

312. Les époux peuvent faire une donation cumulative de biens présents et à venir; elle sera aussi régie par les articles 1084 et 1085, sauf la dérogation concernant les enfants, dont nous venons de parler (art. 1093).

De même les époux peuvent faire une donation en dérogeant à la règle de l'irrévocabilité. Il est vrai qu'aucun article ne le dit au chapitre IX; mais l'article 947 est très-explicite, puisqu'il déclare que les dispositions qui précèdent, les articles 943-946, ne sont pas applicables aux donations dont est mention au chapitre IX, ce qui comprend évidemment les donations entre conjoints par contrat de mariage. Tel est aussi l'esprit de la loi; on voit par les articles 1091-1093 qu'elle veut favoriser les donations entre époux, de même que les donations que des tiers feraient aux futurs époux. Donc tout ce que nous avons dit de l'article 1086 s'applique aux donations entre époux.

SECTION II. Des donations entre époux pendant le mariage.

§ 1^{er}. Principe.

313. Dans l'ancien droit, la plupart des coutumes prohibaient toute libéralité entre époux. Coquille en donne une raison morale qui est très-belle. « Durant le mariage, dit-il, l'amitié se doit entretenir et conserver par honneur et en l'intérieur du cœur et non par dons. Cette raison est pleine d'honneur, ajoute Coquille, à ce qu'il ne semble que l'amitié, concorde et gracieux traitement, soit à vendre et pour faire connaître qu'au cœur est la vraie amour et non à l'extérieur. » Il y avait encore un autre motif de la prohibition établie par les coutumes : c'est le désir de conserver les biens dans les familles. Ferrière dit que ce désir sert de fondement à la plus grande partie des dispositions coutumières : « On a considéré que l'Etat ne peut se maintenir que par ce moyen; autrement, les conjoints par mariage qui n'auraient pas d'enfants se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre, et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères. » Ferrière n'approuve pas cette prohibition : il

lui paraissait très-rigoureux d'interdire « aux maris et aux femmes tous moyens d'exercer la rémunération et la gratitude l'un envers l'autre, et d'être obligés de laisser leurs biens, au défaut d'enfants, à des héritiers collatéraux lesquels sont souvent inconnus ou indignes de recevoir leurs biens en cette qualité (1). »

La liberté naturelle, qui permet au propriétaire de disposer de ses biens comme il l'entend, l'a emporté sur l'esprit traditionnel du droit français, dont les auteurs du code se sont d'ailleurs écartés en rejetant la réserve coutumière. Il n'y avait qu'un danger pour les libéralités que les époux se font pendant le mariage, c'est qu'elles ne soient pas l'expression de la libre volonté du donateur. Le législateur a prévenu ce danger en déclarant les donations révocables; le donateur ayant une entière liberté de révoquer la libéralité qu'il aurait faite par contrat de mariage, on ne pourra pas dire, s'il n'use pas de ce droit, qu'il l'a faite pour acheter la paix ou par une affection inconsidérée. Voilà pourquoi l'article 1090 dispose que les donations faites pendant le mariage seront toujours révocables et que la femme peut les révoquer sans aucune autorisation (2).

314. La révocabilité des donations faites entre époux a répandu quelque incertitude sur la nature de ces libéralités. On a d'abord soutenu que le législateur n'avait pas entendu que la révocation se fit d'après le caprice du donateur (3), ce qui est bien évident : il a voulu assurer sa liberté. Mais que conclure de là? Que le droit de révoquer n'est pas illimité? Il l'est certainement; le texte le dit et les considérations morales que l'on invoque contre une révocation capricieuse n'empêcheraient pas la révocation d'être valable.

D'autres ont dit que la donation étant essentiellement révocable devait être assimilée à un testament. Il est inutile de s'arrêter à ce point de vue que le texte même de

(1) Coquille, *Institution au droit français (Des gens mariés)*, p. 66. Ferrière, sur l'article 282 de la *Coutume de Paris*, glose I, n° 6.

(2) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 88 (Loché, t. V, p. 338).

(3) Demolombe, t. XXIII, p. 474 et suiv. Comparez Dalloz, n° 328 2.

la loi condamne, puisqu'il qualifie de donations les libéralités que les époux se font entre eux pendant le mariage ; or, la donation est un contrat, ce qui la distingue essentiellement du testament. D'ordinaire on considère la donation entre époux pendant le mariage comme un acte mixte. Troplong dit que ce n'est pas une donation entre-vifs, puisqu'elle est révocable, ni un testament, puisqu'elle se fait par contrat et qu'elle produit immédiatement ses effets. Il en conclut que c'est un mélange des deux. Cette doctrine aurait des conséquences pratiques très-importantes, si elle était vraie. Troplong en conclut que la donation entre gens mariés ne peut être rapportée à un type unique, qu'elle emprunte des caractères divers à des principes différents, et qu'il faut un eclecticisme prudent pour ne pas s'égarer sur ses effets. Toullier dit que ce sont des donations à cause de mort (1).

Il faut rejeter sans hésiter cette doctrine qui tend à créer un troisième mode de disposer à titre gratuit, alors que l'article 893 n'en reconnaît que deux, la donation entre-vifs et le testament ; or, la donation entre époux n'est pas un testament, donc c'est une donation entre-vifs. Il est vrai qu'elle déroge, en un point essentiel, à la donation ; la révocabilité est plus qu'une dérogation à la maxime *Donner et retenir ne vaut*, c'est une exception au droit commun des contrats, le donateur pouvant résoudre le contrat par sa seule volonté. Nous venons de dire les raisons de la révocabilité ; cela n'empêche pas les auteurs du code de qualifier de donations les libéralités que les époux se font, ce qui est décisif. On objecte ces mots de l'article 1096 : *quoique qualifiées entre-vifs*, et l'on en a conclu que ces libéralités n'ont de la donation que le nom. Tel n'est pas le sens de la loi ; elle ne permet pas aux époux de se faire des libéralités irrévocables et elle prévoit qu'ils pourraient éluder la révocabilité en qualifiant la libéralité de donation entre-vifs, laquelle est

(1) Troplong, t. II, p. 458, n° 2640. Toullier, t. III, 1, p. 498, n° 918. Comparez Rejet, 5 décembre 1816 (Daloz, n° 2392).

essentiellement irrévocable. C'est pour prévenir qu'on n'élude ainsi la règle de la révocabilité que l'article 1096 ajoute que la donation sera révocable, alors même que les époux l'auraient qualifiée de donation entre-vifs.

De là suit que l'on doit appliquer aux donations entre époux les règles qui régissent les donations en général, c'est-à-dire les règles des donations entre-vifs quand une libéralité a pour objet des biens présents, et les règles des institutions contractuelles quand les époux se font une donation de biens à venir ou de biens présents et à venir. Comme le dit très-bien la cour de cassation, la révocabilité est une exception au droit commun ; or, toute exception confirme la règle, de sorte que les principes généraux qui régissent les donations restent applicables à la donation entre époux, sauf l'irrévocabilité (1).

315. La loi ne dit pas, au chapitre IX, quelles donations les époux peuvent se faire pendant le mariage ; mais l'article 947 dit implicitement qu'ils peuvent se faire donation des biens à venir, donc une institution contractuelle, soit ordinaire, soit cumulative. En effet, l'article 947 dispose que l'article 943, qui défend la donation de biens à venir, n'est pas applicable aux donations dont est mention au chapitre IX ; donc la donation entre époux pendant le mariage, dont il est traité dans ce chapitre, n'est pas soumise à la règle de l'article 943 ; elle peut par conséquent comprendre les biens à venir. Cela résulte même implicitement de l'article 1096. Pourquoi la loi ne permet-elle pas de donner des biens à venir ? C'est une conséquence du principe de l'irrévocabilité des donations entre-vifs ; or, les donations entre époux sont essentiellement révocables ; il est donc très-logique qu'elles puissent avoir pour objet des biens à venir. Il est vrai que le code n'admet l'institution contractuelle qu'en faveur du mariage, et on ne peut pas dire qu'une libéralité faite entre conjoints favorise leur union. On ne peut s'expliquer cette nouvelle dérogation au principe qui prohibe les pactes

(1) Rejet, 16 juillet 1817 (Daloz, n° 2391, 1°). Comparez cassation, 22 juillet 1807, sur le réquisitoire de Merlin (Daloz, n° 2392).

successoires que par la grande faveur que la loi accorde au mariage, alors même qu'il est déjà formé (1).

La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage diffère de l'institution contractuelle en ce qui concerne l'irrévocabilité. Aux termes de l'article 1083, l'institution contractuelle est irrévocable, tandis que toute donation entre époux, pendant le mariage, est essentiellement révocable. Quand donc un époux institue son conjoint héritier par donation, il peut révoquer cette institution, comme il peut révoquer une donation de biens présents qu'il lui ferait. Est-ce à dire que l'institution contractuelle se confonde, dans ce cas, avec le testament? Non, car elle reste un contrat, et un contrat solennel. On applique, sous ce rapport, à la donation de biens à venir entre époux ce que nous dirons plus loin de la forme des donations que les époux se font pendant le mariage.

316. Les époux peuvent-ils, par leur contrat de mariage, renoncer au droit que la loi leur accorde de se faire des donations? Pothier approuvait cette renonciation. « C'est offenser les lois, dit-il, que de se permettre ce qu'elles défendent; ce n'est pas les offenser que de s'interdire ce qu'elles permettent. » Cela est très-vrai quand la faculté à laquelle on renonce est de pur intérêt privé; cela n'est plus vrai quand elle est d'ordre public. Or, le droit de donner est un attribut de la propriété, et la propriété est certainement d'ordre public; ce qui est décisif. Si Pothier se montrait favorable à ces renonciations, c'est qu'elles tendaient à conserver les biens dans les familles, ce qui était considéré jadis comme une base de l'ordre social (2). Dans nos idées modernes, c'est la liberté qui est le fondement de l'ordre politique et civil, et nous réprouvons toute clause ou convention qui la gêne. La jurisprudence est en ce sens ainsi que la doctrine. Mais il y a quelque incertitude sur les motifs de décider. Merlin et la cour de cassation invoquent le principe qui défend de stipuler pour autrui; or, en renonçant à se faire des do-

(1) La doctrine et la jurisprudence sont d'accord. Voyez les autorités dans Dalloz, nos 2377 et 2378.

(2) Pothier, *Des donations entre mari et femme*, n° 27.

nations, les époux stipuleraient, en réalité, pour leurs héritiers. Cela est vrai, mais il faut ajouter qu'alors même que les héritiers interviendraient au contrat de mariage, la renonciation serait encore nulle, parce que ce serait un pacte sur une succession future. La vraie raison est celle que nous venons de donner et que Troplong fait aussi valoir : les époux ne peuvent enchaîner d'avance leur liberté naturelle, parce que la liberté est d'ordre public, et on ne peut pas renoncer à ce qui est d'ordre public, pas même par contrat de mariage (art. 1388) (1).

§ II. Formes.

317. La donation entre époux étant une donation entre-vifs, il s'ensuit qu'elle doit être faite dans la forme prescrite par l'article 931 sous peine de nullité, pour mieux dire, d'inexistence de l'acte. Peu importe qu'il s'agisse de biens à venir ou de biens présents; car la donation de biens à venir est aussi régie par l'article 931 quand elle ne se fait pas par contrat de mariage. Il ne peut donc être question de soumettre la donation de biens à venir aux formes du testament lorsqu'elle se fait entre époux. Grenier a raison de dire qu'il y a lieu de s'étonner qu'une idée pareille soit venue à une cour d'appel; l'arrêt de la cour de Rennes a été cassé, dans l'intérêt de la loi, sur le réquisitoire de Merlin. Il est inutile d'insister sur un point qui ne saurait être douteux (2).

318. Il suit du même principe que les donations entre mari et femme doivent être, non pas acceptées, comme le dit Grenier, mais acceptées d'une manière expresse. Telle est la règle pour toute donation entre-vifs (art. 932); l'article 1087 n'y déroge que pour les donations faites par contrat de mariage; ce qui laisse sous l'empire du droit commun les donations faites pendant le mariage. Cela

(1) Troplong, t. II, p. 475, n° 2680. Merlin, *Répertoire*, au mot *Renonciation*, § I, n° 3. Rejet, 31 juillet 1809, 15 juillet 1812, et Cassation, 22 décembre 1818 (Dalloz, n° 2380).

(2) Grenier, t. III, p. 456, n° 457, et tous les auteurs. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, n° 3292.