64

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DES

DONATIONS ENTRE ÉPOUX

(PENDANT LE MARIAGE)

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

DISSERTATION

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE,

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR.

PAR

M. GUSTAVE MALAVIALLE,

AVOCAT.

TOULOUSE

IMPRIMERIE DE BONNAL ET GIBRAC,

RUE SAINT-ROME, 46.

—

1861

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

DES

DONATIONS ENTRE ÉPOUX

PENDANT LE MARIAGE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS.

APERÇU GÉNÉRAL.

La donation est de droit naturel, comme le droit de propriété, dont elle n'est qu'une émanation. Elle est un moyen (1) de transmettre à autrui le droit de propriété, dont on est soi-même investi. « Le don, dit M. Thiers, est la plus noble manière d'user de la propriété » (2).

La donation a pris naissance, comme le dit Ricard (3), avec la société des hommes, qui ne se sont pas plutôt fréquentés, qu'ils ont cherché par des libéralités et des présents réciproques à s'entretenir en amitié. C'est un besoin pour l'homme de pouvoir combler de bienfaits ceux qu'il affectionne : la donation lui permet de satisfaire son penchant à la bienfaisance.

(1) A Rome, la donation n'avait pas par elle-même la force de transférer la propriété : Elle n'était qu'une *juste cause* d'acquisition.

(2) M. Thiers, *de la Propriété*, liv. 1, chap. 8, p. 58.

(3) Ricard, *traité des Donations entre vifs et testamentaires*, tom. 1, p. 2.

Les libéralités entre époux semblent être les plus légitimes et les plus dignes de faveur, puisqu'elles sont pour eux un moyen de se témoigner leur affection et leur reconnaissance. — Cependant toutes les législations ont vu d'un œil peu favorable les libéralités, qui interviennent entre époux pendant le mariage, et elles les ont assujetties à des règles toutes particulières, lorsqu'elles ne les ont pas complètement proscrites. — C'est que la donation doit avoir un caractère certain de spontanéité : *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur* (1); et qu'entre de telles personnes, on a à craindre la passion et l'entraînement.

D'ailleurs, la donation, en général, a toujours attiré l'attention du législateur, qui a cherché à la restreindre le plus possible. Emanant d'un mobile passionné, elle offre souvent de grands inconvénients ; aussi protection du donateur contre lui-même pour son entraînement irréfléchi, protection des créanciers, de la famille.... tels sont les intérêts que la loi doit sauvegarder et qui lui ont fait apporter des entraves à la libre faculté de disposer à titre gratuit.

Si l'on entoure de tant de précautions les donations ordinaires, que ne doit-on pas faire pour réglementer les libéralités, qui interviennent entre époux ? — *Lex arctiùs prohibet, quod faciliùs fieri putat.*

En droit romain elles furent pendant longtemps prohibées, et lorsque, en l'an 206, sous le règne d'Antonin Caracalla, on les autorisa, ce ne fut qu'à la condition qu'elles ne seraient définitives qu'après avoir été confirmées par la

(1) Papinien, l. 82; Dig. *De regulis juris*, lib. L, t. XVII.

mort du conjoint donateur : celui-ci eût, jusqu'à ce dernier moment, le droit de revenir sur sa libéralité.

Dans notre vieille France, ce dernier état du droit romain fut adopté dans les *pays de droit écrit*.

Dans les *pays coutumiers*, on se montra plus sévère, et on prohiba en général toutes donations entre mari et femme pendant le mariage (1); on n'autorisa que le *don mutuel*.

La loi révolutionnaire du 17 nivôse an II est la seule qui se soit montrée favorable aux libéralités entre gens mariés. Elle permit implicitement aux époux, par son article 14, de se faire des donations irrévocables : elle se borna simplement à fixer une quotité disponible, qu'on ne pouvait excéder.

Mais un tel état de choses n'eut pas une longue durée, et, en 1804, le Code Napoléon, s'inspirant de toutes les législations antérieures, a adopté un système, qui semble concilier l'intérêt des époux avec la dignité du mariage : il autorise les donations entre époux ; mais, comme elles peuvent être inspirées par un amour passionné et aveugle, ou arrachées par les obsessions incessantes de l'un des conjoints envers l'autre, il veut qu'elles soient *essentiellement révocables*. Le législateur moderne a placé le remède à côté du danger, et a ainsi sauvegardé tous les intérêts.

Telles sont, en résumé, les diverses phases, qu'a subies la législation des donations entre époux et dont l'étude va faire l'objet de notre travail.

(1) V. Cout. de Paris, art. 220 ; — C. d'Orléans, art. 280.

PREMIÈRE PARTIE.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

EN DROIT ROMAIN (1).

CHAPITRE Ier.

Epoque antérieure au sénatus-consulte d'Antonin Caracalla.

I. A Rome, les donations entre-vifs d'époux à époux furent, pendant longtemps, frappées de prohibition, et ce ne fut qu'en l'an 206 qu'un sénatus-consulte célèbre, proposé par Antonin Caracalla, apporta quelque adoucissement à ce principe rigoureux. — Examinons les principales causes d'une telle prohibition.

II. D'abord, il est incontestable que, pour qu'il y ait possibilité de donations entre deux personnes, il faut que chacune ait une individualité distincte et un patrimoine séparé. Or, à Rome, dans les premiers temps, la constitution despotique de la famille ne laissait pas à chacun des époux cette individualité nécessaire, pour permettre des donations de l'un à l'autre. La femme, en se mariant, sortait de sa famille pour tomber sous la puissance de son

(1) Dig. lib. XXIV, tit. I, *De donationibus inter virum et uxorem.* — Code lib. V, tit. XVI, *ibid.*

mari, *conveniebat in manum mariti*, suivant l'énergique expression des jurisconsultes romains. Elle était considérée comme sa fille, *filiæ locum obtinebat* (1). Sa personne juridique était supprimée; par la seule force de la *manus*, sa personne et ses biens étaient absorbés dans la personne et les biens du mari : *quum mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine* (2).— On comprend que, sous un tel régime d'association, il ne peut point être question de donations entre époux.

III. La *manus* fut probablement à l'origine la seule forme d'association conjugale et accompagna, de plein droit, tous les mariages romains (3). Mais le pouvoir exorbitant de ce régime devait disparaître progressivement avec la barbarie des vieux Romains. Déjà, à l'époque de la loi des XII tables, cette puissance souveraine du mari n'est plus virtuellement attachée à la formation du mariage. Le mari n'en est investi que lorsque le mariage a été célébré avec les solennités religieuses de la *confarréation* ou avec les cérémonies civiles de la *coemption*. Il peut encore acquérir cette puissance au moyen de l'*usucapion*, c'est-à-dire, en possédant la femme un an continu sans qu'elle se soit absentée pendant trois nuits consécutives de la maison conjugale (4).

IV. Le mariage accompagné de la *manus*, grâce à son antique origine, était considéré comme le plus honorable pour la femme : c'était le mariage véritablement romain. Cependant, comme il faisait violence à la nature humaine, il fut, peu à peu, délaissé et remplacé par le mariage *libre*.

(1) Gaius, Com. 1, § 111.
(2) Cicéron, *Topica*, c. 4.
(3) V. M. Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal*, p. 55.
(4) V. Gaius, Com. 1, § 110 et suiv.

Au temps de Gaius et d'Ulpien, l'acquisition de la *manus* par l'usage, *usu*, n'existait plus : *hoc totum jus*, dit Gaius, *partim legibus sublatum est, partim ipsâ desuetudine oblitteratum* (1). Sous les empereurs chrétiens dut disparaître le mode païen de la *confarreatio*. Quant à la *coemptio*, elle tomba bientôt en désuétude et ne fut employée que pour des cas étrangers au mariage. Aussi l'on peut dire que, bien avant Justinien, la *manus* avait complètement disparu ; sous cet empereur, il n'en reste aucune trace dans la législation.

V. Avec le mariage *libre*, la femme acquiert sa personnalité juridique; elle ne tombe plus sous la puissance de son mari : elle reste *sui juris* ou soumise à la *patria potestas* de son chef de famille. Chaque époux pouvant alors avoir un patrimoine séparé, il peut intervenir entre eux toute espèce de contrat, et, par suite, des donations entre-vifs. Cependant, l'usage introduisit la défense de ces sortes de libéralités; elles furent prohibées d'une manière absolue : *moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.* » (Ulpien, L. 1, Dig. h. t.). Les jurisconsultes romains ont donné plusieurs raisons de cette coutume. Ulpien a prétendu que la prohibition avait été établie pour empêcher les époux de se dépouiller sous l'empire d'un amour mutuel : « *ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusâ erga se facilitate.* » (L. I, in fine, Dig. h. t). Et le jurisconsulte Paul ajoute qu'il ne faut pas que le soin d'un vil intérêt empêche les époux de soigner leurs enfants : « *nec esset eis studium potius educandi.* » (L. 2, D. h. t.).

VI. Enfin, Antonin Caracalla, dans son exposé des motifs

(1) Gaius, Com. 1, § 111, *in fine*.

(*oratio*) au sénat, s'exprimait ainsi : « *Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis æstimantes : famæ etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior, ditior fieret* (L. 3, D. h. t.). Suivant Sextus Cœcilius, on a voulu empêcher ces scandaleux marchés, qui mettaient à prix d'argent la paix et la continuation du mariage; on a tâché de sauvegarder l'intérêt des époux et de protéger la dignité du contrat le plus sacré et le plus inviolable : « *quia sæpè futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret, is qui posset; atque eâ ratione eventurum, ut venalitia essent matrimonia.* » (L. 2, D. h. t.).

VII. Cette prohibition des donations entre époux existe probablement depuis les temps les plus reculés. Cujas la fait remontrer aux lois de Solon et aux XII tables : « *jus est ex Solonis legibus, et ut arbitror ex XII, veluti patria potestas, et interdicta prodigo bonorum administratio* (1). » Cependant, depuis la découverte des *fragments du Vatican* en 1823, par M. Maii, les auteurs les plus recommandables (2) lui assignent une date beaucoup plus récente. En se fondant sur un passage des *fragmenta Vaticana*, ils prétendent que les donations entre-vifs étaient permises aux époux en l'an 550 de la fondation de Rome, c'est-à-dire à l'époque de la promulgation de la loi *Cincia*, sur les *Donations*. Cette loi, qui limite le taux des donations en général, excepte de la limitation celles qui sont faites à certaines personnes favorables, au nombre desquelles se trouvent les époux : « *Excipiuntur et affinium personæ, ut privignus, privigna, uoverca, vitricus, socer, gener, nurus,* VIR *et* UXOR, *sponsus*

(1) Cujas, *Oper. omn.*, édit. de Naples, tom. 1, p. 784.

(2) M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 358, 2me édit. — M. Troplong, *préface du contrat de mariage*, p. LVIII, 3me édit.

et sponsa (1). » D'où la conséquence naturelle, que la prohibition des donations entre époux n'existait pas encore à cette époque. — Mais cette solution n'est pas rigoureusement exacte. Comme nous le verrons plus loin, la prohibition n'atteignait pas toutes les donations indistinctement; le législateur tolérait et voyait même avec faveur certaines libéralités, qui n'avaient pour les époux aucun inconvénient et aucun danger, et il peut très bien se faire que le § 302 des *Vaticana fragmenta* entende parler de ces sortes de donations. Ce qui rend plus vraisemblable cette dernière interprétation, c'est que les jurisconsultes romains font remonter la prohibition à un temps immémorial, indéterminé; ils la présentent comme la conséquence d'une vieille coutume ayant acquis depuis longtemps la force et le caractère du droit positif. — Elle semblerait donc être de beaucoup antérieure à la loi *Cincia*, et ce ne serait point seulement vers le VIe siècle de la fondation de Rome qu'elle se serait introduite, pour mettre un frein à la corruption des mœurs et à la pratique si fréquente du divorce, qu'on disait des dames romaines, qu'elles ne comptaient point les années par les fastes consulaires, mais par le nombre de leurs maris (2). Sans doute, à cette époque, on dut se montrer plus sévère pour réprimer les infractions à la prohibition; mais rien ne prouve, qu'elle n'existât point avant l'an 550. Toutefois, on ne peut pas assigner à son apparition une date précise, puisqu'il est de la nature d'une coutume de se former insensiblement et d'une manière latente par la suite des temps et des événements. *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudiue inveteratus* (3).

(1) *Vaticana fragmenta*, § 302, tit. VI, *de Donationibus ad legem Cinciam.*

(2) *Mulieres non consulum numero sed maritorum annos reputabant.* Sénèque, *de Benef.* liv. III, ch. XIII.

(3) Reg d'Ulpien, § 4, *de legibus et moribus.*

Voyons quelle était l'étendue de la prohibition : 1° quant aux *personnes*, et 2° quant aux *choses*.

Section première.

Des personnes comprises dans la prohibition.

VIII. Lorsqu'on est en présence d'une loi, qui prive certaines personnes d'un droit appartenant à la généralité des citoyens, on doit déterminer, d'une manière fixe et certaine, les limites de la prohibition. Recherchons donc quelles étaient les personnes qui étaient comprises dans la défense de se faire des donations entre-vifs.

IX. En principe, toute donation entre mari et femme, *inter virum et uxorem*, était frappée de réprobation. L'empereur et l'impératrice (*legibus soluti*) faisaient seuls exception à cette règle (1).

Dès que le mariage avait été contracté, toute donation entre-vifs, qui intervenait entre époux, était radicalement nulle. Mais les citoyens romains pouvaient contracter deux différentes espèces de mariage : on appelait l'un : *justæ nuptiæ*, et l'autre *concubinatus* (2). — Les *justæ nuptiæ* étaient le mariage légitime ; elles donnaient aux époux les titres respectifs de *vir* et *uxor*, et plaçaient les enfants dans la famille et sous la puissance paternelle du *pater familias*. Le *concubinatus*, au contraire, bien qu'étant un véritable mariage, expressément permis par les lois (3), ne produi-

(1) Const. 26, Code, *de don. inter vir. et ux.*, lib. v, tit. xvi.

(2) V. Pothier. *traité du Contrat de mariage*, n° 6.

(3) *Concubinatus per leges nomen assumpsit.* Marcianus, L. 3, § 1, in medio, Dig. *de concubinis*, lib. xxv, tit. vii.

sait aucun effet civil ni pour la femme ni pour les enfants. Aussi les prohibitions purement civiles ne s'étendaient pas au concubinat. Les personnes unies par un tel lien pouvaient parfaitement se faire des donations, quoique une telle union eût été contractée avec l'intention de la continuer jusqu'à la mort de l'un des conjoints. — Cujas, dans son commentaire du titre du Code *De don. inter vir. et ux.*, nous donne la raison de cette différence : *Cur autem concubinæ donare licet, non uxori? Quia scilicet quò plenior est affectio et dignitas conjugalis, eò fuit refrœnanda magis; alioquin nullum facerent finem donandi invicem, et spargendi munera* (1). Ajoutons, avec M. de Savigny (2), que c'était surtout la pureté et la dignité du mariage, qu'on avait voulu préserver de toute atteinte, et qu'il était naturel qu'on ne se préoccupât pas d'unions moins respectables. — Bien plus, les donations entre *concubins* n'étaient nullement révoquées lorsqu'ils contractaient plus tard les justes noces : « *Donationes in concubinam collatas, non posse revocari convenit; nec si matrimonium inter eosdem posteà fuerit contractum, ad irritum recidere, quod antè jure valuit* (3). » — D'après le droit strict, les militaires auraient pu donner valablement à leurs concubines, *focariis*; mais Antonin-le-Pieux, par une faveur spéciale, décida que de telles donations ne pourraient pas être ramenées à effet : « *Milites meos*, dit-il,... *fictis adulationibus spoliari nolo.* » (Const. 2, Code, h. t. lib. V, t. XVI).

X. La défense de se faire des donations entre-vifs n'existait donc, en principe, que pour les époux légitimes, *inter virum et uxorem*. Il était, par conséquent, de la plus grande

(1) Cujas, t. IX, p. 494.

(2) Traité de *Droit romain*, t. IV, p. 168, traduit de l'allemand par M. Guenoux, 2me édit. 1856.

(3) Papinien, L. 31, Dig. *de Donationibus*, lib. XXXIX, tit. V.

importance de distinguer soigneusement le mariage légitime du concubinat. Comme ces deux unions se formaient par le seul consentement des parties, il était souvent difficile de savoir laquelle des deux on avait voulu contracter. Pour distinguer l'épouse de la concubine, il fallait avoir égard, selon Papinien et Paul (1), à l'affection, aux procédés et aux traitements dont la femme était l'objet. La concubine n'avait pas le titre honorable d'*uxor*, n'était pas l'égale de son mari, n'était pas associée à son culte et ne participait ni à ses dignités, ni à ses honneurs. Une femme ingénue et honnête était considérée comme *uxor*, à moins qu'on n'eût attesté par un acte formel qu'on n'entendait contracter avec elle qu'un concubinat (2). Quand un *instrumentum dotale* avait été rédigé, il était indubitable que le mariage, auquel il se référait, était légitime, puisqu'un tel acte servait à constater les conventions matrimoniales.

XI. Mais ce n'est pas tout d'avoir distingué les *justæ nuptiæ* du concubinat, il est, en outre, nécessaire de déterminer, d'une manière précise, le moment à partir duquel les futurs époux sont devenus *vir et uxor*, puisque c'est à ce moment que naît la prohibition de se faire des donations. Il est donc indispensable de savoir comment se formait à Rome l'union conjugale. Il nous semble qu'il résulte incontestablement de la loi 66, Dig. *de don. inter vir. et ux.*, que le consentement des époux suffisait pour donner au mariage sa perfection, indépendamment de la solennité avec laquelle la femme était ordinairement *deducta in domum mariti* (3). La tradition de la femme n'était nulle-

(1) *Concubina ab uxore solo dilectu separatur* (Paul *sent.* 2, t. 20, *de concubinis*) — Papinien, *de don.* L. 31 précit.

(2) Modestinus, L. 24, Dig *de ritu nuptiarum*, lib. XXIII, t. II. — Marcianus, t. 3, Dig. *de concubinis*, lib. XXV, t. VII.

(3) V. Ulpien, L. 30, Dig. *de diversis regulis juris*, lib. L, t. XVII.

ment nécessaire, pour parfaire le mariage : elle servait seulement de preuve pour en constater l'existence (1). Dans la loi 66, le jurisconsulte Scævola se demande ce qui arrivera de la donation faite par Seia à Sempronius avant la *deductio in domum* et la signature de l'acte dotal, et il décide qu'une telle donation sera valable, si elle a été faite *antè contractum matrimonium*, c'est-à-dire avant la convention, qui forme le lien conjugal, *quod* CONSENSU *intelligitur*, et dont la *deductio in domum mariti* n'est qu'une suite. Si, au contraire, ajoute Scævola, elle a été faite après que le consentement au mariage a été donné, elle sera radicalement nulle, bien que la *deductio* n'ait pas encore eu lieu.

XII. Une donation (2) projetée avant et achevée après le mariage serait aussi frappée de nullité. Si un fiancé, dit Ulpien (L. 5, Dig. h. t.) a donné à Titius, avant son mariage, une somme pour la remettre à sa fiancée, et que celui-ci ne l'ait remise qu'après les noces, la donation est nulle, bien que faite par l'intervention d'un tiers, parce qu'elle n'a été consommée qu'après le mariage. Mais, ajoute le même jurisconsulte, si Titius avait été interposé par la femme, longtemps avant le mariage, pour recevoir cette donation, elle serait confirmée, encore que Titius n'eût remis la somme qu'après les noces. Dans cette dernière hypothèse, la donation est valable, parce qu'elle a été consommée dès que le fiancé donateur a eu remis la somme à Titius, du consente-

(1) Sic, Ducaurroy, *inst. de just. expl.* tom. 1, p. 91, nº 118, 6me édit. — Etienne, ib. tom. 1, p. 102. — Contrà, Ortolan, ib. tom. 1, p. 195, 3e édit.

(2) La donation n'était qu'une aliénation gratuite qui se faisait comme toute autre aliénation, c'est-à-dire, sous Justinien, par *tradition* (inst. § 40 *De div. rer.*) et antérieurement par *mancipation*, ou *cessio in jure*, lorsqu'il s'agissait de choses *mancipi*. Dans l'ancien droit, la promesse de donner ne devenait obligatoire que par les formes de la *stipulation*; la libéralité convenue par simple pacte restait sans force. Justinien voulut qu'une telle convention fût un *pacte légitime*, obligatoire, comme la vente, par le seul consentement des parties.

ment de sa fiancée. Dans le premier cas, au contraire, la donation est inutile, puisque l'*interpositus*, agissant par délégation du mari, ne peut pas plus que lui rendre la femme propriétaire.

XIII. Les donations n'étaient prohibées qu'entre ceux qui avaient contracté les justes noces. On n'était plus dans l'esprit de la prohibition, quand il n'y avait pas mariage par suite d'un empêchement légal à sa validité. Si donc la fille d'un sénateur avait épousé le fils d'un affranchi (1), ou une femme de province un homme y exerçant une autorité publique (2), les donations étaient valides, puisque de tels mariages étaient nuls aux yeux de la loi. Cependant il n'était pas permis de les ramener à effet, *ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt* (L. 3, § 1, h. t.). Les libéralités étaient alors dévolues au fisc (L. 32, § 28, h. t.). On dérogeait toutefois à cette règle générale lorsque le donateur, à cause de son âge, était digne de la faveur de la loi ; par exemple, si une fille avait épousé, du consentement de son père, le fils de son tuteur, et si elle lui avait fait une donation, on lui accordait alors une action *utile*, pour revendiquer les choses données (L. 7, Code, h. t.). C'est ce qu'avait décidé l'empereur Alexandre, dans une de ses constitutions.

Une distinction était nécessaire, quand il s'agissait d'un mariage nul pour cause d'impuberté de l'un des contractants ; la donation avait-elle été précédée des cérémonies des fiançailles, elle était valable, parce qu'on pouvait prétendre que ces personnes n'étaient encore que fiancées, quoiqu'elles se traitassent respectivement d'époux et d'épouse ; dans le cas contraire, elle était radicalement nulle

(1) Celsus, L. 23, Dig. *De ritu nupliarum*, lib. XXIII, t. II.
(2) Paul, L. 38, ib.

(L. 32, § 27, D. h. t.). Dans la loi 65 qui, en apparence, ne tient pas compte de cette distinction, le jurisconsulte Labéon suppose évidemment l'existence des fiançailles entre le donateur et le donataire, lorsqu'il déclare valable la donation faite à une femme *quæ nondum viripotens nupserit.*

XIV. De même que la prohibition commençait avec le mariage, elle finissait avec lui. Les époux divorcés pouvaient donc en toute liberté se faire des donations, pourvu, bien entendu, que le divorce ait été fait dans les formes légales, *secundum legitimam observationem.* Ils étaient alors considérés comme deux étrangers, et nulle incapacité n'existait désormais entre eux. Il fallait, toutefois, que le divorce fût sérieux et ne fût pas le résultat momentané d'une entente entre les conjoints pour frauder la loi. Le divorce était censé réel, d'après les jurisconsultes Proculus et Cœcilius, dont le sentiment est approuvé par Javolenus, lorsque l'une des parties avait contracté un autre mariage, ou lorsqu'il s'était écoulé un temps assez long pour faire croire qu'elles n'avaient plus l'intention de se réunir (L. 64, Dig. h. t.).

XV. Le mari et la femme n'étaient pas les seules personnes qui fussent privées de la faculté de se faire des donations. La prohibition s'étendait encore à tous les membres de la famille de l'un des conjoints par rapport à tous ceux de la famille de l'autre. *Nec inter eas quidem personas, quarum juri subjecti sunt vir et uxor, qui quæve in eorum potestate sunt, donationes jure civili fieri possunt* (Ant., Const. 4, Code, h. t.).

La constitution de la famille romaine devait amener nécessairement une telle extension. Tous les membres d'une même *famille* étaient censés ne faire qu'une seule et même personne avec le *pater-familias*, sous la puissance duquel elles étaient placées. Au père de famille seul appartenait le titre

de propriétaire, et conséquemment toute acquisition faite par les personnes *alieni juris* se confondait dans le patrimoine du père de famille, *qui in domo dominium habet* (1). Celui-ci absorbait leur individualité. Tout bien advenu à un agnat devenait immédiatement la propriété du chef de famille (2). Il était donc indispensable, pour éviter les fraudes et ne pas rendre la prohibition illusoire, de l'étendre à tous les agnats de l'un des époux par rapport à l'autre conjoint ou à ses agnats. Ainsi, il était défendu au père de la femme ou de la bru de donner à son gendre ou à son fils (L. 3, § 6, h. t.). De même la mère ne pouvait donner à son fils non émancipé, puisque la libéralité aurait été acquise au père; mais, si elle donnait à son fils partant pour l'armée, la donation était valable et faisait partie du pécule *castrens* (3), à l'égard duquel celui-ci était considéré comme père de famille : *Filii familias in castrensi peculio, vice patrum-familiarum funguntur* (4). Lorsque les empereurs Honorius et Théodose eurent étendu le pécule *adventice*, établi par Constantin, à toute acquisition venant de la ligne maternelle (5), tout ce que le fils reçut de sa mère ou de ses parents maternels, lui appartint en propre et le père n'en eut que l'usufruit; dès-lors il fut permis à la mère de faire toute espèce de libéralités à son fils en nue-propriété, et de telles donations ne furent plus réputées faites entre époux. *Si, constante matrimonio, tibi mater donum tradidit : hanc in tuis bonis fecit* (6).

(1) Ulpien, L. 195, § 2, *in medio, de verb. signif.*, lib. L, t. XVI.
(2) Reg. d'Ulp. tit. XIX, § 18.
(3) Paul, *sent.* 3, t. IV, § 3.
(4) Ulp. L. II, D. *de* S. C. *Maced.*, lib. XIV, t. VI.
(5) Const. 1 et 2, Cod. *de Bonis maternis*, lib. VI, t. LX.
(6) Diocl. et Max. const. 19, Cod. lib. V, t. XVI. — Sous les empereurs Dioclétien et Maximien, dont les noms sont en tête de cette loi, le droit suivant lequel

XVI. Ce que nous venons de dire de la puissance paternelle s'applique également à la puissance dominicale. *Verbum potestatis non solum ad liberos trahimus, verum etiam ad servos* (L. 3, § 3, h. t.). Toute donation faite par un époux ou son esclave à l'esclave de son conjoint était donc radicalement nulle. Le même motif, qui a fait étendre la prohibition aux membres de la famille, voulait qu'on l'étendît également aux esclaves. Ceux-ci, en effet, étaient, à Rome, la *chose* du maître. Ils ne pouvaient rien avoir à eux. Tout ce qui leur aurait appartenu, s'ils avaient été libres, devait nécessairement appartenir au maître, dont ils étaient eux-mêmes la propriété. *Item nobis adquiritur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa adquirant : hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obvenit ; ipse enim servus qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest* (1).

XVII. Toutes donations réputées faites entre époux étaient donc prohibées. Cependant, si le donateur les confirmait expressément par testament, elles étaient ramenées à effet ; une telle confirmation prouvait suffisamment qu'il n'avait pas agi sous l'empire de regrettables entraînements.

ce qui provenait de la mère n'était pas acquis au père, n'existait pas encore ; mais il est vraisemblable que Tribonien a retranché la négation de ce rescrit, pour le rendre conforme au droit nouveau, comme il a fait dans bien d'autres endroits. Pothier, *Pandectes de Justinien*, lib. XXIV, t. I, n° IX.

(1) *Inst. de Just.* lib. II, t. IX, § 3. — V. Gaius, *Com.* II, § 87 et 89.

Section II.

Des donations permises. — Des donations prohibées.

XVIII. Les donations entre époux étant prohibées, il est essentiel de déterminer et de caractériser les actes que l'on doit considérer, comme une donation tombant sous le coup de la prohibition de la loi.

La prohibition des donations entre gens mariés est surtout ce qui a donné lieu aux anciens jurisconsultes de déterminer avec exactitude les caractères de l'acte juridique appelé *donation*. — La donation, telle que la comprenaient les jurisconsultes romains, est un acte *entre-vifs* par lequel une personne *s'appauvrit* volontairement en *enrichissant* une autre personne, qui le sait ou qui l'ignore (1). En effet, pour qu'il y ait donation, il faut qu'un acte juridique réunisse les conditions suivantes : que l'acte soit *entre-vifs*, que l'une des deux parties *s'enrichisse* de ce que l'autre *perd*, et enfin que celle-ci *veuille enrichir* l'autre partie à ses dépens. Il est très important de distinguer une véritable donation d'une simple libéralité. Toute donation est une libéralité ; mais toute libéralité ne constitue pas nécessairement une donation ; car, ainsi que le remarque M. de Savigny, on applique cette expression générale à des actes de générosité, à des

(1) M. de Savigny, *Traité de Droit romain*, traduit de l'allemand par M. Guenoux, t. IV, p. 4, n° CXLII. — Molitor définit la donation : « un acte qui implique un sacrifice de fortune, de telle sorte que ce sacrifice procure un avantage concernant le patrimoine, à une personne déterminée..... Ainsi, 1° aliénation dans le sens large du mot ; 2° avantage appréciable et concernant le patrimoine ; 3° intention libérale. Tels sont les éléments constitutifs de toute donation. » *Cours de Droit romain approfondi. — Obligations*, t. III, p. 97 et 98.

services rendus, par exemple, à la garde gratuite d'une chose, et même à l'émancipation d'un enfant. En pareil cas, il n'y a pas de donation, parce que l'un n'abandonne aucune partie de ses biens et que l'autre ordinairement ne s'enrichit pas. — Toutes les fois donc que, par l'effet de la libéralité, l'un des époux ne sera pas devenu *pauperior*, et l'autre *locupletior*, il n'y aura point une véritable donation tombant sous la prohibition de la loi (1).

§ 1er. — *Des donations permises.*

XIX. Certaines donations étaient permises entre époux, soit parce qu'elles n'avaient pas les caractères constitutifs de l'acte juridique appelé *donation*, soit parce qu'elles n'offraient aucun inconvénient ni pour le donateur, ni pour le donataire. — Examinons les principales libéralités qui pouvaient intervenir entre gens mariés. Etaient permises entre époux : 1° *les libéralités qui n'appauvrissaient pas le donateur;* — 2° *celles qui n'enrichissaient pas le donataire;* — 3° *les libéralités testamentaires;* — 4° *à cause de mort;* — 5° *à cause de divorce;* — 6° *à cause d'exil.*

Passons successivement en revue ces diverses espèces de libéralités.

XX. — A. — *Donations qui n'appauvrissaient pas le donateur.* L'appauvrissement de l'un des conjoints, par suite de la libéralité, était une condition essentielle pour qu'il y eût donation prohibée. Quand cette circonstance n'existait

(1) *Ea tantum donatio prohibetur inter conjuges, quæ accipientem locupletem facit, donantem pauperiorem.* Cujas, Comment. in lib. VI, quæst. Pauli, ad leg. 5, Dig. *de Prescriptis verbis*, t. 1, col. 666 E.—V. Mühlenbruch, *Doctrina pandectarum*, § 545, t. 1, p. 501.

pas, il est évident qu'il n'y avait aucun motif pour défendre un acte de cette nature. La loi pouvait sans danger laisser fléchir sa sévérité et permettre une libéralité, qui n'avait aucun effet désastreux pour la fortune de l'époux donateur. « *Cum igitur nihil de bonis erogatur, rectè dicitur valere donationem. Ubicumque igitur non deminuit de facultatibus suis qui donavit valet : vel etiam si deminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet* (L. 5, § 2, D. h. t.). »

Les textes nous fournissent un grand nombre d'espèces de libéralités valables entre époux, parce qu'elles n'appauvrissaient pas celui qui les consentait. — Quelquefois, il faut en convenir, les jurisconsultes romains se montrent un peu subtils dans leur appréciation. Mais n'oublions pas les paroles de Paul : « *Et sane non amarè nec tanquàm inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est ; sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes* (L. 28, § 2, Dig., h. t.). » L'époux n'était réputé appauvri, que s'il avait aliéné un bien faisant partie de son patrimoine, car il sacrifiait alors un droit acquis ; s'il manquait seulement l'occasion de s'enrichir, il n'était pas censé faire une donation à la personne, qui recueillait à son défaut. Ainsi, Ulpien et Julien déclaraient parfaitement valable la *renonciation* d'un époux à une succession ou à un legs, qui devait, par ce fait, passer à son conjoint, qui lui était substitué ou appelé *ab intestat* (L. 5, § 13 et 14, Dig. h. t.). De même lorsqu'un époux était prié par fidéicommis de restituer à son conjoint une hérédité, après en avoir prélevé une certaine portion (*præcepta certa quantitate*), s'il la restituait en totalité, cette restitution était inattaquable et ne constituait pas une donation prohibée ; car, d'après Celsus, un pareil acte constituait moins une donation, que l'accomplissement scrupuleux d'une obligation de conscience, et l'on

avait tout lieu de penser que le *de cujus* avait voulu qu'il en fût ainsi, bien qu'il ne l'eût pas ordonné (L. 5, § 15, Dig. h. t.). L'on devait, *à fortiori,* dit Ulpien, admettre la même décision dans le cas où le testament ne permettait au *fiduciaire* aucune retenue sur les biens héréditaires, de sorte qu'il n'aurait pu en faire une qu'en invoquant le sénatusconsulte *Pégasien* (1).

XXI. Cependant les jurisconsultes romains ne restaient pas toujours fidèles au principe, qui voulait qu'il n'y eût donation prohibée, qu'autant qu'il y avait *diminution* du patrimoine du donateur. Ulpien et Julien déclaraient nulle la donation destinée à l'un des époux et faite, sur son ordre, à son conjoint, bien qu'il n'y eût pas appauvrissement pour celui qui avait refusé la libéralité. Mais les jurisconsultes, qui pénétraient le fond des choses, voyaient, dans un tel acte, deux opérations distinctes : 1° donation du *tiers* à *l'époux* ; 2° donation de *celui-ci à son conjoint*, et, en conséquence, ils frappaient la dernière de nullité. *Perindè habendum est, atque si ego acceptam, rem meam factam, uxori meæ dedissem* (L. 3, § 13, *in fine*, h. t.)

Nous trouvons, dans la loi 31, § 7 de notre titre, une solution tout-à-fait opposée à celle consacrée dans la loi que nous venons d'examiner. Pomponius déclare, dans ce texte, que le mari peut prier celui qui veut l'instituer de laisser sa succession à sa femme : *et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis deminuitur*. Il n'y a pas, cependant, antinomie entre ces deux textes ; ils s'appliquent à des hypothèses différentes : dans la première, il s'agit d'une disposition *entre vifs*, tandis que, dans le second, il s'agit d'une disposition *testamentaire*. On conçoit facilement que,

(1) Inst. de Justinien, lib. II, tit. XXIII, § 5, *de fideicommissariis hereditatibus.*

dans ce dernier cas, on se montre beaucoup plus indulgent pour valider la libéralité, puisque des *dispositions testamentaires* sont, de leur nature, beaucoup plus incertaines que des *donations entre vifs*, qu'on se propose de réaliser immédiatement.

XXII. Un époux pouvait-il donner à son conjoint la *chose d'autrui*? — Terentius Clemens, dans la loi 25, h. t., répond affirmativement à cette question : *confestim dicendum est ad usucapionem ejus uxorem admitti*. Mais il admet une telle solution par le seul motif qu'une telle libéralité laisse intact le patrimoine du donateur. Si donc celui-ci se trouvait amoindri, il faudrait annuler la donation. C'est, en effet, ce que déclare Pomponius, qui admet sur ce point le sentiment de Trebatius ; *si vir uxori vel uxor viro donaverit, si alienata res donata fuerit : verum est quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret usucapionem possidenti procedere* (1). La libéralité sera donc considérée comme non avenue, lorsque le donateur, réunissant toutes les conditions requises pour l'usucapion, aura abandonné la chance de devenr propriétaire (2). Mais comment l'époux donataire pourra-t-il usucaper, lui qui croit posséder la chose de son conjoint, et qui sait que les donations entre époux sont frappées de prohibitions ? On considère, sans doute, qu'il y a de sa part une erreur de fait, qui ne peut lui nuire, et qu'il possède de bonne foi, puisqu'il ignore effectivement le droit du véritable propriétaire : *plus est in re quam in existimatione*.

XXIII. Examinons actuellement une question qui a une certaine analogie avec la précédente. Demandons-nous si

(1) Pomponius, L. 3, Dig. *pro donato*, lib. 41, tit. VI.
(2) V. M. de Savigny, *Traité de Droit romain*, t. IV, p. 414.

l'un des époux peut acquérir, par usucapion, la chose de son conjoint Une réponse négative n'est pas douteuse, si le conjoint propriétaire a lui-même livré l'objet à l'autre époux. Mais *quid juris*, si c'est un tiers qui, à l'insu du propriétaire, a fait tradition en vertu d'une juste cause? Si les deux conjoints ignorent que la chose appartient à l'un d'eux, il n'y aura point évidemment donation et l'usucapion pourra légalement s'accomplir. Que décider lorsque le mari ou la femme, ou tous les deux conjointement, ont une parfaite connaissance de la véritable situation des choses? Doit-on admettre la même solution? — Il faut distinguer: — toutes les fois que le mari aura su qu'il est propriétaire des objets, que sa femme est en voie d'usucaper, et qu'il n'aura pas intenté la *revendication*, il y aura, de sa part, une libéralité tombant sous le coup de la prohibition, et il pourra, au moyen d'une *condictio*, faire rentrer dans son patrimoine les biens usucapés. Toutes les fois, au contraire, que le mari ignorera qu'il est propriétaire, la femme pourra valablement usucaper (puisqu'alors il n'y a nullement *animus donandi*), pourvu qu'elle ait été de bonne foi dès le début de la possession (1), car, dit le jurisconsulte Neratius, ce qui est défendu à la femme, ce n'est pas d'acquérir un bien du mari, mais de l'acquérir par une donation venue de lui. (L. 44, D. h. t.)

XXIV. Le non usage d'une servitude, dans l'intention de faire une donation à son conjoint, amenait son extinction; mais d'après le sentiment d'Ulpien (L. 5, § 6), l'époux donateur avait une *condictio* pour la faire revivre. De même, le conjoint qui, dans un procès, se laissait condamner, en n'opposant pas une *exception*, pouvait, au

(1) V. L. 48, § 1, Dig. *De adq. rer. dom.* lib. 41, t. 1.

moyen de la même action, faire révoquer la libéralité indirecte qu'il avait faite. (L. 5, § 7.)

XXV. — B. — *Donations qui n'enrichissaient pas le donataire.* De même que le donateur n'est réputé *appauvri* qu'autant que son patrimoine se trouve diminué, le donataire ne sera censé s'être *enrichi* qu'autant que la valeur de ce même patrimoine se trouvera augmentée.

Passons successivement en revue quelques-unes des libéralités que la jurisprudence romaine considérait comme n'enrichissant pas le donataire.

XXVI. Lorsque l'un des époux avait reçu de l'autre une chose, à condition qu'elle resterait parmi celles *qui sunt extra nostrum patrimonium*, la fortune du donataire n'était pas évidemment augmentée, puisque ce qui avait fait l'objet de la donation se trouvait mis hors du commerce ; aussi une telle libéralité était parfaitement valable, tant que la chose restait dans un état qui la mettait dans l'impossibilité de faire partie de la propriété privée. Le terrain dans lequel on avait inhumé, à perpétuelle demeure, le corps ou les os d'un homme libre ou esclave (1), devenait *religieux*, et, par conséquent, se trouvait mis hors du commerce, *res nullius* (2). Aussi l'un des époux pouvait-il faire à l'autre une donation *sepulturæ causâ* (L. 5, § 8, h. t.). Toutefois le terrain donné ne cessait d'appartenir à l'époux donateur, qu'autant que quelqu'un y était enterré, puisque c'était seulement de ce moment qu'il devenait *res nullius* (L. 5, § 9). Lorsque c'était l'un des conjoints qui devait lui-même y être inhumé, il semblait *inelegans*, que la donation eût son effet après la mort de l'époux donataire (3) ; mais la faveur

(1) Ulpien, L. 2, pr. et § 5, *De religiosis*, lib. XI, t. VII.
(2) Inst. Just. § 7, lib. II, t. 1. *De divisione rerum.*
(3) V. Gaius, *Com.* III, § 100.

d'une telle libéralité avait fait qu'on ne s'était pas arrêté à cette subtilité du droit. (L. 5, § 12.)

XXVII. D'après un rescrit de Dioclétien et de Maximien, le mari peut, durant le mariage, donner à sa femme un esclave pour l'affranchir. *Maritus manumissionis causâ servum mulieri constante matrimonio donare potest* (1). Le jurisconsulte Paul nous donne les motifs d'une telle décision : *Manumissionis gratia, inter virum et uxorem donatio favore libertatis recepta est, vel certe quod nemo ex hac fiat locupletior* (2). — L'affranchissement n'était pas toujours un acte purement désintéressé de la part du maître. Celui-ci exigeait souvent, comme prix de la liberté, une certaine somme d'argent. L'époux donataire, qui agissait de la sorte, augmentait évidemment son patrimoine ; dès-lors, il semble qu'il devait y avoir donation prohibée. Une solution aussi absolue ne serait pas exacte ; une distinction est nécessaire. Voici ce qui arrivait : l'esclave avait-il payé le prix de sa liberté avec l'argent de son pécule, c'était le mari qui en profitait, afin que la femme ne s'enrichît pas à ses dépens ; l'avait-il payé, au contraire, avec l'argent provenant d'un tiers, il appartenait au conjoint donataire. Tel est le sentiment de Julien que Ulpien approuve en ces termes : « *Quæ sententia recte se habet.* (L. 9, § 1, h. t.)

L'esclave pouvait être affranchi, ou immédiatement (*statim*), ou après un certain temps (*post certum tempus*). Toutefois, jusqu'à l'affranchissement, il restait sous la puissance de son ancien maître, et le donataire ne pouvait lui donner la liberté qu'au terme fixé. Souvent, on stipulait que l'affranchissement se ferait dans l'année : *intrà annum*. Si au bout de ce temps l'esclave n'avait pas été affranchi, on se demandait

(1) Const. 22, Code, *de Don. inter. vir et ux.* lib. v, t. xvi.
(2) Paul, *Sent.* lib ii, t. 23, § 2.

s'il l'était de *plein droit*, *ipso jure*, en vertu d'une constitution de Marc-Aurèle, qui statue sur un cas analogue. Ulpien et Papinien décident, d'après l'opinion de Sabinus, que le donataire ne peut plus affranchir l'esclave après le terme fixé et que la constitution ne peut pas être invoquée, parce que le donateur, n'ayant pas cessé d'être propriétaire, peut accomplir lui-même la condition qu'il avait imposée. (L. 7, § 8.) (1)

Gaius observe, dans la loi 8, h. t., que si le mariage se dissout avant que l'esclave soit affranchi, la donation est nulle, parce qu'elle est censée faite sous la condition qu'il sera affranchi avant la dissolution du mariage par mort ou par divorce. — Il est évident que la donation était encore nulle, quand l'esclave donné appartenait à la classe de ceux, qui ne pouvaient jamais obtenir le bénéfice de la liberté (L. 9, pr. h. t.).

XXVIII. La donation consentie par un époux à l'autre était valide, lorsqu'elle était faite plutôt dans la vue de réparer une perte qu'il avait éprouvée, que pour lui faire quelque avantage. Ainsi Paul enseigne que, si une femme a donné à son mari une somme d'argent pour faire rebâtir sa maison, qui avait été incendiée, la libéralité sera valable jusqu'à concurrence de ce qui sera nécessaire, pour payer les frais de reconstruction. Cujas en donne le motif suivant: « *At mulier ex ea pecunia non videtur facta locupletior, quæ tantum amiserat, quantum accepit* » (2). Et d'après

(1) La constitution de Marc-Aurèle s'appliquait à une hypothèse différente : elle supposait une vente d'esclaves faite avec charge d'affranchir dans un délai préfix, et, en cas d'inexécution de la part de l'acheteur, elle opérait de plein droit l'obligation de ce dernier.

(2) Cujas, comment. in lib. 71, Pauli, *ad edictum*, t. 1, col. 1569 B.

Mühlenbruch : « *Idque fit vel propter rem sivè causam, cujus gratiâ facta est donatio* » (1).

XXIX. Papinien déclare qu'il ne faut point considérer comme une donation la remise d'un gage, que l'un des époux fait à l'autre (2). Ce dernier, en effet, ne se trouve pas enrichi, il reste toujours débiteur ; on a dégagé seulement les garanties accessoires de sa dette. Si cependant, continue le même jurisconsulte, cette remise avait été faite en fraude des créanciers, il y aurait lieu à l'action Paulienne, pour la faire considérer comme non avenue.

Enfin il ne paraît pas qu'un époux ait fait un assez grand avantage à l'autre, en lui payant une dette avant son échéance, pour qu'il soit censé lui avoir fait une donation (L. 31, § 6).

L'Empereur Alexandre, dans un de ses rescrits, décide que, lorsque le mari a laissé sa femme percevoir les fruits des biens qu'elle lui avait apportés en dot, et qu'elle les a dépensés, il ne peut pas l'obliger à les rendre. Il pourra seulement répéter la valeur de ceux dont elle aura tiré un avantage. *Sin autem ex his locupletior facta est, in tantum potest conveniri* (L. 8, Cod. h. t.).

XXX. Bien qu'on pût, en principe, payer une dette à terme avant son échéance, il était cependant interdit au mari de restituer les biens dotaux avant la dissolution du mariage, sauf dans certains cas spécialement prévus (3). Cette prohibition n'est pas fondée sur la même raison que celle des donations ordinaires, mais bien sur des motifs particuliers

(1) *Doctrina pandectarum*, tom. 1, § 545. p. 502.

(2) L. 18, *Quæ in fraudem creditorum*, lib. XLII, t. VIII. — V. Const. II, Cod. ad S. C. Vell., lib. IV, tit. XXIX.

(3) Paul énumère les cas d'exception dans les L. 73, § 1, *De jure dotium*, D. lib. XXIII, tit. III, et L. 20, *De soluto matrimonio*, lib. XXIV, t. III; on autorise alors la restitution anticipée, nous dit le jurisconsulte : « *quia justa et honesta causa est.* »

au droit de dot. La défense de restituer la dot durant le mariage, dit M. Pellat (1), n'a pas pour but unique, ni même principal, l'intérêt du mari, mais l'intérêt de la femme à qui il faut assurer la conservation de sa dot. Le mari ne doit pas restituer trop légèrement la dot à la femme (2), pour qu'elle la dépense inutilement et se trouve ensuite sans dot, sans biens, lors de la mort du mari, ou lors du divorce, toujours possible et si fréquent chez les Romains. — Il s'ensuit donc nécessairement, que le mari n'est pas libéré par une restitution anticipée, puisque cette restitution est défendue et nulle. C'est ce que prouvent, ajoute le savant Doyen de la Faculté de Paris, d'abord les expressions mêmes employées à ce sujet : *non licet.... Marito permissum non est.... non rectè solvit.* C'est ce que démontrent surtout les lois 27, § 1, D. *De religiosis*, lib. XI, t. VII, et 1, § 5, D. *De dote prælegata*, lib. XXXIII, t. IV.

Mais ce n'est pas seulement la restitution des biens dotaux qui est interdite ; la loi défend encore au mari d'abandonner à sa femme la jouissance de ces biens et de renoncer aux intérêts de la dot dans le cas où elle a été simplement promise. C'est que les fruits de la dot ont une destination spéciale : ils sont destinés à subvenir aux charges du mariage, et, tant que celui-ci subsiste, ils doivent rester nécessairement entre les mains du mari. La prohibition de restituer la dot ou d'en abandonner les revenus durant le mariage est donc une règle indépendante de la prohibition de donner. Car, si de tels actes étaient simplement considérés comme donations entre époux, ils seraient

(1) *Textes sur la dot*, p. 364, 2e édit.

(2) *Dotes verò, quas acceperint mariti, non dabunt facilè mulieribus, constante adhuc matrimonio.* Just. Nov. XXII, c. 39.

de ceux que la prohibition n'atteint pas, comme on peut s'en convaincre par la disposition de la loi 31, § 6. D. h. t.

XXXI. Telles sont les principales libéralités que les époux pouvaient se faire, *sine metu donationis*, parce qu'elles n'avaient pas les caractères constitutifs de l'acte juridique appelé donation (1). — Ainsi qu'on a pu s'en apercevoir, ce qui préoccupe surtout les jurisconsultes romains, c'est la crainte que l'un des époux ne cherche à augmenter son patrimoine au détriment de son conjoint. Lorsque l'esprit de lucre n'existe pas, ils ne font nulle difficulté de considérer la donation comme parfaitement valable.... *in quo maxime majores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter despoliaretur*; *non quasi inter malevolos, ne alter locupletior fieret* (L. 31, § 7, h. t.).

XXXII. — C. — *Libéralités testamentaires*. — Ces sortes de libéralités devaient être autorisées entre mari et femme, puisqu'elles ne produisent leur effet qu'à une époque où le lien conjugal n'existe plus. Elles furent, en effet, permises et purent revêtir soit la forme d'une institution d'héritier, soit celle d'un legs, soit celle d'un fidéicommis. Toutefois, pendant une certaine période du droit romain, par des motifs tout différents de ceux qui avaient fait défendre les donations entre vifs, de grandes restrictions furent apportées à la faculté de disposer par actes de dernière volonté.

Vers la fin de la République, en 585, on voulut empêcher les biens des grandes familles d'aller, par les femmes, enrichir la classe plébéienne, et mettre un frein aux désordres toujours croissants des mœurs de cette époque. De là, la

(1) Inutile de dire que les présents d'usage aux calendes de mars et aux fêtes de Saturne étaient parfaitement permis entre époux. V. Pomponius, L. 31, § 8, h. t. Pétronne, *Satyricon*, § 67. Juvénal appelle les calendes de mars, *les calendes des femmes*. *Munera fœmineis tractat secreta Kalendis*. Satyr, 9.

proposition de la célèbre loi Voconia, par le tribun Voconius, qui lui a donné son nom, et que le vieux Caton soutint de toute l'énergie de sa rude éloquence, *magna voce et bonis lateribus* (1).

Cette loi frappe les femmes d'une incapacité spéciale de recevoir par *testament*. Elle décide que tout citoyen inscrit au cens pour 100,000 as et au-dessus ne pourra instituer une femme pour son héritière (2). — Cent mille as était le minimum des fortunes, où pouvaient se trouver le luxe que Caton combattait, et l'influence politique qu'il entendait conserver aux anciennes institutions menacées par l'ascendant des femmes (3). — Point d'exception en faveur de l'épouse ; elle ne pouvait pas plus recevoir que tout autre femme. Aussi Cicéron disait il, dans sa *République*, que cette loi était pleine d'injustices : « *Quæ quidem ipsa lex, utilitatis virorum gratiâ rogata, in mulieres plena est injuriæ* (4). » — Une seconde disposition de la loi Voconia porta un autre coup à la capacité des femmes. Elle portait que le légataire ne pourrait jamais recueillir plus que l'héritier institué (5).

Le législateur ayant sacrifié la nature à la politique, on s'ingénia à trouver divers moyens pour éluder la loi Voconia ; celui, qui lui porta la plus grande atteinte et qui en fit justice, fut l'usage des fidéicommis, qui depuis longtemps étaient obligatoires aux yeux de l'opinion publique avant de l'être aux yeux de la loi (6). On chargeait l'héritier apparent

(1) Cicéron, *De senectute*, V. M. Giraud, *Histoire du droit romain*, p. 142.

(2) Gaius, Com. II. § 274.

(3) M. Troplong, *Préface des don. et test.* p. LXXI.

(4) Cicéron, *De republica*, III, 7.

(5) Cicéron, *in Verrem*, art. 2, lib. I, c. 43. — Gaius, Com. II, § 226. — Inst. Just. pr. *de lege Falcidiâ*, lib. II, t. 22.

(6) Inst. Just. § 1 *de fideicom. hered.* lib. II, t. 23.

de rendre l'héritage à la femme déshéritée, et le sentiment public honorait ceux qui, fidèles à la volonté suprême, dont ils étaient dépositaires, préféraient l'accomplissement de leur promesse à l'exécution d'une loi odieuse (1).

XXXIII. Déjà, sous Auguste, les lois *Décimaires* avaient rendu la loi Voconia inapplicable aux femmes mariées, qui avaient des enfants. Cet Empereur, voulant relever le mariage de l'état de dégradation et d'avilissement dans lequel il était tombé, par suite de la dissolution des mœurs, encouragea la procréation légitime pour recomposer la classe des citoyens épuisés par les guerres civiles. Il favorisa donc le mariage et surtout les unions fécondes. C'est dans ce but que furent promulgués deux plébiscites célèbres, sous le nom de *Lois Caducaires* (2) : la loi *Julia de maritandis ordinibus* (an de Rome 757) et la loi *Papia Poppæa* (an 762).

D'après les lois *caducaires*, les *cœlibes* furent incapables de profiter d'aucune libéralité testamentaire ; les *orbi* ne purent recevoir que la moitié de ce qui leur avait été donné ; quant aux *solitarii*, aucun texte ne détermine la part à laquelle ils avaient droit : il est probable qu'elle était aussi de la moitié (3). La capacité des époux était limitée d'une manière encore plus rigoureuse. Ils ne purent recevoir, *matrimonii nomine*, qu'un dixième des biens du testateur en nue-propriété, plus un tiers en usufruit (4). La présence d'enfants

(1) M. Troplong, *Préface des don. et tes.* p. LXXVI.

(2) V. M. Giraud, *Histoire du droit romain*, p. 254.

(3) Le *cœlebs* était celui qui n'était pas marié et qui n'avait pas d'enfants ; — l'*orbus*, celui qui était marié, mais qui n'avait pas d'enfants ; le *pater solitarius*, celui qui avait des enfants, mais qui n'était pas marié. — V. Gaius. com. II, § 111 et 286. — Ulpien, t. XVII, § 1.

(4) Ulpien, t. XV, *De decimis*. V. aussi t. XVI, *De solidi capacitate inter vir. et ux.*

augmentait la capacité des époux : ils pouvaient recevoir un dixième de plus par chaque enfant d'un autre lit, vivant à l'époque de l'ouverture du testament, et par chaque enfant commun, mort après le jour solennel où on était dans l'usage de donner un nom au nouveau-né et que l'on appelait *nominum dies*. Quelquefois les époux avaient la *solidi capacitas*, soit à cause de l'existence d'enfants d'un autre lit, soit à cause d'enfants communs morts en certaines circonstances, soit grâce à leur âge ou à leur degré de parenté, soit, enfin, grâce à la concession du *jus liberorum*. D'autres fois, les époux n'avaient aucune capacité, parce qu'ils avaient contracté leur union contrairement aux prescriptions des lois Julia et Papia Poppœa. Ainsi, lorsqu'on épousait une femme notée d'infamie, ou qu'un sénateur épousait une affranchie, les libéralités que se faisaient les conjoints étaient dévolues au fisc.

Les lois *décimaires* (1) survécurent aux lois *caducaires*, dont elles faisaient partie. Constantin abolit les peines portées contre le célibat, comme contraires aux principes de la religion chrétienne ; mais il maintint avec rigueur les lois décimaires, ne voulant pas que l'autorité des anciennes lois reçût une atteinte par suite de l'affection souvent irréfléchie des époux (2). Enfin, en 410, une constitutiou des empereurs Honorius et Théodose accorda aux époux une complète *solidi capacitas*, lors même qu'ils n'auraient pas d'enfants ; le *jus liberorum* devint le droit commun. A partir de cette époque, les libéralités testamentaires entre époux ne furent

(1) Les lois *caducaires* portaient le nom de *Décimaires* dans leurs dispositions relatives aux époux.

(2) M. Troplong, *loc. cit.* p. XCI. V. Cod. Théod. L. 1, *De infirm. pœn. cœl.* ; — L. 1 et 2, C. Just. *eod tit.* — L. 2 et 3, C. th. *De jur. lib.*

plus limitées qu'en cas de second mariage et en faveur des enfants du premier lit (1).

XXXIV. — D. — *Donations à cause de mort.* Ulpien nous apprend qu'il était reçu que le mari et la femme pouvaient se faire des donations de cette nature : *inter virum et uxorem mortis causâ donationes receptæ sunt* (L. 9, *in fine* h. t.). Et Gaïus nous en donne le motif : *Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt* (L. 10, h. t.). D'ailleurs, la révocabilité (*jus pœnitendi*), condition essentielle de ces donations, était un sûr garant que le donateur ne se dépouillait pas malgré lui, mais bien par l'effet d'une volonté libre et réfléchie. Assimilées aux libéralités testamentaires, les donations à cause de mort furent soumises aux mêmes vicissitudes : comme elles, elles subirent les restrictions des lois Julia et Papia Poppæa.

XXXV. — La donation *mortis causâ* peut se présenter sous deux formes différentes : elle peut être faite sous condition *suspensive* ou sous condition *résolutoire*. — La condition suspensive, tant qu'elle n'est pas réalisée, tient en suspens tous les effets du contrat ; la donation n'existe point encore ; il y a seulement espoir qu'elle existera ; la propriété n'est point encore déplacée ; le donataire a seulement l'espérance, qu'il pourra exiger qu'on la lui transmette. — Dans le cas de condition résolutoire, au contraire, le contrat produit tous ses effets *hìc et nunc*, c'est-à-dire dès qu'il est formé. La propriété est immédiatement transférée au donataire à la suite d'une *tradition*, d'une *mancipation* ou d'une *cessio in jure*. Seulement, si la condition se réalise, le contrat est révoqué rétroactivement et est réputé n'avoir jamais existé : les choses sont remises dans le même état qu'auparavant.

(1) V. Cujas, sur la novelle XVIII.

XXXVI. — On conçoit qu'entre étrangers, la donation pût revêtir l'une ou l'autre forme; mais il semble qu'entre époux, il ne devait y avoir de valable que celle dont l'effet était suspendu tant que durait le mariage, puisque nous savons qu'il était défendu aux époux d'acquérir l'un de l'autre à titre gratuit, *constante matrimonio*. C'est, en effet, l'opinion de Pothier et de M. de Savigny (1). Le savant professeur allemand s'exprime ainsi : «..... Comme la prohibition s'oppose à la transmission immédiate de la propriété (2), la condition suspensive peut seule être admise. Mais, à défaut de transmission immédiate, le donateur peut ordonner que la condition suspensive accomplie par sa mort ait un effet rétroactif, c'est-à-dire soit reportée au moment de la tradition, et tous les changements survenus dans l'intervalle sont appréciés en conséquence (3). Une semblable disposition se suppose d'elle-même (4), et c'est la volonté contraire, qui doit être formellement exprimée. Or, la *mortis causâ donatio*, avec effet rétroactif, équivaut entre époux à la tradition, avec translation immédiate de la propriété entre autres personnes.» — Ainsi donc, l'époux donataire ne devenait jamais immédiatement propriétaire. La transmission de propriété n'avait lieu qu'après la mort du conjoint donateur; mais, si telle était l'intention des parties, on pouvait, après le prédécès de ce dernier, la faire rétroagir au jour de l'acte, comme si elle eût pu être faite *ab initio*, sous condition résolutoire (5). Lorsqu'il y avait eu tradition de la chose,

(1) Pothier, *Pandectes de Justinien*, lib. XXIV, tit. I, sect. II. art. 2, § 1, nº 21. — M. de Savigny, *Traité de Droit romain*, t. IV, § 170, p. 250.

(2) L. 11, pr. *De don. inter vir. et ux.* lib. XXIV, t. I, Dig.

(3) L. II, § 1, *ib.*

(4) L. 40, *de mort. caus. don.* lib. XXXIX, t. VI.

(5) V. M. Boutry, Thèse de doctorat, *Essai sur les donations entre époux*, nº 40 à 46, p. 21 et s.

on se prononçait sans difficulté en faveur de la rétroactivité; et même, dans le doute, on admettait quelquefois la même décision, dans le cas d'une simple promesse. On décidait que l'effet rétroactif n'aurait pas lieu dans l'hypothèse où il aurait eu pour conséquence d'entraîner virtuellement l'inutilité de la donation. Par exemple, lorsque l'époux donataire était en puissance paternelle au jour du contrat et *sui juris* à l'époque de la mort de son conjoint, on supposait que l'intention du donateur était de ne pas admettre la rétroactivité, qui aurait rendu inutile la libéralité, puisqu'elle serait devenue la propriété du *pater-familias*, sous la puissance duquel le donataire se serait trouvé placé (L. 11, § 2). Par contre, on admettait la rétroactivité, lorsqu'elle n'était pas préjudiciable aux intérêts du gratifié. Au moyen de cette distinction, on parvient à expliquer les diverses espèces prévues par les jurisconsultes romains.

La donation à cause de mort pouvait donc quelquefois produire un effet rétroactif, mais elle n'avait jamais pour résultat de transmettre la propriété, *hic* et *nunc*, au moment du contrat; il ne se réalisait qu'après la dissolution du mariage, et, par suite, il n'y avait dans une telle donation rien de contraire au principe qui prohibe les donations entre époux.

XXXVII.—E.—*Donations à cause de divorce.* On permet aussi aux conjoints de se faire des donations en cas de divorce : *Sœpè enim evenit uti propter sacerdotium, vel sterilitatem, vel senectutem, aut valetudinem, aut militiam, satis commodè retineri matrimonium non possit* (L. 60, §1 et L. 61). Alors le divorce intervenait ordinairement par consentement mutuel : *Et ideo bonâ gratiâ matrimonium dissolvitur* (L. 62). Il n'impliquait nullement une conduite coupable de l'un des époux envers l'autre. Aussi, il était d'usage que

celui qui demandait le divorce, fît une donation au conjoint, qu'il abandonnait, soit pour lui assurer des moyens d'existence, soit pour compenser, s'il était possible, ce que la séparation pouvait avoir de fâcheux. On n'avait pas alors à craindre l'entraînement et l'obsession, et, par suite, il n'existait nul motif de proscrire de telles donations. Mais la loi ne les validait que si elles étaient faites en vue d'une séparation imminente et non pas seulement dans la prévision d'un divorce possible dans un temps plus ou moins éloigné : *Quæ sub ipso divortii tempore, non quæ ex cogitatione quandoque futuri divortii fiat* (L. 12).

XXXVIII.—F.—*Donations à cause d'exil.* La donation à cause d'exil, dit le jurisconsulte Paul, peut encore avoir lieu entre mari et femme : *inter virum et uxorem exilii causâ donatio fieri potest* (L. 43).

Chez les Romains, l'exil, la déportation dans une île faisaient éprouver au déporté une *media capitis deminutio* (1); ils lui enlevaient sa qualité de citoyen, l'assimilaient au *peregrinus* (2) et le rendaient, par suite, incapable de contracter un mariage légitime; mais ils laissaient subsister celui qu'il avait antérieurement contracté (L. 13, § 1). Ces condamnations étaient seulement une cause légitime de divorce (L. 1, Code *de Repudiis*, lib. 5, tit. 17). — Les biens du déporté étaient confisqués (L. I, D. *De bon. damn.* lib. 48, t. 20). Il semble, dès-lors, que les donations par lui faites à son conjoint ne puissent pas être ramenées

(1) Int. Just. § 2, *De cap. dem.* lib. I, t. XVI.

(2) La rélégation, à la différence de l'exil et de la déportation, ne faisait pas perdre la qualité de citoyen et ne privait d'aucun des droits civils. Marcianus, L. 4; Dig. *De interd. et releg.* lib. 48, t. XXII. — Ovide, rélégué par Auguste, disait en parlant des effets de sa disgrâce :

Nec vitam, nec opes, nec jus mihi civis ademit;
Nil, nisi me patriis jussit abesse focis.

(*Tristes*, liv. V, élég. 2).

à effet. Cependant la loi, dans un esprit d'humanité, les tolérait et les voyait même d'un œil favorable; elle les considérait comme la juste récompense du dévouement et de la fidélité conjugale (*pudicitiæ præmium*). Pothier pense qu'une donation faite *exilii causâ* ne peut valoir, qu'autant que cet exil dissout le mariage. « Cæterum, dit-il, ita » demum donatio exilii causâ facta valere potest, si hoc » animo sint conjuges ut propter hunc exilii casum solva- » tur matrimonium (1). » Malgré tout le respect que l'on doit avoir pour les opinions de l'ancien professeur d'Orléans, nous ne pouvons nous empêcher de repousser sa décision sur ce point. N'admettre, en effet, la donation *exilii causâ* que lorsque le divorce doit s'ensuivre, c'est supprimer cette espèce de donation, c'est la confondre avec la donation *divortii causâ*, et cependant les jurisconsultes romains les distinguaient soigneusement.

§ II. — *Des donations prohibées.*

XXXIX. — Tout acte réunissant le caractère que nous avons reconnu à la donation, dans le numéro XVIII de notre section, était prohibé entre époux.

Mais la prohibition ne s'adressait pas seulement aux donations *directes*, elle atteignait encore tout acte, qui renfermait en lui-même une donation *indirecte*. C'est ainsi que nous avons déjà vu qu'elle s'appliquait aux libéralités par omission.

Un mode fréquemment employé, pour éluder la loi, était les contrats *à titre onéreux* : la vente, l'échange, le louage.

(1) *Pandectes de Justinien*, lib. XXIV, t. I, nº XXIII, note 4.

Ces actes, en effet, étaient parfaitement licites entre mari et femme. *Si tibi maritus... non donationis causâ vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum* (Ulpien, L. 7, § 6, D. *in medio*, h. t.). Mais toutes les fois que l'on parvenait à déterminer le véritable caractère de l'acte et à découvrir une donation, on en prononçait la nullité.

XL. Souvent les époux déguisaient une libéralité sous l'apparence d'une vente, soit en stipulant un prix minime, soit en stipulant un prix raisonnable, que le vendeur ne touchait pas ou ne retirait qu'en partie. Il y avait alors donation prohibée ; mais le contrat de vente était-il radicalement nul ? Une distinction est ici nécessaire : si la vente était sérieuse, bien qu'il y eût remise d'une partie du prix ou que celui-ci ait été inférieur à la valeur réelle de la chose vendue, elle était maintenue, et la remise ou la modicité du prix était considérée comme une donation prohibée ; si, au contraire, la vente n'avait pas été sérieuse, si l'un des époux n'avait nullement eu l'intention de vendre, et l'autre celle d'acheter, si leur seul but avait été de faire une donation, l'acte était radicalement nul. Telle est l'opinion des jurisconsultes Nératius et Pomponius (L. 5, § 5, h. t.). Il y avait donc une grande différence entre le contrat qui renfermait seulement un avantage, et celui qui n'était qu'une donation déguisée. « Cùm in venditione quis pretium rei » ponit, *donationis causâ non exacturus*, non videtur ven- » dere (1). » Dans cette espèce, il y a évidemment une véritable donation, puisque le prix n'a été stipulé que pour la forme, et qu'il n'a jamais été dans l'intention du prétendu vendeur de l'exiger. Si le prix stipulé est excessivement minime et nullement en rapport avec l'objet aliéné, l'acte

(1) Ulpien, L. 36, D. *de contrah. empt.* lib. XVIII, t. 1.

doit encore être considéré comme une pure donation, bien que le vendeur perçoive le prix convenu, parce qu'en réalité le but principal des parties n'a pas été de faire une vente, mais de déguiser une libéralité, sous l'apparence d'un acte à titre onéreux. « Inter virum et uxorem donationis causâ » venditio facta *pretio viliore*, nullius momenti est (1). — » Si donationis causâ, *venditionis simulatus* contractus est : » emptio sui deficit substantia (2). »

XLI. On pouvait aussi faire une libéralité *indirecte*, en estimant les choses données en dot au-dessous de leur valeur. — Si donc il était prouvé que la dot avait été mal estimée, dans l'intention de faire une libéralité, l'estimation était nulle, parce qu'elle était une espèce de vente, et qu'une donation déguisée, sous la forme d'un tel contrat, ne pouvait produire aucun effet. Les choses données restaient alors en dot, et c'étaient ces mêmes choses, au lieu de leur estimation, que le mari devait restituer à la fin du mariage (L. 12, § 23, h. t.).

XLII. La société contractée *donationis causâ* étant infirmée entre étrangers, l'était à plus forte raison entre mari et femme. « Si inter virum et uxorem societas donationis » causâ contracta sit, jure vulgato nulla est..... idcircò » igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, » quæ donationis causâ interponitur, nec inter cæteros : et » propter hoc nec inter virum et uxorem. (L, 32, § 24, h. t.)»

XLIII. Non seulement les époux, ainsi que les autres personnes comprises dans la défense, ne pouvaient pas se donner par eux-mêmes, mais ils ne le pouvaient pas même par personnes interposées. C'est ce que déclare formelle-

(1) L. 38, Dig. *eod. tit.*
(2) L. 3, Code, *eod. tit.*, lib. IV, tit. 38.

ment le jurisconsulte Paul : « Inter virum et uxorem, nec » per interpositam personam, donatio fieri potest (1). » — La loi, pour être efficace, devait nécessairement atteindre les libéralités faites d'une telle manière, sinon, la fraude aurait toujours été possible, car on aurait trouvé facilement des tiers bénévoles disposés à servir de prête-nom. Toutefois la jurisprudence romaine n'admettait pas de présomptions légales : l'interposition ne se présumait jamais ; c'était au donateur ou à ses héritiers à la prouver : à défaut de preuves suffisantes, la libéralité échappait à la prohibition (2).

XLIV. Il pouvait se faire que la donation fût faite à un tiers en même temps qu'au conjoint ; alors on devait séparer ce qui s'adressait à ce dernier de ce qui était destiné à l'étranger et n'annuler que la première disposition. Si la séparation était impossible, on validait le tout : « Si separari non potest, nec donationem impediri : si sepa- » rari possit, cætera valere ; id, quod donatum sit, non » valere. (L. 5, § 2, *in fine*, h. t.) » On faisait l'application du principe proclamé dans la loi 32, § 4, qui veut que, dans le doute, on se prononce pour le maintien de la donation ; « Quod si in obscuro sit, proclivior esse debet » judex ad comprobandam donationem. »

Section III.

Des effets de la prohition.

XLV. C'est en vain que la loi édicterait des dispositions prohibitives, si elle n'y apportait une sanction. « Minus » quàm perfecta lex est quæ vetat aliquid fieri, et si fac-

(1) Paul, *Sent.* II, tit. XXIII, § 3.
(2) Papin., L. 25, Dig. *De his quæ ut indignis auf.* XXXIV, t. IX.

» tum sit, non rescindit (1). » — En matière de donation entre époux, on ne peut pas assurément lui reprocher le défaut de sanction. La donation était tellement prohibée, qu'elle était de plein droit réputée non avenue : « Ipso jure » nihil valet quod actum est (L. 3, § 10, h. t.) C'était un motif d'ordre public, qui avait fait édicter la prohibition des donations entre époux ; aussi elles ne donnaient pas même naissance à une obligation naturelle (2).

XLVI. Le principe général en cette matière est donc la nullité absolue de tout acte tendant à réaliser une donation prohibée. La libéralité peut consister dans une *tradition* ou bien dans une *promesse* ou dans une *acceptilation*. Faisons l'application de notre principe à ces diverses hypothèses.

XLVII. — A. — *Donations par tradition*. Si la donation consiste en une chose corporelle, la tradition reste absolument sans effet, l'époux donataire n'acquiert pas la propriété : « Si corpus sit quod donatur, nec traditio quidquam valet » (Ulp. L. 3, § 10, h. t.) » Le donateur peut toujours revenir sur sa libéralité et reprendre ce qui en a fait l'objet. — La chose existe-t-elle encore, c'est par la *revendication* qu'il exercera son action ; a-t-elle été détruite, c'est par la *condictio*, qui lui permettra d'en obtenir la valeur.

La revendication intentée par l'époux donateur présente, dit M. Pellat (3), deux particularités : 1° l'époux défendeur qui ne veut pas restituer est condamné, non pas à la valeur, qu'il plaira au demandeur d'assigner à sa chose sous la foi du serment, mais à la juste valeur déterminée par le juge ; 2° le demandeur sera tenu de donner caution *de evictione*,

(1) Ulpien, Reg. § 2, *De legibus et moribus*.
(2) V. M. Massol, *De l'obligation naturelle*, p. 164.
(3) *Commentaire sur le* titre : *De rei vindicatione*, p. 257, édit. de 1853.

non pas à la vérité pour le double du prix, mais pour le simple montant de l'estimation. Dans la revendication de droit commun, au contraire, c'est sur le serment du demandeur qu'est fixée la valeur de la chose, et il n'y a pour lui aucune obligation de garantir le donataire contre l'éviction.

Cette diversité entre les conséquences de la revendication de la chose donnée entre époux, continue le savant doyen de la Faculté de droit de Paris, et les conséquences de la revendication en général, s'explique par la raison énoncée dans la loi 36, h. t. C'est le revendiquant qui, par sa donation, a créé pour le donataire une cause de possession (*causam possidendi donatio præstitit*); le défendeur a pour lui la volonté du propriétaire; quoique cette volonté ne puisse le rendre propriétaire, elle justifie sa possession. Il ne doit donc pas être traité aussi sévèrement qu'un possesseur qui n'a jamais possédé avec l'aveu du propriétaire : de là cette modération dans l'estimation de ce qu'il a à payer; de là cette garantie qu'à l'instar d'un acheteur il obtient contre l'éviction; seulement, comme les donations entre époux exigent des ménagements réciproques, et excluent toute idée de spéculation, le montant du cautionnement sera simplement de la valeur de la chose.

XLVIII. — *Quid juris*, si la donation consiste en matériaux, qui ont été employés par le donataire dans une construction édifiée sur son propre terrain? — D'après l'opinion de Nératius, le donateur avait le droit d'enlever les matériaux, s'il pouvait le faire sans les dédommager (*ut distractum alicujus usus esse possit*), parce que, dit ce jurisconsulte, la loi des XII tables, qui défend de faire détacher ce qui est joint à un édifice, ne considère que le cas où les choses ont été jointes sans le consentement du propriétaire, et non celui où elles l'ont été en vertu d'une

donation illicite et du consentement du donateur; celui-ci aurait donc l'action *ad exhibendum* suivie de la *revendication* (L. 63, h. t.). Cette solution était repoussée par Paul, qui disait que l'esprit de la loi des XII tables, qui ne veut pas qu'on détruise les édifices, milite également pour notre hypothèse. Certainement, dit Paul, nous convenons avec Nératius, que le propriétaire des matériaux n'aura pas contre le donataire l'action *de tigno juncto* (en restitution du double de la valeur) qui s'applique seulement au cas de vol, mais nous ne voyons pas que l'on doive admettre le raisonnement de Nératius, qui consiste à dire, que les décemvirs n'ayant pas prévu notre hypothèse, on ne doit pas appliquer la disposition de la loi des XII tables : « Tignum junctum » ædibus ne solvito. » Nous pensons que le donateur n'aura que l'action en *revendication* après la disjonction des matériaux et qu'il ne pourra intenter l'action *ad exhibendum*, suivie de la revendication, que dans le cas où l'enlèvement des objets n'occasionnera aucun dommage à l'édifice (L. 45, h. t.).

XLIX. — De ce que les choses livrées en vertu d'une donation entre mari et femme appartiennent toujours au donateur, il s'ensuit qu'elles sont à ses risques et périls : « Ejus qui dedit detrimentum est; merito quia manet res » ejus qui dedit, suamque rem perdit (Paul, L. 28, h. t.). » Toutefois, si elles avaient péri par le dol du donataire, celui-ci en serait responsable (Julien, L. 37, h. t.). On aurait contre lui l'action *ad exhibendum*, comme ayant cessé par dol de posséder, ou l'action de la loi *Aquilia*, comme ayant endommagé les choses données (1). — Le donateur,

(1) Pomponius, L. 14, *ad exhibendum*, D. lib. x, t. IV. — Ulpien, L. 27, § 30, *ad leg. Aquil.* D. lib. IX, t. II.

qui réclame les objets donnés, doit rembourser à l'époux donataire les impenses utiles qu'il a faites, sinon celui-ci peut lui opposer le droit de rétention jusqu'à complet désintéressement (L. 31, § 2).

L. — On ne peut revendiquer que les choses qui existent : « extinctæ res vindicari non possunt. » Lors donc que les objets donnés n'existeront pas, la *revendication* sera remplacée par la *condictio*, action de droit strict, qui permettra au donateur de réclamer du donataire ce dont il se sera enrichi, *quatenùs locupletior factus est* (L. 5, § 18). « *La condictio*, dit M. de Savigny (1), peut alors s'appeler *sine causâ*, ou bien *ex injustâ causâ*; l'une et l'autre dénomination lui conviennent également ; car la *donationis causâ*, qui existe en fait, contredit une règle absolue du droit (*injusta causa*), et dès lors, n'existe pas en droit (*sine causa*). C'est au temps de la *litis contestatio* que l'on doit se reporter, pour apprécier l'enrichissement (L. 7, pr. h. t.), et non au jour du jugement, car il est de principe que le réclamant doit obtenir par sa sentence tout ce qu'il aurait eu, si on lui avait fait droit immédiatement. Si les époux se sont fait des donations réciproques, on doit établir une compensation, lors même, dit l'empereur Adrien, que l'un des deux donataires aurait dissipé ce qu'il a reçu (L. 7, § 2). La loi se montrait si rigoureuse pour les donations entre époux que, lorsque le donataire était devenu insolvable, elle accordait contre lui la *condictio* pour enrichissement, parce que les biens donnés avaient diminué le degré de son insolvabilité (L. 55, h. t.). On accordait même au donateur une action en *revendication utile* contre tout possesseur, même contre l'acheteur des objets donnés (L. 55, *in fine*).

(1) *Traité de Droit romain*, t. IV, p. 117.

LI. — B. — *Donations par promesse ou acceptilation.* La tradition de la chose donnée étant nulle, et n'ayant aucun effet translatif de propriété, à plus forte raison la promesse par stipulation ou l'acceptilation faite relativement à la chose donnée sont-elles frappées de nullité et ne produisent aucun effet. Si donc l'époux donataire veut se faire payer, en vertu de la stipulation, il sera *ipso jure* débouté de sa demande. Si l'un des époux a fait à l'autre remise de la dette par *acceptilation* ou par pacte *de non petendo*, l'obligation primitive subsistera toujours, et le créancier pourra toujours faire valoir son droit, sans avoir besoin d'apposer une *réplique*. Si l'un des époux, ayant deux débiteurs solidaires, *duo correi promittendi*, son conjoint et un tiers, fait acceptilation avec le premier, aucun ne sera libéré ; si c'est avec le tiers, celui-ci sera libéré, mais non le conjoint, car l'acte, pouvant se scinder, rien ne s'oppose à ce que ce dernier reste toujours débiteur, bien que l'autre soit dégagé de son obligation. L'acceptilation, dans ce cas, n'éteint pas la dette *ipso jure*, elle permet seulement au tiers, ainsi libéré, de se prévaloir du pacte *de non petendo* (v. L. 5, § 1 et § 2, h. t.).

CHAPITRE II.

Epoque postérieure au sénatus-consulte d'Antonin Caracalla.

(An 957 de Rome. — An 206 de J.-C.).

LII. Tel était, dit Ulpien, l'état des donations entre époux, lorsque Antonin Caracalla, du vivant de son père Septime Sévère, proposa au Sénat de tempérer, dans une

certaine mesure, la rigueur de l'ancien droit, *ut aliquid laxaret ex juris rigore* (L. 32, h. t.).

Jusqu'au sénatus-consulte de l'an 206, les donations entre époux furent, ainsi que nous l'avons vu, frappées d'une prohibition absolue, sauf la faculté pour le donateur de les valider par une confirmation expresse par testament. Depuis ce sénatus-consulte, de telles donations sont valables et efficaces, si le donateur meurt pendant le mariage sans avoir révoqué la libéralité. La confirmation expresse n'est plus requise, la mort du donateur, sans changement de volonté, suffit pour les rendre inattaquables. « Ait oratio : Fas esse » eum quidem qui donavit pœnitere ; heredem vero eripere » forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui dona- » verit, durum et avarum esse (L. 32, § 2). »

LIII. Nous allons examiner, dans trois sections successives : 1° quelles donations étaient confirmées ; 2° quelles causes s'opposaient à la confirmation ; 3° quels étaient les effets des donations ainsi confirmées.

Section Ire.

Quelles donations étaient confirmées en vertu du sénatus-consulte.

LIV. Le sénatus-consulte de l'an 206 s'applique à toutes les donations qui, dans la législation précédente, étaient frappées de prohibition. Il concerne, non-seulement les libéralités faites entre conjoints, mais encore celles faites par les autres membres de la famille (L. 32, § 16). Il comprend, évidemment, toutes les donations consenties *constante matrimonio* ; mais de plus il embrasse, dans sa généralité, celles faites entre fiancés dans la vue de leur futur mariage (L. 32, § 22).

LV. Les donations suivies de *tradition* étaient incontestablement confirmées par le prédécès du conjoint donateur. C'est là un point reconnu par tout le monde et qui ne pouvait en aucune manière donner lieu à controverse.

Mais une question, depuis longtemps vivement débattue, est celle de savoir si le sénatus-consulte confirmait également les donations résultant d'un contrat d'*obligation*. — *Adhuc sub judice lis est.* — Plusieurs interprètes du droit romain, Vinnius (1), Pothier (2), Cujas (3), pensent que les donations consommées par la *tradition* de la chose participaient seules au bénéfice du sénatus-consulte. — D'autres, Voët (4), A. Faber (5), Noodt (6), Puchta (7), de Savigny (8) prétendent, au contraire, que la disposition du sénatus-consulte est générale et embrasse, en outre, les donations résultant d'une *promesse* ou d'une *acceptilation*.

Nous allons exposer rapidement les principaux arguments que l'on invoque de part et d'autre dans la discussion.

LVI. Les partisans du dernier système s'appuient sur plusieurs textes qui déclarent de la manière la plus formelle et la plus précise, que le sénatus-consulte embrasse dans sa généralité toute espèce de libéralités. « Oratio, dit Ulpien... pertinet *ad omnes donationes* inter virum et uxorem factas : ut et ipso jure res fiant ejus cui donatæ sunt, et *obligatio sit civilis*. (L. 32, § 1, in fine). » — « Sive autem res

(1) *Select. quæst.*, lib. XIV, ch. 1.
(2) *Pandectes*, lib. XXIV, t. I, n° 73.
(3) T. IV, p. 1140.
(4) *Comment. ad Pand.*, t. II, lib. 24, t. I, n° 5.
(5) *Conject.*, liv. 2 n° 8.
(6) *Opera omnia*, lib. XXIV, t. I.
(7) *Rhein museum*, vol. VI, p. 370-385, cité par de Savigny.
(8) *Traité de Droit romain*, t. IV, p. 189.

fuit, qnæ donata est, sive *obligatio remissa*, — et generaliter *universæ donationes* quas impediri diximus ex oratione valebunt (L. 32, § 23). » Or, ce même jurisconsulte avait dit, un peu auparavant, dans le même ouvrage, que toute donation était prohibée entre époux, soit qu'on eût employé, pour l'effectuer, la *tradition*, la *stipulation* ou l'*acceptilation* (L. 3, § 10). Ce texte ne laisse pas le moindre doute sur le véritable sens de ces mots : « universæ donationes quas impediri diximus. »

LVII. Ceux qui prétendent que le sénatus-consulte ne s'applique pas aux libéralités, résultant d'une *obligation*, s'appuient principalement sur un texte d'Ulpien (L. 23, h. t.), dans lequel ce jurisconsulte semble approuver Papinien qui refuse toute action contre les héritiers du mari, à raison de la stipulation faite par la femme. Ce fragment d'Ulpien est ainsi formulé : « Papinianus *rectè* putabat orationem D. » Severi ad rerum donationem pertinere. Denique si stipu- » lanti spopondisset uxori suæ, non putabat conveniri posse » heredem mariti; licet durante voluntate maritus deces- » serit. »

Ce texte est le principal argument que l'on invoque dans ce système, mais il n'est pas le seul. D'après Vinnius, on ne doit appliquer le sénatus-consulte qu'aux libéralités déjà exécutées par la *tradition* pour les motifs suivants : 1° celui qui ne fait qu'une *promesse* ne semble pas autant vouloir donner que celui qui *livre;* il conserve davantage l'intention de révoquer; 2° promettre n'est pas donner; 3° La loi défend aux héritiers du donateur d'arracher (*eripere*) au donataire ce que le donateur n'a pas repris lui-même ; or, dit-il, on n'arrache que ce qui a été livré. Mais il ne suffisait pas aux partisans de cette dernière opinion d'avoir édifié leur système, il fallait encore détruire les arguments du

système contraire, c'est-à-dire, concilier les lois 32, § 1 et § 23, 33 pr. et § 2 avec leur opinion. — Voici de quelle manière ils ont expliqué ces textes. — Pour réfuter les termes de la loi 32, § 23... *universæ donationes*, ils disent que les mots posent la question sans la résoudre et qu'il reste toujours à démontrer quelles donations ils embrassent dans leur généralité. Pour repousser l'objection tirée du § 1er de la même loi... *et obligatio sit civilis*, ils prétendent que ces mots se rapportent, soit à une obligation exécutée et devenue inattaquable par l'effet de la confirmation, soit à une promesse de garantie d'éviction dans le cas de vente intervenue entre conjoints, ou bien qu'ils s'appliquent au cas où un époux a cédé à l'autre une créance contre un tiers au moyen de la *procuratio in rem suam*. Tant que durera le mariage, le cessionnaire n'aura aucun droit, ni le cédé aucune obligation envers lui, mais à la mort du donateur l'obligation du cédé deviendra *civilis*, et le cessionnaire pourra exercer les actions civiles (V. Pothier, Cujas, *loc. cit.*).

LVIII. Lequel de ces deux systèmes devons-nous embrasser ? — En présence des textes si précis et si formels invoqués par les partisans de la première opinion, il nous semble que le moindre doute ne peut exister et qu'on doit décider que la confirmation s'étend à toute espèce de donations.

Mais comment expliquer la loi 23 dans laquelle le jurisconsulte Ulpien approuve, par le mot *rectè*, l'opinion de Papinien excluant de l'application du sénatus-consulte les libéralités résultant d'un contrat *d'obligation ?* — Voët et Puchta (*loc. cit.*) supposent l'existence de deux sénatus-consultes : l'un de Septime Sévère confirmant seulement les donations par *tradition :* c'est celui dont parle Papinien;

l'autre d'Antonin Caracalla étendant l'application du principe aux donations par *promesse :* c'est celui dont plus tard a parlé Ulpien. Mais rien ne prouve l'existence de deux sénatus-consultes rendus à des époques aussi rapprochées ; il résulte, au contraire, de plusieurs textes qu'il n'y en a eu qu'un seul rendu sur la proposition d'Antonin Caracalla, en sa qualité d'associé à l'empire (L. 32 pr. et § 1, L. 3, h. t.).

Embarrassés par ce mot *rectè*, quelques jurisconsultes ont adopté une explication beaucoup plus expéditive. Ant. Faber (*loc. cit.*) et Lohr (1) ont tout concilié d'un seul trait de plume en effaçant l'adverbe *rectè*. Une telle correction est fort commode sans doute, mais elle est contredite par tous les manuscrits. Il est vrai que Lohr, pour justifier la correction, prétend que le mot *rectè* ne se trouve pas dans les éditions in-8° d'Amsterdam de 1663 et de 1700 ; mais, comme l'observe M. de Savigny, on ne peut rien conclure d'une faute d'impression dans des éditions aussi incorrectes. Une explication beaucoup plus vraisemblable a été proposée d'abord par Sfordiger (cité par Vinnius, *loc. cit.*) et par Noodt (*loc. cit.*) et, en dernier lieu, par M. de Savigny (*loc. cit.*, p. 191). Suivant ces auteurs, Ulpien rapporte deux opinions différentes de Papinien : l'application du sénatus-consulte aux *traditions*, sa non-application aux *stipulations*. Ulpien par le mot *rectè* approuve seulement la première opinion ; quant à la seconde il la rapporte, mais sans y donner son assentiment. Il est même probable qu'il la réfutait dans la fin de la loi 23 et que Tribonien a retranché cette partie du texte, sans remarquer qu'il se mettait en contradiction avec les lois 32 et 33. La défaveur législative des notes de Paul et d'Ulpien sur les ouvrages du prince des

(1) *Archiv. für civil. Praxis*, vol. XVI, p. 241, cité par M. de Savigny.

jurisconsultes rend vraisemblable un tel oubli de la part des rédacteurs des Pandectes (1).

Justinien, dans sa novelle 162, ch. 1, a décidé formellement que les donations résultant d'une *obligation* devaient être confirmées par la mort du donateur, comme les libéralités réalisées au moyen de la *tradition*, et il s'est prononcé dans ce sens, non par l'admission d'un principe nouveau, mais en se référant aux principes des Pandectes.

Section II.

Des causes qui empêchaient la confirmation.

LIX. Les principales causes, qui mettaient obstacle à la confirmation, étaient : 1° la révocation, 2° — le divorce, — 3° le prédécès du donataire, — 4° l'incapacité de l'un des époux, — 5° le défaut d'insinuation. Examinons successivement ces diverses causes de révocation.

LX. — A. — *Révocation.* — Le donateur conserve jusqu'à sa mort le droit de révoquer; il n'est en aucune manière lié par l'acte de donation; il peut revenir sur sa libéralité, et disposer de nouveau des objets donnés; le donataire a toujours à craindre le caprice de sa volonté ambulatoire (L. 32, § 3, *in fine*).

La révocation peut être *expresse* ou *tacite*.

Dans le cas de révocation expresse, point de difficulté; du moment que la volonté du donateur est clairement manifestée, la libéralité est censée n'avoir jamais eu lieu et les biens donnés continuent à faire partie de son patrimoine.

(1) *Notas Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est præcipimus infirmari.* l. 3. *Cod. théod., de resp. prud.*

— La révocation tacite résulte de tout acte indiquant un changement de volonté de la part du donateur. — Examinons plusieurs hypothèses. — L'aliénation à titre gratuit ou onéreux des objets donnés emportera incontestablement révocation (L. 12, Cod. h. t.). — Mais *quid* de la constitution d'une hypothèque ou d'un gage? Avant Justinien un tel acte était considéré comme inconciliable avec l'intention de maintenir la donation et avait la force d'opérer révocation (L. 32, § 5, D. h. t.). Mais cet empereur, par la novelle 162, ch. 1, § 1, décida que, par lui seul, il ne serait pas suffisant pour faire présumer le repentir. Cette décision de Justinien est évidemment plus conforme à l'intention présumable du donateur, qui en conférant à son créancier un droit de gage ou d'hypothèque est assurément loin de regarder les biens ainsi grevés comme aliénés. — Il est hors de doute que la donation est censée révoquée seulement par rapport aux choses dont le donateur a disposé. Ainsi le mari qui, ayant donné plusieurs choses à sa femme, en a ensuite légué quelques-unes, n'est pas censé avoir révoqué la donation de celles qu'il n'a point léguées (L. 32, § 15). — Inutile de dire que la révocation dont il s'agit, est celle sur laquelle le donateur n'est pas revenu. S'il a changé plusieurs fois de sentiment, ce sera celui du moment suprême, dont on devra tenir compte : « Pœnitentiam accipere debemus supre-» mam (§ 3). » Dans le doute, on doit se prononcer pour le maintien de la libéralité : « Quod si in obscuro sit, pro-» clivior esse debet judex ad comprobandam donationem » (L. 32, § 4). »

LXI. — B — *Divorce.* Lorsque les époux avaient divorcé, il y avait présomption de changement de volonté et, par suite, révocation tacite de la libéralité (L. 62, § 1; L. 32, § 10 et 11). Mais un simple refroidissement (*fribusculum*)

et même une séparation de fait ne suffisaient pas pour produire un tel résultat ; les époux étaient censés avoir conservé la même affection l'un pour l'autre. (L. 32, § 12). Le beau-père, qui avait fait une donation à sa bru ou à son gendre, pouvait la révoquer en leur envoyant un libelle de répudiation (*si nuntium miserit*), bien que, depuis Antonin-le-Pieux (1), un tel acte ne puisse plus dissoudre le mariage malgré la volonté des conjoints.

LXII. — C. — *Prédécès du donataire.* Une condition indispensable pour que la libéralité puisse être confirmée, c'est que le donataire survive à l'époux donateur. (L. 18, § 16, C. h. t.). La libéralité étant révocable jusqu'au décès de ce dernier, on ne pouvait concevoir une confirmation possible de cet acte, si le conjoint gratifié n'existait plus. — L'état de servitude étant assimilé à la mort, si le donataire devenait esclave, la donation se trouvait éteinte. — Que décider lorsque les deux époux venaient à périr dans un même événement ? En l'absence de toute circonstance de fait, qui établisse lequel des deux a survécu, ils seront réputés être morts en même temps, et par suite la donation se trouvera validée, puisque le prédécès du donataire ne pourra pas être constaté. — On doit admettre la même solution lorsque l'un et l'autre sont faits prisonniers par les ennemis. Du moment de leur captivité, ils sont considérés comme morts. Mais si l'un des deux parvient à s'évader, il sera censé, en vertu du *jus postliminii*, n'avoir jamais été prisonnier, et, partant, il sera réputé avoir survécu à son conjoint. (V. l. 32, § 14 et l. 27. Cod. h. t.)

LXIII. — D. — *Incapacité de l'un des époux.* La confirmation est impossible, lorsque, au moment de son décès,

(1) Paul, *sent.* § 15, lib. v, t. vi.

le donateur n'a pas le droit de disposer de ses biens, ou que le donataire est incapable de recevoir. C'est ce qui arrive pour le donateur, lorsque menacé d'une accusation capitale, il s'est donné la mort, ou bien lorsque sa mémoire a été flétrie. Les biens sont alors dévolus au fisc (1). L'empereur Constantin, par une de ses Constitutions (L. 24, C. h. t.) décida que, lorsque le mari serait puni de mort, la femme conserverait les biens à elle donnés, et que, lorsqu'il serait seulement déporté ou exilé, la libéralité serait confirmée, à moins de révocation.

LXIV. — E. — *Défaut d'insinuation.* Les donations entre époux doivent être insinuées comme les donations entre vifs ordinaires, lorsqu'elles sont d'une certaine importance (200 *solidi* av. Just., — 500 depuis cet Emp.). Si l'insinuation n'a pas eu lieu, il y aura nullité de la donation, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme excédant le taux fixé pour cette formalité (L. 25, C. h. t.). Elles seront néanmoins valides, si elles ont été confirmées par acte de dernière vnlonté.

Section III.

Des effets de la confirmation.

LXV. Le sénatus-consulte de l'an 206 n'a fait qu'apporter une exception fort importante au principe qui prohibe les donations entre époux.

D'après ce sénatus-consulte, dit M. de Savigny (*loc. cit.* p. 182), la donation est valable et efficace, si le donateur meurt pendant le mariage sans avoir révoqué sa libéralité. Ainsi on suppose que le donateur a voulu faire une *mortis*

(1) Marcianus, L. 3, D. *De Bonis eorum qui aut sent.*, lib. XLVIII, t. XXI.

causâ donatio, c'est-à-dire dans la prévision de la mort pendant le mariage; or, une semblable donation était anciennement permise entre époux, mais ne devenait définitive qu'au moment de la mort; on applique donc le même principe aux donations entre époux faites sans mention de la cause de la mort, dès que le donateur mourait pendant le mariage sans avoir changé de volonté.

Le prédécès du donateur, survenu avant toute révocation, consolide la donation sur la tête de l'époux donataire; les libéralités, qui étaient jusqu'alors en suspens, deviennent certaines et irrévocables. La tradition, qui avait été impuissante pour transférer la propriété, l'acceptilation, qui n'avait pas pu libérer le donataire, la promesse, qui n'avait pas eu la force d'engendrer une obligation, produisent dès lors tous leurs effets.

La donation, confirmée en vertu du sénatus-consulte, avait un effet rétroactif, et était censée avoir été valable, *ab initio*, depuis l'époque où elle avait été faite (L. 25, Cod. h. t.). C'était là une conséquence de son assimilation avec la *mortis causâ donatio*. — Une telle assimilation produisit d'autres résultats. Ainsi, les donations entre époux furent soumises à la loi Falcidie, qui ne s'appliquait qu'aux dispositions de dernière volonté, et aux restrictions des lois caducaires.

Toutefois, elles furent toujours assujetties aux formes des donations entre-vifs, et notamment à la formalité de l'insinuation.

Section IV.

Des seconds mariages.

LXVI. Avant d'aborder le droit français, il nous paraît utile de jeter un coup-d'œil rapide sur l'influence qu'avaient les seconds ou subséquents mariages sur la capacité des époux.

A la fin de la république et au commencement de l'empire, on encouragea les mariages subséquents, afin de reconstituer le peuple romain décimé par les guerres et tourmenté par la fureur du divorce. A l'avènement du christianisme, on les vit d'un œil beaucoup moins favorable et le législateur apporta toute sa sollicitude à sauvegarder les intérêts sacrés des enfants issus de la première union. — C'est ainsi qu'en 382 les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose Ier décidèrent, par une de leurs constitutions, devenue célèbre sous le nom de constitution Feminæ quæ (1), que la veuve, qui se remarierait, n'aurait que la jouissance de tous les biens qu'elle aurait reçus, à titre gratuit, de son premier mari, et qu'elle devrait conserver intacte la nue-propriété pour la transmettre aux enfants de la famille primitive. — Une hypothèque, grevant les biens personnels de la femme, assurait à ceux-ci que la prescription de la loi ne serait point illusoire.

Cette constitution ne s'appliquait qu'aux veuves, et ce ne fut qu'en 444, que Théodose II et Valentinien III l'étendi-

(1) L. 3, Code, *De secundis nuptiis*, lib. v, t. ix.

rent aux hommes veufs, qui convolaient à de secondes noces (1).

LXVII. C'était là un grand pas de fait dans l'intérêt des enfants du premier lit ; mais ce n'était point encore assez : il fallait leur assurer une portion du patrimoine de leur mère ou de leur père survivants. Ce fut l'objet de la constitution *Hâc edictali* (2), portée, en 469, par les empereurs Léon et Anthémius, qui décida que l'homme ou la femme, ayant des enfants d'une première union, et possédant des biens propres, ne pourrait donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant le moins prenant, sans que celui-ci puisse être réduit au-dessous de sa légitime : « Ità tamen, ut quarta pars quæ eisdem liberis debetur ex » legibus nullo modo minuatur, nisi ex his causis quæ de » inofficioso (testamento) excludunt querelam. »

(1) Const. *Generaliter*, L. v, Code, *loc. cit.*
(2) L. 9, *Code, loc. cit.*

DEUXIÈME PARTIE.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER.

Droit antérieur à 1789.

LXVIII. Lorsqu'on étudie l'ancien droit français, on doit nécessairement faire une distinction entre les *pays de droit écrit* et les *pays de coutumes*, puisque la législation en vigueur, dans ces deux parties de notre vieille France, fut tout-à-fait différente.

Dans les provinces méridionales pénétra le droit romain, qui eut la force d'une coutume générale, d'un usage habituel et y tint lieu de loi (1). Dans les provinces du Nord, au contraire, ce droit ne pénétra que difficilement; elles étaient régies par des coutumes qui tiraient principalement leur origine du droit germanique.

(1) V. les ordonnances de saint Louis et de Philippe-le-Bel.

Nous allons donc examiner successivement la législation des donations entre époux, dans les pays de droit écrit et dans ceux de coutumes.

Section première.

Des donations entre époux dans les pays de droit écrit.

LXIX. Le droit romain, tel qu'il était pratiqué depuis le sénatus-consulte d'Antonin Caracalla, fut suivi en France dans les pays de droit écrit. La jurisprudence des parlements du Midi se conforma exactement à ce droit (1); aussi nous n'avons qu'à renvoyer à la première partie de notre travail pour ce qui concerne les règles des donations entre époux dans les pays de droit écrit.

LXX. Toutefois, depuis l'ordonnance de 1731, on agitait la question de savoir si les donations entre mari et femme étaient toujours permises. La disposition finale de l'article 3 de cette ordonnance déclare qu'il n'y aura plus à l'avenir en France que deux formes de disposer de ses biens, à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre vifs et l'autre celle des testaments ou des codicilles. Les donations entre époux, disaient certains auteurs, ne rentrent dans aucune de ces deux classes de libéralités; ce ne sont point des donations entre vifs, puisque le donateur conserve jusqu'à son décès le droit de révoquer; ce ne sont pas non plus des libéralités testamentaires, puisqu'elles ne

(1) Rousilhe, *Des Don. entre vifs*, t. I, p. 76, édit. de 1781; — Guy Rousseau de Lacombe, v° *donation*, sect. IV, dist. 1, p. 171, 4e édit.; — Furgole, *sur l'ordonnance* de 1731, art. 46.

sont pas revêtues de la forme des testaments; donc elles ne sont plus aujourd'hui tolérées par le législateur. Et c'est, en effet, ce qu'aurait décidé, suivant Pothier (1), le parlement de Paris, dans un de ses arrêts du mois d'août 1771, qui aurait jugé que l'avantage, qu'un mari fait à sa femme en lui donnant quittance pour augmentation de dot, sans l'avoir reçue, n'avait pu être confirmée par la mort du donateur, parce que l'ordonnance de 1731 y mettait obstacle. Mais, ainsi que le remarque l'annotateur de Ricard, cet arrêt n'a pas tranché la question, il s'est borné à décider qu'un écrit déguisant une libéralité sous l'apparence d'une reconnaissance de dot était nul comme ne remplissant pas les conditions de formes exigées par la loi. — Rousilhe déclare formellement que l'ordonnance n'a rien changé à l'ancien droit. « Avant 1731, dit-il, le mari et la femme pouvaient se faire des donations, comme nous venons de le dire : ils le peuvent également aujourd'hui ; mais tous ces dons sont sujets à révocation jusqu'au décès ; en sorte que, soit que la femme ait des biens dotaux ou paraphernaux, pendant et constant le mariage, elle peut les donner à son mari, soit qu'il y ait des enfants ou non (2). » — Les parlements des provinces méridionales admettaient, sans difficulté, les donations entre époux. Le parlement de Toulouse, répondant aux questions proposées par le chancelier d'Aguesseau, s'exprime ainsi au sujet de ces sortes de libéralités : « La loi romaine, à laquelle nous nous conformons dans nos arrêts, défend, à la vérité, les donations entre vifs, entre mari et femme ; mais elle veut qu'elles puissent être confirmées par la mort du donateur, lorsqu'il persévère dans la

(1) *Traité des Don. entre mari et femme*, art. 1, n° 6.

(2) Rousilhe, *loc. cit.*, n° 69, p. 78.

même volonté... (1) » La jurisprudence de ces parlements ne dérogeait nullement aux prescriptions de l'ordonnance, puisque celle-ci avait eu le soin de déclarer expressément, qu'elle n'entendait pas prohiber les donations entre conjoints. L'art. 46 est, en effet, ainsi formulé : « N'entendons comprendre dans les dispositions de la présente ordonnance, ce qui concerne les dons mutuels et autres donations faites entre maris et femmes, autrement que par le contrat de mariage... »

LXXI. Bien qu'on appliquât aux donations entre époux quelques-unes des règles relatives aux libéralités à cause de mort, on ne les considérait pas moins comme de véritables donations entre vifs. « Au surplus, dit encore Rousilhe (2), remarquez que de pareilles donations, lorsqu'elles se trouvent confirmées par la mort, si elles ont été insinuées, elles subsistent, non comme donation à cause de mort, mais comme *donations entre vifs*, et ont effet rétroactif au jour qu'elles ont été faites. »

LXXII. Mais on ne s'était pas borné à tolérer les libéralités qui pouvaient intervenir pendant le mariage; on avait fait un pas de plus : on avait admis des gains légaux de survie. Ainsi que nous l'apprend Argou (3), la femme survivante pouvait réclamer, outre le montant de sa dot, une certaine quotité des biens composant la succession de son mari : c'était ce qu'on appelait l'*augment de dot*. Il était généralement du tiers de la dot, si elle était immobilière, et de la moitié, si elle était mobilière. Il consistait, tantôt en usufruit, tantôt en pleine propriété, suivant qu'il y avait ou

(1) Question 45 des réponses faites par le parlement de Toulouse, p. 444, édit. de 1749.

(2) *Loc. cit.*, nº 71, p. 82.

(3) *Inst. au Droit français*, liv. III, ch. X.

non des enfants issus du mariage. Il est à remarquer que dans ce premier cas la mère avait, outre l'usufruit, une part d'enfant en pleine propriété, dont elle pouvait disposer comme bon lui semblait, pourvu qu'elle conservât son état de viduité. Plus tard, par réciprocité, on accorda au mari des droits analogues sur les biens laissés par la femme : ce fut le *contre-augment*. — Ces gains de survie que la loi voyait avec faveur, puisqu'elle les accordait de plein droit, n'étaient pas, à ses yeux, une institution d'ordre public, à laquelle on ne pût point déroger par contrat de mariage : les époux pouvaient en modifier la quotité et même déclarer qu'ils n'entendaient nullement en profiter. — Il est évident, comme la nature même des choses l'indique, qu'il ne pouvait y avoir d'*augment* et de *contre-augment* que lorsqu'il y avait une dot constituée (1); cependant, dans le cas contraire, pour ne pas laisser dans la misère l'époux qui n'avait pas de dot, on avait décidé, conformément au ch. VI de la Novelle LIII de Justinien, que, dans le cas de survie, il aurait droit au quart des biens laissés par le conjoint prédécédé : ce fut ce qu'on appela la *quarte du conjoint pauvre* (2).

LXXIII. Observons, en terminant ce qui est relatif aux libéralités entre époux, dans les pays de droit écrit, qu'elles pouvaient être *mutuelles* et faites, soit par actes de dernière volonté, soit par actes entre-vifs. Toutefois, depuis l'ordonnance de 1735, les testaments ou codicilles mutuels étaient défendus. « Abrogeons pareillement, disait l'art. 77, l'usage des testaments ou codicilles *mutuels*, ou faits conjointement,

(1) *Non potest augmentum dotis esse sine dote* (Favre, Code, *De Don. antè nupt., def.* 7).

(2) V. Bretonnier, *Quest. alph.*, v° *Femmes*.

soit par mari et femme, ou par d'autres personnes : voulant qu'à l'avenir ils soient regardés comme nuls et de nul effet dans tous les pays de notre domination... »

Section II.

Des donations entre époux dans les pays de coutumes.

—

§ Ier. — *Exposé du droit germanique et du premier droit coutumier.*

—

LXXIV. Les lois barbares contiennent très-peu de détails sur les donations qui pouvaient intervenir entre époux pendant le mariage ; mais presque toutes parlaient de certaines libéralités qui accompagnaient ordinairement les cérémonies nuptiales.

Chez les anciens Germains, le mari achetait sa femme : « Si vir virginem mercetur, pretio empta sit, » dit la loi des Saxons (1). Le prix que le mari payait aux parents de la femme, était pour acquérir d'eux le *mundium*, c'est-à-dire le droit de puissance maritale (2). Mais, sous l'influence de la civilisation, ce prix d'achat, au lieu d'être payé aux parents, fut donné à la femme ; il prit alors le nom de *sponsalitium*, de *dos* ou de *pretium nuptiale* : ce fut l'origine de la dot germanique. Cette dot représenta l'ancien prix

(1) V. Saumaise, t. 6, p. 145.
(2) V. Ducange, v° *Mundium*, tom. II, p. 697.

d'achat et fut considérée comme un élément essentiel du mariage. L'épouse en acquérait la propriété au moyen de la *festuca* et de l'*andelangum*. Mais, outre la dot, la femme recevait du mari, le lendemain du mariage, un présent appelé *morgengabe* ou don du matin. Ce présent ne se donnait qu'à la jeune fille, qu'à la vierge : c'était le *pretium defloratæ virginitatis* (1). Cependant, plus tard, dans certaines coutumes, on l'accorda à la veuve sous le nom d'*abengabe*, présent du soir (2). — Tant que le *morgengabe* conserva son caractère primitif, il ne fut constitué à la femme que le matin qui suivait la première nuit du mariage; mais, dans la suite, comme le mari refusait souvent d'accomplir ses promesses, on prit l'habitude de fixer sa quotité par écrit avant la célébration des noces. Toutefois, le *morgengabe* n'était pas nécessaire pour la légitimité du mariage. Aussi n'existait-il point, à proprement parler, de *morgengabe légal* ou *coutumier*. Cependant quelques coutumes avaient fixé un *maximum*, qu'on ne pouvait dépasser. Dans la loi des Lombards, il était du *quart* des biens que laissait le mari à son décès. — Le *morgengabe* était un gain de survie, dont la femme ne jouissait qu'à la mort du mari; il ne se transmettait pas aux enfants, contrairement à ce qui avait lieu pour la dot. Lorsqu'il n'avait pas été constitué, certaines lois accordaient à la femme un *gain de survie légal;* ainsi, la loi des Francs Ripuaires lui donnait droit au tiers des biens acquis pendant le mariage (conquêts).

LXXV. De ces trois éléments, *dot*, *morgengabe* et

(1) V. Ducange, v° *Morganegiba*, tom. II, p. 675.

(2) V. M. Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal*, p. 202.

Le *morgengabe* était perdu pour la femme divorcée légitimement et même pour le cas de convol à une nouvelle union (v. id, p. 192); v. L. des Bavarois, tit. XIV, ch. VI et VII, p. 281, édit. Walter.

droit de survie, s'est formé le *douaire* (1), vers le VIIIe ou IXe siècle. Le *douaire* fut, comme la dot, constitué avant le mariage; comme elle, il se prit sur les biens présents et fut transmissible aux enfants. Il avait lieu pour toute espèce de mariage, soit qu'il s'agit d'une veuve ou d'une jeune fille. Dans la plupart des coutumes, le douaire n'était acquis à la femme que le lendemain du mariage, après *compeignie charnelle* (2); on lui donne même quelquefois le nom de *morgengabe*. De *conventionnel* qu'il fut d'abord, le douaire ne tarda pas à devenir *légal*. D'après les *Assises de Jérusalem* (3), qui reproduisent le droit en vigueur en France au XIIe siècle, la femme noble a un douaire *légal* (de la moitié), qui se prend sur tous les biens que le mari laisse à son décès. Quelques auteurs ont prétendu que le douaire coutumier ou légal n'existait que depuis le XIIIe siècle, qu'il avait été introduit par l'ordonnance de 1214 de Philippe-Auguste, qui l'aurait fixé à la moitié des biens possédés par le mari au moment de la célébration du mariage. Ils invoquent un passage du *Coutumier de Beauvoisis*, dans lequel Beaumanoir rapporte que, lors des cérémonies nuptiales, avant d'entrer dans l'église et en présence du prêtre, le mari adressait ces paroles à sa fiancée : « Du doaire qui est » devisés entre mes amis et les tiens, te deu (ch. 13, » nº 12). » Mais on ne peut rien conclure de ce passage, qui se borne peut-être à rappeler un ancien usage; et, lorsqu'on a sous les yeux les termes si formels et si explicites des *Assises de Jérusalem* et des autres monuments du droit

(1) V. *Chartes de la commune de Laon* (1128), art. 13; — *Charte de la comm. d'Amiens* (1190).

(2) Beaumanoir, ch. XIII, XXV, p. 224.

(3) *Haute-Cour, livre de Geoffroy-le-Tort*, art. 16, édit. Beugnot, p. 449. — V. aussi livre de Jacques d'Ibelin, nº 68, p. 467; — Charondas, sur la Coutume de Paris, art. 249, p. 180.

coutumier de cette époque, on ne peut pas hésiter à décider que le douaire *légal* existait bien avant l'ordonnance de 1214. Philippe-Auguste ne fit que généraliser ce qui existait déjà et étendit aux roturiers le douaire *légal*, qui jusqu'alors n'avait lieu qu'en faveur des nobles. De plus il changea sa quotité, qui du tiers fut porté à la moitié des biens possédés par le mari au jour du mariage. L'ordonnance de 1214 devint la base du droit commun relativement au douaire. Toutefois elle ne fut obligatoire que dans les domaines du Roi. Ainsi, elle ne fut pas exécutée en Bretagne, où le douaire resta toujours du tiers. Dans l'Angoumois et la Saintonge, on conserva aussi la même quotité. Dans les établissements de Saint-Louis, la femme noble conserve encore un douaire du tiers (Ch. XIV). En Normandie, on ne s'était pas non plus conformé aux prescriptions de l'ordonnance, bien que cette province appartînt au Roi depuis sa confiscation sur Jean-sans-Terre en 1202.

LXXVI. Après ce succinct aperçu sur les droits, que les anciennes lois accordaient à la femme, revenons à notre question, et demandons-nous si chez les peuples germaniques on autorisait d'autres libéralités entre époux. D'abord, la loi des Ripuaires autorisait formellement, dans son titre 48, les donations entre mari et femme. La loi des Visigoths (1) les permet aussi et y consacre une foule de dispositions. La loi des Bavarois les mentionne encore expressément (2). Quant à la loi salique, elle ne s'explique pas catégoriquement ; voici, toutefois, les inductions que M. Pardessus (3) a tirées de plusieurs formules et de divers

(1) Loi des Visigoths, liv. v, t. II, ch. IV, V et VII.

(2) L. des Bavarois, t. XIV, ch. IX. — V. aussi Charte de l'an 888, p. 1515, CXX.

(3) *Textes de la loi Salique*, p. 678 et suiv. Dissert. XIII, sect. II.

documents contemporains : 1° les époux pouvaient se faire chez les Francs-Saliens des donations entre vifs irrévocables, ainsi que cela résulte du titre VIII des *capita extravagantia*, du titre XLVIII de la loi des Ripuaires et de la formule XII du titre I de Marculfe ; 2° ces donations n'étaient permises que lorsqu'il n'y avait pas d'enfants ; 3° la réciprocité n'était pas nécessaire quoique, en fait, elle se rencontrât le plus souvent ; 4° les donations pouvaient porter sur tous les biens du donateur, soit propres, soit acquêts ; 5° le donataire pouvait disposer des biens donnés pour son usage personnel ou bien en œuvres pies, mais il ne pouvait pas les transmettre à ses héritiers. — La loi Lombarde de Luitprand n'autorisait que la dot et le *morgengabe* (ch. 102). — Quant aux autres lois barbares, elles sont complètement muettes sur les libéralités entre mari et femme, et il est assez difficile de savoir quel était le droit en usage à cet égard.

LXXVII. On comprend facilement que chez les peuples Germains on ne fît nulle difficulté d'admettre les donations entre époux lorsqu'on songe que, pour toute aliénation, il fallait le consentement des héritiers : la présence de ces derniers était un sûr garant que la donation avait une cause légitime et n'était pas faite dans le seul but de les dépouiller. Aussi, l'on peut conclure que, dans le droit germanique, les libéralités entre mari et femme étaient généralement permises.

LXXVIII. De la liberté à la prohibition absolue il y a eu des règles intermédiaires, que nous trouvons dans les plus anciens monuments du premier droit coutumier. Les *Assises de Jésusalem* (1180) (1) et les *Établissements de Saint-Louis*

(1) *Cour des Bourgeois*, ch. CLXXIII.

(1270) (1) ne permettent les libéralités entre époux que par testament et exigent qu'il n'y ait point d'enfant mâle issu du mariage. Pierre Defontaines et Beaumanoir font la même distinction entre les libéralités entre vifs et celles de dernière volonté. On a prétendu, il est vrai, que ces auteurs étaient en contradiction avec les coutumiers précédents, mais il suffit de lire les passages où ils traitent des libéralités entre époux pour se convaincre qu'ils n'entendent parler que des testaments. — « *Ce que l'en puët leissier à estrange personne*, dit Defontaines (2), *puët en leissier à un de ses enfanz et à se feme meisme.* » Et Beaumanoir (3), de son côté dit : « *Il est costume bien aprovée que li hons, toutes ces cozes dessus dictes, pot lessier à se feme ou le feme à son seignour.* »

LXXIX. Mais du XIIIe au XIV siècle, il s'opéra des modifications : on restreignit peu à peu la faculté de disposer entre époux ; de sorte que l'on peut dire qu'au XIVe siècle, le droit commun fut la prohibition de toute donation soit entre vifs, soit testamentaire C'est ce que nous apprennent tous les coutumiers de cette époque (4).

(1) Etab., lib. I, ch. CIV. — « Dame ne puët rien donner à son seignieur en aumosne, tant comme elle soit seinne, que li dons feust pas estables ; car par aventure, ele ne l'aurait pas fet en sa bone volenté, ains li aurait donné pour ce que il ne lit en fist pis, ou par la grand amor que elle aurait à luy, et pour ce ne li puet-elle riens donner de son mariage. Mès avant que elle l'eust pris, elle li porrait bien donner le tiers de son héritage, ou à sa mort, quand elle serait malade, pour qu'il n'i eust hoirs masle.

(2) *Conseil à un ami*, ch. XXXIII, p. 385 et 386, nº 14, éd. Marnier, 1846.

(3) *Coutumier de Beauvoisis* (1283), ch. XII, al. 4, p. 180.

(4) V. *Coutumes notoires du Châtelet*, art. 58. — *Décisions de Jean Desmares*, 235e. — *Grand Coutumier de Charles VI*, p. 219, éd. de Charondas.

§ II. — *De la prohibition portée, en général, par les coutumes.*

LXXX. — Lors de la rédaction des coutumes, on consacra généralement la prohibition absolue des donations entre mari et femme, soit par actes entre-vifs, soit par actes de dernière volonté. — Voici quelle paraît être la cause d'une telle prohibition. Anciennement les libéralités n'étaient permises qu'avec le consentement des héritiers. Quand ce consentement ne fut plus nécessaire, l'on établit la règle *donner et retenir ne vaut*, pour restreindre, autant que possible, les donations entre vifs, et pour empêcher ainsi les biens de sortir de la famille : on voulut que le donateur se dépouillât *actuellement* et *irrévocablement*; car, selon la judicieuse remarque de Pothier, l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement, détournent les particuliers de donner. Mais la règle *donner et retenir ne vaut*, qui pouvait mettre un frein aux libéralités entre étrangers, n'était pas suffisante pour détourner les époux de se faire des donations entre vifs. L'époux, qui donnait à son conjoint, ne se dépouillait pas, en réalité, *actuellement*, puisque les biens donnés restaient dans le patrimoine commun jusqu'à la dissolution du mariage : le donateur ne cessait point d'en avoir la jouissance ; il ne se dépouillait pas lui-même ; aussi les donations entre vifs d'époux à époux furent-elles proscrites dans l'intérêt des héritiers. — Quant aux dispositions testamentaires, elles furent aussi prohibées. On craignit que l'influence des époux l'un sur l'autre ne se fît trop sentir, et l'on alla encore plus loin

que le droit romain, en défendant toute disposition entre époux. — La seule donation permise fut le *don mutuel*, dont nous nous occuperons spécialement dans le paragraphe suivant.

LXXXI. La prohibition absolue des libéralités entre mari et femme ne paraît pas extraordinaire, quand on considère tous les avantages que la femme pouvait retirer des institutions en usage à cette époque, et notamment du douaire et de la communauté.

Cette prohibition existait aussi en Angleterre et en Allemagne, ainsi que cela résulte des coutumiers anglo-normands et du droit germanique (V. *Miroir de Saxe*, art. 31, nº 2.)

LXXXII. Les anciens jurisconsultes nous donnent les motifs de la rigueur du droit coutumier. D'après Coquille (1), les libéralités entre conjoints étaient défendues, parce que, « *durant le mariage, l'amitié se doit entretenir et conserver* » *par honneur et en l'intérieur du cœur, et non pas par* » *dons.* » Ce motif, qui était surtout invoqué dans le droit romain, n'avait qu'un intérêt secondaire dans notre ancien droit français. La principale cause de la prohibition nous est donnée par Ferrières (2). « La raison, dit cet auteur, » pour laquelle nos coutumes se sont écartées des loix » romaines, en défendant aux conjoints par mariage *toutes* » *espèces d'avantages et donations*, est fondée sur le soin et » le désir *de conserver les biens dans les familles*, qui a » servi de fondement à la plus grande partie des disposi- » tions coutumières,... on a considéré que l'Etat ne se » pouvait mieux maintenir que par ce moyen, autrement » les conjoints par mariage, qui n'auraient point d'enfants,

(1) Coquille, quest. 149, tom. II, p. 223, éd. de 1703.

(2) *Coutume de Paris*, art. 282, glose 1, nº 6. — V. aussi Bourjon, v° *Droit commun de la France*, t. 2, p. 83. — Ch. I, sect. II.

» se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre, et feraient » passer des successions opulentes dans des familles étran- » gères ; de là vient que nos coutumes ont défendu toutes » donations pendant le mariage directement ou indirecte- » ment. »

LXXXIII. Le plus grand nombre des coutumes frappaient donc de nullité les donations entre mari et femme. Mais plusieurs les autorisaient sous certaines conditions. Aussi peut-on dire, avec Pothier (1), qu'il y avait beaucoup de variété (2) entre les diverses coutumes. D'après ce jurisconsulte, on peut les ranger en quatre classes.

A. — La première classe défend toutes donations et tous avantages directs ou indirects entre mari et femme, pendant le mariage, les libéralités *testamentaires* aussi bien que celles *entre vifs*. A cette classe appartiennent la majorité des coutumes, et notamment celles de Paris (art. 282) et d'Orléans (art. 280).

B. — Dans la seconde classe viennent se ranger les coutumes, qui prohibent seulement les donations entre vifs et qui permettent les libéralités *testamentaires*. — Par testament, l'on pouvait disposer, en faveur de son conjoint, de tout ce que l'on aurait pu donner à un étranger, c'est-à-dire des *meubles*, des *acquêts* et du *quint* des *propres* (V. Chartres, ch. 17, art. 91 ; Châteauneuf, ch. 17, art. 113; Péronne, art. 111 ; Ponthieu, tit. 2, art. 24, etc.) — La coutume de Mantes ne permet de disposer, en

(1). V. *Traité des Don. entre mari et femme*, art. 1, n° 7 et suiv.

(2) Cette diversité des coutumes, en général, a suggéré à Voltaire les réflexions suivantes : « Il y a, dit-on, cent quarante-quatre coutumes en France qui ont force » de loi. Ces lois sont presque toutes différentes. Un homme qui voyage dans ce » pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste. — » Aujourd'hui, la jurisprudence est tellement perfectionnée, qu'il n'y a guère de » Coutume qui n'ait plusieurs commentateurs, et, comme on croit bien, d'un avis » différent... » (*Dictionnaire philosophique*, v° Coutumes.)

faveur du conjoint, que lorsqu'il n'y a pas d'enfants. — Celle de Reims (art. 291), permet aux conjoints de se léguer l'un à l'autre leurs *meubles* et *conquêts* en pleine propriété; quant à « leurs naissant et acquêts faits auparavant leur mariage, » ils ne peuvent s'en donner que « la moitié en usufruit seulement. » — La coutume d'Amiens (tit. 5, art. 106) ne permet de disposer, quand il y a des enfants, que de l'*usufruit* des biens que l'on pourrait donner à un étranger.

C. — La troisième classe renferme les coutumes qui, grâce à l'influence du droit romain, admettent, non seulement les *dispositions testamentaires*, mais encore les *donations entre vifs*, lorsque le conjoint est prédécédé sans les avoir révoquées. De ce nombre étaient les coutumes de Poitou et de Touraine. Toutefois, cette dernière exigeait qu'il n'y eût pas d'enfants.

D. — A la quatrième classe appartiennent les coutumes qui permettent de véritables *donations entre vifs*, même irrévocables, mais seulement dans certains cas et sous certaines restrictions qui ont principalement pour but de conserver les *propres* à la famille. — Ainsi, la coutume d'Angoumois (art. 52) permet aux époux, s'ils n'ont point d'enfants, de se faire, l'un à l'autre, *donation entre vifs*, ou *mutuelle*, ou *simple*, *en usufruit*, de leurs *meubles acquêts*, et du *tiers* de leurs *propres*. — Celle de Montfort leur permet, dans le même cas, de se donner entre vifs l'*usufruit* de leurs *meubles* et *conquêts*, et le *quart* de leurs *propres*. — Celle d'Auvergne (ch. 14, art. 28) a une disposition exceptionnelle : elle permet au mari de donner, par actes entre vifs, à sa femme, tous ses biens, sauf la légitime des enfants; tandis qu'elle défend à celle-ci de donner à son mari. — La coutume de Noyon (tit. 13, art. 21) est la plus favorable aux conjoints:

elle admet les donations entre vifs dans tous les cas; seulement, lorsqu'il y a des enfants, elle ne permet aux conjoints de se donner que la *propriété de leurs meubles et acquêts*, sauf la légitime des enfants, tandis que, à défaut d'enfants, elle les autorise à se donner, en outre, l'*usufruit de la moitié de leurs propres*. — Celle de Bourgogne (ch. 4, art. 7) exigeait le consentement des plus proches parents du donateur. — Tel est, en résumé, le tableau des principales coutumes. Observons que les lois concernant les donations entre mari et femme avaient moins pour objet les *personnes* que les *choses*, c'est-à-dire, qu'elles étaient des *statuts réels*, et que c'était la loi de la *situation des biens*, que l'on devait suivre.

LXXXIV. Maintenant, examinons rapidement les règles qui concernaient la prohibition des donations entre époux, dans les coutumes où elle avait lieu, en suivant principalement les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans.

LXXXV. Les personnes atteintes par la prohibition sont tous les conjoints par mariage. C'est ce que déclare formellement l'art. 282 de la coutume de Paris : « Homme et » femme conjoints par mariage, constant icelui, ne se peu- » vent avantager l'un l'autre par donations entre vifs, par » testament ou ordonnance de dernière volonté, ne autre- » ment, directement, ne indirectement, sinon par don » mutuel, comme dessus. » L'art. 230 de la coutume d'Orléans s'exprime à peu près dans les mêmes termes. Il est ainsi conçu : « Homme et femme conjoints par mariage » ne peuvent, par disposition faite entre vifs, ni testamen- » taire, durant leur mariage, donner aucune chose l'un à » l'autre directement ni indirectement, et ne se confirme » par mort. »

LXXXVI. Ainsi, d'après ces coutumes, il était expressé-

ment défendu aux époux de se faire aucune espèce de libéralité. Mais la prohibition atteignait encore les personnes « qui se portaient comme mari et femme (1) » bien que leur mariage fût annulable, et celles qui vivaient en concubinage. « Donation en mariage, ni concubinage, ne vaut » dit une des règles de Loisel (2). La coutume de Tours (art. 246) contient une disposition expresse pour défendre les donations entre *concubins*, bien qu'elle permette les donations entre époux (art. 243). C'est là une différence avec le droit romain et que Pothier justifie en disant « qu'il serait contre les bonnes mœurs et l'honnêteté publique que ces personnes pussent recevoir, par des donations, la récompense de leur mauvais commerce. »

LXXXVII. Dans le droit coutumier, la personnalité juridique des membres de la famille n'est pas absorbée, comme en droit romain, dans la personne du chef de famille ; chaque membre conserve son individualité propre; aussi, les libéralités faites à l'un ne sont point nécessairement faites à l'autre. Cependant la loi avait admis *des présomptions d'interposition de personnes*. Les donations faites aux héritiers présomptifs de l'un des époux ou aux personnes, dont ces derniers étaient les héritiers présomptifs, étaient nulles comme faites à des *personnes interposées*.

LXXXVIII. L'article 283 contient une disposition particulière qui a été diversement interprétée. Il est ainsi formulé : « Ne peuvent lesdicts conjoints donner aux enfants l'un de » l'autre d'un précédent mariage, *au cas qu'ils, ou l'un* » *d'eux, aient enfants*. » Quelques auteurs prétendaient que la disposition de cet article était absolue, et que l'un

(1) Pothier, *loc. cit.*, n° 30.
(2) Loisel, liv. I, tit. II, n° 25 du tom. 1er.

des conjoints ne pouvait jamais, en aucun cas, donner aux enfants que l'autre époux avait d'un précédent mariage. Mais cette interprétation était évidemment contraire au texte que nous venons de transcrire. Cet article veut dire seulement que, lorsqu'il existe des enfants communs, l'un des époux ne peut point donner aux enfants de son conjoint, et, qu'à défaut d'enfants communs, de telles donations sont permises, pourvu que l'époux donateur n'ait pas lui-même des enfants issus d'un précédent mariage. C'est, en effet, dans ce sens que s'est prononcé un arrêt de 1583, rendu en forme de règlement (1). Cette disposition de la coutume de Paris avait pour conséquence de permettre à l'époux, qui n'avait pas d'enfants, de donner aux ascendants et aux collatéraux, tout aussi bien qu'à l'enfant de l'autre époux. C'était là une disposition toute exceptionnelle et qu'on n'appliquait que dans les pays régis par la coutume de Paris. — Dans toutes les autres coutumes, les enfants étaient toujours réputés personnes interposées.

LXXXIX. L'article 226 de la coutume de Bourbonnais s'exprime ainsi : « Le mari, durant le mariage, ne peut » faire aucune association, donation, ni autre contrat au » profit de sa femme, *enfants de ladite femme d'autre lit*, » ni autres auxquels elle doive succéder *immediatè; nec è* » *contrà* la femme au mari, *à ses enfants*, ou autres èsquels » le mari doive succéder. »

XC. Tout avantage *direct* ou *indirect* était prohibé entre époux. Le conjoint, qui s'était enrichi au préjudice de l'autre, lui devait récompense. Ainsi, contrairement à la jurisprudence romaine, la femme devait rembourser au mari ce que celui-ci avait dépensé, pour reconstruire sa

(1) V. Pothier, *loc. cit.*, n° 112 *in fine*.

maison incendiée. La répudiation d'une hérédité, à laquelle l'autre conjoint était appelé, était considérée aussi comme un avantage indirect. A Rome, les époux pouvaient faire entre eux toute espèce de contrats ; en droit coutumier, il n'en est plus ainsi : « Gens mariés, dit l'article 410 de la » coutume de Normandie, ne peuvent céder, donner » ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, » *ni faire contrats* ou confessions, par lesquels les biens » de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie. » Les coutumes de Bourbonnais (ch. 10, art. 226) et de Nivernais (ch. 23, art. 27) ne sont pas moins formelles : « Gens » mariés, dit cette dernière, constant leur mariage, ne » peuvent *contracter* au profit l'un de l'autre. »

Et Pothier (1) nous apprend, que « cela a pareillement lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées : c'est pourquoi Dumoulin, sur l'article 256 de l'ancienne coutume de Paris, nº 5, pose pour maxime, que des conjoints par mariage ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité : « Nullum contractum etiam » reciprocum facere possunt nisi ex necessitate. »

XCI. Toute libéralité entre époux, soit directe, soit indirecte, était nulle de plein droit et non pas seulement sujette à rescision. Lorsqu'elle avait pour objet un immeuble ou un meuble, et que la tradition avait été faite, le donateur et ses héritiers pouvaient intenter la *revendication* contre le donataire et même contre les tiers-détenteurs, à moins que ces derniers n'eussent usucapé. La quasi-tra-

(1) *Loc. cit.*, nº 78. — L'article 58 des *Coutumes notoires* contenait une disposition analogue : « Mary ne puet rien donner à sa femme, en testament ou autre- » ment, se ils ne font don mutuel, soit à vie ou à héritage, et soit meuble ou » immeuble, et se ils le font, tout est nul ; car ils ne peuvent faire contract valable » l'un à l'autre. »

dition d'une chose incorporelle était aussi impuissante à en transférer la propriété à l'époux donataire. La remise d'une créance ou de quelque autre droit était regardée comme non avenue et ne produisait aucun effet : le donateur conservait toutes ses actions. La simple promesse de donner n'était point obligatoire. Les libéralités testamentaires ne donnaient aucune action au conjoint donataire, pour demander la délivrance. — La sanction de la prohibition était donc des plus énergiques : les donations étaient radicalement nulles, et la nullité ne pouvait être couverte par quelque laps de temps que ce fût.

§ III. — *Du don mutuel.*

XCII. Le droit coutumier, qui prohibait, en général, les donations entre époux, admettait, par exception, le *don mutuel*.

Comme son nom l'indique suffisamment, le don mutuel était le don que se faisaient réciproquement les époux.

Il était admis dans la généralité des pays de coutumes, mais il était régi par des règles qui variaient d'une coutume à l'autre.

XCIII. D'après Pothier (1) on peut ranger les diverses coutumes en huit espèces de variétés.

1° Le plus grand nombre des coutumes, et entre autres celles de Paris (art. 280) et d'Orléans (art. 281), ne permettent le don mutuel que dans le cas où le mari et la femme sont l'un et l'autre sans enfants lors de la mort du prédécédé. — Plusieurs autres, Péronne, Reims, etc.,

(1) *Loc. cit.*, nos 118 à 128.

l'autorisent dans tous les cas. — Quelques-unes, telles que celles d'Auvergne et de Chartres, la prohibent expressément. — La coutume de Dunois exige, pour qu'il soit valable, sa confirmation par un testament mutuel.

2° En général, les coutumes restreignent l'objet du don mutuel aux biens de la communauté (Paris, Orléans, etc.). Cependant il en est, qui permettent d'y comprendre les meubles, les acquêts, les conquêts et une partie des propres.

3° Tantôt on peut donner en toute propriété, tantôt en usufruit seulement.

4° On exige ordinairement une égalité parfaite dans ce que l'un des conjoints donne à l'autre. Toutefois les coutumes d'Anjou (art. 327) et de Tours (art. 241) se contentent que chacun ait des biens de la même espèce ; par exemple que l'un et l'autre donnent des *propres*, peu importe la quotité.

5° Certaines exigent que les conjoints aient le même âge ou au moins qu'il n'y ait pas une grande disproportion. (Auxerre, art. 222; — Nivernais, ch. 23, art. 27).

6° D'après la coutume de Paris, le don mutuel est sujet à délivrance. Plusieurs coutumes veulent que le donataire soit saisi de plein droit ; quelques-unes ne lui accordent la saisine que du jour qu'il a fourni caution.

7° A Paris et à Orléans et, en général, dans les coutumes qui ne permettent le don mutuel qu'en usufruit, le donataire doit présenter bonne et suffisante caution. Celle du Grand-Perche se contente de sa caution juratoire, en affirmant qu'il n'en peut donner d'autre. Celle de Blois ne lui impose cette obligation que dans le cas de convol à un autre mariage.

8° Quelques coutumes (Bretagne et Châteauneuf) font

perdre au survivant, qui a des enfants, tous dons mutuels, lorsqu'il se remarie.

XCIV. — *Origine du don mutuel.* — Le don mutuel était inconnu des Romains. On a cependant essayé de trouver son origine dans une Novelle de Théodose et de Valentinien ; mais dans ce texte il n'est nullement question d'un don mutuel semblable à celui qui existait dans le droit coutumier; il s'agit seulement du *testament* de deux époux, renfermé dans un seul et même acte. Or, le don mutuel, comme nous le verrons bientôt, était considéré comme une *donation entre vifs*. Il a incontestablement une origine germanique. Nous le trouvons en usage chez les Francs depuis une époque très reculée. La loi des Francs Ripuaires en traite dans son titre 49. Les formules de Marculfe (liv. 1er, ch. 12 ; liv. 11, ch. 7 et 8) nous en donnent plusieurs exemples. Au XIVe siècle, nous le trouvons consacré dans tous les coutumiers, avec les mêmes caractères qu'il a eus dans le dernier état du droit (1). Lors de la rédaction des coutumes, les règles concernant le don mutuel furent seulement mieux établies, les principes furent plus certains, mais la nature du don mutuel resta toujours la même. Voyons donc quel était son caractère.

XCV. *Nature du don mutuel.* Plusieurs de nos vieux jurisconsultes prétendaient que le don mutuel était un contrat commutatif, *do ut des* ; la coutume, disaient-ils, prohibe les donations entre époux d'une manière absolue, mais elle permet le don mutuel, parce que, loin d'être un acte

(1) V. *Coutumes notoires du Châtelet* (art. 58). — *Décisions* de Jean Desmares (235e). — *Grand-Coutumier* de Charles VI. — *Somme rurale* de Bouteiller. « Mais par autre raison se peuvent faire dons et amendements entre dessus dicts mary et femme que laiement on appelle *revestissements*, et aussi est ainsi appelé parce que autant en amende l'un que l'autre. » (Bouteiller, 1, t. XCIX.)

à titre gratuit, il est un véritable contrat à titre onéreux, un contrat aléatoire ; il doit y avoir, en effet, égalité (1) par rapport aux biens donnés, et égalité par rapport aux chances de survie. Ricard (2) déclare formellement que c'est là un contrat irrégulier, *do ut des*, une espèce d'échange fait avec le hasard de la survie ; et il ajoute que les époux n'ont eu en vue aucun motif de libéralité, qui est l'âme de la donation; qu'au contraire ils ont été portés à contracter par le désir de profiter au préjudice l'un de l'autre, ce qui est entièrement opposé à la donation, et enfin, que c'est plutôt un pacte aléatoire qu'une libéralité. Mais l'opinion de Ricard, qui était celle de Dumoulin, n'assigne pas au don mutuel son véritable caractère. Le don mutuel, ainsi que le déclare très nettement Pothier, est une véritable *donation entre vifs*, irrévocable, comme les libéralités de cette nature. Le but, que se proposent les époux, est évidemment de se faire une libéralité ; or, c'est là le caractère qui distingue l'acte juridique appelé donation. — Le don mutuel est, dans les coutumes, comme dans le droit germanique, une véritable donation entre-vifs, qui n'est point soumise à la règle *donner et retenir ne vaut*, puisque l'époux donateur ne se dépouille qu'à son décès. Aussi les anciens jurisconsultes la rangeaient-ils dans la classe des donations entre-vifs exceptionnelles. — Delaurière prétend que le don mutuel est une donation à cause de mort *irrévocable* ; c'est lui reconnaître incontestablement le caractère d'acte entre-vifs et lui en refuser seulement le nom. — Dans les pays de droit écrit, on le considérait,

(1) « Mais mari et femme, n'ayant enfants, se peuvent entre-donner *mutuellement*, pourvu, disent quelques Coutumes, qu'ils soient ineis, ou égaux en santé, âge et chevance. » (Loisel, tom. I, liv. I, t. II, n° 26.)

(2) V. Ricard, *Don mutuel*, ch. I, n° 2 et s.

depuis Furgole, comme une donation à cause de mort, afin de ne pas être en opposition avec les principes du droit romain.

XCVI. *Quelles personnes pouvaient se faire un don mutuel* ? — Les époux seuls avaient cette faculté, mais il fallait pour cela qu'ils fussent communs en biens. C'est ce qui résulte de l'art. 280, de la coutume de Paris, qui est conçu en ces termes : « *Homme et femme conjoints par* » *mariage,* étant en santé, peuvent et leur loist faire dona- » tion mutuelle l'un à l'autre également de tous leurs biens » meubles et conquêts faits durant et constant leur mariage, » et qui sont trouvés à eux appartenir et être *communs* » *entre eux* à l'heure du trépas du premier mourant desdits » conjoints, pour en jouir par le survivant d'iceux conjoints, » sa vie durant seulement, en baillant par lui caution suffi- » sante de restituer les biens après son trépas, pourvu » qu'il n'y ait enfants, soit des deux conjoints, ou de l'un » d'eux, lors du décès du premier mourant. »

Pour que les époux pussent se faire un don mutuel, il fallait donc qu'ils fussent communs en biens, car le droit de se faire des dons mutuels était fondé, comme le dit Pothier (1), sur la considération de la communauté, comme une récompense de la collaboration des époux pendant tout le temps qu'a duré le mariage.

XCVII. La question de savoir, si la femme qui renonce à la communauté peut se prévaloir du don mutuel, avait été controversée par les auteurs. Si la femme renonce à la communauté, disait-on, c'est qu'apparemment elle n'est pas avantageuse ; dès lors à quoi bon lui permettre de réclamer le don mutuel? Mais on finit par admettre qu'elle conserve-

(1) *Loc. cit.*, n° 147.

rait ce droit, malgré la renonciation, parce qu'il pouvait arriver que la femme renonçât à la communauté, quoique avantageuse, pour s'en tenir seulement à ses reprises.

XCVIII. Les mineurs et les prodigues pouvaient-ils se faire des dons mutuels ? la question était controversée. Pour être fidèle au principe, qui considère ces dons comme des actes entre vifs, on devait évidemment se prononcer pour la négative. C'est ce que décidaient quelques auteurs. Toutefois Pothier (1) admettait une opinion contraire, et se trouvait ainsi en contradiction avec le principe qu'il avait d'abord admis. Ceux qui, comme Delaurière, reconnaissaient au don mutuel le caractère de donation à cause de mort, admettaient nécessairement l'affirmative. Quant à Dumoulin (2) et à Ricard (3), qui le considéraient comme un contrat à titre onéreux, ils admettaient aussi cette dernière solution : « *Quia*, dit Dumoulin, est negotium utrique » utile, non continens alienationem, sed meliorem condi- » tionem. »

XCIX. — *Dans quelle forme devaient être faits les dons mutuels* — Ils n'étaient pas soumis aux règles ordinaires des donations ; cependant tous les anciens auteurs (4) étaient généralement d'avis qu'ils devaient, à peine de nullité, être passés devant notaire, et qu'il devait en être gardé minute. L'article 46 de l'ordonnance de 1731 les avait exceptés expressément des formes et des règles prescrites pour les donations entre vifs. — Ils devaient être faits dans un seul et même acte ; c'est ce qu'observe Dumoulin, sur

(1) *Loc. cit*, nº 158.
(2) Dumoulin, § 155, nº 1.
(3) Ricard, chap. v, sect. iv, nº 204.
(4) V. Pothier, sur l'art. 281 de la Coutume d'Orléans ; Ricard, *Des Don.*, t. 1, ch. iv, nº 162 ; Ferrière, sur l'art. 280 de la Coutume de Paris.

l'article 325, de la coutume d'Anjou : « Non ergò seorsim, » dit-il, etiamsi alter alteri donaret, sed separatim et non » mutuâ contemplatione. »

On admettait généralement que les dons mutuels étaient sujets à la formalité de l'insinuation. Quelques coutumes avaient même des dispositions expresses à cet égard. L'article 284 de celle de Paris s'exprimait ainsi : « Un don » mutuel,... pour être valable, *doit être insinué* dans les » quatre mois du jour du contrat, et l'insinuation faite par » l'un des époux vaut pour tous deux ; après laquelle » insinuation le dit don mutuel n'est révocable, sinon du » consentement des deux conjoints. » — Une déclaration du roi du 5 décembre 1622 voulut que toutes donations mutuelles entre mari et femme fussent sujettes à l'insinuation.

C. *Des effets du don mutuel.* — L'efficacité du don mutuel était, en général, subordonnée à deux conditions : 1° à la survie du donataire ; 2° au prédécès du donateur sans enfants. — Dans la plupart des coutumes, le donataire n'était pas saisi : il était obligé de demander la délivrance. La coutume de Paris s'en explique formellement : « Un don » mutuel de soi ne saisit, ains est sujet à délivrance » (art. 284) (1). L'article suivant ajoute : « Le donataire » mutuel ne gagne les fruits que du jour qu'il a présenté » caution suffisante ; et demeurent les fruits à l'héritier » jusques à la dite caution présentée, laquelle il peut » présenter en jugement dès la première assignation » (art. 285). »

CI. Par le don mutuel, le survivant des époux avait la

(1) V. aussi art. 281 et 282 *de la Coutume d'Orléans.* — V. *contrà* l'art. 227 de celle de Bourbonnais.

jouissance de la part du prémourant dans la communauté ; aussi le partage de celle-ci était-il différé jusqu'à la mort du dernier des époux. Le donataire était tenu de toutes les charges de l'usufruit, et devait faire l'avance des dettes qui grevaient la part de la communauté, dont il jouissait comme usufruitier (1) ; mais il n'était nullement tenu de payer les legs et autres dispositions testamentaires.

CII. L'ordonnance de 1731 admit (art. 46) le don mutuel comme une exception à la prohibition des donations entre époux. Les lois révolutionnaires le respectèrent et ne le restreignirent que lorsqu'il excédait la quotité disponible (2). Le Code Napoléon, ainsi que nous le verrons en étudiant l'article 1097, l'a proscrit formellement : « les » époux, dit cet article, ne pourront, pendant le mariage, » se faire ni par actes entre-vifs, ni par testament, aucune » donation mutuelle et réciproque *par un seul et même* » *acte.* »

CIII. Avant d'aborder un autre sujet, rappelons ici la disposition de l'article 281, de la coutume de Paris, qui porte que : « Père et mère mariant leurs enfants, peuvent convenir que leurs dits enfants laisseront jouir le survivant desdits père et mère, des meubles et conquêts du prédécédé, la vie durant du survivant, pourvu qu'ils ne se remarient, et n'est réputé tel accord avantage entre les dits conjoints. »

§ IV. — *Des seconds mariages.*

CIV. Dans le droit germanique, on ne faisait pas de distinction entre les premiers ou subséquents mariages. Bien

(1) V. art. 286, 287, *Coutume de Paris.*
(2) V. Loi du 17 nivôse an II, art. 13, 14 et 17.

que ces derniers ne fussent pas vus avec faveur (1), aucune peine n'était édictée contre celui qui convolait à de secondes noces. Il pouvait disposer, en faveur du nouveau conjoint, de toute la quotité qu'il aurait pu donner à un étranger. C'est ce que nous attestent les plus anciens coutumiers. Seulement la veuve qui se remariait devait abandonner une partie de sa dot (le tiers) aux parents de son premier mari : c'était ce qu'on appelait l'*Achasius*. En outre, le second mari devait payer au *mundwald* le *reipus* pour acquérir le *mundium*, ou droit de puissance maritale. — Tel était le droit en usage chez presque tous les peuples barbares. — En Bourgogne, la femme abandonnait le *Wittemon* (2), en Lombardie la moitié de la dot, *meta*.

CV. Au XIIIe siècle, il n'existait pas encore de restrictions apportées à la capacité de disposer du conjoint qui se remariait. Aussi voyons-nous Beaumanoir (3) déplorer cet état de choses : *noz ne creons pas*, dit-il, *que ce soit drois et resons*. — Dans le XIVe siècle, on commença à songer à l'intérêt des enfants issus d'une première union, et l'on ne permit à l'époux remarié de disposer, en faveur de son nouveau conjoint, qu'avec le consentement de ces derniers : *fieri debet de consensu eorum* (4).

CVI. Mais, au XVIe siècle, lors de la réformation des coutumes, grâce à l'influence toujours croissante du droit romain, l'on trouve partout des dispositions particulières,

(1) V. Tacite, *Germanie*, ch. XIX.

(2) L. de Burg, t. 66, 69 et 74. — I. Mulier quæ ad secundas nuptias traditur, *Wittemon* ejus a prioribus parentibus mariti vindicetur. — II. Si vero tertium maritum accipere deliberat, Wittemon quod maritus dederit, mulieri proficiat (tit. 69, de Wittemon).

(3) *Coutume de Beauvoisis*, ch. XII, n° 22, p. 190.

(4) V. Bouteiller, p. 330, sur la Coutume de Tournensis. — Grand-Coutumier de Charles VI, p. 220.

pour restreindre les droits du second conjoint (1). — On se conformait au fameux édit de 1560, rendu par le roi François II, sous les inspirations du chancelier de l'Hôpital.

CVII. Cet édit, connu sous le nom d'*édit des secondes noces*, rendit obligatoire, pour toute la France, les constitutions *Feminæ quæ* et *Hâc edictali*, déjà suivies depuis longtemps dans les provinces de droit écrit.— Voici les premiers mots du préambule de cet édit : « Comme les femmes veuves, » ayant enfants, sont souvent invitées et sollicitées à nou- » velles noces, et, ne connaissant pas être recherchées plus » pour leurs biens que pour leurs personnes, elles aban- » donnent leurs biens à leurs nouveaux maris, sous pré- » texte et faveur du mariage, leur font des donations immen- » ses, mettant en oubli le devoir de nature envers leurs » enfants... »

CVIII. Cet édit contient deux chefs distincts. — Le premier défend à l'époux qui convole à de secondes noces, de donner à son nouveau conjoint au-delà d'une part d'enfant le moins prenant; il est tiré de la loi *Hâc edictali*. Le second chef, emprunté à la loi *Feminæ quæ*, frappe d'indisponibilité et d'une sorte de substitution, au profit des enfants du premier lit, les biens que l'époux qui se remarie tient de la libéralité de son premier conjoint.

CIX. Les dispositions de cet édit donnèrent lieu, dans l'application, à une foule de questions que l'on trouve traitées *in extenso* dans tous les auteurs qui l'ont commenté (2).

La première question qui se présenta, fut celle de savoir

(1) V. Cout. de Paris, art. 279 ; Cout. d'Orléans, art. 253.

(2). Pothier, *Traité du contrat de mariage*, t. II, nos 532 et suiv. ; — Ricard, *Des Donations*, nos 1167 et suiv. ; — Lebrun, *Des Successions*, liv. II, ch. VI ; — Rousilhe, *Des Don.*, t. I, nos 143 et suiv.

si le *premier chef* était applicable au mari aussi bien qu'à la femme. Les termes de l'édit semblent ne comprendre que cette dernière; la fin du préambule s'exprime ainsi : « Nous, *entendant l'infirmité du sexe*, avons loué et approuvé icelles loix... » Cependant, la question fut résolue dans le sens de l'affirmative, parce que, disent les arrêts, cet édit ne doit pas être regardé comme une loi pénale non susceptible d'extension, mais, au contraire, comme une loi très favorable dont les motifs conviennent aux hommes qui se remarient aussi bien qu'aux femmes ; d'ailleurs, dans le préambule, le législateur dit qu'il approuve et adopte les constitutions des empereurs romains faites sur cette matière ; or, la loi *Hâc edictali*, d'où est tiré le premier chef de l'édit, comprend expressément dans sa disposition l'homme qui se remarie. Depuis un arrêt du 18 juillet 1587, la jurisprudence fut définitivement fixée et les parlements ne firent plus difficulté pour se prononcer dans ce sens.

CX. L'incapacité de donner résulte de la présence d'enfants ou petits-enfants même posthumes. — L'édit s'applique à toute espèce de donations, soit entre vifs, soit testamentaires : il embrasse tous les dons et avantages quelconques faits par un époux ayant convolé à de secondes noces. — On s'était demandé s'il atteignait aussi les donations mutuelles ; le doute pouvait venir de ce que de telles donations étaient considérées, par quelques auteurs, comme de véritables contrats intéressés de part et d'autre. La jurisprudence, néanmoins, décida constamment, depuis l'arrêt solennel du 23 mai 1586, prononcé par le président Brisson, que les donations mutuelles, quelque égales qu'on les supposât, n'étaient pas moins sujettes à la réduction de l'édit que les donations simples. — Les donations rémunératoires étaient aussi sujettes à réduction, quelque grands et signa-

lés que fussent les services, lorsque c'étaient des services, qui par leur nature ou par la qualité de la personne qui les avait rendus, n'étaient pas appréciables à prix d'argent (1).

CXI. Pour qu'il puisse y avoir lieu à réduction, en vertu de l'édit, il faut : 1° que le conjoint remarié ait eu des enfants de ses précédents mariages ; 2° que quelqu'un des dits enfants lui ait survécu ; « car, dit Pothier (n° 560), la loi n'ayant été faite qu'en leur faveur, elle cesse, s'il ne s'en trouve aucun au temps auquel la loi devait avoir son effet, de venir à leur secours ; mais lorsque quelqu'un desdits enfants lui a survécu, il n'est pas nécessaire qu'il soit héritier ; il suffit qu'il soit capable de venir à sa succession ; » 3° enfin, il faut que ce qui a été donné aux personnes prohibées par l'édit excède la part de l'enfant le moins prenant, de quelque mariage qu'il soit issu.

CXII. Mais quels sont les enfants qui peuvent demander cette réduction ? — Dans les pays de coutumes, l'action en réduction appartient non seulement aux enfants du précédent mariage, mais indistinctement à tous les enfants du conjoint donateur. Cette jurisprudence, dit encore le professeur de l'université d'Orléans (n° 567), qui nous est attestée par Ricard et par tous les autres auteurs, est fondée en une grande équité ; les biens qui sont retranchés de la donation faite au second mari, étant les biens de la mère commune, tous les enfants, de quelque mariage qu'ils soient nés, étant autant à leur mère les uns comme les autres, ils doivent avoir un droit égal. — Dans les pays de droit écrit, au contraire, le retranchement n'appartient qu'aux seuls enfants du premier lit, conformément à la novelle 22 (ch. 27) de Justinien (2).

(1) V. Rousilhe, *loc. cit.*, n° 156 ; — Pothier, *loc. cit.*, n° 544.

(2) D'Olive, liv. 3, ch. 1 ; — Cambolas, liv. 4, ch. 18 ; — Bretonnier, *Quest. alph.*, lettre S.

CXIII. L'action en réduction ne s'ouvre qu'à la mort du donateur; elle peut être intentée contre les tiers détenteurs des biens donnés, qui ne peuvent commencer à prescrire qu'à cette époque.

CXIV. Le *second chef* de l'édit veut qu'on ne puisse donner, en se remariant, aucune portion des biens provenant du premier époux. Tout avantage, direct ou indirect, venant d'une telle source, est de plein droit frappé de nullité. Ce chef s'applique, d'après les termes même de l'édit, aussi bien aux hommes qu'aux femmes. La loi suppose que le premier époux n'a fait une libéralité à son conjoint que sous la condition tacite d'une restitution aux enfants communs, dans le cas de convol à une nouvelle union. La supposition de cette charge est fondée sur ce que, si le premier époux eût prévu que son conjoint se remarierait, il aurait apposé cette condition à la libéralité et n'aurait pas voulu souffrir que ce dernier pût faire passer dans des familles étrangères, au préjudice de leurs enfants communs, aucune chose de ce qu'il lui donnait (1). Il semblerait résulter de l'esprit de la loi que l'on ne devrait pas appliquer l'édit, lorsque le conjoint prédécédé aurait expressément permis à son époux de disposer librement des objets donnés. Cependant il a été jugé, par un arrêt rendu en forme de règlement, qu'une telle clause devait être considérée comme non avenue, et que le conjoint remarié était obligé de restituer aux enfants de son premier mariage tout ce qu'il a reçu de l'époux prédécédé, parce que si ce n'est pas lui, en ce cas, qui l'en a chargé, c'est la loi qui l'en charge à sa place et qui supplée à ce que le devoir de la piété paternelle pour ses enfants exigeait qu'il fît pour eux.

(1) Pothier, *loc. cit.*, n° 613.

CXV. Cette substitution ne s'ouvre qu'à la mort du conjoint qui a convolé à de secondes noces; les enfants du premier lit, au profit desquels elle est faite, n'y ont jusqu'alors aucun droit; aussi ceux qui prédécèdent ne transmettent rien à leurs héritiers. — Comme dans toute substitution, les enfants sont censés recueillir les biens de l'auteur de la substitution et non de la personne grevée d'une telle charge : *accipiunt à gravante, non à gravato.* — Cette obligation de restituer est éteinte par le prédécès de tous les enfants du premier mariage sans aucune postérité qui les représente; car alors elle n'a plus de raison d'être.

CXVI. La coutume de Paris apporta quelque extension à l'édit de 1560. Le premier chef de cet édit portait : « Femme convolant en secondes ou autres noces, ayant enfants, ne peut avantager son second ou autre subséquent mari de ses *propres* et *acquêts*, plus que l'un de ses enfants. » L'article 279 de la coutume ajouta la disposition suivante : « Et quant aux *conquêts faits avec ses précédents maris, n'en peut disposer aucunement* au préjudice des portions dont les enfants desdits premiers mariages pourraient amender de leur mère, et néanmoins succèdent les enfants des subséquents mariages auxdits conquêts avec les enfants des mariages précédents... » — Il résulte de ce texte, que toute aliénation de *conquêts* provenant d'un premier conjoint fut prohibée d'une manière absolue : on pensa que de tels biens étant le fruit du travail des deux époux, il était juste de les conserver aux enfants. Quant aux autres biens, il fut permis d'en disposer en faveur d'un second conjoint, jusqu'à concurrence d'une part d'enfant, et, envers des étrangers, avec toute liberté, pourvu que la légitime des enfants restât intacte.

CXVII. Par l'expression *conquêts*, la coutume entend-

elle comprendre dans la prohibition les *meubles* et les immeubles, ou bien n'embrasse-t-elle que ces derniers biens? Ce fut là l'objet d'une vive controverse; mais la question fut définitivement tranchée dans le sens le plus large, par un arrêt du 4 mars 1697, rendu sur les conclusions de d'Aguesseau (1), alors avocat général, qui montra, avec une grande force de logique, que l'esprit et les termes de l'article 279 voulaient nécessairement que *tous les conquêts*, soit meubles, soit immeubles, tombassent sous le coup de la prohibition. — D'après Pothier, la question fut discutée par d'Aguesseau, *dans la perfection*.

CXVIII. La disposition de l'article 279 de la coutume de Paris, sur les *conquêts*, était un droit particulier à cette coutume, que l'on ne devait pas suivre dans celles qui ne s'en étaient pas expliquées, ainsi que cela a été jugé par un arrêt du 2 avril 1683. La coutume d'Orléans (art. 203) était la seule qui eût adopté une disposition semblable.

CXIX. En terminant ce qui est relatif aux seconds mariages, mentionnons l'article 182 de l'ordonnance de Blois (1579), par lequel Henri III a établi une nouvelle peine contre les veuves qui se remarient, ayant des enfants, à un homme indigne de leur condition. — « D'autant que plusieurs veuves, porte cet article, même ayant enfants d'autres mariages, se remarient follement à personnes indignes de leur qualité, et qui pis est, les aucunes à leurs valets, nous avons déclaré et déclarons *tous dons et avantages* qui, par les dites veuves ayant enfants de leurs premiers mariages, seront faits à telles personnes, sous couleur de donation, vendition, association à leur communauté, ou autre quelconque, *nuls et de nul effet*; et icelles femmes, *lors de la*

(1) V. *Plaidoyers* de d'Aguesseau, t. IV, 40e *plaid.*

convention de tels mariages, avons mis et mettons en l'*interdiction de leurs biens*, leur défendons les vendre, ou autrement aliéner en quelque sorte que ce soit, et à toutes personnes d'en acheter, ou faire avec elles d'autres contrats par lesquels leurs biens puissent être diminués; déclarons les dits contrats nuls et de nul effet. »

CHAPITRE II.

Droit intermédiaire. (1789-1804).

CXX. Avant d'aborder l'étude des donations entre époux sous l'empire de notre droit actuel, il convient de jeter un coup-d'œil rapide sur la législation en vigueur dans le *Droit intermédiaire*, qui embrasse la période qui s'étend de l'année 1789 à la promulgation du Code Napoléon (1804).

CXXI. — Dans la généralité des coutumes, le principe de la conservation des biens dans les familles avait fait proscrire les libéralités entre époux pendant le mariage. Le droit révolutionnaire renversa complètement ce principe aristocratique et proclama l'abolition de la vieille maxime : *paterna paternis*, *materna maternis*. Mais le législateur de cette époque voulut apporter une limite à la faculté de donner. Dans la loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794), il restreignit, d'une manière peut-être un peu excessive, les dispositions à titre gratuit, en ne permettant de donner aux étrangers qu'un *dixième* des biens, si le disposant laissait des descendants ou des ascendants, et qu'un *sixième*, s'il ne laissait que des collatéraux.

En déployant une aussi grande rigueur pour les donations

en général (1), le législateur de l'an II excepta de la restriction les libéralités entre mari et femme. Ceux-ci purent librement disposer l'un en faveur de l'autre comme ils le jugeaient à propos : ils furent implicitement autorisés à se faire pendant le mariage des donations irrévocables, comme les donations ordinaires. Une seule restriction fut apportée à leur omnipotence ; ce fut dans le cas où il existait des enfants : alors les libéralités entre conjoints ne purent dépasser *la moitié de l'usufruit des biens* laissés par l'époux donateur; et, d'après l'art. 13 de cette loi, « si les avantages consistent en des dispositions de propriété, soit mobilière, soit immobilière, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en seront l'objet, sans qu'ils puissent excéder la moitié du revenu de la totalité des biens (2). » A défaut d'enfants, les donations entre époux peuvent comprendre, soit en jouissance, soit en pleine propriété, tous leurs biens, quelle qu'en soit la nature et l'origine, meubles ou immeubles, propres ou acquêts, sans aucune distinction. L'art. 14 de la loi du 17 nivôse an II est ainsi conçu : « Les avantages légalement stipulés entre époux, dont l'un est décédé avant le 14 juillet 1789, seront maintenus au profit du survivant. A l'égard de tous autres avantages échus et recueillis postérieurement ou qui pourront avoir lieu à l'avenir, soit qu'ils

(1) V. l'art. 1er de la loi de nivôse an II.

(2) La loi du 5 brumaire an II (26 oct. 1793) avait une disposition ainsi conçue : « Les avantages stipulés entre les époux encore existants, soit par leurs contrats de mariages, soit par des actes postérieurs, ou qui se trouveraient établis en certains lieux par les coutumes, statuts ou usages, auront leur plein et entier effet. Néanmoins, s'il y a des enfants de leur union, ces avantages, au cas qu'ils consistent en simple jouissance, ne pourront s'élever au-delà de la moitié du revenu des biens délaissés par l'époux décédé, et, s'ils consistent en des dispositions de propriété, soit mobilière, soit immobilière, ils seront restreints à l'usufruit des choses qui en sont l'objet, sans qu'ils puissent jamais excéder la moitié du revenu de la totalité des biens. »

résultent des dispositions matrimoniales, soit qu'ils proviennent d'institutions, dons entre-vifs ou legs faits par un mari à sa femme ou par une femme à son mari, ils obtiendront également leurs effets, sauf néanmoins leur conversion ou réduction en usufruit de moitié, dans le cas où il y aurait des enfants conformément à l'art. 13. »

CXXII. — Remarquons que cette loi abolit, en ne les consacrant pas formellement par une disposition légale, les *douaires*, *augments de dot*, et tous autres *gains matrimoniaux* établis par les coutumes, puisque l'art. 61 porte qu'elle abroge *toutes lois, coutumes*, *usages* et *statuts* relatifs à la transmission des biens par succession ou donation. Elle donne seulement effet aux avantages que les époux ont eu la précaution de stipuler d'une manière expresse.

CXXIII. — Observons qu'il était permis de cumuler la quotité disponible entre époux avec le disponible ordinaire, et qu'ainsi on pouvait, après avoir épuisé le disponible de l'usufruit de la moitié envers son conjoint, disposer encore envers des étrangers jusqu'à la limite du disponible ordinaire. Les lois révolutionnaires ne parlent point des seconds mariages. Il ne faut pas en conclure cependant que l'édit de François II ait été maintenu : son abrogation résulte indubitablement des dispositions des art. 13 et 61 de la loi de nivôse (1).

Cette loi ne prescrivant aucune forme particulière pour les libéralités entre époux, il en résulta que les formes requises pour les donations ordinaires devaient être appliquées.

(1) V. toutefois, un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1808, qui décide que le second chef de l'Edit des secondes noces n'a pas été abrogé par la loi de nivôse an II.

TROISIÈME PARTIE.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

PENDANT LE MARIAGE

D'APRÈS LE CODE NAPOLÉON.

CXXIV. Les législations qui ont précédé le Code Napoléon ont présenté, ainsi que nous venons de le voir, de nombreuses variations par rapport aux donations entre époux. Le législateur de 1804, s'inspirant de tous ces précédents, a adopté un système qui semble concilier l'intérêt des époux avec la dignité du mariage. Il n'a pas reproduit la prohibition absolue du droit romain primitif et de la plupart de nos vieilles coutumes, mais il n'a pas toléré la liberté illimitée de la loi révolutionnaire du 17 nivôse an II. — Il proclame, implicitement, dans l'art. 1096 du Code Napoléon, le principe d'après lequel les époux peuvent se faire toutes les donations qu'ils jugeront à propos. Toutefois, pour remédier aux actes qui peuvent être le résultat d'affections aveugles ou de regrettables entraînements, il a apporté de sages modifications à la loi de nivôse, en déclarant, dans le même

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

article, que les époux ne pourront se faire que des donations *essentiellement révocables*. Ce tempérament, emprunté au droit romain postérieur au sénatus-consulte d'Antonin Caracalla, remédie à tous les inconvénients en permettant à l'époux donateur de ressaisir ce que les obsessions de l'autre lui ont arraché. Seulement, à la différence du droit romain qui considérait de telles donations comme nulles dès l'origine, mais susceptibles de confirmation, le droit moderne les tient pour valables *ab initio*, sauf à être révoquées ultérieurement.

CXXV. Le Code Napoléon a parlé avec un laconisme vraiment regrettable des donations entre époux pendant le mariage; il n'a consacré que deux articles (1096-1097) à cet important sujet; de là, des incertitudes et des controverses sur les nombreuses questions qui peuvent s'élever. — On a même contesté les principes fondamentaux de la matière; on n'a pas été d'accord sur le véritable caractère qu'il faut attribuer à de telles donations, et, dès-lors, flottant dans le vague sans ancre de salut à laquelle on puisse se rattacher, on a appliqué à chaque question particulière des règles empruntées à telle institution, tantôt à telle autre, au lieu de s'attacher à un principe général qui pût servir de guide. Quelque sujet que l'on traite, la première chose à faire est d'établir, d'une manière fixe et certaine, les principes sur lesquels on se base. Ce point une fois connu, l'on peut avancer dans sa marche et l'on est à peu près sûr de ne pas s'égarer, en ayant la précaution de ne jamais perdre de vue le fil conducteur qui vous dirige. — Tâchons donc de le découvrir ce fil conducteur que le législateur a oublié de mettre au grand jour. — Essayons de déterminer le véritable caractère des libéralités que les époux peuvent se faire pendant le mariage, et, cette question capitale résolue, il nous sera

facile de résoudre d'une manière convenable l'infinité de questions qui se présenteront sur notre route. Leurs solutions ne seront plus que des conséquences naturelles et nécessaires du principe général.

CHAPITRE Ier.

Des donations directes.

—

SECTION Ire.

De la nature des donations entre époux.

CXXVI. La donation que la loi permet aux époux de se faire pendant le mariage est-elle une véritable donation entre vifs ou bien doit-on lui attribuer un autre caractère et la considérer, par exemple, comme une donation à cause de mort ? — Telle est la question principale qu'il faut immédiatement résoudre. C'est elle qui renferme le véritable nœud de la difficulté. *Hic opus, hic labor est*, comme dit M. Demolombe (1). — Quel est donc le véritable caractère de la donation entre époux ? — Sur ce point, grande controverse parmi les auteurs.

Par sa révocabilité, une telle donation semble se rapprocher de la donation à cause de mort; aussi Merlin (2) et Toullier (3) la considèrent-ils comme une véritable donation

(1) *Revue critique de jurisprudence*, p. 86, année 1851.
(2) *Répertoire*, v° *Donation*, sect. IX.
(3) Toullier, *Droit civil*, t. V, nos 917 et 918.

à cause de mort. Duranton (1) fait une distinction : si la donation ne comprend que des biens présents, elle a le caractère et les effets de la donation entre vifs, sauf la révocabilité à laquelle elle est sujette; si, au contraire, elle comprend des biens à venir, elle n'a que le caractère et les effets du testament.

D'après M. Troplong (2), elle a un caractère mixte; ce n'est ni une donation entre vifs proprement dite, ni une libéralité à cause de mort dans la pureté des principes, mais un mélange des deux.

CXXVII. Il nous semble que tel n'est pas le véritable caractère de la donation entre époux, et nous pensons que malgré sa révocabilité, elle n'en est pas moins une donation entre vifs, soit qu'elle comprenne des biens présents, soit qu'elle comprenne des biens à venir. — Aux termes de l'article 893 du Code Napoléon, on ne peut disposer de ses biens, à titre gratuit, que *par donation entre vifs* ou *par testament*. Or, personne ne soutiendra que la donation entre époux est un testament; d'où la conséquence nécessaire qu'elle est une véritable *donation entre vifs*, puisque la loi ne reconnaît plus aujourd'hui la libéralité à cause de mort. De plus, d'après la disposition de l'article 902 du Code Napoléon, toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par *donation entre vifs*, soit par *testament*, excepté celles que la loi en déclare incapables. Donc, cette faculté doit incontestablement appartenir aux gens mariés, si aucune autre disposition de la loi ne la leur enlève. Or, il est impossible de trouver dans le Code un seul article, une seule phrase et même une seule expression qui déclare

(1) Duranton, *Code civil*, t. IX, n° 778.
(2) *Des Donations et des Testam.*, t. IV, n° 2640.

ces personnes incapables de se faire des libéralités entre vifs. Il existe, au contraire, plusieurs textes qui reconnaissent en eux cette faculté. « Voyez d'abord, dit M. Demolombe (1), la place que nos articles 1096 et 1097 occupent dans le Code civil, au milieu des donations que les époux peuvent se faire par contrat de mariage. Voyez aussi l'article 1096, qui déclare formellement que les époux ont la faculté de se faire des donations, en même temps qu'il ajoute que ces donations seront toujours révocables. Les mots « *quoique qualifiées entre vifs* », ont uniquement pour but, dans la pensée du législateur, d'imprimer souverainement le caractère de révocabilité à la donation, de manière que les époux ne puissent y apporter aucune atteinte par aucune énonciation directe, par aucune qualification quelconque de leur libéralité. Et la preuve que le Code civil admet une véritable *donation entre vifs*, la preuve textuelle se trouve encore dans l'article 1097, qui leur reconnaît le droit de se faire des donations, soit par acte *entre vifs*, soit par testament. » — En présence de toutes ces considérations, il ne peut exister le moindre doute, et l'on est forcé de reconnaître que la donation que les époux se font pendant le mariage est une véritable *donation entre vifs*, privée uniquement de l'un des caractères qui distinguent celle-ci. Ce principe une fois admis, il résulte que, en exceptant ce qui tient à la révocabilité, les libéralités entre époux doivent être soumises à toutes les règles générales des donations ordinaires.

CXXVIII. Mais la *révocabilité* des libéralités entre gens mariés n'est-elle point contraire à l'essence de la donation entre vifs, et ne la convertit-elle pas, par la force même

(1) *Revue de Jurisprudence*, 1851, p. 90.

des choses, en une donation à cause de mort? C'est là un point qui a attiré l'attention des jurisconsultes. M. Demolombe, en appréciant la nature du droit de révocation accordé à l'époux donateur, estime que cette révocabilité n'est pas *purement et absolument potestative*, comme celle des dispositions testamentaires ; qu'elle ne dépend pas *ex mero arbitrio*, et qu'elle peut très bien être admise dans une donation entre vifs, sans en empêcher aucunement son existence actuelle et sa perfection immédiate. D'après ce savant jurisconsulte, le donateur ne peut pas révoquer sa libéralité sans motifs légitimes ; il ne le peut que pour cause d'un vice quelconque dans le consentement ou pour cause d'ingratitude du donataire (article 901-953). « Dans l'intention du législateur, dit-il (1), dans son espérance et dans son vœu, ce n'est en réalité que pour l'une de ces deux causes, que la donation entre époux est révocable; ce n'est que dans cette limite, que l'exercice de la faculté de révocation, qu'il accorde, peut être moral, honnête et ne pas dégénérer en abus et en déloyauté. » Pourquoi donc, avait-il dit ailleurs (2), ne pas considérer l'époux donateur comme suffisamment engagé, même en droit, par une *obligation naturelle*, à ne pas révoquer la donation qu'il a faite à son conjoint, quoique la loi elle-même s'en remette à sa conscience pour l'accomplissement de cette obligation. — En morale pure, on ne peut assurément qu'applaudir à la théorie de l'honorable doyen de la Faculté de Caen ; mais, en droit, elle ne paraît pas acceptable, et l'on ne voit nulle part, ni dans la loi, ni dans les travaux préparatoires du Code Napoléon, que le législateur ait jamais songé à demander au conjoint donateur, même au point de vue

(1) *Revue de Jurisprudence, loc. cit.*, p. 404.
(2) *Id.* p. 93.

moral, des motifs sérieux de sa révocation (1). — Les donations entre gens mariés, bien qu'étant le résultat d'un contrat, qui a transmis un droit actuel au donataire, sont, comme les dispositions testamentaires, soumises à la volonté ambulatoire de l'homme et révocables *ad nutum*.

CXXIX. Toutefois, nous ne croyons pas que la révocabilité ait pour effet de dénaturer la donation entre époux et de lui enlever son caractère d'acte entre vifs, et nous pensons avec Zachariæ et ses annotateurs MM. Aubry et Rau (2) que l'irrévocabilité absolue n'est pas, en règle générale, de l'essence des conventions, et que si toute obligation, contractée sous une condition qui en fait dépendre le lien de la seule volonté de celui qui s'oblige, est nulle, rien ne s'oppose cependant à ce que les parties stipulent que la convention pourra, en certains cas, être résolue unilatéralement par le fait de la volonté de l'une d'elles. Ces principes applicables à tous les contrats semblent, d'après la nature même des choses, plus spécialement applicables à des actes de pure libéralité. Aussi est-ce seulement par exception aux principes que le Code Napoléon a consacré l'irrévocabilité absolue des donations entre vifs ordinaires (944-946). Le législateur de 1804 a reçu ces exceptions de l'ancien droit français qui, en haine des dispositions à titre gratuit et dans le but de conserver les biens dans les familles, faisait tous ses efforts pour apporter quelque obstacle à la liberté de disposer. La règle « *donner et retenir ne vaut* » eut pour but de mettre un frein aux libéralités et de protéger la famille contre les donations exagérées. « L'esprit de notre droit français, disait Pothier (3), incline à ce que les biens demeu-

(1) V. Dalloz, *Répertoire*, tom. XVI, p. 685, n° 2382.
(2) *Code civil*, t. V, p. 306 et 548.
(3) *Traité des Donations entre vifs*, sect. II, art. 2.

rent dans les familles et passent aux héritiers. Dans cette vue, comme on ne pouvait dépouiller les particuliers du droit que chacun a naturellement de disposer de ce qui est à lui, et par conséquent de donner entre vifs, nos lois ont jugé à propos, en conservant aux particuliers ce droit, de mettre néanmoins un frein qui leur en rendît l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner qu'il ne se dessaisît, dès le temps de la donation, de la chose donnée, et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer; afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède, et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement, détournât les particuliers de donner. » — La révocabilité n'est donc pas contraire à *l'essence de la donation entre-vifs* et, en l'admettant, même *potestative*, dans les donations entre conjoints, le Code Napoléon n'a point détruit le contrat et ne l'a pas transformé en une donation à cause de mort. Maintenant que nous avons déterminé la *nature* et le caractère de la donation entre époux pendant le mariage, il nous sera facile d'indiquer quelle *forme* elle doit revêtir et quelle *capacité* est exigée des parties contractantes.

Nous allons successivemeut aborder ces deux points.

Section II.

Conditions de capacité et de forme.

CXXX. La capacité de donner et de recevoir n'est exigée chez les parties contractantes qu'au moment de la formation de l'acte, c'est-à-dire au temps de la donation

et à celui de l'acceptation. Puisque c'est à ce moment que s'opère la transmission du droit qui fait l'objet de la donation, le disposant doit être nécessairement capable de le transmettre et le gratifié capable de l'acquérir. Il n'est point requis, comme pour les dispositions testamentaires, que les parties soient capables et au temps de la confection de l'acte et à celui du décès, parce qu'ici la donation produit des effets immédiats, et saisit et transmet *hic et nunc* la propriété des biens donnés.

CXXXI. Avant la loi du 31 mai 1854, la mort civile engendrait une grave incapacité de disposer. Elle dissolvait le mariage (art. 25 C. N), et, par suite, ne pouvait pas s'élever la question de savoir si le mort civil était incapable de faire ou de recevoir une donation entre époux. D'après l'article 3 de la loi de 1854, qui a aboli la mort civile, le condamné à une peine afflictive perpétuelle est incapable de donner et de recevoir à titre gratuit : d'où il résulte invinciblement que l'époux qui a encouru une telle peine est absolument incapable de faire une donation valable à son conjoint.

CXXXII. Il est de toute évidence que lorsque la femme donne à son mari, ou qu'elle reçoit de lui, elle est suffisamment autorisée par le concours de celui-ci dans l'acte, et qu'il n'est pas besoin d'un consentement revêtu d'une forme sacramentelle (v. art. 934 Cod. Nap.). C'est ce qu'a décidé, avec raison, la Cour d'Amiens dans un arrêt du 24 novembre 1843.

CXXXIII. Que décider si la femme donatrice est morte de la maladie, dans le cours de laquelle elle a disposé au profit de son mari, qui la traitait comme médecin ? Quel sera le sort d'une telle libéralité ? A la simple lecture de l'article 909 du Code Napoléon, on est porté à résoudre la question dans le sens de la nullité, puisque la règle

consacrée par ce texte est générale, absolue, et ne fait aucune distinction dans l'intérêt du mari médecin. Cependant, tout le monde est d'accord pour reconnaître la validité d'une pareille disposition. C'est qu'ici, la qualité d'époux efface celle de médecin ; la loi impose au mari l'obligation de secourir sa femme (art. 212 C. N.), et, par conséquent, de prendre soin d'elle quand elle est malade. Or, il est impossible de supposer que cette même loi l'ait frappé d'incapacité à raison des devoirs qu'elle lui a imposés. « Les *médecins*, disait l'avocat-général Talon au Parlement de Paris, *n'ont jamais été jugés incapables, lorsqu'il s'est rencontré d'autres causes que leur art seul, qui pouvaient leur avoir mérité des libéralités* (1). »

CXXXIV. Le mineur pourra-t-il faire une donation à son conjoint pendant le mariage ? — En principe, il est frappé d'une incapacité absolue; toutefois, lorsqu'il est parvenu à l'âge de seize ans, la loi lui accorde une demi-capacité : elle lui permet de disposer *par testament* de la moitié des biens dont il pourrait librement disposer, s'il était majeur (art. 904, C. N.); quant aux *libéralités entre vifs* elles lui sont interdites, sauf ce qui est réglé au chapitre IX du titre II. — Mais que penser d'une donation faite à son conjoint, qui est toujours *révocable* comme le testament ? — Il faut la permettre, disent certains auteurs (2), car elle n'a aucun inconvénient et n'est nullement dangereuse pour son auteur, puisqu'il conserve toujours le droit de revenir sur sa libéralité et de reprendre les objets donnés, et il résulte clairement de l'esprit de la loi, qui lui seul l'éclaire et la

(1) Arrêt du 31 août 1665, rapporté dans le *Journal des Audiences*, liv. 4, ch. 30.

(2) Delvincourt, t. II, p. 197; — Vazeille, sur l'art. 904, n° 2.

vivifie, qu'on n'a défendu les donations au mineur que parce qu'elles sont irrévocables et dépouillent à tout jamais le disposant. Les donations entre gens mariés n'ayant point ce caractère, elles doivent évidemment faire exception au principe général et être autorisées de la même manière que les actes de dernière volonté. Il en était, au surplus, ainsi, dans l'ancien droit, comme l'atteste Rousseaud de Lacombe (1), qui mentionne un arrêt du parlement de Paris du 26 février 1610, qui a déclaré valable une donation faite, pendant le mariage, par un époux mineur à son conjoint sous l'empire de la coutume de Poitou (v. art. 212), par le motif qu'une telle donation n'est confirmée que par la mort de l'époux donateur.

CXXXV. Une telle solution ne nous paraît pas admissible sous l'empire du Code Napoléon, qui reconnaît aux libéralités entre époux le caractère de donations entre vifs. C'est en vain que l'on objecte que, à cause de leur révocabilité, elles participent du testament. Cette circonstance n'est pas suffisante pour leur enlever leur caractère; elles restent toujours de véritables donations et tombent sous le coup de la prohibition de la loi. Comment, dirons-nous avec un arrêt de la cour suprême du 12 avril 1843, comment pourrait-on les confondre avec les testaments, lorsqu'elles ne sont pas l'œuvre d'une volonté unique, lorsqu'elles ont besoin du concours et de l'acceptation du donataire, lorsqu'elles dessaisissent actuellement, quoique *sub conditione*, le donateur?—Le mineur ne peut donc faire aucune *donation entre vifs :* il ne peut disposer que par *testament*. Et cette distinction, consacrée par le législateur, s'explique et se justifie elle-même. « Dans le testament, comme le remarque, avec raison,

(1) *Recueil de Jurisprudence*, v° *Age*, n° 6.

M. le premier président Troplong (1), le mineur agit seul et mystérieusement. On peut dès-lors supposer plus facilement qu'il n'a obéi qu'à lui-même. Mais dans une donation, qui se fait deux à deux, il faut toujours craindre et présumer la coaction de la part de l'autre contractant. Sa présence à elle seule milite contre lui et le rend suspect. C'est pourquoi la loi restitue de plein droit le mineur, ou, en d'autres termes, rejette comme nul un contrat où une volonté étrangère est venue se mêler à celle du mineur et la vicier.»

CXXXVI. Le législateur n'a fait qu'une dérogation au principe général, qui consacre l'incapacité absolue des mineurs de disposer par actes entre vifs. Elle est contenue dans l'article 1095 C. N. qui les autorise à se donner, par contrat de mariage, tout ce que la loi permet aux futurs époux majeurs de donner à l'autre conjoint, pourvu que ce soit avec le consentement et l'assistance de ceux, dont le consentement est requis pour la validité du mariage. *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiarum,* comme disaient nos vieux jurisconsultes. Une telle exception au droit commun se comprend aisément. Le mineur est relevé de son incapacité par l'assistance de sa famille et par la faveur de l'acte auquel il va procéder. Le législateur, qui voit d'un œil favorable les dispositions par contrat de mariage, est loin d'avoir la même sollicitude pour celles qui ont lieu pendant la durée de l'union conjugale. Il les considère d'un œil de défiance : « ne mutuo amore invicem spoliarentur donationi- » bus non temperantes, sed profusâ erga se facilitate (2). » Aussi, dès que le mariage a été célébré, le mineur retombe

(1) *Des Don. et des Test.*, *t.* IV, nº 2645.
(2) Ulpien, L. 1, Dig. . *de Don. inter vir. et ux.*, XXIV, 1.

de nouveau sous l'empire des règles ordinaires relatives à sa capacité et dans les liens de l'article 904 qui la règlemente.

CXXXVII. Les notaires, appelés à rédiger un acte de libéralité entre époux, doivent avoir le soin, si le donateur est mineur, de ne point employer la forme des donations, mais bien celle des testaments; sinon l'acte qu'ils auraient dressé serait radicalement nul, et ils s'exposeraient, vu la sévérité de la jurisprudence, à supporter les conséquences de cette nullité (v. Cass., 12 avril 1843).

CXXXVIII. Demandons-nous actuellement à quelles *formalités* sont assujetties les donations que les époux majeurs se font pendant le mariage. — Ces libéralités étant de véritables *donations entre vifs*, doivent être soumises aux mêmes formes et aux mêmes règles que celles que la loi prescrit pour les donations ordinaires, à moins de dérogations exigées par la nature même des choses. Ainsi, elles doivent être passées devant notaire, dans la forme ordinaire des contrats, et il doit en rester minute, sous peine de nullité. (V. art. 931 et l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843.) Cette dernière loi exige, en outre, la présence *réelle* du second notaire, ou celle des témoins au moment de la lecture et de la signature de l'acte. Elles ne sont point, comme les donations par contrat de mariage (1087), dispensées de l'*acceptation expresse*. C'est là un point aujourd'hui reconnu par la doctrine et par la jurisprudence (1).

CXXXIX. Aux termes de l'article 948 du Code Nap., « Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un *état estimatif*, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura

(1) Marcadé, sur l'article 1096, n° 1; — Demolombe, *Revue critique*, p. 405; — Troplong, *Des Donat.*, t. IV, n° 2651; — Cass. 5 avril 1836; — Amiens, 24 nov. 1843.

été annexé à la minute de la donation. » — Lorsque la donation entre gens mariés comprend soit certains meubles déterminés, soit tout ou partie du mobilier présent du donateur, doit-elle être assujettie à la formalité de l'*état estimatif* prescrit par ce texte? — Non, assurément, disent certains jurisconsultes (1). A quoi bon cette formalité? Elle n'a été exigée qu'afin d'assurer l'*irrévocabilité* des donations, et, dans notre hypothèse, s'agissant d'une libéralité essentiellement révocable, elle n'a pas le moins du monde sa raison d'être. — C'est là une erreur. L'irrévocabilité de la donation n'est pas, en effet, le seul motif qui ait fait introduire la nécessité de l'état estimatif; la loi l'a considéré comme pouvant être utile dans plusieurs autres circonstances, et notamment en matière de révocation, de rapport et de réduction; et, en présence des termes absolus de l'art. 948, il nous semble qu'il n'est pas permis de créer une exception qui n'est pas formellement écrite dans la loi, et que de puissants motifs refusent d'admettre. Grenier, qui avait d'abord émis un sentiment conforme à celui de Duranton, reconnaissant son erreur, s'est empressé de se rétracter, pour se ranger à la décision admise par la Cour suprême et par la généralité des auteurs, qui exigent un état estimatif, à peine de nullité (2).

CXL. Mais *quid* de la *transcription* prescrite par l'art. 939 du Code Napoléon pour les donations de biens susceptibles d'hypothèques? — D'après certains auteurs (3), elle est

(1) Duranton, t. VIII, n° 410; Grenier, 1re édit., n° 459.

(2) Cass., 16 juillet 1817, 16 juin 1830. — Coin-Delisle, sur l'art. 1096, n° 12; Demolombe, *loc. cit.*, p. 406; — Troplong, *loc. cit.*, n° 2651 et t. III, n° 1251.

(3) Duranton, t. VIII, n° 509; — Coin-Delisle, sur l'art. 939, n° 19; — Troplong, t. IV, n° 2652.

complètement inutile, puisque nonobstant la libéralité, le donateur peut toujours aliéner soit par donation, soit par vente ou tout autre acte translatif de propriété, les biens dont il avait gratifié son conjoint. Pourquoi, dit M. Troplong, donner la publicité qui accompagne la transcription à une libéralité précaire, à un acte qui n'a rien de stable, qui, par sa nature, est révocable *ad nutum*, et qui n'enlève pas au donateur le droit de vendre, d'hypothéquer, etc. On conçoit cette publicité dans la donation proprement dite qui est définitive ; on ne la comprend pas dans un acte que son auteur peut continuellement défaire par sa seule volonté. — Bien que le conjoint donateur ait toujours conservé le droit de disposer valablement des biens donnés, nous pensons que la transcription n'est pas inutile et que le donataire fera bien de la requérir ; elle lui procurera, en effet, un double avantage ; tant que la donation n'est pas transcrite, la propriété des biens donnés reste sur la tête du donateur ; d'où il résulte : 1° que ses créanciers peuvent valablement les saisir ; 2° qu'ils peuvent être de son chef grevés d'hypothèques légales et judiciaires : la transcription empêchera l'un et l'autre résultat (1). Dans le droit romain, les donations entre époux devaient être *insinuées* toutes les fois qu'elles étaient d'une certaine importance (n° LXV), et, dans notre ancien droit, elles étaient aussi sujettes à cette formalité dans les coutumes qui les admettaient (n° XCIX).

CXLI. Le législateur, dans l'art. 1097 du Code Napoléon, reproduit une disposition déjà édictée dans l'art. 968

(1) Mourlon, *Repét. écrit.*, tom. II, p. 449 ; — Bugnet sur Pothier, t. 7, p. 518 ; — Aubry et Rau, t. V, p. 325, note 4 ; Demolombe, *loc. cit.*, p. 405 ; — Cass. 7 av. 1841 ; — Limoges, 9 mai 1843.

pour les testaments. Il déclare que les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire ni par acte entre vifs, ni par testament, « aucune donation mutuelle et réciproque par » un seul et même acte. » — Ce sont les mêmes motifs qui l'ont inspirée dans les deux cas. Elle est une garantie de la liberté que doit avoir chaque conjoint pour revenir sur sa libéralité. « C'est ce dernier motif (la révocabilité), » disait M. Jaubert au Tribunat, qui a fait décider que les » époux ne pourraient, pendant le mariage, se faire » aucune donation réciproque par un seul et même » acte (1).» La loi veut que les époux sachent bien que les deux libéralités n'ont pas un caractère synallagmatique, qu'elles ne sont pas la condition l'une de l'autre, et que, par suite, chacun conserve la pleine liberté de révoquer à son gré sans le consentement de son conjoint. — C'était là une question qui faisait doute dans l'ancien droit et qui était diversement résolue par les parlements.

Mais il ne faut pas exagérer la prescription de la loi. Si elle prohibe les libéralités mutuelles faites *in eâdem chartâ*, elle ne va pas jusqu'à défendre celles qui sont contemporaines et qui ont lieu au même instant, dans deux actes reçus par le même notaire et en présence des mêmes témoins. La loi ne prescrit aucun intervalle entre les deux actes, et ce serait ajouter à ses dispositions que de créer

(1) Locré, tom. XI, p. 484. — M. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs, s'exprime ainsi : « On ne pourra plus douter que les donations ne soient l'effet d'un consentement libre, et qu'il ne faut les attribuer ni à la subordination, ni à une affection momentanée ou inconsidérée, quand l'époux, libre de les révoquer, y aura persisté jusqu'à sa mort; quand la femme n'aura besoin, pour cette révocation, d'aucune autorisation; quand, pour rendre cette révocation plus libre encore, et pour qu'on ne puisse argumenter de l'*indivisibilité* des dispositions d'un même acte, il est réglé que les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire *par un seul et même acte*, aucune donation mutuelle et réciproque. » (Séance du 2 flor. an II.)

une cause de nullité, qu'elle n'a pas édictée. « Actus intel- » ligendi sunt potiùs ut valeant, quàm ut pereant. » — La cour de Rennes avait consacré la doctrine contraire par son arrêt du 15 thermidor an XIII; mais cet arrêt, déféré à la Cour suprême, dans l'intérêt de la loi, a été cassé sur le réquisitoire du procureur général Merlin (1). Depuis, les auteurs et la jurisprudence sont unanimes pour rejeter la doctrine embrassée par la cour de Rennes.

CXLII. L'article 1097 a donné naissance à l'importante question de savoir quel est le sort de la clause, insérée dans un acte de partage par donation entre vifs, par laquelle les père et mère se réservent l'usufruit de tout ou partie des biens donnés à leurs enfants jusqu'au décès du dernier survivant? Une telle clause doit-elle être validée, ou bien constitue-t-elle en faveur du conjoint survivant une véritable donation et doit-elle tomber sous le coup de l'article 1097, comme libéralité mutuelle et réciproque entre époux contenue dans un seul et même acte? — La jurisprudence (2) voit dans une telle disposition une véritable donation entre époux et la frappe impitoyablement de nullité. La Cour suprême a été appelée à se prononcer sur la question et, par son arrêt du 26 mars 1855, elle a consacré la jurisprudence généralement admise. Voici les considérants de cet arrêt :

« Attendu qu'aux termes de l'article 1097, les époux ne peuvent, pendant le mariage, se faire par acte entre vifs ni par testament aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte; que, sans doute, chacun des époux, usant de la faculté que l'art. 949 lui accorde,

(1) V. Cass. 22 juillet 1807 (Sirey, tom. 7, 1. 361).

(2) Rennes, 15 fév. 1840; — Amiens, 10 nov. 1853; — Montpellier, 10 juin 1854; — Cass., 26 mars 1855.

peut réserver soit à son profit, soit au profit de son conjoint, l'usufruit des biens qu'il donne à un tiers ; mais que s'ils veulent se donner réciproquement l'usufruit ainsi réservé, ils ne peuvent le faire que par actes séparés ; que vouloir appliquer à ce cas la disposition finale de l'article 1121, ce serait méconnaître le principe de la révocabilité, auquel l'article 1096 soumet, dans l'intérêt de l'association conjugale, toutes les donations que les époux se font pendant le mariage ; que, dès-lors, si la réserve que chacun des époux L... a faite à son profit de l'usufruit des biens qu'ils ont donnés à leur fils était valable et devait être maintenue, la donation mutuelle et réciproque que lesdits époux se sont faite, par le même acte, de l'usufruit qu'ils s'étaient ainsi réservé, était nulle, aux termes de l'article 1097, et devait être réputée non écrite, aux termes de l'article 900 ; qu'en le décidant ainsi, l'arrêt attaqué, loin de contrevenir à la loi, s'est exactement conformé à son texte comme à son esprit ; rejette... etc... »

CXLIII. Cet arrêt, confirmatif d'une décision de la Cour de Montpellier du 10 juin 1854, prononce la nullité de la clause de réversibilité, en la réputant non écrite, comme condition illicite ; mais il maintient la validité de l'acte de donation fait par les deux conjoints à leurs enfants et de la réserve d'usufruit au profit des donateurs. La Cour d'Amiens s'est montrée plus sévère, et, dans son arrêt du 10 novembre 1853, elle a frappé de nullité l'acte tout entier, sous prétexte qu'il forme un tout indivisible, dont il n'est pas permis de scinder les dispositions. Cette Cour est évidemment arrivée à des conséquences exagérées, en annulant et l'acte de donation et la réserve d'usufruit, au lieu de ne considérer comme nulle que la condition de réversibilité, comme tombant sous l'application de l'article 900, qui

répute non écrites les conditions contraires aux lois. C'est ce qu'a admis la Cour suprême. — Ce n'est pas à dire, cependant, que nous considérions comme exacte la solution de cette dernière Cour. Loin de là ; nous croyons, au contraire, qu'elle n'est nullemeut juridique. Et d'abord, en supposant que la clause de réserve d'usufruit doive être considérée comme une véritable donation entre époux, il nous semble que l'article 1097 du Code Napoléon n'est nullement applicable dans l'espèce qui nous occupe. Cet article, comme nous venons de le voir (nº CXLI), n'a été édicté que pour sanctionner et garantir le principe de révocabilité des donations entre époux, et il ne peut s'entendre que des libéralités que ceux-ci se font mutuellement et réciproquement l'un à l'autre d'une manière principale et directe, *directè et principaliter*, et il ne s'applique nullement au cas où l'acte principal est passé avec un tiers, et où l'avantage mutuel n'est que la condition *accessoire* de cette donation principale. (V. art. 1121 et 1973 du Code Napoléon.) La libéralité entre époux participe alors de la nature de l'acte dont elle est une partie inséparable. Elle perd son caractère de révocabilité, et est subordonnée au sort de l'acte qui la renferme. Le principe de la révocabilité, proclamé par le législateur, afin que les conjoints ne se dépouillent inconsidérément par une affection désordonnée ou pour acheter la paix du ménage, n'a plus ici sa raison d'être, puisque les époux ne cherchent pas à s'enrichir l'un aux dépens de l'autre, et ne songent seulement, en abandonnant leurs biens à leurs enfants, qu'à s'assurer des moyens de subsistance pour leur vieillesse. Dès lors, l'article 1097 est tout-à-fait étranger à notre question. C'est ainsi qu'en Droit romain, on aurait validé une telle disposition, comme ne constituant pas une donation entre époux prohibée,

c'est-à-dire produisant enrichissement du donataire et appauvrissement du donateur.

CXLIV. Mais s'agit-il réellement dans notre espèce d'une libéralité entre époux ? — Nous ne saurions le croire. — Si l'on examine avec attention les divers actes qui sont intervenus entre toutes les parties contractantes, voici ce que l'on découvre, à la suite d'un pareil examen : on voit que les père et mère ont l'un et l'autre fait une donation entre vifs à leurs enfants, à la charge par ceux-ci de laisser jouir le donateur, pendant toute sa vie, de tout ou partie des biens par lui donnés et, en outre, de lui accorder encore la jouissance, à partir du décès de son conjoint, de certains biens déterminés appartenant en toute propriété aux donataires au moment du décès de l'un des ascendants donateurs. En d'autres termes, chaque conjoint fait une disposition à titre gratuit *avec réserve d'usufruit pour lui-même* sur les biens donnés, et stipule, de la part des donataires, *un usufruit particulier* sur d'autres biens leur appartenant, à condition que lui, donateur, survivra à un tiers spécialement désigné, qui se trouve être le conjoint dans l'espèce qui nous occupe. — Si c'est là réellement le véritable caractère des actes qui interviennent entre les parties contractantes, il ne peut point exister le moindre doute sur notre question. On ne voit nulle part une donation réciproque de la part des époux, il n'intervient entre eux aucune convention ; — chacun traite individuellement avec les enfants donataires. Dès lors, il n'existe aucun motif, pour frapper de nullité des actes qui sont parfaitement licites en eux-mêmes et qui n'ont aucun des caractères réprouvés par l'art. 1097 du C. N. (1).

(1) V. une dissertation de M. J. Bauby, dans la *Revue pratique de Droit français*, année 1860, t. x, p. 455 et 481, et année 1861, t. xi, p. 69, et suiv.

CXLV. L'on doit donc rejeter le système consacré par la jurisprudence qui, au défaut de n'être point juridique, joint celui d'entraîner à des conséquences déplorables. Avec un tel système, on est forcé de faire plusieurs actes, lorsqu'un seul aurait suffi pour constater toutes les conventions des parties, et, par suite, on multiplie les frais. De plus, comme le dit M. Coin-Delisle (1), on rend impossibles beaucoup de partages dans les familles de petits cultivateurs; on morcelle les terres sans pitié, là où le partage en bloc de deux petites fortunes éviterait ce morcellement. — Depuis la publication du Code, ajoute l'avocat de la Cour impériale de Paris, la plupart des familles de cultivateurs ont été réglées par des partages d'ascendants, et presque toujours les père et mère, donateurs simultanés, s'y réservent une rente viagère ou l'usufruit pour eux et le survivant..... Aucune loi ne leur défend d'agir collectivement dans la donation; l'article 1076 se prête merveilleusement par ses termes à ce concours simultané des donateurs, qui permet de conserver en morceaux utiles des terres qu'on serait souvent forcé de vendre. — Il est donc à désirer, sous tous les rapports, que la Cour régulatrice modifie sa jurisprudence, comme elle n'hésite pas à le faire toutes les fois qu'elle reconnaît ses erreurs.

CXLVI. — Avant de terminer ce qui est relatif aux formes des donations entre époux, demandons-nous s'ils peuvent se faire des *donations manuelles*. La loi admet implicitement entre étrangers des libéralités qui peuvent se passer de l'écriture; ce sont celles de choses mobilières, lorsqu'elles sont accompagnées de la tradition, *animo transferendi dominii*.

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1854, tit. v, p. 117 et suiv.

Elles sont parfaites de la main à la main, en vertu de la prescription instantanée de l'article 2279 : en fait de meubles la possesion vaut titre. — De telles donations sont-elles valables entre mari et femme? — Assurément, puisque aucun texte de loi ne les prohibe; c'est en vain que l'on peut objecter, qu'elles sont contraires à la faculté de révocation, condition essentielle de ces sortes de libéralités. Est-ce qu'en effet, dirons-nous avec M. Demolombe (1), la donation manuelle ne peut pas aussi rendre bien plus difficile, au préjudice du *réservataire*, l'action en réduction des libéralités excessives? Est-ce que cette espèce de donation ne peut pas être un moyen de soustraire les *établissements publics*, comme par exemple les fabriques des églises, à la nécessité de l'autorisation du gouvernement (article 910). En conclurez-vous qu'un homme, qui a des héritiers à *réserve*, ne peut rien donner de la main à la main ou qu'une fabrique d'église est incapable de recevoir des dons manuels? Non, sans doute (2). — La difficulté d'exercer la révocation n'est point un motif suffisant pour proscrire des libéralités, qu'aucune disposition légale ne prohibe.

Section III.

Des biens qu'elles peuvent comprendre.

CXLVII. Toutes les donations, que les futurs époux peuvent se faire par contrat de mariage sont permises entre

(1) Demolombe, *loc. cit.*, p. 407.

(2) V. Paris, 22 janver 1850; — *Journal du Palais*, t. II, 1850, p. 587.

gens mariés. Ils peuvent donc se faire trois espèces différentes de libéralités : 1° donation de biens présents ; 2° donation de biens à venir ; 3° donations de biens présents et à venir (art. 1091). Le législateur, il est vrai, ne leur attribue pas ce droit d'une manière explicite et formelle ; mais il résulte incontestablement de la combinaison de l'art. 947 avec les articles 943 à 946 du Code Napoléon.— Après avoir, dans ces derniers articles, prohibé les diverses espèces de donations contraires à la règle *donner et retenir ne vaut*, le législateur déclare, dans l'article suivant, que les prohibitions qu'il vient d'édicter, ne s'adressent pas aux donations, dont il est fait mention aux chapitres VIII et IX du présent titre (tit. II, liv. III). Or, le chapitre VIII traite des donations par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage, et le chapitre suivant s'occupe des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit *pendant le mariage ;* d'où il résulte invinciblement que les *époux* peuvent, comme les *futurs* époux, se faire toutes les libéralités qu'ils jugeront à propos, conformément aux dispositions de l'art. 1091 du C. N. — Dans la pratique, rien n'est plus fréquent que des donations de biens à venir. Inutile de dire que les conjoints, dans leurs libéralités, doivent se renfermer dans les limites de la quotité disponible, spécialement fixée par eux par les articles 1094 et 1098.

CXLVIII. Une question très délicate, qui s'élève à propos des biens qui peuvent faire l'objet d'une donation entre conjoints, est celle de savoir si la femme mariée sous le régime dotal peut donner, *constante matrimonio,* ses biens dotaux à son mari ? — Nous savons que le Code Napoléon a proclamé, dans son article 1554, le fameux principe de l'inaliénabilité des fonds dotaux. « Les immeubles consti-

tués en dot, dit cet article, ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent. » La loi, ne faisant aucune dérogation à ce principe général, il en résulte que la femme est totalement incapable d'aliéner les biens dotaux, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Toutefois, il est admis, sans difficulté, qu'elle a pleine capacité pour en disposer par acte de dernière volonté. Rien ne s'oppose donc à ce qu'elle les transmette à son mari par testament. — Mais pourra-t-elle les lui donner par acte entre vifs? — Pour mieux répondre à notre question, divisons-la en deux branches, et examinons successivement l'hypothèse, où il s'agit d'une donation de biens présents et celle où il s'agit d'une donation de biens à venir.

CXLIX. *Que décider dans la première hypothèse?* — Les auteurs, qui reconnaissent à la donation entre époux le caractère de donation à cause de mort, résolvent nécessairement la question dans le sens de la validité d'une pareille libéralité, et ils sont, il faut en convenir, tout-à-fait d'accord avec leur principe. Mais, quant à nous, qui la considérons comme une véritable donation entre vifs, nous adoptons, sans hésiter, la solution contraire. La femme, il est vrai, conserve toujours la faculté de révoquer, mais cela ne suffit pas pour l'habiliter à faire un tel acte. La révocabilité n'empêche pas qu'il y ait aliénation, dessaisissement actuel de la femme et saisissement immédiat du mari : *Res fiunt statim ejus cui donatæ sunt.* Et l'on ne peut pas dire, avec M. Teissier (1), que l'on doit autoriser une telle donation, parce qu'elle est essentiellement révocable, *et ne peut*

(1) M. Tessier, *Traité de la dot*, t. II, 59, 311.

recevoir sa perfection qu'au décès de la donatrice, ou avec M. Troplong (1), parce *qu'elle est subordonnée au prédécès de l'épouse*. La donation est parfaite *hic et nunc*, elle produit actuellement ses effets ; donc, elle doit être nécessairement prohibée, aux termes de l'art. 1554 qui défend, pendant le mariage, toute aliénation du fonds dotal.

CL. Mais *quid juris*, du cas où il s'agit de *biens à venir*? Devons-nous admettre la même décision ? Cette hypothèse est plus délicate que la précédente, à cause de la grande analogie d'une telle donation avec une libéralité testamentaire. Cependant nous croyons devoir la résoudre dans le même sens pour les mêmes motifs. La femme ferait toujours une véritable aliénation de ses biens dotaux ; elle serait liée par un lien de droit, qu'elle peut rompre facilement, sans doute, mais qui n'en existe pas moins dès l'instant de la donation. D'ailleurs la femme conserverait-elle, en réalité, son indépendance, pour dépouiller son mari donataire et reporter sa libéralité sur la tête d'un tiers ; par exemple, d'un enfant qu'elle aurait eu d'un précédent mariage ! Par toutes ces considérations, et, pour rester fidèle au principe que nous avons reconnu à la donation entre époux, nous devons nécessairement nous prononcer dans le sens de la négative. La femme aura pleine liberté pour transmettre à son mari des biens dotaux par des libéralités *testamentaires*, qui n'ont d'effet qu'après la mort du disposant.

(1) M. Troplong, *Du Contrat de mariage*, t. IV, n° 3273. — V. aussi *des Donat.*, t. IV, n° 2647.

Section IV.

Des effets des donations entre époux.

CLI. Nous avons vu, dans la première partie de notre travail, que, dans le droit romain, la donation était inutile, tant qu'elle n'avait pas été confirmée par le prédécès du donateur ; mais que, lorsque cette confirmation avait lieu, elle se trouvait consolidée, *ab initio*, et le donataire était censé avoir été propriétaire dès le jour du contrat. — Sous l'empire du droit moderne, ce n'est point le même principe qui est en vigueur. La donation, d'après le Code Napoléon, a pour effet principal et essentiel de dessaisir actuellement et immédiatement le disposant et de saisir le gratifié. Elle est seulement subordonnée à la condition résolutoire, que le donateur ne reviendra point sur sa libéralité ; de là, résultent plusieurs conséquences : le donataire étant propriétaire, bien que *sub conditione*, fait les fruits siens ; les créanciers du donateur ne peuvent point saisir les biens donnés, puisqu'ils ne font plus partie du patrimoine de ce dernier, à moins qu'ils ne prouvent que l'aliénation a eu lieu en fraude de leurs droits.

CLII. *Dans quel ordre la donation entre époux est-elle réductible quand elle excède la quotité disponible* ? — Elle doit évidemment être réduite à sa date, après l'épuisement des legs et la réduction des donations qui lui sont postérieures (v. art. 923 et 926, C. N.). Qu'on ne dise point que, par le fait seul qu'il a fait des dispositions nouvelles, le donateur a voulu révoquer celles qu'il avait précédem-

ment faites à son conjoint, jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire à la validité des libéralités subséquentes. Lorsque rien ne prouve, d'une manière claire et certaine, que telle a été son intention, il est plus naturel de supposer qu'il ne s'est pas rendu un compte exact de sa fortune, et qu'il a voulu seulement que, s'il restait quelque chose de disponible, après l'acquittement de la libéralité faite au conjoint, cet excédant fût attribué à ses nouveaux donataires. Les libéralités postérieures ne renferment donc point nécessairement un changement de volonté de la part du conjoint donateur. Seulement rien, dans la loi, ne s'oppose à ce qu'il manifeste une intention contraire, et déclare qu'il veut que son conjoint subisse la réduction avant les donataires dont les titres sont postérieurs. C'est alors aux magistrats qu'il appartient d'interpréter la volonté du disposant (1). C'est ainsi que la cour de Montpellier, dans un arrêt du 27 mars 1835, décida, d'après les faits de la cause, qu'une donation faite à une femme par son mari devait être primée par une donation subséquente à une fille issue de leur mariage, dans le but de la doter.

CLIII. Ici trouve naturellement sa place une des questions les plus délicates de la matière. — Les donations de *biens présents* sont-elles caduques par le *prédécès du donataire ?*

C'est là une question vivement controversée dans la doctrine ; l'affirmative et la négative ont trouvé des défenseurs, aussi bien convaincus les uns que les autres. Mettons en présence les principaux arguments que l'on invoque de part et d'autre dans la discussion.

(1) V. Troplong, *Des Don.*, t. IV, n° 2658 ; — Zachariæ. t. V, § 743, note 16 ; — Toulouse, 21 mai 1829 ; — Cass., 12 av. 1843.

La question ne souffre point de difficulté pour ceux qui assimilent la donation, entre époux, à une donation à cause de mort; ils la résolvent évidemment dans le sens de la caducité, et on n'a rien à objecter à leur solution. — Mais ce sont les arguments de ceux qui reconnaissent à l'acte qui nous occupe le caractère de libéralité entre vifs, et qui, néanmoins, se prononcent en faveur de la caducité, qu'il faut examiner. Marcadé est le plus ardent champion de ce système. Voici, en substance, les raisons qu'il invoque. Autrefois, dit-il, la donation entre époux pendant le mariage, était prohibée dans les pays de coutume, et elle n'était permise dans les pays de droit écrit que *sous la condition de survie du donataire*; or, le Code, en les permettant sans s'expliquer sur ce point, n'a-t-il pas entendu tout naturellement la continuer telle qu'elle avait toujours existé? S'il avait voulu changer cet état de choses, il s'en serait expliqué. Or, rien, ni dans la loi, ni dans les travaux préparatoires, ne fait supposer une telle modification. Cependant cela était au moins aussi nécessaire qu'à l'égard des donations de biens présents par contrat de mariage que le législateur, dans l'article 1092 du Code Napoléon, déclare n'être pas subordonné à la survie du donataire. Si l'on a cru devoir s'expliquer dans un cas diversement résolu dans l'ancien droit, pourquoi garder le silence dans l'hypothèse en litige? Si ce n'est parce qu'on n'entendait déroger en aucune manière à ce qui avait lieu dans les provinces de droit écrit.

CLIV. Malgré toute la force de ce raisonnement, nous ne saurions nous associer à cette doctrine. Nous pensons que le prédécès de l'époux donataire n'a pas la vertu de rendre caduque la donation à lui faite par son conjoint. Le droit romain, il est vrai, et les pays de droit écrit, qui

suivaient ses errements, prononçaient la caducité, mais il y avait de bonnes raisons pour cela ; c'est que, dans ces législations, la libéralité ne produisant ses effets qu'au décès du donateur, on ne pouvait concevoir une confirmation possible, s'il n'y avait plus de donataire : la donation mettait toute la vie du donateur à se parfaire : « Non videtur » perfecta donatio antequàm mors insequatur. » — Mais, dans le système du Code Napoléon, il en est tout autrement. Une manifestation unique et instantanée du donateur suffit pour rendre immédiatement la donation valable. Ainsi, tandis que, dans le droit de Rome, c'était le moment du décès du donateur, sans repentir, qui faisait acquérir les biens donnés ; d'après le droit moderne, au contraire, ils appartiennent au donataire dès l'instant de la donation ; il n'est pas besoin, pour cela, de la confirmation par le prédécès du donateur. La mort de celui-ci ne lui transfère aucun droit nouveau ; elle fait seulement qu'il n'a plus à craindre qu'on le dépouille d'un droit qu'il possède dans son patrimoine, mais que jusqu'alors on avait la faculté de lui retirer. Si donc le donataire meurt sans qu'on lui ait enlevé la saisine que lui a communiquée l'acte de donation, il mourra propriétaire des biens donnés et les transmettra à ses héritiers, quels qu'ils soient. — Il faut laisser de côté l'ancienne jurisprudence et se prononcer d'après le principe du Code Napoléon. Le législateur moderne a-t-il eu l'intention d'adopter l'affirmative ou la négative ? — Nous l'ignorons ; il y a doute à cet égard. Mais ce que nous savons, c'est que la donation que les époux se font pendant le mariage est une véritable *donation entre vifs*, et cela nous suffit pour avoir la solution. Nous devons nous en tenir aux principes généraux qui nous conduisent nécessairement à décider que le prédécès du donataire n'a pas par lui-même la force de rendre caduque

la libéralité. Les rédacteurs du Code n'ont fait qu'une exception à ces principes, en déclarant, dans l'art. 1096, les donations entre époux essentiellement révocables pendant toute la vie du donateur, et il ne nous est point permis, à nous, simples interprêtes de la loi, de nous ériger en législateurs et de créer arbitrairement une exception qu'ils n'ont point édictée.

CLV. C'est dans ce sens qu'est aujourd'hui fixée la jurisprudence. Les tribunaux et les cours impériales sont restés longtemps partagés sur la solution à admettre. Mais, en 1845, la cour de cassation fut appelée à apporter dans la balance le poids de son imposante et suprême autorité, et, par son arrêt du 18 juin, rendu contrairement aux conclusions de M. Delangle, alors avocat général, elle consacra le système que nous avons cru devoir adopter (1). Depuis lors, plusieurs auteurs se sont rangés à cette doctrine. M. Troplong, après avoir, dans son *Traité du contrat de mariage* (nº 3273), soutenu que la donation était subordonnée au prédécès de l'époux donataire, a changé de sentiment, et, dans sa nouvelle édition du *Traité des donations et des testaments* (nº 2659), il déclare qu'après y avoir bien réfléchi, il lui semble que la décision de la cour suprême est à l'abri de toute critique, et qu'il ne saurait persister dans l'opinion contraire.

CLVI. Mais, si le prédécès du conjoint gratifié n'est pas assez énergique pour faire tomber la libéralité, il ne s'ensuit pas qu'elle devienne irrévocable entre les mains de ses héritiers. Tant que le donateur vit, il est armé du droit de révocation qui lui permet de retirer le bienfait de la donation ; et s'il ne préfère pas les héritiers à lui-même,

(1) V. arrêt du 18 juin 1845 (Devill., 45, 1, 638).

si, dans son intention, il n'avait entendu faire bénéficier que le donataire, il sera encore libre de mettre en exercice l'action en révocation, et d'empêcher ainsi la transmission aux héritiers.

CLVII. Nous avons examiné les effets de la donation dans l'hypothèse où elle a pour objet des biens présents; voyons actuellement quels sont ses effets, lorsqu'elle comprend des *biens à venir*.

Le donataire n'est alors propriétaire des objets donnés qu'à la mort du donateur. Le droit que lui a conféré ce dernier l'a bien saisi immédiatement; mais ses effets ne peuvent se réaliser qu'à l'ouverture de la succession du disposant.

La question de savoir si le prédécès du donataire rend caduque la libéralité, qui est vivement controversée dans l'hypothèse d'une donation de biens présents, ne souffre point de difficulté, quand il s'agit de *biens à venir*. Tout le monde est d'accord pour la décider dans le sens de l'affirmative. Le prédécès du donataire, la rendant caduque, lorsqu'elle est faite aux époux par des tiers (1089), ou par les futurs époux l'un à l'autre par contrat de mariage, il est évident qu'elle produira *à fortiori* le même effet, lorsqu'elle est faite par des conjoints pendant le mariage; d'ailleurs le droit du donataire est éventuel, jusqu'au décès du donateur, et ne s'ouvre qu'à cette époque ; or, il est de toute nécessité qu'il existe à ce moment, sinon il ne peut rien acquérir, et, partant, ne peut rien transmettre à ses héritiers.

CLVIII. *Dans quel ordre sera réductible la donation de biens à venir*? Plusieurs jurisconsultes enseignent qu'elle ne peut point être réduite à sa date, comme les donations de biens présents, mais bien après l'épuisement des legs et

avant toutes autres libéralités entre vifs. Ils ne veulent pas l'assimiler à une institution contractuelle, et ne lui faire subir le retranchement qu'à sa date, et après toutes les libéralités faites postérieurement, parce que, disent-ils, l'institution contractuelle est irrévocable, tandis que la donation entre mari et femme est soumise à la volonté ambulatoire du disposant ; seulement, ajoutent-ils, l'époux donataire doit être préféré aux légataires, puisqu'il est saisi de plein droit, au jour du décès, par son titre, et n'a pas besoin de demander la délivrance.

« Il est vrai, dit M. le premier président Troplong, que nous faisons passer l'époux avant les légataires. La raison en est simple : c'est qu'étant saisi par la puissance de son titre, qui lui a transféré la propriété de plein droit et sans demande en délivrance au moment du décès, il pèse plus que les légataires, qui sont obligés de demander cette même délivrance ; mais il pèse moins que les donataires qui, dès avant le décès, sont investis d'une propriété acquise, transférée, définitive, qui ont pour eux une aliénation consommée avant la sienne (1). » Et M. Zachariæ, qui est du même sentiment, s'exprime ainsi : « Le droit de l'époux donataire, ne portant que sur des biens à venir, ne peut, quant à son objet, rétroagir au jour du contrat, et ne prend date que du jour du décès. Il est donc, au point de vue de la réduction, moins fort que celui du donataire de biens présents. Mais par cela seul que l'époux donataire est saisi de son droit en vertu de son titre, il doit, au même point de vue, être préféré aux légataires (2). » — Malgré l'imposante autorité de ces auteurs, il nous semble que l'on ne

(1) Troplong, *Des Don.*, t. IV, n° 2661 *in medio*.

(2) Aubry et Rau, traduction de Zachariæ, t. V, p. 552, § 744, note 17.

doit point faire de distinction entre la donation de biens présents et celle de biens à venir, et que l'une et l'autre doivent être réduites seulement à leur date, après l'épuisement des legs et des autres libéralités entre vifs qui leur sont postérieures. Ce n'est point, en effet, par les principes de la *révocabilité* que l'on doit résoudre la question qui nous occupe, mais bien par ceux de la *réduction*. Eh bien! si nous jetons les yeux sur la disposition de l'article 923 du Code Napoléon, qui règlemente cette matière, nous y voyons qu'il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris *dans les dispositions testamentaires*, et que lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera *en commençant par la dernière donation*, et ainsi de suite, en remontant des dernières aux plus anciennes. La donation de biens à venir est une véritable libéralité entre vifs; donc elle doit être nécessairement réduite, conformément aux prescriptions de cet article. C'est en vain que l'on peut dire qu'elle a été révoquée par les libéralités subséquentes du *de cujus*; c'est là une autre question que nous avons résolue négativement à propos des donations de biens présents et qui admet la même solution dans le cas de biens à venir. Si l'on voyait, en effet, un moyen de révocation dans le fait d'avoir consenti des libéralités postérieures qui excèdent la quotité disponible, il n'existerait aucune raison pour que les legs n'amenassent point la même conséquence. Il faut donc tenir pour certain que toute donation entre époux est *réductible à sa date* et que le fait seul d'avoir consenti des libéralités postérieures n'a pas par lui-même la force et l'énergie d'opérer sa révocation.

CLIX. Les donations que les époux se font pendant le mariage sont sujettes à un droit d'enregistrement. Mais,

comme ces donations ont été considérées comme soumises, dans leur réalisation, à l'événement du décès, la régie a décidé que le droit fixe seulement est actuellement exigible (1). Quant à nous, qui attribuons à de telles libéralités le caractère d'actualité, il nous semble qu'il serait plus conforme aux principes de percevoir le droit proportionnel (2). C'est, en effet, ce qu'avait pensé l'administration dans deux décisions, l'une du 16 novembre 1814, et l'autre du 26 février 1833; mais dans une délibération du 16 février 1834, revenant sur ces solutions, elle veut que les préposés fassent l'application de l'*instruction du 3 fructidor*, an XIII, qui ne rend passibles les donations entre conjoints que du droit fixe sur le contrat. Pour ce qui concerne les libéralités, qui ont pour objet des biens à venir, il est évident qu'elles ne peuvent être soumises au droit proportionnel qu'au décès du donateur, puisque c'est alors seulement que l'on peut connaître d'une manière certaine quelle est la consistance et la valeur des biens donnés. — Inutile d'observer que, lorsque les époux se font réciproquement donations par actes séparés (article 1097, C. N.), il est perçu un droit particulier sur chaque acte.

CLX. Rappelons, en terminant cette section, que le donataire de biens à venir n'est pas tenu de demander la délivance aux héritiers de son conjoint prédécédé; que la propriété de ces biens lui est de plein droit transférée, au jour du décès de ce dernier, par la puissance de son titre de donation, et qu'il a, par suite, droit aux fruits ou intérêts des biens donnés à partir de cette époque.

(1) Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, t. IV, n° 2989.

(2) V. *Traité du Contrat de mariage* de MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 233 à 237, p. 146 et suiv.

Section V.

De la révocation.

CLXI. Ainsi que nous avons eu occasion de le dire bien des fois, la révocabilité est de l'essence des donations entre mari et femme, telles qu'elles existent sous l'empire du Code Napoléon. Aux yeux du législateur, elle est d'ordre public : l'époux donateur ne saurait d'avance renoncer à l'exercice de ce droit, et rien ne serait plus contraire à tous les principes que la volonté des parties qui, en contractant mariage, stipuleraient, dans leur traité nuptial, qu'elles pourront, durant le mariage, se faire des donations irrévocables : « Privatorum conventio juri publico non derogat. » — « Jus publicum privatorum pactis mutari non potest (1). »

CLXII. Mais les époux peuvent-ils renoncer, par leur contrat de mariage, à la faculté de se faire des *donations* pendant le cours de leur union ? — Dans l'ancienne jurisprudence, cette question était fort controversée. Ferrière, sur l'article 280 de la coutume de Paris, glose 1, n° 33, rapporte un arrêt du mois de juin 1640, qui a jugé que cette clause était valable et que des époux, qui avaient inséré cette convention dans leur contrat de mariage, n'avaient pu se faire le *don mutuel* permis par la coutume de Paris. Pothier, qui rapporte cette décision, adopte le même avis, en ajoutant cependant que la question peut souffrir de la difficulté, car on peut opposer contre cette

(1) L. 45, Dig., *de Reg. jur.*, lib. L, t. 17. — L. 38, Dig., *de Pactis*, lib. II, t. 14.

convention que les futurs conjoints ne paraissent pas avoir intérêt à s'interdire la liberté naturelle que la loi leur laisse de disposer de leurs biens à leur gré, et de s'avantager l'un l'autre, si bon leur semble ; qu'ils paraissent, au contraire, avoir plutôt intérêt de se la conserver, et qu'il est de principe que *nemo utiliter stipulari potest quod suâ non interest*. Néanmoins, il se prononce pour la validité de la convention, parce que l'intérêt d'affection qu'a chacun des futurs conjoints de conserver son bien à sa famille, peut servir de fondement suffisant aux conventions matrimoniales, et, parce que, en outre, ils peuvent avoir voulu que la concorde conjugale ne fût pas altérée par le refus que ferait l'un des époux de faire à l'autre des donations qu'il le solliciterait de lui faire (1).

La solution de Ferrières et de Pothier est généralement repoussée sous l'empire de notre droit moderne (2). Il nous semble cependant qu'il n'existe aucun motif pour la proscrire ; elle n'a, à nos yeux, rien de contraire à l'ordre public, ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, et, dès-lors, lorsqu'elle est écrite dans un contrat de mariage, dont les conventions sont sacrées et irrévocables, elle doit faire la loi des parties. Elle n'aura pas, il est vrai, la même importance que dans notre ancien Droit, puisque le Code Napoléon ne tient nullement à la règle : *paterna paternis, materna maternis* ; mais elle aura encore son utilité, puisqu'elle empêchera que la bonne harmonie du mariage ne soit troublée par les obsessions de l'un des époux qui voudrait obtenir à toute force une libéralité que l'autre lui

(1) Pothier, *Traité des Don. entre mari et femme*, n° 27, p. 459, édit. Bugnet.

(2) V. Merlin, Rép., v° *Renonciation*, § 2, n° 3. — Bugnet sur Pothier, *loc. cit.* ; — Troplong, *Des Don.*, t. IV, n° 2680, *in fine*. — Cass., 15 juillet 1812.

refuserait. Cette clause, dit-on, porte atteinte à la liberté naturelle ; mais n'est-ce point, au contraire, porter atteinte à cette liberté que d'empêcher d'insérer dans un contrat de mariage une clause qui peut être utile aux époux.

CLXIII. Revenons maintenant à la révocabilité des donations entre époux. Le législateur ne tolère qu'à regret les libéralités entre gens mariés ; il craint toujours que l'un n'ait à subir l'influence de l'autre. Aussi veut-il que l'époux donateur soit toujours armé de l'action en révocation, et, pour que le conjoint le plus faible conserve son entière indépendance, il proclame, dans le second paragraphe de l'article 1096, que la révocation pourra être faite par la femme sans y être autorisée par le mari ni par justice.

CLXIV. Mais dans quelle forme doit être conçu l'acte de révocation ? La loi est restée complètement muette à ce sujet et n'a prescrit aucune formalité particulière. De là des incertitudes et des controverses, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence. En Droit romain, il suffisait que le donateur eût manifesté clairement son intention, peu importe de quelle manière (v. nº LX). Quelques auteurs veulent qu'il en soit de même dans notre Droit moderne, et refusent d'appliquer, par analogie, les règles fixées par les articles 1035-1038, pour la révocation des testaments. Comment, disent-ils, la Cour suprême pourrait-elle casser un arrêt qui n'aurait pas appliqué aux donations entre époux les articles 1035 et 1038 ? Quelle loi cet arrêt aurait-il violée ? Le point de savoir si l'on doit reconnaître dans telle ou telle circonstance une révocation de la donation ne pourra jamais être, d'après eux, qu'un point de

fait, une question d'intention que les cours impériales jugeront toujours souverainement (1).

Cette doctrine ne nous paraît pas admissible, et nous pensons que, dans le silence de la loi, on ne doit pas admettre des causes de révocation, pour les donations entre vifs, plus faciles que celles édictées pour les dispositions testamentaires. Comment, en effet, supposer que l'on peut détruire et anéantir un contrat qui confère un droit actuel et immédiat, plus facilement qu'un acte qui est resté la pensée secrète du disposant et qui n'a transmis que de simples espérances. Disons, avec M. le premier président Troplong (nº 2665), que l'on doit être plus difficile pour révoquer la donation qui vaut dans son principe, que ne l'étaient les Romains pour empêcher la confirmation d'une donation inutile en elle-même : « Facilius impeditur dona- » tio, quæ nulla est, ne confirmari possit quàm si valeat, » ut revocetur (2). » — Il faut donc décider que l'acte de révocation doit revêtir les formes prescrites par la loi pour la révocation des testaments. Comment mettre en doute une telle décision, lorsqu'on voit que la loi du 21 juin 1843 (3), sur la forme des actes notariés, range les révocations de donations entre époux parmi les actes solennels pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins est nécessaire.

(1) V. Toullier, t. v, nº 923; — Coin-Delisle, sur l'art. 1096, nº 15.

(2) Mantica, *De tacitis* et *ambiguis*, nº 2.

(3) L'article 2 de cette loi est ainsi conçu : « A l'avenir, les actes notariés contenant donation entre vifs, donation entre époux *pendant le mariage*, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels, et les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou par un notaire en présence de deux témoins. — La présence du notaire en second ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties. Elle sera mentionnée à peine de nullité ».

Les donations entre époux peuvent être révoquées, soit *expressément* soit *tacitement*.

CLXV. — *Révocation expresse.* — Le donateur peut manifester la volonté où il est de révoquer sa libéralité : 1° dans un acte fait devant notaire, conformément aux prescriptions que nous venons d'indiquer ; 2° par un testament postérieur (V. art. 1035, Cod. Nap.) — Mais un acte olographe, écrit en entier, daté et signé de la main du donateur, serait-il suffisant pour opérer révocation ? — Ce point est vivement controversé. — Non, disent plusieurs jurisconsultes, la loi exige un *testament* ou un acte notarié ; or, l'acte qui ne contient qu'une déclaration de révocation, bien qu'écrit, daté et signé par le donateur, *n'est pas un testament* ; car, tester, c'est *disposer de ses biens* (art. 895), les attribuer à quelqu'un, en un mot faire des *legs*, et, dans l'espèce, l'acte qu'on présente ne contient aucune attribubution de biens, aucun legs. Si l'acte de révocation était un testament, il faudrait dire que la révocation par *acte notarié ordinaire* est aussi un testament, ce qui évidemment est inadmissible, puisque la loi elle-même oppose la révocation *par testament* à la révocation par *acte notarié ordinaire*. — Ainsi, l'acte sous seing-privé, qui contient la révocation d'un testament antérieur, n'est pas un *testament*, bien qu'il réunisse toutes les *formes d'un testament olographe* ; ce n'est pas non plus un acte notarié ; donc la révocation qu'il contient n'est pas valable (1).

CLXVI. Cette solution, qui semble s'induire de la simple lecture de l'art. 1035, doit être repoussée non seulement parce qu'elle conduit à un résultat ridicule, puisqu'il

(1) V. M. Bugnet sur Pothier, t. 8, p. 308, cité par M. Mourlon, *Rép. écrit.*, t. II, p. 388, 4e édit.

suffirait de la disposition d'un objet minime, de la plus mince valeur, pour faire produire à l'acte olographe la révocation, mais encore parce que l'historique de la rédaction de l'art. 1035 nous donne la véritable clé de la difficulté. La première rédaction portait : « Les testaments ne » pourront être révoqués que par une déclaration de chan- » gement de volonté *dans l'une des formes requises pour* » *les testaments.* » (Art. 110 *du projet*). Lors de la discussion de cet article au Conseil d'Etat, on fit remarquer que les testateurs qui ne savent pas écrire ne pourraient révoquer leurs testaments qu'en recourant aux « formes solen- » nelles et compliquées du testament public ; » et, pour leur faciliter l'exercice de ce droit, M. Tronchet fit admettre que la révocation « dans la forme ordinaire des actes notariés » serait suffisante. On modifia alors la rédaction du projet, pour ajouter cette nouvelle disposition, et on substitua, par inadvertance, le mot *testament* aux expressions « formes requises pour le testament; » mais sans aucune intention d'attacher à ce changement de rédaction une portée quelconque : on a voulu seulement introduire un second mode de révocation, sans modifier, en aucune manière, celui que l'on avait d'abord consacré (1). D'où il résulte que la révocation, contenue dans un acte écrit en entier, daté et signé par le testateur, est valable, bien que l'acte où elle est consignée ne renferme aucune attribution des biens; car si cet acte n'a pas les *caractères*, il a au moins les *formes légales* d'un testament.

MM. Aubry et Rau (p. 557, note 23), prétendent que la révocation, par un simple acte olographe, ne peut plus être admise, depuis la promulgation de la loi du 21 juin

(1) Fenet, t. xii, p. 399 et suiv.

1843 (v. nº CLIV, note 3). A la vérité, disent les deux jurisconsultes de la Faculté de Strasbourg, l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, ne porte pas expressément que la révocation des donations doit avoir lieu par acte notarié; mais il suppose évidemment qu'il en est ainsi, puisqu'il assimile, sous le rapport de la forme, les actes notariés, contenant révocation de donation aux actes notariés, contenant révocation de testament, et qu'il soumet les uns et les autres à des solennités plus solennelles que celles qui sont requises pour les actes notariés en général. Ce raisonnement a quelque chose de spécieux; mais il nous semble, cependant, qu'il amène à une conséquence rigoureuse, qui ne résulte nullement de la loi de 1843. Cette loi ne fait que réglementer la forme de la révocation par acte notarié, et ne s'est nullement occupée de la révocation, qui peut avoir lieu de toute autre manière; par exemple, par un *testament olographe*.

CLXII. *Révocation tacite.* — Elle résulte de tous les faits, ou actes de l'époux donateur qui indiquent, d'une manière non équivoque, son intention de révoquer sa libéralité. Elle a lieu évidemment, quand il y a *incompatibilité* entre la donation entre époux et les libéralités postérieures. La question de savoir, quand il y a incompatibilité est laissée à la libre appréciation des magistrats qui doivent se décider d'après les circonstances. — La révocation peut encore résulter, d'après les termes de l'art. 1038, C. N., de tout acte d'aliénation, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, des objets donnés, « encore que l'aliénation soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur. » Inutile de dire qu'il faut que l'aliénation soit le fait volontaire du disposant; si, par exemple, il n'avait aliéné que par suite de la violence, ou pour cause d'erreur sur la nature du

contrat, ou sur la chose aliénée, la rescision de l'acte donnerait à la donation toute sa force.

L'hypothèque, consentie par l'époux donateur sur les biens donnés, n'a pas, pour effet nécessaire, d'opérer révocation. Admettre une solution contraire, ce serait, non seulement ne pas interpréter la véritable intention du disposant, mais encore traiter le conjoint *donataire* beaucoup plus rigoureusement qu'un *légataire* (art. 874 et 1020), ce qui est impossible. Si donc le donataire, qui n'est pas tenu lui-même *personnellement* au paiement de la dette, est néanmoins obligé de la payer, comme détenteur de l'immeuble hypothéqué, il pourra se prévaloir, contre les héritiers de son conjoint, du bénéfice de la subrogation légale accordée par le nº 3 de l'art. 1251, C. N.

CLXVIII. Les libéralités entre époux peuvent être révoquées, comme les donations ordinaires, pour cause d'*ingratitude* et pour *inexécution des conditions* (art. 953). Elles ne peuvent point l'être par *survenance d'enfants*. La loi a eu le soin de s'expliquer formellement à cet égard (1096, 2º). — Les deux causes légales de révocation, que la loi autorise, seront le plus souvent inutiles au donateur, puisqu'il lui suffit de manifester sa volonté pour que la révocation soit aussitôt opérée ; mais elles peuvent cependant lui être utiles, par exemple, s'il est interdit et dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Elles seront, dans tous les cas, utiles à ces héritiers. Ceux-ci pourront intenter la révocation, pour cause d'ingratitude, mais ils devront se conformer aux prescriptions de l'art. 957.

CLXIX. La révocabilité est, de sa nature, une faculté *personnelle* au donateur, qui peut en user comme bon lui semble : il est le seul juge des motifs qui peuvent le porter à exercer le droit de révocation. Aussi ses créanciers ne

peuvent point l'exercer à sa place, en invoquant l'art. 1166 du Code Napoléon ; et il serait téméraire, de leur part, de vouloir retirer par intérêt, ce que le conjoint a dûment aliéné par affection (1). La donation, devenant irrévocable par la mort du donateur, il s'ensuit que ses héritiers ne peuvent pas, plus que ses créanciers, mettre en exercice l'action en révocation.

CLXX. Le décès du donateur rend irrévocables, non seulement les donations réalisées de son vivant, mais encore celles qui, ne consistant qu'en une promesse, n'ont pas encore reçu leur exécution. Dans le droit romain (v. nº LV et s.), la question pouvait souffrir quelque doute ; mais, sous l'empire du Code Napoléon, on ne peut point avoir la moindre hésitation pour se prononcer dans ce sens, lorsqu'on considère que la donation est valable, *ab initio*, et que les époux deviennent immédiatement l'un débiteur et l'autre créancier. Une révocation, clairement manifestée, est nécessaire pour anéantir le droit dont est investi l'époux donataire.

CLXXI. L'effet de la révocation est de faire considérer la libéralité comme n'ayant jamais eu lieu, et de remettre les choses dans le même état qu'avant la donation : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Les tiers détenteurs des biens donnés ne sont pas à l'abri de la révocation. L'époux donataire, n'ayant qu'un droit résoluble, n'a pu transmettre à ses ayant-cause qu'un droit affecté de la même condition. Ceux-ci, sachant que les biens qu'ils détiennent proviennent d'une donation entre époux, doivent savoir que leur auteur n'en était pas propriétaire incommu-

(1) M. Troplong, *Des Donat.*, t. IV, nº 2672. — V. Limoges, 1er février 1840.

table, et que le donateur a, jusqu'à ses derniers moments, la faculté de les faire rentrer dans son patrimoine.

Dans le droit romain, le donataire ne devait rendre que ce dont il était censé s'être enrichi, puisque, lorsqu'il n'était pas devenu plus riche, on décidait qu'il n'avait pas reçu une véritable donation. En droit français, on ne doit pas se montrer aussi indulgent, et l'on ne saurait faire dépendre le caractère de la libéralité de l'usage que fait le gratifié des objets donnés. Nous devons dire, avec Pothier, que « l'on n'examine pas ce que le conjoint donataire a fait de l'argent qui lui a été donné, de même que des choses qui lui ont été données et qui ne paraissent plus ; il est présumé en avoir profité (1). » Il devra restituer ce qu'il a reçu, qu'il ait ou non fait un bon usage des objets compris dans la donation.

CHAPITRE II.

Des donations indirectes, déguisées ou faites par personnes interposées.

CLXXII. Le législateur, ainsi que nous le verrons dans le chapitre suivant, a déterminé la quotité de biens, que les époux peuvent se donner l'un à l'autre (v. art. 1094-1098). Aussi, pour assurer l'exécution des dispositions qui limitent la quotité disponible entre époux, et empêcher que ceux-ci n'éludent ses prescriptions, il a édicté les art. 1099 et 1100 qui en sont la sanction. — L'article 1099 est ainsi conçu :

« Les époux ne peuvent se donner *indirectement* au-delà

(1) *Des Don. entre mari et femme*, 1re partie, ch. 1er, nº 70.

de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. — Toute donation, ou *déguisée*, ou faite *à personne interposée*, sera nulle. »

Ce texte, qui paraît si simple et si clair à sa simple lecture, a donné lieu à de si grandes controverses, qu'on est tenté de rappeler, à son sujet, les paroles que prononçait, dans l'ancien droit, Bretonnier, à propos d'une autre matière. « Après tout cela, s'écriait ce jurisconsulte (1), quel est l'homme de bon sens qui ne déplorera pas l'infirmité des lois humaines et l'incertitude des jugements humains, puisqu'ils sont si remplis de variations, et que ce ne sont que ténèbres et aveuglements. » Certes, on peut appliquer ces paroles de Bretonnier au texte qui nous occupe, lorsqu'on songe qu'il n'existe pas moins de trois systèmes différents pour son explication.

CLXXIII. Disons d'abord : que les articles 1099 et 1100 ne sanctionnent pas seulement l'article 1098, mais qu'ils visent encore l'article 1094; car notre premier article ne parle pas seulement de nouveaux époux, mais de tout époux, et il n'indique pas seulement la quotité permise par *la disposition* précédente, mais la quotité *des dispositions ci-dessus*. Le doute aurait pu venir de ce que notre article est emprunté à l'*édit des secondes noces* de 1560; mais les termes de l'article 1099 sont assez clairs pour montrer qu'il sanctionne aussi les dispositions entre époux, qui n'ont pas d'enfants d'un premier lit.

Comment interpréter les dispositions de l'article 1099? — Sur ce point, grande controverse, soit dans la doctrine, soit dans les monuments de la jurisprudence.

CLXXIV. — Ier *système*. — La plupart des jurisconsultes

(1) Bretonnier, *Observ.* sur Henrys, liv. VI, ch. V, quest. 12, nº 29.

distinguent les donations *indirectes* des donations *déguisées*. Une libéralité *indirecte* est celle qui se faisant d'une manière franche, ouverte, se produit sous une forme non solennelle et indirecte (1). On peut citer, comme exemple de libéralités de cette nature, celles résultant de la suppression d'un titre de créance, de la remise d'une somme d'argent ou d'objets mobiliers quelconques de la main à la main, de la renonciation à une succession lucrative, dans l'unique but de faire accroître la part du renonçant à celle d'un co-héritier, etc. Dans tous ces cas, l'opération est sincère, elle est en apparence ce qu'elle est en réalité ; car on ne la revêt pas d'un voile mensonger. La libéralité déguisée, au contraire, se cache sous la forme d'un acte onéreux (*aliud scriptum, aliud gestum*), ou bien est adressée à une personne interposée, qui doit en transmettre le bénéfice à l'époux. Aussi l'on peut dire que toute donation *déguisée* est une donation *indirecte*, dans le sens large du mot ; mais l'inverse n'est pas vrai, toute donation *indirecte* n'est pas une donation déguisée.

Cette distinction une fois établie, on en fait l'application à l'article 1099, et l'on décide que le 1er paragraphe de cet article s'applique aux donations *indirectes*, qu'il déclare seulement *réductibles*, tandis que le second atteint les donations *déguisées*, qu'il déclare *nulles* pour le tout. Et cette différence entre ces diverses espèces de libéralités se comprend et se justifie facilement. La donation indirecte est faite au grand jour, sans intention de frauder la loi ; la libéralité déguisée, au contraire, se cache sous la forme mensongère d'un contrat onéreux, ou est adressée à un compère ; elle est un acte de dissimulation qui doit être puni, et qui,

(1) M. Troplong, *Des Don.*, t. IV, n° 2742.

d'ailleurs, fait présumer que le donateur a agi sous l'influence de la captation ou de la suggestion. Aussi doit-on se montrer beaucoup plus sévère et la frapper d'une nullité radicale et totale (1).

CLXXV. — IIe *système*. — Cette distinction n'est pas admise par tous les auteurs; il en est qui ne la comprennent nullement. « Toute donation *indirecte*, dit M. Taulier, n'est-elle pas déguisée? Toute donation déguisée n'est-elle pas indirecte? Pourquoi, d'ailleurs, épargnerait-on les unes pour frapper plus sévèrement les autres (2)? » D'après ce système toutes donations indirectes, déguisées ou faites à personnes interposées sont simplement *réductibles*, comme sous l'édit des secondes noces. Le mot *indirectement* a, dans le premier paragraphe de l'article 1099, un sens générique qui s'applique à toutes les donations qui ne sont point faites selon les formes prescrites par les articles 931 et suiv. du Code Napoléon. La seconde partie de l'article 1099 doit s'interpréter par la première, et doit s'entendre en ce sens que les donations déguisées sont nulles *pour tout ce qui excède la quotité disponible*. Il est manifeste que le seul but de la loi a été de protéger les intérêts des héritiers *réservataires*; or, l'action en *réduction* atteint ce but; dès lors, à quoi bon prononcer, sans motif, la nullité d'un acte qui ne préjudicie à personne? D'ailleurs n'est-il pas permis de faire *indirectement* ce que l'on peut faire *directement* (3).

CLXXV *bis*. — IIIe *Système*. — La Cour de cassation admet, en principe, le premier système, qui prononce la nullité des

(1) V. Marcadé, *Des Don.*, sur l'art. 1099, n° 1.

(2) Taulier, *Droit français*, p. 248. — V. Aussi Duranton, n° 831; — Coin-Delisle sur l'art. 1099, nos 14 et suiv.; — Valette, cité par Mourlon, tom. II, p. 456.

(3) V. Bourges, 9 mars 1836; — Paris, 21 juin 1837.

libéralités déguisées ou faites à personnes interposées, mais elle fait une distinction ; elle maintient la donation lorsqu'elle ne dépasse pas le disponible et l'annule dans le cas contraire (1). M. Troplong approuve complètement cette jurisprudence. Il prétend que l'art. 1099 n'est destiné qu'à protéger la réserve. « On sait, dit-il, que les donations déguisées n'ont rien par elles-mêmes qui les rende défavorables ou invalides, alors qu'elles n'ont pas pour but de faire fraude à la réserve. » (nº 2744). Dans ce système, on prétend que l'art. 1099 ne s'applique pas aux donations déguisées ou à personnes interposées faites *pendant* le mariage ; cependant, on frappe de nullité ces dernières libéralités, parce que le déguisement viole le principe d'ordre public qui veut qu'elles soient toujours *révocables*. La Cour suprême fait dépendre la validité de la donation consentie par contrat de mariage de l'état du disponible à la mort de l'époux donateur ; de sorte qu'il arrivera souvent qu'une libéralité frauduleuse dès le principe et paraissant devoir excéder le disponible, se trouvera convalidée, tandis que, au contraire, une libéralité minime pourra, au décès, se trouver excessive et devenir ainsi frauduleuse par l'effet du pur hasard, par suite de la variation de fortune du disposant. Exposer un tel système suffit, ce nous semble, pour en faire justice.

CLXXVI. Quant à nous, nous pensons que les donations *déguisées* sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont toujours radicalement nulles (2), soit qu'elles interviennent entre personnes incapables ou entre personnes capa-

(1) V. Req., 7 fév. 1849. — Cass., 2 mai 1855.

(2) V. M. Gabriel Demante, *De la loi et de la jurisprudence en matière de donations déguisées*, Revue de l'Académie de Législation, t. IV, année 1855, p. 6 et suiv.

bles de recevoir. La loi, en effet, ne voit, en général, les libéralités entre vifs qu'à regret, et ne les tolère qu'en subordonnant leur validité à des formes extrêmement rigoureuses (V. art. 931 et suiv.). Or, si l'on valide les donations déguisées sous l'apparence d'un contrat onéreux, les prescriptions de la loi sont illusoires et comminatoires ; elles n'atteignent que ceux qui agissent avec sincérité, elles sont un encouragement pour la fraude. Le législateur est censé avoir dit aux parties ; « Toutes ces formes exigées à peine de *nullité* (V. art. 893, 931) ne sont qu'un vain épouvantail ! Voulez-vous vous en affranchir ? Je vous en offre le moyen ! Ne dites point ouvertement que la convention, que vous faites, est une donation ; cachez vos desseins, déguisez, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, la libéralité que vous avez en vue. Si vous avouez le but que vous vous proposez, votre convention, bien qu'elle exclue tout soupçon de fraude, puisqu'elle est faite au grand jour, sera nulle si elle n'est faite selon les formes rigoureuses que j'ai prescrites ; mais si vous le tenez caché, votre convention, quoiqu'elle soit suspecte, puisque vous la tenez secrète, sera protégée et maintenue ! » (Mourlon, t. II, p. 293). — Un système qui conduit à un tel résultat ne peut pas évidemment avoir été consacré par le législateur. Aussi nous prononçons la nullité de toute donation déguisée, soit entre étrangers, soit à plus forte raison entre époux. Mais nous pensons qu'il existe des libéralités indirectes, qui sont simplement réductibles lorsqu'elles excèdent la quotité disponible : dans cette catégorie, nous rangeons les dons manuels et les avantages résultant d'un contrat onéreux sérieusement existant. En d'autres termes nous ne considérons comme donations radicalement nulles que celles que les parties

revêtent d'un voile menteur, dans la seule intention de frauder la loi.

Lorsque, en effet, des époux font entr'eux, dans les conditions permises (v. art. 1595) une *vente* réelle et sérieuse, mais que, sans déguisement, ils mettent un prix inférieur à la valeur véritable, cette vente, s'annonçant alors au grand jour, ne peut se dire une vente déguisée ou faite à personnes interposées. C'est avec son époux, ostensiblement désigné, que le conjoint annonce traiter ; c'est bien une vente qu'il dit vouloir faire. Rien n'est ici dans l'ombre et le mystère : le prix fixé peut être seulement inférieur à la valeur réelle de l'objet vendu, voilà tout. Si donc il y a infériorité dans le prix, l'époux profitera indirectement, il est vrai, de la différence existant entre la valeur assignée à l'objet vendu et sa valeur réelle, et, dans ce cas, si cette différence dépasse la quotité disponible entre époux, il devra y avoir simplement lieu à *réduction*, et l'on ne devra pas prononcer la nullité de l'acte. — Si, au contraire, les conjoints, ayant l'intention de se faire une véritable donation, mettent de côté la forme de ce genre de contrat, et cherchent, par des moyens détournés, à échapper aux prohibitions de la loi, qui leur défend de se donner au-delà de certaines limites, en imprimant à leur acte une fausse qualification, la vente, quoique le prix exprimé paraisse l'équivalent de la chose vendue, ne sera pas, à vrai dire, un contrat à titre onéreux, mais bien une véritable donation revêtue d'un voile menteur (*aliud scriptum*, *aliud gestum*), et, au lieu d'être seulement soumise à réduction, devra être frappée d'une nullité radicale. De même, si les époux, pour mieux masquer leur dessein frauduleux, ont recours à des personnes interposées, en donnant, par exemple, à un enfant du donataire issu d'un

autre mariage, la donation tombera sous le coup de la nullité. Il fallait, dans ces circonstances, où l'on cherche par des moyens détournés et ténébreux à faire fraude à la loi, frapper un grand coup, et, aux yeux du législateur, la peine de nullité n'a pas été jugée trop sévère. — Ce n'est pas, d'ailleurs, une innovation de notre Droit ; déjà, dans la législation romaine, on faisait cette sage distinction : lorsqu'un époux consentait une vente à son conjoint, dans l'unique intention de lui faire une libéralité (*universa venditio donationis causâ facta*), l'acte était radicalement nul (v. nº XL). Il en était encore ainsi lorsque le prix porté dans le contrat ne présentait, par sa vilité, qu'un vain simulacre. Notre ancien Droit distinguait aussi soigneusement les donations simplement indirectes de celles simulées ou faites à personnes interposées (1). Le législateur moderne, qui connaissait ces anciennes distinctions, a évidemment voulu les conserver. S'il avait cru devoir porter quelque innovation à ce qui se pratiquait autrefois, il en eût clairement manifesté l'intention, et nulle part cette pensée ne se révèle. La contexture de l'article 1099 prouve, au contraire, qu'il a tenu à ne pas s'écarter des vieux errements. En parlant des *donations indirectes*, il se contente de dire « que les époux ne pourront se donner au-delà de ce qui est permis par les dispositions ci-dessus ». Jusqu'ici, pas encore de nullité, mais réduction, s'il y a excès ; lorsqu'il arrive aux *donations déguisées* ou faites à *personnes interposées*, alors apparaît la nullité : la libéralité doit tomber tout entière.

CLXXVII. Le déguisement et l'interposition de personnes peuvent se prouver par tous les moyens de preuve reçus en justice : par témoins, par l'aveu et le serment, et même

(1) V. Pothier, *Des Don. entre mari et femme*, nº 78.

par de simples présomptions (art. 1353). Le Code a même établi des présomptions légales, *juris et de jure*, qui dispensent de toute autre preuve, et contre lesquelles nulle preuve contraire n'est admise. L'article 1100 est ainsi conçu : — « 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. » Ainsi, aux termes de cet article, la libéralité faite aux enfants que l'autre époux a eus d'un précédent mariage, est réputée faite à cet époux lui-même. Il en est de même de celle qui est faite aux personnes dont ce conjoint était l'héritier présomptif *au moment de la donation*, encore qu'il ne devienne point l'héritier du donataire. — Au nombre des parents, faut-il comprendre les aïeuls, lorsque le donataire a son père ou sa mère? — Pothier répondait affirmativement, quoique les expressions de l'édit ne comprissent que les père et mère, « patris nomine avus » quoque demonstrare intelligitur (L. 201, Dig. *de verb. sign.*, lib. L., t. XVI) (1). » Quelques auteurs pensent qu'il doit en être de même sous l'empire du Code Napoléon, dont les termes, *les parents*, sont plus larges que ceux de l'édit des secondes noces. Il nous semble que cette solution rigoureuse est contraire à l'article 1100 qui n'applique la présomption légale d'interposition qu'aux parents dont l'époux est héritier présomptif *au jour de la donation*; et quand l'époux a encore son père ou sa mère, il n'est point alors héritier *présomptif* de son aïeul. — Bien que les présomp-

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, t. II, n° 539.

tions de notre article soient de droit strict et ne doivent pas être étendues facilement, nous pensons qu'elles comprennent, dans ces mots « *enfants issus d'un autre mariage* » tous les descendants de ce mariage, à quelques degrés qu'ils soient (v. article 911), et même les enfants *naturels* ou *adoptifs*. Il résulte de l'esprit de la loi que l'on n'a voulu exclure de la présomption que les *enfants communs aux deux époux*, parce que, dans ce cas, la donation est réputée provenir de l'affection de l'époux pour ses enfants et non du désir d'avantager indirectement l'autre conjoint, et que les mots « *enfants issus d'un autre mariage* » veulent dire : « Enfants » qui ne sont pas nés du mariage actuel, qui n'appartien- » nent pas en commun aux deux époux (1). — Il est naturel de décider que les personnes réputées interposées cessent de l'être, lorsque l'époux incapable n'existe plus au temps de la donation : car c'était lui seul qui faisait supposer l'interposition.

CLXXVIII. La réduction des avantages *indirects* n'étant établie, selon nous, que comme garantie de la réserve, ne pourra être demandée que par les héritiers réservataires. Quant à la nullité des donations *déguisées* ou faites à *personnes interposées*, qui ne dépend pas seulement d'une atteinte à la réserve, mais de la violation de la loi, elle pourra être demandée par toute personne intéressée : le donateur pourra lui-même la demander. Ses créanciers auront incontestablement ce droit; car, comme l'a dit avec raison la Cour de Limoges (2), « la nullité prononcée par le § 2 de l'article 1099 est absolue; elle anéantit la donation

(1) Marcadé, *Droit civil français*, t. IV, sur l'art. 1100, n° 1; — Troplong *Des Don.*, t. IV, n° 2754; — Amiens, 22 déc. 1838; — *Contrà*, Vazeille, sur l'art. 1100. n° 5.

(2) Arrêt du 16 juill. 1853 (D. P. 1855, 1, 195.)

en totalité; d'où la conséquence que l'objet de la donation frauduleuse et déguisée, faite en violation de la loi, entre dans les mains du donateur et devient le gage de ses créanciers; ceux-ci ont donc intérêt et droit d'attaquer le titre frauduleux qu'on leur oppose. »

CHAPITRE III.

De la quotité disponible.

CLXXIX. En principe la quotité disponible est subordonnée à la qualité et au nombre des héritiers réservataires. Mais il n'en est pas ainsi, lorsqu'il s'agit de libéralités entre époux. Parfois si cette quotité est plus forte que celle permise en matière ordinaire (article 913), parfois aussi elle lui est inférieure. Sur un point qui touche à des intérêts également respectables, il fallait sauvegarder les uns, sans sacrifier les autres. Souvent, en effet, si le législateur s'était tenu dans les limites de l'article 913, le sort d'un conjoint, peu favorisé personnellement de la fortune, aurait été des plus malheureux, puisque ce conjoint survivant n'aurait pu soutenir d'une manière digne et convenable sa position accoutumée durant la vie commune. Cet état de choses se serait présenté, lorsqu'il aurait existé trois enfants ou un plus grand nombre; aussi, dans ces circonstances, le législateur a élargi la portion disponible. — Lorsque, au contraire, il n'y aurait eu qu'un seul enfant, il eût été permis aux époux, d'après le droit commun, de se gratifier de la moitié des biens, et alors, sans aucune nécessité pour l'époux gratifié, l'enfant aurait vu le patrimoine, qui devait lui revenir, diminuer à son détriment. Il fallait con-

cilier ces intérêts opposés ; c'est ce que la loi a fait sagement, en fixant d'une manière invariable, tantôt plus forte, tantôt plus faible que le disponible ordinaire, la quotité disponible entre époux. Elle laisse à ceux-ci assez de liberté pour récompenser les soins et le dévouement du conjoint, sans trop nuire aux enfants.

CLXXX. Dans les articles qui régissent cette importante matière, le Code a posé quelques principes seulement à l'aide desquels il est quelquefois difficile de se guider au milieu des complications délicates et variées, qui naissent de la diversité des hypothèses qui se présentent. Il a laissé à la doctrine et à la jurisprudence le soin de résoudre les difficultés. — Quelle règle de conduite faut-il suivre pour ne pas s'égarer? Disons d'abord que le chapitre, qui nous occupe, est spécial aux donations entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. Cette vérité s'évince clairement de son intitulé : « *Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.* » C'est donc là que les conjoints doivent aller chercher les règles de la quotité disponible qui les concerne, sans qu'il soit permis aux étrangers de s'en prévaloir. Malgré les vives controverses, qu'il a eu à traverser, ce point est pour nous d'une exactitude rigoureuse. Il nous sera d'un grand secours pour la solution des cas nombreux qui se présenteront sur notre route. Mais les difficultés renaîtront et grandiront encore, lorsque, en gratifiant son conjoint, l'époux étendra en même temps les libéralités sur d'autres personnes étrangères ou réservataires. — Dans ce concours de dispositions, il faudra combiner les deux quotités disponibles des art. 913 et 1094, sans jamais les cumuler, mais de manière à ce que chaque donataire aille puiser son droit dans l'article édicté pour lui. — Parcourons rapidement, en exposant les prin-

cipales raisons qui les expliquent, quelques-unes de ces diverses combinaisons, avec les solutions qui leur sont propres.

SECTION Ire.

Des cas où il n'y a pas d'enfants d'un précédent mariage.

§ 1. — *L'époux ne laisse aucun héritier à réserve.*

CLXXXI. Lorsque l'époux ne laisse pas d'héritiers à réserve, tout son patrimoine se trouve libre entre ses mains. Pouvant à volonté en disposer envers qui bon lui semble, il lui est loisible de le donner à son conjoint tout comme à un étranger.

§ 2. — *Concours de l'époux avec des ascendants*

CLXXXII. Nous venons de voir l'époux sans héritiers réservataires; plaçons maintenant à côté de l'époux donataire des ascendants, à qui est due une réserve. Quelle sera, dans cette position, la quotité disponible entre époux? L'article 1094 permet de donner à son conjoint les trois quarts (nous supposons un seul ascendant) en propriété et en outre le quart en usufruit de la portion réservée à cet ascendant; de manière qu'il ne restera à celui-ci que la nue-propriété d'un quart. Un tel résultat a paru si étrange et si exorbitant, qu'il a soulevé de violentes récriminations. A quoi bon, a-t-on dit, ce quart de nue-propriété laissé à l'ascen-

dant, puisqu'il doit être sans profit pour lui? Il ne peut, en effet, l'utiliser qu'en l'aliénant, ce qui est un moyen pénible qui peut lui répugner; d'ailleurs, qui ne sait qu'une nue-propriété, quand l'usufruit repose sur une tête jeune, ne se peut vendre qu'à vil prix. Nous ne nous dissimulons pas la rigueur de cette mesure, mais un examen plus réfléchi et moins précipité eût mis fin à des plaintes aussi exagérées. La faveur des mariages commandait et justifiait cette mesure.

On peut ajouter que, si la loi met de côté les intérêts de l'ascendant, pour faire prédominer ceux de l'époux, cet intérêt dont elle entoure celui-ci, s'explique par de puissantes considérations. L'ascendant, en établissant son enfant, s'était déjà et irrévocablement dépouillé d'un bien qu'il avait prélevé sur son patrimoine. En le donnant, il l'avait fait sans espoir de le reprendre un jour, car il ne prévoyait pas qu'il survivrait à son enfant; il avait calculé que, en gratifiant celui-ci, ses ressources seraient encore suffisantes pour ses vieux jours; la privation qu'on lui fait subir, à l'avantage de l'époux, n'apporte donc pas une gêne dans son ménage; le conjoint, au contraire, frappé plus que tout autre dans ses affections, a besoin d'être protégé. La loi vient à son secours, en lui laissant un surcroît de jouissance; c'est une espèce de réparation dans le malheur. Et peut-être que ce bien, dont on lui abandonne l'usufruit, c'est à son labeur, à son économie, ou à sa bonne gestion des intérêts domestiques, que l'on en doit la conservation dans la famille.

CLXXXIII. On a soulevé encore, au sujet des dispositions entre époux en concours avec des ascendants, une question qui, après de vifs débats, a été résolue en faveur de l'époux. Elle consiste à savoir s'il est indispensable, ainsi que sem-

blent le dire ces mots, *et, en outre,...* que le don fait à l'époux en propriété accompagne ou précède la jouissance prise sur la réserve de l'ascendant, ou si le donateur peut disposer séparément de cette dernière jouissance en donnant, par exemple, la quotité disponible à des étrangers. Cette prétention n'a pas eu de succès, et il est admis que, en s'exprimant ainsi, c'est comme si la loi avait dit : de plus, il pourra donner l'usufruit du quart réservé à l'ascendant, à son conjoint, ce qui n'implique pas la réunion obligée des deux dispositions sur la tête du conjoint donataire. Il est difficile de comprendre la nécessité d'une telle réunion. Qu'importe, en effet, à l'ascendant, s'il peut être privé de cet usufruit, que ce soit parce que l'époux aura reçu avec lui un quart en propriété, ou que ce soit parce qu'un étranger viendra profiter de cette même propriété.

CLXXXIV. La loi, n'ayant pas prescrit de forme solennelle ou sacramentelle, dont le disposant doive se servir pour épuiser le disponible, au profit de son conjoint, il s'ensuit qu'une telle donation résulte suffisamment de ce que l'époux a fait un don universel, ou un legs universel et général, ou le don de la quotité disponible, ou le don ou legs de la jouissance de tous ses biens, ou celui de la quotité la plus élevée dont la loi lui permettait de disposer. Il est évident que, dans tous ces cas, le disposant a incontestablement voulu gratifier son conjoint de l'usufruit de ce qui est réservé aux ascendants. Cette doctrine est aujourd'hui généralement admise par la jurisprudence (v., toutefois, un arrêt d'Agen, 28 nov. 1827, qui exige une disposition expresse).

§ III. — *Concours de l'époux avec des enfants ou descendants.*

CLXXXV. En présence d'un seul ou de plusieurs enfants, l'époux donateur peut laisser à son conjoint, ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. Dans ce cas, la quotité disponible se trouve, tantôt inférieure, tantôt supérieure à la quotité disponible ordinaire. Aux termes de l'art. 913, il eût pu donner, s'il ne laisse qu'un enfant, la moitié de tous ses biens à un étranger, tandis qu'il ne pourra donner à son conjoint qu'un quart en propriété et un quart en usufruit. Quand il y a trois enfants ou plus, l'étranger ne peut recevoir que le quart ; l'époux, au contraire, peut avoir, en outre, un autre quart en usufruit. Le cadre du disponible entre époux est donc invariable.

CLXXXVI. Disons d'abord, à propos de ces mots de la fin de l'article 1094, « ou la moitié de tous ses biens en » usufruit seulement, » que l'on a relevé comme inutile cette disposition comprise nécessairement dans la première (le plus comprenant le moins). Ce n'est pas, cependant, par une superfétation déplacée, que le législateur s'est exprimé de la sorte. S'il n'avait eu pour but que d'accorder la faculté de donner la moitié en usufruit, après avoir permis de donner un quart en pleine propriété et un autre quart en usufruit, la disposition ne serait qu'une pure naïveté. — Mais telle n'a pas été son intention ; il a voulu non pas *permettre* de disposer de la moitié des biens en usufruit, car cela n'était pas évidemment nécessaire, mais *défendre* de donner plus de la moitié en usufruit. — Cette restriction

s'explique d'elle-même. L'intérêt des enfants voulait que la plus grande partie des biens ne fût pas pour un temps trop long, stérile et improductive entre leurs mains, et le législateur a agi avec sagesse, en édictant cette prescription.

CLXXXVII. Lorsque l'époux donateur lègue à son conjoint *ce dont la loi lui permet de disposer*, que peut réclamer ce dernier? Il a droit évidemment au plus fort disponible, et peut exiger un quart en propriété et un quart en usufruit, et non pas seulement la moitié en usufruit. — Mais *quid* si le disposant a légué sous l'alternative? A qui appartiendra le choix? Il nous semble que, à défaut d'indication précise de la part du disposant, il doit appartenir au débiteur du legs, conformément à la règle consacrée dans l'article 1190 en matière d'obligation alternative.

CLXXXVIII. Nous avons dit qu'il résulte clairement de la disposition de l'article 1094, que la quotité spéciale dont les époux peuvent disposer entre eux est tantôt plus faible, tantôt plus forte que celle qui peut être donnée à un étranger, mais qu'elle reste toujours la même, quel que soit le nombre des enfants. C'était là un point de droit qu'aucune agression n'avait jamais troublé et qui régnait aussi paisiblement au palais qu'un axiôme dans le monde scientifique, lorsque près d'un demi-siècle après la promulgation du Code Napoléon, en 1841, un professeur distingué de notre Faculté, M. Bénech, consacra tout un volume (1) pour essayer de faire prévaloir une interprétation contraire. D'après la théorie de ce savant jurisconsulte, l'art. 1094 n'a pas eu pour but de restreindre la quotité disponible de l'époux; celui-ci peut toujours donner à son conjoint, en vertu de l'art. 913, autant qu'à un étranger, c'est-à-dire la moitié ou le tiers de ses biens

(1) Bénech, *De la quotité disponible entre époux.*

en pleine propriété, selon qu'il y a un ou deux enfants.

En d'autres termes, suivant M. Bénech, l'art. 1094, loin de poser une limite fixe et invariable, accorde, au contraire, à l'époux la faculté de s'aider des deux quotités, suivant son intérêt. Il veut établir que toujours un conjoint doit avoir autant qu'un étranger, et que, si l'art 1094 lui donne moins, il peut recourir à l'article 913, où il puisera de quoi parfaire sa part, qui peut quelquefois être plus grande, mais jamais plus faible que celle de l'étranger. L'art. 1094 est un article de faveur qui peut être négligé lorsque le droit commun est plus favorable que le droit spécial qu'il établit.

CLXXXIX. Cette nouvelle théorie s'appuie d'abord sur ce qu'aucun texte ne déclare les époux incapables de se donner entre eux ; que, loin de restreindre leur capacité, comme l'article 913, qui se sert des expressions prohibitives *ne pourra*, *ne pourront*, l'article 1094 n'est point prohibitif ; il confère une large faculté, en disant : « l'époux *pourra*... » De plus, ajoute-t-on, comment comprendre qu'un conjoint doive recevoir moins qu'un étranger, quand il n'y a qu'un enfant ? Quoi ! la loi qui a voulu que trois enfants, en présence de leur mère veuve, se contentassent chacun de moins d'un quart des biens paternels, ne voudrait point qu'un unique enfant se contentât d'une moitié ! La loi, on le conçoit, n'a pas pu être inconséquente à ce point. — Ainsi donc, d'après M. Bénech, son système résulte et des termes et de l'esprit de la loi. — Il invoque encore les travaux préparatoires du Code Napoléon, qu'il prétend être favorables à son opinion Nous ne le suivrons pas dans une discussion qui excéderait les bornes de notre travail ; mais qu'il nous suffise de dire que, si l'on étudie avec soin et sans préjugés ces documents législatifs, on demeure con-

vaincu que la volonté formelle du législateur a été d'établir entre époux une quotité fixe et indépendante du nombre des enfants. (V. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, nº 92 ; — Jaubert, *Rapport au Tribunat*, nº 195 ; — *Discours au Corps Législatif*, par le tribun Favard. Cette faculté, que M. Bénech et les partisans de sa doctrine veulent trouver dans le mot *pourra*, ne veut donc pas dire qu'en outre des droits conférés par l'article 913, l'époux pourra, pour les étendre, s'aider de l'article 1094. Cette expression signifie seulement que l'époux n'est pas obligé de donner à son conjoint, mais qu'il le pourra, s'il le veut. Il n'existe plus, dans notre Droit, des donations entre époux de plein droit.

CXC. Le système de M. Bénech fit, dès son apparition, quelques partisans dans la doctrine ; quelques cours impériales l'embrassèrent ; mais il fut constamment repoussé par la Cour suprême. Écoutons un arrêt de cette Cour du 3 décembre 1844 qui le réfute de toutes ses forces : — « Attendu qu'il résulte, soit de la place qu'occupe le » Chap. IX, tit. II, liv. III du Code civil, soit de la com- » binaison des art. 1091 et 1099 avec l'art. 1094, Code » civil, qu'il s'est agi d'interpréter, soit enfin des motifs » donnés par les orateurs du gouvernement et du Tribunat, » lors de la présentation dudit titre II au Corps Législatif, » que l'intention du législateur a été de limiter à une quotité » fixe et indépendante du nombre de leurs enfants, le » maximum de la donation que ledit art. 1094, § 2, per- » met spécialement à l'époux de faire à son époux sur- » vivant... »

SECTION II.

Du cas où il y a des enfants d'un précédent mariage.

CXCI. Dans l'art. 1098, le législateur défend au conjoint qui a des enfants, issus d'un précédent mariage, de gratifier son nouvel époux au-delà *d'une part d'enfant le moins prenant*. On connaît la défaveur qui, de tout temps, a entouré les seconds ou subséquents mariages. Il fut une époque où, à Rome, par des considérations politiques, on chercha à les encourager; mais, lorsque les nécessités ne furent plus les mêmes, et qu'à des temps de licence et de corruption, eurent succédé des idées et des mœurs plus pures, ces nouvelles unions perdirent de leur faveur, et les donations, qui les accompagnaient, reçurent des restrictions qui les continrent dans de justes limites. Il convenait de protéger, par des liens plus forts que dans les premiers mariages, les intérêts des enfants nés d'une première union; car ici l'obsession était bien plus à craindre : *lex arctiùs prohibet quòd faciliùs fieri putat.*

CXCII. Sous le Code Napoléon, qui s'est inspiré des constitutions romaines *Feminæ quæ...* et *Hâc edictali...* et de l'*Edit des secondes noces* de 1560, le conjoint qui se remarie, et qui a des enfants de sa première union, ne peut donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant, c'est-à-dire un quart, s'il a trois enfants; un cinquième, s'il en a quatre; un sixième, s'il en a cinq... S'il n'a qu'un ou deux enfants seulement, il ne lui est plus permis de donner une part d'enfant, car cette part, qui serait de la moitié dans la

première hypothèse, d'un tiers dans la seconde, excéderait le *quart* qui est le *maximum* fixé par l'art 1098.

CXCIII. Mais qu'arrivera-t-il si les enfants de l'époux disposant ne succèdent point par égales portions, par exemple, si l'un d'eux ou plusieurs ont reçu des libéralités *par préciput* ? Quelle sera la part du conjoint ? La loi a eu le soin de s'expliquer à cet égard ; elle déclare formellement que le nouvel époux ne pourra recevoir qu'une part d'enfant le moins prenant. On devra donc prélever, sur la masse totale des biens laissés par le *de cujus*, le préciput des enfants qui y ont droit, et partager le restant entre tous les enfants et le conjoint, qui sera considéré comme un enfant de plus. — Il est évident que, en réduisant le nouvel époux à une part d'enfant, la loi entend parler d'une part *légale*, et non pas de celle qu'un enfant pourrait avoir *en fait*, par suite d'accords intervenus entre les héritiers. — Pour fixer la part d'enfant, on ne doit pas compter seulement les enfants du premier lit, mais tous les enfants que laisse le donateur, peu importe de quel mariage ils soient issus. Aussi n'est-ce point au moment de la donation, mais seulement au décès du *de cujus* que l'on peut savoir ce qu'il a pu donner.

CXCIV. Pour déterminer la quotité disponible, on ne compte que les enfants qui sont *héritiers*. Ainsi, ceux qui sont morts sans postérité, avant le donateur, ceux qui renoncent et ceux qui sont écartés de la succession comme indignes ne doivent pas être comptés ; car, n'étant point *héritiers*, ils n'ont point droit à la réserve.

Si l'un des enfants est prédécédé, ses descendants le représentent et comptent pour une tête. — Mais *quid* si le défunt a laissé plusieurs enfants d'un fils unique prédécédé ? Les petits enfants ne représentent point alors leur père, ils succèdent de leur chef et par tête, de là la question de

savoir s'ils doivent compter pour un seulement ou si on doit les considérer individuellement d'après leur nombre. Ils ne compteront que pour un seulement ; car le conjoint a droit à une *part d'enfant* et non à une part de *petit enfant*. — Qu'arrivera-t-il si, à la mort de l'époux donateur, il n'existe point d'enfants? Comment règlera-t-on la part du conjoint donataire? Cette question était vivement controversée dans l'ancien droit; et les auteurs donnaient des solutions plus ou moins arbitraires. Les uns attribuaient à l'époux tout le patrimoine ; les autres ne lui reconnaissaient, au contraire, aucun droit; enfin d'autres lui en accordaient la moitié (V. Pothier, *contrat de mariage*, nº 589). Sous le Code Napoléon, nous pensons que le don d'une part d'enfant doit comprendre la part la plus large qu'un second époux puisse avoir en présence d'enfants d'un lit précédent, c'est-à-dire le *quart* des biens, puisque l'article 1098 ne veut pas que la part d'enfant s'élève au-dessus de cette quotité.

CXCV. Comment doit s'entendre la règle de notre article, quand il y a plusieurs convols successifs de l'époux ayant des enfants d'un précédent mariage ? Chacun des nouveaux conjoints aura-t-il droit à une part d'enfant? — D'après Duranton (t. IX, nº 804), il est permis de donner successivement à chaque nouveau conjoint une part d'enfant, pourvu que ces donations réunies aux donations faites à des étrangers, n'excèdent point la quotité disponible ordinaire de l'article 913. Il nous semble qu'il est préférable de décider que tous les conjoints, pris ensemble, ne peuvent point recevoir au delà d'une part d'enfant. C'était là le système suivi, dans l'ancien droit, par Pothier et par Ricard, et il n'est pas à présumer que les rédacteurs du Code aient entendu s'en écarter, surtout lorsqu'on songe que Bigot-

Préameneu disait au Corps Législatif : « Le Code a maintenu cette sage disposition. »

CXCVI. La quotité disponible de l'article 1098 est plus faible que la quotité disponible ordinaire, puisque la personne qui peut donner à un étranger la *moitié* de ses biens quand elle n'a qu'un enfant, le *tiers*, quand elle en a deux, ne peut donner qu'un *quart* à son nouveau conjoint. Les deux quotités ne se rencontrent que dans un seul cas : la personne qui a trois enfants d'un précédent mariage ne peut donner qu'un *quart*, soit à son nouveau *conjoint*, soit à un *étranger* (1).

CXCVII. La restriction du disponible portée par l'art. 1098, n'étant établie que dans l'intérêt des enfants du premier lit, il en résulte que le droit de faire réduire les libéralités qui excèdent ce disponible ne peut naître que dans la personne de ces enfants. De sorte que, s'ils ne viennent pas à la succession, la réduction n'est plus possible. — Toutefois, bien que les enfants du second mariage ne puissent pas demander la réduction, ils peuvent en profiter lorsqu'elle a été prononcée sur la demande des enfants du premier lit ; car il est de principe que les biens obtenus par la voie de la réduction sont réputés, à l'égard des enfants, faire partie de la succession et qu'une succession dévolue à des enfants se partage *également* entre eux, sans qu'il y ait à distinguer de quel mariage ils sont issus (v. art. 745).

(1) V. Duranton, t. IX, n° 817 ; — Bugnet, sur Pothier, t. VI, p. 263 ; — Valette, cité par Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 455.

Section III.

Des rapports du disponible entre époux avec le disponible ordinaire.

CXCVIII. Nous avons établi que les deux disponibles devaient se combiner, sans jamais se cumuler, et nous avons fait l'application de cette règle, en traitant des donations entre époux concourant, soit avec des ascendants, soit avec un ou plusieurs enfants. Ces cas ne sont pas les seuls qui se présentent. Quelquefois, après avoir distribué leurs biens, au moyen de dispositions faites avec des étrangers, les conjoints veulent ensuite se gratifier entre eux. Quel sort devront subir les dispositions ainsi faites? Observons d'abord que, quand le disponible spécial aux époux est plus considérable que le disponible ordinaire, l'excédant du premier sur le second ne peut être donné qu'au conjoint, car c'est pour lui seul qu'il a été créé. Nous devrons donc décider que, quand un époux a commencé par donner à des étrangers, il peut encore gratifier son conjoint de l'excédant du disponible organisé en sa faveur. Rendons notre pensée sensible par un exemple. Un père, ayant *trois enfants*, a donné à un étranger tout le disponible ordinaire, un *quart* dans l'espèce; il pourra incontestablement disposer, en outre, d'un *quart en usufruit*, au profit de son conjoint, conformément aux prescriptions de l'art. 1094, car ici il y a extension du disponible ordinaire, à raison de la qualité du second donataire.

CXCIX. Mais si nous prenons l'hypothèse inverse, et si

nous supposons que la donation du conjoint a été faite la première, nous ne pourrons pas imputer cette libéralité sur le disponible *spécial* aux époux, pour permettre ensuite de gratifier du disponible *ordinaire* des étrangers ; car, comme le dit Marcadé (1), c'est d'abord sur les crédits ordinaires que doivent se prendre les dépenses, et on ne doit recourir aux crédits supplémentaires qu'en cas d'insuffisance des premiers. La première libéralité devra donc toujours s'imputer sur le disponible de l'art. 913, soit qu'elle s'adresse au conjoint ou à l'étranger ; mais, une fois ce disponible épuisé, on ne pourra recourir au crédit extraordinaire de l'art. 1094 que lorsqu'il s'agira de gratifier un conjoint ; les étrangers n'y auront aucun droit.

Telles sont les principales difficultés que fait naître la combinaison de cette quotité disponible spéciale avec la quotité disponible ordinaire.

(1) Marcadé, t. IV, sur l'art. 1100, n° 11.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. La chose abandonnée par son maître (*res pro derelicto habita*) cessait de lui appartenir dès l'instant de l'abandon, et devenait immédiatement *res nullius*. Celui qui s'en emparait en devenait aussitôt propriétaire *ex jure quiritium*.

II. L'accession n'était pas un mode d'acquérir la propriété.

III. Les *pérégrins*, qui avaient le *jus commercii*, pouvaient probablement être institués héritiers.

IV. Le pupille qui traitait sans l'autorisation de son tuteur contractait une obligation *naturelle*, pourvu qu'il ne fît pas une aliénation.

V. La condition résolutoire avait un effet rétroactif.—Cependant, quand elle s'accomplissait, les fruits ne devaient pas être restitués.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

I. La puissance paternelle existait dans le Droit coutumier. La règle de Loisel : « *puissance paternelle n'a point lieu* », fait allusion à la *patria potestas* des Romains.

II. La puissance paternelle et la puissance maritale ont une même origine ; elles viennent du Droit germanique.

III. Toute femme, *noble* ou *roturière*, était sous la *mainbournie* de son mari. — La femme *serve* était sous la puissance de son seigneur.

IV. La femme était, en principe, incapable comme le mineur. « *Elle n'a ni valoir ni vouloir* », disait la coutume d'Arras.

V. La coutume de Bordeaux (1520) consacre le régime dotal tel qu'il existait dans les pays de Droit écrit. — Elle ne parle

point de la communauté d'acquêts. Si ce dernier régime se trouve consacré par la jurisprudence du parlement de Bordeaux, c'est parce qu'il existait dans la Guienne, qui ressortissait de ce parlement.

CODE NAPOLÉON.

I. L'étranger divorcé conformément aux lois de son pays peut se remarier en France.

II. Le père, usufruitier légal des biens de ses enfants mineurs, a droit à une indemnité pour les constructions qu'il a faites sur le fonds soumis à l'usufruit.

III. Un testament nul dans sa forme, mais réunissant les conditions requises pour la validité d'une révocation par acte notarié, peut servir à révoquer un testament antérieur.

IV. Les présomptions légales établies par les articles 721 et 722 du Code Napoléon ne sont pas applicables aux successions *testamentaires*.

V. Le bail ne confère point au preneur un droit *réel* sur la chose louée.

DROIT COMMERCIAL.

I. La présomption que l'engagement souscrit par un commerçant, sans expression de cause, est commercial, doit être appliquée au mineur commerçant.

II. La femme peut faire le commerce conjointement avec son mari.

III. Le commissionnaire pour *achats* n'a point droit au *privilége* accordé par l'article 93 du Code de Commerce au commissionnaire pour les *ventes*.

IV. Le tiré qui n'a pas accepté une lettre de change a le droit de la payer par intervention. Il peut ainsi, en payant pour l'endos-

seur qu'il lui plaît de choisir, se ménager des voies de recours contre les signataires antérieurs.

V. L'*association en participation* ne forme pas une société proprement dite.

PROCÉDURE CIVILE.

Le taux du dernier ressort est fixé par la *demande*, et non par la *condamnation*.

II. Les accessoires antérieurs à l'introduction de l'instance doivent être pris en considération pour fixer la compétence en premier ou en dernier ressort.

III. Lorsque le demandeur ne fait aucune évaluation de l'objet réclamé, le jugement sera en premier ressort, à moins qu'il ne soit tout-à-fait évident que l'objet est d'une valeur inférieure au taux du dernier ressort.

IV. L'action en radiation ou en réduction d'inscription d'hypothèque, formée par le débiteur, doit être jugée en dernier ressort, lorsque la créance qui y a donné lieu ne dépasse pas *quinze cents* francs.

V. Les créanciers inscrits qui ne se présentent pas à l'ordre amiable, étant, d'après l'article 2 (751, C. pr.) de la loi de 1858, condamnés à une amende, ont aujourd'hui intérêt à faire radier leur inscription, afin de ne pas être appelés à l'ordre.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les conseils de préfecture peuvent entendre les parties et leurs conseils. Aucune loi ni aucun règlement ne le leur défend.

II. L'art. 166 du Code de procédure civile (caution *judicatum solvi*) est applicable aux étrangers demandeurs qui plaident devant les juridictions administratives.

III. Les ministres sont juges de droit commun en matière administrative.

IV. Un préfet ne peut, sans illégalité, prendre lui-même un arrêté de police municipale dans une commune de son département.

V. On doit distinguer le dommage *permanent* du dommage *momentané*. Le premier étant une véritable expropriation, il est juste d'accorder au propriétaire les formes protectrices de la loi de 1841.

DROIT CRIMINEL.

I. Le crime de bigamie est prescriptible à partir du second mariage.

II. Le simple conseil de commettre un délit, sans instruction donnée dans ce but, ne constitue pas un fait de complicité du délit.

III. Le condamné gracié qui commet un autre crime est en état de récidive, nonobstant la grâce à lui accordée.

IV. Sur l'appel *à minimâ* interjeté par le ministère public, les juges peuvent réduire la peine et même acquitter le condamné.

V. Le tribunal correctionnel, saisi d'une poursuite contre un militaire et un non militaire, ne peut pas, en acquittant ce dernier, juger le militaire contre lequel il existe des charges. Il doit déclarer son incompétence et renvoyer le prévenu devant la juridiction militaire.

Vu par le président de la thèse,
DUFOUR.

Vu par le Doyen de la Faculté,
DELPECH.

Vu par le Conseiller honoraire à la Cour de Cassation, Recteur de l'Académie de Toulouse,
Jh ROCHER.

TABLE DES MATIÈRES.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

PENDANT LE MARIAGE

Aperçu général. 3

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

CHAP. I. — *Epoque antérieure au S. C. d'Antonin Caracalla.* 7
Sect. I. — Des personnes comprises dans la prohibition. 12
Sect. II. — Des donations permises. — Des donations prohibées. 20
§ I. — Des donations permises. 21
§ II. — Des donations prohibées. 39
Sect. III. — Des effets de la prohibition. 42
CHAP. II. — *Epoque postérieure au S. C. d'Antonin Caracalla.* 47
Sect. I. — Quelles donations étaient confirmées en vertu du Sénatus-Consulte. 48
Sect. II. — Des causes qui empêchaient la confirmation. 53
Sect. III. — Des effets de la confirmation. 56
Sect. IV. — Des seconds mariages. 58

DEUXIÈME PARTIE.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

CHAP. I. — *Droit antérieur à 1789.* 61
Sect. I. — Des donations entre époux dans les pays de droit écrit. 62

Sect. II. — Des donations entre époux dans les pays de coutumes. 66
§ I. — Exposé du droit germanique et du premier droit coutumier. 66
§ II. — De la prohibition portée en général par les coutumes. 72
§ III. — Du don mutuel. 80
§ IV. — Des seconds mariages. 87
Chap. II. — *Droit intermédiaire*, 1789-1804. 95

TROISIÈME PARTIE.

CODE NAPOLÉON.

Chap. I. — *Donations directes*. 101
Sect. I. — De la nature des donations entre époux. 101
Sect. II. — Conditions de capacité et de forme. . . 106
Sect. III. — Des biens qu'elles peuvent comprendre. 120
Sect. IV. — Des effets des donations entre époux. 124
Sect. V. — De la révocation et de ses effets. . . . 133
Chap. II. — *Des donations indirectes, déguisées ou par personnes interposées*. 142
Chap. III. — *De la quotité disponible*. 152
Sect. I. — Du cas où il n'y a pas d'enfants d'un précédent mariage. 154
§ I. — L'époux ne laisse aucun héritier à réserve. 154
§ II. — Concours de l'époux avec des ascendants. 154
§ III. — Concours de l'époux avec des enfants ou descendants. 157
Sect. II. — Du cas où il y a des enfants d'un précédent mariage. 161
Sect. III. — Des rapports du disponible entre époux avec le disponible ordinaire. 165
Positions. 167

Toulouse, Typ. de Bonnal & Gibrac.