

leur égard, le disponible est de la moitié, en propriété, réduit, dans l'espèce, à la moitié en nue propriété par la donation de l'usufruit. La conséquence est qu'il y a un quart en nue propriété sur lequel le conjoint n'avait aucune espèce de droit, puisque sa femme n'avait pu en disposer à son profit, et, par conséquent, il ne pouvait pas concourir sur ce quart avec les légataires étrangers. C'est d'après ces principes que la cour d'Orléans avait procédé. Elle décida que les légataires étrangers prélèveraient un quart en nue propriété pour eux seuls; eux seuls y avaient droit, le conjoint ne pouvant pas concourir avec eux sur ce quart. L'autre quart appartenait à titre égal aux légataires étrangers et au conjoint. Donc sur ce quart les légataires, s'ils n'étaient pas remplis de ce qui leur revenait par le premier quart, devaient concourir avec le conjoint chacun au *prorata* de son legs. Pour ce quart, l'article 926 recevait son application, parce que le droit de tous les légataires était de même nature et portait sur les mêmes biens (1).

ARTICLE II. Du disponible quand l'époux laisse des enfants d'un premier lit.

§ 1^{er}. Principe.

381. Aux termes de l'article 1098, l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent mariage, ne peut donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant et sans que, dans aucun cas, ses libéralités, au profit de cet époux, puissent excéder le quart des biens. Cette disposition a sa source dans les édits des empereurs chrétiens. Dans l'antiquité païenne, les seconds mariages étaient vus avec faveur; on les considérait comme favorables à la moralité tout ensemble et au bien de l'Etat par l'accroissement de population qu'ils procuraient. Le spiritualisme chrétien changea le cours des idées : saint Paul ne

(1) Rejet, chambre civile, 4 janvier 1869, et le réquisitoire de l'avocat général Blanche (Daloz, 1869, 1, 10). Sur la jurisprudence, voyez Daloz, *ibid.*, note 6 de la page 10.

considérait le mariage que comme un remède contre l'incontinence; quant aux seconds mariages, ils étaient flétris presque comme une prostitution légale (1). Cependant l'Eglise ne les prohiba point, et le législateur civil n'avait pas le droit de les défendre, mais il chercha à les entraver, tandis qu'il a toujours favorisé le mariage. De là les édits des empereurs chrétiens. La femme veuve ayant des enfants et qui se remariait devait conserver tous les biens qu'elle avait reçus de son mari pour les rendre aux enfants de son premier lit; elle n'en avait que l'usufruit, les enfants étaient nus propriétaires. Cette disposition fut étendue aux veufs. De plus, l'époux qui se remariait ne pouvait donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant le moins prenant (2).

Ces lois étaient observées dans les pays de droit écrit. Un édit de François II, connu sous le nom d'*Edit des secondes nocces*, les étendit aux pays de coutumes. Le chancelier de L'Hôpital, auteur de l'édit, flétrit énergiquement les seconds mariages dans le préambule : « Les veuves ne connaissant point être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, et sous prétexte de faveur du mariage, leur font donations immenses, mettent en oubli le devoir de nature envers leurs enfants de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles doivent s'éloigner par la mort des pères, que les voyant destitués du secours et aide de leurs pères, elles devraient, par tout moyen, s'occuper à faire le double office de père et de mère; desquelles donations, outre les querelles et divisions d'entre les mères et les enfants, s'ensuit la désolation des bonnes familles et conséquemment diminution de la force de l'état public. »

Les auteurs du code civil étaient loin du spiritualisme chrétien qui inspirait encore L'Hôpital; ce qui les préoccupait exclusivement, c'est le sort des enfants du premier

(1) Voyez les passages des Pères de l'Eglise qui sont rapportés dans mon *Étude sur le christianisme*, 2^e édition.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Secondes nocces*, t. XXI, p. 161, § 1. n^o 3. Van Wetter, *Institutes*, t. II, p. 198.

lit. Il est certain que les malheureux enfants sont d'ordinaire les victimes des seconds mariages de leur père ou de leur mère; ils souffrent dans leurs intérêts moraux et pécuniaires. Le législateur doit donc veiller à ce que, du moins, ils ne soient pas dépouillés au profit du second époux et d'une famille étrangère. De là la limite qu'il met aux donations que l'époux qui se remarie est trop disposé à faire à son nouveau conjoint. Le code ne reproduit pas la disposition de l'édit de 1560 qui ordonnait aux époux de réserver aux enfants du premier lit les biens qu'ils avaient reçus à titre gratuit de leurs conjoints; cette espèce de substitution était contraire à un principe fondamental de notre législation, celui de l'égalité qui doit régner entre les enfants d'un même père ou d'une même mère (1).

382. Le législateur restreint le disponible ordinaire dans l'intérêt des enfants d'un premier lit. S'il n'y a pas d'enfants du premier mariage, on ne se trouve pas dans le cas de l'exception et, par conséquent, on rentre sous l'empire du droit commun de l'article 1094. L'article 1098 dit : « L'homme ou la femme qui, *ayant des enfants d'un autre lit*, contracte un second mariage, etc. » A s'en tenir à la lettre de la loi, il faudrait dire qu'il suffit qu'il y ait des enfants lors du second mariage pour qu'il y ait lieu au disponible exceptionnel des secondes noces. Mais cette interprétation serait contraire à la tradition et aux vrais principes. L'édit ne s'appliquait que lorsqu'il restait des enfants du premier lit à la mort de l'époux qui se remariait. Les principes le veulent ainsi; c'est lors du décès d'une personne que l'on détermine la quotité de biens dont elle a pu disposer; cela est vrai du disponible entre époux (art. 1090), aussi bien que du disponible ordinaire (art. 913, 915 et 920). D'ailleurs, c'est uniquement dans l'intérêt des enfants que la loi limite le disponible; s'il ne reste pas d'enfants ou s'ils décèdent, la restriction de l'article 1098 n'a pas de raison d'être (2).

(1) Séance du conseil d'État, du 27 ventôse an XI, n° 37 (Loché, t. V, p. 276). Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, n° 89 (Loché, t. V, p. 338). Rapport de Jaubert, n° 89 (Loché, t. V, p. 363).

(2) Grenier, t. IV, p. 370, n° 680, et tous les auteurs.

383. L'article 1098 dit : « L'homme ou la femme qui, *ayant des enfants*, etc. » Faut-il qu'il y ait plus d'un enfant? Non, certes. Un seul enfant mérite la protection de la loi aussi bien qu'un plus grand nombre. Le texte même de l'article 1098 prouve que telle est la pensée du législateur. Après avoir dit que l'époux ne peut donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant, la loi ajoute : et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens. Cette dernière restriction a précisément en vue le cas où l'époux donateur laisserait un ou deux enfants; une part d'enfant formerait alors la moitié ou le tiers; le législateur la réduit au quart (1).

384. Le mot *enfant* comprend-il les descendants? Oui, et sans doute aucun. L'édit de 1560 ajoutait : *ou enfants de leurs enfants*. Pothier dit que les coutumes, notamment celle d'Orléans, avaient retranché ces termes comme superflus, les petits-enfants étant suffisamment compris sous le nom d'enfants. Une loi romaine le décidait ainsi, et tel est l'avis de tous les auteurs modernes (2).

385. Il suffit que l'enfant soit conçu, quand même il ne naîtrait qu'après la célébration du second mariage, pour que l'article 1098 soit applicable. L'enfant conçu est censé né quand il s'agit de son intérêt. Donc le législateur lui doit sa protection. Cela ne fait pas de doute (3).

386. L'existence d'un enfant naturel ne donnerait pas lieu à l'application de l'article 1098. Si le législateur restreint le disponible, c'est en faveur des enfants d'un premier lit, donc en faveur des enfants légitimes; le texte exclut les enfants naturels : à leur égard le disponible reste dans les termes du droit commun (4).

Que faut-il décider si l'enfant naturel est légitimé par le mariage de ses père et mère? Troplong répond que les enfants légitimés ont le droit d'invoquer notre article, parce qu'ils comptent comme enfants du mariage qui les a légitimés. Sans doute, et ils feront nombre pour le cal-

(1) Duranton, t. IX, p. 826, n° 800 et tous les auteurs.

(2) Grenier, t. IV, p. 370, n° 679. Dalloz, n° 868.

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 620, et note 5, § 690.

(4) Paris, 5 juillet 1854 (Dalloz, 1856, 2, 289).

cul du disponible. Mais il est certain qu'ils ne peuvent pas se prévaloir de l'article 1098 pour demander la réduction à titre d'enfants d'un premier lit, à moins qu'ils n'aient été légitimés par le mariage précédent (1).

§ II. *Du disponible spécial de l'article 1098.*

387. L'article 1098 restreint le disponible ordinaire, en le limitant à une part d'enfant et en ajoutant que la libéralité ne peut jamais excéder le quart des biens. Comment faut-il entendre cette restriction lorsque l'époux contracte un troisième ou quatrième mariage? La question est controversée. Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi la décident. Le commencement de l'article suppose que l'homme ou la femme, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou *subséquent* mariage; c'est donc en vue d'un ou de plusieurs nouveaux mariages qu'il statue, en réduisant le disponible à *une part d'enfant légitime le moins prenant*. Quand cette part est-elle fixée? A la mort de l'époux donateur; on compte alors tous les enfants nés des diverses unions et on fixe la part du donataire ou des donataires à *une part d'enfant légitime*; la loi ne dit pas qu'il y a autant de parts que d'époux donataires, il n'y en a qu'une, bien que le texte prévoie qu'il puisse y avoir plusieurs donations; ces donations, dit l'article 1098, ne peuvent, en aucun cas, excéder le quart des biens. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur le sens du texte. Si le législateur restreint le disponible quand un époux se remarie, c'est dans l'intérêt des enfants du premier lit; ils souffrent encore davantage quand après un second mariage, l'époux en contracte un troisième ou un quatrième: raison décisive pour restreindre le disponible, en faveur des enfants, à une part d'enfant que le donateur pourra donner à ses nouveaux conjoints, mais sans qu'il puisse multiplier les parts d'après le nombre des mariages.

La tradition confirme cette interprétation. L'édit de

(1) Troplong, t. II, p. 483, n° 2700. Aubry et Rau, p. 620 et note 6.

1560 portait: « Ne peuvent donner à leurs nouveaux maris plus qu'à un de leurs enfants. » Sur ce texte Pothier remarque que l'édit ne dit pas: ne peuvent donner à *chacun* de leurs nouveaux maris; il en conclut que les veuves ne peuvent donner à tous leurs nouveaux maris, lorsqu'elles en ont plusieurs, plus qu'une part d'enfant. C'est pourquoi, ajoute Pothier, si une femme avait donné à son second mari l'équivalent d'une part d'enfant, les donations qu'elle ferait aux autres seraient entièrement nulles; ayant donné au second tout ce que la loi lui permettait de donner à ses nouveaux maris, il ne lui restait plus rien à donner aux autres (1).

Il y a un motif de doute, c'est que le code ne reproduit pas les termes de l'édit. L'article 1098 ne dit pas: à *leurs nouveaux maris*; il dit: à *son nouvel époux*. De là Duranton conclut que l'époux pourra disposer, au profit de ses conjoints, du disponible ordinaire avec cette seule restriction que chacun d'eux n'aura pas au delà d'une part d'enfant le moins prenant. Cette interprétation n'a pas trouvé faveur. Si la loi ne reproduit pas les termes de l'édit, elle en reproduit le sens, puisqu'elle suppose que l'époux contracte plusieurs mariages; il y a donc dans ce cas plusieurs époux, et néanmoins la loi ne dit pas que le donateur peut donner à *chacun d'eux* une part d'enfant, ce qui est décisif d'après la remarque de Pothier (2).

388. L'article 1098 restreint à tous égards le disponible dans le cas d'un second ou subséquent mariage. C'est une part d'enfant qu'il permet de donner, mais avec la restriction que c'est une part d'enfant le *moins prenant*. Si donc l'un des enfants avait reçu des libéralités par préciput, il faudrait les déduire de la masse sur laquelle doit être calculée la part du nouvel époux ou des nouveaux époux; de cette manière le donataire aura ce qu'obtiennent les enfants non avoués qui prennent moins que les autres enfants (3). Si la part d'enfant donnait au

(1) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 566.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 632, note 43, et Demolombe, t. XXIII, p. 657, n° 572, et les auteurs en sens divers qu'il cite.

(3) Duranton, t. IX, p. 828, n° 802.