des biens dont l'époux aura l'usufruit, et la réserve de l'enfant demeurera intacte. Cet avantage est compensé, parce que moitié des biens échappe définitivement à l'enfant, qui n'en aurait perdu qu'1/4, si la nature de la donation avait été respectée. Dans ce système, comme dans le précédent, l'étranger ni l'époux ne pourront plus rien recevoir, le disponible ordinaire, *maximum* des libéralités, étant épuisé. Cette théorie, qui prend le contre-pied des intentions exprimées par le testateur, doit être rejetée.

δ. Dans le système de M. Demolombe, la donation d'1/2 d'usufruit s'imputera tout entière sur le disponible ordinaire, qui alors ne contiendra plus d'usufruit, en sorte que la donation ultérieure d'1/4 de propriété à l'étranger s'exécutera pour la nue propriété seule, et sera inutile pour l'usufruit. Dans ce système, 1/4 de nue propriété restera libre sur le disponible ordinaire, et pourra, par une troisième donation, être attribué, soit à l'étranger, soit à l'époux; de plus, la réserve d'1/2 restera libre aux mains de l'enfant. Et néanmoins cette solution paraît contraire au principe posé par M. Demolombe, qui impute en première ligne sur le crédit spécial toute donation d'usufruit pur faite d'abord à l'époux, quel qu'en soit le chiffre. Il semble abandonner ce principe, quand le disponible ordinaire est, non plus égal, mais supérieur à l'élément de propriété du disponible de 1094.

ε. Dans notre système enfin, la donation d'1/2 d'usufruit à l'époux s'imputera pour 1/4 sur le disponible ordinaire, pour le second quart sur le crédit spécial. Il est vrai que le disponible ordinaire contient encore de

l'usufruit; l'imputation du second quart sur le crédit spécial semble donc contraire au principe que l'imputation de toute donation à l'époux se fait d'abord sur le disponible ordinaire. Mais le crédit spécial diffère de nature avec le disponible ordinaire; il ne saurait donc s'imputer sur lui : d'où il suit que l'imputation sur le crédit ordinaire ne se fera que pour la portion de la donation correspondante à ce crédit ordinaire, c'est-à-dire pour le premier quart, et non pour celle correspondante au crédit spécial, c'est-à-dire pour le second quart. Quand donc une donation d'usufruit est d'abord faite à l'époux, si elle ne dépasse pas 1/4, elle s'impute sur le crédit ordinaire, qu'on suppose intact. C'est ce que n'admet point M. Demolombe, qui, même en ce cas, imputerait la donation sur le crédit spécial, pourvu qu'elle fût d'usufruit pur; à ce point de vue, il est donc plus radical que nous. Quand la donation dépasse 1/4, et n'excède pas 1/2, elle s'impute jusqu'à concurrence d'1/4 sur le crédit ordinaire, s'il n'est pas épuisé, et pour le surplus, sur le crédit spécial. Quand la donation excède 1/2, elle s'impute sur le crédit ordinaire, s'il est libre, pour la partie qui y correspond, c'est-à-dire pour la première moitié, et sur le crédit spécial pour la partie qui y correspond, c'est-à-dire pour la dernière moitié. Telles nous paraissent être les conséquences des principes. Il résulte de là que l'étranger, légataire d'1/4 de propriété, recevra intégralement son legs, le disponible ordinaire n'étant diminué que d'1/4 d'usufruit, et que même 1/4 de nue propriété restera encore libre sur le disponible ordinaire, soit au profit de l'époux, soit au profit de l'étranger.

b. Soit maintenant un disponible ordinaire d'1/3, le

disponible entre époux restant toujours d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit.

α. Dans le système de MM. Aubry et Rau, qui paraissent ne point admettre que le disponible de 913 puisse être dépassé, quand il est le plus fort, il semble que la donation d'1/2 d'usufruit à l'époux devrait s'exécuter jusqu'à concurrence d'1/3, et celle d'1/4 de propriété à l'étranger, pour la nue propriété seulement, et bien entendu jusqu'à concurrence d'1/4; de sorte que le disponible ordinaire contiendrait encore 1/12 de nue propriété. Les deux donations seraient donc réduites.

β. Dans le système de la Cour de cassation, la donation d'1/2 d'usufruit à l'époux est réduite fictivement à 1/4 de propriété, et s'impute sur le disponible de 913; mais l'époux reçoit en réalité 1/2 en usufruit. Quant à l'étranger, il reçoit ce qui reste du disponible ordinaire, c'est-à-dire 1/12 au lieu d'1/4, et le disponible ordinaire est épuisé. Dans ce système, 5/12 restent seuls libres aux mains des enfants réservataires; car 6/12 sont grevés d'usufruit, au profit de l'époux, et 1/12 est attribué en propriété à l'étranger.

γ. Dans le système de la Cour de Paris, l'époux, réduit fictivement à 1/4 de propriété, reçoit en réalité 1/2 d'usufruit. Quant à l'étranger, donataire d'1/4 de propriété, il impute sa donation sur le reliquat du disponible ordinaire, qui se monte à 1/12 de propriété. Mais au lieu de prendre 1/12 en propriété, il prend 2/12 en nue propriété; c'est-à-dire qu'il reçoit la nue propriété du tiers de ce que l'époux prend en usufruit, de telle sorte que 6/12 restent libres aux mains des enfants pour constituer leur réserve, 4/12 étant grevés de

l'usufruit de l'époux, et 2/12 à la fois de l'usufruit de l'époux, et de la nue propriété de l'étranger.

δ. Dans le système de M. Demolombe, qui, pas plus que nous, n'admet qu'une donation quelconque puisse subir une transformation quelconque, fictive ou réelle, et qui admet aussi, dans certains cas, le cumul du crédit spécial avec le disponible ordinaire, quand la donation à l'époux est d'usufruit pur, la donation d'1/2 ou 6/12 d'usufruit s'impute pour 2/12 sur le crédit spécial, et pour 4/12 sur le disponible ordinaire. Quant à l'étranger, légataire d'1/4 ou 3/12 de propriété, il imputera sa donation sur ce qui reste du disponible de 913, c'est-à-dire sur 4/12 de nue propriété. Son legs s'exécutera pour le tout en nue propriété, et sera inutile pour l'usufruit. Donc il restera encore 1/12 de nue propriété de libre sur le disponible ordinaire. Car M. Demolombe, ne reconnaissant pas la différence de nature du crédit spécial avec le disponible ordinaire, impute sur le disponible ordinaire tout ce qu'il est matériellement possible d'y imputer, et non pas seulement la partie de la donation à l'époux, qui correspond au crédit spécial. Ici M. Demolombe est moins radical que nous, puisqu'il impute sur le disponible ordinaire toute donation d'usufruit, si forte qu'elle soit, tandis que nous n'y imputons jamais que la partie qui correspond au crédit ordinaire. Il semble de plus en contradiction avec lui-même, puisqu'il pose ailleurs le principe, que toute donation d'usufruit pur faite à l'époux se doit imputer sur le crédit spécial.

ε. Dans notre système enfin, la donation d'1/2 d'usufruit à l'époux s'imputera pour 1/4 ou 3/12 sur le disponible ordinaire, et pour 3/12 sur le crédit spécial,

qu'elle absorbera. La donation d'1/4 ou 3/12 de propriété à l'époux s'imputera sur ce qui reste du disponible ordinaire; c'est dire qu'elle s'exécutera pour le tout, quant à la nue propriété, et pour 1/12 seulement, quant à l'usufruit; de sorte qu'1/12 de nue propriété restera encore libre sur le disponible ordinaire. Car la donation à l'époux ne s'impute sur le disponible ordinaire que pour la partie correspondante au crédit ordinaire, dans l'espèce, jusqu'à concurrence d'1/4.

B. Le disponible ordinaire est égal à l'élément de propriété que contient le disponible de 1094. Nous raisonnons toujours sur la même hypothèse; nous supposons que le disponible ordinaire est d'1/4 en propriété, parce qu'il y a trois enfants ou plus. Les décisions seraient analogues, s'il était d'1/2 ou de 3/4, par suite de la présence d'ascendants.

a. Dans le système de MM. Aubry et Rau, la donation d'1/2 d'usufruit à l'époux s'exécute pour le tout; celle d'1/4 de propriété à l'étranger s'exécute pour la nue propriété, est inutile pour l'usufruit.

b. Dans le système de la Cour de cassation, la donation d'1/2 d'usufruit à l'époux, transformée fictivement en donation d'1/4 de propriété, absorbe tout le disponible ordinaire, de telle sorte que l'étranger voit sa donation réduite à zéro.

c. Cette décision serait également donnée par la Cour de Paris, dont le système ne trouve place que quand la donation à l'étranger peut valoir en une mesure quelconque; car cette transformation de la donation de propriété à l'époux, en donation du double en nue propriété, ne se conçoit point, si la donation est réduite à zéro.

d. Dans le système de M. Demolombe, la donation à l'époux s'impute moitié sur le disponible ordinaire, moitié sur le crédit spécial, et vaut pour le tout. Celle à l'étranger s'impute sur ce qui reste du disponible ordinaire. C'est dire qu'elle vaut pour la nue propriété, est inutile pour l'usufruit.

e. Cette décision est également donnée par nous. Notre différend avec M. Demolombe est ici à l'état latent, la question ne se posant pas de savoir s'il convient d'imputer sur le disponible ordinaire toute la partie de la donation à l'époux qu'il est matériellement possible d'y imputer, ou seulement la partie de cette donation qui correspond au crédit ordinaire.

3. La pratique, effrayée des conséquences du système de la jurisprudence, a cherché à y échapper par divers expédients. Soit une donation d'1/2 d'usufruit à l'époux, puis une autre d'1/4 de nue propriété à l'étranger. Le disponible de 913 est d'1/4. On distingue si la donation à l'époux est irrévocable ou révocable.

A. Elle est irrévocable, résulte du contrat de mariage. Dans le système de la Cour, la donation à l'étranger est absolument nulle.

a. Pour la faire valoir, ou du moins, pour lui donner chance de valoir, l'époux *de cujus* peut recommencer la donation à l'époux ; de la sorte, l'époux sera donataire à un double titre ; s'il opte pour le premier, les droits de l'étranger seront anéantis; s'il choisit le second, l'étranger recevra sa donation, même dans le système de la Cour ; car cette donation sera première en date, et s'imputera d'abord sur le disponible ordinaire. Il est vrai qu'ainsi la consistance du disponible

varie selon l'ordre chronologique des donations ; mais nous savons que ce résultat est légitime et nécessaire. Il est vrai encore que l'époux, sûr de voir sa donation valoir pour le tout, pourra, s'il le veut, anéantir les droits de l'étranger, en optant pour le premier titre. Mais il vaut encore mieux pour l'étranger avoir des droits fragiles qu'inexistants , et voir sa donation acquérir chance de valoir, que la voir certainement réduite à zéro. Quant à l'époux, la première donation, irrévocable, lui a créé une situation inexpugnable, qu'il ne dépend point du donateur de compromettre. Ce dernier ne peut qu'une chose : offrir à l'époux le moyen de faire valoir la donation à l'étranger, en changeant le mode d'imputation des libéralités, et par conséquent la consistance du disponible, tout en restant lui-même indemne. Que si ce moyen est bizarre et peu sûr, la faute en est à la jurisprudence, qui nous contraint à de semblables expédients. (M. Demolombe, n°s 534-538.)

b. M. Benech a proposé un autre moyen, qui est le suivant : l'époux, donnant à son conjoint 1/2 d'usufruit par contrat de mariage, peut, dit-on, déclarer qu'il se réserve de disposer, par une disposition ultérieure en faveur d'un étranger, du quart de nue propriété que contient le disponible ordinaire. Nous croyons cette clause inefficace. Si en effet la loi entend que la donation d'1/2 d'usufruit à l'époux s'impute sur le disponible ordinaire et l'absorbe, il ne saurait dépendre du disposant de changer le mode d'imputation légale, en imputant la donation pour 1/4 sur le disponible ordinaire, et pour 1/4 sur le crédit spécial.

c. M. Demolombe propose une autre clause ap-

prouvée par M. Valette, et rédigée comme il suit : le donateur, donnant 1/2 d'usufruit à son conjoint, déclarera qu'il entend *ne maintenir cette donation que si on l'exécute tout prélèvement fait du don ou legs qu'il pourra faire plus tard à un étranger*. C'est là une donation par contrat de mariage faite sous des conditions potestatives de la part du donateur, ce qui est licite (1086, 1093). Le donateur peut la révoquer en accomplissant certains actes, c'est-à dire en donnant à l'étranger. Cette donation à l'étranger, une fois intervenue, s'imputera d'abord sur le disponible de 913; celle à l'époux s'imputera sur ce qui reste de ce disponible, et subsidiairement sur le crédit spécial, tout comme si l'ordre chronologique était interverti. Cela se conçoit, la donation à l'époux n'ayant pas une priorité de dates pure et simple, mais soumise à une condition résolutoire; l'événement ultérieur de la donation à l'étranger lui fait perdre son rang. De la sorte, cette donation n'est pas soumise à une imputation différente de celle que devrait entraîner sa date ; elle s'impute, au contraire, comme si elle était la seconde en date.

B. La donation à l'époux est révocable et a été suivie d'une donation à l'étranger, également révocable. Il suffit alors au donateur de révoquer et de recommencer la donation à l'époux, de telle sorte que la donation à l'étranger devient première en date et s'impute sur le disponible ordinaire, tandis que celle à l'époux s'impute sur ce qui reste du disponible ordinaire, et sur le crédit spécial.

Remarque. Nous rappelons que le cumul du disponible ordinaire avec celui de 1098 ne se produit jamais, le disponible de 1098 ne contenant pas d'élément spé-

cial d'usufruit. Ce disponible est simplement une partie du disponible ordinaire, auquel il est tantôt inférieur, tantôt égal, et sur lequel il s'impute toujours.

SECTION III. — *De l'application de ces principes à la théorie du cumul compliquée de celle de la réduction.*

§ 1. — Exposition des divers systèmes.

Quatre systèmes principaux se sont partagé les adhésions de la doctrine.

I. Le système de Toullier (t. V, n° 872) consiste à réduire les deux legs d'après le disponible le plus fort, qui devient leur commune mesure. Ce système est manifestement inexact, puisque le légataire qui a droit au disponible le plus faible est réduit, comme s'il avait droit au plus fort. A ce vice qui lui est propre, il en ajoute un autre, qu'il emprunte à la jurisprudence, en déclarant que, si l'époux a donné de l'usufruit à son conjoint, cette donation sera fictivement réduite à la moitié en propriété, et s'imputera tout entière sur le disponible ordinaire.

II. Le système de Delvincourt (t. II, p. 223), consiste à réduire d'abord les deux libéralités d'après le disponible le plus faible, qui leur sert de commune mesure, puis à attribuer l'excédant d'un disponible sur l'autre au légataire qui a droit au disponible le plus fort. Le principe de ce système est exact. Seulement, au lieu d'attribuer d'abord et par le moyen d'un prélèvement l'écart entre les deux disponibles au légataire qui a droit au disponible le plus fort, et d'imputer ensuite sur le petit disponible le legs diminué d'autant

concurremment avec l'autre legs, Delvincourt impute d'abord sur le petit disponible le legs qui doit être réduit d'après le grand disponible, sans avoir opéré aucun prélèvement; puis il attribue à ce légataire l'écart entre les deux disponibles. Ainsi, pour la partie de la donation susceptible de s'imputer sur l'excédant, il y a double imputation, et sur l'excédant, et sur le petit disponible, ce qui est impossible, puisque double imputation équivaut à double payement. Toullier donnait trop au légataire qui n'avait droit qu'au petit disponible; Delvincourt donne trop à celui qui a droit au grand. Il méconnaît ce principe, que c'est à l'aide du prélèvement du crédit spécial par l'époux, de l'écart entre les deux disponibles par l'étranger, que la masse vraiment commune est constituée, et que les donations sont réduites au chiffre pour lequel elles doivent s'imputer sur cette masse; or ces opérations sont nécessairement préalables, et non postérieures au partage.

III. Il est assez difficile d'apercevoir quelle est sur ce point la doctrine de M. Demolombe. Prévoyant le cas où deux legs ont été faits, l'un d'1/2 d'usufruit à l'époux, l'autre d'1/4 de propriété à l'étranger, il décide très-exactement qu'il y a lieu de séparer le crédit spécial de la masse, et de l'attribuer à l'époux, qui y imputera sa donation pour 1/4; que les deux legs s'imputeront alors sur le quart de propriété qui forme le disponible ordinaire, et subiront une réduction de moitié quant à l'usufruit, de sorte que le legs à l'étranger s'exécutera pleinement pour la nue propriété. Cette solution est fort juste; mais M. Demolombe ne dit pas de quel principe il la tire; il ne dit pas quelle

partie de la donation à l'époux il y aurait lieu d'imputer sur le crédit spécial, si cette donation contenait plus d'usufruit que n'en contiennent les deux crédits réunis. Il ne dit pas non plus s'il y aurait lieu pour l'étranger de prélever l'écart entre les deux disponibles, et quelle partie de sa donation il devrait imputer sur cet écart, au cas où le disponible de 913 serait d'1/3 ou d'1/2, celui de 1094 restant d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit. En somme, M. Demolombe évite de se prononcer d'une manière générale, et de plus, il confond dans un blâme général tous les auteurs, y compris Marcadé, qui nous paraît pourtant avoir posé les vrais principes.

IV. Nous nous sommes en effet rangé au système de Marcadé, en le précisant. (Marcadé, art. 1100, nº IV.) Dans ce système, l'époux commence par prélever le crédit spécial, en y imputant la partie de sa donation qui correspond à ce crédit spécial. Puis l'étranger prélève, s'il y a lieu, l'excédant du disponible ordinaire sur l'élément de propriété du disponible de 1094, ou sur celui de 1098, en y imputant également une partie correspondante de sa donation. C'est à la suite de ces prélèvements que les deux legs, ainsi réduits, s'imputent au marc le franc sur le petit disponible.

§ 2. — Du rapport de ces systèmes au point de vue de leurs résultats.

Un exemple fera comprendre la différence qui les sépare. Soit l'hypothèse suivante : l'époux *de cujus* meurt, léguant à l'étranger tout le disponible ordinaire, et à l'époux tout le disponible entre époux.

I. Du concours du disponible ordinaire avec le disponible de 1094, quant à la question de la réduction.

1. Le disponible ordinaire est égal à l'élément de propriété du disponible de 1094.

A. Il est d'1/4, parce qu'il y a trois enfants réservataires. L'étranger est légataire d'1/4 en propriété, l'époux d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit.

a. Dans le système Toullier, le legs d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit, se transforme fictivement en un legs de 3/8 de propriété, et s'impute sur le disponible le plus fort, qui, par suite d'une transformation arbitraire, est censé être de 3/8 en propriété, et non d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit; il s'impute sur ce disponible, concurremment avec le legs à l'étranger, qui est de 2/8 de propriété. Ces legs seront réduits au marc le franc, de sorte que l'époux prendra les 3/5, et l'étranger les 2/5 du tiers, qui constitue le disponible le plus fort. Rien n'est respecté par ce calcul, ni la nature du legs à l'époux, ni celle du disponible; de plus, l'étranger profite du crédit spécial, imputant sa donation sur le disponible ordinaire, joint au crédit spécial.

b. Dans le système Delvincourt, le legs à l'époux, transformé également en legs de 3/8 de propriété, s'imputera sur le disponible ordinaire d'1/4, concurremment avec l'autre legs de 2/8, de sorte que l'époux prendra les 3/5, et l'étranger les 2/5 de ce quart; puis l'époux prendra en sus et hors part 1/8 de propriété, c'est-à-dire l'excédant du disponible de 1094 sur celui de 913.

c. Dans le système de M. Demolombe, le legs à l'époux s'imputera pour 1/4 d'usufruit sur le crédit spé-

cial, et pour le quart de propriété sur le disponible ordinaire, concurremment avec le legs à l'étranger; de sorte que chacun prendra 1/8 de propriété sur le disponible ordinaire.

d. Cette solution est également la nôtre.

B. Il en serait absolument de même, s'il y avait des ascendants réservataires dans les deux lignes ou dans une seule.

2. Le disponible ordinaire est supérieur à l'élément de propriété du disponible de 1094.

A. Il est d'1/3. L'étranger a reçu un legs d'1/3 en propriété, et l'époux, un legs d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit.

a. Dans le système Toullier, les deux legs d'1/3 ou 8/24, et de 3/8 ou 9/24 de propriété, s'imputeront au marc le franc sur le disponible le plus fort, qui est celui de 1094, et comprend 9/24 de propriété disponible, dont l'étranger prendra les 8/17, et l'époux les 9/17.

b. Dans le système Delvincourt, ces deux legs, transformés par la méthode Toullier, s'imputeront au marc le franc sur le disponible le plus faible, qui contient 8/24 de propriété, dont l'étranger prendra les 8/17, et l'époux les 9/17. Puis l'époux prendra hors part 1/24, ou l'excédant du disponible le plus fort sur le plus faible.

c. Il est assez difficile de conjecturer à quel parti se rangerait M. Demolombe en cette circonstance.

d. Dans notre théorie, l'époux prélèverait d'abord le crédit spécial, en y imputant le quart d'usufruit que contient sa donation. Puis l'étranger prélèverait l'excédant du disponible de 913 sur l'élément de propriété

du disponible de 1094, soit 1/12 de propriété, en y imputant une partie correspondante de sa donation, c'est-à-dire 1/12. Enfin les deux legs, réduits chacun à 1/4, s'imputeraient au marc le franc sur le petit disponible, et seraient chacun réduits de moitié.

B. Le disponible de 913 est d'1/2. L'étranger a reçu un legs d'1/2, et l'époux un legs d'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit.

a. Dans le système Toullier, les deux legs, l'un de 4/8, l'autre de 3/8 de propriété, s'imputeront sur le disponible le plus fort, qui est de 4/8, dont l'étranger prendra les 4/7, et l'époux les 3/7.

b. Dans le système Delvincourt, les deux legs, évalués de même, s'imputeront sur le disponible le plus faible, qui est de 3/8 de propriété, dont l'étranger prendra les 4/7, et l'époux les 3/7. Puis l'époux prendra seul et hors part l'excédant du grand disponible sur le petit, c'est-à-dire 1/8.

c. M. Demolombe ne se prononce pas sur ce cas.

d. D'après nous, l'époux prélèvera d'abord le crédit spécial, en y imputant la partie correspondante de sa donation, soit 1/4 d'usufruit. L'étranger prélèvera de son côté l'excédant du grand disponible sur l'élément de propriété de 1094, soit 1/4 de propriété, en y imputant une partie correspondante de sa donation ou 1/4 en propriété. Et les deux legs, réduits chacun à 1/4 de propriété, s'imputeront ensuite au marc le franc sur le petit disponible de propriété, réduit à une pareille somme, de telle sorte que chacun subira une réduction de moitié. On voit que rien n'est plus simple que ce procédé.

II. Du concours du disponible ordinaire avec le

disponible de 1098, quant à la question de la réduction.

1. Soit un disponible ordinaire égal au disponible de 1098, c'est-à-dire d'1/4. Nous supposons toujours deux legs, l'un d'1/4 de propriété à l'époux, l'autre d'1/4 de propriété à l'étranger. Ici aucun prélèvement n'est possible d'aucune part; les deux legs s'imputeront au marc le franc sur le disponible ordinaire, et dans les quatre systèmes chacun sera réduit de moitié.

2. Soit un disponible ordinaire supérieur au disponible de 1098.

A. Il est d'1/3. Il y a deux legs, l'un d'1/3 de propriété à l'étranger, l'autre d'1/4 de propriété à l'époux.

a. Dans le système Toullier, ces deux legs de 4/12 et 3/12 s'imputent au marc le franc sur le grand disponible qui est de 4/12, dont l'étranger prend les 4/7 et l'époux les 3/7.

b. Dans le système Delvincourt, les deux legs de 4/12 et 3/12 s'imputent au marc le franc sur le petit disponible de 3/12, que les deux légataires se partagent dans les mêmes proportions. Puis l'étranger prend hors part l'excédant du grand disponible sur le petit, soit 1/12.

c. D'après nous, l'étranger prélève d'abord la différence entre les deux disponibles, soit 1/12, sur lequel il impute une partie correspondante de son legs, ou 1/12; puis les deux legs, chacun d'1/4, s'imputent sur le petit disponible d'1/4, et chacun est réduit de moitié.

B. Le disponible de 913 est d'1/2. Il y a deux legs,

l'un d'1/2 de propriété à l'étranger, l'autre d'1/4 de propriété à l'époux.

a. D'après Toullier, les deux legs s'imputent sur le grand disponible, dont l'étranger prend les 2/3, et l'époux 1/3.

b. D'après Delvincourt, ils s'imputent sur le petit disponible, que les légataires se partagent dans les mêmes proportions, puis l'étranger prend pour lui seul 1/4, ou l'excédant du grand disponible sur le petit.

c. D'après nous, l'étranger prélève 1/4, ou l'excédant du grand disponible sur le petit. Puis les deux legs, chacun d'1/4, s'imputent au marc le franc sur le petit disponible, et sont réduits de moitié.

On voit que quand il s'agit du disponible de 1098, il ne peut être question que d'un prélèvement, celui de l'écart entre les deux disponibles, effectué par l'étranger.

Appendice. Nous avons traité jusqu'ici la question de la réduction dans ses rapports avec celle du cumul, et supposé deux legs, consistant en une quote-part, et portant sur l'ensemble du patrimoine. La question de la réduction peut présenter quelques difficultés, même si on l'isole de celle du cumul, et si on suppose une donation unique adressée à l'époux, comprenant par exemple la propriété de tous les meubles et l'usufruit de tous les immeubles. Cette libéralité est certainement excessive, si l'on suppose qu'il existe des descendants réservataires, l'époux ne pouvant recevoir qu'1/4 en propriété, plus 1/4 en usufruit. Comment la réduire? Supposons que les meubles représentent 1/8, et les immeubles 7/8 du patrimoine.

I. On soutient, dans un premier système, qu'il faut attribuer à l'époux le quart en propriété et le quart en usufruit de tous les biens, sans distinguer s'ils sont meubles ou immeubles, sous le prétexte que la donation doit valoir dans les termes du disponible le plus large de 1094. Cette opinion est inacceptable; car l'époux, n'étant légataire en propriété que des meubles, qui ne représentent qu'1/8, ne peut jamais recevoir en propriété plus d'1/8. (Jugement du tribunal civil de Vire, 11 mai 1861, Esneu, Dev., 1862, II, 362.)

II. M. Bertauld propose de diviser la succession en deux masses, l'une comprenant les meubles, l'autre les immeubles, et d'attribuer à l'époux sur les meubles 1/4 de propriété, plus 1/4 d'usufruit, soit 1/32 de propriété, plus 1/32 d'usufruit, les meubles représentant 1/8 ou 4/32; et sur les immeubles 1/2 en usufruit, soit 14/32 en usufruit, les immeubles représentant 7/8 ou 28/32. Ce système très-ingénieux maintient dans la donation une sorte de dualité que le disposant y a certainement mise. Il est toutefois étrange que l'époux n'obtienne qu'1/4 en propriété plus 1/4 en usufruit sur les meubles, quand il est légataire de la propriété de tous les meubles, représentant seulement 1/8. Ce legs devrait s'exécuter en entier; et la séparation de la masse héréditaire en deux masses distinctes peut bien paraître outrée, et contraire à 922, qui n'admet qu'une seule masse. (*Revue pratique de droit français*, 1862, t. XIII, p. 87 et 106.)

III. Un autre système attribue à l'époux la propriété des meubles, quand ils ne représentent pas plus d'1/4 de la succession, ce qui est le cas, et 1/4

de l'usufruit des immeubles, ce qui est insuffisant. Car enfin on lui a légué l'usufruit de tous les immeubles ; il a droit à la moitié de la succession en usufruit ; or, comme l'usufruit des meubles ne constitue qu'1/8, on ne voit pas pourquoi, au lieu de 3/8 d'usufruit plus un 1/8 de nue propriété qu'on lui accorde, il ne pourrait prendre le complément de son legs d'usufruit sur les immeubles, soit 3/8, ce qui ferait en tout 1/2 d'usufruit, portant pour 1/8 sur les meubles, pour 3/8 sur les immeubles, et 1/8 de nue propriété, portant sur les immeubles.

IV. Le vrai système consiste en effet à donner à l'époux la propriété des meubles, en tant que leur valeur ne dépasse pas 1/4 de la succession, plus une part d'usufruit sur les immeubles, qui, jointe à la part d'usufruit qu'il a prise sur les meubles, lui donne l'usufruit d'une moitié de la succession. (M. Demolombe, nos 545-547.)

S'il y a jamais lieu à l'estimation d'un droit d'usufruit. cette estimation regrettable, mais nécessaire, se doit faire d'après les circonstances : c'est dire que le procédé de la loi du 22 frimaire an VII est inapplicable en droit civil.

LIVRE QUATRIÈME

Des droits de succession ab intestat qui appartiennent à l'époux survivant.

CHAPITRE PREMIER

Exposition du système de la loi.

SECTION I. — *Du rang successoral de l'époux.*

Le titre d'époux contient en soi le germe de la vocation ab intestat ; c'est dire qu'en cette matière ce titre est exclusivement favorable, puisque la loi tire l'époux de la foule des étrangers, pour l'élever au rang de successeur ab intestat. Cette idée n'a toutefois été admise qu'avec des restrictions bien étroites. 723 nous dit en effet qu'à défaut d'enfants légitimes, les biens passent aux enfants naturels ; à défaut d'enfants naturels, au conjoint survivant ; à défaut de conjoint survivant, à l'État (767). Cela est inexact. Car les enfants naturels succèdent, non pas seulement à défaut d'enfants légitimes, mais en concours avec ceux-ci ; ils ont donc, sinon les mêmes droits qu'eux, au moins une vocation de même rang. Et d'autre part, il n'est pas toujours vrai que le conjoint survivant succède, quand il ny a ni enfants légitimes, ni enfants naturels : cela n'est vrai que si l'époux *de cujus* était lui-même enfant légi-

time ; car, s'il était enfant naturel, le conjoint survivant serait exclu par les père ou mère naturels (765), et, s'il n'en existait pas, par ses frères ou sœurs naturels (766). Plusieurs conseillers d'État, parmi lesquels Bigot Préameneu, avaient exprimé l'avis que le conjoint survivant de l'enfant naturel mort sans postérité devait venir en première ligne à la succession, primant les père et mère et frères et sœurs naturels du *de cujus*. Cet avis n'a point prévalu. Ainsi, quand l'époux *de cujus* était enfant naturel, l'époux survivant est exclu par les héritiers légitimes et enfants naturels, et par les père et mère, ou frères et sœurs naturels. Quand au contraire le *de cujus* est enfant légitime, le survivant est exclu par les héritiers légitimes et enfants naturels. Il se peut même, en ce dernier cas, qu'il prime l'enfant naturel, s'il s'agit d'un enfant naturel que le *de cujus* avait eu avant son mariage d'un autre que le survivant, et qu'il avait reconnu pendant le mariage (337).

SECTION II. — *De la cause de la vocation de l'époux.*

La cause de sa vocation est le mariage ; il faut donc qu'il ait duré jusqu'à la mort du *de cujus* pour que la vocation naisse. C'est dire qu'autrefois cette vocation était détruite par le divorce, et subsiste aujourd'hui malgré la séparation de corps. L'époux survivant séparé de corps succède, que la séparation de corps ait été prononcée pour ou contre lui. Il est bien évident que si l'époux survivant, contre qui la séparation a été prononcée, était indigne, il ne succéderait point ; mais il ne succéderait point davantage, si la séparation

n'eût pas été prononcée. L'ancien droit raisonnait d'autre sorte ; et se fondant sur ce que la présomption d'affection conjugale, cause de la vocation du conjoint, était détruite par la séparation de corps, concluait à la suppression de la vocation elle-même. Le conseil d'Etat voulut maintenir cet état de choses, et décidant en principe que le conjoint survivant ne succéderait pas au *de cujus*, quand il y aurait eu séparation de corps entre eux, renvoya à la section l'article du Projet, pour qu'il fût corrigé dans ce sens. Mais la rédaction définitive ne portant aucune trace de cette correction, il est impossible de la suppléer. La vocation ne peut donc naître que si le mariage persiste jusqu'au décès de l'un des époux. Toutefois, s'il s'agit d'un mariage putatif, comme cette union, qui n'est point le mariage, produit à l'égard des époux tous les effets civils du mariage, le survivant succédera au *de cujus*, pourvu qu'il eût contracté le mariage de bonne foi, et que le mariage putatif n'ait pas été annulé du vivant des deux parties. Car alors il serait inexistant, même en tant que mariage putatif, et la vocation du survivant ne pourrait naître, faute de cause.

Section III. — *Des effets de cette vocation.*

C'est celle d'un successeur irrégulier. Son caractère négatif est de ne point produire par elle-même la saisine, que l'époux n'acquiert qu'en accomplissant les formalités diverses de l'envoi en possession. Son caractère positif est de conférer à l'époux certains droits successoraux, que celui-ci peut rendre plus complets

en accomplissant les diverses formalités de l'envoi en possession.

§ 4. — De la condition juridique de l'époux, alors qu'il n'a pas encore rempli les formalités.

I. Elle se définit négativement, en disant qu'il n'a point la saisine, d'où il suit que tous les droits qui en découlent lui seront refusés.

1. Plusieurs auteurs reconnaissent à la saisine un quadruple effet : d'après eux, elle confère à l'héritier la propriété immédiate de la succession, sans qu'aucune acceptation soit nécessaire ; elle lui permet de transmettre la succession à ses héritiers, s'il meurt ayant survécu, mais non pas accepté ; elle lui en attribue la possession immédiate, sans aucune formalité préalable ; elle le contraint de payer les dettes et charges *ultrà vires*.

2. Cela est inexact :

A. Les deux premiers de ces effets sont certainement communs aux héritiers légitimes et aux successeurs irréguliers ; car le légataire a la propriété de son legs dès l'ouverture de la succession, et le transmet à ses héritiers même avant d'avoir accepté. Ces deux effets ne découlent donc point de la saisine, que les successeurs irréguliers n'ont point.

B. On se demande si l'obligation au payement *ultrà vires* des dettes et charges est ou non une conséquence de la saisine. L'affirmative semble bien résulter de 724, en sorte que l'obligation *ultrà vires* devrait incomber à tous ceux qui ont la saisine, et à ceux-là seulement, sans toucher le conjoint survivant, qui ne l'a

point D'autres soutiennent que cette obligation *ultrà vires* découle du titre d'héritier proprement dit, et de la représentation réalisée par lui de la personne du défunt, en sorte qu'elle ne s'appliquerait pas non plus au conjoint survivant. M. Demolombe enfin admet que cette obligation résulte simplement du fait que l'on recueille une universalité à un titre quelconque, en sorte qu'elle devrait incomber même au conjoint survivant. Quoi qu'il en soit, constatons que, même d'après M. Demolombe, cette obligation n'atteindrait le conjoint avec cette rigueur, qu'après qu'il aurait accompli les formalités de l'envoi en possession.

C. Quant au quatrième effet attribué à la saisine, qui est de conférer à l'héritier immédiatement et sans formalités la possession de l'hérédité, c'est avec raison qu'on le fait découler de la saisine. A vrai dire, c'est son seul effet propre; en sorte que l'époux n'a pas la possession de l'hérédité, bien qu'il en ait la propriété transmissible; il a donc le droit, sans en avoir l'exercice. On peut dire que la transmission opérée à son profit est subordonnée à la condition suspensive de l'envoi en possession futur, qui consolide sa jouissance en la rendant irrévocable, et lui confère l'exercice. En somme, l'effet positif de cette vocation est de lui conférer la propriété transmissible de l'hérédité; l'effet négatif consiste en ce qu'il n'en a pas la possession, et n'est pas obligé au payement *ultrà vires*, et en ce que, si la condition, dont l'accomplissement doit rendre son titre irrévocable, ne se réalise pas dans le délai de trente ans par lequel se prescrit la pétition d'hérédité, son droit s'évanouit rétroactivement.

II. De cette situation résulte que l'époux peut bien,

avant d'avoir accompli aucune des formalités, prendre possession de l'hérédité, mais que cette possession est un simple fait, destitué d'efficacité juridique, impuissant à fonder en sa faveur un droit. Donc :

1. L'héritier d'un degré supérieur qui aurait renoncé à la succession, ne sera point empêché par cette prise de possession de revenir sur sa renonciation (790).

2. Le conjoint ne pourra pas actionner les débiteurs héréditaires, ni en général intenter aucune action héréditaire, même possessoire ; car il n'a point l'exercice des droits héréditaires.

3. Il n'a pas non plus qualité pour défendre aux actions que les créanciers héréditaires intenteraient contre lui.

4. Enfin, s'il reste trente ans dans cet état de fait, il a perdu le droit d'obtenir l'envoi en possession, en sorte que, la condition suspensive d'où dépendait la consolidation de son droit étant défaillie, il se trouve hors de l'hérédité. L'État, successeur irrégulier comme l'époux, arrive donc à son défaut, et peut alors s'emparer des biens, non pas comme successeur irrégulier, ses droits étant prescrits à ce titre, mais en vertu du droit qui lui appartient toujours d'occuper une hérédité vacante. On peut objecter que l'hérédité n'est point vacante, puisque quelqu'un s'est présenté, et l'a possédée pendant trente ans ; en sorte que cette possession de fait, inefficace à l'encontre des vrais héritiers, serait efficace à l'encontre de l'État. Mais la question est précisément de savoir si cette possession de fait a pu engendrer un droit au profit de l'époux, et si 811, exigeant pour qu'une succession ne soit point vacante que quelqu'un se soit présenté, exige une présentation

conforme au droit, ou se contente d'un pur fait. Si l'on admet que l'époux n'est virtuellement investi de son droit, que sous la condition suspensive de l'accomplissement ultérieur des formalités, il faut admettre que le fait de prendre possession de l'hérédité ne saurait engendrer un droit.

§ 2. — Des formalités de l'envoi en possession.

Cette situation de fait se transforme en situation de droit, si l'époux accomplit les formalités de l'envoi en possession (769-770). Ces formalités sont de trois sortes.

I. La première est double ; elle consiste dans l'apposition des scellés et la confection d'un inventaire, d'après les formes prescrites pour l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire (769). Elle est destinée à fixer la consistance de la succession, dans l'intérêt des successeurs préférables à l'époux qui pourraient ultérieurement se produire, et à renseigner sur les forces héréditaires l'époux, pour lequel il s'agit de former sa demande d'envoi. Il semblerait donc que, par ces motifs, et de par l'ordre des articles, cette formalité dût nécessairement précéder la demande d'envoi. Toutefois, comme la loi n'a pas expressément formulé cette exigence, il n'y a pas lieu de la suppléer. Cette formalité devient donc une condition préliminaire, non pas de la demande d'envoi, mais de l'envoi lui-même.

II. La seconde formalité consiste dans la demande d'envoi, les formalités qui en sont l'accessoire et la condition de succès :

1. La demande doit être formée devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire du domicile du *de cujus*. La pratique s'accorde à reconnaître qu'elle doit être formée par requête, c'est-à-dire par voie de juridiction gracieuse, et contre le ministère public. Toullier a soutenu qu'elle devait être formée contre un curateur à la succession vacante, dont la nomination était une condition préalable de la validité de la demande. Cette opinion est erronée ; en effet, d'après 811, il n'y a vacance que quand, les délais pour faire inventaire ou délibérer étant expirés, personne ne se présente pour réclamer la succession, et qu'il n'y a d'ailleurs aucun héritier connu, ou que les héritiers connus ont renoncé. Or ici le conjoint, successeur irrégulier, se présente pour réclamer la succession, et cette réclamation est légalement formulée. En vain Toullier objecte que 811, supposant qu'un héritier se présente, suppose un héritier légitime, que par conséquent l'époux, successeur irrégulier, ne fait point obstacle à la vacance de la succession. Rien ne prouve que le mot *héritiers* soit entendu dans ce sens restrictif, et le mot *personne* indique le contraire. D'ailleurs cette doctrine aboutit à déclarer qu'il y a vacance, toutes les fois qu'un successeur irrégulier quelconque se présente seul pour réclamer la succession. Comme cela est certainement inexact pour l'enfant naturel, cela doit l'être aussi pour l'époux. C'est seulement à l'égard de l'État, qui n'est pas un successeur véritable, qu'il y a vacance, quand il y a probablement d'autres successeurs que lui, mais qu'ils sont inconnus, et déshérence, quand il est certain qu'il est seul. Le contradicteur naturel de l'époux sera le ministère pu-

blic, qui devra être entendu; et s'il est utile d'avoir un administrateur de la succession pendant la procédure d'envoi, le tribunal pourra d'office ou sur réquisition du ministère public, nommer administrateur pendant ce temps soit un tiers, soit l'époux lui-même.

2. Quelles sont les conditions de succès de la demande, ainsi formée ?

A. Il y a lieu d'abord à une preuve préalable : le demandeur doit prouver le fait qui lui sert de fondement primordial, c'est-à-dire sa qualité d'époux, ce qu'il établit par la production de son acte de mariage. S'il ne fait pas cette preuve préalable, la demande tombe. Il doit également produire un acte de notoriété, justifiant que, jusqu'au jour de la demande, aucun successeur préférable, régulier ou irrégulier, ne s'est présenté.

B. S'il a fait cette preuve, il y a lieu à des mesures de publicité, destinées à avertir les successeurs préférables qui pourraient exister à l'état latent : le tribunal rend un jugement préparatoire, par lequel il ordonne, avant faire droit, que la demande soit rendue publique à la diligence de l'époux, par trois affiches ou placards, et trois annonces insérées dans un journal. Quant aux formes usitées, en lesquelles cette publication doit avoir lieu, et auxquelles 770 renvoie, la loi est muette. Il est certain que ces trois affiches ne doivent point être simultanées, mais renouvelées à intervalles, qu'elles doivent énoncer la qualité d'époux du demandeur, et l'objet de la demande. Mais combien faut-il qu'il y ait à chaque fois d'affiches placardées et d'annonces insérées ? A quels intervalles doivent avoir lieu ces appositions et insertions ? Et enfin combien de temps se doit écouler entre la dernière affiche ou insertion,

et le prononcé du jugement? Les uns appliquent par analogie une circulaire du ministre de la justice du 8 juillet 1806, qui résout toutes ces questions, quand c'est l'État, représenté par l'administration des domaines, qui forme la demande d'envoi. D'autres appliquent, également par analogie, la forme des publications et affiches prescrites par le Code de procédure pour la vente des immeubles. (959-961, C. de procéd.) Ces deux opinions sont erronées : car, d'une part, la circulaire d'un ministre est destituée de force légale, et d'autre part, il n'y a pas plus de raison d'appliquer par analogie les formes prescrites par le Code de procédure pour la vente des immeubles, que celles prescrites pour la vente des meubles. Les tribunaux choisiront donc les formes qui, sans être trop coûteuses, réaliseront la plus vaste publicité. Au reste, la pratique des tribunaux n'est pas d'accord sur ce point.

a. On se demande si, la preuve préalable administrée, et les conditions de publicité remplies, le tribunal doit faire droit à la demande, ou si l'époux doit fournir un complément de preuve au fond. D'après Toullier, l'époux doit prouver qu'il n'existe aucun successeur, régulier ou irrégulier, qui lui soit préférable. En effet le conjoint survivant ne succède que si le *de cujus* ne laisse ni parent au degré successible, ni enfant naturel. L'inexistence de ces personnes étant le fondement de son droit, il doit la prouver. L'acte de notoriété déjà fourni, constatant qu'on ne connaît aucune de ces personnes, ou qu'aucune ne s'est présentée, est donc insuffisant. Il est regrettable que le texte ne fournisse aucun moyen de repousser cette exigence impossible. Ce qu'on peut dire, c'est que, l'époux de-

vant faire emploi du mobilier, et donner caution de la restitution future, la loi suppose nécessairement qu'il peut obtenir l'envoi, sans prouver qu'il n'existe aucun successeur préférable; car s'il devait administrer cette preuve, ces mesures éventuellement conservatoires n'auraient aucun sens. Tout ce que le tribunal pourrait exiger en outre serait la production d'un nouvel acte de notoriété, établissant qu'*inter moras litis*, aucun successeur préférable ne s'est présenté. Le tribunal, en cet état, doit donc faire droit à la demande.

b. Le devra-t-il, quand même la notoriété publique, les moyens d'instruction dont dispose le tribunal, ou même le hasard lui auraient appris qu'il existe des successeurs préférables, qui négligent de se présenter? D'après les uns, un successeur connu qui ne se présente pas, est comme un successeur inexistant, en sorte que l'époux devra néanmoins obtenir l'envoi. D'autres soutiennent qu'il ne le pourra jamais, puisqu'il n'est appelé qu'à défaut de successeurs préférables, et que sa vocation ne naît point, quand un de ces successeurs existe, bien qu'inactif; d'autant plus que ce successeur préférable n'a pas besoin d'accepter, pour acquérir une succession à laquelle il est appelé. M. Demolombe distingue avec raison s'il s'agit d'un héritier légitime, ou d'un successeur irrégulier, enfant naturel. Le premier a la saisine, n'a pas besoin de se présenter pour réclamer la succession, et son inaction n'autoriserait pas le tribunal à accorder l'envoi. Le second n'a pas la saisine, est obligé de réclamer pour faire valoir son droit, et son abstention permettrait à l'époux d'obtenir l'envoi, d'autant que

cette solution de la question de possession ne tranchera en rien la question de propriété.

L'envoi prononcé par le tribunal au profit de l'époux est définitif.

III. Enfin l'époux a le choix entre ces deux partis, faire emploi du mobilier, ou fournir une caution destinée à en assurer la restitution, au cas où plus tard des successeurs préférables se présenteraient.

1. L'époux peut d'abord faire emploi du mobilier, s'il ne trouve point de caution, ou ne veut point en donner. L'emploi peut avoir lieu de suite, quand il s'agit d'argent ou de mobilier. S'il s'agit de mobilier corporel, l'emploi n'en est possible qu'à la suite d'une conversion préalable en argent, d'une vente, dont les formes sont les mêmes que celles prescrites pour les ventes de meubles faites par l'héritier bénéficiaire ou par le curateur à succession vacante. Quant au mode d'emploi, le tribunal peut, dans le silence de la loi, prescrire celui qu'il juge le plus convenable. S'il n'a rien spécifié, l'emploi se doit faire le plus solidement possible, en acquisition d'immeubles ou de rentes sur l'Etat, ou en placement sur les particuliers avec hypothèque. Quand l'emploi a été valablement et légalement fait, l'époux est déchargé de toute responsabilité ; l'objet acquis n'est plus à ses risques, mais à ceux du successeur préférable qui se présenterait plus tard. L'acte d'emploi doit mentionner l'origine des deniers et la qualité d'époux de celui qui a obtenu l'envoi, pour que les tiers sachent, sur le vu de l'acte, que le bien, objet de l'emploi, est indisponible pendant trois ans dans les mains de l'époux. L'époux serait donc dispensé de donner caution, s'il convertissait les valeurs de la succession

en rentes sur l'Etat, immatriculées avec mention d'inaliénabilité pendant trois ans.

2. Si l'époux ne veut pas faire emploi du mobilier, il doit donner une caution suffisante, pour en assurer la restitution. .Elle est reçue contradictoirement avec le ministère public, et les art. 2040-2043 lui sont applicables comme à une caution légale. Cette caution est obligée envers tous les successeurs préférables, non envers les créanciers, qui n'ont droit à aucune restitution de mobilier; c'était à eux de prendre les mesures de conservation qu'autorise la loi. Cette caution garantit la restitution du mobilier; elle ne garantit ni celle des immeubles, ni les fautes d'administration, ni la restitution des fruits, à laquelle l'époux, possesseur de mauvaise foi, aurait pu être condamné. Quant aux immeubles, l'époux est simplement présumé les avoir reçus en bon état, à moins que le contraire ne résulte d'un rapport d'experts, dressé sur sa demande. La caution est obligée pendant trois ans, qui commencent à courir du jour de son engagement. Après ces trois ans, l'époux peut disposer librement des meubles héréditaires, ainsi que des valeurs acquises en remploi, qui deviennent aliénables. D'autre part, la caution est déchargée de plein droit, et sans jugement, pour le passé et pour l'avenir, à condition toutefois qu'aucun successible ne se soit présenté pendant les trois ans; car, si un pareil successeur s'était présenté, quand même il n'aurait agi que contre l'époux, non contre la caution, celle-ci ne serait pas déchargée, et son obligation durerait trente ans. Si un successeur se présente après les trois ans, il ne peut plus agir contre la caution, mais seulement in-

tenter contre l'époux la pétition d'hérédité, qui dure trente ans.

§ 3. — De l'effet de ces formalités, ou de la condition juridique de l'époux qui a obtenu l'envoi en possession.

I. L'époux a obtenu l'envoi en possession, et accompli toutes les formalités.

1. Il ne se présente aucun successeur préférable. L'époux a non-seulement la propriété, mais la possession; car l'envoi est pour lui ce que la saisine est pour l'héritier légitime. Cet envoi équivaut à l'accomplissement de la condition suspensive, qui empêchait son droit d'être définitif. Il a donc un effet rétroactif, en sorte que, du jour du décès, l'époux est censé avoir succédé au *de cujus*, et que tous les actes par lui faits en qualité d'héritier sont validés. On suppose, bien entendu, que l'envoi a été obtenu dans les trente ans; après ce délai, l'époux n'y a plus droit. De là résulte ce qui suit :

A. L'envoi équivalant à une saisine, l'époux peut, dès ce moment, se conduire en possesseur de l'héréditè, exercer les actions possessoires, et en général toutes les actions héréditaires, contre les débiteurs héréditaires ou détenteurs de biens héréditaires. Toutefois une appréhension de fait est toujours nécessaire pour investir l'époux de la possession, et même cette appréhension ne lui confère jamais la possession rétroactive, en sorte que la jonction des possessions ne peut s'opérer, et que l'époux ne continue pas les prescriptions acquisitives commencées par le *de cujus*. En effet, la rétroactivité ne se conçoit point quant à la

possession, chose de fait. D'ailleurs, si on l'admettait, il faudrait valider rétroactivement toutes les poursuites dirigées par l'époux contre les possesseurs héréditaires, avant l'envoi en possession, poursuites que nous avons déclarées nulles; il faudrait admettre que l'époux peut toujours pendant trente ans, se conduire comme héritier légitime, un envoi ultérieur pouvant toujours lui conférer rétroactivement la saisine. L'envoi lui confère donc la saisine, mais sans effet rétroactif quant à la possession; c'est là ce qui distingue le successeur irrégulier de l'héritier légitime, qui n'a besoin ni d'envoi, ni d'appréhension de fait, et qui profite naturellement de la jonction des possessions.

B. L'époux peut être poursuivi par les créanciers héréditaires.

a. Tout le monde reconnaît qu'il n'est tenu qu'*intrà vires* et *propter bona*; il ne pourra donc être poursuivi sur ses biens propres, à moins qu'il ne les ait confondus avec ceux de l'hérédité. *α*. Il en était ainsi dans l'ancien droit, où les successeurs irréguliers ne succédaient pas à la personne, mais aux biens; et cependant à cette époque, ils ressemblaient plus à des héritiers qu'aujourd'hui, puisqu'ils avaient la saisine, que le Code leur refuse. *β*. D'ailleurs 724 suppose que l'obligation *ultrà vires* est une conséquence de la saisine, qu'ils n'ont point. Et d'autre part les règles de l'acceptation bénéficiaire sont exclusivement relatives aux héritiers légitimes, en sorte que, dans l'opinion adverse, il faudrait ou décider que l'époux est tenu *ultrà vires*, sans avoir la ressource de l'acceptation bénéficiaire, ou concéder à cet époux une faculté qui n'est point faite pour lui, puisque l'envoi est pour lui la seule manière

de recevoir les biens. γ. En outre, les héritiers légitimes sont tenus *ultrà vires*, parce qu'ils représentent la personne du défunt. Là où manque la cause, là doit aussi manquer l'effet. δ. Enfin l'État, successeur irrégulier, n'étant point tenu *ultrà vires*, comment l'époux le serait-il?

b. M. Demolombe prétend que l'époux est tenu *ultrà vires*, et par les raisons suivantes : α. Tous ceux qui recueillent une universalité à un titre quelconque sont tenus personnellement, et partant *ultrà vires*, l'actif ne se concevant pas sans le passif. Il est faux de dire qu'ils ne succèdent pas à la personne; car une universalité ne peut exister sans personnalité qui la soutienne, pas plus après la mort qu'avant. Si donc l'époux ne succédait point à la personne, il ne pourrait recueillir l'universalité qui serait dissoute. C'est ce que reconnaissaient Lebrun et Domat. β. D'ailleurs, quand le Code règle l'obligation ou la contribution aux dettes des héritiers et des successeurs testamentaires, légataires universels ou à titre universel (870 et suiv., 1009, 1013, 1220), il comprend sous la dénomination d'*héritiers* tous les successeurs ab intestat. C'est ce qu'il faut admettre, sous peine de croire que le Code n'a pas dit un mot de l'obligation aux dettes, qui pèserait sur le successeur irrégulier. γ. De plus 724 ne prouve pas que l'obligation *ultrà vires* dérive de la saisine, et même en l'admettant, comme l'envoi équivaut à la saisine, l'époux devrait aussi être tenu *ultrà vires* après l'envoi. Ce qui est vrai, c'est que cette obligation dérive de la continuation de la personne, sans laquelle une succession à l'universalité ne se conçoit point. δ. Enfin, si l'État ne paye pas les dettes *ultrà vires*,

c'est qu'il ne succède pas, c'est qu'il prend les biens comme vacants, et que d'ailleurs les règles essentielles de la comptabilité publique s'opposeraient à ce qu'il payât les dettes *ultrà vires*. On peut opter entre ces deux systèmes.

C. L'époux a-t-il droit aux fruits *a die mortis*? Oui, disent les uns, puisque depuis ce jour il est propriétaire de l'hérédité, qui s'est augmentée des fruits. Non, disent les autres, puisqu'avant l'envoi l'époux n'avait point la possession, et qu'il ne l'acquiert point rétroactivement. Ce qui est certain, c'est qu'il les acquiert depuis l'envoi.

D. Quand l'époux a obtenu l'envoi, il est à l'abri des revendications du successeur préférable, qui est resté trente ans dans l'inaction, quand même lui époux n'aurait pas possédé la succession pendant trente ans. Car l'envoi remonte à l'ouverture de la succession; l'époux est à l'égard du successeur préférable dans la même situation que l'héritier acceptant d'un degré inférieur à l'égard de l'héritier inactif d'un degré supérieur. Il en serait de même *à fortiori*, si le successeur préférable, au lieu de rester inactif, avait renoncé.

E. Enfin, si un héritier apparent a transmis à des tiers des objets héréditaires, dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'ouverture de la succession et l'envoi en possession, l'époux qui s'est fait envoyer en possession a contre ces tiers les mêmes droits que l'héritier légitime aurait contre eux; toujours parce que l'envoi rétroagit.

2. Un successeur préférable exerce contre l'époux la pétition d'hérédité et triomphe. Nous supposons que l'époux a observé les formalités, et qu'il l'a fait de

bonne foi, ne connaissant pas l'existence d'un successeur préférable, ni surtout l'intention qu'avait ce dernier de se présenter. En ce cas :

A. L'époux gagne les fruits échus ou perçus depuis l'envoi en possession jusqu'au jour où la pétition d'hérédité a été intentée contre lui. Il ne rend pas plus les fruits perçus pendant les trois ans qui ont suivi l'envoi, que ceux perçus après. Comme cet envoi était définitif, il est inexact de dire que l'indisponibilité qui frappe pendant trois ans les objets acquis en emploi des meubles, et la nécessité pour l'époux de fournir une caution dont l'obligation dure trois ans, aient constitué ce dernier en état de mauvaise foi.

B. Si ses actions ou ses inactions ont causé aux choses héréditaires des détériorations ou des dommages, devra-t-il indemniser le successeur préférable? On a proposé de distinguer entre les actions et inactions intervenues pendant les trois ans qui ont suivi l'envoi, et celles intervenues plus tard, pour rendre l'époux responsable des premières, non des secondes. Nous n'approuvons pas cette distinction : l'envoi est définitif, et le droit de l'époux à l'hérédité est le même pendant les trois ans qu'après; la preuve en est que l'époux est affranchi de toute obligation de garantie quant aux immeubles. Ce n'est donc pas des garanties exigées pour la restitution des meubles, que l'on peut conclure à la fragilité du domaine de l'époux, puisqu'en suivant cette idée, le domaine serait provisoire quant aux meubles, et définitif quant aux immeubles, ce qui est absurde. Nous estimons que l'époux sera, de ce chef, exonéré de responsabilité. Car son titre était définitif, il possédait à titre de propriétaire, et devait

se croire tel. La théorie contraire aboutirait à lui interdire pendant trente ans tout acte de maître sur l'hérédité, pour sauvegarder les droits imaginaires d'un successeur qui ne se présentera probablement jamais. Il n'est donc tenu que de son enrichissement. Quant aux dépenses nécessaires ou utiles par lui faites, on applique les règles du droit commun.

C. On se demande enfin si les actes qu'il a passés avec les tiers sont maintenus ou annulés. Il est certain que les actes d'administration, payements faits ou reçus, baux consentis, sont maintenus, ces actes pouvant être accomplis, même par un *non dominus*. Les aliénations de meubles corporels consenties par l'époux à des tiers de bonne foi sont également maintenues, de par la règle « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». Mais on se demande si les aliénations de meubles corporels au profit de tiers possesseurs de mauvaise foi, ou de meubles incorporels au profit de possesseurs quelconques, si les aliénations d'immeubles à titre gratuit et surtout à titre onéreux sont maintenues.

a. Un premier système les annule sans distinction, par la raison que l'époux, comme tout successeur irrégulier, n'a qu'une propriété précaire et provisoire, tant que la pétition d'hérédité n'est pas prescrite. Une circulaire de l'administration des domaines, du 10 prairial an VI, et une instruction du ministre des finances, du 13 avril 1832, tranchent la question dans ce sens.

b. M. Demolombe distingue entre les aliénations intervenues pendant les trois ans qui suivent l'envoi, et celles intervenues plus tard, pour annuler les premières, et valider les secondes.

c. Enfin d'autres auteurs, à l'opinion desquels nous nous rangeons, valident ces actes sans distinguer entre eux, par la raison que les actes de l'héritier apparent, auquel le successeur irrégulier apparent doit être de tout point assimilé, dès qu'il a obtenu la saisine, sont valables. D'ailleurs, la circulaire du ministre des finances est destituée de toute valeur légale, et la distinction tirée de cette idée que pendant les trois ans qui suivent l'envoi, l'époux n'est qu'un propriétaire précaire, tandis qu'après ce délai il devient propriétaire définitif, est également inacceptable. Car l'obligation éventuelle de restituer, qui incombe à l'époux, n'est ni plus ni moins forte, à quelque moment que l'on se place dans le délai de trente ans, nécessaire pour prescrire la pétition d'hérédité. Pendant les trois ans qui suivent l'envoi, cette obligation est mieux garantie, mais non pas plus stricte qu'après. Le cautionnement n'altère en rien la nature de l'obligation qu'il garantit.

II. L'époux a négligé d'accomplir les formalités.

1. Si aucun successeur préférable ne se présente, ou si celui qui se présente ne triomphe pas, cette négligence n'entraîne aucune conséquence fâcheuse pour l'époux.

2. Il n'en est plus de même, si un successeur préférable se présente et triomphe. Le principe général, posé dans 1382, consacré dans 772, est que l'époux répondra du préjudice que sa négligence aura causé au successeur préférable. D'où il suit que l'omission d'une formalité quelconque ne constituera pas l'époux dans un état général de mauvaise foi, mais dans une mauvaise foi restreinte et relative à l'objet de la forma-

lité omise, et encore faudra-t-il que cette omission ait causé préjudice au successeur préférable.

A. Il se peut que l'époux ait obtenu l'envoi, mais qu'il ait omis soit d'apposer les scellés, ou de faire inventaire, soit de fournir caution, ou de faire emploi du mobilier. Car ces deux formalités peuvent n'intervenir qu'après le jugement d'envoi en possession.

a. Il a négligé l'apposition des scellés et la confection de l'inventaire. Le successeur préférable pourra établir la consistance de la succession par tous les moyens possibles, titres, témoins ou commune renommée, le tout aux frais de l'époux. De plus, s'il est certains biens qui ne se retrouvent que trop tard, ou point du tout, il pourra y avoir là matière à dommages-intérêts.

b. De même, si l'époux n'a ni fourni caution, ni fait emploi du mobilier. Il pourra être tenu à des dommages-intérêts. Il est vrai que l'inobservation de cette formalité ne peut nuire au successeur préférable que si l'époux est insolvable, en sorte que cette créance de dommages-intérêts sera inutile. Mais elle peut cesser de l'être, si l'époux devient solvable. D'ailleurs, même en supposant l'époux solvable, le défaut d'emploi ou de caution pourra occasionner des retards ou difficultés de recouvrement, qui feront naître une créance de dommages-intérêts L'omission de ces deux formalités n'aura donc que des conséquences toutes relatives à leur objet, et n'influera ni sur la restitution des fruits par l'époux, ni sur sa responsabilité des détériorations, ni sur la validité des actes accomplis par lui.

B. Mais il se peut que l'époux n'ait point obtenu l'envoi, et ait omis les formalités qui y conduisent, je veux dire les insertions et affiches, qu'il se soit mis de

son autorité privée en possession de l'hérédité. Les conséquences de cette omission seront plus graves, l'objet de la formalité étant plus large. Cet objet était d'avertir les successeurs préférables qui pourraient vouloir se présenter, et de leur démontrer la nécessité de se hâter, pour devancer l'époux.

a. En somme, quelles obligations incombent à l'époux, qui s'est mis de lui-même en possession ?

α. Relativement aux fruits. La question est de savoir si vraiment son omission le constitue en état de mauvaise foi. C'est une question de fait. Cette omission peut provenir d'une simple négligence, ou d'un vrai dol, s'il s'est mis en possession, sachant qu'il existait des successeurs préférables, ou craignant qu'il n'en existât sans le savoir au juste, et désireux de ne pas ébruiter la nouvelle de l'ouverture de la succession par une demande d'envoi en possession. L'omission ne le constitue donc pas de plein droit en état de mauvaise foi, d'où il suit que, conformément au droit commun, il restitue les fruits, s'il était de mauvaise foi, et les garde dans le cas contraire, ce qui s'examine en fait. On allègue en vain que cet époux n'a pas de titre. Son titre est dans la loi, dans sa qualité d'époux, cause de sa vocation héréditaire, et non dans le jugement d'envoi. Si donc c'est par suite de son omission que le successeur préférable a été empêché de se présenter, l'époux sera responsable, et n'en gagnera pas moins les fruits, s'il s'est mis en possession de bonne foi. Il est vrai qu'en ce cas, et malgré sa bonne foi, il pourra être tenu de les restituer, mais à titre de dommages-intérêts, et par une sorte de dation en paiement judiciaire.

β. De même pour les détériorations des objets héréditaires ; il s'agit de savoir s'il les a commises de bonne ou de mauvaise foi.

γ. Quant aux actes par lui passés avec les tiers, le principe est, je crois, qu'ils devront tous être rescindés. Car on ne peut plus dire que l'époux doit être assimilé à l'héritier apparent, et les tiers sont en faute d'avoir traité avec un successeur irrégulier, qui n'a pas obtenu l'envoi. Tout au plus pourrait-on maintenir les actes de pure administration, à l'égard desquels les tiers ne sont pas en faute de ne pas avoir vérifié le titre de celui qui se gérait publiquement comme propriétaire. C'est ainsi que le payement fait à l'époux par un débiteur héréditaire pourrait être nul, comme fait à un non-possesseur de la créance.

La pétition d'hérédité dure trente ans, délai qui court depuis l'ouverture de la succession, si l'époux a obtenu plus tard l'envoi, depuis son appréhension de fait, s'il s'est mis lui-même en possession sans obtenir l'envoi. — En somme, cette matière est purement et simplement sous l'empire du droit commun, représenté soit par la théorie des fautes, soit par celle de la bonne ou mauvaise foi, soit par celle des pouvoirs de l'héritier apparent.

b. Quels droits résultent pour l'époux de cette appréhension de fait, sans formes ni jugement ?

α. On prétend qu'elle lui permet d'écarter un héritier plus proche, qui voudrait ultérieurement revenir sur sa renonciation, sous prétexte que cette appréhension vaut acceptation. Nous ne le croyons pas ; si cette immixtion extralégale peut valoir comme acceptation, c'est uniquement à l'égard des créanciers, mais non à

l'encontre des héritiers préférables, que les formalités omises étaient destinées à avertir.

β. Cette appréhension de fait n'empêcherait pas non plus l'État de prendre l'hérédité, soit en se faisant envoyer lui-même en possession, dans les trente ans qui suivent l'ouverture de la succession, soit en l'occupant comme biens vacants, ce délai écoulé.

En somme, cette appréhension de fait est impuissante à fonder aucun droit au profit de l'époux. Nous avons vu qu'elle lui impose une lourde responsabilité dans ses rapports avec les successeurs préférables, et peut-être dans ses rapports avec les créanciers héréditaires, qui pourraient le poursuivre, considérant son immixtion comme une acceptation à leur égard. (Sur toute cette matière, voyez M. Demolombe, *Successions*, t. II, nos 169-177, 198-257.)

CHAPITRE DEUXIÈME

Critique du système de la loi.

On voit combien humble est la place qu'occupe l'époux dans l'économie du système successoral, et il est impossible de ne pas en être choqué. Si en effet l'affection que portait le *de cujus* à l'héritier est à la fois la cause et la mesure de la vocation ab intestat, il est certain que l'époux méritait un rang meilleur.

I. On a tenté de justifier ce résultat :

1. Les époux, a-t-on dit, ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes de n'avoir point adopté la communauté, régime favori du Code, qui accorde à l'époux survivant une récompense convenable. Et d'ailleurs, pourquoi l'époux n'a-t-il pas assuré par des dispositions formelles le sort du survivant?

2. Cet essai de justification repose sur des assertions inexactes; si la communauté est le régime favori du Code, les autres ne sont pas défavorables, et il est inadmissible que la loi ait entendu frapper l'adoption d'un de ces régimes d'une déchéance aussi grave et aussi injuste; d'ailleurs l'adoption du régime de communauté ne préviendrait les inconvénients du système du Code, qu'au cas où l'association conjugale aurait été fructueuse, ce qui peut fort bien ne pas arriver. Quant à la faculté pour le *de cujus* d'assurer par une disposition testamentaire le sort du survivant, nous savons qu'elle existe. Mais la vocation ab intestat a précisément pour objet de faire par avance l'office du testateur, en prévision du cas où il ne s'en acquitterait point. D'autant mieux que l'époux peut avoir été surpris par la mort avant d'avoir testé; qu'en outre, il a pu être dissuadé de tester par des préventions ou des ressentiments, qui ne l'auraient sans doute pas déterminé à exhéréder son conjoint, si la vocation de ce dernier eût été vraiment efficace. Et d'ailleurs son testament, en admettant qu'il en ait fait un, ne peut-il pas être nul?

II. On peut alléguer des moyens plus justes à l'appui du système de la loi :

1. Il est vrai que la proximité de la vocation de chaque héritier se mesure à l'affection que le défunt

avait pour lui; mais cela n'est exact que dans le cercle de la famille légitime, à laquelle le législateur relie la famille naturelle, comme une annexe honteuse. La communauté d'origine, le lien du sang est le principe fondamental du droit successoral. Il est donc naturel que la loi ait considéré l'époux comme un étranger, en tant qu'il s'agirait pour lui de concourir avec les cognats, et ne lui ait créé une situation prépondérante qu'à l'encontre de l'État. Cela se comprend d'autant mieux que l'affection conjugale, cause de la vocation du survivant, n'est point, comme celle qui dérive de la communauté d'origine, une affection mesurée, régulière et sûre. C'est une tendresse mobile, qui affecte en ses écarts fréquents une exagération regrettable, et dont les soubresauts n'offrent qu'une image trop fidèle du cœur humain soulevé par les passions. Les rapports conjugaux sont en outre facilement sujets à s'aigrir, et juger de l'affection que portait le *de cujus* à son conjoint lors de sa mort, par celle qu'il lui portait dans les premiers temps du mariage, serait souvent faire un faux calcul. Combien nombreux sont les époux, pour qui le mariage n'est qu'une lourde chaîne, qu'ils traînent avec une résignation morne, entrecoupée de plaintes amères! On conçoit donc que la loi ait abandonné au *de cujus* le soin d'exprimer lui-même cette tendresse, et n'ait pas affiché la prétention de l'évaluer par une formule inerte et immuable. Et d'ailleurs, pourquoi le lien du sang est-il la base de notre système successoral? Parce que, dans un intérêt politique et social, le législateur se propose de conserver les biens dans les familles, pour conserver les familles elles-mêmes. Or l'époux constitue la famille, sans, à vrai dire, en faire

partie. Car il reste dans sa famille naturelle, sans entrer dans celle de son conjoint, absolument comme faisait la femme romaine mariée sans *manus*. La loi ne devait donc pas, en conférant à l'époux des droits successoraux efficaces, faire passer les biens de la famille du *de cujus* dans celle du survivant.

2. Ces considérations ne sont pas sans force, et l'édit du prêteur se les était appropriées, puisqu'il n'appelait le conjoint qu'en dernière ligne, à l'exclusion du fisc. Et toutefois nous maintenons notre critique. Qu'on fasse passer l'époux après la famille légitime, cela peut encore se concevoir, mais après la famille naturelle, cela est exorbitant, c'est une véritable prime donnée à la famille naturelle, et l'époux se trouve ainsi dans une situation blessante et indigne. Il est probable que le *de cujus* lui portait une affection plus vive qu'à la plupart des autres successeurs qu'on lui préfère. Que cette affection soit mobile et incertaine, qu'elle puisse avoir disparu, je le concède; mais la présomption est qu'elle existe. Cette présomption, l'époux pouvait la détruire, s'il la trouvait fausse, en déshéritant son conjoint, et mieux valait présumer entre les époux l'affection que la haine. Il suffisait pour cela de conférer à l'époux un rang meilleur, sans le faire entrer dans l'ordre des réservataires. Quant au danger de faire passer les biens du *de cujus* dans une famille étrangère, il était facile d'y échapper, en ne conférant au conjoint survivant qu'un droit d'usufruit. Le système de la loi est donc vicieux, d'autant plus que le survivant n'a aucune action alimentaire contre la succession de son conjoint prédécédé. Il se peut que le survivant, lors de la dissolution du mariage, passe d'une position bril-

lante à la gêne, peut-être à la détresse, en face d'héritiers qui, pauvres la veille, se trouvent peut-être enrichis par une succession sur laquelle ils ne comptaient pas, et dont la loi ne distrait pas une obole, pour assurer au survivant une situation décente. En pareil cas la détresse du survivant est une injure à la mémoire du prédécédé. Mais, dit-on, ce dernier aurait pu, par une disposition expresse, assurer une situation décente à son conjoint ; s'il ne l'a point fait, c'est sans doute qu'il avait pour cela les meilleures raisons du monde et de graves sujets de plainte. Même en admettant qu'il en fût ainsi, il était moins équivoque et plus sage de mettre cet époux dans la nécessité d'accentuer son ressentiment de l'offense par une exhérédation formelle. Quant à l'obligation alimentaire, il semble qu'elle devrait exister entre époux, et survivre à toutes les querelles de ménage, si graves qu'on les suppose, parce que tout époux contracte l'obligation morale d'assurer coûte que coûte à son conjoint un veuvage décent et honoré.

C'est ainsi que le législateur romain avait accordé à la veuve pauvre et non dotée le quart des biens du mari. Ces dispositions avaient également cours dans les provinces de droit écrit. Les coutumes n'avaient pas manifesté moins de sollicitude pour la situation du conjoint survivant, à laquelle elles avaient pourvu par l'institution de gains nuptiaux, et surtout par celle du douaire. Il est étrange qu'en face de ces précédents législatifs les rédacteurs du Code n'aient point pris de mesures analogues. Ils en ont eu toutefois l'intention, et c'est par suite d'une regrettable méprise que cette intention n'a pas abouti. Maleville fit observer que notre chapitre avait omis une disposition consacrée

par une jurisprudence séculaire, d'après laquelle l'époux survivant, pauvre et non appelé à la succession de son conjoint prédécédé, avait droit à une pension. A cette observation fort juste, M. Treilhard répondit que, par l'art. 55 du Projet (754 du Code), on accordait à l'époux l'usufruit d'un tiers des biens, ce qui était une erreur complète. C'est ainsi que le conseil d'État, trompé par cette réponse erronée, a introduit à son insu dans nos lois une lacune qui n'existait point dans la législation antérieure. Cette situation a d'ailleurs attiré l'attention du législateur moderne. En 1849, on proposa d'accorder au conjoint survivant une action alimentaire contre la succession du prédécédé. Mais ce projet n'aboutit qu'à un avortement d'autant plus regrettable, que la plupart des législations européennes, parmi celles-là même qui offrent avec notre Code la plus fidèle analogie, ont adopté des mesures plus libérales et plus justes à l'égard du conjoint survivant. Il est à souhaiter que la législation n'ait pas dit son dernier mot sur cette matière.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — La donation rémunératoire est prohibée entre époux, sauf en un cas unique (p. 66-74).

II. — Pour que la prohibition s'applique, il faut toujours supposer un contrat, et non point un simple acte unilatéral du donateur ; car un tel acte est impuissant à produire donation (p. 79-86).

III. — L'époux donataire possède *naturaliter*, et n'usucape point. Mais il a l'interdit *unde vi* (p. 129-133).

IV. — En principe, l'époux donataire est un possesseur de mauvaise foi. Il est donc tenu de la revendication pure et simple avec la rigueur que comporte sa mauvaise foi ; mais il n'est jamais tenu de la *condictio*, que dans les limites de son enrichissement actuel (p. 133-152).

V. — Avant la *litis contestatio*, il est, sauf de légères différences, tenu comme un possesseur de mauvaise foi; outre la chose, il est tenu, et par une revendication, de restituer les fruits exstants, tant industriels

que naturels, mais seulement les *fructus perceptos*, non les *fructus percipiendos* (p. 133-152).

VI. — Après la *litis contestatio*, il est tenu, comme un possesseur de mauvaise foi, de son dol, de sa faute, et du cas fortuit, et doit restituer les fruits consommés depuis ce moment, tant naturels qu'industriels, tant les *fructus perceptos* que les *fructus percipiendos* (p. 133-152).

VII — Dans le droit des Pandectes, le sénatus-consulte ne s'applique qu'aux *donationes rerum*, et non aux simples promesses de donation, qui restent nulles, comme par le passé. Dans le droit des Novelles, la Novelle 162 assimile les promesses de donation aux *donationes rerum* (p. 156-167).

VIII. — Les donations entre époux ont toujours été exemptes de la loi *Cincia*, et n'ont été soumises à l'insinuation que par Justinien (p. 176-183).

IX. — La veuve pauvre ne recueille point sa part à titre d'héritière, mais à titre de créancière héréditaire, par une *condictio ex lege* (p. 206-210).

DROIT CRIMINEL.

I. — La garantie constitutionnelle, organisée par l'art. 44 de la Charte de 1830, ne s'applique pas au député simplement élu, dont les pouvoirs n'ont pas encore été vérifiés.

II. — La concubine entretenue dans le domicile conjugal ne peut pas être poursuivie comme complice de l'adultère du mari.

DROIT PUBLIC.

I. — Une réunion électorale doit être considérée comme publique, et tomber sous le coup de l'art. 9 de la loi du 6 juin 1868, lorsqu'elle a lieu dans un local loué à cet effet, et qu'il est constant en fait que les personnes qui y sont admises ne sont point connues du citoyen qui leur fait distribuer des cartes d'invitation et les reçoit.

II. — Les tribunaux français ont toujours qualité pour réviser au fond les jugements étrangers qu'ils sont chargés de déclarer exécutoires.

DROIT CIVIL.

I. — Toute libéralité qui intervient entre époux est nécessairement une donation entre-vifs, ou un legs (p. 357-359).

II. — La donation qui intervient entre époux, pendant le mariage, n'est jamais caduque par le prédécès du donataire (p. 367-377).

III. — L'art. 1094 est tantôt extensif, tantôt restrictif du disponible ordinaire (p. 396-419).

IV. — La nature de la libéralité n'a pas d'influence sur le chiffre du disponible de l'art. 1094 ; l'art. 917 est également inapplicable aux dispositions d'usufruit et de rente viagère intervenues entre époux (p. 422-436).

V. — Ne sont pas soumises à l'art. 1098 les donations faites par le conjoint remarié aux enfants communs issus du nouveau mariage (p. 452-454).

VI. — Un conjoint remarié plusieurs fois ne peut donner à tous ses nouveaux conjoints réunis qu'une part d'enfant le moins prenant, sans que cette part puisse jamais dépasser 1/4 (p. 471-479).

VII. — L'action en réduction de l'art. 1098 appartient exclusivement aux enfants du premier lit, jamais à ceux du second (p. 493-503).

VIII. — Mais, exercée par ceux du premier lit, elle profite à ceux du second (p. 504-508).

IX. — Les donations déguisées ou par personnes interposées faites par un époux à son conjoint sont toujours et absolument nulles, à la différence des donations indirectes, simplement réductibles (p. 513-527).

X. — Le cumul du disponible ordinaire avec l'élément d'usufruit du disponible entre époux est toujours concevable, vu leur différence de nature ; tandis que celui du disponible ordinaire avec l'élément de propriété du disponible entre époux ne se peut concevoir, étant donnée leur divergence de nature (p. 542-545).

XI. — L'élément de propriété du disponible entre époux est ordinaire et principal; l'élément d'usufruit du même disponible est spécial et accessoire; en sorte que toute donation à l'époux s'impute d'abord, quand faire se peut, sur l'élément de propriété, qui se confond avec le disponible ordinaire (p. 545-546).

XII. — L'étranger ne peut jamais rien prendre sur le crédit spécial, ni profiter de ce qu'il existe (p. 546-547).

XIII. — Quand il s'agit de réduire deux legs excessifs faits à l'étranger et à l'époux, la commune mesure de ces deux legs s'obtient en faisant prélever par l'époux le crédit spécial, et par l'étranger l'excédant du disponible ordinaire sur l'élément de propriété du disponible de l'art. 1094, s'il y a lieu (p. 562-572).

Vu : le Doyen de la Faculté de Droit de Paris,

Pour le Doyen absent :

VALETTE.



Vu : le Président de la Thèse,

G. DEMANTE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-recteur de l'Académie de Paris,

Vu pour le Vice-recteur :

L'Inspecteur de l'Académie,

A. NISARD.

Paris. — Imprimerie de E. DONNAUD, rue Cassette, 9.