232/3

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT,

Soutenue devant la Faculté de droit de Toulouse,

Par J.-A. Briguiboul, Avocat,

De LA COLOMBARIÉ, commune de Gissac (Aveyron).

Ju labore requies.

Avril 1844.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque.
DE TOULOUSE.

TOULOUSE,
IMPRIMERIE DE J.-M. PINEL,
Rue Fourbastard, 6.

3553

JUS ROMANUM.

DE FIDEJUSSORIBUS ET MANDATORIBUS (1).

1. Non rarò evenit, ut in eâdem obligatione plures inveniantur rei, seu stipulandi seu promitttendi. Hoc autem duplici modo fieri potest, scilicet: aut cùm æque principaliter ad plures spectet obligatio stipulatiove, aut cùm alienæ obligationi aliquis acccedat, interveniat. Qui juris negotio olìm adstipulando in quibusdam casibus adjungebantur, *adstipulatores* vocari solebant; qui autem adpromittendo, generaliter *adpromissores* appellabantur. De his tantum à nobis disserendum est.

Adpromissio seu intercessio (sens. gen.) modis pluribus fit: expromittendo, constituendo, stipulando et mandando. Cum autem expromissores constitutoresque valdè à fidejussoribus et mandatoribus distent, illorum hæc tantummodo sufficiet mentio.

§ I.

De Naturâ formâque fidejussionis.

2. Fidejussio est contractus accessorius, verbis initus, quo quis obligationem alienam in fidem suam recipit, debitore principali obligato manente. Antiquo jure, Gaii commentariis relato (2), distinguebantur sponsio, fidepromissio et fidejussio, ex verbis scilicet stipulationis: *Idem dari spondes? Idem fidepromittis? Idem fide tua esse jubes?*

(1) Dig. lib. 46. tit. 1. Cod. lib. 8, tit. 41. Novell. 4. Just. inst. lib. 3, tit. 20. Gaii com. 3. — (2) G. § 117. h. t.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

Sponsio antiquissima videtur forma adpromissionum, tam ad firmandam principalem obligationem, quam ad utilitatem obligationis, cujus dies post debitoris mortem veniendus stipularetur (1). Fidepromissio autem vera est sponsio peregrinorum (2). Fidejussio (sens. spec.) denique, legibus Apuleia et Furia evitandis, usu firmata est.

Fidejussionis (sens. gen. (3) contractus sæpè adhibetur dùm curamus ut diligentiùs nobis cautum sit, eo modo, ut alius tantum accedat alienæ obligationi, hoc pacto, ut donec debitum exsolvatur, uterque, id est principalis reus et fidejussor, obligatus maneat. Indè necessaria triplex conditio: 1° ut existat principalis obligatio, cui fidejussio accedat; 2° ut hæc obligatio sit fidejussori extranea, nemo quippè propriæ obligationi accedere potest (4), dùm constitutores propria debita soluturos promittere solent; 3° ut maneat obligatus, etiam post initam fidejussionem, principalis reus; et in hoc maximoperè inter se differunt fidejussores ac expromissores.

3. In fidejussione tres sunt personæ, ob duplicem contractum: sunt enim *creditor*, *debitor principalis*, et *debitor accessorius* seu fidejussor. Triplex adest igitur conventio et obligatio: *principalis*, inter creditorem et debitorem, quæ est vel mutuum, vel emptio-venditio, vel locatio-conductio, vel aliæ quælibet; *fidejussoria*, seu stipulatio quæ inter creditorem et fidejussorem intervenit; denique *mandatum*, inter fidejussorem ac debitorem, scilicet, cùm iste fidejussori mandet ut pro eo se obliget; si vero non mandat, sed tacitè patiatur, quasi-contractus negotiorum gestionis initur: semper enim qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur (5). Aliquando ta-

(1) Arg. G. §§ 100, 110, 115, 119. — (2) G. § 93. — (3) Fidejussio generaliter *generali sensu* accipietur, id est, *sponsionem*, *fidejussionem* [sens. speci.], et *fidepromissionem* continens. — (4) Cfr. L. 21, § 2, ff. h. t., L. 8, § 1, ff. de senat. Vellei. [16, 1.] — (5) L. 60, ff. de R. J. [50, 17.]

men evenit ut nulla sit obligatio rei principalis erga fidejussorem; videlicet, prohibente reo fidejussionem, aut donandi animo interveniente fidejussore.

4. Fidejussio est vera stipulatio, verbisque constitui debet (1). Ut autem in aliis stipulationibus, quodcumque scriptum est quasi actum, videtur etiam actum; id est, si quis scripserit se fidejussisse, videntur omnia solemniter acta (2). Sponsio fidepromissioque verbis tantum solemnibus iniri poterant; fidejussio autem, tam latinis verbis quam græcis, multisque formulis, constitui potest (3).

§ II.

Qui fidejubere possunt.

5. Omnes qui stipulari, pro aliis fidejussione intercedere possunt, nisi peculiariter a lege prohibiti sint.

Quapropter, furiosi, pupilli, et ceteri alii similes, necnon muti et surdi, qui stipulari generaliter non possunt, ab hoc contractu arceri debent.

Nonnulli verò sunt qui nominatim ab intercessionibus arcentur; quo in genere sunt precipuè: 1° milites, qui judicii sistendi causa (4), et in alienarum rerum conductione (5), satisdare prohibentur; — 2° clerici in quibusdam causis, secundum justinianeum jus, fidejubere nequeunt (6); — 3° servi fidejussione, nisi rem peculiarem agentis, non tenetur dominus (7), dùm rectè fidejubeat filiusfamilias, de peculioque actione pater ejus teneatur (8); — 4° Mulieres, nisi in res suas, fidejubere non possunt: hac verò occasione, opere pretium erit breviter

---

(1) c. 6, C. h. t., arg. c. 14. [4, C. 2.]; vid. tamen, L. 4 § 3, ff. [27,7.] fidejussionem tacitam — (2) Inst. § ult. h. t. — (3) L. 8 pro. ff. h. t. c. 12, C. h. t. — (4) L. 8 § 1. ff. qui satisd. cog. [2,8.]. — (5) c. 31, C. de loc. et conduct. [4, 65]. — (6) Novell. 123, cap. 6. — (7) L. 19, ff. h. t. cfr. L. 3 § 3, 5, ff. de pecul. [15, 1.] — (8) L. 3 § 9, ff. de pecul. [cit.]

hic tractare de senatusconsulto Velleiano, in hoc vero tantum quod ad *fidejussionem* pertinet.

6. Antiquo jure, mulieres, in tutelâ perpetuâ positæ, obligari, nisi tutore auctore, nequibant (1). Postea verò, ab usu recessâ tutelâ, non solùm pro se, sed multoties et pro aliis, rectè obligabantur mulieres. Illis tamen succurrendum fuit, tùm ob sexûs fragilitatem, ne in periculo versaretur res earum familiaris, tùm ob verecundiam, nam moribus civilia officia adempta erant feminis, et pleraque ipso jure non valebant. Augusti et Claudii temporibus, lata fuerunt edicta, quibus mulieres pro viris suis intercedere prohibebantur. Mox, interpretatione prudentium et praxi fori, hæc prohibitio ad intercessiones pro aliis personis porrecta fuit; hanc interpretationem confirmavit atque sancivit senatusconsultum Velleianum (imperante Nerone, ut vulgò creditur), quod plenissimè feminis omnibus subvenit (2).

7. Regulariter auxilium senatusconsulti ad omnes obligationes à muliere in personâ suâ, in rebusve suis, pro alio contractas, porrigitur, sive se, sive res suas in rem alterius obliget; ex quâcumque contractûs specie, pro quâcumque personâ, necnon erga quemcumque creditorem, locus est senatusconsulto; tem sive directè intercedat, sive indirectè ad senatusconsulti iprohibitiones eludendas.

Sed cùm in fidejussione solâ, id est stipulatione accessoriâ principali obligationi, intercessio mulierum à nobis sit explananda, quærendum non est quibus casibus generaliter locus sit senatuscousulto; ab omni enim fidejussione arcentur feminæ.

Notandum deniquè, cujus ætatis aut conditionis sint mulieres, an nuptæ, an virgines aut viduæ, nihil referre: sexum enim, non vero qualitatem, senatus respexit (3).

---

(1) G. com. I, § 192, Ulp. XI, § 27. — (2) Dig. 16, 1, Cod. 4, 29. — (3) Arg. L. 2, 8 § 2, ff. eod. et passim hoc tit.

8. Vis ac potestas SCti Velleiani non est ut fidejussio ipso jure nulla declaretur, sed ut femina, exceptionis ope, ab intercessione sese liberare possit; quo facto, creditori, non nisi eum pro quo ea intercesserat, convenire licet (1). Jure justinianeo, duo tamen inveniuntur casus, in quibus intercessio ipso jure inefficax et nulla est: 1° si in instrumento publico et coram tribus testibus celebrata non sit (2); 2° si mulier pro viro suo, licet in publico instrumento, fidejusserit (3).

Senatusconsulti autem auxilium, quod etiam fidejussori subsequenti prodest (4), non solum antè et post litem contestatam locum habet, sed etiam post sententiam latam, ad inhibendam judicati actionem. Imò, etsi jam solverit mulier ignorans, condicere potest, cùm SCtum ne naturale debitum relinquat; si vero res contra SCti tenorem alienavisset, vindicare, et excipientem possessorem, senatusconsulti replicatione repellere, potest (5).

Non solum mulierem, sed et ejus quoque hæredes, adversùs creditores, eadem exceptione quæ ex SCto introducta fuit, uti posse, dubium non est (6).

Cæterum, si hæc exceptio erga mulierem creditori noceat, omnia ejus jura adversus principalem reum salva manent restituunturve (7). Sed, in fidejussione, opus ferè nullum erit creditori actione restitutoriâ; cùm actio in reum, novissimo jure, salva maneat, ut infrà videbimus.

9. Sunt autem quidam casus, in quibus fidejubentibus mulieribus, SCti ope non succurritur, utputà:

1° Si mulier dolosè intercesserit; deceptis enim, non decipientibus, beneficium conceditur (8).

2° Si huic beneficio renuntiaverit; quæ tamen renuntiatio non valet, nisi in duplici casu: si mater aut avia liberorum tu-

---

(1) L. 19 pro. ff. eod. — (2) c. 23, C. eod. — (3) Novella 134, cap. 8. (4) L. 16 § 1, ff. eod. — (5) c. 9, C. eod., L. 8 § 3, ff. eod. — (6) c. 20, C. eod. — (7) L. 16 § 1, ff. eod. — (8) L. 2 § 3, ff. eod.

telam sit susceptura (1), si renuntiatio fiat coram judice a muliere paratâ judicium accipere pro debitore, in cujus favorem intercedat (2).

3° Si post biennium fidejussionem suam iteraverit; hâc enim obligationis geminat one, necnon diuturnitate temporis, præsumitur mulier, non pro alienâ, sed pro suâ utilitate, contraxisse (3). Hæc verò dispositio, novissimo jure tantum admissa, porrecta non fuit ad mulieris fidejussionem pro viro suo, quam semper nullam, et tanquam non scriptam, habendam, sancivit Justinianus, nisi manifeste probetur, quod pecunia in utilitatem mulieris versa sit (4).

4° Si pro dote filiæ suæ, aut etiam extraneæ, promissâ, intercesserit mulier; dotis enim causa favorabilior est (5).

5° Si pro libertate mulier fidejusserit (6).

6° Si pro securitate creditoris minoris xxv annis, facta sit fidejussio, et debitor solvendo non sit, ita ut creditor totum debitum consequi non possit; ætati enim tunc potiùs quam sexui favetur (7).

7° Si mulier, licet primâ fronte obligationem alterius videatur sumere, reverà suam susceperit; aut alterius quidem obligationem, verùm in rem suam; si autem partim in rem suam, partim in rem alienam, quatenùs in rem suam, eatenùs exceptione non juvabitur. Sed novissimo jure, Justinianus constituit SCtum cessare, si aliquid accipiens, vel ab initio vel posteà, mulier fidejusserit; quia tunc lucrum magis captasse, recipiendo pericula pretium, quam damnosam intercessionem fecisse, videatur (8).

8° Si pro alio mulier *nunc* det vel exsolvat, locus non erit SCto; dùm pro alio in *futurum* promittere prohibeatur (9).

---

(1) Nov. 118 cap. 5. — (2) L. 32 § 4, ff. eod. — (3) c. 22, C. eod. — (4) Nov. 134, cap. 8. — (5) c. 12, 25, C. eod. — (6) c. 24, C. eod. — (7) L. 12, ff. *de minor.* XXV *an.* [4, 4.] — (8) c. 23 pro. C. eod. — (9) LL. 8, 11, 12, 28 § 1. ff. eod.

Hujus differentiæ eadem est ratio, quâ olim lex Julia alienationem fundi dotalis, potiùs quam oppignerationem, permiserat. Legislator enim, incautum mulierum ingenium non ignorans, præsumit eas, in obligationem, cujus periculum est *remotum*, potiùs quam in solutionem cujus damnum est *præsens*, esse consensuras.

§ III.

Cui obligationi accedere fidejussio potest, cui personæ, pro quâ personâ.

10. Olim sponsores et fidepromissores nullis obligationibus accedere poterant nisi verborum, quamvis interdum ipse ququid promisisset, non fuisset obligatus, veluti si aut pupillui sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam dars promisisset; at illud quærebatur, si servus aut peregrinus spoi pondisset, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligaretur (1).

11. Fidejussio autem omnibus obligationibus accedere potest. Parum enim refert, an re, verbis, litteris vel consensu inita sit principalis obligatio; an civilis, naturalis vel prœtoria, in futurum vel jam del ita; an ex contractu, quasi ex contractu, delicto vel quasi ex delicto, nascatur (2). In quâlibet enim obligatione, creditoris interest majorem securitatem sibi comparare. Quod autem ad delicta vel quasi delicta spectat, ita accipi debet, ut obligationi de damni dati reparatione, pecuniariâque indemnitate, fidejussio accedat (3).

12. Fidejussio prœcedere vel sequi principalem obligationem potest (4). Quid vero de antiquis adpromissionibus, id est, an fidepromissio sponsioque prœcedere vel sequi principalem obligationem possent? Negativa placet, ut magis consentanea naturæ et solemnitati sponsionum ac fidepromissionum.

---

(1) G. c. 3 § 119. — (2) Inst. § 1, h. t., L. 8 §§ 2, 5,6 L. 56 § 3, ff. h. t. — (3) L. 70 § 5, ff. h. t. — (4) L. 6 § 2, ff. h. t., § 3, inst. h. t.

13. Ex præmissis autem patet, necessarium esse ad validitatem fidejussionis, ut subeat obligationem aliquam, quæ jure vel saltem naturâ consistat (1). Enim verò cum principalis causa non consistat, ne ea quæ sequuntur locum habent (2). Hinc, si sub impossibili vel turpi conditione inita fuerit obligatio, vel quovis alio vitio omnino non valeat, ipsoque jure nulla sit, fidejussor non tenebitur. Si contra leges inita sit obligatio, quamvis ea merâ juris subtilitate teneat, quia perpetuâ in rem exceptione excluditur, inutiliter fidejussor accedit, siquidem fidejussor acceptus possit ea exceptione uti, etiam invito eo pro quo fidejusserit. Quapropterfidejussorem, abt eâ muliere quæ contra senatusconsultum Velleianum intercessisset, acceptum, Julianus rectè putat nullo modo obligatum, quia totam obligationem senatus improbat (3).

14. Sed sufficit obligatio naturalis; adeò autem, ut tam a servo (4) quam a pupillo, sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso, accipi fidejussor potest (5). A furioso tamen ita accipi potest, si lege non stipulatione obligatus fuerit; furiosus enim nullum negotium rectè gerit (6). Naturales autem obligationes non eo solo æstimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest (7).

15. De dote tandem, nisi sub quibusdam distinctionibus, fidejubere non licet. Si de dote marito præstandâ agatur, sive uxor ipsa, sive pater ejus, sive extraneus quilibet hanc dotem promiserit, fidejussorem dari nequaquam prohibetur (8). Si verò de dote restituendâ quæratur, uxor, vel a marito, vel a patre ejus, vel ab omnibus qui dotem suscipiunt, accipere nequit. Si enim, ut ait Justinianus, credendam mulier sese suam-

---

(1) LL. 11, 29, ff. h. t. — (2) L. 178, ff. de R. J. [50,17.] — (3) L. 16 § 1, ff. ad senat. Vel. [cit.] — (4) L. 70, § 3 ff. h. t. — (5) L. 25, ff. h. t. — (6) L. 70 § 4, ff. h. t. — (7) L. 16 § 4, ff. h. t. — (8) L. 5 § 6 et 7 ff. de jur. dot. [23, 3.]

que dotem patri mariti existimavit, quare fidejussor exigitur, ut causa perfidiæ *in connubio* eorum generetur (1)? Huic tamen prohibitioni locus esse *constante matrimonio* tantum, apparet; soluto enim matrimonio, fidejussorem dari posse, ex lege 7 *pro. ff. de except.* (44, 1), manifeste sequitur; ante vero matrimonium contractum, vel in ipso iniți matrimonii tempore, eumdem accipi probant, quia evidenter cessat prohibitionis ratio.

16. Accipi potest fidejussio pro pupillo, servo, furioso, pro jacente hœreditate, pro eo qui juri creditoris subjectus est, nec vero pro semetipso (2).

Ei apud quem reus promittendi obligatus non est, vel subjecto juri debitoris, fidejussor obligari non potest (3).

§ IV.

In quantum fidejussores obligari possint, ipsoque jure teneantur.

17. Obligatio fidejussoris esse debet ejusdem rei cujus est et obligatio principalis; hujusce juris ratio evidens est: fidejussio enim non esset obligatio accessoria, ad diligentiùs creditori cavendum, si aliud in illâ stipulatione deductum fuisset, quam in stipulatione principali firmandâ. In aliam verò rem fidejussor obligaretur, si, dum reus aliquam pecuniam promisisset, ille rem aliquam quæ mercis numero est, fidejubeat (4).

18. Ex his autem jam expositis, evidenter apparet posse fidejussorem *arctiori vinculo*, id est, ut aiunt doctores, *intensivè*, astringi, quam principalis debitor. Nihil enim obstat quominus, dùm iste nullas cautiones dederit, fidejussor pignus vel hypothecas prœstet; aut dùm reus principalis, utputa minor, beneficio ætatis fuit restiturus, fidejussor efficaciter possit

---

(1) c. 2 C. ne fidej. dent. [5, 20.] — (2) L. 25, l. 70 § 3-4, l. 22, l. 56 § 1, l. 21 § 2, ff. h. t. — (3) L. 16 pro., l. 56 § 1. — (4) L. 42, ff. h. t.

conveniri ; vel, dùm obligatio principalis sit tantum naturalis, et ex eâ nulla actio competat, fidejussor civiliter obligetur. Imò et in hoc maxime solent accipi fidejussores, scilicet ad succurrendum infirmitati principalis obligationis.

19. Sed quum fidejussores obligari non possint in aliud quam in quod obligetur reus principalis, ergo nec in majorem quantitatem ; id est, in *majus* aut in *duriorem causam*. Hinc dicitur fidejussorem *intensivè* obligari posse, non posse vero *extensivè*. Non enim plus in accessione esse potest quam in re principali (1).

Plus autem quatuor modis promittitur : re, tempore, loco, causâ. *Re*, veluti, reus quinque aureos promiserit, fidejussor autem in decem obligatus fuerit (2). *Tempore*, veluti si, stipulatione in diem conceptâ, fidejussor purè acceptus fuerit (3). *Loco*, veluti cùm fidejussor certo loco dare promiserit, dùm pure reus principalis interrogatus fuerit, vel iste in loco propiore (4). *Causâ* autem multis modis : si enim a reo sub conditione fuerit stipulatum, a fidejussore autem purè (5) ; — aut a reo sub conditione, a fidejussore verò in hanc et in alienam conditionem disjunctim, nisi priùs extiterit conditio communis (6) ; — aut ab utroque sub variis conditionibus, si fidejussoris conditio prior extiterit (7) ; — verum etiam, si à reo una res sit stipulata, à fidejussore autem duæ vel plures alternatim (8).

20. In omnibus istis speciebus, variisque aliis similibus, non rectè obligatur fidejussor, quia plus est in accessoriâ re, quam in re principali. Eritne autem penitùs nulla ejus obligatio, an verò ad principalis obligationis quantitatem reducenda? Maxima doctorum dubitatio in eo adest. Veteres ferè omnes juriscon-

---

(1) § 5, inst. h. t. — (2) *ibid.* — (3) L. 16 § 5, ff. h. t. — (4) L. 16 § 1-2, ff. h. t. — (5) L. 8 § 7, ff. h. t. — (6) L. 70 pro. ff. h. t. — (7) *Ibid.* § 1. — (8) L. 34, ff. h. t.

sulti penitùs nullam dijudicaverunt; multi autem recentiores aliter credunt. Breviter videamus.

Expressè dicit Ulpianus : « Illud commune est in universis, » qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriorem causam » adhibiti, *placuit eos omnino non obligari* (1). »

Si huic legis textui adhœrendum sit, nulla est dubitatio permissa; addendum quod semper, multisque locis passim nostro titulo scriptum est : *non obligabitur fidejussor* (2), — *nullo modo tenebitur* (3), — *non tenetur* (4), etc. Hœc illustratur sententia ex lege 8, § 8, h. t., in quâ œquiparatur fidejussio in duriorem causam inita, obligationi ejus qui in aliam rem acceptus est. — Hujus severitatis prudentium romanorum ratio ferè inveniatur in subtilitate juris, maximè de stipulationibus; substantiæ est enim fidejussionis, id est stipulationis accessoriæ, nihil aliud in se habere quam principalis obligatio.

Responditur, legem 8, § 7 Ulp. *cit.*, corruptam fuisse, et pro *omnino non obligari*, legendum fore *non omnino obligari*, ut Haloander, *in Pandectarum prælectione*, transformavit. Sed nulla ratio hujus mutationis apparet; dùm hœc locutio, *non omninò*, linguæ jurisprudentium consentanea nullo modo videatur.

21. In duriorem causam ergò fidejussores obligari nequeunt; at ex diverso, ut minus debeant, obligari recte possunt (5). Hinc Pomponius dicit : fidejussores et in partem pecuniæ et in partem rei, rectè obligari possunt (6). Ut et plus, ita et minus, re, tempore, loco, causâ, haberi potest, iisdemque casibus, mutatis mutandis.

22. Fidejussor apud creditorem, rei locum obtinet : sequitur eum, nisi aliud convenerit pactove aliquo fidejussio limitata fuerit (quantitas enim et modus ad libitum contrahentium

(1) L. 8, § 7, ff. h. t. — (2) *Ibid.* in fine, l. 16, § 1, ff. h. t. — (3) L. 70, pro. ff. h. t. — (4) *Ibid.* § 1. — (5) § 5, inst. h. t. — (6) L. 9, ff. h. t.

extendi aut restringi possunt (1), in totam causam spopondisse videri (2) : id est, in totum debitum et in omnes quæ prævidi potuerunt obligationis consequentias (3). Cæterum, fidejussor facilè intelligitur se obligasse eodem modo, quo se obligaverit reus principalis (4). Igitur non solùm de sorte, sed et de usuris, cæterisque obligationum accessionibus, fidejussor tenetur, nisi ita sibi caverit, ut ultrà principalem sortem, vel certam pecuniam, conveniri nequeat (5). Quid autem de obligationibus quæ ex morâ debitoris descendunt? an fidejussor de illis teneatur?

Sciendum primum est moræ duplicem esse effectum : unum, ut in bonæ fidei contractibus usuræ et fructus præstentur ; alterum, ut in omnibus, tam stricti juris quam bonæ fidei judiciis, post moram reus non sit rei interitu liberatus.

De posteriore effectu, fidejussorem, ut et principalem reum, teneri, hoc omni dubio caret, dùm Paulus ait : « Cum facto » suo (morâ), reus principalis obligationem perpetuat, etiam » fidejussionis durat obligatio (6). »

Si autem quæratur de usuris ex morâ arbitrio judicis debitis, inter jurisconsultos invenitur dissensio.

Fidejussore generaliter obligato, ut proponitur, eum in totam causam, id est, in totum debitum et in omnes quæ prævidi potuerunt obligationis consequentias, obligatum, jam suprà vidimus. Porrò, usuræ in arbitrio judicis, directæ obligationis consequentiæ evidenter adsunt ; cur enim ipse fidejussor moram non impedit, solvendo quod debeatur? Cæterum tam ex legibus 54 pro. ff. *locat. conduct.* (19, 2), — 24 § 1, ff. *de usur. et fruct.* (22, 1), — 58 § 1, ff. *nostro tit.*, — quàm ex aliis similibus, manifestò evincitur, propter debitoris moram

(1) L. 68, § 1, ff. h. t. — (2) L. 91, § 4, ff. *de verb. oblig.* [45, 1.] — (3) L. 9, § 1, ff, [2, 15.] — (4) Arg. ll. 61, 58 pro. ff. h. t. — (5) L. 68, § 1, ff. h. t., l. 2, § 12, ff. *de adm. rer. quæ ad civit. pert.* [50, 8.] — (6) L. 58, § 1, ff, h. t.

omnino teneri fidejussorem. Nec verò contraria est lex 8, ff. *de eo quod certo loco* (13, 4); quia nobis apparet maxima differentia earum causarum; si de morâ ejusque effectibus quœramus, sola debitoris negligentia, *moraque* in debiti solutione adest: imò, et de eâ evitandâ, accepit creditor fidejussorem; in causâ autem legis 8 cit., per rei factum culpamve stetit ut obligatio augeretur.

23. Ex juris tamen fontibus, certum stat, ut si ex *facto* aut *delicto* suo, debitor in specialem pœnam vel mulctam condemnatus fuerit, fidejussor de iis non teneatur, nisi expressè sic spopondisset (1). Fidejussor enim has pœnas, quæ, nonnisi in casu insolito, locum habent, prœvidisse et in mente habuisse non censetur.

24. Interdum fidejussores, accipiuntur *in id quanto minus* a reo servari poterit, vel in id *quanto minus* ex distractione pignoris servari poterit. Hujus stipulationis extensio interpretatioque est, ut si nihil servari possit, etiam totum fidejussor promisisse videatur (2); sed tamen sub eâ tacitâ conditione, si antequam in exigendo creditor cessaverit, desierit reus esse solvendo (3).

§ V.

De in fidejussores creditorum jure.

25. Ex juris romanorum naturâ facilè evincitur fidejussores in solidum teneri : horum enim singuli, si sint plures confidejussores, promiserunt quod reus debet : *idem dari spondes? — idem fidepromittis? — idem fide tuâ esse jubes?* Debet autem solidum reus; tenentur ergo singuli in solidum, et in solidum singuli conveniri possunt, uti correales debendi in solidum rectè conveniantur. Sic dicendum est unumquem-

---

(1) LL. 68 pro. 73, ff. h. t.—(2) LL. 63, 52 pro. ff. h. t.—(3) L. 41 pro., ff. h. t.

que ex fidejussoribus verè rei vicem obtinere, ejusque correalem esse apud creditorem; adeò ut liberum sit creditor eligere, an primùm velit debitorem, an fidejussorem, aut aliquem ex fidejussoribus, convenire in solidum, an pro parte utrumque, nisi aliter convenerit (1).

Et, sicut non cogitur creditor reum prius convenire, pariter : » creditor pignus distrahere non cogitur, si fidejussorem » simpliciter acceptum, omisso pignore, velit convenire, » ait Papinianus (2).

26. Potest ergò fidejussor conveniri in solidum, et antequam conventus fuerit reus; sed fidejussor conveniri non potest antequam reus debeat, id est, antequam ipse conveniri potuerit. Quapropter, et dies quæ stipulationi principali, vel illa quæ popriæ fidejussoris obligationi tacitè inest (3), et conditio stipulationi adjecta, expectandæ sunt.

Cœterum, in fidejussores agere potest creditor actione ex stipulatu, vel condictione certi.

27. Hi effectus fidejussionis, humanitatis causâ, contra conditionem obligationis, jurisque veteris constitutionem, in favorem adpromissionum variis beneficiis, tractu temporis paululatimque, fuerunt mitigati ac restricti.

Si enim primum de sponsoribus et fidepromissoribus quœramus, stant duæ leges quæ illis succurrerunt. Lex Apuleia (anno 652, u. c.) quamdam societatem inter sponsores et fidepromissores introduxit; nam, si quis horum plus suâ portione solverit, de eo quod amplius dederit, adversus cœteros actionem habet. Tempore autem quo lata est lex Apuleia, adhuc in solidum illi obligabantur. Sed paulò post lata est lex Furia (anno 659, u. c.) in quâ statutum est, ut quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes deducatur inter eos ipso jure obligatio, et singuli viriles partes

---

(1) cc. 3, 5, C. h t., G. § 121-122. — (2) L. 51 § 3, 62, ff. h. t. — (3) L. 49, § 2, ff. h. t.

tantum solvere teneantur. Observandum tamen est, legem Apuleiam etiam in provinciis, legem autem Furiam in Italiâ tantum, locum habuisse (1).

28. Istis in legibus, fidejussorum autem nulla fuit mentio, illœque ad eos non pertinebant. Hinc Gaïus, etiam post eas latas, dixit : « Quotquot erunt numero (fidejussores) singuli in » solidum obligantur. Itaque liberum est creditori à quo velit » solidum petere (2). » Verum posteà invaluerunt dua privilegia, scilicet *ordinis* seu *excussionis*, et *divisionis*, ut vulgò dicuntur.

29. *Beneficium ordinis seu excussionis.* Hoc beneficium dicitur, scilicet *ordinis*, quia contrà strictam juris rationem fidejussoribus, dùm primùm a creditore impugnentur, concessum est, ad petendam exceptionem dilatoriam, quâ oppositâ, tùm demùm conveniri possunt, cùm debitor principalis conventus fuerit; *excussionis* autem, quia non nisi postquàm debitoris bona excussa fuerint.

A Justiniano introductum, novellâ quartâ, beneficium ordinis in exceptione dilatoriâ impetrandâ tantum consistit, nec ipso jure habetur; imò, et uti aliæ dilatoriæ exceptiones (3), hœc exceptio ante litem contestatam petenda est.

De rebus principalis debitoris excutiendis, Justinianus prohibuit ad illas, si ab aliis detineantur, priùs venire quam actionibus personalibus contra fidejussores expertum fuerit; ad res autem fidejussorum, priusquam omnes res debitoris, etiam ab aliis detentæ, excussæ fuerint. Idem est dicendum, si hi omnes quosdam sibi obligatos habeant, quique hypothecariis actionibus teneri possint (4).

30. Cessat autem ordinis beneficium :

1° Si reus principalis aliquam exceptionem merè personalem habeat, v. g., si naturali tantum obligatione teneatur;

---

(1) Gai. h. c. §§ 121-122. —(2) *Ibid.* § 121.— (3) c. 12, C. *de except.* (8, 36). — (4) Novel. 4, cap. 2.

2° Si ei sit renuntiatum; est enim regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his quæ pro se introducta sunt renuntiare (1);

3° Si reus principalis manifestè solvendo non sit, quia tunc inutilis et derisoria videtur illius excussio; is enim nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est (2);

4° Si reus principalis prœsens non sit, quia durum est creditorem aliò mittere, cum a fidejussore exigere possit. Demonstrat igitur creditor fidejussorem prœsentem et judex, qui causæ præest, fidejussori, principalem debitorem adducere volenti, tempus dat definitque: quo elapso, tùm fidejussor litem suscipere debet, nec non debitum solvere (3).

31. *Beneficium divisionis.* Cùm ejusdem debiti, apud eumdem creditorem, pro eodem debitore, plures sint confidejussores, jure antiquo strictissimoque, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur: itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed ex epistolâ divi Hadriani, ipsis beneficium concessum fuit, ut unus ex his conventus, possit, oppositâ exceptione, jure desiderare, cum suis confidejussoribus, qui solvendo sint, actionem dividi (4). Hoc confirmaverunt Severus et Antoninus (5).

Hœc obligationis autem divisio inter confidejussores non fit ipso jure, sed demùm opposita exceptione. Undè, si anteà unus ex illis solidum exsolverit, non indebitum solvit, ad repetendumque non habet condictionem (6). Quâ in re beneficium divisionis, confidejussoribus concessum, longè distat a divisione inter sponsores et fidepromissores lege Furiâ comparatâ (supr., n° 27).

Confidejussores inter quos dividitur actio, sunt illi qu

(1) c. 29, C. de pact. [2, 3]. — (2) L. 6, ff. de dol. mal. [4, 3]. — (3) Novel. 4, cap. 1. — (4) § 4, inst. h, t. — (5) c. 3, C. h. t. — (6) L. 26, 49 § 1, ff. h. t.

ejusdem pecuniæ, pro eâdem personâ, apud eumdem creditorem, in solidum tenentur (1). Si fidejussor fuerit principalis et fidejussor fidejussoris, non poterit desiderare fidejussor, ut inter se et eum fidejussorem, pro quo fidejussit, dividatur obligatio; ille enim loco rei est (2). Inter eos autem tantum dividitur, qui, litis contestatæ tempore, solvendo sunt(3); si contendat fidejussor cœteros solvendo esse, exceptio ei datur, *si non et illi solvendo sint* (4). Cœterum, si quœratur an solvendo sit principalis fidejussor, etiam vires sequentis fidejussoris ei aggregandæ sunt (5). Si plures sint confidejussores, et unus purè, alius sub conditione vel in diem, succurri oportet ei qui purè acceptus fuit, dùm existere conditio potest; scilicet ut interim in virilem conveniatur. Sed si, cum conditio extiterit, non est solvendo qui sub conditione aceeptus est, restituendam actionem in purè acceptum, Pomponius scribit (6). Si verò mulier sit confidejussor, cum eâ dividi non debet; si autem sit minor, cum eo dividitur, si unà fidejussio omnium constituta fuerit : contrà vero, si postea minor intercesserit. Aliud jus habetur in minore ac in muliere, quia ignorare non debuerit fidejussor mulierem frustrà intercedere, dum dubitare possit de minore, propter incertum œtatis et restitutionis (7).

Exceptio divisionis vera peremptoria est exceptio, quæ consequenter in toto litis tempore, post etiam litem contestatam, usque ad condemnationem, potest opponi 8.

Divisio obligationis sic fit, ut singuli fidejussores quæ solvendo sunt, in virilem partem pecuniæ debitæ conveniantur, nisi aliter convenisset 9.

Ejus tandem fidejussoris, qui, ante divisam obligationem

---

(1) LL. 43, 51 § 2, ff. h. t. — (2) L. 27, § 4, ff. h. t. — (3) § 4, inst. h. t. — (4) L. 28, ff. h. t. — (5) L. 27, § 2, ff. h. t. — (6) L. 27, pro., ff. h. t, — (7) L. 48, § 1, ff. h. t. — (8) c. 10, C. h. t. — (9) L. 51, pro., sed vid. tamen, § 1, *ibid.* ff. h. t.

solvendo non erat, pars ad cœterorum onus respicit. Secùs, si solvendo esse desinit, postquam obligatio divisa fuit; sive ope hujus exceptionis fuerit divisa, sive voluntate creditoris, qui divisim eos convenerit. Nec auxilio ætatis defendetur actor; non enim deceptus videtur, qui jure communi usus est (1).

32. Cessat hoc beneficium:

1° Si fidejussores renuntiaverint: observandum est, ut licet adjectum fuerit in obligatione, singulos in solidum teneri, tamen nihil ex eo mutari conditio juris et constitutio. Nam, et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur, sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur (2).

2° Si omnes solvendo non sint, ut suprà vidimus; quia tunc in perniciem creditoris iniquè fieret divisio.

3° In pœnam mendacii, beneficium denegatur iis qui se fidejussisse falsò inficiati sunt; illis enim non est indulgendum (3).

4° Denique, si quidam sint absentes et conveniri nequeant, interprœsentes tantum fit divisio; æquum est enim ut hœc absentia confidejussoribus potiùs quam creditori noceat (4).

33. Alia denique est exceptio dilatoria, beneficium scilicet cedendarum actionum, quam rectè fidejussor objicit creditori agenti, ità ut, si actiones cedere recuset, creditor ab actione repellatur. Sed hujus exceptionis hic, mentione factâ, sufficit; infrà ampliùs eam excutiemus.

§ VI.

De fidejussionis extinctione.

34. Usqueadhuc de exceptionibus *dilatoriis* creditori opponendis, quœ dilationem magis quam extinctionem fidejussionis comparant, vidimus; si quidem de *beneficio divisionis*, quod

(1) LL. 26, 51 § 4, ff. h. t.— (2) c. 3, C. h. t.— (3) L. 10 § 1, ff. h. t. —(4) L. 10, pro., ff. h. t., arg. novel. 4, cap. 1, cit.

vera exceptio *peremptoria* habetur, jam tractavimus, connexio hujus beneficii, humanitate personis fidejussionum concessi, cum *ordinis beneficio*, suasit. Nunc vero de *exceptionibus realibus*, aut ex solutione, confusione, novatione, optione, tractandi opus est.

Quùm reus principalis liberetur, non ipso jure, sed per exceptionem, interest an exceptio sit in rem, an vero in personam : priori casu liberantur fidejussores, altero non liberantur.

In personam, seu rei cohœrentes exceptiones, precipue sunt hæ : Si solvendo non sit reus, si habeat exceptionem quæ vulgò dicitur *beneficium competentiæ* (1), si bonis cesserit (2), si per restitutionem in integrum liberetur, propter personalem debitoris, v. g. minoris, favorem (3).

In rem exceptiones, sunt omnes quæ debitoris personæ non cohœrent : ut rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metûs causâ factum est, si reus pactus sit in rem (4). Quod vero dicitur, si cum reo pactum sit ut non petatur, in rem esse exceptionem, hoc propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur, ut infrà videbimus. Igitur, si mandati actio nulla sit, fortè si donandi animo fidejusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fidejussori (5).

35. Omnibus autem exceptionibus *realibus*, etiam invito reo, uti fidejussor potest, nisi aut donandi animo intercesserit, aut eo consilio, ut contra debitoris exceptiones securum præstet creditorem (6). His succurrentibus, liberatur ergo fidejussor omnino, quia, ut jam vidimus, est ejus obligationis fidejussoriæ substantiâ, ut alicui obligationi, saltem naturali, accedat; indè ubicumque reus ita liberetur a creditore, ut debitum non maneat, teneri fidejussor nequit (7).

---

(1) L. 173 pro., ff. de R. J. [50, 17]; L. 7, pro., ff. de except. [44, 1] — (2) c. 1, C. qui bon. ced. poss. [7, 71]. — (3) L. 13, pro., ff. de minor [4. 4], c. 1, C. de fidej. minor. [2,24]. — (4) L. 7, § 1, ff. de except. [cit. — (5) L. 32, ff. de pact. [2, 14]. — (6) Arg. l. 9, § 3, ff. ad SC. Maced. 1]4, 6]; § 4, inst. de replicat. [4, 14]. — (7) L. 60, ff. h. t.

Eâdem ferè ratione liberatur fidejussor :

1° *Solutione*, sive à debitore principali, sive a confidejussore prœstatâ ; ex naturâ enim substantiâque obligationum in solidum, unius ex pluribus correis debendi seu confidejussoribus, solutione, omnes liberantur (1) ;

2° *Novatione* legitimè perfectâ debiti in alium translati, prioris contractûs fidejussores liberatos esse non ambigitur, si modo in sequente se non obligaverunt (2).

3° *Transactione* liberato reo, non possunt conveniri fidejussores.

4° Denique liberatur fidejussor quâvis extinctione principalis obligationis.

5° Per confusionem quoque fidejussionis et principalis obligationis, id est per successionem, contingit peremptio fidejussionis ; scilicet, si fidejussor extiterit hæres debitori, vel debitor fidejussori, aut si quis succedat tam reo principali quam fidejussori. In utroque casu, heres tantum tenetur ut reus principalis, et ex causa fidejussionis liberatur ; nec enim potest idem esse fidejussor pro semetipso. Porro cùm duæ obligationes in eamdem personam concurrant, si aliqua differentia est obligationum, una (accessoria) per alteram (principalem) perimitur; at in fidejussore et reo reperitur hæc differentia, quia rei obligatio est plenior (3) ; aliquando tamen evenit, ut principalis obligatio minus plena videatur, v. g., quæ naturâ duntaxat consistit : tunc fidejussoria obligatio non confunditur, nec hæres liberatur (4).

Obligatione accessoriâ peremptâ confusâque, fidejussor fidejussoris ipso jure liberatur (5).

36. Hi fere omnes liberationis modi, *rei* cohærentes sunt :

---

(1) § 1. inst. de duob. rei. stipul. [3. 16], c. 2. C. de fid. tutor. [5. 57] — (2) c. 4. C. h. t., L. 60. ff. h. t. — (3) L. 5. ff. h. t. — (4) L. 95 § 3. ff. de solut. et liber. [46. 3.] — (5) L. 58 § ult. ff. eod.

alii autem *personæ* fidejussoris proprii stant. Si enim ipsius obligatio quovis vitio laboret, veluti, si ipse fidejussor sit minor aut si dolo deceptus fuerit: has exceptiones ab eo posse proponi, supervacuum est dicere.

In favorem vero sponsoris et fidepromissoris, duo liberationis modi in commentariis Gaii requiruntur: ex tractu temporis scilicet primùm, sponsores enim et fidepromissores per legem Furiam biennio liberabantur (1); ex formâ obligationis deinde, cùm ex lege.... (desideratur legis nomen in veroniana lectione), cautum fuerit « ut is qui sponsores aut fidepromissores acci-» piat, prædicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat, » et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem » accepturus sit; et nisi prædixerit, permittitur sponsoribus et » fidepromissoribus intra diem xxx præjudicium postulare, » quo quæratur an ex ea lege prædictum sit, et si judicatum » fuerit prædictum non esse, liberantur (2).

37. Fuit et alius modus jure pandectarum, quo liberantur fidejussores: nimirùm, electo reo principali, fidejussor liberatur (3). Idem discimus ex Cicerone, qui scripsit: «possumus enim, ut » sponsores appellentur, procuratorem introducere. Neque enim » illi litem contestabuntur, quo facto, non sum nescius spon-» sores liberari » (4). Cujus juris hæc ratio est, quod litis contestatio quamdam novationem inducere videretur, quâ obligatio ejus pecuniæ, quam fide suâ esse jusserunt, in aliam obligationem, scilicet *judicati*, transfundatur: adeoque extinguitur obligatio fidejussorum, utpote pendens ab illa principali, quæ per litis contestationem, quasi extincta aut saltem immutata videtur (5).

Hoc autem à Justiniano mutatum est, anno post C. n. 531; sancivit enim nullo modo electione unius ex fidejussoribus, vel

---

(1) G. § 121. h. c. — (2) Ibid. § 123. — (3) Paul. sent. II. 17 § 16. — (4) Ad attic. 16. 15. — (5) c. 16. C. h. t.

ipsius rei, alterum liberari, vel ipsum reum, fidejussoribus vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori; sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniæ persolvantur, vel alio modo satis ei fiat (1).

38. Denique observandum est, sponsoris ac fidepromissoris heredem non teneri, ipsorumque morte obligationem finiri, nisi si de peregrino fidepromissore quæramus, et alio jure civitas ejus utatur. Aliud autem jus in fidejussoribus habetur; nam fidejussor et ipse obligatur et heredem obligatum relinquit, cùm locum rei obtineat (2).

§ VII.

De fidejussorum regressu.

39. Si plures sint confidejussores, uno solvente, omnes liberari vidimus (n° 35, 1°); hinc, ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est; ideoque, si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, unus electus a creditore totum exsolverit, alter, nec a creditore, nec a confidejussore, conveniri potest. Enimvero qui totum solvit, sibi imputare debet, cùm potuerit adjuvari ex epistola divi Hadriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio (3).

40. Sed quum, fidejussore solvente, non proprium debitum sed potius rei principalis obligationem præstet, quam fide suâ accepit, mandante vel saltem non contradicente debitore, actio mandati contraria seu negotiorum gestorum, adversus debitorem, fidejussori post solutum datur, etsi sine judicio solverit (4).

Quod autem diximus, fidejussores habere actionem adversùs

---

(1) c. 28. C. h. t. — (2) § 120. G. h. c., L. 4 § 1. ff. h. t. — (3) L. 39. ff. h. t., § 4 inst. h. t. — (4) L. 10 § 11. ff. mandat. [17. 1.]

principalem reum, cum solverint, intelligendum est de verâ et utili solutione; in quâ tamen bona fides habetur, si cum debitor jam solvisset, ignarus fidejussor solverit (1). Sed est et idem, si quid æquipollens fidejussor fecit, satisfaciendo aliquo modo creditori : pecuniam offerendo, et in publico loco consignando, deponendo (2), aut debitorem suum delegando. Si autem fidejussor ante diem vel conditionem solverit, actionem, antequam dies solvendi veniat, cùm reo non habebit (3).

Quânam autem actione agere debeat fidejussor, sic distinguitur : si pro præsente et mandante vel non prohibente fidejusserit, datur ei *actio mandati contraria* (4); si vero pro ignorante, ei competit *actio negotiorum gestorum*, quia tunc videtur reo principali utilitatem attulisse, et sic ejus negotia gessisse (5). Quibus autem actionibus, non solum sortem principalem a se solutum, sed etiam usuras et litis expensas, consequitur : debet enim planè indemnis et incolumis evadere (6).

Sponsores, lege peculiari, Publilia scilicet, propriam in debitorem habebant actionem in duplum, quæ appellabatu *depensi* (7).

41. Nonnulli autem sunt casus in quibus nulla fidejussori conceditur in debitorem actio :

1° Si donandi animo fidejussionem inierit (8).

2° Si pro invito et prohibente fidejusserit (9); prohibitio enim omnem debitoris principalis consensum excludit; sine consensum autem nulla mandati aut negotiorum gestorum obligatio potest concipi.

3° Si fidejussor, qui condemnationem passus est, litem, sibi à creditore motam, debitori non denuntiaverit, et exceptiones,

---

(1) L. 29 § 2. L. 47. § 1. ff. *eod.* — (2) L. 64. ff. h. t. — (3) L. 31. ff. h. t., L. 51. ff. mand. [*cit.*] — (4) § 6. inst. h. t. — (5) L. 20 § 1. ff. *mandat.* [17. 1.] — (6) L. 12 § 9. ff. eod. — (7) § 127. G. h. c. et § 22. ibid. C. 4. — (8) L. 6. § 2. mandat. [cit.] — (9) Ibid., L. 40. ff. eod.

quibus creditor repelli potuisset, non opposuerit (1). Tunc enim fidejussor dolo aut saltem negligentiâ non caret; et cùm in actione mandati aut negotiorum gestorum præstanda sit etiam culpa de negligentiâ (2), hujus negligentiæ pœnam ferre debet.

42. Ex supra dictis, fidejussori videtur dari nullam actionem regressûs, nisi postquam solverit, vel satisfecerit creditori: Ante ullam solutionem attamen agere poterit:

1° Si debitor principalis in morâ sit exequendæ obligationis (3); vel etiam si creditor ipse inducias debitori concesserit: non enim in alterutrius arbitrio esse potest, obligationem et proinde fidejussionem ipsam, fidejussorisque pericula, perpetuare.

2° Si creditor contra fidejussorem condemnationem impetraverit, ita ut iste ad solvendum jam possit urgeri (4).

3° Si probatum fuerit principalem reum bona sua dilapidare, quia fidejussori justa est metuendi causa (5).

In his casibus cogi potest debitor, vel ad creditorem solvendum et fidejussorem ita liberandum, vel ad præstandam ipsi *fidejussori pecuniam*, quâ iste possit creditori satisfacere.

43. Ut ex supra dictis apparet, fidejussori qui pure solvit, obligatione extinctâ, nullus da tur regressus adversus confidejussores, nec ad reum principalem in casu speciali nempè quo pro reo invito fidejusserit; aliis vero casibus sola mandati vel negotiorum gestorum actio competit, sine hypothecis aliisve creditoris privilegiis. Sed alio remedio, moribus introducto, beneficioque jam supra laudato (n° 33), fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere cœterorum nomina (6); quo facto, fidejussor habetur procurator in rem suam.

---

(1) L. 8. § 8., L. 10 § 12. ff, eod., L. 67. ff. h. t. — (2) L. 21 § 3, L. 32 pro. ff. de neg. gest. [3. 6.], c. 20. C. eod. — (3) L. 38 § 1. ff. mandat. [17. 1.] — (4) L. 45. ff. h. t., c. 6. C. mandat. [4. 35.] — (5) c. 10. C eod., L. 38 § 1. ff. *eod.* — (6) L. 17. ff. h. t.

Quomodo autem hæc cessio fieri potest, primâ fronte non apparet; cum enim quis et reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus acceptâ pecuniâ, præstet actiones, poterit quidem dici, nullas jam esse, quum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sint? Sed non ita est: non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit; ita ut pecuniam non in solutionem, sed in pretium actionum quas fidejussori cedere creditor tenetur, accipere debet (1).

Neque solam actionem, quam adversus reum principalem habet, cedere creditor tenetur, sed et omnia hujus actionis accessoria; utputa contra cæteros adpromissores actiones necnon pignora et hypothecas. Sed, si in aliam quoque causam eadem pignora vel hypothecas habeat obligata, non prius compellendus est ea transferre, quam omne debitum exsolvatur, etiam si alteram obligationem fide suâ non acceperit fidejussor.

Æquitas et humanitas actionum cessionem requirunt a creditore præstari, cùm fidejussori maximè ea res prosit, creditori vero non noceat. Hinc, per exceptionem *cedendarum actionum* repellitur creditor, non solum si nolit cedere actiones in reum et confidejussores, sed et si culpâ suâ contigerit ut eas non possit cedere, quatenus fidejussor per hanc actionum cessionem fuisset consecuturus (2). De in confidejussores actionum cessione, hoc ita tamen intelligendum est, si simul confidejussores constituti fuerint, quia pro parte obligari putaverunt, et in actionum cessione confiderunt; si verò liberatus a creditore fidejussor, post alios confidejussores fide suâ obligationem accepisset, exceptio ejus liberationis non aliis prosit. Huic casui applicatur lex 15 § 1. ff. h. t.

44. Antiquo jure exceptio cedendarum actionum ante litem contestatam opponi tantum poterat; electo enim reo vel uno ex fidejussoribus, omnes liberabantur cæteri, adversusque eos

---

) 1) L. 36. ff. h. t. — (2) L. 95 § 11, L. 76. ff. de solution. [46. 3.]

nullæ actiones supererânt (supra, n° 37) ; nec obstat lex 41 § 1, ff. h. t. quæ ad solos mandatores pertinet.

Novissimo autem jure ex constitutione 28 C. h. t. Justiniani, electione rei vel unius ex fidejussoribus, cæteri non liberantur, nec extinguntur creditoris actiones, donec in solidum ei pecuniæ persolvantur. Tunc, etiam post sententiam, ante vero solutionem, aut saltem in ipso solutionis momento, potest fidejussor desiderare ut actiones sibi mandentur.

Cæterum, ut ex jam expositis apparet, hæc actionum cessio non fit ipso jure, sed tum demum si fidejussor dum solveret eas cedi curaverit.

§ VIII.

De Mandatoribus.

45. Mandator hic est qui auctor fuit seu mandavit ut alicui crederetur, et ex eo mandato fit creditæ pecuniæ quodammodo fidejussor erga creditorem. Sed distinguendum est mandatum quo obligatur mandator, et consilium sine ullâ obligandi voluntate, quod ob id non est obligatorium, etiam si non expediat ei cui datur, cum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium (1). Est enim regula juris antiqui, consilii non fraudulenti nullam esse obligationem, nisi dolus interveniat (2).

Duplex autem, in pecuniæ credendæ mandato, contractus intervenit : *mutuum* scilicet, inter creditorem et debitorem cui nummi creduntur, et *mandatum*, inter mandatorem et creditorem. Unum quidem est debitum, sed duæ principales obligationes ; nec obligatio mandatoris haberi potest tantum accessoria, ut fidejussoria obligatio ; veriùs enim est dicere, duas esse causas obligandi, duas obligationes distinctas, et duas nimirum

---

(1) § 6. inst. de mandat. [3. 26.] — (2) L. 47. ff. de R. J. [50. 17.]

actiones creditori competituras : *actio mutui* in debitorem, *actioque mandati contraria* adversus mandatorem.

Ex his jam apparet mandatorem, ipso facto, de pecuniâ sic credendâ creditaque spondere, et in hoc esse fidejussori similem. Omne fere suprâ dictum de fidejussoribus, hinc sequitur in mandatoribus locum habere : sed ab illis tamen in quibusdam differt mandator, ex eo maximè quod arctiori vinculo astringi videtur, illique minus succurrendum est ; hic enim velut affirmator fuit et suasor (1).

46. In his precipue inter se differunt fidejussor et mandator :

1° Fidejussio verbis initur, et consequenter nonnisi à præsente et loquente fieri potest ; mandatum vero est contractus merè consensualis, in quo igitur consensus sive verbis, sive per epistolam, per nuntium, vel alio quocumque modo, recte præbetur (2).

2° Hinc absens necnon surdus aut mutus mandare possunt (3).

3° Mandatum semper obligationem principalem præcedit ; non enim pecunia debitori traditur, nisi postquam mandator creditorem rogaverit ; hinc, si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum, rectissimè Papinianus ait (4) ; fidejussio vero obligationem principalem aut præcedere aut sequi potest (5).

4° Si fidejussores in duriorem causam obligati sint, eorum obligatio penitus nulla habetur (supra, n° 20) ; secus autem in mantatoribus. Si enim rogaverim te ut alicui decem aureos crederes, et quinque tantum credideris, in quinque recte tenebor actione mandati contrariâ ; quoniam qui mandat decem aureos credi, is utique mandasse intelligitur ut quinque cre-

(1) L. 13. pro. ff. de minor. [4. 4.] — (2) Supr. n° 4. inst. de consens. oblig. [3. 22.] — (3) L. 32. ff. *mand.* [17. 1.] — (4) L. 12 § 14. ff eod. — (5) Suprâ, n° 12.

derentur (1). Sed, vice versâ, si mandatarius excederit finem mandati, v. g., si rogatus decem credere, viginti crediderit, quatenus tantum rogatus esset, hactenus actionem mandati habet: diligenter enim fines mandati custodiendi sunt (2). Si vero non in quantitate, sed in securitate, id est in pignoribus vel hypothecis, creditor conditioni mandato adscriptœ non paruit, finemque mandati in hoc excederit, frustra mandator judicio mandati convenitur, quia non aliter se obligasse intelligitur, quam si pignoribus contraheretur obligatio (3).

5° Antiquo jure, ut supra vidimus (n° 37), electo reo principali, liberabantur fidejussores; non idem vero in mandatoribus observabatur (4). Justinianus, hoc discrimen sublaturus, emisit constitutionem 28 (C. h. t.), jam supra laudatam, quâ sancivit in fidejussoribus *quemadmodum in mandatoribus statutum erat.*

6° In fidejussione unum est debitum, id est una res debetur, necnon et in mandato; sed in fidejussione una est vera obligatio cui tantum *fidejussoria* accedat, illaque isti vim atque effectum parit; hinc, principali obligatione extinctâ, nullo modo supersit fidejussoria: hinc, post solutionem, fidejussor desiderare cedi actiones in reum principalem nequit. Aliud vero jus habetur in mandato.

Duplicem enim contractum in mandato credendœ pecuniæ invenimus, necnon duplicem obligationem, mandatum scilicet et mutuum. Inde sequitur, ut si unus ex contractibus, v. g. mandatum, finiatur solutione creditori a mandatore facta, alius, mutuum scilicet, nihilominus superest inter creditorem et reum. Sane creditor, pecuniâ a mandatore acceptâ, ipse postea nequaquam a reo petere potest; nam bona fides non patitur

---

(1) § 8. inst. de mandat. [3. 26], L. 33. ff. eod. — (2) Ibid., L. 5. pro. ff. eod. — (3) c. 7. C. h. t. — (4) Paul. sent. 2. 17, § 16., LL. 13. 41 § 1. ff. h. t., L. 27 § ult. ff. mand. [cit.], c. 23. C. h. t.

ut bis idem exigatur (1), atque exceptione doli mali repelleretur. Sed mandator, etiam post solutionem, desiderare potest actionem mutui sibi a creditore cedi. Hinc Papinianus ait, mandatorem debitoris solventem ipso jure reum non liberare; propter mandatum enim suum solvere, et suo nomine; ideoque mandori actiones adversus reum (etiam post solutionem), cedi debere (2).

47. Cæterum, mandatoribus, haud secus ac fidejussoribus concedentur beneficia ordinis et etiam divisionis, si sint plure in solidum mandatores.

Mandatori, si pecuniam solverit, datur adversus debitorem actio negotiorum gestorum, quâ solutum repetere potest.

---

(5) L. 57. ff. de R. J. [50. 17.] — (2) L. 28. ff. *mand.* [17. 1.]

ur bis idem exigatur (1), atque exceptione doli mali repellen-
tur. Sed mandator, etiam post solutionem, desiderare pote-
actionem mutui sibi a creditore cedi. Hinc Papinianus ait, man-
datorem debitoris solventem ipso jure rem non liberare
proprer mandatum enim suum solvere, et suo nomine; idcoque
mandati actiones adversus reum (etiam post solutionem), cedi
debere (2).

47. Ceterum, mandatoribus, haud secus ac fidejussoribus
concedentur beneficia ordinis et etiam divisionis, si sint plure
in solidum mandatores.

Mandatori, si pecuniam solverit, datur adversus debitorem
actio negotiorum gestorum, qua solutum repetere potest.

---

(1) L. 57. ff. de R. J. [50. 17] — (2) L. 28. ff. mand. [17. 1.]

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

LE MARIAGE ENCOURAGÉ ET FAVORISÉ PAR LE LÉGISLATEUR,

OU

DES CONVENTIONS ET DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES MARIAGES.

Toute loi dans laquelle on ne chercherait pas à encourager les mariages, serait contraire à la politique et à l'humanité.

(Bigot-Préameneu.)

1. Le mariage, c'est-à-dire la légitimation de l'union naturelle des deux sexes, intéresse au plus haut degré la société dans sa conservation, sa perpétuité, ou son existence physique, et dans la pureté des mœurs de ses membres, ou sa vie morale.

Les conjonctions illicites contribuent peu à la propagation de l'espèce. Le père, qui a l'obligation spéciale et naturelle de nourrir et d'élever les enfans, n'y est point fixé ; et la mère, à qui l'obligation reste, trouve mille obstacles, par la honte, les remords, la gêne de son sexe, le déshonneur qui rejaillit sur l'enfant lui-même : la plupart du temps elle manque de moyens ; heureuses, lorsque le désespoir d'une première faute, ou (le dirons nous!) l'espoir d'une plus prompte rechute, ne conduit pas ces mères déshonorées à un plus grand crime! Le mariage est le plus sûr remède contre l'infanticide, ce destructeur des peuples, qui pourrait devenir si dangereux à cause de sa clandestinité, et dont l'accroissement devient de nos jours si alarmant.

La pureté de mœurs, si nécessaire à la prospérité des Etats,

a ses premiers fondemens, et, il faut le reconnaître, ses seuls véritables stimulans, dans les idées religieuses des peuples. L'obéissance à des commandemens divins, la crainte, le respect et l'amour de l'Etre suprême, l'espoir de récompenses, ou la crainte de châtimens dans une autre vie: il ne faut rien moins que de pareils motifs pour conserver la véritable pureté de mœurs. Mais, en dehors de ces considérations spirituelles et d'un ordre supérieur, l'*attrait de la vie domestique est le meilleur contre-poison des mauvaises mœurs*, a dit avec raison un philosophe.

« Qui pourrait se taire, dit Montesquieu, contre le célibat » qu'a formé le libertinage; celui où les deux sexes se corrom- » pent par les sentimens naturels mêmes, fuient une union qui » doit les rendre meilleurs, pour vivre dans celle qui les rend » toujours pires ? » (1)

Le mariage est encore nécessaire comme source de la famille. Image restreinte mais parfaite de la nation, la famille a les mêmes besoins, les mêmes désirs de conservation, de perpétuité, de stabilité. L'attachement à la famille, premier sentiment de l'homme, conduit naturellement à l'amour de la patrie. Le dévouement, l'honneur, la probité, la pureté de mœurs, toutes les vertus qui constituent un bon citoyen, ont leur source originaire dans l'éducation, les mœurs, les traditions domestiques. Le mariage, faisant passer la femme dans la famille du mari, fixe la famille dans une suite de personnes du même sexe; le désir de la perpétuer avec ses traditions, son nom, ses vertus, l'orgueil de soutenir l'éclat d'un beau nom, de l'illustrer soi-même: que peut-il y avoir de plus propre à inspirer la vertu politique, cet amour du bien public si utile et quelquefois si rare! — En dehors du mariage, l'homme sans nom, sans aïeux, sans famille, flétri du nom de *bâtard*, méprisé, n'ayant connu ni les douceurs de la vie domestique, ni les sages préceptes de

---

(1) Esprit des Lois, XXIII, 21.

la tendresse paternelle, comment pourrait-il, cet homme, s'attacher à une société à laquelle il ne tient par aucun lien, se dévouer quand il est repoussé; l'égoïsme en fera sa proie, l'égoïsme, ce monstre hideux de nos sociétés.

Le mariage, propagateur du genre humain, source de la famille, contre-poison des mauvaises mœurs, sous quelque rapport qu'on le considère, est donc la première et la plus nécessaire des institutions sociales, l'institution fondamentale même; il est la base de toute société bien organisée. C'est par lui que les nations vivent et se perpétuent; sans lui, et si tout le monde restait dans le célibat, la société s'éteindrait bientôt avec la génération actuelle, ou bien, ce qui serait plus malheureux encore, elle ne vivrait que de débauches et de libertinages, elle ne serait qu'un assemblage de bâtards.

2. Il n'est donc pas étonnant que la plupart des législateurs aient encouragé et favorisé les mariages : tous ne l'ont cependant pas fait avec la même ardeur, avec les mêmes efforts. Cela tient aux besoins des nations, à l'état de paix ou de guerre, à l'étendue du territoire, aux variétés des climats qui influent sur la fécondité, aux idées religieuses des peuples.

En Chine, où le climat est plus favorable que le terrain, le législateur, loin d'encourager les mariages, avait autrefois permis aux pères de vendre leurs filles et d'exposer leurs enfans, pour éviter la famine, faute d'industrie suffisante. (1)

L'exiguité des anciennes républiques grecques avait produit les mêmes résultats. Aussi y permettait-on l'exposition des enfans nouveaux-nés dont la conformation physique présentait des difformités.

A Rome, au contraire, et surtout après les guerres civiles et les proscriptions qui dépeuplèrent l'Italie, les législateurs, et spécialement Auguste, firent tous leurs efforts pour encourager au mariage; la grande corruption de mœurs en avait dégoûté

(1) Montesquieu, op. cit. *ibid.*

les citoyens, qui ne trouvaient plus de goût pour les plaisirs de l'innocence. Les honneurs et les récompenses pour les personnes mariées, et surtout pour celles qui avaient des enfans, avec gradation proportionnelle au nombre des enfans, les châtimens et les peines pour les célibataires, rien ne fut négligé par le fondateur de l'empire romain (1). On alla même jusqu'à porter des lois somptuaires, si propres du reste à accroître le nombre des mariages. Il fut défendu aux femmes sans enfans de porter des pierres précieuses et de se servir de litière, méthode excellente d'attaquer le célibat par la vanité. D'un autre côté, on mit en général des bornes au luxe effréné des femmes, lequel à Rome, sans doute comme chez nous, devait être le plus grand épouvantail des mariages, par la crainte si rationnelle des dépenses prodigieuses qui en sont la suite et qui ruinent tant de familles. S'il était vrai, comme l'a dit un célèbre publiciste, que *les filles sont assez portées au mariage, et que ce ne sont que les garçons qu'il faut encourager*, on devrait reconnaître que le meilleur encouragement se trouverait peut-être dans les lois qui mettent ainsi un frein à ce luxe effroyable, source de tant de maux.

3. Dans les sociétés modernes, où les progrès de la science agricole ont fait découvrir dans le sein de la terre des substances nutritives si variées et si diverses, qui fournissent aux hommes en proportion des travaux d'exploitation, et de la diversité des plantes qui s'y succèdent, où les arts, le commerce et toutes les branches d'industrie ont pris un si grand développement, qu'une immense quantité de personnes y trouvent leur occupation et leurs moyens de subsistance, mais chez lesquelles aussi, grâce aux progrès de l'intelligence et aux idées religieuses, les haines de peuple à peuple et les guerres qui en étaient

(1) Cpr. Tacite, *annal.* liv. 3. —Dion, liv. 43-54. — Aulugelle, liv. 2, chap. 15. — Dig. l. 2, *de minorib.* l. 1 et 2 *de vocat. et excusat.* — Frag. Ulp., tit. 14, 15, 16, 17, 18, 29, etc.

la conséquence, ont fait place aux sentimens de confraternité, d'union et de paix; dans nos sociétés modernes, le législateur a dû encourager les mariages sans craindre un excès de population; mais, aussi, il n'a pas eu besoin d'user de moyens exceptionnels et contraires à la liberté pour forcer aux mariages. C'est plutôt pour la pureté de mœurs et la conservation de la famille, que pour le besoin de la propagation de l'espêce humaine, que le législateur moderne a chez nous favorisé le mariage.

4. Quels moyens a-t-il employé pour parvenir à ce résultat, c'est-à-dire de quelles faveurs a-t-il entouré les mariages? telle est la question que nous allons tâcher de résoudre en partie, en considérant le mariage dans ses priviléges civils.

Nous venons de le voir, notre législateur devait encourager au mariage, mais non y forcer. C'est par ce motif qu'il a dû permettre beaucoup, rendre les accès de cette institution et de cet état faciles, en écarter, autant que les bonnes mœurs, l'ordre public et l'intérêt général le permettent, toutes les prohibitions, toutes les difficultés, tous les obstacles qui pourraient en détourner. Mais là se bornait sa tâche; les châtimens et les récompenses personnelles sont incompatibles avec une véritable liberté, surtout avec la liberté qui doit présider à un acte aussi important et aussi influent dans la vie de l'homme.

Parmi les empêchem ens ou obstacles qui pourraient détourner les hommes du mariage, et qui ont été écartés et levés en tout ou en partie par la loi, les uns sont *personnels*, les autres *réels*. Ceux de la première catégorie tiennent surtout au choix de la personne qui doit faire couler des jours fortunés et heureux dans les douceurs du ménage, ou au contraire, empoisonner d'ennuis et de regrets une vie commune insupportable. La liberté de ce choix, qui doit influer si fort sur la destinée de l'homme, la loi a dû la rendre aussi grande que possible; c'est là l'objet du titre 5 du livre 1 du Code civil. Les obstacles et empêchemens *réels* ont pour objet non les personnes, mais les biens de chacun des futurs époux, le patrimoine de la famille

à venir : les dispositions en faveur des mariages et les conventions matrimoniales, source et conséquence de ces biens, devaient être rendues aussi faciles que possible. C'est l'objet du titre 5 et des chapitres 8 et 9 du titre 2, livre 3 du Code civil.

Nous ne nous occuperons que de ces faveurs *réelles*, c'est-à-dire des conventions permises par contrat de mariage et des dispositions à titre gratuit autorisées exceptionnellement en faveur des mariages ; encore ne traiterons-nous des conventions matrimoniales que dans leur ensemble et sans entrer dans les détails des diverses stipulations dont les contrats de mariage sont susceptibles.

PREMIERE PARTIE.

Des conventions permises par contrat de mariage.

5. Le mariage renferme deux contrats : le contrat naturel et le contrat civil.

Le contrat naturel date de la création, il est une conséquence de la différence des sexes, et une loi universelle de la propagation des êtres vivans. Toutefois, le sentiment moral dont l'espèce humaine est douée, distingue l'union de l'homme et de la femme de toutes celles qui, dans les autres espèces, n'ont lieu que par instinct. L'homme choisit sa compagne, leur union n'est pas fugitive et passagère ; elle est indissoluble ; *alligatus es uxori ? noli quærere solutionem* (1).

Mais si le contrat naturel de mariage est le plus ancien de tous, il n'en est point ainsi du contrat civil ; plusieurs l'ont précédé. L'échange dut naître presqu'aussitôt que la propriété ; la vente, qui n'est qu'un échange plus perfectionné et plus simple, le louage, le prêt, se présentèrent tout de suite aux besoins, aux désirs, aux spéculations, à la bienfaisance ; au lieu qu'on

(1) 1. cor. 7, 27.

put pendant long-temps se marier, avant de stipuler des conditions, des dots, des apports, des reprises.

Les conventions matrimoniales ne sont qu'un accessoire dont le mariage peut se passer, et que l'augmentation des richesses, l'inégalité des fortunes, et les précautions à prendre contre l'injustice et la mauvaise foi ne durent introduire que chez les nations déjà loinde leur adolescence.

Il arriva même chez quelques nations, où les idées politiques et guerrières l'emportant sur les sentimens de la nature, l'homme eut une puissance absolue sur la femme, que les conventions matrimoniales firent place aux droits exorbitans et aux volontés souveraines des maris. Mais les progrès de la raison et de l'intelligence, et surtout l'heureuse influence du Christianisme, ayant relevé la femme de son état de sujétion, le contrat civil de mariage reparut comme garantie du faible contre le fort.

6. Ces contrats ont depuis été considérés comme les plus importans de la vie civile des peuples. Semblables à ces constitutions politiques des nations qui sont la base fondamentale de tout l'édifice social, et dont les dispositions sont la règle absolue et immuable des législateurs eux-mêmes : tels et plus immuables encore, les contrats de mariage sont les véritables *chartes* des familles. Et comme dans le droit politique on distingue le pouvoir constituant du pouvoir législatif, dans le droit civil aussi on exigeait anciennement pour la confection de ces pactes de famille la présence et le concours des principaux membres des familles de chacun des futurs conjoints.

Toutefois, cette présence des parens des futurs, qui tenait en outre à des idées sur la constitution de la famille différentes des nôtres, n'est plus exigée depuis long-temps (1), si ce n'est à

(1) Au témoignage de Pothier (*Traité des donat. entre mari et fem.*, n° 27) ce ne fut que par un arrêt du 17 mai 1762, que le caractère privé des contrats de mariage fut établi en principe.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

titre de bienséance, à moins d'incapacité de la part des futurs époux. Ce contrat, en tant que convention, ne doit être réputé passé qu'entre les parties contractantes, maîtresses de leurs droits; elles seules forment le véritable pouvoir constituant de la famille nouvelle.

Mais ces conventions une fois conclues et arrêtées, leur connaissance intéresse la société tout entière et chacune des familles qui la composent. Comment saura-t-on, en effet, la capacité réelle des nouveaux mariés, leur garantie de solvabilité, l'état relatif ou absolu de leurs propriétés, si ce n'est par le contrat de mariage qui détermine leur nouvelle position dans la société? — De même, les souverains préposés aux divers gouvernemens des peuples, doivent connaître les diverses constitutions ou chartes de ces peuples, pour avoir la mesure de leurs pouvoirs respectifs.

Ainsi, importance des contrats de mariage pour les époux eux-mêmes, importance pour la nouvelle famille dont ils doivent être les auteurs et les chefs, importance pour la société entière et pour chacun de ses membres: c'est par ce triple motif que le législateur a dû fixer l'époque et la forme du contra de mariage ou des conventions matrimoniales.

7. L'époque rationnelle indiquée par la nature et la raison pour la confection du contrat de mariage, doit précéder la célébration du mariage lui-même. Avant de s'unir par un lien indissoluble, il est naturel et logique que les futurs époux déterminent les règles de leur union. Nulle loi ne pouvant avoir d'effet rétroactif, toutes conventions matrimoniales faites par les époux après la célébration de leur union, *constante matrimonio*, n'auraient d'effet que pour l'avenir; eh! quelle serait cette association conjugale dont les lois changeraient au caprice des époux, sans que les tiers pussent se promettre d'en connaître le véritable caractère? — D'un autre côté, à défaut de contrat antérieur au mariage, comme la nouvelle position des époux dans la société doit être réglée, le législateur a dû déter-

miner lui-même des règles générales, des conventions matrimoniales légales que les époux sont censés *ipso jure* avoir adoptées par leur silence même. La confection postérieure d'un contrat de mariage serait donc sans but aucun, ou bien il contiendrait quelque changement, quelque modification aux conventions déjà tacitement adoptées ; et ces changemens doivent être frappés de nullité, comme contraires à l'immutabilité, caractère dominant et substantiel en cette matière.

Aussi, l'art. 1394 du Code civil porte-t-il en termes formels : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le » mariage... », et l'art. suivant ajoute : « elles ne peuvent rece- » voir aucun changement après la célébration du mariage. » (1)

8. Mais il ne suffisait pas d'établir en principe la stabilité et l'immutabilité des conventions anti-nuptiales ; pour assurer l'exécution de cette règle fondamentale, et prévenir les fraudes d'ailleurs si faciles des parties, il fallait déterminer un mode légal de constater authentiquement ces conventions, et en ordonner le dépôt entre les mains d'un officier public, chargé sous sa responsabilité personnelle d'en assurer l'intacte conservation. Notre législateur a en conséquence ordonné la rédaction des conventions matrimoniales dans un acte passé devant notaire (art. 1394), s'en référant du reste pour la forme de cet acte, la minute qui doit rester déposée chez le notaire, le nombre des notaires ou des témoins, leurs incapacités et autres règles

---

(1) Il faut reconnaître cependant que tous les législateurs n'ont pas été unanimes sur ce point. La loi romaine autorisait et validait les conventions matrimoniales intervenues même après le mariage : *paeisci post nuptias, etiam si nihil ante convenerit, licet*, disait le jurisconsulte Javolenus (L. 1. ff. *de pact. dotal.* 23, 4.) — D'un autre côté, l'art. 29 du code bavarois, porte : *on peut se dispenser de stipuler des conventions matrimoniales ; si on en rédige, le contrat peut être dressé avant ou pendant le mariage. Dans ce dernier cas, il sera passé en justice, autrement il serait nul...* Le code prussien s'exprime à peu près dans les mêmes termes : *les conventions stipulées avant le mariage* doivent être passées devant notaire ; celles faites *pendant le mariage*, devant le tribunal. (Art. 209.)

communes aux actes notariés en général, à la loi organisatrice du notariat, du 25 ventôse an XI, promulguée six mois avant le titre du code civil relatif au *contrat de mariage*.

Par cette disposition aussi sage que rationnelle, le nouveau législateur a établi une heureuse uniformité sur ce point, en faisant cesser la diversité des coutumes et l'indécision de la jurisprudence des parlemens sur la forme de ces contrats (1).

9. On le voit, la nature et l'importance du contrat de mariage, son caractère de charte constitutive des droits des époux, de leur capacité respective sur leurs apports, la destination et l'état de ces apports, et par suite, le haut intérêt des tiers, tout, dans les conventions matrimoniales commande leur fixité, leur immutabilité : nécessité d'intérêt public et social que n'ont pas assez appréciée et surtout assez observée tous les législateurs. Mais ce caractère d'immutabilité ne peut être attribué à ces conventions que lorsqu'elles ont reçu leur perfection, lorsqu'elles sont devenues définitives entre les parties contractantes. Or, cette perfection n'a lieu que par la célébration du mariage, qui vient sanctionner en quelque sorte et sceller ces conventions jusques-là en suspens. Car, comme le remarque avec raison Pothier dans son *introduction au traité de la communauté*, les conventions matrimoniales ont deux caractères spéciaux qui les distinguent de tous les autres contrats : c'est d'être *immuables* et *conditionnelles*. Elles tirent toute leur force et leur vie du mariage : s'il n'a pas lieu, elles doivent être considérées comme non-existantes, puisque c'est en vue et en contemplation du

---

(1) Sur l'ancienne législation des coutumes, voir Merlin, rép. v° contrat de mariage, I, et les arrêts suivants : cassat. 20 janv. 1807 (*coutume de Normandie*), *ejusd.* 22 avril 1834. (— *du Luxembourg*), — Colmar, 20 août 1814 (de l'Alsace), — Pau, 25 juin 1816 (*du Béarn*), et l'art. 8 de la déclaration du 19 mars 1696, ainsi conçu : « Voulons que tous les contrats de mariage, quittances de dots, et décharges données en conséquence, soient passés devant notaires, *à peine de privation des priviléges et hypothèques.*»

mariage qu'elles ont été arrêtées, et que sans lui, elles n'ont plus de cause réelle (1).

10. Il suit de ces principes que jusqu'à leur perfection, jusqu'à la célébration du mariage, les conventions matrimoniales peuvent être modifiées au gré des contractans. C'est ce que reconnaissent formellement les art. 1396 et 1397 de notre code. Mais pour ces modifications et ces additions, de même que pour les premières conventions, le législateur exige la forme authentique et l'acte notarié, *est eadem ratio.* Et comme ces changemens ne doivent former avec l'acte principal qu'un tout indivisible, la loi veut qu'ils soient *rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage* avec défense au *notaire, sous peine des dommages et intérêts* des tiers induits en erreur, de *délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage, sans transcrire à la suite ces changemens.* Enfin, et comme tout se lie dans un contrat, que le plus souvent une clause sert de motif et de cause déterminante à une autre convention, *nul changement ou contre-lettre n'est valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage.* (Art. 1396-1397.)

11. Au premier point de vue, ces formalités, que nous venons d'exposer sommairement, semblent contraires à la liberté nécessaire aux futurs époux dans les conventions matrimoniales ; elles semblent obstruer l'accès du sanctuaire domestique, et, par suite, être un empêchement *réel* au mariage. Mais cette gêne n'est qu'apparente ; car ce n'est pas réellement porter atteinte à la liberté individuelle que de déterminer le mode de constatation des actes de cette liberté de volonté, alors surtout que les formalités exigées sont faciles à observer et à la portée de tous. La forme ne saurait préjudicier au fond.

---

(1) Cpr. art. 1088, Code civil.

42. Ainsi, pour les conventions matrimoniales elles-mêmes, nulle entrave à la volonté libre des parties. « Il est deux cir-» constances dans la vie, disait dans le dernier siècle un savant » magistrat, où l'homme jouit de la plus grande liberté, et où » cessant d'être soumis à l'empire des lois civiles, les lois elles-» mêmes permettent qu'il prenne leur place. C'est en législa-» teur qu'il marche vers l'autel et qu'il descend dans le tom-» beau. Au pied de l'autel, il est roi de la nouvelle famille » qu'il va fonder dans l'état. C'est au même titre que, sur les » bords de la tombe, il fait le partage de ses dépouilles. C'est » ainsi que la loi l'invite à vivre pour la société et qu'elle le » récompense d'avoir vécu pour elle. »

C'est qu'en effet, c'est une époque bien importante et bien solennelle dans la vie de l'homme, que celle où, sortant de la jeunesse, temps de préparation et d'épreuves, et venant prendre place au sein de la société qui le réclame, il sent le besoin de s'associer une compagne, qui, confidente habituelle de ses peines et de ses joies, vienne adoucir l'amertume de celles-là, ajouter aux douceurs de celles-ci. Son choix est déjà fixé; la future épouse est sur le point de prendre place au foyer domestique (1); les deux familles se réunissent, et de

(1) Tous les peuples civilisés, chez qui le culte abrutissant du matérialisme et du pur intérêt n'a pas fait disparaître tout sentiment de pudeur, et tout respect pour la divinité, source de toute création, ont constamment appelé la religion à présider à l'union des époux, dans la personne de ses ministres, qui invoquent les bénédictions du ciel sur la nouvelle famille qui va se former. C'est là la véritable *légitimation* de l'union naturelle des deux sexes, union que la loi civile se contente de légaliser en la constatant aux yeux de la société, de manière à lui faire produire ses effets civils, de même qu'elle constate les autres changemens d'état des personnes. Notre travail n'ayant pour objet que le mariage civil, nous n'avons nullement l'intention de toucher en rien au lien religieux, intimement convaincu de la grande utilité, sinon de la nécessité qu'il y a, sous tous les rapports, de séparer en *principe général* le droit civil du droit religieux.

leur accord doit surgir le pacte dont les règles seront la loi de la nouvelle famille : d'elles dépend sa destinée, à elle est attaché son bonheur. Aussi la volonté des parties contractantes pourra se développer dans un champ libre et fécond, qui n'aura pour limites que celles tracées par les bonnes mœurs, l'ordre public, l'intérêt général. *Les bonnes mœurs :* en dehors de leur sphère commence le mal, et la liberté civile de l'homme doit s'arrêter à son aspect. — *L'ordre public :* la conservation et l'existence de la société, et par suite de la famille, sont essentiellement liées au maintien de l'ordre public et de l'arrangement social, qui n'en est que l'expression. — *L'intérêt général :* le fait même de la réunion en société commande à chaque individu le sacrifice de son intérêt privé, en opposition avec l'intérêt général et social : *Salus populi suprema lex est.*

L'énonciation générale de ces restrictions apportées par la nature et la raison à la liberté des conventions matrimoniales, aurait suffi dans la loi ; les dispositions de l'art. 6 du Code civil eussent même été suffisantes, sans les répéter au titre *du contrat de mariage.* La doctrine n'aurait pas manqué d'en déduire les conséquences rigoureuses et directes. Le législateur a cru cependant devoir répéter ce principe dans l'art. 1387, et même en indiquer quelques applications dans les articles suivans. Cette méthode, malheureuse en général, puisque l'énonciation ne peut qu'être démonstrative et se trouve souvent fautive, n'a pas manqué de faire surgir quelques difficultés dans l'espèce, peu nombreuses à la vérité, il faut le reconnaître, mais grâce à la briéveté des détails législatifs.

13. *Bonnes mœurs.* Comme contraires aux bonnes mœurs, la loi cite les renonciations aux successions futures et les conventions quelconques sur ces mêmes successions. Cette prohibition résultait déjà textuellement des art. 791 et 1130. Si le nouveau législateur s'est plu à manifester si souvent sa volonté bien précise sur ce point, cela s'explique par l'état de l'ancienne

législation et des habitudes invétérées qui en étaient la conséquence ou plutôt le principe. Les idées aristocratiques, féodales et politiques, convergeaient toutes vers un but principal et fondamental, la conservation des biens et des patrimoines dans la branche aînée. Souvent les garçons puînés étaient gratifiés de benéfices ecclésiastiques ; les filles étaient bien faiblement dotées, si elles n'étaient confinées dans un monastère. Pour arriver à ce résultat, et prévenir les demandes en partage de succession, qui n'auraient pas manqué d'être formées après le décès des parents, on imagina de faire renoncer la future épouse à tous droits à prétendre dans les successions de ses père et mère, en faveur de son frère aîné. Cette renonciation à une succession future, et cette quittance anticipée de droits successifs étaient, dans le principe, autorisées dans les contrats de mariage, moyennant la constitution d'une dot dont la quotité était laissée, ce semble, à la détermination du père ou du frère dans les familles nobles ; presque rien suffisait pour obtenir cette exclusion, et un *chapel de roses* formait quelquefois, au dire des écrivains du temps, toute la dot des filles (1).

On conçoit que ces usages nobiliaires avaient été modifiés et avaient perdu de leur injustice primitive ; mais il n'en est pas moins vrai que les renonciations aux successions non ouvertes fort usitées dans les contrats de mariage, étaient validées par l'ancien droit, qui autorisait aussi les conventions sur ces mêmes successions, par lesquelles on rendait certaines sommes *propres au futur dans ses estocs et lignes* (2). C'est pour abolir ces véritables abus, incompatibles avec les nouvelles idées d'égalité, et qui, d'ailleurs, étaient contraires à une saine morale, que le nouveau législateur s'est laissé aller jusqu'à répéter par trois fois dans le même Code, mais dans des

(1) Delaurière, *Glossaire du droit français*, v° *Chapel de roses*.
(2) Cpr. Toullier, 12, n° 20.

titres promulgués à des époques différentes, la même prohibition.

14. *Ordre public.* Nous avons déjà eu l'occasion de le faire remarquer (n° 4), le mariage, considéré dans l'union des personnes, a été l'objet d'un titre spécial du livre 1^er^ du Code civil. Là, le législateur a parlé en maître, en véritable régulateur de la société; il a posé des règles immuables et fixes. C'est qu'en effet, la position respective des époux, leurs droits et leurs devoirs envers les enfants, les devoirs et les droits de ceux-ci envers leurs parents, tout cela tient essentiellement à l'ordre public, ou plutôt cela fait partie intégrante de l'ordre public, de l'organisation sociale, de l'arrangement des individus dans la société. Ces matières sont, dès-lors, en dehors des conventions des parties (art. 6, 1130, 1131, 1133); les conventions matrimoniales n'ont et ne peuvent avoir pour objet que les biens des futurs conjoints.

Ces principes, connus et certains, sont répétés dans l'art. 1388, ainsi conçu : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *de la puissance paternelle* et par le titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.* »

15. Par une conséquence rigoureuse de cet article, on doit considérer comme *civilement* inefficace l'engagement que prendraient les futurs époux dans leur contrat de mariage, l'un envers l'autre, ou envers un tiers, de faire élever leurs enfans dans les dogmes de telle ou telle religion; car la direction de l'éducation des enfans fait partie essentielle de la puissance paternelle.

16. La généralité des termes de l'art. 1388 a donné lieu à la question suivante : Les futurs époux peuvent-ils valablement renoncer, dans le contrat de mariage, à l'usufruit légal et éventuel sur les biens de leurs enfants à naître?

Pour l'affirmative, on peut dire que le législateur n'a eu pour but que de prohiber les conventions sur des objets d'ordre public; que le droit d'usufruit légal n'a nullement ce caractère, car il n'est introduit que dans l'intérêt privé des père et mère, comme compensation des soins et des frais d'éducation et d'entretien; que, puisque les tiers donateurs peuvent priver les père et mère de cet usufruit (art. 387), à plus forte raison ceux-ci peuvent-ils y renoncer eux-mêmes.

Mais on peut répondre avec avantage que le législateur s'est exprimé, dans l'art. 1388, d'une manière générale, en prohibant toute renonciation aux droits conférés par le titre *de la puissance paternelle;* que l'usufruit légal a toujours été considéré comme un attribut de cette puissance; que les membres du conseil d'état, Treillard et Berlier (ce dernier, rapporteur du titre), s'exprimèrent formellement et sans contradiction aucune, en faveur de la nullité d'une telle renonciation (1); enfin, et en supposant même que l'art. 1388 ne fût pas applicable, il faudrait toujours annuler une telle renonciation comme faite directement en faveur des futurs enfants, qui ne sont ni nés, ni conçus à l'époque de cette véritable donation éventuelle. (Cpr., art. 906, et n° 38 *infra.*)

17. *Intérêt général.* — Le grand but de nos législateurs modernes dans la codification des lois a été de faire disparaître les nombreuses coutumes et la grande diversité de législation, qui divisaient autrefois le royaume de France en une infinité de petites nations, régies par des lois différentes. Unité de territoire, unité de gouvernement, unité de législation, c'était là que tendait le grand régénérateur de la France. Ce résultat si désirable et si utile au bien public eût été manqué en partie, et les coutumes se seraient maintenues en vigueur, sinon comme loi proprement dite, du moins comme expression dé-

(1) Séance du 6 vendémiaire an XII.

veloppée de la volonté des parties, s'il eût été permis à celles-ci de s'en référer d'une *manière générale* à tels ou tels anciens statuts locaux, coutumes ou lois, pour la détermination de leurs conventions matrimoniales. Voilà pourquoi l'art. 1390 porte textuellement : « Les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par le présent code. »

Cela n'empêchera pas, du reste, d'adopter en détail les dispositions de ces coutumes, lois ou statuts locaux; mais il faudra alors les copier et les transcrire dans le contrat de mariage. Il y aura dans ce cas, non adoption générale de telle ou telle coutume, mais véritable stipulation et convention des parties.

18. Dans le même art. 1388 *in fine*, le législateur défend toute dérogation *aux dispositions prohibitives du Code civil.*

Que faut-il entendre par ces expressions? — Faudra-t-il considérer comme prohibitive dans le sens de la loi, toute disposition législative exprimée sous la forme négative? — Bigot-Préameneu reconnut lui-même dans la discussion au conseil-d'état, qu'il existe une différence entre ces deux expressions, et dit formellement qu'*une expression négative ne constitue pas une prohibition, et que cet effet ne doit être attaché qu'à une clause prohibitive.* (Séance précitée.)

19. Ainsi débarrassées de tout ce qui, paraissant avoir avec elles plus ou moins de rapport ou de connexité, leur est cependant ou du moins leur doit rester étranger, les conventions matrimoniales nous apparaîtront avec leur nature propre et leur objet réel. Par elles, les personnes qui veulent s'unir en mariage règlent et déterminent les droits dont elles devront respectivement jouir, quant à leurs biens présens et à venir. La fixation des *apports* ou fortunes respectives des deux époux ou de l'un d'eux, la proportion dans laquelle les revenus des biens de la femme devront être employés à supporter les char-

ges du ménage commun ; le mode d'administration de ces biens et même la possibilité ou l'impossibilité de leur aliénation ; la manière dont les apports respectifs et les biens acquis pendant le mariage, seront repris, divisés ou acquis à l'un ou à l'autre des époux, à la dissolution ou modification de l'union conjugale, soit quant aux personnes, soit seulement quant aux biens : telles sont les principales conventions matrimoniales qui ont ordinairement lieu, et dont l'ensemble prend le nom de RÉGIME.

La difficulté de prévoir dans chaque contrat de mariage, toutes les questions si diverses que peut faire surgir, quant à leurs biens, l'union des époux — l'ignorance des principes du droit de la part de la grande majorité des personnes qui se marient ; — les questions nombreuses et les procès incessans que ne manquerait pas de faire naître l'interprétation de clauses conçues à la légère, exprimées avec précipitation et sans réflexion ni discussion aucunes ; — le désir de la part du législateur d'obtenir autant que possible une uniformité si désirable en cette matière, pour la garantie des intérêts des tiers : ces divers motifs ont décidé presque tous les législateurs à poser eux-mêmes plusieurs ordres de règles, qui, s'adaptant plus particulièrement les unes avec les autres dans chaque ordre, forment et constituent autant de régimes complets offerts au choix des futurs conjoints. Le législateur dépose un instant son caractère de souverain et en quelque sorte de *législateur*, pour revêtir celui de conseil des parties, en offrant à leur acceptation un ensemble de conventions matrimoniales *qu'il croit* les plus utiles, les plus justes et les plus appropriées au nouvel état qu'elles vont embrasser.

C'est à ce titre de conventions matrimoniales proposées au choix des futurs conjoints, que les divers régimes du Code civil devraient maintenant être étudiés dans leur ensemble, comparés et jugés. Le cadre resserré de notre travail, et les bornes que nous sommes forcés de respecter, nous obligent de restreindre ces études critiques aux deux principaux régimes qui se di-

visent du reste, presque à eux seuls, la France et l'Europe ; encore ne pourrons-nous qu'effleurer en quelque sorte cet examen si intéressant et qui demanderait tant de développemens, même après tout ce qu'on a écrit sur ce point.

20. *Examen historique.* — *Régime de la communauté.* Il est aujourd'hui à peu près reconnu et admis que ce régime tire son origine des lois germaniques, ou plutôt de la transformation de ces lois ; et on ne tarde pas à s'en convaincre pour si peu qu'on les étudie.

Les anciens Germains, guerriers par nature et par état, tenaient essentiellement aux idées d'honneur et de vengeance ; les membres d'une même famille étaient considérés comme solidaires de l'honneur et du déshonneur de l'un d'eux, et la vengeance des injures était transmise comme charge de la succession du défunt qui n'avait pu se venger lui-même. Les filles durent, dès-lors, être exclues de l'héritage de leur père et de leurs frères, *quia non possunt ipsam faidam levare* (1). D'un autre côté, il paraît à peu près certain que les femmes chez ces peuples barbares étaient, de même qu'à Rome, soumises à une tutelle perpétuelle (2). Cette tutelle, ou ce *mundium*, passait du père, du frère, ou de tout autre *mundwald* au mari par le mariage, ou plutôt par l'achat qu'il en faisait au moyen des *sponsalia*, véritable *dot* qu'il donnait lui-même à sa future épouse (3). Il en fut ainsi, du moins dans la suite, car dans le principe, il paraît que le prix du *mundium* était donné aux parens de la fiancée, et celle-ci passait sous *la tutelle* de son époux, sans que son consentement fût même demandé (4).

On le voit, la supériorité de l'homme se montre partout dans

---

(1) Leges Liutprand. lib. II, cap. 11, l. 7. — Tacite, de morib. German. 12, 20.

(2) Montesquieu, Esprit des Lois, VIII, 12.

(3) Tacite, op. cit. XVIII.

(4) L. Liutprand., lib. VI, cap. 1, l. 66.

le droit germanique : l'achat de la femme et cette tutelle qui en était la conséquence, de même que son exclusion des successions, sont la preuve évidente de son infériorité dans la famille germaine. Le mari, en vertu du *mundium*, avait, durant le mariage, l'administration et la libre disposition des biens de son épouse, c'est-à-dire de sa *dot* (*sponsalia*) et de son *faderfium* ou apport mobilier, le seul à peu près en usage dans les temps anciens : quelques troupeaux en formaient la principale valeur. A la mort de l'épouse, c'était encore en vertu du *mundium* que le mari avait sur ses biens un droit de succession (1). Quand la propriété immobilière vint prendre rang dans les apports des épouses, le principe de sa conservation dans les familles, qui commence à se manifester dans la législation, fit prescrire certaines mesures restrictives du droit de libre disposition : le mari n'en eut que l'entière administration, et le consentement de la femme fut nécessaire pour l'aliénation (2).

A la dissolution du mariage, survenue par le décès du mari, la femme eut droit : 1° à son *faderfium* ou apport, c'est-à-dire à ce qui restait de cet apport et qui n'avait été ni dépensé ni aliéné, soit par le mari seul, soit par le mari avec le consentement de son épouse, selon qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles : *quod non manducavit aut non vendidit* (3) ; — 2° à la *dot* que lui avait constituée son mari, comme prix du *mundium* avant le mariage ; — 3° au *Margengabe* ou donation faite à la femme par son mari *post noctem nuptialem*, et qui prenait différens noms : *matutinale donum*, *pro bono mane*, *pretium pulchretudinis vel virginitatis* (4). — A défaut de cette espèce

(1) Ibid. lib. II, cap. 1, l. 8.

(2) Ibid. lib. IV.

(3) L. Rotharis, 199.

(4) L. Liutprand. v. 49. — L. Saxonum, tit. 8, *de dotibus*. Cette espèce de donation est encore en usage en Bavière (art. 16, cod. bavar.), en Suède, en Autriche (art. 1232, cod. autrich.), en Prusse, etc., sous le nom de *don du lendemain*.

de donation, *Margengabe*, la femme avait droit, en vertu et par suite du *mundium* qui l'avait fait passer en quelque sorte dans la famille du mari, et à titre de *succession* ou de participation, à une portion plus ou moins considérable, selon les divers peuples, des acquêts faits pendant le mariage : la loi saxone fixait ce droit à la moitié des acquêts, s'il y avait des enfans (1), la loi ripuaire au tiers (2).

Enfin, les époux pouvaient avoir un patrimoine propre et séparé (3).

Plus tard, et à mesure que les peuplades nomades, sorties du nord de l'Europe, vinrent se *fixer* dans l'occident et le midi, la fortune immobilière ou propriété foncière occupa une place de plus en plus grande dans la fortune des familles ; mais la position des femmes n'en reçut aucune amélioration. Les idées aristocratiques et féodales, en remplaçant les idées guerrières et les devoirs de vengeance transmis par succession, ne firent qu'augmenter les besoins de conservation des biens dans la branche aînée, et les conventions matrimoniales ne purent que s'en ressentir au détriment de la femme. Le mari eut toujours, non plus en vertu du *mundium* d'autrefois, mais bien du *droit de garde ou mainbournie* (le nom seul est changé), l'administration et la libre disposition des biens meubles de sa femme, les seuls à peu près que celles-ci possédassent et reçussent de leurs pères ou frères, pour prix de leur renonciation à la succession future (supr. n° 13). « Comme donc, dit Loyseau, les maris ont puissance sur leurs personnes (des femmes), aussi l'ont-ils à plus forte raison sur leurs biens (4). » Voilà l'origine et la raison du régime de la communauté, et des droits exorbitans du mari sur les biens qui la composent.

---

(1) Lex saxonum, tit. 9, *de acquisitis*.
(2) L. Repua. tit. 37, 2.
(3) Ibid. tit. 48, 49.
(4) *Des offices*, liv. v, chap. 2, n° 7.

A la dissolution du mariage par la mort du mari, la femme qui, en vertu de la mainbournie ou droit de garde, était entrée dans la famille de celui-ci, a droit, à titre de succession, à la moitié de la fortune mobilière, ou communanté; droit presque illusoire, puisque la fortune des châtelains se composait presque en entier d'immeubles, et que le plus souvent l'apport mobilier de l'épouse avait à peine dû suffire aux prodigalités et au luxe du mari.

Voilà l'origine du droit tant vanté de collaboration commune; voilà aussi la source de ce prétendu privilége accordé aux femmes d'accepter ou de répudier la communauté, selon que les dettes du mari laissent quelque chose de libre dans la fortune mobilière de la famille, ou l'absorbent en entier. Ce n'était rien moins qu'un privilége, puisque la femme, venant à titre successif, usait du bénéfice général et commun d'inventaire.

Ainsi se trouvent historiquement expliqués, et tous en faveur du mari, ces trois principes qui dominent le régime de la communauté tout entier, et en sont les caractères distinctifs: mise dans la communauté des biens meubles seuls, ce qui, au moyen-âge, revenait en fait à ceci: mise en communauté par la femme seule; droits absolus d'administration et de disposition (à titre onéreux) des biens de la communauté, accordés au mari, comme tuteur, gardien ou *mainbournissier* de la femme; à la dissolution de la communauté, partage *de eo quod supererit*, c'est-à-dire, *de eo quod maritus non manducaverit aut non vendiderit*, sur les biens composant la communauté, avec faculté pour la femme de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire comme toute autre succession.

21. *Régime dotal.* L'origine du régime dotal et les causes qui le firent admettre chez les Romains, ne s'éloignent pas si fort qu'on pourrait le croire de celles qui viennent de nous apparaître pour le régime de la communauté.

Tant que la *manus* ou puissance absolue du mari, *pater*

familias, assimila à Rome la position des femmes à une véritable servitude, il ne put être question de régime, de conventions matrimoniales : *stabat pro ratione voluntas.* Mais, plus tard, lorsque la femme ne fut plus considérée comme *la fille de son mari*, et qu'elle put avoir un patrimoine, une dot, sa position et celle de ses biens durent encore se ressentir nécessairement des anciens usages de la *manus* : les mœurs ne changent pas tout à la fois et *per saltem;* c'est à peine si ce résultat arrive insensiblement et par la suite des temps. — Dans la nouvelle position de la femme, de l'épouse prétendue libre, le mari perdait une partie de sa puissance, le père de la fille devait lui fournir et constituer une dot. Comme dédommagement de ces sacrifices un peu forcés, l'époux d'un côté, le père de l'autre, eurent soin de se ménager des droits sur la fortune de l'épouse, qui, n'ayant pas une position dans la famille bien assurée, puisqu'elle voyait partout des *seigneurs et maîtres*, ne pouvait pas trop se plaindre.

Le mari perdait sa puissance absolue sur la *personne* de sa femme; mais du moins il voulut conserver l'entière jouissance des biens de son épouse, sous le prétexte de l'aider à supporter les charges du mariage; mais, en réalité, pour en faire ses profits et conserver ainsi une domination *réelle*, qui pourrait bien le dédommager de la partie de la puissance *personnelle* qui lui échappait. Le père était tenu, d'après les nouveaux principes, de constituer une dot à sa fille; mais, pour atténuer autant qu'il était en lui la rigueur de cette loi, il sut se ménager, au cas du décès *in matrimonio* de sa fille, un droit de retour utile (1). C'est ce qu'il fit, en stipulant l'impossibilité, d'abord d'hypothéquer, et plus tard, même d'aliéner cette dot, *constante matrimonio*, c'est-à-dire, pendant tout le temps qu'il a l'espoir de voir rentrer dans sa fortune ce qu'il a été obligé d'en écarter; et cela sous le pieux prétexte qu'il ne saurait résister à la dou-

(1) c. 4 C. *Solut. matrim. quem. dos. pet.* (5. 18.)

leur de perdre tout à la fois et sa fille et les biens de celle-ci : *ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret*, dit Pomponius (1).

D'un autre côté, la grande dissolution des mœurs et les besoins de l'empire firent décréter les fameuses lois *Juliennes*, qui, ne se contentant plus d'encourager au mariage, firent un précepte de se marier. La politique d'Auguste reconnut facilement que le meilleur moyen de parvenir à ce résultat, d'avoir des mariages, c'était d'avoir des filles et des veuves *dotées*. De là, l'obligation pour les pères de doter leurs filles ; de là aussi l'obligation pour celles-ci de conserver leur dot, dans la prévision d'un veuvage, et pour faciliter un second mariage. Voilà encore l'une des causes de la prohibition d'hypothéquer les biens dotaux, et qui, plus tard, alors même que les mêmes motifs n'existèrent plus, amenèrent l'inaliénabilité de la dot.

Ainsi se trouvent expliqués aussi par l'histoire, et encore dans l'intérêt, soit des maris, soit des pères, soit des besoins politiques, jamais en réalité en faveur de la femme, les deux principes dominant tout le système du régime dotal et qui en sont les caractères distinctifs : l'acquisition, de la part du mari, de tous les revenus des biens dotaux ; l'inaliénabilité de la dot.

22. Telle est l'origine, telle est la nature, telles sont les tendances des deux principaux régimes offerts par le législateur au choix et aux modifications des futurs époux. Partis, l'un des montagnes de la Germanie, l'autre des rives du Tibre, dans des temps bien éloignés de nous, et chez des peuples de mœurs bien différentes des nôtres, ils se sont rencontrés dans leur marche triomphale sur les bords de la Loire, au centre du royaume de France ; et de leur choc est résulté, non pas une fusion, si ordinaire dans des cas pareils, mais plutôt une profonde démar-

(1) L. 6 pro. ff. *de jure dot.* (23, 3.)

cation dans tous les principes du droit, entre les deux parties de territoire soumises à leur domination respective. Leurs dispositions, modifiées dans les accessoires et les détails, mais intactes dans leurs principes fondamentaux, ont survécu aux véritables causes qui les firent admettre, et ils se partagent encore de nos jours l'Europe entière (1). Véritables anomalies dans nos mœurs, en contradiction avec la position réelle de la femme dans la famille moderne, ces deux régimes vont à peu près au même résultat par des moyens différens.

23. *Examen rationnel et juridique.* Le mariage constitue, il faut le reconnaître, bon gré mal gré, une véritable société

---

(1) Le régime dotal forme le droit commun : 1° En Suisse, dans le canton de Vaud, une simple communauté d'acquêts ou de moitié d'acquêts peut être stipulée, art. 1085 du Code de ce canton; 2° En Sardaigne, art. 1573-1574, Code sarde; 3° Dans le royaume des Deux-Siciles, le Code de ce pays s'en réfère au titre des sociétés civiles, de même que le Code sarde, pour régler la communauté conventionnelle d'acquêts, art. 1347-1395, Code des Deux-Siciles; 4° Dans le royaume de Bavière, art. 13 et 32, Code bavarois.

Le régime de la communauté proprement dite, réduite aux meubles, forme le *droit* commun de la France, art. 1393, Code Napoléon. En *fait*, le régime de la communauté exerce son empire au Nord, dans les anciens pays de coutume, le régime dotal, au Midi, pays de droit écrit.

Le régime de la communauté universelle, sans distinction de meubles ou d'immeubles, est établi comme droit commun en Hollande, art. 174-175, Code hollandais.

C'est, au contraire, le régime de la séparation de biens, le plus éloigné peut-être de la raison et de la nature, qui forme le droit commun de l'Autriche, art. 1237 et 1227, Code autrichien, et de la Prusse, art. 345-353, Code prussien; mais avec cette précision importante, que le mari a l'usufruit des biens de sa femme, à l'exception de ceux qu'elle s'est réservés.

Enfin, d'après les art. 2312 et 2369 du Code de la Louisiane, le régime de la communauté, réduite aux acquêts ou gains, forme le droit commun de ce pays.

de personnes, qui s'unissent pour passer leur vie ensemble, travailler en commun et dans un même but. La loi romaine le reconnaissait elle-même, tout en adoptant le régime dotal, lorsqu'elle définissait le mariage, *conjunctio maris et feminæ consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (1). Mais que faudra-t-il décider, quant aux biens, c'est-à-dire, que vont devenir les biens propres à chaque époux à l'époque de leur union? à quoi vont être employés les fruits et les revenus de ces mêmes biens? de quelle manière vont être divisés, ou à qui appartiendront les produits de la collaboration commune? Telles sont les trois principales questions que doivent se poser deux personnes qui vont s'unir de ce lien indissoluble. Or, voici en substance les solutions que donnent les deux grands régimes.

24. *Régime dotal.* 1° Les biens de chacun des époux sont apportés, quant à la jouissance seulement, dans la société qui se forme; les biens de la femme ne pourront pas être aliénés, même avec le consentement de celle-ci; 2° les revenus de tous ces biens apportés de part et d'autre seront employés, d'abord à acquitter les dépenses du ménage commun, et, pour le surplus, ils seront acquis *en entier au mari*, sans distinction d'apport; 3° les deux époux vont travailler, chacun de son côté, en faveur et pour l'utilité de leur association; l'un prendra, pour sa part, ce qui exige de la force, de l'ardeur, ce qui expose aux dangers, la direction extérieure des affaires; l'autre se réservera ce qui demande de l'adresse, des soins, de la patience, la direction intérieure du ménage: travaux obscurs et modestes, mais qui, en réalité, surtout dans la classe moyenne et la basse classe, les deux plus nombreuses de la société constituent, une partie fort essentielle et fort importante de la vie commune, et concourent peut-être autant que ceux de l'autre époux, ou du moins dans une proportion bien peu

(1) L. 1, ff. *de ritu nupt.* (23, 2.)

inférieure, au succès des affaires de l'association. Dans le régime dotal, le produit de tous ces labeurs communs sera acquis *en entier au mari seul.*

Ainsi, sous ce régime, la totalité des bénifices que les époux pourront faire et provenant, soit de l'économie sur les fruits et revenus de leurs biens mis en commun, soit du produit de leurs travaux respectifs, est accordée au mari seul. Il est une espèce de société, frappée de réprobation chez tous les peuples civilisés, traitée dans la loi romaine par Ulpien de *iniquissima genus societatis* (1), vulgairement connue, depuis la fable du partage du lion, sous le nom de *société Léonine;* notre Code civil la définit, dans l'art. 1855, de la manière suivante: *la société qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices...* Comparez et jugez...

25. *Régime de la communauté.* 1° Toute la fortune mobilière de chacun des époux entrera dans un fonds commun, quant à la jouissance et quant à la propriété: cette masse, dite *communauté*, est livrée à l'administration et à la *disposition pleine et entière* du mari, sous la seule exception des dispositions à titre gratuit; les biens immeubles demeureront propres à chacun des époux (2), leurs fruits et revenus seuls tomberont en communauté; 2° tous les revenus, tant des biens tombés en communauté que de ceux restés propres, seront perçus au profit de cette communauté; 3° il en sera de même du produit des travaux communs des deux époux. A la dissolution, les biens composant la communauté seront divisés par moitié entre les deux époux, la femme n'étant tenue de la moitié des dettes

(1) L. 29, §. 2, ff. *pro socio* (17. 2).

(2) Il faut bien remarquer que, même dans nos mœurs actuelles, la fortune de la femme est presque toujours mobilière, le plus souvent celle des maris immobilière. Sous ce rapport, on peut dire que le motif d'admission de cette distinction faite au texte *supra* subsiste encore en faveur des maris.

et charges que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle retirera; mais elle ne pourra demander à son mari aucun compte de gestion ni disposition quelconque à titre onéreux.

Dans la société en commandite, le commanditaire, bailleur de fonds, n'est aussi passible des dettes et des pertes que jusqu'à concurrence de sa mise, sans même que les bénéfices retirés de bonne foi soient rapportables (1); il ne fournit ni son travail, ni sa coopération aux entreprises et aux opérations journalières de la société; et cependant les gérans administrateurs sont comptables envers lui de tous les capitaux et revenus.

Dans l'association conjugale ou communauté, le mari, en retour de la dot qu'il recoit et des travaux de son épouse, *s'oblige* à rendre à celle-ci la moitié de ce qui restera du fonds commun, s'il a jugé à propos de laisser quelque chose. Il est vrai que la femme a une hypothèque légale pour sûreté de cette grande obligation! L'art. 1174 du Code civil porte textuellement : *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige...* Comparez et jugez...

26. Daus le premier de ces deux régimes, la femme, par un excès de prudence et de crainte pour sa fortune, la dépose entre les mains de son mari, avec permission d'en jouir et d'en faire les fruits siens, sous la seule condition de lui rendre, dans un délai plus ou moins long et incertain, cette même fortune intacte, sans diminution ni augmentation. Cela ne ressemble pas mal à l'avare qui enfouit son trésor, de peur de le perdre en le livrant à la circulation.

Dans le régime de la communauté, la femme, se livrant à des calculs ambitieux, mais paresseux, confie son avoir à un spéculateur de son choix, qui lui promet de faire fructifier cette fortune, jointe à une partie de la sienne propre, avec

---

(1) Art. 26, Code com. et interprétation de cet article par la jurisprudence.

convention de partager à la fin les capitaux et les revenus, s'il existe des uns ou des autres, s'en remettant du reste à la bonne foi de son mari, s'interdisant le droit de lui demander aucun compte d'administration ni de disposition. Cela ne ressemble pas mal au prodigue, qui, pour se débarrasser des soins et des tracas des affaires de son patrimoine, le confie à un homme de confiance qu'il établit son fondé de pouvoirs pleins et entiers, lui promettant d'approuver, et approuvant d'hors et déjà tous actes d'administration, de direction et même de disposition à titre onéreux.

27. Entre l'avare et le prodigue se trouve l'homme rangé, le *bon père de famille*. Entre le régime dotal et celui de la communauté, ne pourrait-il pas exister un régime mixte, qui, profitant des avantages des deux, sans avoir leurs défauts, fût mieux approprié à nos mœurs, à la position réelle de la femme dans notre société, et à l'état des fortunes de notre époque ? (1)

---

(1) En théorie, le régime de la communauté *universelle* nous semblerait le plus en rapport avec l'esprit et la nature de l'union des époux et leur but commun. Le législateur français aurait-il dû peut-être, comme l'a fait le législateur hollandais, adopter ce régime, mieux approprié, même en pratique, aux besoins et à la position de la basse classe de la société, la seule qui ne rédige pas de contrat de mariage, en restreignant toutefois dans de justes limites les pouvoirs exorbitans du mari sur les biens composant la communauté.

Mais pour la classe riche et la classe aisée, nous conseillerions volontiers l'adoption d'un régime mixte dont les principales bases seraient les suivantes :

1° Exclusion de toute communauté, quant à la propriété, des biens propres à chacun des époux ;

2° Communauté d'acquêts, avec division ultérieure de cette communauté, d'après un tarif déterminé lors du contrat de mariage. Dans la détermination de ce tarif, avoir égard à la valeur productive des apports de chacun des époux, à leur industrie personnelle, etc., de manière à ce que le partage dût se faire proportionnellement au mode dont chacun des futurs conjoints est présumé devoir concourir à la formation des acquêts,

Le choix d'un tel régime, difficile à déterminer *à priori*, puisqu'il doit varier le plus souvent, avec la position spéciale des personnes et l'état de leur fortune, doit être, de la part des futurs époux, ou de leurs parens, l'objet d'un examen sérieux et de profondes méditations. De la nature et des conséquences des conventions matrimoniales, peut dépendre le bonheur ou le malheur de la vie entière des conjoints. Sans doute, le sentiment du devoir pourra être très-puissant, déterminant même sur le cœur de quelques épouses : elles travailleront celles-là avec zèle, avec activité et persévérance, au succès du ménage, dans la seule vue de l'accomplissement d'un devoir moral, et le désir d'être agréables à leurs époux ; d'autres pourront être déterminées par l'intérêt des enfans ; sans doute, encore, on peut dire que dans quelques cas, bien rares, l'espoir d'une récompense de la part du mari, au moyen d'une donation ultérieure, pourra influer sur la conduite de la femme. Mais, pourquoi dans une matière si délicate et si importante que l'union et la tranquillité des ménages, négliger un moyen aussi puissant et aussi déterminant en *pratique* que celui de l'intérêt, surtout dans un siècle d'égoïsme et d'ambition, quand presque tout le monde s'approprie de fait pour devise, cet adage du palais : *l'intérêt est le mobile des actions*. — D'ailleurs et au-dessus de ces considérations pratiques, domine et dominera toujours ce principe d'éternelle justice qui veut que l'on ne s'enrichisse pas

---

soit par sa fortune et les revenus de ses biens propres, soit par son industrie ;

3° Aliénabilité des biens de la femme, tout aussi bien que de ceux du mari ;

4° Administration de tous les biens, dévolue sans réserve au mari comme chef de l'union conjugale ;

5° Concours et consentement de la femme, ou tout au moins autorisation de la justice, pour la *disposition* (aliénation, constitution d'hypothèque, etc.), de quelques biens que ce fût, propre de l'un ou de l'autre des époux, ou acquêts.

aux dépens d'autrui et qui commande de rendre à chacun ce qui lui appartient : *neminem lædere, suum cuique tribuere.*

Et que l'on ne dise pas que c'est matérialiser l'union des époux, en déterminant avec tant dé précision leurs droits respectifs sur leurs biens. Quel est l'objet des conventions matrimoniales, si ce n'est de faire cette détermination? Et puisque tout le monde s'accorde pour reconnaître la nécessité de ces conventions, pourquoi vouloir en exclure l'équité, la raison, la justice. L'union des personnes est le principal dans le mariage, cela est vrai; mais pourquoi résoudre l'accessoire tout en faveur de l'une des parties, au préjudice de l'autre? D'ailleurs, et en répondant directement à l'objection, pourquoi vouloir matérialiser ainsi la supériorité du mari, en lui donnant pour attributs des droits exorbitans sur la fortune de sa compagne, en lui en concédant les revenus, ou, ce qui peut être pire, la libre disposition, presque la pleine propriété, au lieu de conserver cette supériorité naturelle de l'homme dans toute sa pureté, en ne l'appliquant qu'aux personnes et à la protection due aux biens, c'est-à-dire à leur direction et administration.

28. C'est dans ce champ vaste et fertile que peut se développer la volonté libre des parties pour le choix des conventions matrimoniales; car, nous l'avons fait observer et le Code le reconnaît formellement dans l'art. 1387 : « La loi ne régit l'asso» ciation conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conven» tions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le » jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires» aux prohibitions déja énumérées, c'est-à-dire aux bonnes mœurs, à l'ordre public, aux lois prohibitives.

29. Cette liberté pour les conventions matrimoniales a été reconnue si utile et si nécessaire par le législateur, qu'en sa faveur il a levé en partie l'incapacité provenant de l'âge.

La loi romaine, confondant les développemens physiques du corps, avec le développement intellectuel de la raison et du jugement, avait fixé la même époque de l'âge de l'homme comme

terme de présomption légale de puberté et d'une certaine capacité juridique. Le législateur français a cru, au contraire, devoir assigner des époques différentes à ces diverses présomptions légales, parce que le développement physique semble, en fait, surtout dans la femme, précéder le développement intellectuel: la raison ne se forme et le jugement ne murit que par l'expérience et l'éducation.

Mais comme les conventions matrimoniales doivent nécessairement précéder la célébration du mariage, en autorisant cette célébration à 15 et 18 ans, il fallait habiliter le mineur et le rendre capable de régler ces conventions: qui veut la fin, veut les moyens. Toutefois, la loi a su concilier la faveur due aux mariages, avec l'intérêt pécuniaire des mineurs. Pour prévenir l'abus de la liberté accordée à ceux-ci, et les suites peut-être désastreuses pour leurs fortunes, de la légèreté et de l'inexpérience, la loi exige dans les contrats de mariage des mineurs, l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage lui-même. Mais aussi avec cette assistance, *le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible* et à faire à son conjoint toutes les donations autorisées entre futurs époux, d'après les règles générales que nous allons étudier dans une seconde partie (art. 1398 et 1095.)

DEUXIEME PARTIE.

Des Dispositions permises en faveur des mariages.

30. Les conventions matrimoniales ont principalement pour objet les biens actuels des époux, leur fusion ou leur séparation, leur administration et jouissance, leur destination, leur reprise. Par conséquent, elles présupposent, en principe général du moins, l'existence d'une propriété actuelle de la part de chacun des futurs époux, ou du moins de l'un d'eux; cette propriété suppose elle-même une acquisition, soit à titre d'écono-

mie et d'acquêts personnels, soit à titre de succession, soit à titre de donation.

Dans l'état actuel de la société, il faut reconnaître que la grande majorité des jeunes personnes de l'un et de l'autre sexe qui contractent mariage, ont encore peu acquis au moyen de leur travail et de leur industrie personnelle. La première période de la vie est un temps de préparation, et le mariage est le plus souvent le premier pas dans la seconde période, temps de travail réel et lucratif, ou plus exactement peut-être et plus rationnellement, le mariage suit de près le choix d'un état dans la vie sociale. Ce ne sera donc que dans des cas assez rares, que l'on trouvera une acquisition personnelle de la part des futurs époux garçons, presque jamais de la part des filles, si ce n'est peut-être dans la basse classe de la société, bien peu rétribuée pour son travail, mais plus économe et moins adonnée au luxe.

D'un autre côté, les enfans assez malheureux pour se trouver à leur entrée dans la vie civile, en possession du patrimoine délaissé par leurs parens, ne sont pas heureusement bien nombreux. Ceux-là ont ressenti trop tôt le poids de la direction des affaires domestiques; ils ont maudit une liberté achetée si cher; ils *ont été privés* des conseils d'un père, des caresses d'une mère!...

La source la plus habituelle des biens constituant la dot (*sens gen.*) des jeunes époux, devra donc se trouver dans les donations qui leur seront faites en vue de leur mariage et pour le faciliter. Ce sera un père, une mère, un frère, une sœur, un oncle, un parent, un étranger peut-être, ami de la famille : tous viendront quelquefois contribuer à l'établissement d'un fils bien aimé, d'une sœur chérie, d'un neveu prévenant, d'un ami cher au cœur: tous voudront apporter à la nouvelle famille qui va se former sous leurs auspices le témoignage de leur affection, le symbole de leur patronage.

31. Ces élans généreux et spontanés, qui ne sont le plus souvent que l'accomplissement d'un devoir naturel, qui n'en est

pas moins réel et sacré, quoique le législateur ne l'ait pas élevé au rang d'obligation civile (cpr. art. 204, civ.), et qui sont toujours la plus belle et la plus utile expression d'une bienfaisante générosité, le législateur n'a pas pu les négliger et les laisser exposés aux entraves apportées aux donations ordinaires. La loi doit encourager les mariages, et l'un des moyens les plus efficaces d'y parvenir est certainement de faciliter les donations aux futurs époux. « Partout où il se trouve une place où deux personnes peuvent vivre commodément, il se fait un mariage. La nature y porte assez lorsqu'elle n'est pas arrêtée par la difficulté de la subsistance. » (1) Aussi, le conseiller d'état Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs, après avoir dit « que toute » loi dans laquelle on ne chercherait pas a encourager les ma- » riages, serait contraire à la politique et à l'humanité, » ajoute : « loin de les encourager, ce serait y mettre obstacle, si l'on ne » donnait pas le plus libre cours aux donations sans lesquelles ces » liens ne se formeraient pas. »

Il faut reconnaître, en effet, et non à l'honneur de l'humanité, que les fortunes, qui devraient être considérées dans les mariages comme chose tout-à-fait accessoire et secondaire, jouent trop souvent le plus grand rôle, et sont, à proprement parler, le motif déterminant. Aussi, pourrait-on considérer les donations faites en faveur des mariages, comme de véritables conventions anté nuptiales ; et, par suite, le législateur aurait-il dû peut-être placer les règles sur ces donations au titre du *contrat de mariage*, et la distinction que nous fesons nous-mêmes entre les *conventions* et les *dispositions* permises en faveur des mariages est-elle aussi arbitraire. A l'appui de cette manière de voir, on pourrait citer la jurisprudence et la doctrine qui s'accordent à peu près pour reconnaître aux donations par contrat de mariage le caractère d'acte à titre onéreux, et sou-

(1) Montesquieu, Esprit des Lois, xxiii, 10.

mettent en conséquence le donateur à la garantie des objets donnés. Ces principes peuvent être parfaitement justes en fait et en pratique; mais en droit et en théorie, il n'en est pas moins vrai que le nom de *conventions matrimoniales* doit être réservé aux conventions proprement dites, intervenues entre les futurs époux, à l'effet de régler leur association conjugale quant aux biens. Il est plus rationnel et surtout plus logique, d'étudier les donations faites aux futurs époux par des tiers, ou par l'un d'eux à son conjoint, dans leurs points de contact et de différence avec les donations ordinaires. Les faveurs et les priviléges dont le législateur a entouré les abords du mariage, apparaissent mieux dans leur ensemble par suite de cette comparaison.

32. Les conditions mises par la loi à la validité des donations entre-vifs ordinaires, peuvent se résumer ainsi :

1° Prohibition de disposer de certains biens;

2° Prohibition d'apposer aux donations certaines conditions;

3° Prohibition de disposer au-delà de certaines portions de biens, déterminées et déclarées seules disponibles par la loi;

4° Nécessité de certaines formalités spéciales.

Ces conditions de validité sont de véritables restrictions apportées par la loi à la liberté absolue de disposer de sa propriété, reconnue par la première partie de l'art. 544, civ. en faveur de tout propriétaire. Toutes n'ont pas cependant le même but et le même résultat : les unes règlent la manière de disposer, les autres prohibent la disposition elle-même; celles-ci s'attaquent au fond même et au principe de la donation, celles-là n'ont pour objet que sa forme. Mais toutes pouvant avoir une influence restrictive plus ou moins efficace sur la détermination du donateur, nous devons examiner chacune de ses règles en particulier, voir quelles sont celles que le législateur a cru pouvoir modifier en faveur des mariages, dans les donations faites à leur occasion et le plus souvent pour obtenir leur réalisation, soit par les tiers aux époux, soit par les époux

entr'eux. Nous ne parlons pas des causes de révocatio n des donations, c'est-à-dire de l'inexécution des conditions, de l'ingratitude, de la survenance d'enfants : les règles qui les déterminent ont pour objet, moins la donation elle-même, que ses effets ultérieurs; elles s'appliquent à une donation déja effectuée, et non à une disposition à faire. Or, notre travail a pour objet les dispositions *permises* et partant *à faire*, et non les donations *faites*, les effets de celles déjà *effectuées*. Le meilleur moyen de bien comprendre une matière que l'on étudie, c'est d'en écarter, dès le principe, toutes les questions et toutes les autres matières qui, n'ayant avec elle que de fausses apparences de connexité directe ou de liaison intime, ne serviraient qu'à y jeter de la confusion et du désordre. Bien diviser est le secret de la méthode, a dit un logicien. Nous dirons nous : bien spécialiser son sujet est le secret de la clarté et de la précision.

Section première.

Des biens dont il est permis de disposer.

33. La règle générale en cette matière, pour les donations ordinaires, est formulée par le législateur dans l'art. 943 ainsi conçu :

« La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les *biens* » *présens* du donateur : si elle comprend les *biens à venir*, elle » sera nulle à cet égard. »

Ce qui est conforme : 1° au principe de l'*actualité*, l'un des caractères distinctifs de la donation entre-vifs (art. 894); 2° à l'adage reçu comme règle fondamentale en cette matière, *donner et retenir ne vaut*; 3° à la prohibition générale dans notre législation, de faire aucune convention quelconque sur une succession future (art. 791, 1130, 1389.) L'ordonnance de 1731 ne se bornait pas même, comme le code actuel, à prononcer la nullité de la seule partie de la donation portant snr les biens

à venir : elle annulait pour le tout la donation de biens présens et à venir ordinaire (art. 15.)

La faveur des mariages a cependant fait fléchir la sévérité de cette prohibition. Il aurait été, en effet, injuste d'assujettir les parens donateurs aux règles qui distinguent d'une manière absolue les donations entre-vifs des testamens. Le père qui marie ses enfans s'occupe de leur postérité ; la donation actuelle doit donc être presque toujours subordonnée à des dispositions sur la succession future ; les contrats de mariage participent de la nature des actes entre-vifs et des testamens. D'ailleurs, l'homme se dépouille de ses biens avec une bien plus grande facilité pour le temps où il n'existera plus que pour le moment présent et pendant sa vie. Les testamens sont plus fréquens que les donations entre vifs ; mais le testament n'est pas de sa nature, une disposition assez fixe et assez certaine pour déterminer les mariages. La disposition qui a servi de motif peut être déterminant aux parties, sur la foi de laquelle elles ont contracté une union indissoluble : cette disposition doit être tout aussi indissoluble, tout aussi irrévocable.

34. C'est par ces motifs que la loi permet en faveur des mariages les donations, tant de biens présens que de biens présens et à venir cumulativement, et même de biens à venir proprement dits : ces diverses espèces de donations ont des règles générales qui leur sont communes ; chacune d'elles en a qui lui sont spéciales à raison de la différence de leurs objets.

GÉNÉRALITÉS.

35. Il en est des dispositions permises en faveur des mariages, comme des conventions matrimoniales, quant à l'époque de leur confection. Pour participer aux faveurs spéciales de la loi, elles doivent être faites avant la célébration du mariage, but final et cause réelle de ces priviléges. Le mariage une fois contracté, ils n'auraient plus de motifs raisonnables, *quia non*

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

potest dici contrahentes aliter non fuisse contracturos, qu jam contraxerunt, pour nous servir des expressions énergiques d'un auteur du vieux droit français. Mais, avant cette célébration, il n'y a pas de délai fixé, et la donation faite en faveur d'un mariage, même longtemps avant cette célébration, n'en serait pas moins valable : *etiam si tractatus ille diù præcedat matrimonium; secùs si sequatur*, dit Dumoulin.

Il y a cependant dérogation à cette règle, en faveur des donations faites entre époux, même *post nuptias*, et pendant le mariage ; mais ces donations sortent de notre sujet.

36. De même encore que les conventions anténuptiales, les donations *in favorem matrimonii* ne sont valables et efficaces qu'autant que le mariage a lieu ; jusqu'à sa célébration, elles restent en suspens, leur existence est conditionnelle (art. 1088). Si le mariage célébré, est plus tard déclaré nul, la donation aura le même sort ; elle sera considérée comme n'ayant jamais existé, sauf les droits que la bonne foi aurait pu faire acquérir. Mais aussi, et par une conséquence qui découle nécessairement de la nature des conditions et des obligations conditionnelles (cpr. art. 1179), il faut reconnaître que, dès l'instant de l'accomplissement de cette condition suspensive, la célébration du mariage, l'existence légale et entière de la donation rétroagit au jour de l'acte ; en sorte que ce sera à cette époque et à ce jour qu'il faudra remonter pour examiner la capacité des parties, et que les changemens d'état postérieurs, antérieurs même à la célébration du mariage, n'auront aucune influence sur l'efficacité de la donation. C'est ainsi que la mort du donateur, survenue dans l'intervalle du contrat à la célébration, ne préjudiciera en rien à la donation.

37. Les donations en faveur du mariage doivent, en règle générale, être faites aux futurs époux ou à l'un d'eux. Celles de biens présens ne peuvent même être faites qu'à eux seuls (art. 1081) ; ce qui n'empêche pas qu'elles ne profitent, plus tard, aux enfans à naître, si leur objet a été conservé en tout ou en

partie et se trouve dans leur succession; mais il n'y a aucune obligation pour le donataire de conserver et de rendre, pas plus que dans les donations ordinaires.

Les donations de biens à venir ou de biens présens et à venir, ne saisissant pas actuellement le donataire, peuvent être faites tant au profit des époux que des enfans à naître de leur mariage; il y a alors, en faveur de ces derniers, une substitution vulgaire autorisée par l'art. 898; et même une pareille donation, quoique faite seulement au profit des époux ou de l'un d'eux, sera, au cas de survie du donateur, présumée de plein droit faite au profit des enfans et descendans à naître du mariage (art. 1082 et 1089 combinés). Ces dispositions sont en effet faites, moins en faveur de la personne même de l'époux, qu'en faveur du mariage lui-même, et par suite des enfans à naître, but du mariage. D'ailleurs, comme le remarque Grenier, avec son énergie ordinaire d'expression, c'est sur la foi de ces donations que deux époux s'unissent et que *des enfans naissent*, et il ne faut pas que ceux-ci en soient privés, parce qu'ils auront eu le malheur de perdre trop tôt leurs parens.

38. Mais là doit s'arrêter la destination du donateur, et il ne lui est pas permis de disposer directement au profit des enfans à naître. L'ordonnance de 1731 (cpr. art. 10, 17, 18) permettait, à la vérité, de faire par contrat de mariage des donations aux enfans à naître du mariage, pris isolément. Mais telle n'a pas été la volonté du nouveau législateur. On sent les inconvéniens que présentait une donation faite à des personnes qui n'existaient pas et qui pouvaient ne jamais exister. La loi n'a plus voulu que les propriétés fussent ainsi flottantes et incertaines, se trouvant en quelque sorte sans maître. Le principe général qu'il faut au moins être conçu pour avoir la capacité de recevoir, est formellement exprimé dans l'art. 906, et il est reproduit, pour les donations de biens présens faites en faveur d'un mariage, dans l'art. 1081. Il est vrai que

cet article pose une exception, quant aux donations faites dans les cas prévus au chap. 6 du même titre (l'on peut ajouter maintenant, *et dans la loi du 17 mai 1826*); mais cette exception n'en est pas une en réalité, puisque, dans les cas indiqués, il n'y a, et il ne peut y avoir qu'une substitution fideicommissaire en faveur de ces enfans. Or, ces sortes de substitutions supposent, de leur nature même, un grevé, qui demeurera propriétaire, au cas où la substitution éventuelle ne puisse avoir lieu : le substitué n'est appelé qu'en seconde ligne.

Faudra-t-il étendre ces principes aux donations de succession future, ainsi qu'à celles des biens présens et à venir?

Il résulte, à la vérité, comme nous l'avons fait observer, de la combinaison des art. 1082, 1084 et 1089, que ces donations peuven têtre faites, et même sont présumées de plein droit faites, tant au profit des époux qu'au profit des enfans à naître du mariage. Mais remarquons d'abord que le nouveau législateur ne dit pas, comme celui de 1731, que ces donations pourront être faites aux conjoints *ou* à leurs enfans à naître, mais bien, tant au profit des uns *qu'au* profit des autres, ce qui revient à ceci : qu'elles pourront être faites au profit des époux *et* de leurs enfans à naître. Or, il existe une très-grande différence entre les dispositions permises sous la forme *conjonctive*, *cumulative*, et celles qui le seraient sous la forme *disjonctive* ou *alternative*. De cette différence d'expression, résulte de la part de notre législateur, la preuve manifeste qu'il n'a pas voulu déroger, en faveur des donations dont nous nous occupons, au principe général de l'art. 906, alors surtout que le contraire n'avait été induit de l'ordonnance qu'à raison même de cette forme disjonctive et alternative d'expression. Cette interprétation est, d'ailleurs, confirmée par la disposition de l'art. 1089, qui ne prononce la caducité de ces donations que dans le cas du prédécès *de l'époux donataire et de sa postérité* : celle-ci, la postérité, ne vient donc qu'en seconde ligne, et au cas seulement du prédécès de l'époux donataire direct.

Enfin, et sans revenir sur les inconvéniens qui résulteraient de l'incertitude de la propriété, au cas surtout du décès du donateur survenu avant la naissance des enfans donataires directs, nous ferons remarquer que les motifs qui ont fait admettre les donations de biens à venir, n'existaient plus pour valider les dispositions faites *directement* aux enfans à naître, qui ne sont pas même conçus. La faveur des mariages, et les encouragemens vers cette institution morale et sociale, ont motivé cette admission: or, si l'époux ne devait pas personnellement profiter, ou du moins avoir la chance de profiter de la donation, elle serait à peu près sans influence pour déterminer le mariage.

SPÉCIALITÉS.

Article premier.

Des Donations de biens présens.

39. La seule exception apportée aux règles générales des donations entre-vifs, en faveur des donations de biens présens *permises* par contrat de mariage, a pour objet l'acceptation expresse, qui, comme nous le verrons plus bas (n° 82), n'est pas exigée dans les donations dont nous nous occupons. Les autres priviléges de ces donations se rapportent à leurs effets ultérieurs; ainsi une semblable donation n'est révoquée ni pour cause d'ingratitude (art. 959), ni pour cause de survenance d'enfans, si elle est faite par l'un des époux à son conjoint (art. 960).

Mais, en principe, les donations de biens présens, quoique faites, en faveur de mariage, aux époux ou à l'un d'eux, restent soumises aux règles générales prescrites pour les donations entre-vifs ordinaires (art. 1081). Elles opèrent le dessaisissement actuel et irrévocable de la propriété de l'objet donné au profit du donataire, sauf la condition suspensive de la célébration du mariage (1088). La disposition de l'art. 1089, qui

prononce la caducité de certaines donations, au cas de survie du donateur à l'époux donataire et à sa postérité, ne leur est donc pas applicable. L'époux donataire a la pleine propriété des objets donnés; il peut en disposer comme il l'entendra; et s'il n'en a pas disposé, ses héritiers, tant collatéraux que directs, les recueilleront dans sa succession, à moins toutefois que le donateur ne se soit expressément réservé le droit de retour, conformément au principe général de l'art. 951.

40. Ces principes sont même applicables aux donations de biens présens, faites par l'un des époux à son conjoint, avant le mariage, à moins que la condition de survie n'ait été formellement exprimée dans l'acte. On décidait assez généralement, sous l'empire de l'ordonnnance de 1731, que la condition de survie était sous-entendue de plein droit dans ces donations (1). Ricard (2) avait cependant établi l'opinion contraire avec sa force ordinaire. C'est cette dernière opinion que le nouveau législateur a adoptée dans l'art. 1092.

La donation de biens présens peut être faite sous des conditions potestatives de la part du donateur; elle peut l'être sous la condition de payer toutes les dettes de ce dernier; le donateur peut se réserver de disposer d'un objet, sans que cet objet cesse d'être compris dans la donation. Mais, dans ces divers cas, la donation ne conserve plus le même caractère; elle n'est plus une véritable donation de biens présens, du moins quant à ces diverses clauses exceptionnelles. Aussi nous réservons-nous d'en parler, d'une manière spéciale, dans une section particulière.

Art. II.

Des Donations cumulatives de biens présens et à venir.

41. L'intérêt et la cupidité sont des mobiles si puissans

(1) *Vid.* Furgole, quest. 49, sur cette ordonnance.

(2) *Traité des Donations*, 3e *part.*, nº 819.

des actions de l'homme, que le législateur a dû prévoir et prohiber ce qui, en leur servant d'aliment, pourrait mettre l'homme entre le devoir et une funeste ambition. Dans les traités sur une succession future, le décès d'une personne étant le terme suspensif de l'engagement, le créancier serait porté à former des vœux réprouvés par la morale, peut-être même à commettre des actions criminelles (1). C'est encore la morale qui condamne l'empressement irrévérentiel et contre nature de l'héritier, qui veut jouir et tirer profit de la succession de son parent vivant, sans se préoccuper des besoins que peut avoir celui-ci avant son décès, ni de son propre prédécès fort possible.

C'est par ces motifs que notre législateur a sévèrement proscrit et annulé, d'une manière absolue, tous traités, toutes conventions, tous pactes quelconques sur une succession non encore ouverte (art. 1130). La loi romaine elle-même avait porté la même prohibition, mais pas d'une manière aussi absolue. On ne considérait à Rome de tels pactes comme contraires à la morale, *quæ contra bonos mores inita sunt*, que relativement à la personne dont la succession devenait ainsi, de son vivant et sous ses yeux, l'objet de traites pécuniaires. Dès-lors on décidait que le consentement de celle-ci suffisait pour purger le vice relatif de ces pactes, *sublata acerbissimâ spe ;* voilà pourquoi Justinien dit dans l'une de ses constitutions : *Secundum veteres regulas, sancimus omnimodo hujusmodi pacta,*

(1) Le contrat de rente viagère, celui des assurances sur la vie de l'homme, sont de véritables stipulations sur une partie d'une succession future. Aussi ne sont-ils peut-être pas tout-à-fait conformes à une saine morale. En Angleterre se trouve établi par l'usage un autre contrat, l'inverse de ceux-là, et qui a, lui, un caractère essentiellement moral et désintéressé : c'est l'emprunteur d'un capital qui s'oblige à payer, tant qu'il vivra, des annuités fixées entre parties ; en sorte qu'à son décès le capital demeure irrévocablement acquis à ses héritiers.

quæ contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cujus hæreditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit; tunc etenim, sublata acerbissimâ spe, licebit eis illo sciente et jubente hujusmodi pactiones servare (1).

De ces principes, il faut conclure qu'en droit français les donations de succession future sont nulles, alors même qu'elles ont pour auteur la personne même *de cujus hereditate agitur*, puisque le consentement ni la participation de celle-ci ne purge pas, dans notre droit, le vice général de ces conventions, de ces obligations. On serait conduit, au contraire, à décider qu'en droit romain une pareille disposition serait valable, si le donateur a persévéré dans sa détermination jusqu'à sa mort; ce qui est contraire cependant à plusieurs textes formels de cette loi *(2)*. C'est qu'en effet, les principes énoncés ne sont pas le seul motif de prohibition de toute donation de succession future.

La faculté de disposer de ses biens pour le temps où l'on n'existera plus, semble sortir des attributs naturels du droit de propriété; à la loi seule semblerait réservé et dévolu le droit de régler cette transmission. Le droit civil a cependant attribué ce droit et cette faculté à tout propriétaire, l'investissant ainsi, en quelque sorte, des pouvoirs du législateur lui-même, et la loi ne dispose de la succession que dans le cas où le défunt ne l'a pas fait lui-même. Mais, dans l'exercice de ce droit, et dans l'accomplissement de cette magistrature domestique, l'homme doit jouir d'une pleine liberté, d'une entière indépendance; il doit y avoir distribution spontanée, expression de la volonté d'un seul, et non convention, contrat;

---

(1) c. 30 C. *de pactis* (2, 3.)

(2) Cfr. c. 5 C. *de pact. conv. sup. dot.* (5.14.),—c. 15 C., *de pactis* (2. 3.)

voilà pourquoi le jurisconsulte Ulpien écrivait dans ses discussions sur l'Edit, *verba contraxerunt*, *gesserunt*, *non pertinent ad testandi jus (1)*; d'un autre côté, cette loi domestique, cette *testatio mentis de eo quod quis post mortem suam fieri velit*, doit être l'expression de la *dernière volonté* de celui qui, sur les bords de la tombe, fait le partage de sa dépouille. Aussi a-t-on regardé toujours comme *inaliénable* le droit de tester, et toute disposition de ce genre est essentiellement révocable, nonobstant toute renonciation contraire (art. 895): *nemo eam sibi potest testamento legem dicere, ut à priore ei recedere non liceat (2)*.

En présence de semblables raisons, la loi romaine n'avait pas cru pouvoir faire exception à la prohibition générale de toute *donation de succession future*, même en faveur de mariage (3). Ce ne fut que dans l'ancien droit français qu'une pareille exception fut admise sous le nom d'*institutiou contractuelle*. Faut-il rechercher l'origine et la cause de cette admission, comme le fait de Laurière (4), dans l'application et l'extension aux anciens possesseurs de fiefs, militaires par position sociale, de la loi 19, au Code, *de pactis*, qui autorisait une disposition analogue entre soldats, à raison même de la grande liberté de disposer dont jouissaient les militaires à Rome? Faut-il, au contraire, avec d'autres auteurs, considérer l'institution contractuelle comme une suite et une conséquence du droit d'aînesse et des priviléges dont il était entouré? Nous aimons mieux ne voir la véritable cause de cette exception importante que dans la grande faveur accordée, en France, aux

---

(1) L 20 ff. *de verbor. sign.* (50, 16.)

(2) L. 22 pr. ff. *de legat.* 3° (32, 1.)

(3) Cfr. c. 5 C. *de pact. conv. supr. dot.* (5, 14), — c. 15 C. *de pact.* (2, 3.)

(4) *Traité des institut. et substitut. contrat.*

mariages, alors surtout qu'elle n'a été admise que dans les contrats de mariage.

42. Quoi qu'il en soit de cette origine, toujours est-il que l'ordonnance de 1731 *reconnut* et autorisa les donations de successions futures, faites en faveur des mariages (art. 17), qu'elles eussent pour auteurs les ascendans des époux, les époux eux-mêmes ou des tiers. Le Code civil a adopté les mêmes principes, sauf la destination aux enfans à naître pris isolément, comme nous l'avons déjà vu (n° 38).

Ainsi, règle générale, personne ne peut disposer à titre de donation de tout ou partie des biens à délaisser au décès (art. 1130 et 943); exception, une semblable disposition est permise en faveur des mariages (art. 1082-1084).

43. Mais quelle est la véritable nature de cette donation de succession future, de cette disposition de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès? faut-il y voir une véritable donation de biens à venir? Non; car la succession d'une personne, du donateur dans l'espèce, se composera, en règle générale du moins, et des biens possédés et présens à l'époque de la disposition, et de ceux acquis postérieurement, entre la donation et le décès; le tout, déduction faite des dettes et charges existantes, et de celles créées postérieurement. Il arrive même, en fait, et habituellement, à raison de l'âge avancé des personnes qui consentent ordinairement à faire de semblables donations, que la succession se compose presque exclusivement des biens existans et *présens* à l'époque de la disposition.

De cette dualité d'objet, il résulte que la donation de succession future peut être comprise de deux manières différentes :

1° Cumulative de biens présens et à venir, elle peut être *indivisible*, même dans son exécution; en sorte que le donataire soit obligé, à l'ouverture de son droit, d'accepter ou de répudier

pour le tout, sans distinction entre les biens *présens* et les biens *à venir*;

2° Cumulative également des biens présens et des biens à venir, dans sa nature, elle peut être stipulée divisible dans son exécution; en sorte que le donataire puisse, à l'ouverture de son droit, opter entre les biens présens seuls, ou les biens existans au décès en masse et sans distinction d'origine.

§ PREMIER.

Donation cumulative indivisible des biens présens et à venir, en tout ou en partie, ou institution contractuelle proprement dite.

I. — *Nature de cette donation.*

44. L'institution contractuelle (1) est une obligation que contracte l'instituant envers l'institué de lui laisser, à titre d'héritier, tout ou partie des biens qui lui resteront au jour de sa mort; c'est un testament irrévocable, ou mieux une *donation irrévocable de la succession du disposant.*

C'est une donation *irrévocable*, et à ce titre l'héritier institué a des droits plus assurés que l'héritier *ab intestat* ordinaire, puisque l'instituant donateur ne peut plus faire des dispositions à titre gratuit, en règle générale du moins.

C'est une donation *de succession*, et par suite l'institué a des droits moins assurés que le donataire entre-vifs ordinaire, puis-

(1) La disposition par laquelle l'homme *fait un héritier* prend le nom d'*institution d'héritier* : c'est ainsi que l'on dit d'un testament qu'*il renferme une institution d'héritier*; mais, dans ce cas, l'institution est simple, elle est le résultat de la volonté d'un seul : c'est un acte unilatéral Dans la donation, au contraire, l'institution est le résultat du concours de deux ou plusieurs personnes, il y a *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, il y a véritable contrat. De là le nom d'*institution contractuelle.*

que l'instituant peut, pendant le reste de ses jours, disposer de ses biens à titre onéreux.

L'héritier institué est donc dans une position à peu près identique à celle de l'héritier *ab intestat* réservataire quant à sa réserve. De même que celui-ci, la place d'héritier lui est assurée; comme lui il sera saisi de plein droit des biens, droits et actions du donateur défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession; l'art. 724 du Code civil, qui n'est que l'expression de la règle, *le mort saisit le vif*, lui est applicable, à moins qu'il n'existe des héritiers à réserve, auxquels il devra demander la délivrance. (Arg. art. 1004, 1011.)

Semblable, sous certains rapports, à l'ancienne *donation à cause de mort*, puisqu'on peut lui appliquer cette remarque caractéristique faite par Tribonien : *Magis se donator velit habere quam eum cui donat, magis eum cui donat quam hæredem suum* (1), l'institution contractuelle en diffère par son irrévocabilité; elle en diffère encore en ce que l'institution contractuelle n'est pas exclusivement personnelle à l'institué, et que, semblable au droit de l'héritier *ab intestat*, elle passera au cas du prédécès de l'institué avant l'instituant, à ses descendans; toutefois, ceux-ci dans ce cas ne viendront pas par représentations, mais bien *jure proprio* et à titre de substitués.

Développons les deux caractères distinctifs de l'institution contractuelle.

45. *Donation irrévocable.* — L'instituant a déjà fait un héritier, et la loi lui défend d'en faire d'autre. Aussi, toute disposition à titre gratuit, d'une quote-part de ses biens, lui est interdite. Mais cette prohibition ne s'étend pas cependant dans sa rigueur à toutes les donations à titre particulier : celles-là lui demeurent permises qui n'ont pour objet que des sommes modiques : *sed non impeditur quædam particularia legare, manente institutione in sua quota*, disait Dumoulin *sur l'art.* 22 *de*

(1) §. 1, inst. *de donat* (2 7·)

la coutume du Bourbonnais. Que faut-il entendre par ces mots *sommes modiques, à titre de récompense ou autrement*, de l'article 1083? — La doctrine, pas plus que la loi, ne peut établir de règle fixe sur une telle question, dont la solution doit essentiellement varier suivant les circonstances, la fortune du donateur, les rapports qui l'unissaient avec le donataire particulier, et autres faits dont l'appréciation doit être toute dans le domaine du juge chargé d'appliquer la loi, *secundum subjectam materiam*.

46. Il faut cependant remarquer que ces principes ne s'appliquent qu'aux institutions contractuelles ordinaires. Il en serait autrement, si le donateur, dans la disposition, s'était réservé expressément le droit de disposer, soit d'une quote-part de l'hérédité, si bon lui semblait, soit d'un objet spécial et déterminé (voir n° 77 *infra*.). Au premier cas, on devrait appliquer le principe que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; dans le second, il faudrait décider que l'instituant a limité lui-même la faculté que lui donne l'art. 1083, de disposer de sommes modiques, et qu'ainsi, il ne peut aller au-delà de la réserve. Puisqu'il y a des réserves, elles sont devenues le taux des libéralités que le disposant pouvait faire, et il est inutile de recourir aux tribunaux pour une détermination que les parties ont faite elles-mêmes d'avance. (1)

47. *Donation de succession future*. — Le donateur, en ne donnant que ce qu'il laissera à son décès, sans faire mention spéciale des biens présens, manifeste bien clairement son intention de s'en réserver la propriété entière, et la libre disposition jusques à ce décès, à l'exception des dispositions à titre gratuit. Il pourra donc vendre, échanger, hypothéquer, obliger de quelque manière que ce soit, à titre onéreux, les biens qu'il possédait à l'époque de l'institution et ceux qu'il aurait acquis depuis. L'héritier institué ne peut s'en plaindre, puisqu'il n'avait qu'un

(1) Argument d'analogie de l'art. 1152, Code civ.

droit assuré à la succession, et que celle-ci se compose tant de l'actif que du passif délaissé par le défunt: *nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus, vel in universa bona, à defuncto relicta; bona autem non intelliguntur nisi deducto ære alieno* (1).

Mais cette faculté de l'instituant, d'aliéner et de disposer à titre onéreux, il doit l'exercer de bonne foi. Ainsi devrait être déclarée nulle toute aliénation qui renfermerait en réalité une donation déguisée. La morale et la justice condamnent également ces déguisemens qui ne tendraient à rien moins qu'à éluder la loi, en faisant indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement.

II. — *Des personnes qui peuvent instituer contractuellement.*

48. C'est surtout en faveur des ascendans que l'institution contractuelle a été admise dans notre droit; car, comme le disait le rapporteur du conseil-d'état, le père qui marie ses enfans s'occupe de leur postérité, et par suite, la donation actuelle doit être presque toujours subordonnée à des dispositions sur la succession future. Cependant, les intérêts des futurs époux, que la loi a entourés de tant de priviléges, ont fait étendre les avantages de ce mode de disposition aux *parens collatéraux des époux, et même aux étrangers.* (Art. 1082.) Les époux eux-mêmes peuvent, soit par donation unilatérale, soit par disposition mutuelle et réciproque, s'instituer contractuellement l'un l'autre, en contemplation de leur future et prochaine union. (Art. 1091, 1092, 1093).

49. Les règles ordinaires de la capacité sont applicables ici, et l'on doit s'en référer aux art. 901 et suivans du Code civil, avec la modification qu'y apporte l'art. 1398, que nous avons déjà étudié. (n° 29.)

---

(1) Cpr. L. 24, L. 39, § 1, L. 49, ff. de V. S.

La nature spéciale, exceptionnelle et mixte de l'institution contractuelle, a fait cependant surgir des difficultés relatives à la femme mariée :

1° La femme mariée pourra-t-elle faire une institution contractuelle sans le concours ni le consentement du mari ?

2° La femme mariée sous le régime dotal, peut-elle donner à titre d'institution contractuelle, tout ou partie de ce qui restera de sa dot à son décès, malgré l'inaliénabilité de cette dot pendant le mariage ?

Sur la première de ces questions, on dit en faveur de la négative que les dispositions des art. 217 et 226, confirmées par l'art. 905, prohibent toute donation faite par la femme sans le consentement du mari, et ne dispensent de ce consentement que les testamens ; que l'institution contractuelle est une donation, dénommée comme telle par la loi elle-même. On pourrait répondre, dans l'opinion contraire, qu'à s'en tenir textuellement aux expressions de l'art. 905, l'institution n'étant ni une donation entre-vifs, ni un testament, la question reste indécise dans les termes de la loi ; qu'il faut alors rechercher avec laquelle de ces deux formes de disposer à titre gratuit, la donation d'une succession future a le plus d'affinité, et qu'il semble que cette comparaison tournerait en faveur de la nature des testamens ; que cette interprétation paraît plus conforme avec le but et l'esprit de la loi dans l'art. 905 ; puisque, si le législateur exige le consentement du mari pour la donation, tandis qu'il ne l'exige pas pour le testament, c'est surtout à raison de l'*actualité* de l'effet de la donation entre-vifs, ce qui ne se rencontre pas dans l'institution contractuelle, qui, elle, de même que le testament n'a d'effet qu'après la dissolution de l'union conjugale ; que la femme, en instituant contractuellement, ne fait que renoncer à son droit incontestable de tester, et que l'on peut appliquer ici *la règle de l'ancien droit*, selon l'expression de Justinien : *omnes licentiam habent his quæ pro se introducta sunt renun-*

tiare (1), alors que la prohibition générale de la renonciation antérieure au droit de tester, est levée par la loi en faveur des institutions contractuelles.

Cependant, il faut le reconnaître, la presqu'unanimité des auteurs qui se sont occupés de cette question, la décident contre la capacité de la femme.

Quant à la seconde question posée, elle ne saurait présenter de sérieuses difficultés ; car le but de la prohibition d'aliéner la dot n'existe plus, alors que la disposition contractuelle n'aura d'effet qu'après la dissolution du mariage. Il ne s'agit plus ici d'une question de capacité, mais seulement de *disponibilité* ; et cette disponibilité est permise à l'époque où l'institution contractuelle sera ramenée à exécution.

III.

Des personnes qui peuvent être instituées contractuellement.

50. Des observations préliminaires que nous avons présentées sur les motifs et les raisons qui firent admettre dans notre droit l'institution contractuelle, il faut tirer cette conséquence nécessaire, que les époux seuls et leurs enfans à naître peuvent être institués, puisque la loi ne peut encourager les mariages que dans la personne des futurs époux à déterminer, en leur facilitant une position pour eux et pour leurs enfans, but et espoir de leur union. Les expressions de l'art. 1082 conduisent, d'ailleurs, et par un raisonnement *à contrario* incontestable, à l'exclusion de toutes autres personnes : les exceptions sont de droit étroit et ne doivent pas être étendues. Ainsi se trouvent proscrites ces anciennes associations de personnes étrangères à l'institution contractuelle des époux, par lesquelles on chargeait ceux-ci d'associer au bénéfice de leur institution telles au-

(1) c. 29, C. *de pactis* (2,3)

tres personnes désignées. Ce moyen d'éluder la loi, toléré par l'ancienne jurisprudence, ne saurait l'être aujourd'hui; car, il est de principe qu'il est défendu de faire indirectement et sous une forme déguisée, ce que l'on ne pourrait faire directement. Les anciens auteurs qui validaient ces associations, reconnaissaient eux-mêmes qu'elles avaient pour but d'éluder la loi.

51. La donation d'une succession future est bien, à la vérité, irrévocable, en ce sens que le donateur ne peut revenir sur sa détermination généreuse; mais l'exécution et même l'efficacité d'une pareille disposition sont suspendues, non-seulement par un terme, le décès de l'instituant; mais encore et surtout par une véritable condition suspensive, le prédécès du donateur. (Art. 1089.) Mais, cependant, comme c'est sur la foi de cette disposition que les époux se sont mariés, que des enfans sont nés, le législateur n'a pas voulu que ceux-ci fussent privés des objets donnés, par cela seul qu'ils auront eu le malheur de perdre trop tôt leurs parens. C'est pour parer à cet inconvénient, que la loi permet d'associer éventuellement les enfans à naître au bénéfice de l'institution, et que même, allant plus loin, elle sous-entend elle-même, de plein droit, dans toute institution de ce genre, cette association, cette substitution. Il y a, dès-lors, dans toute donation de succession future faite en faveur des deux époux ou de l'un d'eux: 1° condition suspensive de validité et d'efficacité de cette donation, au cas où le donataire survivra au donateur; 2° mais il y a, en même temps, substitution expresse ou tacite en faveur des enfans à naître du mariage, par laquelle ceux-ci sont appelés à recueillir le don, au cas où leur père ou leur mère, institués au premier degré, ne recueilleraient pas. C'est là une *substitution vulgaire* autorisée par l'art. 898.

52. Si l'époux donataire meurt avant le donateur, ses enfans, s'il en existe et qu'ils survivent eux au donateur, seront appelés au bénéfice de l'institution, à ce titre de *substitués* et *jure proprio*, non à titre d'héritiers et par représentation de leur père

ou de leur mère. Il ne peut, en effet, se faire de transmission de l'institué à ses descendans, puisque pour lui et en ce qui le concerne personnellement, la donation est frappée de caducité aux termes de l'art. 1089; la condition suspensive ne s'étant pas réalisée, il est réputé n'avoir jamais été institué. A la mort du donateur s'ouvre le droit personnel et propre des enfans, qui, eux, étaient appelés en seconde ligne, dans la prévision du prédécès du donataire, qui a eu lieu (1082). Telle était l'ancienne jurisprudence; et en lisant les articles précités, on voit que les expressions du nouveau législateur ne laissent aucun doute sur sa volonté de la maintenir.

53. De ce principe, il faut conclure que les enfans ou descendans auront droit à l'institution, quand même ils renonceraient à la succession de leur père ou de leur mère, institué direct, puisque c'est en qualité de substitués et *jure proprio*, qu'ils viendront, et non en qualité d'héritiers par représentation de leurs parens.

54. On décide, cependant, que, même dans ce cas, les enfans et descendans devront diviser entr'eux les objets compris dans la donation, de la même manière que s'ils venaient par représentation, c'est-à-dire *par souche* et non *par tête* (cpr. art. 743 civ.). On suppose que l'instituant a eu l'intention, par cela même qu'il veut que l'institution profite à toute la descendance, ou postérité de l'époux institué en premier ordre, que ce soit dans le même ordre dans lequel elle lui succéderait à lui-même, si c'était sa descendance propre. Telle était la doctrine généralement admise dans l'ancien droit, et rien ne prouve que le nouveau législateur ait eu l'intention de la modifier.

55. Mais quels seront les enfans qui devront être considérés comme tacitement substitués, au cas du prédécès de l'époux ou des époux donataires? Faudra-t-il étendre cette substitution à toute la postérité du donataire direct, sans distinction aucune, ou bien faudra-t-il la restreindre aux seuls enfans nés du mariage en faveur duquel a été faite l'institution elle-même? —

C'est cette dernière décision qu'il faudra adopter. Elle résulte, d'abord, des termes et des expressions du législateur dans l'article 1082 : « Les pères... peuvent disposer tant au profit des époux, qu'au profit des *enfans à naître de leur mariage* », et plus loin : « pareille donation est censée faite au profit des *enfans et descendans à naître du mariage.* » C'est, d'ailleurs, une conséquence des motifs qui ont fait exceptionnellement admettre les donations de succession future ; car, comme le fait observer un ancien auteur qui écrivait sur les coutumes : *aliorum hæredum instituti quam descendentium ex illo matrimonio nullus est favor.*

56. Il résulte de la restriction de cette substitution tacite :

1° Que s'il y a concours entre des enfans ou descendans de plusieurs lits, leur père ou mère institués étant décédés à la survivance du donateur, les enfans ou descendans du mariage en faveur duquel la donation a été faite, recueilleront seuls les biens compris dans cette donation, au décès de l'instituant, à l'exclusion de leurs frères et sœurs consanguins ou utérins et leurs descendans

2° Qu'au cas du prédécès de l'époux donataire et des enfans nés de ce mariage, la donation ou institution contractuelle sera caduque, alors même qu'à la mort de l'instituant, il existerait des enfans de l'époux donataire, nés d'un autre mariage. Le mot *postérité*, employé dans l'art. 1089, ne doit s'entendre que de la descendance énumérée dans l'art. 1082, c'est-à-dire des enfans et descendans nés *ex hoc matrimonio.*

57. Mais il faut bien remarquer que les principes changent totalement dans le cas où l'époux donataire survit au donateur. Il y a alors institution réellement effectuée en sa faveur ; il est saisi de la pleine propriété des objets compris dans la succession. Tous ses enfans et descendans, sans distinction d'origine, et même ses parens collatéraux, à défaut d'héritier direct, auront droit à sa mort à ceux de ces objets qui se trouveront dans sa propre succession : mais tous, ils n'y auront droit qu'en qualité d'*héritiers.*

58. L'art. 1093 apporte une exception assez remarquable aux principes généraux que nous venons d'exposer sur la substitution tacite, au profit des enfans à naître, dans le cas où il s'agit d'une institution contractuelle, faite par l'un des futurs époux à son conjoint. Il n'y a plus alors de substitution vulgaire, sous-entendue légalement et de plein droit; cette institution est, au contraire, déclarée par le législateur exclusivement personnelle au conjoint donataire; en sorte qu'elle deviendra caduque si l'époux donateur survit à l'époux donataire, sans que les enfans qui pourraient exister du mariage empêchent cette caducité. Ni la faveur du mariage, ni la volonté présumée de l'instituant ne pouvaient faire admettre cette substitution en faveur des enfans à naître du mariage; puisque, même en cas de caducité, ceux-ci profiteront des objets compris dans l'institution, si non à titre de substitués et de donataires, du moins à titre d'héritiers de l'époux donateur, ce qui revient au même.

59. Nous avons vu que par l'institution contractuelle, le donateur pouvait disposer au profit de l'héritier institué, de tout *ou partie* de ce qu'il laissera à son décès. (Art. 1082.) On doit donc considérer comme parfaitement valables, et comme véritables institutions contractuelles : 1° la clause d'un contrat de mariage, par laquelle le père ou la mère de l'un des futurs conjoints renoncerait à la faculté de disposer de la quotité disponible: une telle renonciation, qui contiendrait une véritable donation de la partie de la quotité disponible à revenir au futur époux, ne pourrait toutefois profiter qu'à ce dernier, et l'instituant pourrait disposer des autres parties de cette quotité, sans que ses autres enfans pussent se plaindre, alors même qu'ils auraient été *inutilement* compris dans le bénéfice de la renonciation (vid. n° 50 *supra*); — 2° *la promesse d'égalités*, par laquelle le père assure à l'un de ses enfans, en faveur de son mariage, une part égale à celle de ses frères et sœurs, dans sa succession. Dans ce cas, le père ne pourra pas instituer un autre de ses enfans, héritier ou donataire préciputaire, au préjudice

de celui en faveur duquel a été faite cette promesse d'égalité. Mais cette clause différera de la précédente, en ce que le père qui n'a fait qu'une promesse d'égalité, pourra disposer de la quotité disponible au profit d'un étranger, sans porter atteinte à cette égalité promise.

§ II.

Donation cumulative, mais alternative *et* divisible *des biens présens, ou des biens que le donateur laissera à son décès, en tout ou en partie.*

60. De tous les modes de disposition à titre gratuit, le testament est le plus en rapport avec les penchans de l'homme, qui se sent naturellement porté à conserver toute sa vie la pleine et entière liberté de disposer de ses biens. Après le testament et à peu de distance, vient l'institution contractuelle. Le donateur conserve encore ici une grande partie des attributs de la propriété; une disposition qui ne dépouille point, qui laisse la liberté de vendre, d'aliéner et d'emprunter, n'effraie pas un disposant. Aussi, voit-on bien plus d'institutions contractuelles que de donations entre-vifs. Mais cette disposition pourrait ne pas remplir toujours le but que se proposait le législateur, l'encouragement effectif au mariage. Du côté du disposant, les avantages sont réels, incontestables; mais les époux et leurs familles doivent, dans ces donations, se reposer sur les affections et la moralité du donateur; le plus souvent, les mariages ne se réaliseraient pas sur des assurances aussi incertaines. Il faut à l'homme qui s'engage dans une vie de besoins et de dépenses, dont il ne peut pas même prévoir les suites, il lui faut quelque chose de plus positif que l'affection et la moralité de personnes que, le plus souvent, il connaît à peine.

Le moyen de concilier les répugnances du donateur à se dessaisir pendant sa vie de sa propriété, et le besoin des futurs époux de s'assurer une position fixe et certaine, sinon actuelle,

du moins ultérieure, a été cherché par le législateur dans une troisième espèce de donation, qui tient le milieu entre la donation entre-vifs et l'institution contractuelle proprement dite. Cette nouvelle manière de disposer à titre gratuit, dont nous devons maintenant nous occuper, participe de la donation entre-vifs en ce qu'elle a des objets certains, déterminés et existans actuellement; elle participe de la donation de succession future, en ce que son efficacité et son exécution sont soumises à la condition de survie de l'époux donataire, ou tout au moins de sa postérité, et qu'elle n'opère pas le dessaisissement actuel, comme nous le verrons bientôt.

De même que l'institution contractuelle, cette disposition contient donation irrévocable, mais éventuelle, de tout ou partie des biens que le disposant laissera à son décès, c'est-à-dire de ce qui restera des biens dont celui-ci avait la propriété au jour de la donation, et de ceux qu'il aura pu acquérir dans la suite. Mais à la différence de l'institué contractuel, le donataire stipule ici, ou du moins est légalement présumé stipuler, la faculté de diviser la donation, et d'accepter à son choix, soit *les biens existans en masse au décès* du donateur, soit seulement ceux dont ce dernier était propriétaire au moment de la donation. Nous disons que le donataire est *légalement présumé* stipuler cette faculté; car le législateur attache cet effet à l'emploi de cette formule cumulative et conjonctive, *donation de biens présens et à venir cumulativement*, pourvu que les autres formalités voulues par l'art. 1084 aient été observées.

61. Il y a, dès-lors, véritable obligation *alternative* de la part du donateur, avec cette seule exception aux règles ordinaires de ces obligations (cpr. art. 1190), que le choix appartient ici de plein droit au donataire, véritable créancier (art. 1084). Or, dans toute stipulation alternative, les deux termes qui deviendront l'objet du choix de l'une ou de l'autre des parties, doivent être certains et déterminés, ou du moins susceptibles de l'être. Dans le cas actuel, le second terme (les biens à délais-

ser au décès ou la succession), sera facilement déterminé à l'époque où le droit s'ouvrira. Il n'en est pas de même pour le premier terme, dont la fixation et la détermination à cette époque plus ou moins éloignée, pourraient offrir, sinon une impossibilité réelle, tout au moins de grandes difficultés, et donner lieu à des procès ruineux. Il était donc fort utile, pour ne pas dire nécessaire, d'exiger que dans l'acte de donation, les parties fixassent d'une manière certaine la consistance des biens qu'ils voulaient faire entrer dans ce premier terme, *les biens présens*.

La détermination la plus nécessaire, à cause de la grande difficulté de la faire plus tard, à raison du secret dont son objet est presque toujours entouré, était celle du passif ou des dettes: *bona enim non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.* Voilà pourquoi le nouveau législateur, par une heureuse innovation sur l'ordonnance de 1731, a exigé, sous peine de nullité de la clause alternative, l'*annexe à l'acte* de donation d'*un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation.* (Art. 1084.)

Quant à l'état de l'actif, le législateur ne l'exige pas. Pour les immeubles, il était en effet inutile, puisque la propriété de ces objets peut se prouver facilement, même long-temps après. S'il s'agit des meubles, on décide généralement et avec raison, que l'art. 948, qui exige rigoureusement pour la donation entre-vifs ordinaire, l'annexe d'un état estimatif des effets mobiliers compris dans la donation, n'est pas applicable ici. Et en effet, le défaut de cet état, qu'il importe beaucoup au donataire de faire dresser, aura seulement pour effet de faire considérer tous les objets mobiliers qui pourraient se trouver dans la succession du donateur, comme acquis par lui postérieurement à la donation; et par suite ces effets ne pourront pas entrer dans le premier terme de l'alternative, dans *les biens présens*; et si le donataire opte pour ceux-ci seuls, il n'aura aucun droit sur ces effets mobiliers.

62. Si l'état des dettes existantes au jour de la donation n'a pas été annexé à l'acte, cette donation devient une véritable institution contractuelle, et en conserve tous les effets ; car la clause alternative est dans ce cas nulle ou plutôt elle n'existe pas, puisque le législateur ne la sous-entend que dans le cas d'annexe. (Art. 1085.) Nous nous en référons, dès-lors, pour cette disposition, à toutes les règles que nous avons développées dans le paragraphe précédent.

63. Mais si l'état des dettes et charges a été annexé, la clause alternative, légalement sous-entendue, produira tout son effet, et le donataire pourra, en conséquence, *lors du décès* du donateur, accepter les biens tels qu'ils existeront dans la succession, en payant toutes les dettes alors existantes, ou, au contraire, s'*en tenir aux biens présens, en renonçant au surplus des biens du donateur*. (Art. 1084.)

Dans ce cas, quels seront les véritables caractères de la *donation de biens présens et à venir*?

D'abord, il est incontestable qu'à la différence de l'instituant, le donateur ne pourra ici ni vendre, ni aliéner à quelque titre que ce soit, ni hypothéquer *les biens présens* ; il ne pourra pas même disposer sur ces biens et à titre gratuit de sommes modiques ; ou du moins, toutes ces dispositions à quelque titre qu'elles soient faites, n'auront qu'une existence conditionnelle au cas où le donataire accepterait la succession pour le tout ; car, s'il opte pour les biens présens, ceux-ci lui seront dûs en entier, sous les charges et dettes spécifiées dans l'état annexé, mais francs et quittes de toutes dettes, charges et aliénations quelconques, consenties postérieurement à la donation (voir cependant *infra*, n° 87), Quant aux biens acquis après la donation, ou *biens à venir*, les règles de l'institution contractuelle déjà exposées leur seront en tout applicables, soit pour les dispositions à titre onéreux, soit pour celles à titre gratuit de sommes modiques ; il y a même raison de décider.

64. Mais que faudra-t-il décider quant au dessaisissemen

actuel de la propriété des biens présens? La propriété et la jouissance de ces biens sont-elles transportées *ipso jure* sur la tête du donataire, dès l'instant de la donation?

Nous avons jusqu'ici supposé que le donateur n'était pas dessaisi avant son décès, et nous croyons même que c'est là l'un des caractères distinctifs de cette donation. Si quelques auteurs ont douté sur cette question, si même il s'en est trouvé qui ont eu une opinion contraire au non-dessaisissement actuel, cela ne tiendrait-il pas à une équivoque de mots qui a amené ces écrivains, si recommandables d'ailleurs, à une fausse interprétation de la donation permise par l'art. 1084?

M. Delvincourt (1), et les auteurs qui ont adopté plus ou moins l'opinion de ce savant jurisconculte (2), partant de ces expressions, *donation de biens présens et à venir*, de cet article, supposent qu'une telle disposition contient deux donations distinctes et de nature différente; ils ne veulent voir dans l'article 1084 que la réunion des donations permises et autorisées par les art. 1081 et 1082. Partant de ce principe, M. Delvincourt arrive nécessairement à cette conséquence, que la première partie de la disposition, celle qui a pour objet les biens présens, est une véritable donation entre-vifs, et régie comme telle par l'art. 1081; et par suite, et pour être d'accord avec ces prémices, il tire cette conclusion que la caducité prononcée par l'article 1089, ne s'applique qu'à la seconde partie de la double disposition de l'art. 1084, celle qui a pour objet les biens à venir, ou les biens à délaisser au décès. Il est étonnant que M. Duranton, qui part à peu près des mêmes principes, recule devant cette conclusion si logique; ses scrupules font déja prévoir la fausseté du principe, qui d'ailleurs ne peut soutenir le moindre examen réfléchi.

---

(1) T. 2, p. 430, 431, notes.

(2) Entr'autres, M. Duranton qui ne cède qu'à regret devant le texte formel de l'art. 1089 [T. 9, n° 736].

Et, en effet, si la disposition permise dans l'art. 1084 contient deux donations distinctes : celle de biens présens ou donation entre-vifs, et celle de biens à venir ou institution contractuelle, cet article était tout-à-fait inutile dans la loi, c'est une redondance, une véritable superfétation de la part du législateur. L'art. 1081 permettant, en faveur des mariages, la donation entre vifs, et l'art. 1082 l'institution contractuelle, quel besoin et quelle utilité juridique de faire un troisième article pour permettre de réunir, dans un même contrat, de mariage ces deux espèces de donations, de les y juxtaposer, alors que ce concours et cette réunion ne peuvent, par eux seuls, présenter de difficultés réelles et nouvelles ?

Et si l'on admet cette duplicité de disposition, pourquoi dans l'art. 1084 ces expressions *donation faite cumulativement* ? Ce serait un non-sens, car il y aurait alors disposition *disjonctive* et non *conjonctive*, *cumulative*.

D'ailleurs, les partisans de l'opinion que nous combattons, confondent et apprécient mal les moyens dont s'est servi le législateur pour arriver à ce but reconnu par tous, *faveurs aux mariages*. Des donations exceptionnelles sont autorisées dans ce but, cela est vrai ; mais faut-il interpréter et considérer ces donations exceptionnelles comme *directement* plus favorables aux futurs époux ? Non. Sans doute l'exception est admise en leur faveur, puisqu'elle amènera à leur profit un plus grand nombre de dispositions gratuites ; mais c'est précisément pour arriver à ce résultat, à cette multiplication de donations en faveur des mariages, que la loi a dû rendre celles-ci moins onéreuses pour les donateurs, et par suite moins avantageuses, *in specie*, pour les donataires, sous certains rapports du moins. L'homme se décide d'autant plus facilement à s'engager, que son engagement lui est moins désavantageux, et surtout que l'exécution en est retardée à son décès.

Ainsi, c'est un raisonnement faux que celui par lequel on veut arriver au dessaisissement actuel des *biens présens* en

faveur du donataire, en disant : « L'idée dominante *du chapitre sur les donations par contrat de mariage* est de permettre en faveur du mariage ce qui est défendu dans les cas ordinaires; (cela est vrai, mais on ajoute :) c'est d'étendre et non de restreindre la disponibilité ou *les effets de la donation.* Puisque la donation de biens présens saisit actuellement, en règle générale, pourquoi la seule circonstance qu'il a été donné en même temps des biens à venir, entraînerait-elle une dérogation à la règle commune? »

Cela revient d'ailleurs toujours à ce faux point de départ, que la disposition permise dans l'art. 1084 n'est qu'un concours et une réunion dans un même acte de deux donations distinctes, et conservant chacune leurs caractères et leurs effets.

65. Nous croyons, au contraire, que, dans cet article, le législateur a eu pour but unique, mais utile et logique, de permettre et d'autoriser une nouvelle espèce de donation, qui n'est, à vrai dire, qu'une simple modification aux règles générales de l'institution contractuelle proprement dite: modification toute en faveur de l'époux donataire, il est vrai, mais qui ne produit pas encore les mêmes effets que la donation entre-vifs.

Dans l'institution contractuelle ordinaire, l'institué n'a que des chances de devenir donataire réel et effectif, qu'une espérance plus ou moins incertaine, et qui n'a pour fondement que la bonne foi et la moralité de l'instituant, peut-être même les hasards capricieux de spéculations commerciales. Au contraire, dans l'institution contractuelle, modifiée d'après l'art. 1084, le donataire a un espoir certain; ni la mauvaise foi du donateur, ni le changement de ses affections, ni surtout le mauvais état ultérieur de ses affaires, ne pourront plus le priver de la totalité des objets donnés, puisque le donataire pourra, à l'événement de la condition suspensive, *lors du décès du donateur*, renoncer à l'institution contractuelle proprement

dite, à la succession du défunt, prendre seulement les biens existans au jour de la donation, *et s'en tenir à ceux-là* (art. 1084).

Pendant toute la vie du donateur, la donation produira absolument les mêmes effets que l'institution contractuelle. Ce sera seulement lors de son décès que le donataire pourra, ou bien laisser produire ses effets ordinaires à cette institution, ou bien user de la clause alternative légalement sous-entendue, en renonçant à l'institution contractuelle, et optant pour la donation de *biens présens* au jour de l'acte. Nous croyons que le savant et profond Ricard, qui écrivait son immortel *Traité* sous les seules inspirations d'une raison et d'un jugement sûrs, et qui n'avait pas tel ou tel article de loi pour le faire dévier des vrais principes, comprenait bien la nature de la disposition *dont nous nous occupons*, lorsqu'il disait : « La donation de » tous biens présens et à venir ne diffère presque que de nom de » l'institution contractuelle d'héritier, comprenant l'une et » l'autre les mêmes biens ; de sorte qu'elles doivent être sujettes » aux mêmes règles (1) ; » ce n'est qu'après le décès du donateur, que l'option du donataire pourrait faire changer la donation dans sa nature, dans ses effets ultérieurs, et, par suite, dans les règles auxquelles elle avait été jusque-là *sujette* (2).

---

(1) *Traité des Donations*, 1re partie, n° 1063. Ricard, qui écrivait avant l'ordonnance de 1731, reconnaît lui-même que les coutumes lui fournissaient peu de chose sur ce point, et qu'il en était réduit aux principes de la raison et de la logique.

(2) Voilà pourquoi nous avons évité de classer, comme le font tous les auteurs, les dispositions dont il est question dans les art. 1081, 1082 et 1084, sous ces trois catégories : *donations de biens présens; donations de biens à venir; donations de biens présens et à venir.* Cette classification pèche : 1° en ce que l'expression de *donation de biens à venir* est ici impropre et caractérise très-mal la donation d'une succession future (*suprà*, n° 43, *infrà*, n° 72); 2° parce qu'alors la troisième espèce de donation, posée après et à l'égal des deux autres, semble les résumer ou

66. La donation dite *de biens présens et à venir*, ainsi bien déterminée dans sa nature et dans ses effets directs, il en découle naturellement les conséquences suivantes, qui, au besoin, serviraient de preuve à ce que nous avons dit, et qui ne sont nullement contraires, soit à la raison, soit aux principes, comme le veut M. Duranton :

1° Dans la donation autorisée par l'art. 1084, dite *de biens présens et à venir*, le donateur reste propriétaire et possesseur toute sa vie, même des biens présens ; il peut même, *en fait*, vendre, aliéner et hypothéquer (art. 2125 et arg. de cet art.) les biens présens : seulement la validité de ces aliénations et hypothèques est soumise à la condition de la non-option de la part du donataire pour les biens présens seuls ;

2° Ce n'est qu'au décès du donateur, que le donataire pourra faire son option : l'art. 1084 est d'ailleurs précis sur ce point ;

---

plutôt être formée de leur réunion ; et c'est ce qui a induit en erreur des auteurs fort distingués. La classification que nous avons adoptée, en présentant les dispositions permises et réglées par les art. 1082 et 1084 comme deux *espèces* de la *donation cumulative de biens présens et à venir* qui est le *genre*, nous semble plus propre à déterminer la nature, la connexité et les différences de ces deux espèces de dispositions. Dans l'une comme dans l'autre, il y a donation *cumulative* et jamais *disjonctive* de biens présens et à venir, avec cette différence que l'une est toujours indivisible, tandis que l'autre, *une* et non divisée dans sa nature, est susceptible de division dans son exécution ultérieure.

Nous ne parlons ni de l'opinion de Furgole (*sur l'art.* 17 *de l'ordonnance de* 1731), ni de celle de Lebrun (*des Successions, liv.* 3, *chap.* 2, *n°* 37), contraires à celle que nous adoptons, parce que ces auteurs écrivaient sous l'ordonnance qui ne renfermait pas de disposition semblable à celle de notre art. 1089. Grenier avait lui-même suivi ces jurisconsultes dans le principe ; mais il ne tarda pas à revenir sur sa propre erreur, et à reconnaître, dans sa 2e édit. (n° 434), le non-dessaisissement actuel, professé, du reste, par MM. Toullier (t. 5, n° 861), et Dalloz (aph., t. 6, p. 218, n° 6), mais sans aucun développement.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

3° Cette donation cumulative, *faite dans les termes de l'art.* 1084, *deviendra caduque si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité* provenue du mariage en faveur duquel la disposition avait été faite (art. 1089), et si le donateur survit à l'époux donataire seul, au cas de donation entre époux (art. 1093). La raison en est que, jusqu'au décès du donateur, cette disposition est une véritable institution contractuelle, et qu'elle en doit avoir les effets positifs et négatifs ;

4° En cas de prédécès de l'époux donataire, dans les donations faites par des tiers aux époux, les enfans et descendans (issus de ce mariage) succèderont *jure proprio*, de même que dans l'institution contractuelle, et jouiront eux-mêmes du droit d'option lors du décès du donateur ;

5° La femme du donataire n'a pas d'hypothèque légale sur *les biens présens* compris dans une pareille donation. Puisque l'époux n'a pas la propriété actuelle de ces biens, il ne peut ni les aliéner, ni les engager, soit conventionnellement, ce serait un traité sur une succession future, soit tacitement et par l'effet de la loi, puisque les hypothèques légales ne frappent *actuellement* que les biens susceptibles d'hypothèque conventionnelle (art. 2118 et arg. de cet art.). Il n'y a aucun rapport entre le retour conventionnel (art. 951-952) et la caducité dont parle l'art. 1089, puisque le *retour* est une condition résolutoire, tandis que la caducité ou non efficacité de la donation est une condition suspensive ;

6° Le donataire ne doit pas de suite, et avant le décès du donateur, les droits de mutation, même des biens présens (arg. *à contrario* de l'avis du conseil d'Etat du 22 décembre 1809.)

67. Tels nous paraissent être les véritables principes sur la donation autorisée et réglementée par l'art. 1084. La vérité et l'exactitude de cette théorie de l'*unité de nature* de cette donation, sont d'ailleurs démontrées par la possibilité théorique et uridique, et la réalisation pratique, dans un même contrat de

mariage de deux donations distinctes et séparées *re et verbis*, l'une de biens présens, l'autre de succession future, sans que ce concours ait des règles spéciales. C'est ce qui arrive lorsque le donateur, disposant par deux clauses distinctes et séparées, quoique dans le même acte, donne à la même personne, mais successivement : 1° un ou plusieurs objets spéciaux et déterminés, ou même une quotité plus ou moins forte de tous ses biens présens; 2° tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès. Il y a alors, dans la même disposition ou plutôt dans le même acte, deux donations distinctes, faites sous la forme *disjonctive*; chacune aura ses règles propres et ses effets ordinaires. La première, véritable donation entre-vifs, sera régie par l'art. 1081 et les articles auxquels celui-là renvoie; il y aura pour ces biens présens donnés dessaisissement actuel et irrévocable (894); la caducité de l'art. 1089 ne leur pourra être appliquée dans aucun cas, etc. La seconde donation, celle des biens à délaisser au décès, véritable institution contractuelle, sera régie par l'art. 1082 et suivans. Mais le concours dans le même acte de ces deux donations, n'aura pas de règles spéciales; les art. 1084 et 1085 ne lui sont nullement applicables. La disposition étant divisée dans sa nature, il n'y a nul besoin de constater et fixer la consistance des biens présens qui passent actuellement au pouvoir du donataire; et celui-ci pourra, à l'ouverture de la succession, accepter ou refuser les biens délaissés par le donateur défunt, sans qu'il ait été besoin de dresser l'état des dettes et charges dont parle l'art. 1084 (1).

Et que l'on ne dise pas que la seule circonstance que le notaire aura exprimé la volonté du donateur sous telle forme plutôt que sous telle autre, ne saurait changer si fort les effets de ces dispositions : une différence tout aussi remarquable, et entraînant après elle des conséquences non moins importantes

(1) C'est, du reste, ce qui a été jugé *in terminis* par un arrêt de la cour de cassation, à la date du 18 mars 1835 (Devill. et Car. 1835, 1, 864.)

pour les parties, est consacrée textuellement par le législateur, en matière d'accroissement de legs, entre la forme *conjonctive* et la forme *disjonctive* (art. 1044).

68. Que faudra-t-il décider, dans le cas où le donateur, après avoir disposé cumulativement de tout ou partie des biens présens et à venir, avec annexe de l'état des dettes, déclare par une nouvelle clause du même acte, qu'il met le donataire en possession actuelle et sa vie durant de la quotité donnée des biens présens? Nul doute qu'une telle clause ne soit parfaitement légale, puisque cette dérogation *in specie*, faite par les parties aux principes généraux d'une pareille donation cumulative-alternative, n'est nullement contraire à la loi.

Mais quelle sera la véritable nature d'une donation ainsi modifiée par la convention des parties? faudra-t-il voir dans cette mise en jouissance actuelle et pour le temps de la vie du donateur, un *dessaisissement actuel et irrévocable* de la propriété des biens présens en faveur du donataire, de telle sorte que l'on doive considérer la disposition générale et préalable, comme renfermant, par suite de l'adjonction de la clause de jouissance, deux donations distinctes et séparées?

Nous ne le pensons pas. La seule circonstance que le donataire a été mis en jouissance des biens présens ne saurait lui en transférer la propriété; autre chose est le droit de propriété, autre chose le droit de jouissance. Puisque le donateur dispose cumulativement d'une quotité des biens présens et à venir, et annexe l'état de ses dettes, il manifeste l'intention de confondre ces deux dispositions en une seule donation, régie par l'art. 1084; il veut se ménager, quant à la propriété des biens donnés, le bénéfice éventuel de la caducité prononcée par l'art. 1089. On doit, dès-lors, voir dans la clause de mise en jouissance, une nouvelle disposition distincte de la précédente qui n'en recevra aucune atteinte; ce sera une donation de jouissance, d'usufruit, indépendante, en quelque sorte, de la donation de pleine propriété, qui, elle, restera suspendue par la

condition suspensive de survie. Puisque le donateur conservait de plein droit, après la première donation, la jouissance pendant toute sa vie des biens présens, il aurait incontestablement pu donner cette jouissance temporaire à un tiers, sans changer en aucune manière la nature de la donation cumulative ; pourquoi n'aurait-il pas pu le faire de même en faveur du donataire futur époux? Cette distinction se manifeste surtout d'une manière évidente dans le cas, le plus habituel du reste, où le donateur fixe un objet déterminé, un immeuble, un domaine par exemple, pour être joui pendant sa vie, c'est-à-dire, jusqu'à l'événement de la condition suspensive de la première donation, par le donataire, le plus souvent son enfant ou descendant *(1)*.

Une pareille donation ne sera donc pas aussi avantageuse au donataire que celle dont nous venons de nous occuper, sous le numéro précédent, puisque la propriété des biens présens dont il jouit ne lui étant pas transférée, il ne pourra disposer de ces objets à aucun titre, et que venant à décéder, lui et sa postérité à la survivance du donateur, la donation deviendra caduque, même pour ces biens dont il a eu quelque temps la jouissance. Cela prouve, de plus en plus, la vérité et l'importance pratique de cette remarque si souvent répétée par les auteurs, que les notaires ne sauraient jamais apporter assez de réflexion et d'attention à la rédaction des actes, et à la manière dont ils expriment la volonté des parties; car celles-ci, étrangères pour la plupart à la science des lois, mettent peut-être une confiance trop illimitée dans le savoir et la prévoyance de ces officiers publics.

---

(1) Il est étonnant que les auteurs n'aient pas prévu et traité cette espèce de donation, avec mise en jouissance, fréquente en pratique dans certains pays. M. Toullier semble être de l'opinion que nous embrassons par la manière dont il s'exprime au n° 857, *in fine*, t. 5.

69. Dans les donations de quotité de biens présens et à venir faites cumulativement, le donataire sera tenu des dettes et charges grevant, soit les biens présens seulement, au cas d'annexe de l'état et d'option restrictive, soit toute la succession, au cas d'institution contractuelle proprement dite, de défaut d'annexe et d'acceptation pour le tout. Mais, dans l'un et l'autre cas, il ne sera tenu des dettes et charges que proportionnellement à la quotité de biens dont il est donataire. C'est la seule manière raisonnable d'entendre la disposition finale de l'art. 1085.

Du reste, dans tous les cas, le donataire pourra n'accepter la succession ou institution que sous bénéfice d'inventaire; il pourra même refuser purement et simplement au décès du donateur. Et c'est là l'un des caractères particuliers de l'institution contractuelle, que le donataire institué ne soit pas irrévocablement engagé par son acceptation expresse ou tacite dans l'acte de donation.

70. Mais il n'en sera pas ainsi de la donation cumulative divisible des biens présens et à venir, avec annexe de l'état des dettes, quant aux biens présens. Pour ces biens, l'acceptation expresse ou tacite (art. 1087) rend la donation irrévocable, même pour le donataire. Les biens existaient, les dettes et charges étaient connues; il a dû comparer l'actif et le passif, sa détermination est irrévocable. Cela résulte de la combinaison des art. 1084 et 1085, et par argument *à contrario* de ce dernier article; et c'est là la véritable raison de la décision suivante, donnée par tous les auteurs, mais sans motifs aucuns.

Au commencement de cet *article* (n° 43), nous avons vu que la donation de succession future, comprenant, en règle générale, des biens présens et des biens à venir, pouvait être stipulée de deux manières : cumulative indivisible, cumulative divisible. Cette dernière elle-même pourrait fournir trois options possibles : 1° acceptation des biens délaissés au décès en masse et sans exercer la faculté de division; 2° option pour les biens

présens seuls ; 3° option pour les *biens à venir* (acquis postérieurement à la donation) seuls. Nous n'avons parlé que des deux premières options. La troisième est-elle autorisée ? Les auteurs qui se sont posé cette question l'ont résolue négativement, en se contentant de dire que la loi ne la permettait pas. Probablement ils sont arrivés à cette conséquence, du reste fort juste, par ce raisonnement trivial en droit, qui, vrai le plus souvent, ne contente cependant pas le lecteur, alors qu'il n'est pas accompagné des motifs de l'exclusion : *qui de uno dicit, de altero negat.* Nous pensons que la véritable raison juridique de cette prohibition de n'opter que pour les *biens à venir*, se trouve, comme nous venons de le dire, dans l'impossibilité où est le donataire de se délier de son engagement, de son acceptation, quant aux biens présens. Sans doute, il n'est pas propriétaire actuel de ces biens, à dater de l'acte de donation ; mais, dès ce moment, il est engagé envers le donateur à acquitter les dettes et charges spécifiées dans l'état annexé, jusqu'à concurrence de la quotité dont il a accepté la donation, au cas où cette donation *se réalise* par l'accomplissement de la condition de survie.

Art. III.

Des donations de biens à venir proprement dits.

71. Comme propriétaire, l'homme a le droit et la faculté de disposer de la chose qu'il possède de la manière la plus absolue, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par la loi. Cette faculté peut faire l'objet d'un engagement préalable ; avant de posséder une chose, l'homme peut, en effet, s'obliger à en disposer d'une manière déterminée au cas où il en devienne propriétaire. Il y aura moins disposition réelle que promesse de disposer, aliénation de cette liberté absolue de disposition. Tout le système des obligations conventionnelles a pour base première cette possibilité juridique de s'engager pour l'avenir. Il est vrai qu'en règle générale, l'obligation se résout dans la disposition et la prestation de choses indéterminées quant à leur

espèce, et qui, par suite, peuvent être considérées comme existantes à l'époque de l'engagement. Mais la loi reconnaît elle-même (art. 1130) que les choses futures, même déterminées quant à leur espèce, peuvent être l'objet d'une obligation.

L'ancienne législation, par des motifs tout spéciaux, avait fait une exception à ces principes conformes à la raison, en ce qui concerne l'obligation de donner. Le nouveau législateur, sans se préoccuper peut-être assez des motifs de l'exception, motifs qui n'existent plus, l'a conservée (art. 943). Il n'y avait pas la même raison d'aversion pour les donations faites en faveur des mariages, que le législateur cherchait, au contraire, à encourager. Aussi, pour ces donations, on est rentré dans le droit commun sur ce point, comme sur plusieurs autres. (Art. 947).

Mais à quelles dispositions faudra-t-il proprement appliquer cette dénomination de *donations de biens à venir*?

Nous avons déja vu (n° 43), que la succession future d'une personne qui institue contractuellement, se composant et de biens présens et de biens à venir cumulativement, sa disposition ne pouvait pas prendre le nom de donation de biens à venir proprement dits. Cependant, il faut le reconnaître, on peut concevoir que le contraire arrive, soit parce qu'il n'existait aucuns biens présens au jour de la disposition, ce qui n'arrivera peut-être jamais en pratique, soit parce que le donateur aura institué le futur époux, héritier de tous les biens qu'il laissera à son décès, moins ceux spécialement dénommés qu'il possède au jour de la donation. Dans ces deux cas, si jamais ils se réalisaient, l'institution serait une véritable donation de biens à venir.

72. Mais ce nom doit être proprement réservé aux donations d'objets déterminés, non existans à l'époque de la disposition ou plutôt de la promesse de donner, mais dont l'existence peut être raisonnablement espérée. — Je m'engage à vous donner le vin que je recueillerai l'année prochaine dans telle de mes vignes, — la maison que je vais faire construire à tel lieu,

— le croît de tout ou partie de mes troupeaux, etc. Une pareille disposition n'est pas une donation entre-vifs, puisque cette donation ne peut comprendre que des biens présens (article 943), et qu'ici il n'y a pas d'ailleurs dessaisissement actuel (894); ce n'est pas une institution contractuelle, ou donation de biens à délaisser au décès, puisqu'ici l'exécution de la disposition ne sera pas retardée au décès du donateur, mais devra s'effectuer dès que ce dernier aura, en sa possession, l'objet promis, si un autre terme n'a été fixé. Faudra-t-il dire, cependant, qu'une telle donation à titre particulier d'objets futurs sera nulle, parce que, prohibée d'une manière générale par l'art. 943 précité, elle ne se trouve autorisée exceptionnellement en faveur des mariages par aucun texte formel de loi? Nous ne saurions le penser. En admettant même qu'elle ne soit autorisée par aucun texte formel de loi, elle le serait par l'esprit général qui a présidé à la rédaction des chapitres 8 et 9 du code, dont nous nous occupons. Les conventions à titre onéreux sont permises sur des objets futurs, art. 1030, alors que les successions futures ne peuvent devenir l'objet des mêmes conventions; or, puisque le législateur a cru devoir autoriser à titre gratuit en faveur des mariages, ces dispositions de succession future prohibées à titre onéreux, comment croire qu'il n'ait pas eu l'intention d'autoriser dans les mêmes circonstances ce qui est permis en matière de conventions ordinaires? Qui peut le plus peut le moins. D'ailleurs, l'art. 947 déclare que l'art. 943 n'est pas applicable *aux donations dont est mention aux chapitres* 8 *et* 9 *du même titre;* et n'est-il pas plus rationnel de croire que le législateur a voulu comprendre dans l'exception ainsi formulée, toutes les donations faites par contrat de mariage, plutôt que de la restreindre aux seules donations spécialement autorisées et réglées par ces deux chapitres?

73. Quelles règles faudra-t-il appliquer à ces donations de biens à venir à titre particulier d'objets déterminés? Voici celles qui nous paraissent les plus conformes à leur objet spécial:

1° Le plus souvent, il résultera, soit de la nature de l'objet donné, soit des expressions de la disposition, que le donataire devra être mis en possession de l'objet promis dès qu'il existera; et dès cet instant, il y aura en sa faveur dessaisissement actuel et irrévocable.

2° Avant cette réalisation de la donation, la disposition participera de la nature des donations à cause de mort; et dès-lors, l'art. 1089 sera applicable en cas de prédécès de l'époux donataire, quant à la caducité et quant à la substitution vulgaire tacite au profit des enfans et descendans nés *ex hoc matrimonio*.

3° A dater de l'existence de l'objet, il y a droit acquis pour le donataire, dessaisissement actuel et irrévocable à son profit; et, dès-lors, la disposition a tous les caractères et tous les effets de la donation entre-vifs.

4° Dans aucun cas, même avant l'existence de l'objet, l'article 1083 ne sera applicable, puisque l'objet étant déterminé et spécialisé, le donateur ne saurait, sans manquer à sa promesse, disposer à quelque titre que ce soit de tout ou partie de cette chose.

Section II.

Des Conditions qui peuvent être apposées aux donations.

74. En principe général, les donations ordinaires peuvent être faites sous telles conditions qu'il convient aux parties, et spécialement au donateur, d'y apposer. Par exception à cette règle, sont prohibées les conditions illicites, c'est-à-dire, contraires aux bonnes mœurs, aux lois ou à l'ordre public. (Articles 900 et 1133 cbnés.) Ces conditions sont seulement réputées non écrites dans les donations, tandis qu'elles annullent l'obligation elle-même dans les contrats à titre onéreux. (Art. 900 et 1172.)

Parmi les conditions contraires aux lois, on trouve les con-

ditions potestatives de la part du donateur, qui sont prohibées dans les donations entre-vifs, de même que dans les obligations conventionnelles à titre onéreux. (Art. 944, 1174.) On serait, dès-lors, conduit à faire ici l'application du principe posé dans l'art. 900, en déclarant seulement ces conditions réputées non écrites, et la donation devrait avoir ses effets indépendamment de ces conditions; on continuerait ainsi à suivre dans ses conséquences la ligne de démarcation tracée par la loi, entre les donations et les contrats onéreux; et la disposition de l'art. 1174 qui annulle pour le tout l'*obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*, fait supposer qu'il en doit être autrement dans les donations, où les conditions contraires aux lois ne vicient nullement la disposition.

Il n'en est cependant pas ainsi, et les art. 944 et suivans prononcent, au contraire, dans ce cas, la nullité de la disposition elle-même. On peut, ce nous semble, donner deux raisons de cette exception assez remarquable, d'ailleurs, et peu remarquée:

1° Les lois sont ou déclaratives du droit naturel ou purement arbitraires. Les conditions spécialement prohibées par les premières de ces lois, apposées à une disposition de la part du donateur, indiqueraient de la part de ce dernier un cœur dépravé, des intentions mauvaises, un but immoral: il doit être puni, et il le sera, si la donation vaut comme pure et simple. Les conditions prohibées par des lois arbitraires n'ont rien d'immoral, et il serait sévère de punir le donateur d'avoir voulu poser à son acte de bienfaisance des restrictions que la nature permet. Si le législateur a cru devoir prohiber arbitrairement ces restrictions, ces conditions, il vaut mieux annuler la donation pour le tout, que d'étendre ses effets contre la volonté du donateur (1). Or, la prohibition des conditions potestatives, dans les donations, est purement arbitraire.

---

(1) On sent que cette raison ne s'applique qu'à la condition spéciale-

2° D'après la raison et le droit naturel, on conçoit parfaitement que celui qui donne son bien, fasse dépendre l'irrévocabilité de sa disposition purement gratuite du non-changement de sa volonté. Ce ne fut qu'à une époque où la conservation des biens dans les familles, et par suite les hérédités *ab intestat*, étaient un besoin de la politique, et une tendance des idées féodales et aristocratiques, que l'on admit cette règle toute arbitraire, *donner et retenir ne vaut*, afin de détourner de ces dispositions, en faisant ressentir de suite les privations irréparables du dessaisissement actuel et irrévocable de la propriété. Mais le but de l'émission de cette règle aurait été totalement manqué, si pour les conditions potestatives qui en sont la transgression, on avait laissé subsister les règles générales des conditions illicites, en les considérant comme non écrites : on eût étendu les donations au lieu de les restreindre. — L'histoire est quelquefois le meilleur interprète des lois.

75. Telles sont les règles générales sur les conditions dans les donations entre-vifs ordinaires. Quelles sont celles de ces règles que le législateur a cru pouvoir modifier en faveur des donations privilégiées dont nous nous occupons ?

Et d'abord, pour toutes les prohibitions du droit naturel, et qui ont pour cause les bonnes mœurs et l'ordre public, nulle exception n'était possible ; la loi ne saurait autoriser le mal, même en faveur des mariages. Mais il était permis au législateur, et il entrait tout-à-fait dans ses vues, de lever en faveur de donations qu'il voulait encourager et multiplier, des prohibitions prononcées dans le but de détourner des donations en général. Et c'est ce qu'a fait la loi.

Ainsi, d'après le Code civil, conforme en cela à l'ordonnance

---

ment et directement prohibée par une loi arbitraire ; car, si la condition avait pour objet l'accomplissement d'un acte défendu, même par une loi arbitraire, le but et l'intention du donateur seraient mauvais et punissables.

de 1731, les conditions illicites sont prohibées dans les donations *in favorem matrimonii*, de même que dans les donations ordinaires : insérées, elles sont réputées non écrites.

Mais ces donations exceptionnelles et privilégiées pourront, par exception, être faites sous des conditions dont l'exécution dépendra de la seule volonté du donateur. Parmi ces conditions, qui peuvent être fort nombreuses, la loi en prévoit de deux espèces particulières, qui peuvent se présenter dans chacune des trois principales donations que nous avons parcourues dans la *section* précédente. (Art. 1086.)

I. — *Condition de payer des dettes à créer arbitrairement.*

76. 1° *Donation de biens présens :* Le donateur peut mettre pour condition de sa disposition que le donataire paiera tout ou partie des dettes qu'il laissera à son décès, ou que tel autre événement, dépendant de sa volonté, arrivera ou n'arrivera pas. Dans ce cas, la donation de biens présens ne sera plus régie par l'art. 1081; il n'y a plus donation entre-vifs, puisque l'un des caractères distinctifs de cette donation, l'*irrévocabilité*, manque (Art. 894.) La disposition de l'art. 1089, sur la caducité éventuelle, lui devient donc applicable. Mais comme l'*actualité*, second caractère de la donation entre-vifs, ne reçoit ici aucune atteinte, la propriété des biens donnés est transférée de suite sur la tête du donataire ; et dans ce cas tout spécial, la condition de non-survie du donateur (1089), sera résolutoire et non suspensive. C'est une donation d'une nature toute particulière.

2° *Institution contractuelle proprement dite* : Si le donateur ne dispose que d'une partie des biens qu'il laissera à son décès, il peut stipuler que le donataire paiera néanmoins une quotité plus forte des dettes, toutes les dettes même qui pourraient exister à cette époque. Il peut, de même, faire dépendre l'irrévocabilité de l'institution, de toute autre condition dont l'exécution dépendrait de sa volonté.

3° *Donation cumulative divisible de biens présens et à venir, avec annexe de l'état des dettes* : Pour le cas d'acceptation cumulative et indivisée, mêmes règles que pour l'institution contractuelle proprement dite. Mais dans la prévision d'une acceptation restrictive et réduite aux biens présens, le donateur peut imposer la condition que le donataire paiera sur les dettes détaillées, une quotité plus forte que celle des biens donnés; ou bien qu'il paiera, indépendamment des dettes existantes sur les biens présens, tout ou partie de celles qui existeront à son décès. Mais, dans ce dernier cas, la donation même des biens présens n'étant pas déterminée, l'acceptation du donataire ne saurait le lier même pour ces biens (cpr. *supr.* n° 70), et il pourra au décès du donateur renoncer pour le tout.

II. — *Réserve de disposer d'un objet déterminé.*

77. Dans la donation de biens présens, dans l'institution contractuelle proprement dite (*sup.*, n° 46), de même que dans la donation cumulative divisible de biens présens et à venir, soit sur les biens présens, soit sur ceux à venir, le donateur peut se réserver la *liberté de disposer* (1) d'un effet compris dans les biens donnés, ou d'une somme fixe à prendre sur ces biens; et *si le donateur meurt sans en avoir disposé, l'effet ou la somme seront censés compris dans la donation, et appartiendront au donataire ou à ses héritiers*, c'est-à-dire aux enfans et descendans nés *ex hoc matrimonio*, en cas de survie au donateur (1086, 1089). Dans ce cas, il y a, quant à cet effet et à cette somme, donation sous condition potestative de la part du donateur. Partant, et alors même qu'il s'agirait d'une donation de

(1) Il ne faut pas confondre cette réserve de la liberté de disposer d'un objet, avec la réserve pure et simple d'un objet. Dans ce dernier cas, l'objet formellement exclu de la donation n'y rentrerait jamais, sauf une nouvelle disposition.

biens présens, la disposition de cet effet ou de cette somme prendra le caractère de donation à cause de mort, et dès-lors, l'art. 1089 lui est applicable. Mais, quant à la question que l'on peut soulever sur l'époque du dessaisissement de la propriété en faveur du donataire et de sa mise en possession, nous croyons que l'objet, dont le donateur s'est réservé la liberté de disposer, doit suivre le sort de la donation générale dont il fait partie, et qu'ainsi dans les donations de biens présens, l'objet réservé éventuellement passe actuellement au pouvoir du donataire quant à la propriété et à la jouissance; mais cette propriété et cette jouissance seront soumises à une double condition résolutoire, au cas de disposition réalisée de l'objet, et au cas de survie du donateur (1089). La nature spéciale de cette réserve de disposer, le caractère général en cette matière et le but des conditions potestatives, l'intention présumable des parties, tout nous porte à le décider ainsi, malgré que les termes équivoques et vicieux précités de l'art. 1086 *in fine* semblent supposer une condition suspensive et non résolutoire.

78. Dans les donations entre époux de biens présens, les dispositions faites sous des conditions dont l'exécution dépendrait de la volonté du donateur, et celles relatives à l'objet dont la disposition est réservée à celui-ci, sont soumises de plein droit et sans stipulation expresse, à la condition de survie du donataire. Cette exception à la disposition générale de l'art. 1092, résulte d'une manière incontestable de la combinaison des articles 1086, 1089, 1092 et 1093.

79. Dans les divers cas que nous venons de parcourir rapidement, il est facile de remarquer que la condition potestative de la part du donateur, ne porte atteinte que d'une manière indirecte à la règle de l'irrévocabilité des donations. Le donateur ne pourra pas, en effet, revenir directement et par la simple manifestation dans un acte postérieur du changement de sa volonté, sur une donation déjà consentie, comme le peut le testateur. Il ne pourra arriver à ce résultat qu'en prenant un moyen

détourné, soit en exécutant l'action qui doit amener l'accomplissement de la condition, soit en disposant de l'objet réservé, soit en contractant des dettes. Du reste, on le voit, toute institution contractuelle ou donation de tout ou partie de ce que le donateur laissera à son décès, est de sa nature soumise à une condition potestative de la part du donateur, sinon pour sa validité, du moins pour son efficacité: à savoir, que le donateur n'aliénera pas à titre onéreux tout ou partie de ses biens.

Section III.

De la quotité des biens disponibles.

80. Les règles générales sur la portion des biens disponibles n'ont reçu aucune modification dans les donations faites par des tiers aux futurs époux, en contemplation de leur mariage. Le législateur, dans la détermination de la quotité indisponible ou réserve, a cédé à des raisons de haute convenance, et en quelque sorte de haute moralité, que la faveur des mariages elle-même ne saurait faire taire : le devoir avant la générosité.

Il en est autrement dans les donations faites par l'un des futurs époux à son conjoint. Ici le législateur a cru pouvoir faire céder les droits des ascendans en faveur de l'affection bien naturelle et bien légitime d'un époux : *homo patrem et matrem suam relinquet et adhærebit uxori suæ*. Nous disons les *droits des ascendans*, car ceux des descendans ne seront pas en réalité bien atteints. Si l'époux donateur a des enfans d'un précédent mariage, loin de lui permettre une extension de la quotité disponible, la loi restreint la faculté de donner en secondes noces, dans des limites quelquefois plus étroites que celles fixées par le droit commun, jamais plus larges. (Art. 1098.) Et pour le cas où l'époux donateur laisserait à son décès des enfans de ce mariage, l'extension de la quotité disponible ne leur portera pas, en réalité, un grand préjudice, puisqu'ils trouveront presque toujours dans la succession du donataire, ce qui leur man-

quera dans la succession du donateur. D'ailleurs, les donations faites entre époux par contrat de mariage, peuvent jusqu'à un certain point être considérées comme de véritables conventions matrimoniales.

Ainsi, 1° les donations en faveur de mariage, faites par des tiers aux futurs époux, demeurent soumises aux règles générales sur les réserves et les quotités disponibles; 2° les donations faites dans le contrat de mariage, par l'époux qui a des enfans d'un précédent mariage, au profit de son futur conjoint, sont soumises, quant à la quotité disponible, à des règles spéciales tracées dans l'art. 1098, qui restreignent quelquefois cette quotité, et ne l'étendent dans aucun cas; 3° dans les donations faites par l'un des futurs époux sans enfans à son conjoint, la quotité disponible est déterminée par l'art. 1094, à un taux fixe et indépendant du nombre des enfans qui peuvent exister au décès du donateur, quotité restreinte quelquefois, étendue le plus souvent.

Qu'il nous suffise d'avoir mentionné ainsi brièvement, les principes généraux des dérogations apportées au droit commun sur la quotité disponible, à l'occasion des donations faites en faveur des mariages. Entrer dans les détails de cette matière, aussi intéressante que délicate, nous entraînerait en dehors de notre sujet, puisque l'infraction aux règles sur la quotité indisponible, ne vicie nullement la donation dans son principe, et qu'elle peut seulement porter atteinte à l'étendue de ses effets ultérieurs. (*Vid. supr.*, n° 32 *in fine*). Les donations excessives sont en effet simplement réductibles, au décès du donateur, au cas où il existerait à cette époque des personnes en faveur desquelles a été établie la réserve ou portion indisponible. (Article 1090, 920.)

Section IV.

Des formes des donations.

§ premier.

De l'acceptation.

81. Il est de principe incontestable, en droit et en raison, qu'une convention quelconque ne peut se former que par le concours et le consentement de deux ou plusieurs personnes : *est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, disait la loi romaine (1). Ce concours et ce consentement sont en effet de l'essence même de toute convention *(cum venire)* ; et la donation, qui est une véritable convention, doit les réunir comme toutes les autres.

Mais ce consentement réciproque des parties devra-t-il être exprimé dans l'acte d'une manière expresse et formelle, ou bien suffira-t-il de l'en voir résulter d'une manière tout aussi manifeste, mais moins directe et moins expresse, par la présence des deux parties et leur concours dans l'acte, leur signature, et autres circonstances qui ne peuvent laisser aucun doute sur la volonté des parties contractantes ? — C'est dans ce dernier sens que la question a été résolue en principe général, depuisque, le droit s'étant dégagé du matérialisme des formes, l'acte ou titre est considéré comme conséquence de la convention préalable des parties, et non comme cause efficiente des obligations, qu'il est exigé comme preuve des engagemens des hommes, et non comme partie essentielle et intégrante de ces engagemens ; depuis que, la raison et le bon sens l'emportant sur les mots, on a reconnu que l'on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties, plu-

---

(1) L. 1, § 2, ff. *de pactis* (2, 14).

tôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. (Art. 1156.)

Et cependant, on a fait une exception à cette règle si rationnelle, en matière de donations! On n'a reconnu pour valable et légalement obligatoire l'engagement du donateur, la convention intervenue entre lui et le donataire, qu'autant que le consentement de ce dernier et son acceptation, si présumables cependant, seraient expressément et formellement exprimés dans l'acte. (Art. 5 et 6, ordonnance de 1731.) Cette véritable anomalie dans le droit ne peut raisonnablement s'expliquer que par l'aversion des anciennes coutumes (d'où elle nous est venue) pour les donations entre-vifs, par le désir de conserver les propres dans les familles. Aussi, ces motifs exceptionnels cessant, il était logique et rationnel que l'exception cessât, et que l'on rentrât dans le droit commun. C'est ce que l'on fit pour les donations faites en faveur des mariages, qui elles, non-seulement n'étaient pas l'objet de cette aversion et de cette défaveur, mais même étaient privilégiées, étaient encouragées. (Art. 10, même ordonnance.)

82. Ici le nouveau législateur n'a fait que consacrer de point en point l'ancienne législation : comme elle, le Code civil exige, pour la validité des donations ordinaires, l'*acceptation en termes exprès* (art. 932); comme autrefois, il est fait exception à la rigueur de cette prescription, en faveur des donations faites en contemplation des mariages (art. 1087).

§ II.

De l'acte contenant donation.

83. Nulle difficulté d'abord sur la nécessité, même dans les donations privilégiées dont il est ici question, d'un acte notarié qui les constate. La disposition de l'art. 931 est trop formelle et trop impérative pour que le moindre doute soit permis à cet égard, alors qu'il n'existe aucun texte dérogatoire. Mais le doute apparaît et une grande dissidence se manifeste parmi les auto-

rités doctrinales les plus imposantes, sur la question de savoir, si pour jouir des priviléges dont nous venons de nous occuper, les donations doivent nécessairement être faites dans le *contrat de mariage lui-même*, ou si elles peuvent être contenues dans un acte notarié séparé, antérieur au mariage, pourvu qu'elles soient faites en vue et en faveur de ce mariage? — L'importance de la question se manifeste d'elle-même, et la difficulté de la solution paraîtra assez réelle si nous citons parmi les auteurs qui s'en sont occupés, MM. Delvincourt (1), Duranton (2), Dalloz (3). en faveur de la première opinion, et MM. Merlin(4), Grenier (5), Toullier (6) pour la seconde.

84. Nous croyons qu'il faut décider en principe, que les faveurs spéciales dont nous avons donné l'ensemble, sont applicables aux donations anti-nuptiales, soit qu'elles aient lieu dans le contrat de mariage lui-même, soit seulement dans un acte authentique séparé, pourvu qu'il soit certain qu'elles ont été faites en contemplation du mariage (7). Le législateur, en admettant ces dispositions exceptionnelles et privilégiées, a eu pour but, nous l'avons déjà vu, d'encourager et surtout de faciliter les unions légitimes des deux sexes. Or, cette intention peut parfaitement recevoir son application et se réaliser, alors même que la donation sera faite en dehors du contrat de mariage. Il peut, en effet, se présenter trois cas:

1° *Il peut n'exister aucun contrat de mariage*: Ce qui se

---

(1) T. 2, p. 421, notes.

(2) T. 9, n° 666, 667, 669, 672, 741.

(3) Recueil alp. v° *disposition entre-vifs et testam*, chap. 11, sect. 2, n° 25, sect. 3, n° 9, sect. 5, n° 4.

(4) Rep. v° *Institution contract.*, § 3, — Quest. de droit : v° *remploi*, § 4.

(5) *Traité des donations et testamens*, n° 426.

(6) T. 5, n° 829, 830.

(7) C'est ainsi que le décide en termes formels l'art. 231 du code hollandais.

réalise toutes les fois que les futurs époux, voulant adopter dans son entier le régime de la communauté légale, jugent superflu de rédiger un contrat tout-à-fait inutile. Dans ce cas, la donation faite à l'un des futurs époux peut très-bien être le véritable motif déterminant de l'un et de l'autre des futurs conjoints, ou tout au moins de l'un d'eux. Or, serait-il logique, serait-il conforme à la raison et à l'équité, de forcer les parties à rédiger un contrat de mariage dans le seul but de constater la donation? Eh! qui ne voit que l'autre partie peut parfaitement être déterminée par la donation faite à son futur conjoint, alors même qu'elle n'aura pas été présente à l'acte de donation.

2° *L'acte de donation peut précéder le contrat de mariage :* Ce qui peut arriver dans deux circonstances différentes : ou bien les parties à l'époque de l'acte de donation, pouvaient, ne pas avoir l'intention de rédiger un contrat de mariage; et si plus tard les changemens survenus dans la position pécuniaire de l'époux donataire ont peut-être rendu nécessaire ou utile la rédaction d'un tel contrat, voudra-t-on annuler la donation parce qu'elle n'aura pas été reproduite dans le contrat? mais c'est sur la foi de cette disposition, que les parties ont considérée comme irrévocable, qu'elles se sont unies; mais peut-être le donateur est décédé dans l'intervalle de la donation au contrat (*supr.* n° 36); — ou bien il peut arriver qu'une grande disproportion de fortune, rendant inconvenant aux yeux du monde un projet d'union, l'une des parties ait exigé, non-seulement comme condition du mariage, mais même comme base première de la divulgation d'un projet et de conventions ultérieures, une donation irrévocablement faite. Ce sera bien, dans l'un et l'autre cas, la réalisation directe du but de la loi.

3° *L'acte de donation peut être postérieur au contrat de mariage, mais antérieur à la célébration :* On ne peut pas faire ici cette objection : *non potest dici contrahentes aliter non fuisse contracturos, qui jam contraxerunt*, puisque, le contrat de mariage n'engageant nullement les parties à s'unir par la célé-

bration du mariage, elles peuvent très-bien jusqu'à cette célébration se dédire, et que la donation, même postérieure à ce contrat, peut en réalité être la seule véritable cause de la non-rupture du projet d'union. Mais, dit-on, on doit alors se conformer aux prescriptions des articles 1396 et 1397, qui règlent les changemens à opérer aux conventions matrimoniales. Nous répondrons : Y a-t-il même raison de décider? — Y a-t-il ici changemens aux conventions matrimoniales? — Y a-t-il préjudice possible pour quelqu'une des parties qui ont concouru dans le contrat? — La donation postérieure est un avantage pour les deux époux, elle ne porte atteinte à aucune convention, et ne saurait que les rendre meilleures. Ce n'est ni un changement de convention, ni une convention nouvelle; la disposition gratuite, faite en faveur de l'un des époux ou de tous les deux, ne peut que rendre leur condition meilleure, sans porter atteinte aux droits des tiers qui ont concouru au contrat antérieur. Sans doute, si la donation était faite sous des conditions onéreuses, dérogatoires aux conventions matrimoniales, on pourrait dire qu'il y a changement et modification à ces conventions : mais alors ce ne serait pas la donation qui serait dérogatoire, mais bien l'acceptation de la part du donataire d'engagemens contraires à sa promesse antérieure; et par suite, la donation pourrait être annulée, non comme faite dans un autre acte que le contrat de mariage, mais parce que le donataire ne pourrait pas exécuter les conditions imposées. (Art. 954.)

85. En présence de ces raisons, on ne saurait être arrêté par l'objection, tout au plus spécieuse, tirée de la nature des exceptions et du texte de la loi, qui se sert de cette expression : *donation par contrat de mariage* (art. 1081-1082 1084-1086).

Les exceptions ne doivent pas être étendues, admettons-le. Mais faudra-t-il du moins les appliquer, d'après l'intention présumable et rationnelle du législateur. Or, n'est-il pas raisonnable de croire que, par ces mots : *donation par contrat de*

mariage, dans les articles précités, le législateur a voulu seulement expliquer le cas le plus habituel, et ne s'est exprimé que d'une manière démonstrative, *de eo quod plerumque fit?* Les rédacteurs de notre Code civil savaient fort bien que les meilleurs interprètes de l'ordonnance de 1731, et entre autres Furgole *(1)*, avaient entendu d'une manière démonstrative et nullement limitative, ces mots *donation par contrat de mariage*, insérés dans les art. 13, 17 et 18 de cette ordonnance; et s'ils avaient eu l'intention de modifier cette interprétation reçue, ils n'auraient pas manqué de s'en expliquer formellement, soit dans le texte de la loi, soit dans les discussions, soit dans l'exposé des motifs.

86. Ces principes, dictés ce semble par la raison et l'équité, nous paraissent conformes à l'esprit de la loi; mais nous ne saurions les admettre, toutefois, d'une manière absolue. Nous exigerions rigoureusement l'insertion dans le contrat de mariage lui-même, ou tout au moins dans un acte postérieur, fait en conformité des dispositions des art. 1396 et 1397, quant aux donations faites entre époux avant leur mariage et en sa faveur. Il n'y a plus ici disposition purement gratuite, indépendante des conventions matrimoniales. Ces donations entre époux sont de véritables conventions anti-nuptiales, sous certains rapports du moins; et il est certain que les tiers qui ont concouru dans le contrat de mariage à un titre actif, seront le plus souvent intéressés dans les donations ultérieures, qui viennent directement modifier les clauses de ce contrat, sur les rapports des biens propres de chaque époux. Mais aussi, et par une conséquence de la cessation des motifs de cette décision, nous validerions les donations faites entre futurs époux, dans un acte qui n'aurait pas la forme ordinaire des contrats de mariage, s'il n'existait aucun autre contrat antérieur, et alors même que, postérieurement à cet acte de donation, les parties rédigeraient un contrat de

(1) Sur l'art. 13 de cette ordonnance.

mariage, sans y rappeler et y constater de nouveau cette donation.

§ III.

De la Transcription.

87. Pour rendre nos cadres aussi complets que possible, sans dépasser les bornes dans lesquelles nous sommes forcément obligés de nous renfermer, nous nous contenterons de faire observer que la nécessité de la transcription de l'acte de donation recevra quelques modifications dans les donations dont nous nous occupons, à raison de la nature spéciale des biens qui en sont l'objet. Ainsi :

1° La donation de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, ou institution contractuelle, n'aura pas besoin d'être transcrite. L'art. 939 ne peut s'appliquer textuellement à cette donation, puisque la nature des biens donnés est encore incertaine, et qu'on ne saura qu'au décès du donateur si ces biens sont susceptibles d'hypothèques. D'ailleurs, les mêmes motifs qui ont fait exiger la transcription dans les donations ordinaires n'existent plus dans l'espèce, puisque le donateur ou instituant peut vendre, aliéner et hypothéquer ses biens pendant toute sa vie, sans que le donataire institué puisse, à l'ouverture de son droit, revenir contre ces dispositions à titre onéreux; et il est généralement reconnu que les donataires postérieurs ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription d'une précédente donation.

2° Les mêmes principes s'appliqueront à la donation cumulative divisible de biens présens et à venir, quant aux biens à venir. Mais il en sera autrement pour les biens présens ; le donataire, dans la prévision de son option ultérieure pour les biens présens seuls, doit faire faire la transcription, s'il ne veut, plus tard, être repoussé par les créanciers et acquéreurs postérieurs, dans sa demande en distraction de la succession

des biens présens, quittes et libres de toutes aliénations, hypothèques et charges quelconques.

3° Quant aux donations de biens présens, elles restent soumises à la règle générale de l'art. 939, sur la nécessité de la transcription. Le nouveau législateur n'a pas même reproduit la disposition de l'art. 19 de l'ordonnance, qui dispensait de la formalité de l'*insinuation*, les donations faites par contrat de mariage en ligne directe.

§ IV.

De l'état estimatif des meubles.

88. Nous ne ferons que rappeler ici ce que nous avons eu l'occasion de dire et de motiver plus haut, sur la non nécessité de l'état estimatif des meubles et effets mobiliers, qui peuvent être compris dans les institutions contractuelles. Cet état serait même impossible à faire à l'époque de la donation, puisque les effets mobiliers qui existent en ce moment peuvent avoir disparu, en tout ou en partie, au jour de l'exécution de la disposition, et que d'autres peuvent avoir été acquis. Nous avons ajouté, que dans les donations cumulatives divisibles de biens présens et à venir, il était du plus grand intérêt pour le donataire de faire annexer cet état estimatif, au cas où, plus tard, il voudrait opter pour *les biens présens* seuls; mais qne cet état n'était pas rigoureusement nécessaire, puisque les effets mobiliers, qui pourraient se trouver dans la succession du donateur, seraient seulement censés acquis postérieurement à l'acte de donation, et, comme tels, rentreraient dans la masse des biens donnés cumulativement, mais ne profiteraient au donataire qu'au seul cas où il accepterait pour le tout. Nulle dérogation, enfin, quant aux donations de biens présens.

§ V.

Des Droits de mutation.

89. L'Etat, unité nationale, ou le gouvernement qui en est l'expression pratique, a des besoins d'argent immenses, pour faire mouvoir tout le personnel, si nombreux, du pouvoir et de l'administration. Le citoyen, en retour des droits qui lui sont assurés et conservés par l'Etat, doit concourir, selon ses facultés et sa fortune, à l'alimentation du trésor public. C'est pour parvenir, autant que la nature des choses peut le permettre, à cette juste répartition des charges publiques, et sans doute aussi pour les rendre moins onéreuses en apparence, à force de les diviser en diverses catégories, que l'on a inventé ce nombre prodigieux de noms d'impôt, qui, sous toutes les formes, viennent pressurer le citoyen. L'homme ne peut presque pas faire un pas dans la vie sociale, sans être obligé de payer un droit au fisc. Mais c'est surtout dans les transmissions de propriété à titre gratuit, que le trésor public vient prélever des droits, souvent fort considérables, puisqu'ils peuvent s'élever quelquefois jusqu'au dixième de la valeur des objets donnés, grâce au décime de guerre. Aussi faut-il reconnaître, chose digne de remarque, que l'expression de *donation purement gratuite*, consacrée cependant par le législateur (art. 1105, Code civ.), devrait être bannie de notre langue; car elle ne peut recevoir aucune application dans l'état actuel des législations fiscales, si ce n'est peut-être dans les quelques dons manuels d'objets mobiliers, de fort peu d'importance pour l'ordinaire.

Il n'a fallu rien moins que la faveur toute spéciale du mariage, pour diminuer les droits de mutation de propriété, dans les transmissions à titre gratuit. La loi du 22 frimaire an VII (art. 69, §§ 4, 6 et 8) avait réduit ces droits de moitié, dans les donations faites *par contrat de mariage*. Ils ont été élevés

depuis par la loi du 21 avril 1832, art. 33; mais encore ils sont bien moindres que ceux perçus dans les donations entre-vifs ordinaires.

90. Ici se présentait, quant au privilége fiscal, la question que nous avons discutée ci-dessus (n° 84) relativement aux priviléges civils, sur le point de savoir si cette expression *donations faites par contrat de mariage*, qui se trouve dans les lois bursales précitées, de même que dans les art. 1081 et suiv. du Code civil, doit être prise dans un sens limitatif ou seulement démonstratif.

A s'en tenir aux motifs si manifestes de la réduction des droits, la solution de cette question ne saurait offrir de sérieuses difficultés. Nous ne sommes plus aux premiers âges de la législation romaine, lorsque la forme l'emportait sur le fond ; et certes, la faveur due aux mariages est bien indépendante de la forme de l'acte instrumentaire qui doit constater la donation ayant pour but de déterminer une union légitime. C'était même dans ce sens que le conseil d'administration de la direction de l'enregistrement avait résolu la difficulté, dans sa délibération du 17 juin 1827; mais, plus tard, la régie est malheureusement revenue sur sa propre jurisprudence, si rationnelle cependant; et, par une nouvelle délibération du 15 mars 1836, elle a décidé que la diminution de droits ne peut s'appliquer exclusivement qu'aux donations faites taxativement dans le contrat de mariage, et non dans un acte authentique séparé, alors même qu'il serait certain qu'elles ont été faites en contemplation et en faveur du mariage. La cour suprême s'est associée elle-même à cette rigueur excessive, dans con arrêt en date du 30 avril 1839. Nous aimons à croire que cette haute cour ne saurait persister longtemps dans cette jurisprudence, par trop fiscale, et qui s'écarte du but moral et social du législateur.

91. Après avoir étudié dans ses diverses parties le plan que

nous nous étions tracé, adressons-nous cette triple question, que doit se faire toute personne après l'accomplissement de chacune de ses actions, et dont la vie humaine tout entière ne doit être qu'une grande solution : Quel a été notre but? quels moyens avons-nous employés pour y parvenir ? quel est le résultat obtenu?

Notre but a été de rechercher jusqu'à quel point le législateur avait eu l'intention d'encourager, de favoriser et de faciliter les mariages. Quelques auteurs, appelés dans ces derniers temps par la nature de leurs travaux juridiques à se prononcer sur cette question : *la condition de ne pas se marier est-elle illicite?* ont soutenu que la loi n'avait pas cherché à encourager les mariages; ils ont voulu conclure de quelques dispositions législatives, tout-à-fait spéciales, et dictées par des raisons exceptionnelles et d'un ordre supérieur, que le législateur était resté indifférent sur la multiplication des unions légitimes ; que même il avait cherché à encourager le célibat. Nous avons voulu prouver, qu'en principe général, et, sauf les quelques exceptions qui se justifient d'elles-mêmes et dont on ne saurait raisonnablement rien conclure, alors que leurs motifs cessent le législateur, non-seulement avait entouré de sa bienveillante sollicitude l'institution éminemment morale et sociale du mariage, mais même qu'il avait, en réalité, cherché à favoriser et à encourager cette source de la famille.

Nos moyens, nous ne les avons pas cherchés dans des raisonnemens abstraits et métaphysiques : la démonstration la plus directe et la plus péremptoire de notre thèse, nous a paru devoir se trouver dans l'étude de quelques-unes des dispositions législatives qui ne peuvent raisonnablement et juridiquement s'expliquer, qu'en supposant *à priori* cette grande faveur accordée au mariage, comme point de départ incontestable et but direct du législateur. Sur de pareilles preuves, le sophisme nous semble n'avoir aucune prise.

Nos résultats nous paraissent satisfaisans, au fond, puisque

nous avons successivement rencontré une foule de principes et de règles qui toutes s'éloignent du droit commun, et toujours en vue et en contemplation du mariage.

C'est d'abord un surcroit de liberté dans les conventions matrimoniales. L'incapacité provenant de l'âge est levée en partie; plusieurs des prohibitions du *titre des sociétés* disparaissent : c'est ainsi que les futurs époux peuvent valablement comprendre dans leur société, même les biens qui pourraient leur advenir dans la suite, par succession, donation ou legs (art. 1837); une sorte de société léonine est permise en faveur du mari; la stipulation de l'inaliénabilité de certains biens, si exorbitante du droit commun, est admise; une hypothèque *tacite*, si contraire à l'intérêt public, est créée en faveur de la femme.

Et dans les dispositions à titre gratuit, que d'exceptions au droit commun n'avons-nous pas rencontrées en faveur du mariage! Ici c'est la maxime fondamentale, si invétérée, *donner et retenir ne vaut*, qui se voit déshéritée de ses priviléges et de toutes ses conséquences restrictives du droit de propriété; là, c'est la prohibition, si morale, de tous pactes sur une succession future, qui est levée; d'un côté, la renonciation au droit de tester, partout ailleurs inaliénable, est permise; de l'autre, les conditions potestatives de la part du donateur n'annullent plus la disposition, elles sont respectées; l'alternative, si précieuse pour le donataire, d'opter au décès de son bienfaiteur pour telle ou telle partie de sa fortune, est légalement sous-entendue dans certaines dispositions; il en est de même de la condition suspensive de la célébration du mariage, de la condition suspensive du prédécès du donatenr, de la substitution vulgaire de la postérité du donataire; les formes rigoureuses de l'acceptation ne sont plus exigées; il n'est pas jusqu'au fisc lui-même, qui, dans son matérialisme de chiffres et sa soif d'argent, n'ait été forcé de reconnaître l'utilité sociale du mariage, et n'ait déposé en sa faveur un peu de sa sévérité.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

Eh! ce serait en présence de priviléges aussi précieux, de faveurs aussi explicites, d'exceptions aussi formelles, que l'on voudrait soutenir que le législateur est resté indifférent au mariage, qu'il n'a pas eu pour but de l'encourager, de le faciliter! Oui, sans doute, c'est un signe de la décadence des nations et de la dépravation des mœurs des peuples, lorsque le législateur est obligé, comme dernière ressource, de faire du mariage un devoir pour les citoyens. Mais, c'est le propre des gouvernemens placés à la tête des nations florissantes, de prévoir cette décadence et cette dépravation de mœurs, en encourageant et favorisant les institutions qui peuvent les prévenir. Entre le précepte de se marier et la faveur accordée au mariage, il y a toute la distance qui sépare le despotisme de la liberté.

DROIT ADMINISTRATIF.

CHEMINS VICINAUX.

En cette matière, on ne saurait marcher par des *chemins* trop simples et trop courts.

(CORMENIN, v. *chem. vic.*)

1. La nécessité de l'état social se manifeste dans les besoins nombreux et incessans de l'homme, et dans l'impossibilité où il est de les satisfaire par lui-même et sans le secours de ses semblables. Les rapports des hommes entr'eux, et les échanges de secours divers qui en sont la suite, sont le but final et la réalisation pratique des sociétés humaines : plus ces rapports sont multipliés, mieux ce but est atteint, plus se développe et se réalise cet état social, dont la perfection se trouverait dans la communication journalière de tous les hommes. Le développement de l'état social entraîne après lui, et peut seul produire la civilisation des peuples, puisque les facultés de l'homme ne se développent et ne se manifestent que par les rapports qu'il a avec ses semblables. Faciliter les communications entre les hommes, c'est donc le mode le plus direct et le plus sûr de civilisation, en même temps que c'est le seul moyen pratique de satisfaire les besoins et les désirs de l'homme, en mettant à sa disposition les objets de ses désirs et de ses besoins physiques; car, de même que les produits de l'industrie et des arts varient avec les individus producteurs, de même aussi les diverses parties de la terre produisent des fruits différens.

On voit combien l'amélioration des moyens de communiation entre les diverses parties du globe, se rattache à la civilisation des peuples et au développement de l'état social. L'eau et l'air, qui environnent le globe terrestre, sembleraient

naturellement destinés à procurer ces moyens de communication entre les diverses parties de la terre, puisque celle-ci est chargée, elle, de fournir à l'homme sa nourriture et son habitation. Mais, jusqu'à ce qu'on ait trouvé le moyen de faire servir l'air atmosphérique de véritable véhicule, — et les efforts incessans des savans d'une nation voisine, font espérer que ce problème, l'un des plus utiles que se soit posé l'homme, ne tardera pas à être résolu, — il faut bien enlever à l'agriculture un terrain qu'elle semblerait réclamer à juste titre, pour lui fournir à elle-même le moyen d'utiliser ses produits par le transport, et pour servir aux autres besoins de communication, là où l'eau ne peut prêter son secours.

Sans nous occuper des modes plus ou moins accélérés de transport, qui ont trouvé de nos jours un secours si utile dans l'application de la force motrice de la vapeur, considérons seulement les moyens de communication dans l'appropriation des lignes terrestres destinées à ces transports soit des personnes, soit des choses.

2. Le principe du gouvernement, en France, repose sur la centralisation : centralisation des individus dans la commune, des communes dans le département, des départemens dans l'Etat. Ce principe premier et fondamental reçoit son application dans toutes nos institutions. A chacune de ces divisions : l'Etat, le département, la commune, correspondent des droits et des devoirs différens. Chacun d'eux a ses propriétés, ses impôts, chacun a ses routes : à l'Etat, les routes royales, au département, les routes départementales, à la commune, les chemins communaux. La division est belle, la symétrie est parfaite en théorie; l'application pratique n'est pas peut-être aussi juste. Ce sont les mêmes personnes qui entrent successivement dans la composition de l'Etat, du département, de la commune; c'est donc en dernière analyse, l'individu qui paie pour la confection et l'entretien des routes royales, des routes départementales, des chemins communaux. S'il était vrai, en

fait, que tous les membres d'une même nation profitassent au même degré des routes royales, tous les membres d'un département, des routes départementales, tous les habitans d'une commune, des chemins vicinaux, la répartition des charges serait juste, l'application des principes serait équitable. Mais il arrive, en fait, que le cultivateur de la campagne, l'habitant des montagnes, celui-là même qui contribue le plus, au moyen de l'impôt foncier, à la confection et à l'entretien des routes royales, par exemple, n'en retire aucun profit. D'un autre côté, il arrive que les communes riches, celles-là qui pourraient, au moyen de leurs recettes ordinaires et sans recourir à de nouvelles charges pour l'individu, fournir aux frais des chemins vicinaux, n'ont qu'un très-petit nombre, quelquefois peut-être aucun de ces chemins à leur charge, parce que, à raison de leur importance, leur territoire se trouve sillonné en tout sens par des routes royales ou des routes départementales; tandis que les communes pauvres, privées des avantages du commerce et de l'industrie, ont une grande quantité de chemins vicinaux à tracer et à entretenir, à cause de l'étendue de leur territoire, qui est en raison inverse de la population et de la fertilité du sol, et parce qu'elles sont éloignées des grands centres de population, et par suite des routes royales et départementales. Ainsi, en fait, les communes rurales des montagnes concourent aux frais : 1° de leurs propres chemins vicinaux; 2° des chemins vicinaux de la commune, chef-lieu de leur département, qui, pour la plupart, prennent le nom de *routes départementales*; 3° des chemins vicinaux de la capitale et des principales villes, qui prennent le nom de *routes royales*.

Ces idées pourraient expliquer la négligence des communes rurales dans l'entretien de leurs chemins vicinaux, dont elles comprennent toute l'importance, mais qu'elles ne peuvent mettre dans un bon état de viabilité, sans recourir à des impôts fort onéreux, quoiqu'on en dise, pour leurs habitans,

pressurés qu'ils sont déjà par tous les autres impôts. Quoi qu'il en soit, une loi récente à la date du 21 mai 1836 est venue rendre obligatoires, pour toutes les communes, la confection et l'entretien de leurs chemins respectifs, dits *vicinaux*, en autorisant l'imposition spontanée ou forcée de charges spéciales.

3. Au-dessous des routes départementales, nous avons trouvé les chemins appartenant aux communes; ceux-ci peuvent n'intéresser qu'une commune, ou tout au moins un petit nombre de communes: ils conservent alors le nom générique de *chemins communaux*, et prennent, dans certains cas, celui de *chemins vicinaux* proprement dits; quelquefois ils intéressent un grand nombre de communes, une contrée entière, ils peuvent alors être classés *chemins vicinaux de grande communication.*

Section I.

Des chemins vicinaux proprement dits.

4. A quels chemins faut-il appliquer cette dénomination?

Les besoins de communication entre les communes limitrophes et entre les diverses parties d'une même commune, ont de tout temps fait consacrer à un usage public, certaines parties du territoire de ces communes. L'ancienne jurisprudence, et la plupart des coutumes, réputaient les seigneurs propriétaires de ces chemins consacrés à un usage communal. Par suite des lois abolitives de la féodalité et des diverses lois, décrets et arrêtés qui répartirent la propriété de ses dépouilles, les communes ont été mises en possession de la propriété de ces voies communales. L'administration fut chargée de dresser des états généraux de ces chemins *communaux* ou *vicinaux*, car jusques en 1824, ces deux dénominations étaient synonimes, comme on peut s'en convaincre en lisant l'arrêté du directoire, sous la date du 23 messidor an v :

« Le directoire exécutif, considérant que la destination » des chemins vicinaux ne peut être que de *faciliter l'ex-* » *ploitation des terres*, ou les communications de commune » à commune...

» Arrête :

» Art. 1^er^ — Dans chaque département de la république, » l'administration centrale (aujourd'hui les préfets) fera dresser » un état général des chemins *vicinaux* de son arrondissement, » de *quelque espèce qu'ils puissent être.*

» Art. 3. — Elle désignera ceux de ces chemins qui, à raison » de leur utilité, doivent y être conservés, et prononcera la » suppression de ceux reconnus inutiles.

» Art. 4. — L'emplacement de ces derniers sera rendu à l'a- » griculture. » (1)

Cet arrêté s'applique à tous les chemins *communaux* consacrés à un usage public, puisqu'il décide formellement que ceux qui ne seront pas conservés comme *vicinaux*, seront rendus à l'agriculture. Il en est de même de la loi du 9 ventôse an XIII, art. 6.

Ces actes législatifs n'avaient, en effet, pour but que de déterminer les chemins communaux utiles à conserver, de rendre les autres à l'agriculture, et de faire dresser un titre pour les communes contre les particuliers.

5. Cet arrêté est encore en vigueur, et une circulaire récente, adressée par le ministre de l'intérieur à Messieurs les préfets, charge ces administrateurs de faire dresser ces états dans les communes où ils ne l'auraient pas encore été. Ces chemins prennent aujourd'hui le nom générique de *communaux*, par opposition aux simples chemins privés.

---

[1] « Et le prix de la vente sera versé dans les caisses de l'Etat, » [Arrêté du ministre des finances du 4 germinal an VII]; » — « Dans la » caisse communale. » [Décret du 16 octobre 1802, — circulaire du ministre de l'intérieur du 19 février 1828.]

6. Si, dans son arrêté de classement de ces chemins reconnus utiles, le préfet comprend un chemin qui est réclamé comme propriété privée par un particulier, qui soutient, ou que les habitans n'ont jamais passé sur ce chemin purement d'exploitation ou d'agrément, ou que, s'ils y ont passé, cette jouissance n'était que de tolérance, et que, dans tous les cas, la commune n'a acquis, ni par titre, ni par possession, la propriété du chemin, ce tiers pourra se pourvoir par la voie contentieuse devant l'autorité administrative supérieure, et enfin, devant le conseil d'état; il y a plus que son *intérêt*, c'est son *droit* qui est violé. (1) Mais si l'arrêté est maintenu, attendu que le chemin réunit les caractères de voie publique, et que le conseil d'état rejette le pourvoi, celui qui se prétend propriétaire du sol du chemin déclaré communal, pourra actionner la commune devant l'autorité judiciaire, seule compétente pour décider les questions de propriété, pour faire prononcer sur ses prétentions. Mais alors même que le tribunal civil déciderait la question de la propriété du sol en faveur du tiers, l'arrêté administratif n'en recevrait aucune atteinte, et il produira tout son effet, c'est-à-dire que la commune demeurera en possession de la voie déclarée publique et utile. (2) Le droit de propriété se trouve résolu en un droit à une indemnité. (3) L'autorité administrative a prononcé sur la publicité du passage et sur son utilité, sans s'occuper de la propriété du sol; l'autorité judiciaire, sur la propriété du sol, sans s'occuper de sa destination. L'arrêté de classement aura eu pour effet indirect de déclarer l'utilité publique et de prononcer l'expropriation

---

(1) *Contra*, ordonnance du conseil d'état, 6 juillet 1843. (Devill. et Caret. 43. 2. 597.)

(2) Art. 13, tit. 2, loi des 16 — 24 août 1790, *sur la séparation des pouvoirs.*

(3) Cassat., 21 février 1842. [Devill. et Car. 42, 1, 277.]

pour cause d'utilité publique communale. C'est là un déclassement aux règles ordinaires des expropriations pour cause d'utilité publique, déclassement qui résulte nécessairement de l'arrêté précité du directoire : *Sic voluit lex.*

7. Inutile d'ajouter que, relativement à la commune, l'arrêté du préfet est un acte de tutelle administrative, tout-à-fait gracieux, et qui ne peut donner lieu à aucun recours contentieux; il ne décide d'ailleurs rien, quant à la propriété du sol pas plus contre la commune qu'en sa faveur; il ne s'occupe que de la destination de ce sol.

8. Telle était la législation des chemins communaux sans distinction, avant 1824; telle est encore la position des chemins communaux en général.

Mais comme ces chemins n'étaient mis par les lois (1), que d'une manière générale, à la charge des communes, et que les revenus des communes rurales sont presque toujours insuffisans pour couvrir les autres dépenses plus urgentes, il arrivait que les voies communales étaient dans un fort mauvais état de viabilité. La loi du 28 juillet 1824 sembla parer à cette insuffisance, en *autorisant* les communes à s'imposer des charges tout-à-fait spéciales, destinées exclusivement à la confection, aux réparations et à l'entretien de leurs chemins. Mais le mauvais vouloir ou la négligence des communes paralysèrent le but que s'était proposé le législateur, en ne recourant pas à cet impôt purement facultatif. Alors parut la loi du 21 mai 1836, qui rendit obligatoire ou du moins susceptible de le devenir, ce qui n'était que facultatif.

Cependant, permettre de disséminer sur un grand nombre de chemins, sur tous les chemins de propriété publique communale, ces ressources annuelles, eût été peu convenable, contraire même aux premières notions d'une sage administration, d'une bonne économie; puisque ce n'est que par la con-

(1) *Vid.* notamment loi du 6 octobre 1791.

centration des travaux que l'on obtient des résultats satisfaisans et durables, surtout lorsqu'il s'agit de faire et non d'entretenir. Aussi les lois de 1824 et de 1836 ont-elles prescrit le choix et la détermination, parmi les *chemins communaux*, de certains chemins qui, à raison de leur plus grande et plus générale utilité publique communale, devront seuls, sous le nom spécial de *chemins vicinaux*, recevoir l'affectation et l'emploi des ressources spéciales créées par ces lois. Les autres voies publiques communales restent comprises sous le nom générique de chemins communaux (et, dans certains départemens, sous celui de *chemins ruraux*), et sont régies par les règles générales des propriétés communales consacrées à un usage public; leur entretien reste, en principe, à la charge des communes (1), qui peuvent y consacrer, soit leurs revenus ordinaires, soit des impositions extraordinaires; mais, en pratique, ce sont les propriétaires riverains et intéressés qui sont obligés de pourvoir à cet entretien.

9. De ce qui précède, il résulte les principes suivans, qui nous serviront à résoudre des difficultés ultérieures, et qui n'ont pas été, ce nous semble, assez appréciés par les auteurs qui ont écrit sur la loi de 1836:

1° Jusqu'en 1824, le nom de *chemins communaux* et celui de *chemins vicinaux* ont été synonymes, et employés, indifféremment dans les lois de la république et de l'empire.

2° Depuis 1824 et surtout depuis 1836, la dénomination de *chemins communaux* indique le *genre*, celle de *chemins vicinaux*, l'*espèce*; mais quelquefois celle de *chemins communaux*, prise dans un sens restreint et par opposition à chemins vicinaux, indique aussi l'espèce.

3° C'est en vertu de l'arrêté du directoire du 23 messidor an v, et de la loi du 9 ventôse an XIII, que l'administration peut et doit faire dresser les tableaux des chemins communaux

(1) Loi précitée du 6 octobre 1791.

(*sens gen. et spec.*), et qu'elle prononce leur maintien ou leur suppression (1). C'est seulement dans l'exercice de ce pouvoir et dans l'exécution de cette opération, que l'administration peut toucher au droit des tiers, puisque ce classement a pour but de faire distinguer les chemins d'un usage public des chemins d'utilité et de propriétés privées.

4° C'est en vertu de l'art. 1^er^ de la loi du 28 juillet 1824 et implicitement en vertu de l'art. 1^er^ de la loi du 21 mars 1836, que l'administration est compétente pour déterminer, parmi les chemins communaux (*sens gen.*), ceux qui doivent être rangés dans la classe des *chemins vicinaux*, et pour opérer ce classement. Dans cette opération, l'administration ne touche pas aux *droits* des tiers, mais seulement à l'*intérêt* de la commune.

5° Cependant, comme c'est le même agent de l'administration, le préfet, qui a compétence pour faire les deux classemens, celui des chemins communaux et celui des chemins vicinaux, s'il arrive qu'il opère par un seul et même arrêté pour certains de ces chemins, portant le nom de *classement des chemins vicinaux de la commune de...*, il peut toucher aux droits des tiers ; mais les principes ne devront pas changer, et il sera facile de distinguer, dans le même arrêté, les deux actes administratifs différens, et d'appliquer à chacun ses règles propres.

Ces principes posés, et nous les croyons justes, entrons dans l'examen de la législation spéciale des *chemins vicinaux proprement dits*, tels que nous venons de les définir dans la nouvelle législation.

§ PREMIER.

Reconnaissance, *déclaration*, *ouverture*, *redressement*.

10. C'est aux préfets, comme nous venons de le voir, que

(1) Arrêt de cassat. 21 févr. 1842 (cit.).

les lois de 1824 et de 1836 ont déféré le pouvoir de *reconnaître* et de *déclarer* (en pratique, et d'après la théorie que nous venons d'exposer, il n'y a pas de différence bien réelle entre ces deux expressions) les chemins vicinaux des communes, c'est-à-dire, de choisir parmi leurs chemins communaux, ceux qui sont les plus utiles; et cela, après délibération des conseils municipaux de ces communes (art. 1, l. 1824). Ces administrateurs doivent avoir égard, dans la fixation du nombre des chemins communaux déclarés vicinaux, aux ressources de chaque commune et aux besoins de communication; et, dans le choix de ces divers chemins, à l'utilité publique de la commune entière ou de la presque unanimité de ses habitans. Du reste, comme ils n'exercent qu'une sorte de tutelle administrative, la commune n'a jamais qu'un recours gracieux devant le ministre de l'intérieur contre l'arrêté du préfet; jamais par la voie contentieuse, à moins d'excès de pouvoir, dans le cas, par exemple, où le préfet aurait prononcé, sans avoir pris l'avis du conseil *municipal*.

Quant au recours contentieux ouvert aux tiers intéressés, *vid. suprà*, nos 6 et 9, 5°.

11. Dans l'arrêté de classement des chemins vicinaux, le préfet doit déterminer la largeur actuelle du chemin classé, ou la largeur qu'il convient de lui donner, si la largeur actuelle est reconnue insuffisante. De là deux opérations distinctes : *reconnaissance* et *fixation* de largeur.

La reconnaissance a pour but de déterminer, d'une manière précise, les limites du chemin, de manière à rendre la constatation des empiétemens plus facile. Elle touche essentiellement au *droit* des tiers riverains, c'est une décision de bornage qui a été attribuée à l'autorité administrative au premier chef, au pouvoir gracieux du préfet, de la même manière que la reconnaissance des chemins communaux. Ainsi, la décision du préfet ne touche qu'à l'usage, qu'à la destination de la largeur reconnue, et laisse intacte la question de propriété du sol, à

décider par l'autorité judiciaire. Mais ici comme là, la propriété de la partie de cette largeur, déclarée, par jugement, appartenir au particulier poursuivant, *se résout en une indemnité, qui est réglée à l'amiable, ou par le juge de paix du canton, sur le rapport d'experts nommés conformément à l'art.* 17 de la loi de 1836 (art. 15).

La *fixation* de largeur des chemins classés, a pour but de déterminer la largeur qu'il convient de donner aux chemins, dans les réparations qui vont avoir lieu; le préfet reconnaît implicitement que la largeur actuelle est insuffisante. Il y aurait donc lieu, dans la rigueur des principes, à une expropriation des portions du terrain des propriétaires riverains, nécessaires pour compléter la largeur fixée. Mais, comme il ne s'agit que de faibles parcelles de terrain à céder, le législateur a cru pouvoir faire exception aux règles ordinaires, en faveur de la célérité nécessaire et de l'économie des frais. L'arrêté du préfet, portant fixation de la nouvelle largeur à donner au chemin, a pour but: 1° de déclarer l'utilité publique; 2° de prononcer l'expropriation et d'*attribuer définitivement au chemin le sol compris entre les* nouvelles *limites qu'il détermine*, sauf au propriétaire à exiger une indemnité, comme pour le cas précédent (art. 15) (1).

---

(1) Dans le cas de reconnaissance ou déclaration d'un chemin communal (*sup.*, n° 6) ou vicinal (n° 9-5°), et de *reconnaissance* de largeur, l'autorité prononçant sur le fait de l'usage public, il va sans dire que l'indemnité due, après jugement sur la propriété du sol, ne peut pas être préalable; l'art. 9 de la charte n'est pas applicable, puisque l'autorité compétente pour cela, déclare que la dépossession, quant à la jouissance, sinon quant à la propriété, avait déjà eu lieu de fait. Mais que doit-on décider, quant à la fixation de largeur, ou ce qui est, d'après nous, la même chose, quant à l'élargissement ordonné et fixé par le préfet? Il n'y a plus ici reconnaissance et déclaration d'une dépossession antérieure; il y a ordre de déposséder, dépossession à effectuer: l'art. précité de la charte paraît en tout point applicable. De ce que l'art. 15 de la loi de

12. Les opérations qui précèdent supposent que le chemin classé doit conserver la même direction, sauf à le réparer et à l'élargir si besoin est. Mais il arrive fréquemment que les tracés actuels des chemins déclarés vicinaux et leur direction sont tout-à-fait vicieux, surtout à raison des pentes trop fortes; il s'agit alors de les redresser, de fixer une nouvelle direction. Les agens-voyers ou les ingénieurs qui en remplissent les fonctions, lèvent les plans, dressent leurs projets : la commune, qui peut avoir le plus grand intérêt dans l'opération, soit à raison de la convenance publique, soit à cause des terrains à acquérir, est appelée à donner son avis sur ces projets; par l'organe de son conseil municipal, qui doit prendre une délibération sur cet objet; il n'est pas besoin d'autre enquête préalable. Après cette instruction, assez simplifiée par la nouvelle loi de 1836 (par son esprit, si ce n'est par son texte exprès), le préfet, par suite d'une délégation du pouvoir législatif, prend un arrêté en conseil de préfecture, par lequel il fixe la nouvelle direction du chemin, détermine les diverses propriétés dont la cession est nécessaire, et constate ainsi l'utilité publique. Si les propriétaires à exproprier ne veulent pas céder gratuitement ou à titre d'échange contre le sol du chemin redressé, les terrains nécessaires au nouveau tracé, et s'ils ne peuvent convenir

---

1836 a simplifié la déclaration d'utilité, l'expropriation et la fixation de l'indemnité, il ne s'ensuit nullement que le législateur ait eu l'intention de déroger aux droits garantis par la charte constitutionnelle; en tout cas, cette intention n'est point exprimée, et il semble que les inductions doivent être restrictives dans une matière aussi délicate que le droit sacré de propriété. Il est vrai que l'art. 15 porte que, *les arrêtés des préfets attribuent définitivement au chemin le sol compris dans les limites déterminées;* mais il en est de même du jugement d'expropriation, en matière ordinaire d'expropriation pour cause d'utilité publique, et ce n'est que sur l'époque de la dépossession que la question s'élève, et non sur la propriété.... (Voir cependant dans l'autre opinion, circul. ministérielle du 24 juin 1836, et arrêt de cassat., 7 juin 1838.)

à l'amiable du taux de l'indemnité avec le maire, sauf délibération du conseil municipal et autorisation du préfet ou d'ordonnance royale, suivant les distinctions et les règles de la loi du 22 juillet 1837, art. 46 *(sur l'administration municipale)*, l'expropriation est prononcée par l'autorité judiciaire, et l'indemnité fixée par le jury. Il n'y a d'exception aux règles ordinaires de semblables expropriations, que sur la composition du jury et sur son mode de délibération, conformément à l'art. 16 de notre loi (1).

13. Enfin, s'il arrivait jamais que le nombre des chemins communaux existans ne fût pas jugé suffisant pour les besoins de communication, et qu'il fût reconnu nécessaire d'ouvrir un chemin nouveau par adjonction, non-seulement au tableau des chemins vicinaux, mais même au tableau des chemins communaux (ce qui n'arrivera presque jamais, comme le fait remarquer, avec raison, M. le ministre, dans sa circulaire précitée du 24 juin 1836), ce serait toujours le préfet qui, en vertu du même art. 16, devrait autoriser les travaux d'ouverture du nouveau chemin, fixer sa largeur et sa direction, après les formalités mentionnées dans le numéro précédent. L'expropriation et la fixation de l'indemnité auraient lieu de la même manière.— Dans aucun cas, l'arrêté du préfet n'est susceptible d'un recours contentieux, à moins d'excès de pouvoir.

§ II.

Travaux d'ouverture, de redressement, de réparation, d'entretien.

14. Les formalités que nous venons d'exposer dans leur ensemble et leur principe, sans entrer dans aucun détail, ne sont que des *moyens* dans la loi du 21 mai 1836. Son but final

---

(1) Cbn. art. 16, loi du 21 mai 1826;—loi du 3 mai 1841 sur l'*expropriation pour cause d'utilité publique*, art. 4, 5, 6, 7 et 12; — loi du 28 juillet 1824 précitée, art. 10, et les discussions de la loi de 1836, aux deux chambres.

est dans les travaux consacrés par les communes, pour obtenir de bonnes voies de communications. Aussi l'art. 1er de cette loi porte-t-il en termes exprès : « Les chemins vicinaux » légalement reconnus (dans les formes que nous venons » d'exposer) sont à la charge des communes » ; et cette charge n'est pas seulement théorique et de principe, elle doit se réaliser, elle a une sanction.

On avait proposé d'ajouter après ces mots : *sont à la charge des communes*, ceux-ci : *sur le territoire desquelles ils sont établis*, qui se trouvaient dans l'art. 1er de la loi de 1824. On les rejeta, avec raison, parce qu'il peut arriver qu'une commune devra contribuer, à raison de l'usage fréquent qu'elle en fait, aux frais d'un chemin vicinal, qui ne passera pas cependant sur son territoire.

D'un autre côté, il peut se faire, et ce cas est très-fréquent, qu'un chemin vicinal, mettant en communication direete deux ou plusieurs communes, les intéresse toutes plus ou moins, et soit situé par parties sur leurs territoires respectifs. Laisser ces communes libres de travailler ou de ne pas travailler à ces chemins communs, c'eût été paralyser complètement les travaux et les sacrifices de celle qui voudrait consacrer à la partie du chemin restée à sa charge ses ressources actuelles, par le mauvais état des autres parties du chemin. C'est pour remédier à ces inconvéniens qu'a été adopté l'art. 6, ainsi conçu : « Lorsqu'un chemin vicinal intéressera plusieurs com- » munes, le préfet, sur l'avis des conseils municipaux, dé- » signera les communes qui devront concourir à sa construction » ou à son entretien, et fixera la proportion dans laquelle » chacune d'elles y contribuera. »

Le préfet n'exerce pas ici une simple fonction de tutelle administrative ; il décide une véritable question litigieuse entre deux ou plusieurs communes ; il touche à leur *droit* d'une manière directe. C'est donc une véritable compétence de juridiction contentieuse qui lui a été atribuée par la loi, qui,

quoiqu'on en dise, ne fait nulle exception implicite ni explicite aux principes du droit commun (1).

15. Les chemins communaux classés vicinaux, la largeur fixée, la nouvelle direction et le nouveau tracé déterminés, les propriétés nécessaires acquises et les indemnités payées (2), les communes, à la charge desquelles restent les diverses parties des chemins, désignée ,et la proportion dans laquelle ses communes doivent contribuer à un chemin commun déterminée, il s'agit d'ouvrir les nouveaux chemins, de redresser les anciens dont le tracé a été reconnu vicieux, de réparer ceux qui restent à la même place ; enfin, de les entretenir tous, dès qu'ils auront été mis à l'état de viabilité. — De quelle manière les communes supportent cette charge? — qui doit ordonner, diriger, surveiller l'emploi des ressources destinées à ces travaux? —quelle est l'autorité compétente pour déterminer, parmi les chemins classés vicinaux, celui ou ceux qui devront jouir les premiers du bénéfice de la loi, c'est-à-dire, de l'affectation des ressources qu'elle crée? — Telles sont les questions qui se présentent naturellement à l'esprit, et que nous ne pourrons qu'effleurer.

16. *De quelle manière les communes supportent-elles cette*

---

(1) *Contrà*, conseil d'état, 4 mai et 2 juin 1843 : « Considérant que la décision du ministre, confirmative de l'arrêté du préfet, est un acte purement administratif (c'est-à-dire gracieux) qui n'est pas susceptible d'un recours contentieux... » C'est décider la question par la question.

(2) L'art. 18 porte : « L'action en indemnité des propriétaires pour les *terrains qui auront servi à la confection des chemins vicinaux* et pour extraction de matériaux (*vid. infr.*), sera prescrite par le laps de deux ans. » L'application de cette prescription de courte durée est parfaitement rationnelle et justifiée, quand la dépossession a eu lieu légalement. Mais quand les travaux ont seuls opéré cette dépossession *de fait*, sans que les formalités protectrices, exigées par la charte et par la loi, pour l'expropriation, aient eu lieu, y a-t-il même raison de décider ? n'y a-t-il pas injustice contre le propriétaire qui a pu ignorer les travaux? — Le texte formel de la loi ne permet aucune distinction.

charge? Les ressources des communes affectées, ou susceptibles de l'être, aux chemins vicinaux, peuvent se résumer à six, savoir :

1° *Prélèvemens sur les revenus des communes.* Cette ressource, qui serait le moyen le plus régulier, est insuffisante presque partout ; et cela s'explique par cette observation que nous avons déjà faite, que les communes riches, les grandes villes ont, en réalité, un petit nombre de chemins vicinaux à entretenir, entourées qu'elles sont par des routes royales et départementales ; et qu'ainsi, en fait, les chemins vicinaux restent à la charge des communes rurales, c'est-à-dire, des communes pauvres. Aussi est-ce pour parer à cette insuffisance, que les lois de 1824 et de 1836 ont créé les ressourees spéciales suivantes.

2° *Prestations en nature.* Cette ressource, introduite par la loi de 1824, et dont le maximum a été élevé par celle de 1836, est la plus productive et la moins onéreuse pour la classe pauvre des campagnes, qui, le plus souvent, n'est dans l'indigence que par le défaut de travail. Elle consiste dans le vote d'un certain nombre de journées, dont le maximum est aujourd'hui fixé à trois, et que « tout habitant, chef de famille ou d'établissement, » à titre de propriétaire, de régisseur, de fermier ou de colon » partiaire, porté au rôle des contributions indirectes, peut » être appelé à fournir chaque année : 1° pour sa personne et » pour chaque individu mâle, valide, âgé de dix-huit ans au » moins, et de soixante ans au plus, membre ou serviteur de la » famille et résidant dans la commune ; 2° pour chacune des » charrettes ou voitures attelées, et, en outre, pour chacune des » bêtes de somme, de trait, de selle, au service de la famille ou » de l'établissement dans la commune (art. 3). » Ces prestations peuvent être acquittées, soit en nature, soit en argent, soit en tâches, conformément à l'art. 4.

3° *Centimes spéciaux communaux.* Au lieu des prestations en nature, ou concurremment avec elles, il peu être voté en

addition au principal des quatre contributions directes, des centimes spéciaux dont le maximum est fixé à cinq (art. 2).

Les prestations en nature et les centimes spéciaux peuvent être votés annuellement par le conseil municipal, sans que le concours des plus imposés soit nécessaire comme pour les autres impositions extraordinaires, puisque celles-ci sont obligatoires et non facultatives. Et, en effet, si le conseil municipal, mis en demeure, n'a pas voté les centimes et les prestations *nécessaires*, le préfet peut d'office imposer la commune, même dans les limites du maximum de chacune de ces charges. Le préfet agit ici par délégation du pouvoir législatif, et par suite, son arrêté est inattaquable par la voie contentieuse, à moins d'excès de pouvoir, au cas par exemple où le conseil municipal n'aurait pas été mis en demeure.

Mais, relativement aux contribuables ou prestataires, ces taxes spéciales sont en tout assimilées aux contributions directes en ce qui touche leur perception (1), et sont soumises aux mêmes règles de compétence; c'est-à-dire que toute demande en décharge ou en réduction de cette espèce d'impôt, doit être soumise aux conseils de préfecture (2).

4° *Impositions extraordinaires. communales.* De même que pour toute autre dépense communale, les communes peuvent être autorisées à s'imposer extraordinairement pour subvenir aux besoins urgens de leurs chemins; mais comme il ne s'agit plus d'une dépense obligatoire, l'adjonction au conseil municipal des plus imposés sera nécessaire (3).

5° *Ressources éventu elles.* Ces ressources éventuelles peuvent se composer: 1° des cotisations des propriétés de l'état productives de revenu, et de celles de la couronne, qui, dispensées des impositions ordinaires, doivent cependant contribuer

---

(1) Art 5, l. du 28 juillet 1824, encore en vigueur.

(2) L. 28, pluviôse an VIII, art. 4, § 1.

(3) L. 15, mai 1818, art. 39, 40, 41.

aux dépenses des chemins vicinaux dans le même rapport que les propriétés ordinaires (art. 13); — 2° des subventions industrielles, qui doivent dans certains cas compenser les dégradations que des entreprises industrielles pourraient occasionner sur les chemins vicinaux, entretenus à l'état de viabilité (art. 14); — 3° des souscriptions volontaires de la part des particuliers.

6° *Fonds départementaux.* Ces subventions ne doivent être accordées aux communes, pour les chemins dont nous nous occupons, que dans des cas extraordinaires, et distribuées entre elles, eu égard à leurs ressources, à leurs besoins et à leurs sacrifices, par le préfet qui doit rendre compte au conseil-général de la distribution des fonds mis à sa disposition par le vote antérieur de ce conseil. (Art. 8.)

Ces diverses ressources réunies ont produit dans toute la France, en l'année 1840, la somme de 26,505,919 fr., somme énorme, qui, employée avec soin, avec zèle, avec intelligence, pourrait annuellement produire des résultats très-satisfaisans.

17. *Qui doit ordonner, diriger, surveiller l'emploi de ces ressources?* Ce sont principalement les maires, agens du pouvoir exécutif dans la commune, qui, en se conformant aux règles tracées dans l'arrêté préfectoral, pris en exécution de l'art. 21 de notre loi, sont chargés de cette mission aussi importante que délicate. Ils s'adjoignent le plus souvent des agens subalternes, salariés par la commune sur les fonds des chemins, qui, sous les noms de piqueurs ou chefs d'ateliers, dirigent *matériellement* les travaux. Les agens-voyers, créés par l'art. 11, viennent quelquefois en aide à l'inexpérience des maires. Mais si ces agens-voyers sont peu nombreux, ils sont presque exclusivement occupés des chemins vicinaux de grande communication, et s'occupent très-peu des chemins vicinaux de petite communication : les communes en souffrent, des ressources fort considérables sont mal employées et ne produisent aucun bon résultat. Dans quelques départemens, on a fort heureusement remédié à cet inconvénient, par la création d'agens-voyers can-

tonaux, exclusivement destinés au service, à la direction et à la surveillance des chemins vicinaux dont nous nous occupons ; il serait à désirer que dans tous les départemens, les conseils généraux et les préfets, imitassent cet exemple, qui ne peut manquer de produire les meilleurs résultats.

En cas de négligence ou de mauvaise volonté, soit de la part des communes, soit de la part des maires, s'il n'est pas fait emploi des ressources spéciales dans les délais prescrits, le préfet peut d'office faire exécuter les travaux. (Art. 5.)

18. Si, pour la confection ou la réparation des chemins vicinaux, il est besoin de matériaux qui se trouvent sur une propriété privée, et que le propriétaire ne veuille pas consentir à les céder, et à les laisser enlever, soit gratuitement, soit moyennant une indemnité fixée à l'amiable, et qui le plus souvent se trouvera dans la remise ou la réduction des prestations en nature, il est nécessaire de recourir à une véritable expropriation pour cause d'utilité publique communale. Cependant, les règles ordinaires de ces expropriations ne seront pas applicables. Il suffira d'un arrêté du préfet pour constater l'utilité publique et prononcer, tout à la fois, l'expropriation ; quant à la fixation de l'indemnité, le jury ordinaire est ici remplacé par le conseil de préfecture, qui décide sur le rapport d'experts nommés conformément à l'art. 17. Il en est de même des occupations temporaires de terrain, soit pour dépôts de terres ou matériaux, soit pour passage. Du reste, cet art. 17 de la loi de 1836 ne fait que rendre applicable aux travaux communaux des chemins vicinaux, la disposition générale de l'art. 4. de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui attribue compétence aux conseils de préfecture, pour prononcer sur « les demandes et contestations concernant le » indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris » ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres » ouvrages publics. »

19. *Quelle est l'autorité compétente pour déterminer, parmi les chemins vicinaux classés, celui ou ceux qui doivent les*

premiers recevoir l'application des ressources spéciales créées par la loi de 1836? — La décision de cette question peut être très-importante pour les diverses parties d'une commune rurale, surtout là où, à raison du mauvais état et du nombre des chemins classés, du peu de ressources à employer annuellement et du mauvais emploi qui en est fait le plus souvent, il y en aura pour bien des années avant que tous ces chemins soient mis à l'état d'une viabilité convenable. En pratique, il arrivera presque toujours que le maire, chargé de diriger les travaux, déterminera lui-même les chemins sur lesquels ils auront lieu. Mais s'il y a contestation, s'il s'élève des réclamations, nous croyons que ce sera le conseil municipal qui devra lui-même déterminer cet emploi; puisque, représentant de la commune, il est appelé à voter les ressources spéciales nécessaires aux chemins vicinaux, pourquoi n'aurait-il pas le droit de fixer l'emploi des travaux qui en sont la suite et le résultat? D'ailleurs, les lois tendent assez à diminuer les pouvoirs de l'administration locale, pour que l'on ne doive pas lui enlever ce que la loi n'attribue pas expressément à l'autorité supérieure.

20. Les délais nécessaires à l'exécution des mesures que nous venons d'énumérer, les époques auxquelles les prestations en nature doivent être faites, le mode de leur conversion en tâches, tout ce qui tient à la confection des rôles, à la comptabilité, aux adjudications et à leur forme, si jamais on a recours à ce mode d'emploi des ressources en argent, pouvant varier suivant des circonstances toutes locales, la loi a chargé les préfets, par délégation, de statuer sur ces différentes matières par des réglemens, qui, dans l'année de la promulgation de la loi, ont dû être communiqués au conseil général, et transmis avec ses observations au ministre de l'intérieur pour être soumis à son approbation. (Art. 21.) Il existe donc dans chaque département une sorte de législation spéciale, qui est le complément et le développement de la législation générale.

§ III.

Conservation des chemins vicinaux, ou police de ces chemins

21. Dans l'arrêté dont nous venons de parler, le préfet a dû. *statuer sur tout ce qui est relatif aux alignemens, aux autorisations de construire le long des chemins, à l'écoulement des eaux, aux plantations, à l'élagage des arbres et des haies, aux fossés, à leur curage, et à tous autres détails de surveillance et de conservation* (art. 21.) Nous avons déjà vu d'un autre côté que dans l'arrêté de classement, le préfet avait dû fixer la largeur des chemins. Cette délégation faite par le législateur aux préfets de prendre des arrêtés sur ces diverses matières concernant la police et la conservation des voies communales, n'enlève nullement à l'autorité municipale, aux maires, le pouvoir qui leur est attribué par les lois des 16-24 août 1790, titre 2, et 19-22 juillet 1791, tit. 1, art. 46, pouvoir qui leur est encore conféré et reconnu par la loi récente sur *les attributions municipales* du 22 juillet 1837, art. 11, de prendre des arrêtés *sur les objets confiés par les lois à leur vigilance et à leur autorité*; ce qui s'applique incontestablement *à tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les voies publiques* (art. 3, l. 16-24 août 1790, tit. 2); seulement, ils devront respecter les règles tracées dans les arrêtés des préfets, et s'y conformer dans leurs propres arrêtés, qui leur serviront de complèment.

22. Mais il ne suffit pas d'ordonner, de régler, de prendre des arrêtés; il faut encore les faire exécuter; c'est là le but, le point même important: à côté de tout pouvoir législatif, il faut un pouvoir exécutif. C'est encore dans la loi précitée des 16-24 août 1790, tit. 2, que l'autorité municipale, représentée par le maire, ses adjoints et leurs délégués, tels que commissaires de police, gardes-champêtres, trouvera une délégation directe du pouvoir exécutif. Ces agens et leurs délégués doivent dresser

des procès-verbaux de toute contravention. D'un autre côté l'art. 11 de la loi de 1836 autorise les préfets à nommer des agens-voyers, dont le traitement est fixé par le conseil-général et prélevé sur les fonds affectés aux travaux, lesquels, après avoir prêté serment, ont aussi le droit de constater les contraventions et les délits, et d'en dresser procès-verbal. Dans l'un et l'autre cas, la contravention est poursuivie au nom du maire.

23. Quelle est l'autorité compétente pour connaître de ces contraventions? — quelques distinctions sont nécessaires.

1° Parmi ces contraventions, les unes peuvent avoir pour objet un fait punissable, mais non susceptible de réparation *civile*, de réparation réelle: v. g. dans l'arrêté du préfet ou dans celui du maire, il est défendu de construire le long des chemins, sans demander et obtenir préalablement l'alignement de la part du maire; un habitant a construit le long d'un chemin vicinal sans demander cet alignement; mais en fait il n'a pas anticipé sur la largeur du chemin, qu'il a au contraire parfaitement respectée. Il y a sans doute contravention punissable, mais rien à réparer, à changer. L'art. 471, § 15 du code pénal sera seul applicable; et le tribunal de simple police devra faire l'application de la peine que cet article prononce. (Art. 137, cod. inst. crim.)

2° D'autres contraventions peuvent au contraire donner lieu à une réparation réelle, à une réintégration du chemin dans l'ancien état, sans qu'il puisse y avoir peine infligée. Ce cas peut arriver, par exemple: 1° lorsque le chemin n'était pas classé communal au moment de la contravention, et que l'auteur de la contravention soutient que le chemin est sa propriété; dans ce cas, nous admettrons bien que le préfet peut de suite classer le chemin, et que cet arrêté de classement aura un effet rétroactif, en ce sens que l'anticipation même antérieure devra être réprimée, sauf à faire statuer sur le droit de propriété, ou plutôt sur le droit à une indemnité; mais nous ne croyons pas

que l'on puisse aller jusqu'à appliquer une amende ; — 2° lorsque la peine est prescrite et qu'il y a néanmoins lieu à la réintégration du sol, à la réparation réelle (1) ; — 3° lorsque l'auteur de la contravention est décédé ; — 4° lorsque l'empiétement résulte d'un fait indépendant du propriétaire riverain, v. g. de l'éboulement d'un mur de soutènement d'une terre riveraine et supérieure au chemin, etc.

Dans ces divers cas, quelle sera l'autorité compétente pour prononcer cette réintégration du sol ? — Ce ne sera certainement pas le tribunal de simple police, qui ne pourrait être tout au plus compétent pour prononcer sur cette action civile qu'incidemment et subsidiairement à une action criminelle ou plutôt de police. En l'absence de toute attribution spéciale, il faudrait tout au plus attribuer compétence au juge de paix, jugeant sur action possessoire en réintégrande. Mais la matière tient trop à l'utilité générale ; on sent que l'administration devait être appelée à réprimer ces contraventions, à maintenir le public et la commune dans l'exercice d'un droit de passage, de circulation ; c'est en quelque sorte une exécution administrative d'un acte administratif, que réclame l'intérêt général. C'est par ces motifs d'utilité générale ; de célérité, d'économie, de liberté de circulation, que la loi du 9 ventôse an XIII, attribue pour cet objet compétence au conseil de préfecture. Après avoir chargé l'*administration publique* (aujourd'hui les préfets), *de faire rechercher et reconnaître les anciennes limites des chemins vicinaux, et de fixer d'après cette reconnaissance leur largeur*, et avoir ajouté, art. 7 : « A l'avenir, nul ne pourra planter sur le bord » des chemins vicinaux, même dans sa propriété, sans leur » conserver la largeur qui leur aura été fixée en exécution de » l'article précédent, » cette loi contient un art. 8 ainsi conçu : « Les poursuites en contravention aux dispositions de la pré-

(1) Vid. arrêt cassat., 25 août 1809. — Cons. d'ét., 4 septembre 1841.

» sente loi, seront portées devant les conseils de préfecture, sauf » le recours au conseil-d'état. »

Or, nous le demandons, abstraction faite de l'art. 7, usurper et anticiper sur la largeur fixée au chemin en exécution de l'article 6, de quelque manière que ce soit, par construction, par labours, par dépôts de matériaux ou par plantation, n'est-ce pas contrevenir à l'arrêté du préfet qui fixe la largeur en exécution de la loi? n'est-ce pas contrevenir à la loi elle-même? A moins que le législateur n'ait voulu faire fixer la largeur des chemins que pour la simple utilité des statistiques, et sans but pratique aucun. Et alors, n'est-il pas rationnel et conforme aux premières notions du droit et des règles de l'interprétation des lois, de ne considérer la disposition de l'art. 7, relative à l'usurpation par plantation, que comme démonstrative et nullement limitative?

Le conseil de préfecture est donc seul compétent pour prononcer sur la répression et la réparation réelle des contraventions aux arrêtés des préfets portant fixation de la largeur des chemins. Nous disons *réparation réelle*, et non application de pénalité, parce qu'il est de principe qu'un tribunal ne peut appliquer une pénalité que quand il a reçu une attribution légale, spéciale et expresse pour cela; or, l'art. 8 précité de la loi du 9 ventôse an XIII, ne parle que des *poursuites en contravention*, ce qui ne peut s'entendre juridiquement et restrictivement que des poursuites directes, c'est-à-dire à fin de réparation réelle. D'ailleurs, nous supposons dans le cas actuel qu'il s'agit d'une contravention non punissable.

3° Enfin, il peut arriver, et c'est le cas le plus fréquent, que la contravention à la police des chemins vicinaux donne lieu à l'application d'une peine et à une réparation réelle. Il en est ainsi en général de tout empiétement, anticipation, usurpation, dépôts, dégradations. Quelles seront alors les règles de compétence? — D'après les observations que nous venons de présenter sur les deux premiers cas, dont celui-ci n'est que la réunion, il

est naturel et logique de décider que la compétence sera divisée: l'autorité judiciaire représentée par le tribunal de simple police prononcera l'amende, l'autorité administrative, c'est-à-dire le conseil de préfecture connaîtra de la réparation réelle, de la réintégration du sol.

« Mais il y a circuit d'actions, division de juridiction répressive entre deux juridictions. »

Oui, de même qu'un fait peut donner lieu successivement à une action criminelle, devant les tribunaux correctionnels ou devant les cours d'assises, et à une action civile portée devant les tribunaux civils; de même, qu'un délit commis sur un chemin privé ou sur toute autre propriété, peut donner successivement lieu à une action possessoire en réintégrande devant le juge de paix, et ensuite à une action criminelle devant le tribunal correctionnel. Pourquoi tant critiquer dans une matière ce que l'on accepte comme logique et rationnel dans une autre?

« Mais depuis la loi de 1832, le Code pénal dans l'art. 479, § 11, attribue compétence à l'autorité judiciaire pour les dégradations et détériorations de quelque nature qu'elles soient, des chemins publics, et pour les usurpations sur leur largeur; or, *posteriora prioribus derogant.* »

Oui, mais la loi de 1832 n'a fait que transporter dans le Code pénal, où était sa place naturelle, l'art. 40, tit. 2 de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, article en vigueur avant 1832, du moins en ce qui nous occupe actuellement; et la loi de 1832 n'y a fait que deux changemens: 1° la peine est diminuée, et par suite ce sont les tribunaux de simple police et non les tribunaux correctionnels qui l'appliquent; 2° la loi de 1791, antérieure à celle du 9 ventôse an XIII, attribuait compétence à l'autorité judiciaire pour la *réparation du dommage et la restitution de la largeur empiétée*, et en même temps, pour la condamnation à l'amende; la loi de 1832, au contraire, postérieure à celle de l'an XIII et voulant la respecter, n'attribue compétence que pour la *condamnation à une amende de 11 à 15 francs;* et

nous avons tâché de prouver qu'il y avait une différence entre la réparation réelle et la pénalité.

« Mais la loi du 21 mai 1836 forme un système complet de législation sur la matière des chemins vicinaux, et dès-lors, elle a virtuellement et nécessairement abrogé toutes les lois antérieures sur la matière. » (1)

Eh oui ! il devrait en être ainsi, mais c'est malheureusement tout le contraire qui a lieu ; pour s'en convaincre, il suffit de lire la dernière disposition banale de cette loi, disposition que malheureusement nos nouveaux législateurs savent beaucoup trop et dont ils font une si fréquente application : « Toutes les » dispositions des lois antérieures demeurent abrogées en ce » qu'elles auraient de contraire à la présente loi, » et la présente loi ne s'occupe nullement de la répression des contraventions.

24. Ainsi, nous reconnaissons dans tous les cas compétence : 1° à l'autorité administrative, aux conseils de préfecture, pour prononcer la réintégration du sol, la remise en liberté de la voie publique, la réparation réelle ; 2° à l'autorité judiciaire, aux tribunaux de simple police, pour la réparation publique et pénale, pour l'application de la peine. (2)

Et même nous ne restreindrons pas, comme on le fait ordinairement, la compétence des conseils de préfecture aux seuls chemins classés vicinaux (*s. sp.*) dans le sens restreint de la loi de 1836 ; nous l'étendrons encore à tous les chemins reconnus et classés communaux (*s. g.*), en exécution de l'arrêté du Directoire de l'an v précité, et de la loi du 9 ventôse an XIII, puisque c'est

---

(1) Considérans de l'arrêt de la cour suprême du 8 février 1840.

(2) Si nous avons donné quelques développemens à cette question de compétence, c'est à raison de la dissidence profonde entre la jurisprudence de la cour de cassation et celle du conseil d'état à cette occasion. Voir le renvoi aux nombreux arrêts rendus de part et d'autre, et la division tout aussi prononcée parmi les auteurs, Recueil de Devill. et Caret, 1837. 1. 772.

dans cette dernière loi que nous trouvons l'attribution de compétence, et qu'à cette époque et jusqu'en 1824, nous l'avons déjà vu, les mots de *chemins vicinaux* étaient synonimes de ceux-ci, *chemins communaux*, et exprimaient la même idée ; puisque, d'ailleurs, la liberté de circulation est nécessaire dans ceux-ci comme dans ceux-là, quoiqu'ils n'aient pas été mis *actuellement* à la charge spéciale des communes, pour l'emploi des ressources créées par la loi de 1836.

25. L'art. 10 de cette dernière loi porte : « Les chemins vi-» cinaux reconnus et maintenus comme tels, sont imprescriptibles.» Ce n'est qu'une application aux chemins vicinaux du principe qui veut que les choses consacrées à un usage public soient imprescriptibles. Ce principe, exprimé dans l'ordonnance de Blois, s'évince aujourd'hui de la combinaison des art. 2226 et 538 du Code civil. Aussi, croyons-nous qu'il faut l'étendre à tous les autres chemins communaux classés, le principe n'étant exprimé dans l'art. 10 que d'une manière démonstrative.

26. Quoique nous concluions de l'art. 2226 du Code civil, ce n'est pas à dire que les chemins vicinaux et communaux reconnus, ne soient pas susceptibles d'une propriété privée. Il est aujourd'hui hors de doute qu'ils sont la propriété de la commune. Mais tant qu'ils continueront d'être consacrés à un usage public, cette propriété ne réunit pas les véritables caractères de la propriété ordinaire ; et par exemple, ces chemins ne peuvent tre ni affermés, ni vendus : ils sont hors du commerce.

§ IV.

Déclassement des chemins vicinaux.

27. Le jurisconsulte Ulpien a écrit quelque part : *nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est* ; et cette règle, qui exprime avec autant de précision que de clarté, un principe rationnel et logique, est passée en adage au palais ; c'est elle qui doit recevoir ici son application.

Ce sera, en effet, le préfet qui aura le droit de prononcer le déclassement d'un chemin classé, par lui ou par ses prédécesseurs, au nombre des chemins, soit vicinaux, soit simplement communaux, d'une commune, en observant les mêmes formalités que pour le classement; et la commune n'aura qu'un recours gracieux devant le ministre. Seulement, comme il arrive souvent qu'un chemin intéresse plusieurs communes, le ministre de l'intérieur, dans sa circulaire précitée du 24 juin 1836, recommande aux préfets de ne prononcer le déclassement des chemins, qu'après avoir fait délibérer les conseils municipaux des communes qui peuvent avoir intérêt à leur conservation, et s'il n'y a pas unanimité entr'eux, qu'après avoir fait ouvrir une enquête dans ces mêmes communes. Toutefois, on le comprend, ces formalités ne sont que purement de précaution, et les communes ne sauraient se plaindre de leur inobservation, du moins au contentieux, quelqu'*intérêt* qu'elles eussent à la conservation du chemin déclassé.

28. Si c'est un chemin vicinal (*sens. spec.*) qui est déclassé, il tombe de plein droit dans la classe des chemins communaux ordinaires; mais il n'en continue pas moins d'être destiné à l'usage public des communications. Si c'est un chemin simplement communal qui est déclassé, ou si c'est un chemin vicinal, mais que dans l'arrêté de déclassement le préfet exprime son intention de le déclasser, même comme communal, le sol du chemin rentre dans le rang et la position des propriétés communales ordinaires; et par suite il est aliénable, prescriptibles, *il est rendu à l'agriculture*, suivant les termes de l'art. 4 de l'arrêté du directoire précité, du 23 messidor an v.

« En cas de changement de direction ou d'abandon d'un » chemin vicinal, en tout ou en partie, les propriétaires rive- » rains de la partie de ce chemin qui cessera de servir de voie » de communication, pourront faire leur soumission de s'en » rendre acquéreurs et d'en payer la valeur, qui sera fixée par » des experts nommés dans la forme déterminée par l'art. 17. »

(Art. 19, l. 1836.) C'était là un juste dédommagement dû à la propriété riveraine, pour compenser la cession forcée à laquelle elle est assujettie, dans la confection et les réparations de ces chemins.

Sect. II.

Des chemins vicinaux de grande communication.

29. Les chemins vicinaux proprement dits, dont nous venons de nous occuper, n'intéressent qu'une commune, ou du moins un petit nombre de communes. Entre ces voies de communication communale et les routes départementales, on sent que la gradation est forcée, qu'il manque un échelon intermédiaire. Dans l'Etat, nous avons trouvé les routes royales, les routes départementales, les chemins communaux; dans la commune, les chemins vicinaux, les chemins simplement communaux ou ruraux et les chemins privés; dans le département, les besoins de communication demandent une classe de chemins qui servent de transaction, entre les chemins vicinaux et les routes départementales, et qui intéressent un grand nombre de communes, une contrée entière. Ces chemins, que l'on avait proposé d'appeler *cantonnaux*, ont reçu la dénomination de *chemins vicinaux de grande communication*. Le sol de ces chemins, de même que celui des chemins vicinaux de petite communication, est la propriété des communes, sur le territoire desquelles ils sont situés; ils sont soumis, en principe général, aux mêmes règles que ces derniers, sauf les exceptions et les modifications suivantes:

30. I. C'est le conseil général de chaque département, et non le préfet, qui classe les chemins vicinaux de grande communication, sur l'avis des conseils municipaux des communes intéressées, des conseils d'arrondissement, et sur la *proposition* des préfets, qui seuls ont le droit d'initiative. Sur les mêmes avis et proposition, les conseils généraux déterminent la direction de chacun de ces chemins, par les points principaux; sauf

ensuite aux préfets à fixer et à déterminer les points intermédiaires, de même que la largeur et les limites du chemin classé (art. 7). Ce sont, en général, des chemins vicinaux proprement dits, déjà reconnus et déclarés tels, qui, à raison de leur importance, sont élevés au rang de chemins vicinaux de grande communication ; mais rien n'empêcherait de déclarer tels de simples chemins communaux, et même d'ouvrir des chemins nouveaux sous cette dénomination, si le besoin en était reconnu.

31. II. De même que les chemins proprement dits, les chemins vicinaux de grande communication légalement reconnus, sont, en principe, à la charge des communes qu'ils intéressent d'une manière directe. C'est encore le conseil général qui, toujours sur la *proposition* des préfets, désigne ces communes ; le préfet détermine annuellement la proportion dans laquelle chacune d'elles doit concourir aux travaux du chemin, et statue sur les offres faites par les particuliers, association de particuliers ou de communes (art. 7). Nous croyons encore ici (*vid. supr.*, n° 14) que c'est une véritable juridiction contentieuse qui est attribuée aux préfets ; ils décident une question litigieuse entre plusieurs communes, ils touchent à leurs droits. Cependant il faut reconnaître que le contraire fut formellement exprimé à la chambre des députés, par M. le rapporteur du projet et par le savant M. Vivien (1), et que c'est dans ce dernier sens que s'est prononcé le conseil d'état, en rejetant les pourvois formés contre la décision du ministre. Les communes doivent acquitter la portion des dépenses mise à leur charge, au moyen de leurs revenus ordinaires, et, en cas d'insuffisance, au moyen des deux tiers du maximum des ressources spéciales créées par l'art. 2, développé plus haut. En cas de négligence ou de refus de la part des communes taxées,

(1) *Moniteur* du 2 mars 1836, suppl.

la volonté législative trouvera une sanction nécessaire dans les pouvoirs donnés aux préfets dans l'art. 5.

32. Mais ce n'est qu'en *principe* que ces chemins sont à la charge des communes; car, en pratique, les départemens viennent à leur aide, au moyen de subventions sur leurs fonds propres. Il est pourvu à ces subventions au moyen des centimes facultatifs ordinaires du département, et des centimes spéciaux votés annuellement par le conseil général. La distribution de ces subventions doit être faite, en ayant égard aux ressources, aux sacrifices et aux besoins des communes, par le préfet, qui en rend compte chaque année au conseil général (art. 8).

33. La direction et la surveillance des maires, sont ici remplacées par celles du préfet, sous l'autorité duquel sont placés ces chemins d'intérêt général (art. 9). A ces hauts fonctionnaires appartiendra la direction des travaux, qui conservent néanmoins le caractère de travaux communaux.

34. III. La constatation et la répression des contraventions, commises sur ces chemins, sont soumises aux règles énumérées ci-dessus, § 3.

35. IV. Le déclassement des chemins vicinaux de grande communication doit être prononcé par les conseils généraux, sur les avis et proposition nécessaires pour le classement.

36. Nous ne saurions mieux terminer cet aperçu rapide sur les chemins vicinaux, qu'en faisant remarquer tout l'intérêt qu'a inspiré au législateur cette partie de la petite voirie, jusqu'ici si négligée, et cependant si utile et si nécessaire pour la prospérité publique : ce sont les droits du fisc et les règles ordinaires de la procédure, qui ont reçu, en faveur de ces chemins, quelques atteintes qu'il importe de noter. L'art. 20 s'exprime ainsi : « Les plans, procès-verbaux, certificats, » significations, jugemens, contrats, marchés, adjudications

» de travaux, quittances et autres actes, ayant pour objet ex-
» clusif la construction, l'entretien et la réparation des chemins
» vicinaux, seront enregistrés, moyennant le droit fixe de
» un franc. — Les actions civiles, intentées par les communes
» ou dirigées contre elles, relativement à leurs chemins, seront
» jugées comme affaires sommaires et urgentes, conformément
» à l'art. 405 du Code de proc. civ. »

Vu par le président de la Thèse,

LAURENS.