

N^o 4. AU PROFIT DE QUI L'INSTITUTION CONTRACTUELLE PEUT-ELLE ÊTRE FAITE ?

199. D'après l'article 1082, l'institution contractuelle peut être faite, tant au profit des époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. La disposition doit être entendue dans un sens restrictif. C'est pour favoriser le mariage que le législateur permet l'institution contractuelle; or, elle ne favorise le mariage que si elle profite aux futurs époux et aux enfants qui naîtront de leur union. Donc l'institution contractuelle ne peut être faite qu'en leur faveur.

200. La donation est faite aux futurs époux : profite-t-elle à chacun d'eux pour moitié, ou est-elle censée faite pour le tout à l'un d'eux? En principe, la question n'est pas douteuse, quoiqu'elle soit controversée. Lorsqu'un droit divisible est donné à deux personnes, il se divise entre elles, chacune n'en a que la moitié. Donc l'institution contractuelle se divise entre les deux époux. La cour de Caen l'a jugé ainsi dans une espèce où les termes de l'acte décidaient la difficulté. Le père du futur époux faisait don *aux futurs*, pour la bonne amitié qu'il leur portait, de tous les biens qu'il laisserait à son décès. Il était stipulé que le survivant des époux en jouirait en toute propriété. Les deux époux acceptèrent (1).

Il y a une décision en sens contraire de la cour de Bruxelles. L'acte portait que la donation était faite aux deux futurs époux; on ne peut supposer, dit la cour, que l'intention des parties ait été que la moitié de l'immeuble donné appartint à la future épouse; si l'acte parle des deux futurs époux, c'est parce qu'ils devaient jouir ensemble de la libéralité (2). Il se peut sans doute que telle soit l'intention du donateur, mais alors il doit avoir soin de l'exprimer; s'il donne aux deux époux, il y a deux do-

(1) Caen, 7 août 1848 (Daloz, 1849, 2, 112).

(2) Bruxelles, 23 novembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 243), et 9 juin 1810 (Daloz, n^o 2253).

nataires, à moins que l'on ne prouve que les termes de la donation ne répondent pas à la pensée du donateur. La cour de Bruxelles semble s'être guidée d'après les présomptions que l'on suivait dans l'ancien droit. Lorsque le donateur était un étranger, on présumait qu'il avait voulu gratifier les deux époux; quand c'était un père qui donnait collectivement aux futurs époux, on admettait qu'il n'avait entendu gratifier que son enfant; on admettait encore d'autres présomptions, toutes fondées sur l'intention probable du disposant (1). Il est évident que ces présomptions n'ont aucune force sous l'empire d'une législation qui n'admet que des présomptions établies par la loi; il n'y a pas de texte, donc il n'y a pas de présomption et, par suite, la question doit se décider, comme nous venons de le faire, d'après les principes généraux.

201. Aux termes de l'article 1082, l'institution contractuelle peut être faite au profit des époux et des enfants à naître du mariage. La loi ne dit pas que le donateur peut instituer directement les enfants à naître, en excluant les époux. Et comme en cette matière exceptionnelle tout est de la plus rigoureuse interprétation, il faut décider que ce que la loi ne permet pas, est par cela même prohibé, si les principes généraux s'y opposent. Or, on ne peut pas faire de donation au profit d'un enfant à naître (art. 902); si la loi le permet dans l'institution contractuelle, c'est sous la condition qu'elle détermine : il faut que l'institution se fasse au profit des époux et des enfants. Cela est aussi fondé en raison; la donation est faite en faveur du mariage; or, favoriserait-elle le mariage si les principaux intéressés, les futurs époux, n'en profitaient pas (2)? Si l'institution était faite au profit des enfants à naître, à l'exclusion des époux, elle serait radicalement nulle, c'est-à-dire inexistante, puisqu'il n'y aurait pas de donataire, les enfants non conçus ne pouvant être gratifiés (3).

202. L'article 1082 dit que le donateur peut disposer

(1) Coin-Delisle, p. 561, n^o 26 de l'article 1082.

(2) Duranton, t. IX, p. 676, n^o 678, et tous les auteurs.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 258, note 30, § 739.

de ses biens à venir au profit des époux et au profit des enfants à naître de leur mariage dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. Si le disposant a compris dans l'institution les enfants qui naîtront du mariage, ceux-ci recueilleront le bénéfice de la libéralité de leur chef, comme héritiers contractuels. Ils ne viennent pas à l'hérédité par transmission, puisque l'époux donataire, étant prédécédé au donateur, n'a jamais eu de droits et ne peut, par conséquent, en transmettre. Ils n'y viennent pas par représentation, car le droit de recueillir une succession par représentation est un droit exceptionnel que la loi n'admet qu'en faveur des héritiers *ab intestat*; les héritiers testamentaires et contractuels n'en jouissent pas. De là suit que les enfants institués héritiers peuvent venir à la succession de l'instituant tout en renonçant à la succession de leur père (1).

Les enfants institués étant héritiers par contrat, leur droit est irrévocable aussi bien que celui de l'époux donataire. Il a été jugé, par application de ce principe, que l'instituant ne peut pas faire à l'institué donation des biens compris dans l'institution. Dans l'espèce, la donation avait été faite en fraude de l'institution contractuelle, pour permettre à l'époux donataire de distribuer inégalement entre ses enfants des biens auxquels les enfants étaient appelés par droit égal; la donation a été annulée (2). Il a encore été jugé que l'institué ne pouvait donner les biens compris dans l'institution à l'instituant; s'il prédécède, il n'a aucun droit, et il ne peut pas disposer, au préjudice des enfants institués au même titre que lui, des biens donnés. Ces biens sont donnés irrévocablement aux enfants, l'instituant ne peut pas leur enlever le titre d'héritier, et l'époux donataire n'a aucun droit s'il prédécède au donateur (3).

203. Qu'arrivera-t-il si les enfants ne sont pas compris expressément dans l'institution contractuelle? Le deuxième alinéa de l'article 1082 décide que « la dona-

(1) Coin-Delisle, p. 564, nos 40 et 41 de l'article 1082.

(2) Riom, 21 août 1829 (Daloz, n° 2027, 3°).

(3) Nîmes, 5 juillet 1826 (Daloz, n° 2028, 1°).

tion, quoique faite seulement au profit de l'époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage. » Cette présomption est fondée sur l'intention du donateur; il a fait une donation en faveur du mariage, donc en faveur de la famille qui va se former; l'époux qui s'est marié en considération de cette libéralité a compté, de son côté, que ses enfants en profiteraient si lui venait à prédécéder. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à regarder les enfants comme substitués vulgairement. Déjà dans l'ancien droit l'on admettait que toute institution contractuelle comprenait une substitution tacite au profit des enfants de l'institué. Sous l'empire du code civil, l'on enseigne également que les enfants sont censés substitués aux époux donataires (1). La jurisprudence a consacré l'opinion universelle (2). Toutefois, la loi ne dit pas qu'il y a substitution vulgaire, et l'on a remarqué avec raison que d'après les principes il ne pouvait pas y avoir de substitution. En effet, la substitution vulgaire implique qu'au moment même où se fait la disposition, le substitué et l'institué peuvent y venir et y viennent l'un au défaut de l'autre; donc les enfants à naître ne peuvent pas être substitués à leur père donataire. Mieux vaut ne pas admettre une explication qui, au fond, n'est pas juridique et qui peut induire en erreur, comme nous le dirons plus loin. L'intention des parties contractantes suffit pour expliquer la vocation des enfants, même dans le silence de l'acte.

204. La loi appelle les *enfants et descendants* à naître du mariage, donc tous à titre égal et sans aucune distinction, comme ils viennent à la succession *ab intestat*, dont la succession contractuelle est une image. Il en est de même lorsque le donateur a expressément compris les enfants dans l'institution; le premier alinéa de l'article 1082 parle aussi, en termes généraux, des *enfants à naître du mariage*. La loi veut donc que tous les enfants

(1) Voyez les témoignages dans Demolombe, t. XXIII, p. 315, n° 286; Aubry et Rau, t. VI, p. 256, note 27.

(2) Metz, 7 juillet 1824 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 2026).

soient appelés, toute pensée d'inégalité lui est étrangère. Il en est même ainsi dans les substitutions fidéicommissaires permises ; la loi ne permet pas de faire une distinction entre les enfants à raison de leur sexe ou de la primogéniture ; tous sont mis sur la même ligne. A plus forte raison en doit-il être ainsi dans une donation que le législateur n'autorise que par faveur pour le mariage. Il suit de là que le donateur ne pourrait pas appeler à l'institution l'aîné ou les mâles de préférence aux autres. Cela résulte d'abord de l'intention du législateur, comme nous venons de l'établir d'après le texte de l'article 1082. Les principes ne laissent aucun doute. On ne peut disposer par acte entre-vifs au profit d'enfants non conçus que dans deux cas, par substitution fidéicommissaire et par institution contractuelle ; or, la clause qui appellerait quelques-uns des enfants à la succession du donateur par contrat ne rentrerait dans aucun de ces deux modes de disposer : ce ne serait pas une substitution, puisque le donataire étant prédécédé au donateur n'a jamais été gratifié ; ce ne serait pas une institution contractuelle, puisqu'elle ne comprendrait pas, comme la loi le veut, tous les enfants à naître du mariage : ce serait donc une donation non prévue par la loi, et par cela même non autorisée, car il faut une disposition formelle pour autoriser la vocation d'enfants à naître (1).

On demande si le donateur pourrait se réserver, en cas de prédécès de l'institué, la faculté de distribuer inégalement entre les enfants du donataire, les biens compris dans l'institution ou de les attribuer exclusivement à quelques-uns. L'affirmative est enseignée, mais il importe de préciser le sens de cette décision. Le donateur ne peut pas d'avance, dans l'acte de donation, déroger à la loi de l'égalité, ce serait un pacte successoire en dehors des cas où la loi l'admet par exception ; mais rien ne l'empêche de limiter le bénéfice de l'institution aux époux, en se réservant de disposer des biens comme il l'entendra, au cas où les époux donataires viendraient à prédécéder. Enten-

(1) Duranton, t. IX, p. 689, n° 692, et tous les auteurs.

due en ce sens, la clause est valable ; à vrai dire, elle est inutile, car l'institution étant caduque par le prédécès des époux, le donateur rentre dans son plein droit de propriété, et il disposera de ses biens comme il voudra (1).

205. Les enfants peuvent-ils être exclus de l'institution contractuelle ? C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Coin-Delisle, dont l'avis n'a pas trouvé faveur. Nous croyons qu'elle est fondée sur le texte et sur l'esprit de la loi. L'article 1082 commence par dire que le donateur peut disposer de ses biens à venir par contrat de mariage, tant au profit des époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage ; la loi ne dit pas que les enfants doivent être compris dans l'institution. Loin de là, elle prévoit le cas où ils n'y seraient pas compris, elle présume alors que la donation est faite au profit des enfants et descendants. Cette présomption est fondée sur l'intention du donateur et des donataires ; elle repose donc sur la volonté probable des parties contractantes ; or, quand la loi ne fait que présumer la volonté des parties, elle leur permet par cela même de manifester une volonté contraire. C'est déroger aux principes généraux que d'appeler des enfants à naître ; c'est y rentrer que de limiter la disposition aux futurs époux. La donation sera néanmoins une libéralité en faveur du mariage, puisqu'elle est faite au profit de ceux qui y ont le plus grand intérêt. Il est d'ailleurs dans l'esprit de la loi de laisser une certaine latitude au donateur ; plus on veut enchaîner sa volonté, moins il sera disposé à donner (2).

Coin-Delisle avoue que l'opinion générale est fondée sur l'interprétation littérale de la loi, interprétation qu'il appelle minutieuse. Cet aveu suffit pour condamner son dissentiment. Il faut une interprétation minutieuse dans une matière où l'on ne peut ni ajouter à la loi ni en retrancher quelque chose. Les considérations morales que Coin-Delisle invoque nous touchent peu. On ne peut pas reprocher l'égoïsme aux époux donataires qui consentent

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 257, note 28, § 739.

(2) Delvincourt, note 12, sur la p. 110, suivi par tous les auteurs. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 362, n° 29-33.

à l'exclusion de leurs enfants ; car ce ne sont pas les donataires qui dictent la loi, c'est le donateur qui dispose de ses biens comme il l'entend, les donataires ne font qu'accepter ce que le donateur veut bien leur donner.

206. L'institution contractuelle peut-elle être faite en faveur d'autres personnes que les conjoints et les enfants à naître du mariage ? Non, et sans doute aucun. La donation des biens à venir déroge aux principes fondamentaux du droit, à des principes qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs. Il a fallu tout l'intérêt que mérite le mariage pour que le législateur autorisât un pacte sur une succession future, pacte qu'il prohibe comme immoral. Voilà pourquoi l'article 1082 limite les personnes au profit desquelles l'institution peut être faite : ce sont les époux, et les enfants à naître du mariage. Hors des cas où la loi permet une exception, on rentre dans la règle, et la règle, dans l'espèce, c'est la prohibition sévère de toute convention sur une succession future. Le principe est admis par la doctrine et par la jurisprudence (1). Nous allons en faire l'application.

Les enfants nés d'un mariage antérieur ou postérieur du conjoint donataire sont-ils compris dans l'institution ? Dans l'ancien droit, il y avait quelque dissentiment sur ce point. On s'est prévalu du texte de l'article 1089 pour soutenir que l'institution profite aux enfants du donataire de quelque mariage qu'ils soient issus. La loi dit que l'institution contractuelle devient caduque lorsque le donateur survit à l'époux donataire et à sa *postérité*. Grenier, se fondant sur ce terme général de *postérité*, a d'abord enseigné qu'il comprenait tous les enfants de l'époux donataire, mais il est revenu sur cette erreur. Il ne faut pas isoler l'article 1089 de l'article 1082 ; le mot *postérité* signifie donc les enfants à naître du mariage de l'époux donataire. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute ; c'est en vue d'un mariage qui doit être célébré que le donateur donne sa succession, il n'entend certes pas la donner à un

(1) Grenier, t. III, p. 338, n° 429, et tous les auteurs. Limoges, 25 février 1821 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 2043).

futur mariage, après la dissolution du premier. Quant à donner aux enfants d'un premier mariage, il ne le peut, car donner aux enfants issus d'un mariage dissous, ce ne serait certes pas favoriser le mariage qui va avoir lieu, à moins que l'on ne suppose que l'époux qui se remarie vend son consentement, spéculation très-peu morale que le législateur n'a pas pu encourager (1).

Par les mêmes motifs, il faut décider que les père et mère qui font une institution contractuelle, au profit d'un de leurs enfants qui se marie, ne peuvent pas en faire une par le même contrat au profit d'un autre enfant qui ne se marie point. La disposition vaudra au profit de l'enfant qui contracte mariage ; elle sera nulle à l'égard de l'autre. La cour de Limoges l'a jugé ainsi, et cela ne fait pas de doute. On soutenait, dans l'espèce, que la disposition nulle devait profiter à l'enfant marié par droit d'accroissement. La cour a décidé, et avec raison, qu'il ne pouvait pas s'agir d'accroissement alors qu'il n'y avait pas de colégataires. Vainement invoquait-on l'analogie, il n'y en a pas. Le donateur n'avait pas appelé les deux enfants conjointement à son hérité, il avait fait deux institutions contractuelles, l'une valable, l'autre nulle ; celle-ci ne pouvant produire aucun effet, les biens qui y étaient compris restaient dans la succession *ab intestat* (2).

207. Dans l'ancien droit, on avait imaginé une clause pour éluder l'application des principes tels que nous venons de les exposer, la clause d'association. On instituait le futur époux avec charge d'associer, c'est-à-dire de faire participer des tiers, par exemple les frères et sœurs du donataire, au bénéfice de l'institution. Cette clause serait-elle permise sous l'empire du code civil ? Tous les auteurs, sauf Merlin, la condamnent, et avec raison. On ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement ; or, la clause d'association n'était autre chose qu'une institution contractuelle au profit du tiers associé, c'est-à-dire une institution illégale. Cela est décisif ; nous

(1) Coin-Delisle, p. 564, n° 36 de l'article 1082, et tous les auteurs. Bruxelles, 27 février 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 51).

(2) Limoges, 26 février 1821 (Daloz, n° 2043).

croions inutile de répondre aux mauvaises raisons de Merlin; on l'a fait (1).

Il y a cependant une difficulté. Que devient la part qui devait être remise au tiers associé? On a prétendu que la charge d'associer était une de ces conditions que l'article 900 répute non écrites, et on en a conclu que le conjoint institué profitait seul du bénéfice de l'institution. La conséquence est tellement inadmissible, que Merlin s'en est prévalu contre la doctrine d'où elle semblait découler. Nous croyons que l'article 900 n'est pas applicable à la charge d'association. A vrai dire, ce n'est pas une charge ni une condition mise à un legs. Dans l'intention du donateur, il y a deux institutions, l'une directe et légale, au profit de l'enfant qui se marie; l'autre, indirecte et illégale, sous la forme d'une clause d'association; il faut écarter la forme, dont le législateur ne peut tenir aucun compte, puisqu'elle n'a d'autre but que de faire fraude à la loi. Que reste-t-il alors? Deux institutions contractuelles, l'une nulle, l'autre valable; celle-ci vaudra, l'autre sera non avenue; les biens qui y sont compris resteront dans la succession *ab intestat*. Telle est bien l'intention du donateur. Si l'on appliquait l'article 900, le conjoint institué prendrait toute l'hérédité et l'associé en serait exclu; or, quand cet associé est un frère du conjoint, bien loin de l'exclure de l'hérédité, le donateur a voulu lui assurer sa part dans un contrat irrévocable; s'il ne peut l'obtenir comme institué, il faut au moins qu'il la recueille comme héritier (2).

no 5. NULLITÉ.

208. L'institution contractuelle qui n'est pas faite dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi est nulle. Est-ce une nullité proprement dite, ou la

(1) Duranton, t. IX, p. 690, no 694. Coin-Delisle, p. 507, no 52. Aubry et Rau, t. VI, p. 254, notes 22 et 23. Demolombe, t. XXIII, p. 319, nos 293 et suivants.

(2) Duranton, t. IX, p. 693, no 695. Coin-Delisle, p. 569, nos 56-62. Aubry et Rau, t. VI, p. 254, note 24; p. 258, note 32. Demolombe, t. XXIII, p. 322, no 295.

donation est-elle inexistante? Elle serait inexistante, d'après le droit commun, si elle était nulle en la forme, c'est-à-dire si elle était faite par acte sous seing privé ou par un acte authentique nul comme tel. Que faut-il décider si elle n'est pas faite par contrat de mariage? Ce serait une institution d'héritier par contrat, c'est-à-dire une convention sur une succession future, en dehors des conditions sous lesquelles la loi l'autorise, donc un pacte successoire. A notre avis, le pacte successoire est inexistant; nous reviendrons sur ce point au titre des *Obligations* (1).

Par la même raison, il faudrait considérer comme inexistante l'institution qui serait faite au profit de personnes autres que les époux et les enfants à naître de leur mariage. A leur égard, la donation est un pacte successoire non autorisé, donc inexistant, dans notre opinion.

Serait-elle aussi inexistante si elle était faite au profit des enfants à naître avec exclusion des époux? L'affirmative n'est pas douteuse si l'on admet la théorie des actes inexistants. Il n'y a pas de contrat sans consentement; or, les enfants à naître ne peuvent certes pas consentir, et personne ne peut consentir pour eux; il n'y a donc pas de donataires, et sans donataires peut-il y avoir une donation?

209. L'institution contractuelle serait simplement nulle si elle était faite par des personnes incapables, par exemple une femme mariée, sans autorisation maritale. C'est l'application des principes qui régissent les actes nuls ou inexistants; nous y reviendrons au titre des *Obligations*.

210. Les auteurs, sauf M. Demolombe, ne font pas ces distinctions; ils déclarent dans tous les cas l'institution contractuelle nulle, c'est-à-dire annulable. Ce qu'ils disent de l'action en nullité ne s'applique; dans notre opinion, qu'au cas où l'institution est nulle pour cause d'incapacité. On demande dans quel délai les ayants droit

(1) Aubry et Rau appliquent l'article 943 (t. VI, p. 259, note 33, § 739).