

Par son testament, en date du 2 juin 1824, il a légué par préciput et hors part, à Pierre Guilbeau, son fils, 6,000 fr. et à la femme Vigné sa fille, 4,000 fr.

La veuve voulait que, pour calculer la part d'enfant le moins prenant, à laquelle elle avait droit, les sommes léguées par préciput fussent réunies à la masse.

Mais cette prétention a été repoussée, avec raison, par arrêt de la cour de Paris du 19 juillet 1833, « attendu que si » la femme, pour faire fixer cette part d'enfant, peut exiger » le rapport des dons et legs faits par son mari, elle ne peut » néanmoins demander ce rapport qu'autant que les enfants » eux-mêmes auraient droit de l'exiger, et qu'elle n'est pas » fondée à critiquer les dispositions de son mari toutes les » fois que sa portion se trouve être équivalente à celle re- » venant à un des enfants réduits à sa portion dans la quo- » tité non disponible;... attendu que, bien que la donation » faite par Guilbeau à sa seconde épouse fût irrévocable et » antérieure au testament, cependant le droit résultant de » cette seconde donation, en faveur de la veuve Guilbeau, » ne pouvait être fixé qu'à la mort de son mari, puisque » seulement à cette époque il devenait possible de détermi- » ner la part d'enfant (1). »

Rien n'est plus juridique que cette décision. Qu'a donné le disposant? Une part d'enfant le moins prenant. Donc, tout ce qui, dans l'avenir, vient diminuer la part d'un enfant, diminue nécessairement l'avantage fait au conjoint. La part d'enfant ne saurait être déterminée qu'au décès et après que le donateur a usé du droit qui lui appartenait de faire des libéralités. L'époux donataire n'a donc pu compter que sur un avantage variable, élastique et susceptible de plus ou de moins. C'est là ce qui explique pourquoi la

(1) Devill., 33, 2, 397.

donation, bien qu'irrévocable, peut être influencée par des dispositions postérieures et par le fait potestatif du donateur.

2715. Jusqu'à présent, nous avons cherché à fixer, d'après les principes du droit, quelle peut être la part d'enfant le moins prenant qui peut être donnée au conjoint par l'époux qui convole. Mais il est possible qu'un enfant recueilli en fait moins que sa part de droit, et cela par suite d'une renonciation à une partie de ses droits. On demande, en pareil cas, si, pour déterminer le droit de l'époux donataire, il faut prendre pour base ce que l'enfant moins prenant recueille en fait, ou bien ce qu'il pourrait recueillir en droit.

Cette question avait été fort agitée jadis. Elle se présentait surtout dans un cas qui ne peut plus se vérifier aujourd'hui, mais qui, par analogie, peut nous mettre sur la voie de la réponse à notre question.

Un père, en mariant sa fille, lui avait constitué une dot inférieure à la quotité de sa légitime et lui avait fait renoncer à sa succession future. La femme en secondes noces de cet individu devait-elle être réduite à une part égale à la dot, ou bien pouvait-elle demander une part égale à la légitime? En un mot, fallait-il prendre pour base le fait ou le droit?

La jurisprudence avait varié. On décidait anciennement qu'il fallait s'en tenir au fait, et que l'époux ne devait pas avoir plus que n'avait par sa volonté l'enfant le moins prenant (1).

Mais l'opinion contraire plus favorable à l'époux finit par l'emporter. On reconnut que la quotité disponible en

(1) Chenu, 1^{er} Cent. *quest.* 66, *in fine.* Choppin, lib. 3, *in consuet. And. c. 44, tit. 4, num. 9.* A. Fabre, *Code*, lib. 5, tit. 5, *Defin.*, 3, note 7.

faveur de cet époux ne devait pas être laissée à l'arbitraire des enfants. La part de l'enfant le moins prenant, telle que la loi l'envisage, est la part d'un enfant qui succède et non pas la part que se fait un enfant par sa volonté, par des renonciations et des arrangements de famille contraires à son droit. C'est en ce sens que les arrêts (1) et les auteurs (2) se sont prononcés en définitive.

On en tirait la conséquence que si un enfant qui avait reçu un don inférieur à sa légitime s'abstenait d'agir en supplément, il ne portait pas atteinte au droit de l'époux survivant d'avoir l'équivalent de sa légitime (3); qu'il ne fallait pas avoir égard à la dot dont une fille devait se contenter par suite d'une renonciation insérée dans son contrat de mariage, pour régler le disponible de l'époux du second lit (4); et qu'à plus forte raison ne fallait-il tenir aucun compte de la situation d'un enfant qui, exhéredé pour juste cause, n'aurait rien reçu que des aliments (5), ou n'aurait rien à prétendre (6).

Cette seconde doctrine, qui est la vraie, doit nous servir de guide sous le Code Napoléon dans les cas analogues.

Supposons, par exemple, qu'un des enfants ait reçu une donation en avancement d'hoirie et que ses frères négligent ou refusent de demander le rapport. Ce fait ne nuira pas au nouvel époux, qui, ainsi que nous l'avons établi, profite du rapport pour la fixation de sa portion disponible (7).

(1) Brodeau et Louet, lettre N, somm. 3, n° 22. Expilly, ch. 167 de ses arrêts.

(2) Voët, *De ritu nupt.*, n° 430. Pérézius, *ad Cod. De secundis nupt.*, n° 17. Favre, *Code*, lib. 5, tit. 5, Def. 3. Ricard, *Donat.*, p. 3, n° 4264 et suiv. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 564 et suiv.

(3) Pothier, *ibid.*, n° 561.

(4) Pothier, *ibid.*, n° 562.

(5) Ricard, *ibid.*, n° 4266. Pothier, *ibid.*, n° 563.

(6) Ricard, *loc. cit.*, n° 4268.

(7) *Supra*, n° 2740.

Les enfants peuvent bien renoncer tant qu'ils veulent à leur droit, mais, par leur silence ou leur collusion, ils ne sauraient préjudicier à leur beau-père ou belle-mère à qui une part d'enfant est assurée par le défunt. « *Quo reme* » *dio si experiri nolint*, dit Voët, *sed acquiescendum putent*, » *juri quidem suo renuntiare possunt, at non præjudicare* » *juri novercæ, cui filialis portio ex testamento, vel pacto* » *dotali est debita* (1). »

2714. Ce que nous venons de dire d'une renonciation partielle n'est pas moins vrai quand un enfant se prive de toute part dans la succession par une renonciation volontaire pure et simple. Il faut régler les choses comme s'il avait reçu la part que la loi lui a faite (2).

2715. Nous disons même que l'enfant, que son indignité dépouille de sa part, doit compter comme s'il la prenait en réalité. Ce n'est pas le fait de sa peine qu'on considère; c'est la part à laquelle il avait droit et qu'il aurait reçue sans son indignité. L'époux ne saurait être réduit à rien pour des faits qui lui sont étrangers (3).

2716. Et, puisque dans toutes ces questions le droit l'emporte sur le fait, on ne mesurera pas la part de l'époux sur la part des enfants augmentée de la part de l'indigne ou du renonçant, laquelle doit se diviser entre eux. On prendra les choses telles qu'elles ont été réglées au jour du décès, comme s'il n'y avait pas eu de renonciation ou d'exclusion pour indignité. Sans quoi l'époux profiterait indirectement de la renonciation ou de la peine de l'indigne, et c'est là ce qu'on ne saurait admettre.

2717. Quand un enfant du premier degré est décédé et qu'il est représenté par des descendants, ces petits-enfants

(1) *De ritu nuptiarum*, n° 430, *in fine*.

(2) *Supra*, n° 784.

(3) *Supra*, n° 795.

sont comptés purement et simplement pour celui qu'ils représentent dans la succession du disposant, et la donation faite au nouveau conjoint n'est pas réduite à la part que l'un des petits-enfants a dans la subdivision du lot échu à sa souche (1). Telle est la conséquence de l'art. 740 du Code Napoléon (2).

Ceci cependant faisait doute dans l'ancien droit, alors que le disposant n'avait de son premier mariage qu'un seul enfant, lequel précédait en laissant des descendants. De graves autorités pensaient, en pareil cas, que le second époux ne pouvait prendre, dans les biens du disposant, qu'une part égale à celle du petit-fils le moins prenant, bien que, si l'enfant du premier degré ne fût pas mort, on eût dû considérer sa personne et sa part et non celle de ses enfants. Pour le décider ainsi, Brodeau se fondait sur le texte de l'édit qui répétait plusieurs fois : « Plus qu'à l'un » de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants (3), » et il citait à l'appui un arrêt du parlement de Paris de 1651. Ricard (4) et Pothier (5), tout en acceptant cette solution, lui donnaient pour base une autre raison, savoir, que la représentation n'a pas lieu dans le cas proposé ; car elle n'est une fiction utile que lorsqu'il y a plusieurs souches, et elle est dépourvue de sens quand il n'y a qu'une seule souche.

Nous devons dire cependant que cette opinion n'était pas unanime ; Cambolas rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du 16 mai 1619, qui décide que tout ce qui est pris par les petits-enfants ne doit être considéré que comme une même portion sur laquelle doivent être mesurés les avan-

(1) Ricard, *loc. cit.*, n° 4274. Pothier, *loc. cit.*, n° 564.

(2) Toullier, t. 5, n° 877.

(3) Sur Louet, lettre N, somm. 3, n° 22, arrêt de 1651.

(4) *Donat.*, *loc. cit.*, nos 4272 et suiv.

(5) *Op. cit.*, n° 565.

tages faits au second époux, et non pas sur ce que chacun des petits-enfants prend en particulier (1).

Sous le Code, le sentiment de Brodeau, de Ricard et de Pothier est généralement rejeté, et il devait l'être. L'art. 914 nous dit que, pour la détermination de la quotité disponible, les descendants, en quelque degré que ce soit, ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant, et nous avons vu que cet article embrasse le cas où les petits-enfants sont tous issus d'un fils unique précédé (2). Or, qu'il s'agisse de fixer la quotité disponible ordinaire, ou la quotité spéciale au conjoint du second mariage, la règle doit être la même. Serait-il juste que la mort prématurée d'un fils du disposant et le nombre des descendants que ce fils laisse, changeassent l'étendue de la quotité disponible du père de famille (3) ?

2718. Du reste, en cette matière comme dans toute la matière des donations et testaments, il y a des questions de volonté qui s'écartent des règles habituelles du droit. C'est par les circonstances qu'elles doivent être résolues.

Ainsi, il est possible que le donateur, en donnant à son époux une part d'enfant le moins prenant, ait entendu lui donner, non pas l'équivalent de ce que l'enfant le moins prenant recueille sur l'ensemble de ses biens, mais l'équivalent de sa part dans une portion limitée de son patrimoine. Nous trouvons un exemple de cette particularité dans une espèce jugée par la cour de Douai.

Nicolas Ducastel, en contractant un second mariage, avait donné à sa femme une part d'enfant ; mais il avait rappelé dans le contrat que, conformément aux art. 1075 et suivants,

(1) Liv. 6, ch. 18.

(2) *Supra*, n° 797.

(3) Grenier, t. 4, n° 705. Toullier, t. 5, n° 877. Delvincourt, t. 2, p. 442, édit. de 1834. M. Duranton, t. 9, n° 803.

il avait fait à ses enfants d'un précédent lit le partage anticipé de plusieurs lots d'immeubles par forme de donation entre-vifs, ajoutant qu'il n'avait plus sur ces biens d'autres droits que l'usufruit qu'il s'en était réservé.

Dans ces circonstances, la cour de Douai crut pouvoir décider que le mari n'avait entendu donner et que l'épouse n'avait entendu recevoir qu'une part des biens existants au décès, autres que ceux dont la disposition irrévocable avait été faite auparavant (1).

2719. Il reste une assez grave difficulté sur la fixation de la part d'enfant. Supposons que le convolant ait donné à son nouvel époux une part d'enfant, et qu'ensuite ses enfants du premier lit viennent à prédécéder sans postérité. Comment se règlera la part d'enfant, n'y ayant plus d'enfants?

Cette question était diversement résolue dans l'ancien droit. Les uns voulaient que l'époux donataire eût tout le patrimoine (2); les autres voulaient qu'il n'eût rien. Voët (3) décide que la part d'enfant doit comprendre la moitié des biens. Ricard (4), Pothier (5), adoptent cette solution. Un arrêt de 1765 (6) l'a consacrée.

La raison de cette décision est que celui qui, soit par contrat de mariage, soit par testament, a donné à sa seconde femme une part d'enfant, n'a pas voulu lui donner la totalité de son patrimoine, mais seulement une portion, et que cette portion n'étant fixée ni par le disposant ni par aucun équivalent, il faut dire que le donateur a voulu donner la moitié d'après la règle contenue dans la loi 164, § 1, D., *De verb.*

(1) 30 décembre 1843 (Devill., 44, 2, 389).

(2) Lebrun, *Success.*, liv. 2, ch. 6, Dist. 5, n° 42.

(3) *Loc. cit.*, n° 429.

(4) *Op. cit.*, p. 3, n° 4281.

(5) *Op. cit.*, n° 589.

(6) Denizart, *v° Noces*, n° 25.

signif. : Sed si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur (1).

Mais cette décision ne peut plus être suivie sous le Code Napoléon, et il faut dire que par le mot « part d'enfant, » le donateur n'a pu avoir en vue que le quart de ses biens au plus; car l'art. 1098 ne permet pas que la part d'enfant s'élève au-dessus de ce taux (2), et le testateur n'est pas censé avoir voulu autre chose que la loi, surtout lorsqu'il s'est servi des formules employées par la loi elle-même.

M. Vazeille n'admet pas cette solution (3); il croit que l'époux doit avoir tout le disponible, par conséquent la succession entière si le donateur ne laisse que des collatéraux, une moitié ou trois quarts s'il laisse des ascendants dans une ligne ou dans les deux lignes, et s'il n'y a pas d'autres libéralités. Cet auteur se fonde sur ce que le disposant, en donnant à son conjoint une part d'enfant, a voulu, autant que cela dépendait de lui, l'assimiler à un enfant, lui en conférer les droits, l'appeler par conséquent à toute la succession à défaut de réservataires.

Ce raisonnement repose tout entier sur des conjectures arbitraires. Comment tirer d'une disposition qui ne donne qu'une part d'enfant, le don de la totalité? Comment ne pas voir que le disposant n'a pas prévu le cas néfaste où il mourrait sans postérité, et que sa libéralité a pour base la croyance qu'il conservera les enfants qu'il a déjà? Enfin, est-il possible de refaire après coup et par une divination hasardée la disposition primitive? Le disposant seul avait le droit de prendre d'autres arrangements après le malheur

(1) Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 679, n° 464.

(2) Grenier, t. 4, n° 683, édit. Bayle-Mouillard. Toullier, t. 5, n° 887. MM. Duranton, t. 9, nos 824. Zachariæ, t. 5, p. 234, note 44. Coin-De-lisle, art. 1098, nos 41 et 42.

(3) Sur l'art. 1098, nos 41 et 42.

qui l'a frappé. Pourquoi ne l'a-t-il pas fait? Est-ce que le juge a le pouvoir de disposer pour lui et de substituer sa volonté d'emprunt à celle qui a été exprimée formellement?

2720. Maintenant que l'on sait ce que comprend la part d'enfant le moins prenant et qu'on en connaît la consistance et l'étendue, nous devons faire remarquer que le veuf qui a des enfants d'un premier lit n'a pas à sa disposition autant de parts d'enfant qu'il peut contracter de mariages ultérieurs, à la condition cependant de ne pas excéder la portion disponible. Les libéralités qu'il fait à son second et à son troisième conjoint ne peuvent ensemble excéder une part d'enfant le moins prenant. C'est en ce sens que la loi romaine et l'édit des secondes nocces ont toujours été entendus, et le Code n'a pas manifesté la volonté d'innover à cet égard.

Cependant cette solution a été contestée. On s'est appuyé pour la combattre sur une légère différence de rédaction entre l'édit de 1560 et le Code Napoléon. L'édit des secondes nocces défendait aux veuves de donner « à leurs nouveaux maris » au delà d'une part d'enfant le moins prenant. Le Code Napoléon n'emploie plus le pluriel, et il se borne à défendre à celui qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent mariage de donner « à son nouvel époux » au delà d'une part d'enfant. De cette différence dans les textes, on a conclu que le Code applique à un nouvel époux en particulier la quotité disponible que l'édit appliquait aux nouveaux époux pris collectivement (1).

Il faut repousser cette interprétation (2). Ce que l'art. 1098 ne dit pas dans les termes de l'édit des secondes nocces, il le dit aussi énergiquement par ceux-ci : « Sans que, dans aucun

(1) M. Duranton, t. 9, n° 804.

(2) Toullier, t. 5, n° 882. Delvincourt, t. 2, p. 438, édit. de 1834. Grenier, n° 742, t. 4, p. 445, édit. de M. B. Mouillard. Vazeille, sur 1098, n° 40.

» cas, ces donations (au pluriel) puissent excéder le quart des biens ; » il est certain d'ailleurs que le législateur a voulu maintenir la sage disposition de l'ancien droit, et non pas créer un système nouveau (1).

2721. Passons à un autre ordre d'idées, et recherchons quelles dispositions doivent être resserrées dans les limites de la quotité déterminée par l'art. 1098.

Ce sont évidemment les donations faites au nouveau conjoint, soit dans son contrat nuptial, soit durant le second mariage. Elles s'adressent à la personne en sa qualité de conjoint.

Quant aux donations qui ont été faites à la même personne avant qu'elle soit mariée, il faut rechercher si elles ont été faites ou non en vue du mariage à contracter. Déterminées par la condition du second mariage, elles tombent sous la restriction de l'art. 1098; mais, si elles ont été faites à une époque où la pensée même de cette union n'avait pas été conçue, la donation aura fait acquérir au donataire un droit irrévocable, réductible seulement dans les termes du droit commun, mais qui ne recevra aucune atteinte d'un mariage que les parties ont contracté ensuite (2).

2722. D'après les principes généraux, on n'impute sur la quotité disponible que des libéralités proprement dites. Tous les actes qui ont un caractère à titre onéreux, intéressé de part et d'autre, lors même qu'ils procureraient, en définitive, un profit, ne comptent pas dans la quotité que les donataires ordinaires ont droit de recueillir. Mais il faut plus de sévérité, quand il s'agit d'un second époux et des intérêts du premier lit. On impute alors sur la quotité disponible, et l'on

(1) V. l'exposé des motifs. Fenet., t. 12, p. 573.

(2) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 548. Toullier, t. 5, n° 876. M. Dalloz, *vo Disp. entre-vifs et test.*, t. 6, p. 278, n° 12. Zachariæ, t. 5, p. 248, note 8.

réduit, en cas d'excès, les avantages que retire le nouveau conjoint des conventions matrimoniales, bien que ces conventions portent le caractère de clauses d'association intéressées pour chacune des parties. Nous avons développé ailleurs ce principe, et nous y renvoyons (1).

2723. Il faut maintenant s'occuper de l'action en réduction et des personnes qui en profitent. Mais nous avons traité ce point avec détail dans notre *Comm. du contrat de mariage* (2). Le lecteur pourra y recourir. Nous avons établi, avec le texte de l'art. 1497, que l'action en réduction n'appartient qu'aux enfants du premier lit; que, cependant, les enfants du second lit en profitent par occasion, afin de maintenir l'égalité dans la famille (3), mais que ces derniers n'ont rien à prétendre, 1° si tous les enfants du premier lit sont prédécédés (4); 2° s'ils répudient purement et simplement et d'une manière absolue (5). Nous avons ajouté que, si pourtant les enfants du premier lit font remise de leur droit moyennant un prix, comme ils sont censés n'avoir fait remise que de leur part dans le retranchement, et non de celle de leurs frères et sœurs du second lit, ceux-ci peuvent profiter de cette ouverture pour obtenir ce qui doit leur revenir dans la succession de l'auteur commun (6).

2724. Il n'y a qu'un point sur lequel nous voulons insister un instant. Nous avons dit dans l'ouvrage précité, avec la plupart des auteurs, que les enfants du premier lit ne peuvent intenter l'action en retranchement ouverte à leur profit par l'art. 1496 du Code Napoléon, qu'autant qu'ils se

(1) V. art. 1496 et 1587 du Code Nap. et dans notre comm. du *Contrat de mariage*, les nos 2208 et suiv.

(2) Nos 2219 et suiv. V. art. 1496 et 1527.

(3) No 2224.

(4) No 2226.

(5) No 2227.

(6) Nos 2228, 2229.

portent héritiers (1). Mais nous avons établi ci-dessus (2) qu'en principe, pour exercer l'action en réduction, il n'est pas nécessaire d'être héritier, et que cette action est attribuée à la qualité d'enfant, *jure sanguinis, jure naturali*. Nous devons donc reconnaître que, dans le cas particulier qui nous occupe, la seule qualité d'enfant suffit, comme elle suffit d'après le droit commun (3). C'est, du reste, ce qui avait lieu dans l'ancien droit, en vertu de l'édit des secondes noces, non-seulement dans les pays de droit écrit, où, suivant la loi romaine, la légitime appartenait à la qualité d'héritier (4), mais encore dans les pays de coutume, bien qu'on y tint pour maxime : *non habet legitimam nisi qui hæres est* (5).

« Pour que les enfants, disait Pothier, puissent demander » la réduction, il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers » de leur mère qui a fait la donation; car leur mère ayant, » par la donation qu'elle a faite à son second mari, mis » hors de ses biens tout ce qui est compris dans la donation, » tout ce qui y est compris ne faisant plus partie de ses » biens, lors de sa mort, ne se trouve pas dans sa succession. » Il n'est pas nécessaire qu'ils viennent à sa succession pour » savoir ce qui doit être retranché de la donation (6). »

2725. Mais ce que nous disons du droit de l'enfant renon-

(1) No 2223.

(2) No 915.

(3) *Contra*, MM. Toullier, t. 5, no 880. Duranton, t. 9, no 818. Zachariæ, t. 5, p. 227, § 609, note 34, etc., etc.

(4) Brodeau sur Louët, Lettre N, somm. 3, no 20, 21, Voët, *De ritu nupt.*, no 441 et 442. *Auth. hæres* sur le § 1, L. 5, et § *Extantes* de la loi *Hæc edictali*, C. *De secund. nuptiis*. *Supra*, nos 741, 745.

(5) Ricard, nos 1301 et suiv. De Renusson, *De la comm.*, p. 4, ch. 3, no 80. Pothier, *loc. cit.*, no 568.

(6) Pothier, *loc. cit.*, no 558. *Contra*, Toullier, t. 5, no 880. M. Duranton, t. 9, no 818. Delvincourt, t. 2, p. 440, édit. de 1834. M. Coin-Delisle sur 1098, no 7. Zachariæ, § 690, t. V, p. 227, note 34.