

Il faut distinguer, ainsi que nous l'avons fait dans notre *Comm. de la Prescript.* (1) : Si l'instituant ne fait par sa renonciation qu'obéir à un scrupule de conscience qui l'oblige à reconnaître sa dette, cette renonciation doit être respectée; sa générosité envers l'institué ne le dispense pas d'être nonnête envers ses créanciers (2). Mais si l'instituant renonce à une prescription acquise avec titre et bonne foi, c'est là un acte gratuit par lequel il n'a pu enlever à son héritier institué une espérance de son hoirie.

2554. Quant aux actes à titre onéreux, tels qu'hypothèque, établissement de servitude (5), etc., l'héritier institué doit les respecter, à moins qu'ils ne soient le produit d'un concert dolosif, pour faire fraude à l'institution.

L'institué devrait même s'arrêter devant une vente à charge de rente viagère faite de bonne foi; c'est là une aliénation aussi solide qu'une vente faite moyennant un prix une fois payé (4).

On voit par là que si l'institué a un titre irrévocable, son émolument est variable et ne peut être connu qu'au décès du disposant; ce n'est même qu'à partir de ce moment (5) qu'il devient propriétaire. Il n'a auparavant qu'une expectative, à peu près pareille, *servatis servandis*, à celle de l'héritier en ligne directe.

2555. Mais l'héritier en ligne directe ne saurait aliéner son droit, avant qu'il ne soit ouvert. Il ne peut ni le vendre,

(1) T. I, n° 105.

(2) Cass., 26 mars 1845 (Deville., 47, 4, 420).

(3) Req. 20 déc. 1825 (Deville. 8, 4, 242. *Palais*, t. XIX, p. 4054).

(4) Riom, 4 décembre 1810 (Deville., 3, 2, 365. *Palais*, t. VIII, p. 678). Cass., req. 15 novembre 1836. (Deville., 36, 4, 306. *Palais*, 1837, t. I, p. 47).

(5) M. Jaubert, Rapport au Tribunat, Eocré, t. XI, p. 484. Fenet, IX, p. 620.

ni y renoncer. N'en est-il pas autrement de l'institué contractuel (1) ?

On l'a soutenu d'une manière générale malgré l'art. 1150 du Code Napoléon (2). Je crois pourtant qu'il faut faire des distinctions pour ne pas s'égarer. Et d'abord, croit-on que l'institué puisse vendre et céder le droit que lui confère l'institution contractuelle, tant que la succession n'est pas ouverte? Croit-on qu'une libéralité qui n'a été faite qu'en considération de son mariage, et pour l'avantage de sa famille, puisse sous les yeux du donateur et au mépris de son institution, être détournée de sa destination et mise en commerce? N'est-ce pas le cas précis de l'art. 1150 (3)? Que pourraient dire, du reste, le vendeur et l'acheteur de la future hérédité, si le disposant dans son mécontentement aliénait tout l'émolument de sa succession future, pour ne laisser à sa mort qu'une hoirie sans valeur? Auraient-ils le droit de lui reprocher ces mesures dictées par une juste irritation, eux qui l'y ont excité par leur trafic sur une chose qu'il avait donnée dans des vues différentes ?

Il faut donc dire que, pendant la vie de l'instituant, l'institué ne peut se départir de l'institution; ce point était constant dans l'ancien droit, et Chabrol l'a établi avec beaucoup de force et de justesse (4).

Il y a plus : et il a été jugé, sous le Code Napoléon, que l'institué ne peut convenir avec l'instituant qu'il renonce à l'institution contractuelle moyennant l'attribution actuelle

(1) V. *infra*, n° 2434.

(2) M. Zachariæ, t. V, p. 521, 522.

(3) MM. Toullier, t. XII, n° 46. Duranton, t. VI, n° 49. Riom, 30 avril 1814 (Deville., 3, 2, 484. *Palais*, 9, 294). V. *infra*, n° 2434, notre observation sur cet arrêt.

(4) Chabrol sur Auvergne, ch. 44, art. 26, sect. 7.



et à forfait d'un objet déterminé (1). Nous retrouvons ici l'art. 1130 du Code Napoléon. L'institué qui a consenti à ce forfait, peut, après la mort de l'instituant, attaquer lui-même un acte qui lui porte préjudice; il est recevable et fondé à se prévaloir d'une nullité prononcée en toutes lettres par l'art. 1130 (2).

De là résulte que si l'instituant donne, en dehors de la limite autorisée par l'art. 1083, quelques-uns des biens compris dans l'institution, l'approbation donnée à cette aliénation à titre gratuit par l'institué, avant l'ouverture de la succession; ne saurait produire d'effet. Car il renonce par là à un droit dépendant d'une succession future, et il ne le peut d'après l'art. 1130 du Code Napoléon. On peut voir là-dessus la doctrine conforme de Chabrol (3). Elle se fortifie de cette maxime de Dumoulin: « *Consensus hæredis, vivo testatore, videtur extortus et non valet* (4); » et de plusieurs arrêts rapportés par Ricard (5), et Lebrun (6). Il ne faut rien voir de contraire à ceci dans un arrêt de la cour de Paris du 3 juillet 1821, mal interprété par certains recueils (7). Il suffit de lire l'espèce de cette décision, pour être convaincu qu'elle a été déterminée par les circonstances particulières de la cause. C'était un père qui avait doté, au moment de leur mariage, les filles que sa femme avait d'un premier mariage, avec les biens compris dans une institution contractuelle qu'il avait faite à leur mère, et celle-ci avait ap-

(1) Cassat. (ch. civile), 16 août 1841 (Deville., 41, 4, 684. Palais, 1841, t. II, p. 614).

(2) Cassat. (ch. civ.), 16 août 1841, précité.

(3) *Loc. cit.*

(4) Sur Auvergne, t. XII, art. 53.

(5) *Donat.*, 1, n° 774.

(6) Liv. 3, ch. 2, n° 28.

(7) Le recueil de M. Devilleneuve ne donne pas les faits, omission regrettable et qui ôte à l'arrêt sa véritable physionomie; 6, 2, 429.

prouvé ces donations, en intervenant au contrat de mariage desdites filles, et en déclarant confirmer, en tant que de besoin, lesdites donations, et consentir qu'elles eussent leur plein et entier effet.

Après la mort de son mari et lorsqu'elle persistait toujours dans sa pieuse pensée, ainsi qu'il résulte des écritures du procès, que j'ai pris soin de vérifier sur les registres de la cour impériale, ses créanciers prétendirent faire annuler son acquiescement et la renonciation qui en résultait, sous prétexte que tous ces actes avaient été faits avant l'ouverture de la succession de l'instituant; mais ils ne s'apercevaient pas que, depuis le décès de ce dernier, la mère n'avait pas changé d'avis, et qu'au contraire elle ratifiait de plus fort des combinaisons qui assuraient le sort de ses enfants. Son consentement avait donc une vertu légale qui le mettait au-dessus de ces attaques intéressées (1).

(1) Voici le texte de cette décision. Nous ferons remarquer, pour la saine intelligence du premier considérant, que l'arrêt dont il s'agit a été rendu sur des actes antérieurs au C. Napoléon; le contrat de mariage de l'instituant est de l'an 7. S'il en eût été autrement, la cour de Paris n'aurait pas posé la doctrine sur laquelle elle s'appuie dans cette première partie de son arrêt: doctrine admissible à certains égards sous l'ancien droit, mais trop large si l'on se met en face du Code Napoléon.

LA COUR; — Attendu qu'une institution contractuelle n'empêche pas l'instituant de disposer, même gratuitement, à titre particulier, et sans fraude ou sans préjudice des droits de l'institué; que Desnanots n'a pas fait fraude ou préjudice à sa femme, par lui instituée son héritière, en dotant ses filles; qu'il a dû, au contraire, penser qu'il entraînait pleinement dans ses vues, et ne pouvait rien faire qui lui fût plus agréable; qu'au surplus, elle seule pouvait s'en plaindre, et qu'elle ne l'a point fait; qu'elle a même déclaré expressément approuver les donations faites à ses filles, renonçant à cet égard, en tant que de besoin, au droit éventuel que lui conférait l'institution d'héritière; que, n'étant alors saisie de rien, ses créanciers, comme exerçant ses droits, n'ont pas pu critiquer cette renonciation partielle, et qu'aujourd'hui que l'instituant est décédé, ils ne peuvent se prévaloir que sur les biens qu'il a laissés dans sa succession. — Adoptant, au surplus, les motifs des premiers juges; — Met l'appellation au néant (Palais, t. XVI, p. 721).



Il y avait du reste, dans cette affaire, une circonstance sur laquelle un souvenir de l'ancienne jurisprudence me fait insister. C'est, ainsi que cela résulte des faits constants au procès et constatés par les qualités, que la renonciation dont il s'agit avait été faite dans le contrat de mariage des filles. Or, je vois dans Chabrol qu'il arrivait souvent en Auvergne que le fils institué héritier par son contrat de mariage, associait son frère à son institution, lorsque celui-ci se mariait. Mais il n'y aurait pas de bonnes raisons pour introduire cet usage dans la pratique du Code Napoléon.

Déjà même sous l'ancien droit, les arrêts le condamnaient, et Chabrol cite une sentence de la sénéchaussée d'Auvergne du mois d'août 1777, qui annula la clause par laquelle un frère avait associé, dans le bénéfice de son institution contractuelle, son autre frère qui se mariait (1). Mais sous le Code Napoléon la question devient encore plus claire par l'art. 791, qui défend, même dans les contrats de mariage, de renoncer à la succession d'un homme vivant, ou d'aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir sur cette succession. On peut bien, dans une institution contractuelle, pactiser sur sa propre succession; mais il n'est pas permis de disposer dans un tel acte de la succession d'une tierce personne vivante. C'est ce qu'a très-bien établi un arrêt de la cour de Toulouse du 15 avril 1842, bien qu'il ne touche la question que d'une manière épisodique et incidente (2).

On peut d'ailleurs fortifier le texte de l'art. 791 du Code Napoléon par des raisons frappantes. Quand la tierce personne dont la succession future est en jeu, n'est pas partie

Le recueil de M. Devilleneuve donne à cet arrêt la date du 41 juin 1821. Mais elle est inexacte, ainsi que je m'en suis assuré sur les registres de la cour (6, 2, 429).

(1) Sur Auvergne, ch. 44, art. 26, sect. 7.

(2) Devill., 42, 2, 385. Palais, 1842, t. I, p. 741.

dans le pacte, il est évident que c'est lui faire injure que de spéculer ainsi sur l'événement de sa mort et sur des choses qui lui appartiennent (1). Que si, au contraire, elle vient y prendre part, un inconvénient d'un autre genre est à craindre. Il est possible, en effet, qu'elle se repente de sa libéralité, et qu'elle use de son autorité pour forcer le donataire institué à partager cette libéralité avec une autre personne devenu l'objet de nouvelles affections. C'est ce que l'on a vu souvent dans les familles, et de là naissent des causes de division et de fâcheuses instabilités dans les actes matrimoniaux. Supposons que Primus ait institué Secundus, son fils aîné, son héritier contractuel par préciput et hors part; il voit que ce fils n'a qu'une fille, et il obtient de lui, par ses obsessions, qu'il partagera son institution contractuelle avec Tertius, son fils cadet, qui se marie, espérant que ce mariage pourra donner naissance à des mâles qui soutiendront le nom.

Secundus n'a pas agi librement; il n'a cédé aux volontés de son père que *ne pejus faceret*. Combien la loi ne serait-elle pas imprévoyante, si elle laissait les contrats de mariage soumis à de telles instabilités, et le sort des familles livré à de tels changements d'affection (2)!

2556. Quant à la renonciation de l'institué qui a lieu après le décès du disposant, elle est valable, et on ne saurait lui opposer l'acceptation qu'il a faite de la future succession dans son contrat de mariage. Cette acceptation n'enlève pas le droit de renoncer ultérieurement à la succession, parce qu'elle n'est pas l'acceptation de la succession, mais seulement l'acceptation du titre qui rend apte à succéder. En faisant un héritier à l'instar de la loi, l'institution met cet héritier dans le droit commun. Or, tout héritier qui ne

(1) Chabrol, *loc. cit.*

(2) *Infra*, nos 2431 et surtout 2536 et suiv.



s'est pas immiscé, a le droit de répudier. C'est ce qu'établissait expressément en faveur de l'héritier contractuel l'art. 225 de la coutume du Bourbonnais. La raison le proclamerait quand même cet article ne le déciderait pas. Mais remarquez que si l'institué contractuel avait accepté la succession après le décès de l'instituant, il ne lui serait plus permis de renoncer ensuite. C'est le cas de la maxime *semel hæres, semper hæres* (1).

Lorsque la renonciation de l'institué contractuel intervient après le décès du disposant *rebus integris*, si ce dernier a donné la quotité disponible à un légataire ultérieur, c'est à celui-ci que profite la renonciation de l'institué qui lui faisait obstacle. On ne saurait appliquer ici l'art. 786 du Code Napoléon, d'après lequel la renonciation d'un héritier profite à ses cohéritiers (2). La volonté du défunt est la loi souveraine, et il faut s'arranger de manière à ce que ses dispositions formelles sortent à effet. Il suffit que les réserves et les légitimes restent intactes; quand elles sont entières, les réservataires ne peuvent se plaindre de voir un excédant leur échapper par la volonté de leur auteur (3).

2357. Puisque l'institution contractuelle est un don de la succession future du disposant, il s'ensuit que l'institué doit survivre au disposant; sans quoi la disposition serait caduque d'après les principes généraux (art. 1089) (4).

Pourtant, si l'institué contractuel prédécédé laisse des enfants, on suppose toujours que ces enfants ont été appelés à son défaut, quand bien même il n'y aurait pas de stipula-

(1) Cassat., 11 janvier 1853 (Devill., 53, 4, 70).

(2) Cassat., req., 20 décembre 1843 (Devill., 44, 4, 214). Bordeaux, 5 février 1844 (Devill., 44, 2, 345. Palais, 44, t. II, p. 489). Agen, 22 avril 1844 (Devill., 44, 2, 391. Palais, 44, t. II, p. 469).

(3) *Supra*, no 2160.

(4) De Laurière, ch. 7, no 30. *Infra*, no 2473.

tion à ce relative (1). La substitution vulgaire au profit des enfants est toujours sous-entendue dans l'institution contractuelle qui est faite en vue du mariage et de la famille, et qui se complait dans l'idée que des enfants viendront faire le bonheur des époux. Alors ces enfants se présentent *jure suo*. Le disposant ne pourrait faire aucune disposition révocatoire qui lésât leurs droits. Il est lié à leur égard aussi bien qu'il l'était envers le premier appelé (2). Il n'en serait autrement qu'autant que le disposant se serait réservé le droit de partager ses biens inégalement entre ses petits-enfants dans le cas où le fils institué viendrait à prédécéder.

Du reste, quand on dit que les enfants sont substitués à leur père, on n'entend parler que des enfants nés du mariage en faveur duquel l'institution a été faite. Mais il n'y a pas de substitution au profit des enfants nés d'un autre mariage.

Ainsi, un homme veuf, ayant un enfant de son premier lit, se remarie, et un ami lui fait une institution contractuelle en faveur de ce second mariage. L'institué décède sans enfants de cette dernière union, ayant l'instituant. L'enfant né du premier mariage ne sera pas réputé substitué vulgairement (3).

Ou bien, un homme reçoit d'un ami une institution contractuelle en faveur d'un premier mariage. Devenu veuf sans enfants, il se remarie, et prédécède en laissant des enfants de ce second mariage. L'institution faite en vue du premier mariage ne s'étendra pas aux enfants du second (4). Ces

(1) De Laurière, *loc. cit.*, et ch. 4, no 439. Brodeau sur Louët, Lettre S, somm. 9, no 40. *Infra*, no 2409. Cout. de la Marche, art. 294. Auvergne, t. XIV, art. 47. M. Grenier, *Donat.*, no 405.

(2) Toulouse, 3 juin 1825 (Devill., 8, 2, 83. Palais, 49, 547).

(3) De Laurière, ch. 7, no 36.

(4) De Laurière, *loc. cit.*, no 39. Bourges, 19 décembre 1821 (Devill., 6, 2, 502. Palais, 46, 4023).



derniers sont étrangers par rapport à l'institution contractuelle.

La cour de Bourges a cru qu'il pourrait en être autrement si l'institution émanait d'un père à son fils, « parce que ses » petits-fils, de quelque mère qu'ils soient nés, sont toujours » l'objet de son affection (1). » Remarquons que cette cour n'avait pas à juger la question posée dans ces termes. Sa proposition est-elle bien exacte? Le père peut n'avoir pas vu avec la même faveur les mariages divers de son fils. Serait-il juste d'étendre d'un cas à l'autre des libéralités exceptionnelles qui n'ont été déterminées que par la contemplation de telle union précise? Peut-on dire qu'au moment de l'institution, le père a songé à une substitution si contraire aux augures du mariage célébré, si éloignée des espérances qu'on se promettait?

2558. L'institution contractuelle, étant une disposition exorbitante du droit commun, ne peut être étendue hors des cas pour lesquels elle a été introduite. Il faut donc qu'elle soit conçue dans des termes qui excluent l'équivoque, et qui soient nettement et clairement d'accord avec les idées que la loi attache à ce genre de disposition. Non pas qu'il y ait lieu de s'arrêter ici à des formules sacramentelles que repousse l'esprit de notre droit; mais il faut une volonté formelle et indubitable.

Dans l'ancienne jurisprudence, on voyait une institution contractuelle dans la disposition par laquelle un père, en mariant son fils, le déclarait fils aîné et principal héritier (2). Comme il n'était pas possible qu'un fils ainsi marié pût profiter de cette déclaration et reconnaissance, sans être

(1) *Loc. cit.* Junge Lebrun, cité *infra*, n° 2478.

(2) De Laurière, ch. 3, nos 3 et suiv. Coutume d'Anjou, art. 245; du Maine, art. 262; de Touraine, art. 252; de Loudunois, ch. 26, art. 4; de Normandie, art. 244. Loisel, liv. 2, t. IV, règle 10.

héritier du père ou de la mère qui les avaient faites, on le tenait pour héritier contractuel en sa portion d'aîné et dans une quotité de la succession (1); on voyait dans la disposition une fixation dans sa personne du droit à lui destiné par la coutume (2). Il est vrai que cette institution contractuelle produisait des effets particuliers; elle n'instituait pas le fils dans les biens possédés au temps du mariage (3). De là l'interdiction imposée par certaines coutumes d'outre-Loire (4) à l'instituant d'aliéner les biens possédés au jour du mariage de l'aîné; ou bien à Paris et dans les coutumes analogues (5) plus larges envers le disposant, la défense à l'instituant d'avantager soit les autres enfants, soit un étranger, au préjudice de l'institution, dans les biens possédés lors du mariage. On voit que ce genre d'institution contractuelle s'écartait du droit commun; elle n'affectait que certains biens, elle n'assurait au principal héritier qu'un droit dans la fortune présente du donateur; tandis que l'institution contractuelle proprement dite porte sur sa succession future. Elle n'en était pas moins une institution contractuelle caractérisée, quoique partielle. En principe, rien n'empêche l'instituant de modifier sa libéralité et de la rendre plus ou moins pleine. Elle ne perd rien de son caractère, parce que, par suite d'une volonté spéciale, elle n'a trait qu'aux biens existants lors du contrat de mariage plutôt que de se référer aux biens existants lors du décès (6).

Aujourd'hui le père qui, dans le contrat de mariage de

(1) De Laurière, ch. 3, n° 42.

(2) *Id.* n° 46.

(3) *Id.* n° 20.

(4) Anjou, *loc. cit.*, et autres précitées. Lamoignon, *arrêtés*; des *Inst. contract.*, art. 9. De Laurière, ch. 3, n° 39, p. 442.

(5) Loisel, 40, 2, t. IV, règle 40. De Laurière, ch. 3, n° 27.

(6) De Laurière, ch. 5, nos 2 et 15.



son fils, le déclarerait son héritier, ferait une institution contractuelle proprement dite. Il ne faudrait pas dire qu'il n'a fait qu'une simple indication, « une démonstration du » doigt (1). » Est-ce qu'il avait besoin de dire à la famille à laquelle il s'unit : « Voilà mon fils; c'est à lui que la loi défère ma succession ? » La famille ne l'ignore pas; elle n'a rien à apprendre par cette déclaration. Mais elle a entendu et dû entendre que le père assure à son fils sa part héréditaire dans sa succession; qu'il s'oblige à la lui conserver comme s'il mourait intestat; qu'il la fixe sur sa tête, et fortifie le vœu de la loi par le lien du contrat. En droit romain, *hæredem declarare* ne signifie pas autre chose qu'instituer un héritier (2). Déclarer un héritier, reconnaître un héritier, c'est donc faire une institution contractuelle (3); non pas cette institution restreinte aux biens présents, qui était la suite de la déclaration d'ainé (une telle institution est loin de nos habitudes et de nos idées), mais une institution ayant trait aux biens laissés au décès du donateur et assurant la part héréditaire *ab intestat*, sans diminution possible par des libéralités faites au préjudice de cette promesse.

Il faudrait voir aussi une institution contractuelle dans la disposition contenant promesse de conserver à un ou plusieurs enfants leurs portions héréditaires (4).

A cette promesse, signalée par Ricard et De Laurière, revient la clause suivante, usitée en Picardie, et dans laquelle un père, après avoir fait don à son fils, par contrat de mariage, d'une rente de 400 fr., ajoutait : « En attendant sa

(1) De Laurière, *loc. cit.*, nos 5, 8, 9; et ch. 3, no 39.

(2) L. 15 et 19, *C. de test.*

(3) De Laurière, ch. 3, nos 29, 36.

(4) De Laurière, *loc. cit.*, ch. 5, no 17.

» succession, à laquelle le futur est expressément réservé. » Le père ayant fait ensuite plusieurs legs à sa veuve, ces legs furent annulés, parce qu'ayant institué contractuellement son fils, il ne pouvait pas amoindrir cette institution par des libéralités faites à autrui (1). Comme le dit la cour d'Amiens dans un arrêt du 13 décembre 1838, rendu dans une espèce à peu près pareille, la promesse de réserver sa succession contient la promesse d'une part héréditaire, et montre que le père a entendu renoncer à la faculté que la loi lui accorde de disposer de ses biens à titre gratuit au préjudice de l'enfant marié avec cette promesse (2).

Enfin on est d'accord pour apercevoir une institution contractuelle dans la clause connue dans la jurisprudence sous le nom de promesse d'égalité. Nous en parlerons plus bas avec quelques détails (3).

Tout le monde reconnaît aussi, à peu d'exceptions près (4), que la simple promesse d'instituer un héritier, faite par contrat de mariage, a le même effet que l'institution elle-même. Vainement dirait-on que cette promesse doit se résoudre en dommages et intérêts (5). Étant faite dans un contrat de mariage, pour servir de fondement à l'établissement des époux, elle équivaut à une institution (6). L'article 1589 du C. N. nous montre qu'il n'est pas nouveau, en droit, que la promesse de faire une chose ait la force même de l'obligation de la faire. Ceci doit avoir lieu surtout quand la promesse a été acceptée comme base de l'union conjugale et comme dot du mariage.

(1) Cass., req., 8 décembre 1837 (Devill., 38, 1, 476). Rejet du pourvoi contre un arrêt d'Amiens.

(2) 15 décembre 1838 (Devill., 39, 2, 204).

(3) No 2376.

(4) De Laurière, ch. 4, n° 23.

(5) *Id.*, *ibid.*

(6) Merlin, Répert., v° *Instit. contract.*, § 6, no 1.



2359. Mais on ne pourrait voir une institution contractuelle dans une clause par laquelle un père, en mariant son fils, lui ferait donation de certains biens présents, en le chargeant de les rapporter à la masse, pour être partagés avec ses autres biens entre tous ses enfants, « suivant le droit » qu'ils pourront y avoir ». Ces derniers mots indiquent hautement que le père n'a pas voulu se lier, et que ce n'est pas une institution contractuelle qu'il a entendu faire (1).

Voici une autre espèce analogue : Un frère donna à son frère qui se mariait 1,000 fr., à prendre par préciput dans sa succession, ajoutant « que le donataire concourrait au » partage de cette succession avec les autres héritiers, après » prélèvement de la somme donnée. »

Le donateur, en mourant, laissa un légataire universel. Mais le donataire prétendit qu'une part héréditaire lui avait été promise par son contrat de mariage et que le legs universel n'avait pu porter préjudice à cette assurance. Il fut repoussé dans sa demande, parce que la clause n'était qu'une simple explication du préciput (2).

Citons une dernière espèce :

Chausson donna à son neveu Anthelme Chausson, par contrat de mariage, cinq parcelles de fonds immeubles. Il ajouta, par une clause particulière, que le futur, outre les immeubles qui venaient de lui être donnés, prendrait dans la succession du donateur une portion égale à celle de ses frères et sœurs, autres neveux du disposant. Plus tard, Chausson est décédé, laissant un testament par lequel il instituait pour ses légataires universels deux frères d'Anthelme.

Anthelme a prétendu que son contrat de mariage portait en sa faveur une institution contractuelle qui avait empêché

(1) Cassat., 13 juin 1814 (Devill., 4, 1, 511. Palais, 12, 31).

(2) Cass., req., 19 novembre 1834 (Devill., 35, 1, 445. Palais, 26, 1031).

le donateur de disposer ultérieurement à titre gratuit. Les légataires ont soutenu au contraire que le contrat de mariage de leur frère n'avait pour but et pour objet que les cinq parcelles; que, pour le surplus, Chausson n'avait pas eu la pensée de faire une institution contractuelle; que son unique préoccupation avait été de déclarer qu'en venant au partage avec ses frères et sœurs, Anthelme Chausson retiendrait par préciput, outre sa part virile, les cinq parcelles à lui données; que de là ne résultait aucun dessaisissement plus étendu pour ce qui excédait ces cinq parcelles.

C'est ce dernier système qu'a accueilli la cour de Lyon par arrêt du 8 décembre 1841, confirmé par arrêt de la chambre des requêtes du 3 janvier 1843 (1). Ce dernier arrêt constate que la clause pouvait sans doute se prêter à une institution contractuelle; mais qu'on pouvait aussi la considérer comme ne présentant qu'une manière plus positive d'expliquer que, le cas de partage arrivant, le donateur entendait que la donation des cinq parcelles ne fût sujette à aucun rapport; que, dès qu'il y avait du doute sur le sens et le caractère de ces dispositions, la cour avait pu les interpréter dans le sens le plus conforme aux intentions présumées des parties.

2360. Il ne suffit pas que le disposant veuille faire une institution contractuelle; il faut de plus qu'il en observe les conditions constitutives, et par conséquent il faut : 1° que sa libéralité soit faite au profit d'une personne qui va contracter mariage, et dans la vue de favoriser ce mariage; de telle sorte que, si le mariage n'avait pas lieu, la disposition ne subsisterait plus;

2° Il faut que la libéralité s'adresse à une personne capable; c'est pourquoi elle ne serait pas valable si elle était

(1) Devill., 43, 1, 329.



faite directement aux enfants à naître du mariage. L'article 1082, d'accord avec l'art. 1081 (1), n'adopte pas le système de l'ord. de 1731 (art. 17), qui permettait de faire des institutions contractuelles au profit des enfants à naître, en passant sur la tête des futurs époux. Les enfants ne peuvent être appelés que comme substitués vulgairement à leurs auteurs, donataires en premier ordre (2);

3° Enfin, il faut que l'institution contractuelle soit faite par le contrat de mariage (3), ou bien, avant le mariage, par un acte séparé, mais qui se rapporte au contrat de mariage et soit censé en faire partie (4). Nous disons : et soit censé en faire partie; car si cet acte séparé n'était pas une annexe du contrat de mariage, s'il n'était qu'une simple donation ordinaire, l'institution contractuelle serait nulle. En effet, autre chose est une donation par contrat de mariage et une donation en faveur de mariage. Une institution contractuelle ne vaut que par contrat de mariage (5).

D'où il suit que si l'institution contractuelle est faite postérieurement au mariage, elle est nulle (6). Le président Favre constate ce point de notre droit français, en en donnant la raison décisive (7) : « *Ubi matrimonium contractum est, nullas potest recipere pactiones quæ legibus prohibeantur, nec si quis velit in eam rem matrimonii favorem obtendere; quia non potest dici contrahentes aliter non fuisse contrac-*

(1) Bourbonnais, art. 219. Auvergne, ch. 44, art. 26. Lamoignon, t. XXXIX, art. 2.

(2) *Infra*, nos 2370, 2440.

(3) *Supra*, n° 2341.

(4) Furgole, sur l'art. 43 de l'ordonn. de 1731 (t. V, p. 102). M. Zachariae, t. V, p. 506. M. Merlin, Répert., vo *Instit. cont.*, § 3, n° 4. M. Toullier, t. V, n° 830. *Infra*, 2470.

(5) Nîmes, 8 janvier 1850 (Devill., 50, 2, 91). *Infra*, n° 3470.

(6) Art. 1394, 1395 C. Nap.

(7) *De errorib. Pragmat.*, décad. 28, err. 6, n° 41.

» *turos, qui jam contraxerunt; quare nec, si ponas millies intervenisse jusjurandum in contractu facto post initum matrimonium, valebit tamen pactio apud Gallos, sive sit facta de succedendo, sive de non succedendo, quia extra dotales tabulas habent pro vero et inviolabili, hæreditatem pacto dari non posse.* »

A la vérité, le droit romain autorisait à faire des pactes matrimoniaux postérieurement au mariage. Mais cette règle, depuis longtemps abrogée dans toute la France (1), a été de plus en plus rejetée par le Code Napoléon, qui veut que toutes les stipulations matrimoniales précèdent le mariage.

2361. Puisque l'institution contractuelle ne peut être faite qu'au profit d'une personne qui va contracter mariage, on demande si la clause d'association, fort commune dans l'ancien droit français, est ou non abrogée sous le Code Napoléon (2).

Cette clause d'association consistait en ce que le donateur, en instituant la personne à marier, la chargeait de s'associer ses frères et sœurs pour une certaine quotité. Cette association était une charge de l'institution; elle faisait fidéicommissaire; on la considérait comme une substitution fidéicommissaire dont l'instituant grevait l'institué (3); et l'on se fondait à cet égard sur la loi 19, § 1, au Dig. *ad S. C. Treb.*, où l'on met dans la classe des substitutions fidéicommissaires la disposition suivante : « *Te rogo, Luci Titi, ut hæreditatem meam cum Attio partiaris.* »

Cette substitution était autorisée par la loi; car, quoiqu'il fût défendu d'instituer contractuellement quelqu'un qui ne

(1) Favre, *loc. cit.* *Mon Commentaire du contrat de mariage*, nos 171 et suiv. Voët, *ad Pandect.*, *De pact. dotal.*, n° 4.

(2) *Supra*, n° 155.

(3) Bergier sur Ricard, *Des substit.*, ch. 8, *in fine*, et ch. 6, n° 288. Chabrol, sur Auvergne, t. II, p. 336.