

se mariait pas, néanmoins l'on sait qu'en droit il est souvent permis de faire indirectement ce que l'on ne peut faire directement (1). Créer dans une institution contractuelle un fidéicommiss au profit d'un tiers, ce n'est pas instituer ce tiers contractuellement : c'est seulement imposer à l'institution une charge qui la modifie. Aussi Henrys enseigne-t-il qu'après avoir fait une institution contractuelle, on pouvait substituer au futur époux ses enfants à naître d'un autre mariage, ou des étrangers (2). La raison en est, suivant Furgole (3), que la substitution n'est qu'un accessoire de l'institution, et que si le principal est bon, les accessoires sont valables. Ajoutons que quelques auteurs, et particulièrement Lebrun (4) et Furgole (5), enseignaient que cette substitution au profit d'un tiers absent pouvait être révoquée. Mais ce que ces auteurs avaient écrit à cet égard était antérieur à l'ordonnance de 1747 sur les Substitutions, qui avait fait une innovation remarquable, en disposant que toute substitution apposée à une institution contractuelle serait irrévocable.

Que si l'on examine, maintenant, si la clause d'association est proscrite par le Code Napoléon, on trouve une contrariété d'avis parmi les auteurs. M. Merlin pense que cette clause

(1) On a une preuve de ceci dans le legs de la chose d'autrui. On ne peut, comme chacun sait, léguer directement la chose d'autrui. Mais personne ne conteste qu'on ne puisse le faire par forme de charge ou de condition.

Une autre preuve, c'est qu'on ne peut donner directement que par donation ou testament. Cependant, d'après l'art. 1121 du C. Napoléon, on peut donner indirectement à quelqu'un par forme de charge même dans un acte sous seing privé.

(2) Henrys, liv. 6, ch. 5, *quest.* 25.

(3) Sur l'art. 43 de l'ordonn. de 1731. V. aussi la 5^e *quest.*, t. VI, p. 45, n^o 64.

(4) *Success.*, liv. 3, ch. 2, n^o 43.

(5) 5^e *question*, *loc. cit.*

est licite (1). Mais en général les auteurs la condamnent (2); et c'est aussi ce qu'a fait un arrêt de la cour de Bourges du 19 décembre 1821 (3).

M. Merlin se fonde sur cette raison, à savoir que les simples fidéicommiss qui n'emportent pas trait de temps à la mort du grevé, et qui ne forment pas un nouvel ordre de succession, sont autorisés par la disposition de l'art. 1121 du même Code (4); que la charge d'associer n'emporte pas trait de temps à la mort de l'institué; que c'est un fidéicommiss pur, qui rentre dans la disposition de l'art. 1121, charge ou fidéicommiss dont les institutions contractuelles sont susceptibles, ainsi qu'il vient d'être dit, d'après l'ancienne jurisprudence; car rien n'empêche de les modifier par des charges.

M. Merlin ajoute qu'on aurait tort de croire que le disposant ait voulu faire une institution contractuelle au profit des associés. Il n'a entendu faire qu'une donation à cause de mort.

Mais nous n'en demandons pas davantage pour nous séparer de l'opinion de M. Merlin. Si cette donation à cause de mort dont il parle pouvait se ranger dans la catégorie des donations pures ou des legs purs, il n'y aurait rien à dire à sa proposition. Mais elle n'est pas autre chose qu'une disposition à cause de mort par contrat irrévocable; elle n'est ni une donation de choses présentes, ni une libéralité testamentaire révocable. Elle est un composé de donation et de testament que le Code n'autorise qu'au profit des personnes qui vont se marier, et en vue de leur mariage.

2562. Mais, l'association étant déclarée nulle, quel sera le

(1) *Rep.*, *vo* *Instit. contract.*, § 5, n^o 9.

(2) MM. Grenier, n^o 423 et son annotateur. Duranton, t. IX, n^o 694. Zachariæ, t. V, p. 502.

(3) Devill., 6, 2, 505. *Journal du Palais*, 1821, t. XVI, p. 4028.

(4) *Supra*, n^o 402.

sort des parties atteintes par la nullité? Tourneront-elles au profit de l'institué principal? Rentreront-elles dans la succession *ab intestat* du disposant? D'après l'art. 900 du Code Napoléon, la question semble tranchée au profit de l'institué; d'autres la résolvent en faveur de l'héritier légitime (1). Toutefois, nous voudrions que l'on consultât l'intention du donateur : car c'est plutôt ici une question de volonté qu'un cas précis de l'application de l'art. 900 (2).

2563. On a agité la question de savoir si le droit d'accroissement a lieu en matière d'institution contractuelle (3). Mais il n'y a pas de bonne raison pour penser qu'on ne doive pas l'admettre. L'institution contractuelle n'est qu'un testament irrévocable; elle ne dispose que de la succession; on doit donc lui appliquer les règles des testaments sur l'accroissement. Vainement objecterait-on que les institutions contractuelles tiennent de la nature des donations par l'acceptation qui en est faite par le mariage. Il est facile de voir que cette acceptation ne saisit nullement le donataire comme dans la donation entre-vifs (4).

(1) Bourges, 49 décembre 1821 (Deville., 6, 2, 502. *Palais*, 46, 4028). Mais cet arrêt ne discute pas la question, et il touche même des raisons qui vont en sens contraire de sa décision. Car il dit dans un de ses considérants que la clause d'association est nulle et réputée non écrite. Si elle est réputée non écrite, pourquoi la cour n'applique-t-elle pas l'art. 900?

(2) M. Coin-Delisle (n° 59 sur 1082) s'exprime ainsi sur la question : « Quoique la clause d'association se présente sous la forme d'une condition » ou d'une charge imposée à l'institution, rien n'empêche que le juge ne » pénètre l'intention des parties et n'adjuge le tout au donataire principal, » s'il reconnaît que l'intention dominante a été de lui tout donner, et que la » charge, nulle en elle-même, n'eût été qu'une condition dont la défaillance » devait profiter à l'institué; au contraire, s'il reconnaît que, par erreur de » droit ou par l'insuffisance de la rédaction, on ait sous une forme condi- » tionnelle fait une véritable disposition, le juge ne permettra pas que l'insti- » tué profite de ce que l'instituant n'aura pas voulu lui donner. »

(3) De Laurière, *Instit. cont.*, ch. 4, n° 442.

(4) Dumoulin, art. 47, t. XIV, Coutume d'Auvergne. Ricard, *Donat.*, par-

Supposons donc qu'un père qui a trois fils, en marie deux, et qu'il les institue, par le même contrat de mariage, héritiers des deux tiers de ses biens. L'aîné de ces deux garçons meurt sans enfants, avant son père; le père meurt ensuite : la portion de cet aîné appartiendra au second garçon institué, et non au troisième *ab intestat*. L'aîné et le puîné sont conjoints et cohéritiers; ils succèdent *eodem jure* comme institués par le même contrat de mariage. Le troisième ne succède que *ab intestat* et par conséquent *diverso jure* (1).

2564. Nous avons vu, par le texte de l'art. 1082, que l'instituant peut donner à l'institué tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès. Il suit de là que l'institution contractuelle est tantôt universelle, tantôt à titre universel. Ce n'est pas tout : et comme qui peut le plus peut le moins, il faut dire que l'instituant est maître, à plus forte raison, de ne faire par son institution qu'un legs particulier ; l'institution contractuelle, n'étant qu'un testament par contrat, se prête aux mêmes variétés que le testament lui-même. L'instituant fait par ce testament exceptionnel sur les biens de sa future succession, tout ce que sa volonté pourrait faire par un testament ordinaire. Ainsi, par exemple, il pourra instituer le futur dans 150,000 fr. à prendre dans sa succession (2) ou dans 700,000 fr. qui seront exigibles après son décès (3). C'est là une institution partielle, ou à titre

tie 3, n° 481. Furgole, sur l'art. 4 du t. II de l'ordonnance de 1747. Grenier, n° 422. Toullier, t. V, n° 844. Delvincourt, note 8 sur la p. 33. Vazeille, n° 10 sur l'art. 1082.

(1) De Laurière, *loc. cit.*, ch. 4, n° 460. *Supra*, n° 2187 (art. 1044).

(2) Cass., req., 4^{er} mars 1821 (Deville., 6, 4, 390).

(3) Cassat., req., 15 juillet 1835 (Deville., 36, 4, 453). *Contra*, M. Durranton, t. IX, n° 676, et Poujol sur l'art. 1082, n° 2. On peut citer dans le sens de la doctrine émise par ces auteurs les arrêts desquels il résulte que les gains de survie entre époux stipulés dans le contrat de mariage, lorsqu'ils

particulier, dont rien ne pourrait ébranler la force et l'autorité, surtout si on se pénètre des termes de notre article.

2365. Cette distinction entre l'institution universelle, l'institution à titre universel et l'institution à titre particulier, sert à résoudre la question de savoir quand et comment l'institué est tenu des dettes. L'institué n'étant qu'un légataire, mesurera son obligation sur celle du légataire, dont la situation varie d'après l'étendue du titre qui l'institue. On peut recourir à ce que nous avons dit *supra* à cet égard (1).

Supposons une institution contractuelle universelle, faite par un individu n'ayant pas d'héritier à réserve. C'est là un titre universel transférant l'hérédité; et l'héritier futur doit être tenu *ultra vires*, quand il n'use pas du bénéfice d'inventaire (2).

consistent dans une valeur déterminée à prendre dans la succession du pré-mourant, constituent, non une institution contractuelle, mais une véritable donation entre-vifs, garantie, en ce qui concerne la femme, par une hypothèque légale sur les immeubles de son mari. Toulouse, 24 mai 1855 (Devill., 55, 2, 491); Riom, 42 nov. 1856 (Devill., 57, 2, 1837). V. aussi un arrêt de rejet du 27 déc. 1859, qui toutefois ne fait que sanctionner une décision fondée sur une interprétation de convention et une appréciation d'intention. (Daloz, 60, 4, 105; Devill., 64, 4, 87). Mais on décide plus généralement en principe qu'une donation faite en ces termes constitue une institution contractuelle. Cass. 16 mai 1855 (Devill., 55, 4, 490); Rouen, 41 juillet et 20 déc. 1856 (Devill., 57, 2, 359); Metz, 28 juin 1859 (*J. Pal.*, 1861, p. 513). Et quant à la doctrine, elle admet à peu près unanimement que l'institution contractuelle n'a pas besoin, pour être valable, de comprendre l'universalité ou une fraction de l'universalité des biens que l'instituant laissera à son décès, et qu'elle peut avoir pour objet seulement une chose ou une somme déterminée. V. MM. Guilhon, t. II, n° 930; Marcadé, art. 1082, n° 4; Colmet de Santerre, cont. de Demante, t. IV, n° 25 bis, II; Goin-Delisle, article 1082, n° 44 et suiv.; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, n° 414, note a; Bonnet, n° 296 et suiv.; Aubry et Rau, t. VI, p. 250 et note 7; Massé et Vergé sur Zachariae, t. IV, p. 321, note 3 et p. 327, note 2.

(1) Nos 1836, 1857, 1982. V. aussi *infra*, n° 2454.

(2) Lebrun, *Success.*, liv., 3, ch. 2, n° 7 et 44. De Laurière, ch. 2, n° 8,

En effet, cet institué est autant héritier que celui qui succède par la nature et la loi. Comment d'ailleurs serait-il possible qu'il ne payât les dettes qu'à proportion de ce qu'il amende, tant qu'il n'a pas d'inventaire à opposer aux créanciers qui le poursuivent ?

Il est tenu même des dettes postérieures à l'institution; car l'institution contractuelle a en vue l'époque du décès du disposant. Elle agit ici comme testament. Il est vrai qu'elle est irrévocable; mais ce n'est que pour empêcher l'instituant de faire un autre héritier; elle n'en a pas moins le même effet que le testament.

2366. Nous venons de comparer l'institué contractuel à un légataire. Dans le droit coutumier, on semblait aller un peu plus loin. On le tenait pour un héritier véritable semblable à l'héritier de la loi et saisi comme ce dernier, même contre l'héritier du sang; l'institution contractuelle se montrait comme une dérogation à l'art. 318 de la coutume de Paris, portant : « le mort saisit le vif son hoir le plus proche » et habile à lui succéder. » Et, bien que d'après cet article, nul héritier testamentaire ne fût dispensé de l'obligation de demander la délivrance à l'héritier *ab intestat* (1), on faisait à l'héritier institué la faveur de le considérer comme saisi en vertu de son titre, tenu pour aussi sacré que celui de la nature (2). On lui appliquait la maxime : « Le mort saisit le vif. »

Nous ne croyons pas, sous le Code, qu'il soit nécessaire d'agiter des questions de qualité qui ne sont plus que des

et ch. 4, n° 425. Furgole, t. VI, p. 404. *Supra*, n° 1836. *Infra*, n° 2445. Pothier, Orléans, t. XVII, *Introd.*, n° 23.

(1) *Supra*, n° 4791 et 4436.

(2) Pothier, Orléans, t. XVII, *Introd.*, n° 47 et 48. De Laurière, t. I, p. 170, ch. 4, n° 38. Bourbonnais, art. 219. Auvergne, ch. 14, art. 26. Nivernais, t. XXVII, art. 42.

questions de mots. Au fond, il faut dire que l'institué contractuel est saisi en vertu de son contrat et dispensé de la demande en délivrance. D'après les art. 938, 1138 et 1583, le consentement transfère la propriété sans tradition, et c'est ce qui est décisif ici. Sans doute, l'institution contractuelle ne transfère pas la propriété d'un objet corporel; mais elle donne et transfère un droit de succession; elle en fait une cession gratuite; elle saisit par conséquent et dispense de la demande en délivrance (1). C'est par là que l'institué contractuel diffère du légataire. Le contrat dans lequel il puise la source de son droit, lui procure un investissement conventionnel, lequel ne s'attache pas aux effets naturels du testament. Le légataire qui n'a pas contracté avec le défunt doit fortifier, par le concours des héritiers légitimes, un titre qui n'est encore qu'unilatéral. Mais l'institué contractuel a pactisé avec l'instituant; il y a un lien synallagmatique. Il ne reste plus rien à faire pour que la libéralité soit de plein droit opposable à la succession (2).

2367. Furgole agite la question de savoir si l'institué peut diviser l'institution et s'en tenir aux biens existants lors de la donation pour répudier les biens à venir. La raison de décider serait que cette division et cette option peuvent avoir lieu dans la donation de biens présents et à venir, qui a quelques rapports avec l'institution contractuelle (3).

Mais Furgole montre très-bien que cela ne peut s'appliquer à l'institution contractuelle qui fait un héritier. On ne peut être héritier pour partie. Dans la donation de biens présents et à venir, au contraire, il y a comme deux donations distinctes, qui se peuvent diviser, ainsi que nous le verrons par le commentaire des articles suivants.

(1) Jug. du tribunal de la Seine du 27 février 1833. (Devill., 33, 2, 643.)

(2) *Infra*, n° 2428.

(3) Art. 17 de l'ordonn. de 1731. Art. 1084 du C. Nap. *Infra*, n° 2397.

2368. Il faut voir, maintenant, quelles personnes sont capables de faire une institution contractuelle.

Cette question n'est pas sans difficulté à cause du caractère mixte des institutions contractuelles. Il y a cependant des cas où elle reçoit une prompt solution : c'est quand il s'agit de personnes qui sont également incapables de donner entre-vifs et à cause de mort. Mais la chose se complique à l'égard de celles qui, étant incapables de donner entre-vifs, ont capacité pour donner par testament.

Par exemple, le mineur est absolument incapable de faire des donations entre-vifs, en vertu de la règle : *Donare est perdere* (1). Il peut au contraire faire un testament, lorsqu'il est parvenu à l'âge de seize ans; il peut disposer, par ce moyen, de la moitié des biens dont le majeur pourrait disposer (2).

De même, la femme mariée ne peut donner entre-vifs sans le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par justice. Mais elle n'a besoin ni de consentement, ni d'autorisation pour donner par testament.

Pour trancher cette question, il faut dire que, par cela seul que les institutions contractuelles sont des actes mixtes où se confondent les caractères de la donation et du testament, il suffit qu'un individu soit incapable de l'un ou de l'autre, pour qu'il ne puisse pas faire une institution contractuelle. Une institution contractuelle ne se peut faire sans qu'on aliène le plus précieux des droits, celui de faire un testament; elle contient donc une aliénation présente, et sort de la capacité de ceux qui ne peuvent aliéner entre-vifs. D'autre part, elle contient un exercice de ce droit précieux qui consiste à faire un héritier de son choix. Comment donc

(1) Art. 903, C. Nap.

(2) Art. 904, C. Nap.

celui qui serait incapable de tester pourrait-il faire une institution contractuelle?

Il suit de là (1) que le mineur, par exemple, ne peut faire une institution contractuelle, puisque d'une part il ne peut aliéner, et que de l'autre instituer contractuellement, c'est aliéner pour toujours et irrévocablement le droit de tester.

2369. Mais le mineur qui se marie peut-il instituer contractuellement celle qu'il épouse?

Ici la thèse est différente. D'une part, nous sortons de l'institution contractuelle proprement dite, puisque celle-ci ne peut émaner que des ascendants des époux, de leurs parents collatéraux ou de donateurs étrangers. Or, il s'agit ici d'une disposition de futur à futur prévue par l'art. 1094 du Code Napoléon, et non d'institution contractuelle.

D'autre part, le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. C'est ce qui résulte des articles 1093 et 1389 du Code Napoléon, combinés avec l'art. 1091.

Comme, d'après l'article 1093 du Code Napoléon, l'époux peut, en se mariant, instituer l'autre époux son héritier, il s'ensuit que le mineur pourra, par son contrat de mariage, et avec l'assistance requise, instituer sa femme son héritière (2).

2370. Mais il ne peut instituer ses enfants à naître (3); car, d'une part, l'article 1389 du Code Napoléon défend au

(1) M. Merlin, Rep., v^o *Instit. contract.* (p. 1287, col. 4), § 4, n^o 2. Junge Grenier, n^o 431. M. Coin-Delisle, n^o 40 sur 1082. M. Zachariæ, t. V, p. 515.

(2) *Infra*, n^{os} 2537, 2622 et suivants, sur l'art. 1093 et 1095.

(3) M. Merlin, Rép., *loc. cit.*, p. 293, n^o 4.

mari et à la femme de rien faire, par leur contrat de mariage, qui puisse changer l'ordre légal de leur succession par rapport à leurs enfants à naître; de l'autre, aucune disposition ne donne le pouvoir à un individu qui se marie d'instituer contractuellement les enfants à naître de son mariage. L'art. 1082 s'y oppose même formellement (1). Il faut donc en revenir à la règle générale portée dans l'art. 893 du Code Napoléon qui dit « qu'on ne pourra disposer de ses biens à » titre gratuit que par donation entre-vifs ou testamen- » taire. »

2371. A l'égard de la femme mariée, il suit des principes exposés au n^o 2368 qu'elle ne peut instituer contractuellement en ses propres et paraphernaux sans l'assistance de son mari ou l'autorisation de la justice (2).

Elle peut aussi, avec la même autorisation, instituer contractuellement un parent ou un ami dans ses biens dotaux. Il est vrai que les art. 1554, 1555, 1556 du Code Napoléon défendent d'aliéner et de donner les biens dotaux. Mais ce n'est pas là une objection sérieuse; car la femme ne se dépouille actuellement d'autre chose que de la faculté de tester, elle fait tout simplement un testament irrévocable; elle ne dispose que pour le temps où elle ne sera plus (3).

2372. L'institution contractuelle n'est pas soumise à la formalité de la transcription. L'art. 939 ne parle que des donations proprement dites, qui sont bien différentes des institutions contractuelles (4). Coquille nous apprend que bien souvent il avait décidé que l'institution contractuelle

(1) *Supra*, n^o 2360.

(2) MM. Delvincourt, t. II, p. 410, note 40. Duranton, t. IX, n^o 723. Dalloz, *Dispos. entre-vifs et test.*, ch. 41, sect. 2, n^o 8. Coin-Delisle, n^o 44 sur 1082.

(3) Grenier, n^o 431.

(4) Pau, 2 janvier 1827 (Deville., 8, 2, 304. *Journal du Palais*, 1827, t. XXI, p. 2). Cassat., ch. civ., 31 janvier 1832 (Deville., 32, 4, 220).

n'était pas soumise à l'insinuation, par la raison qu'elle est une disposition faite en vue de la mort, et qu'à cause du péril des charges elle n'est pas nécessairement un titre lucratif (1). Ces raisons ont aujourd'hui la même force et s'appliquent à la transcription aussi bien qu'à l'insinuation.

2373. Elle n'est pas révocable pour cause d'ingratitude (2).

2374. Elle n'est pas nécessairement soumise à l'acceptation (3). Il y a quelque chose qui vaut mieux que l'acceptation la plus solennelle : c'est la célébration du mariage dont l'institution contractuelle est la condition ; c'est cette création de la famille nouvelle dont elle forme la dotation et dont elle assure l'avenir.

2375. Mais elle est révocable pour cause de survenance d'enfants, conformément à l'art. 960 du Code Napoléon. La loi suppose, avec raison, comme dans le cas de donation proprement dite, que l'instituant n'aurait pas donné sa succession à un étranger s'il eût su qu'il devait avoir des enfants (4).

2376. Outre l'institution contractuelle, on rencontre souvent dans les contrats de mariage une clause connue sous le nom de « promesse d'égalité » et qui, ainsi qu'il a été maintes fois jugé par les anciens arrêts (5), équivaut à une institution contractuelle. L'effet de cette clause, que l'on appelle aussi quelquefois « promesse de part héréditaire ou pro-

(1) Sur Nivernais, de *Donat.*, art. 12.

(2) *Supra*, n° 4352 et suiv. (art. 959). De Laurière, ch. 4, n° 88 et suiv.

(3) *Infra* (art. 1087), nos 2469, 2470.

(4) *Supra*, n° 4338. *Junge* De Laurière, ch. 4, n° 119.

La coutume d'Auvergne ne révoquait l'institution que quant aux droits de légitime (t. XIV, art. 3).

(5) Rapportés par M. Merlin, *loc. cit.*

messe de réserve à succession (1), » est d'empêcher le disposant de faire à ses autres enfants des libéralités directes ou indirectes qui briseraient cette égalité qui a été la condition du mariage. Le disposant n'est plus maître d'assigner à un autre de ses enfants une portion plus grande (2).

Vainement dirait-on que le disposant a abdiqué par là la liberté de tester, qui est inaliénable. Il a agi à peu près comme celui qui donne, aliène, s'engage, et qui, par conséquent, s'ôte le droit de disposer à l'avenir des choses aliénées (3). Le père a fait une institution contractuelle ; à la vérité il n'a pas donné nuement sa succession ou les biens qu'il laissera à son décès ; mais il a assuré une part dans ces mêmes biens ; il a donné, il a assuré d'une manière fixe à son fils la même part qu'auraient ses autres enfants dans sa succession (4). Telle était l'ancienne jurisprudence (5) ; telle est la nouvelle.

2377. Mais le père qui par là s'est engagé à ne pas avantager ses enfants ou l'un d'eux au préjudice de celui qu'il

(1) Amiens, 15 décembre 1838 (Devill., 39, 2, 204). Cassat., req., 8 décembre 1837 (Devill., 38, 1, 476).

(2) *V. supra*, n° 2343.

(3) *Supra*, n° 4344.

(4) M. Merlin, *Instit. contract.*, § 6, n° 3. MM. Coin-Delisle, art. 1082, n° 65. Duranton, t. IX, n° 655. Rolland de Villargues, Répert. du notariat, v° *Instit. cont.*, n° 50. *Dict. du notariat*, 4^e édit., v° *Instit. cont.*, n° 72 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 276 et note 96. *Junge* Paris, 26 janvier 1833 ; Douai, 28 mars 1835 ; Limoges, 20 février 1844 ; Cassat., 11 mars 1834 (Devill., 33, 2, 197, 35, 2, 379, 46, 2, 21, 34, 4, 178).—Mais une telle promesse ne peut être utilement faite que dans les contrats de mariage. Aussi a-t-il été décidé que la clause d'un partage d'ascendant portant que les biens qui se trouveront dans la succession du donateur seront partagés par égales portions entre ses enfants, n'enlève pas à l'ascendant le droit de disposer ultérieurement de ces mêmes biens au profit de l'un de ses enfants par préciput et dans les limites de la quotité disponible. Grenoble, 12 février 1859 (Devill., 60, 1, 552).

(5) Lebrun, *Successions*, ch. 2, liv. 3, n° 43. De Laurière, ch. 7, n° 20. M. Merlin, *loc. cit.*

établit, contracte-t-il l'obligation de ne pas donner à un tiers étranger la portion disponible? Ce qu'il s'est interdit de faire pour maintenir l'égalité entre enfants, peut-il le faire à l'égard d'un étranger?

Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 12 mai 1848, a décidé que le père conserve le droit de donner à des tiers (1), et cette opinion est aussi celle de MM. Championnière et Rigaud (2), et de M. Zachariæ (3). On peut argumenter dans le même sens d'un arrêt de la cour de cassation du 15 décembre 1818 (4).

Les faits ont une grande influence sur ces sortes de questions. Consultons avec soin ceux de l'arrêt de Bordeaux.

Dans cette espèce, un sieur Béchade, père de deux filles, avait marié l'aînée au sieur Besse; dans le contrat de mariage de cette dernière, en date du 11 nov. 1816, il avait inséré une promesse d'égalité ainsi conçue : « En faveur » dudit mariage, le sieur Béchade promet à sa dite fille » d'observer, à son égard, une parfaite égalité, dans le » partage des biens de sa succession, sans pouvoir faire » aucune disposition qui diminue sa portion virile, sous » la réserve spécialement de pouvoir disposer au préju- » dice de ladite promesse, 1° en faveur d'Anne Léaud, sa » belle-sœur, de l'usufruit de la portion disponible; 2° en » faveur de qui il voudra, de la somme de 7,000 francs. » Plus tard, c'est-à-dire le 27 août 1847, et pendant que ses deux filles vivaient encore, Béchade intervient au mariage d'une nommée Marguerite, fille naturelle de père et mère inconnus, et il l'institue son héritière universelle; elle épousait un sieur Lagardère. Par cet acte Béchade déclare

(1) 12 mai 1848 (Devill., 48, 2, 622).

(2) T. IV, n° 2951.

(3) T. V, § 739, n° 5.

(4) Devill., 5, 4, 559. Palais, t. XIV (1818), p. 4419.

vouloir que la dame Lagardère succède concurremment avec ses deux filles et par égale portion, c'est-à-dire que chacune prenne un tiers de la succession, voulant que le tiers de ladite femme Lagardère s'étende jusqu'à la moitié, si sa fille non mariée vient à prédécéder.

En effet, la fille non mariée est morte en 1840, et Béchade est décédé en 1847.

On devine le débat qui s'éleva entre la dame Besse et la dame Lagardère. La tribunal d'Angoulême le décida en faveur de la première.

Voici son système : Béchade a promis à sa fille de ne rien faire qui pût diminuer sa portion virile ou héréditaire. Or, pour connaître cette portion virile, il faut se reporter au moment du décès; car dans les institutions contractuelles (et Béchade n'a pas fait autre chose), ce n'est pas la date de l'institution qu'il faut considérer; c'est au moment du décès qu'il faut se reporter pour apprécier l'étendue des droits appartenant à l'institué. Or, au moment de son décès, Béchade n'a laissé qu'une fille, son autre fille étant morte. Donc cette fille, la dame Besse, s'est trouvée appelée à recueillir sa succession. C'est donc inutilement que Béchade a voulu instituer la dame Lagardère; il n'a fait que contrevenir à son engagement de ne rien faire qui pût porter atteinte à la portion virile de madame Besse dans sa succession. S'il en était autrement, son institution contractuelle serait de nul effet; il n'aurait rien donné à sa fille. D'ailleurs, il suffit de lire les réserves faites par Béchade d'une somme de 7,000 fr. et d'un usufruit pour Anne Léaud, pour être convaincu qu'il s'interdisait de faire d'autres dispositions au profit d'étrangers.

Appel. — On disait pour la dame Lagardère :

La promesse d'égalité suppose un partage. Mais que devient-elle, quand, par le cours des événements, il n'y a pas lieu à partage? Qu'a fait Béchade? Il a promis l'égalité.

A-t-il manqué à cette promesse? Madame Besse a-t-elle éprouvé un mécompte? Non! son père lui laisse la part virile la plus forte à laquelle elle aurait pu prétendre, s'il y avait eu lieu à partager.

C'est ce système que la cour de Bordeaux a adopté, en faisant remarquer que l'interdiction contractée par Béchade « de diminuer la portion virile » était la même chose que la promesse d'égalité, portion virile et portion égale étant synonymes (1). Il faut lire cet arrêt qui contient une déduction pressante et des arguments très-graves. Le plus fondamental, c'est que le père de famille n'a eu que la pensée d'un partage, d'un concours de deux personnes au moins, et jamais celle d'une institution universelle au profit de sa fille.

2378. Ceci posé, nous ne nous sommes pas trompé quand nous avons dit qu'en cette matière, il est de la plus haute importance de consulter les faits. C'est dans les circonstances particulières de l'espèce et dans la volonté du disposant révélée par les faits, que la cour de Bordeaux a puisé sa décision. Son arrêt repose sur une appréciation de l'intention du père, bien plutôt que sur des principes de droit. C'est ce qu'on peut appeler un arrêt d'espèce (2).

Mais si on se place en dehors des particularités de telle ou telle cause, pour se mettre nettement en face d'une promesse d'égalité, ne peut-on pas dire que le père de famille qui marie son enfant et lui promet l'égalité, ou en d'autres termes qui s'oblige à ne pas faire de disposition en faveur de ses autres enfants, promet à plus forte raison de n'en pas faire à l'égard d'un étranger? Ce père donne une garantie contre les entraînements de l'affection paternelle. N'est-ce

(1) Merlin, Répert., vo *Portion virile*.

(2) L'arrêt de la cour de cassation; du 15 déc. 1818, cité ci-dessus à une analogie parfaite avec celui de Bordeaux.

pas une raison pour qu'on le croie fort contre les tentations des tiers? et n'y a-t-il pas là une volonté claire, qui a été le gage de l'union de deux familles, et qui ne permet pas d'ultérieures libéralités au profit de tiers (1)?

2379. D'un autre côté, si la promesse d'égalité est une véritable institution contractuelle, au moins quand elle est dégagée des circonstances dont nous parlions tout à l'heure, ne doit-on pas lui appliquer la règle de l'art. 1083 du Code Napoléon?

On répond qu'elle n'est qu'une institution restreinte; que, dans la pensée du disposant, il n'a été assuré à l'enfant qu'une part égale à celle de ses frères et sœurs; qu'il doit par conséquent être satisfait, si ceux-ci ne sont pas avantagés, et qu'en demandant la nullité des dons faits à des tiers, il réclame ce qui ne lui est pas promis.

Mais si on y regarde de près, ne voit-on pas que la promesse d'égalité contient virtuellement en soi une assurance dans la portion disponible? N'est-ce pas en laissant cette portion intacte que le père fera subsister l'égalité? Or, s'il a promis qu'elle resterait entière, même malgré toute préférence entre enfants, ne s'écarte-t-il pas de ses engagements, quand il en dispose au profit d'étrangers qu'on devait croire en dehors ou éloignés de ses affections? Supposons que le père ait dit: « Je vous assure une part égale dans les biens » que je laisserai à mon décès. » N'appliquerait-on pas à cette disposition qui reproduit mot pour mot la formule de l'art. 1082, le principe posé dans l'art. 1083? Or, de bonne foi, quelle différence y a-t-il entre cette disposition et la simple promesse d'égalité? Est-ce que la pensée des contractants n'est pas nécessairement reportée sur les biens laissés au décès? Est-ce que, soit qu'on le dise, soit qu'on

(1) Argument d'un arrêt de la cour de cassat., req., 8 déc. 1837 (Devill., 38, 4, 476).

ne le dise pas, ce n'est pas d'une part égale dans les biens qu'il est question entre les parties?

2380. Il est reconnu, du reste, que la promesse d'égalité ne prive pas l'instituant de la faculté de disposer d'une partie de ses biens au préjudice de ceux de ses enfants en faveur de qui la promesse n'a pas été faite. Ainsi dans l'espèce qui précède, si les deux filles de Béchade lui avaient survécu, il eût dû laisser la moitié de sa succession à la dame Besse; mais il eût pu réduire son autre fille à la réserve, et disposer d' $\frac{1}{6}^{\circ}$ au profit de qui il eût voulu. Les enfants auxquels la promesse d'égalité n'a pas été faite, ne sauraient s'en prévaloir sans mériter le reproche d'exciper du droit d'autrui (1).

2381. Quelquefois la promesse d'égalité se présente comme condition d'une institution contractuelle formelle. Comme par exemple : « Pierre institue sa fille son héritière » pour moitié des biens qu'il laissera à son décès, avec » promesse d'égalité. »

Dans cet état, on demande si Pierre a pu faire plus tard un partage entre ses enfants.

La raison de douter est que, d'après l'art. 1076 du Code Napoléon, le partage d'ascendant se fait par disposition entre-vifs ou testamentaire. Or le père ne peut donner ni léguer à ses enfants ce qui leur appartient déjà, et l'art. 1085 s'oppose à toute disposition à titre gratuit après l'institution contractuelle.

Mais on répond que la libéralité faite par le père ne s'oppose pas à ce qu'il répartisse ensuite par un partage entre ses enfants les valeurs de la succession qu'il leur a assurée. Il suffit qu'il ne s'écarte pas de l'égalité qu'il a promise (2).

(1) Bourges, 48 floréal an xii (Devill., 4, 2, 491).

(2) Cassat., req., 26 mars 1845 (Devill., 47, 4, 420 et suiv.).

ARTICLE 1084.

La donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir, en tout ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation; auquel cas, il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur.

ARTICLE 1085.

Si l'état dont est mention au précédent article n'a point été annexé à l'acte contenant donation des biens présents et à venir, le donataire sera obligé d'accepter ou de répudier cette donation pour le tout. En cas d'acceptation, il ne pourra réclamer que les biens qui se trouveront existants au jour du décès du donateur, et il sera soumis au paiement de toutes les dettes et charges de la succession.

SOMMAIRE.

2382. De la donation de biens présents et à venir. — Cette espèce de donation, prohibée par le droit commun, est admise en contrat de mariage.
2383. Étude historique de la donation de biens présents et à venir. — Quatre systèmes d'interprétation. — Définition de chacun de ces systèmes.
2384. Premier système. — Raisons qui le justifient.
2385. Raison qui l'ont empêché de prévaloir. — Deuxième système.
2386. Critique du second système.