Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la

[...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Toullier, Charles-Bonaventure-Marie. Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique. [- Supplément à la 1re édition des huit premiers volumes du Droit civil français suivant l'ord.... 1812.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

4534

LE DROIT CIVIL FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE NAPOLÉON,

Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique,

Par Mr. C. B. M. TOULLIER, Professeur du Code Napoléon, Doyen de la Faculté de Droit de l'Académie de Rennes, et Docteur aggrégé aux anciennes Facultés de Droit de la même Ville.

BIBLIOTHÈQUE ROYALE

TOME CINQUIÈME.

A RENNES,

DE L'IMPRIMERIE DE J. M. VATAR.

1812.

LE DROT CIVIL
FRANÇAIS,
DANS L'ORDRE DU CODE NAPOLÉON.

SUITE DU LIVRE III.

Des différentes manières dont on acquiert la propriété.

TITRE II.

Des donations entre vifs et des testamens.

CHAPITRE Ier.

Dispositions générales, prohibition des substitutions.

SOMMAIRE.

1. *Transition.*
2. *Deux manières de donner, par convention ou par acte de dernière volonté.*
3. *Les donations qui se font par convention sont entre vifs ou à cause de mort.*
4. *Définition de la donation entre vifs,*
5. *Et de la donation à cause de mort.*
6. *Caractère différent de ces deux donations.*
7. *Caractère qui leur est commun.*
8. *Ancienne forme des donations à cause de mort chez les Romains.*
9. *Doute des jurisconsultes français sur ce point fixé par l'ordonnance de 1731.*
10. *Qui conserve les donations à cause de mort.*

11. *Sont-elles conservées par le Code?*
12. *Les substitutions prohibées, sous peine de nullité.*
13. *La nullité de la substitution entraîne celle de l'institution, et pourquoi.*
14. *Mais elle ne s'étend ni aux autres legs contenus dans le testament, ni à la partie des biens non substitués.*
15. *La substitution directe ou vulgaire n'est pas prohibée,*
16. *Ni les dispositions qui donnent l'usufruit à l'un et la propriété à l'autre.*
17. *Les substitutions prohibées sont celles qu'on appellait fidéicommissaires.*
18. *Origine des fidéicommis.*
19. *D'où dérivent les substitutions graduelles.*
20. *Inconvénient de ces substitutions; leur abolition.*
21. *Caractères distinctifs des substitutions; 1° charge de conserver; 2° charge de rendre.*
22. *Comment doit être entendue la charge de conserver et celle de rendre.*
23. *La charge de rendre sans celle de conserver ne constitue pas une substitution.*
24. *La charge de conserver pendant la vie, et de rendre à la mort du grevé, constitue* l'ordre successif, *caractère essentiel des substitutions.*
25. *Elles ne peuvent s'établir par conjectures,*
26. *Même tirées du droit romain.*
27. *La prière de rendre ne suffit plus pour établir une substitution; il faut des termes impératifs.*
28. *Tout fidéicommis n'est pas une substitution; quels sont les fidéicommis prohibés.*
29. *Trois espèces principales de fidéicommis.*

30. *Les fidéicommis purs et simples ne sont pas défendus ,*

31. *Ni les fidéicommis à terme certain ou incertain.*

32. *Si la charge de rendre au légataire* lorsqu'il mourra *est une substitution prohibée.*

33. *Du fidéicommis conditionnel.*

34. *Toutes les substitutions sont des fidéicommis conditionnels ; mais tous les fidéicommis conditionnels ne sont pas des substitutions.*

35. *Dans les legs et dans les substitutions , le jour incertain vaut condition.*

36. *Mais de plus les substitutions peuvent être faites sous une autre condition ; exemples.*

37. *Les substitutions faites sous condition sont prohibées , ainsi que les autres.*

38. *Il y a des dispositions à la charge de rendre qui ne sont pas des substitutions ;* 1° *charge de rendre ce qui restera à la mort ,* quod supererit.

39. *Dispositions du droit romain concernant la charge de rendre* quod supererit.

40. 2. *Je donne à la charge de rendre à Paul s'il revient de l'armée , ou si tel navire arrive d'Asie.*

41. *Il n'y a pas de substitution , lorsqu'on donne à la charge de rendre la propriété à un tiers , s'il parvient à sa majorité.*

42. *Différence de cette espèce avec celle où le donataire est chargé de rendre* s'il meurt *avant vingt-cinq ans.*

43. *Difficulté élevée pour savoir si un legs ne contient que l'usufruit ou la propriété à la charge de rendre.*

44. *On ne doit annuler une disposition qu'autant qu'elle présente* nécessairement *une substitution , et qu'elle ne peut être interprétée d'une autre manière.*

45. *Application du principe à l'espèce proposée par Henrys, du don fait à celui de deux enfans qui vivra jusqu'à vingt-cinq ans,*

46. *Et au don fait* conjointement *à plusieurs personnes, avec déclaration que le tout appartiendra au survivant;*

47. *Et au don fait à l'épouse, en cas que les enfans du donateur meurent avant elle.*

48. *Les dispositions qui contiennent* nécessairement *une substitution sont nulles, quoique la charge de conserver et de rendre n'y soit pas* littéralement *exprimée. Application au droit de retour,*

49. *Et au legs fait* séparément *à plusieurs personnes, avec clause de retour au survivant, en cas que les prédécédés meurent sans enfans.*

50. *Deux principes fondamentaux qui peuvent résoudre toutes les difficultés.*

51. *De la défense d'aliéner ou de tester, etc.*

---

1. Après les successions, qui sont toujours un moyen d'acquérir à titre universel, le Code passe aux donations et testamens qui sont aussi quelquefois des moyens d'acquérir à titre universel, mais plus souvent à titre particulier.

Ces matières ont toujours été regardées comme les plus subtiles et les plus difficiles de la jurisprudence; et quoique le Code les ait beaucoup simplifiées, en les dégageant

d'une foule de subtilités, il fait naître des difficultés d'un autre genre, en confondant des moyens d'acquérir d'une nature différente. Il a réuni dans un même titre ce qui concerne les donations et les testamens, et même ce qu'on a jugé à propos de conserver des substitutions. Le passage et le retour fréquens de l'une à l'autre de ces matières produisent dans les idées une confusion qu'on ne peut éviter qu'avec une attention soutenue.

D'ailleurs les lois civiles, relatives aux donations et testamens, s'écartent en plusieurs points de la simplicité du droit naturel, et les conséquences des lois arbitraires sont toujours plus difficiles à saisir et à fixer, parce qu'en s'éloignant du principe, elles peuvent paraître contraires à l'équité.

La matière des donations et celle des testamens étaient séparées dans le droit romain et dans le droit français, où elles avaient été réglées par trois ordonnances rédigées par le chancelier d'Aguesseau; l'ordonnance des donations en 1731, celle des testamens en 1735, et celle des substitutions en 1747. Le projet de Code rédigé par la commission avait aussi séparé les donations des testamens : on les a réunis, parce que plusieurs dispositions légales très-importantes leur sont

communes, telles que la quotité de biens dont on peut disposer. Ils ont encore cela de commun, que par les unes comme par les autres on dispose de ses biens à titre gratuit, c'est-à-dire, sans en recevoir aucun prix, sans en espérer aucun retour, si ce n'est celui de la reconnaissance.

2. On peut en général donner ses biens de deux manières principales, ou par une convention entre le donateur et le donataire, ou par un acte de dernière volonté émané du donateur seul, sans le concours des donataires.

Les libéralités de cette dernière espèce se nomment donations testamentaires, et plus communément *legs ;* l'acte qui les contient se nomme *testament.*

3. Les libéralités qui se font par convention retiennent le nom particulier de donations : elles sont de deux espèces ; entre vifs ou à cause de mort.

4. La donation entre vifs est un contrat (1)

(1) V. Grenier, traité des donations, 2e édition, t. 1, p. 193 ; Hotman de donat., opp., t. 1, col. 599. Le projet de Code portait que la donation est un *contrat ;* l'art. 894 porte que c'est un *acte.* Il n'en est pas moins vrai que la donation entre vifs est une convention, puisqu'elle n'est parfaite que par le consentement des deux parties. C'est un contrat, le plus souvent unilatéral, quelquefois synallagmatique. V. Grenier, *ubi sup.*

par lequel une personne se dépouille gratuitement et irrévocablement, de son vivant, de la propriété d'une chose au profit d'une autre personne qui l'accepte.

5. La donation à cause de mort est aussi une convention par laquelle une personne donne à une autre qui accepte, mais de telle manière que la propriété de la chose donnée ne passe irrévocablement au donataire qu'à la mort du donateur.

6. Le caractère des donations entre vifs, et celui des donations à cause de mort, diffèrent donc en ce que le donateur entre vifs, se dépouillant irrévocablement de son vivant, et renonçant à la faculté de révoquer son don, préfère le donataire à lui-même :

Le donateur à cause de mort, conservant toujours la faculté de révoquer son don et de reprendre les choses données, se préfère lui-même au donataire, qu'il préfère seulement à ses propres héritiers. (1)

7. Ce caractère est commun aux donations testamentaires par lesquelles le donataire ne

(1) *Se potiùs habere vult quam eum cui donat, illum deindè quam hæredem suum.* L. 35, §. 2, ff. *de mortis caus. donat.* C'est par cette raison que la loi exige plus de formalités pour une donation testamentaire que pour une donation entre vifs. Dans celle-ci il ne s'agit que de l'intérêt du donateur ; dans l'autre de l'intérêt de ses héritiers.

devient propriétaire des choses données qu'à la mort du donateur ; mais elles sont un acte de la seule volonté du testateur ; elles n'ont pas besoin du concours du donataire, au lieu que la donation à cause de mort étant une convention, (1) n'est parfaite que par le concours de la volonté du donataire et par son acceptation.

Les donations à cause de mort n'avaient point dans l'origine d'autre forme que celle des donations entre vifs ; (2) elles se faisaient par une convention suivie de tradition, ou bien par les formules de la mancipation (3) ou de la stipulation ; (4) car les donations, même entre vifs, n'étant point au nombre des contrats nommés, c'est-à-dire, à qui la loi donnait un nom propre accompagné d'une action particulière pour contraindre la partie refusante à l'exécuter, la simple convention de donner, non suivie de tradition, restait, quoiqu'acceptée, confondue parmi les pactes simples ou pactes nus qui ne produisaient aucune action, et dont par conséquent on ne pouvait poursuivre l'exécution en justice : c'est de là que venait la nécessité d'emprunter

(1) Les jurisconsultes romains la regardaient comme un contrat innommé. L. 35, §. 3, ff. *de mortis causâ donat.*

(2) V. Furgole, quest. 47, sur l'ordonnance des donations de 1731.

(3) L. 7, Cod. Theod. *de donat.*, et ibi Gothof.

(4) L. 35, §. 5, Cod. *de donat.*

pour les donations les formules de la mancipation ou de la stipulation.

Justinien fut le premier qui érigea la donation entre vifs en contrat nommé, à l'exemple du contrat de vente. Il ordonna qu'elle serait parfaite par le consentement écrit ou non écrit du donateur. (1)

Quant aux donations à cause de mort, comme on élevait des difficultés sur leur nature, les uns voulant les confondre avec les legs, les autres les ranger parmi les donations entre vifs, Justinien trancha ces doutes en ordonnant qu'elles pourraient être faites par écrit ou sans écrit, et qu'elles n'exigeraient que la présence de cinq témoins, sans l'intervention d'aucune personne publique ; c'était la forme adoptée pour les codicilles : (2) en un mot, il leur donna la même force qu'aux actes de dernière volonté, auxquels il les rendit presque en tout semblables. (3)

Il en arriva que les donations à cause de mort furent valides, même sans la présence (4)

(1) Inst. *de donat.*, §. 2, L. 35, §. ult., C. *de donat.*

(2) Liv. 8, §. 3, C. *de codic.*

(3) Il resta néanmoins plusieurs différences quant aux effets entre les donations à cause de mort et les legs. V. Furgole, *des testamens*, ch. 14 ; Vinnius in instit., Liv. 2, tit. 7, §. 1, n. 2 et 3.

(4) Furgole, ibid., n. 39 et 43.

ni l'acceptation du donataire ; mais alors elles changeaient de nature, et dégénéraient en legs.

9. Les jurisconsultes français furent aussi pendant long-tems divisés d'opinion sur la forme des donations à cause de mort. Les uns pensaient que les coutumes n'ayant imposé à ces actes aucune solemnité particulière, on pouvait les faire dans la forme ordinaire des contrats, c'est-à-dire, devant notaires, si le donateur voulait disposer par un acte public ou bien par un acte sous seings privés, sans y observer les formalités requises pour les testamens. (1)

D'autres pensaient que les donations à cause de mort ne pouvaient être valables, à moins qu'elles ne fussent revêtues des formalités des testamens.

L'ordonnance de 1731 sanctionna cette dernière opinion. L'art. 3 porte : « Toutes dona-
» tions à cause de mort, à l'exception de
» celles qui se feront par contrat de mariage,
» ne pourront dorénavant avoir aucun effet,...
» que lorsqu'elles auront été faites dans la
» même forme que les testamens ou les codi-
» cilles, en sorte qu'il n'y ait à l'avenir que

(1) Ricard, *des donations*, 1re part., ch. 2, n. 42 et 43 ; Sallé sur l'ordonnance de 1731, art. 3.

» *deux formes* de disposer de ses biens à titre
» gratuit, dont l'une sera celle des donations
» entre vifs, et l'autre celle des testamens ou
» codicilles. »

10. Ainsi cette loi n'abrogea pas (1) l'usage des donations à cause de mort, elle en détermina seulement la forme. Ceci était fort important dans les pays de droit écrit, où les fils de famille ne pouvaient faire, même du consentement de leurs pères, ni testamens ni codicilles, mais seulement des donations à cause de mort. (2)

Aujourd'hui que toute personne capable de faire un contrat est aussi capable de faire un legs, il est moins important de conserver un genre de disposition qui tient le milieu entre la donation entre vifs et le testament; qui diffère du dernier par sa nature, et qui était néanmoins assujetti aux mêmes formalités pour la forme extérieure de l'acte.

L'art. 893 du Code porte : « On ne pourra
» disposer de ses biens à titre gratuit, que
» par donation entre vifs ou par testament,
» etc. »

(1) Furgole sur l'art. 3 de l'ordonnance de 1731; le nouveau répertoire, au mot *donation*; le nouveau Dénisart, v° *donation à cause de mort*, p. 7.

(2) V. le nouveau Dénisart, *ubi sup.*; Grenier, *des donations*, t. I, p. 108.

En comparant cet article avec l'ordonnance de 1731, il semblerait que le Code est allé plus loin que cette dernière loi, qui laissa subsister l'usage des donations à cause de mort, en se bornant à en déterminer la forme.

La prohibition de l'art. 893 paraît porter directement sur la substance, sur le genre de disposition. » On ne pourra disposer à titre » gratuit que par donation entre vifs ou par » testament. » Donc les autres genres de disposition sont prohibés, et par conséquent la donation à cause de mort. C'est ainsi que l'a entendu M. Jaubert dans son rapport au tribunat, (1) et M. Grenier dans son ouvrage sur les donations. (2)

Au contraire, M. Merlin, dans une note ajoutée au nouveau répertoire, (3) soutient que l'art. 893 n'abolit pas plus les donations à cause de mort, que ne le faisait l'ordonnance de 1731.

[1] Exposé des motifs, édit. de Didot, p. 325. « La distinc- » tion des dispositions de dernière volonté en testamens, codi- » cilles ou *donations à cause de mort*, ne subsistera plus. On ne » connaîtra qu'*une seule espèce de dispositions de dernière volonté*; » elles s'appelleront testamens. » Le Code a évité l'expression de donation à cause de mort.

[2] Tom. 1, p. 173.

[3] V° *donation*, t. 4, p. 144, 1re édition.

Si la première opinion paraît fondée sur l'interprétation rigoureusement littérale du Code, la seconde semble plus conforme à son esprit et à l'équité. Les donations à cause de mort, qui s'accomplissent par une convention entre le donateur et le donataire, sont plus conformes au droit naturel (1) que les testamens par lesquels le donateur seul dispose pour un tems où il n'existera plus. (2)

12. Les substitutions sont prohibées par l'art. 896 du Code; et cette prohibition est tellement rigoureuse, que toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire est chargé de conserver et de rendre à un tiers, est nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire.

[1] Wolff, *jus nat.*, part. 4, §§. 134 et 142; Heinecc., *element. jur. nat.*, Lib. 1, §. 291.

[2] La solution de cette question de théorie peut entraîner la solution d'une question de pratique qui s'est déjà présentée; savoir si un testament est valide, lorsqu'il contient une convention entre le testateur et le légataire, c'est-à-dire, lorsque le légataire intervient pour accepter le legs. C'est alors une véritable donation à cause de mort, revêtue des formes d'un testament, valide sans contredit, suivant l'ordonnance de 1731. Est-elle également valide suivant le Code Napoléon? La raison de douter est que le Code semble prohiber absolument les donations à cause de mort. La raison de décider est que le Code ne prononce point la nullité d'un testament dans lequel le donataire est intervenu pour accepter le legs.

13. Quoiqu'il n'y ait réellement qu'une seule disposition dans la clause qui contient une substitution : *Je donne tel bien à Pierre, à la charge lorsqu'il mourra de le rendre à Jean ;* on distingue néanmoins deux parties dans cette phrase, l'une qui donne à Pierre, l'autre qui le charge de rendre à Jean. De ces deux parties, l'une ne constitue pas plus que l'autre la disposition du testateur ; c'est par le concours de l'une et de l'autre que la disposition est formée, et l'on ne pourrait les diviser sans courir le risque de s'écarter de la volonté du testateur. Qui peut, dans le concours du donataire et du substitué, dire quel est celui que le donateur a voulu préférer à l'autre ? Quel est celui qui, dans son intention, l'aurait emporté s'il s'était cru forcé de choisir ? Dans cette incertitude, le législateur ne pouvant connaître suffisamment la volonté du donateur, a déclaré la disposition entière nulle et comme non avenue.

D'ailleurs, défendre les substitutions, comme l'avait déjà fait la loi du 14 novembre 1792, n'était qu'une mesure imparfaite peu propre à remplir entièrement le but politique qu'on se proposait, si la loi ne donnait à cette défense une sanction qui en assurât imperturbablement l'effet. L'expérience avait appris que les substitutions seraient exécutées au mépris de la

prohibition de la loi, si les dispositions qui en étaient grevées n'étaient pas également frappées de nullité. Pour s'assurer que la prohibition qu'il prononce ne serait point éludée, le Code n'a donc pas seulement annulé la substitution ou la charge de rendre; il a voulu de plus que cette nullité entraînât celle des donations ou institutions.

Ainsi, à la différence des autres conditions contraires aux lois qui sont seulement réputées non écrites, *quæ vitiantur et non vitiant*, suivant la disposition de l'art. 900, la charge de conserver et de rendre opère la nullité de la donation de l'institution ou du legs auquel elle est imposée. (1)

14. Mais elle n'entraînerait pas la nullité des legs purs et simples que contiendrait le testament s'il était en bonne forme; et si le donataire, l'héritier institué ou légataire n'était chargé de rendre qu'une partie des biens donnés ou légués, la nullité ne porterait que sur cette partie, et ne s'étendrait pas aux biens non substitués. (2)

(1) On avait prétendu le contraire; mais cette erreur a été proscrite, et la jurisprudence fixée par un arrêt de la cour de cassation, rendu le 18 janvier 1808, sur les conclusions de M. Merlin, rapportées dans le nouveau répertoire de jurisprudence, v° *substitution fidéicommissaire*, sect. 1, §. 14, n. 2; autre arrêt du 7 septembre 1810, rapporté par Denevers, an 1810, p. 548.

(2) Merlin, nouveau répertoire, *ibid.*, n. 3.

15. En proscrivant aussi sévèrement les substitutions, le Code a pris soin d'indiquer les dispositions qui ne sont point frappées de la nullité qu'il prononce, quoique connues en jurisprudence sous le nom de substitutions. La disposition par laquelle un tiers est appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas, *n'est pas regardée comme une substitution;* elle est déclarée valable par l'article 898 du Code. Par exemple, je lègue à Titius le fonds Cornelien; et s'il ne veut ou ne peut pas le recueillir, je lui substitue Caïus : c'est ce que les romains appelaient substitution vulgaire, (1) et que l'on nomme aussi substitution directe.

16. Le Code ne regarde point encore comme une substitution la disposition *entre vifs ou testamentaire*, par laquelle l'usufruit est donné à l'un et la nue propriété à l'autre, 899; (2)

(1) Inst. de vulgat., subst. in pr. *Potest autem quis in testamento suo plures hæredes facere; ut puta, si ille hæres non erit, ille hæres esto; et deinceps in quantum velit testator.*

(2) Ces dispositions avaient, avant et depuis la révolution, fait naître des difficultés. V. ci-après n. 43, et Grenier, des donations, t. 1, pag. 127, n. 12, 2e édit.

On connaissait encore autrefois, dans les provinces de droit écrit, la substitution pupillaire par laquelle le père, qui avait des enfans en sa puissance, et en âge de pupillarité, pouvait faire leur testament en faisant le sien, et substituer une autre personne pour

l'usufruit et la propriété sont deux objets différens : le donateur peut donc réserver à son profit ou disposer au profit d'un autre de la jouissance et de l'usufruit des biens dont il donne la propriété, 949.

17. Les substitutions prohibées par le Code sont celles qui formaient une branche si compliquée de l'ancienne législation, réglée par l'ordonnance des substitutions du mois d'août 1747. Les auteurs les appelaient fidéicommissaires, parce qu'elles n'étaient connues dans le droit romain que sous le nom des fidéicommis (1) d'où elles sont dérivées.

18. Les fidéicommis doivent leur origine au désir d'éluder la loi Voconia, qui défendait d'instituer héritières les filles ou les femmes ; elles ne pouvaient recueillir ou recevoir qu'une somme modique, et la dureté de cette prohibition s'étendait aux successions légitimes ; succéder à ces enfans, en cas qu'ils mourussent avant de pouvoir tester, c'est-à-dire, avant l'âge de puberté ; et la substitution exemplaire par laquelle un père nommait un héritier à son fils furieux ou en démence, en cas qu'il vînt à mourir avant d'avoir recouvré la raison. On appelait cette substitution exemplaire, parce qu'elle avait été introduite à l'exemple de la substitution pupillaire ; l'une et l'autre furent abolies par la disposition générale de l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2.

(1) V. Domat, préambule du Liv. 5, instit. de *fideicommiss. hæred.*, et le titre du digeste *ad senatus-consultum trebelliarum*, Lib. 36, tit. 1, et les titres suivans.

les filles même uniques en étaient exclues, et ne pouvaient hériter de leurs pères et de leurs mères. On chercha les moyens d'éluder une loi qui combattait si ouvertement les premiers sentimens de la nature : ce qu'on ne pouvait donner à une fille chérie, à une épouse tendre, on le confiait à la foi d'un ami, en le priant de rendre à la personne indiquée.

Mais ce ne fut pas toujours pour violer la loi qu'on employa les fidéicommis. Depuis que les limites de l'empire furent étendues à l'excès, il arriva souvent qu'un citoyen romain avait des amis ou des proches dans des pays éloignés, qui ne jouissaient pas du droit de cité, et dont les habitans pouvaient néanmoins posséder des biens à Rome ou dans l'Italie ; mais ils ne pouvaient les acquérir ni par testament ni par succession : celui qui voulait faire passer ses biens à un ami, à un parent étranger, instituait pour héritier un citoyen romain, en le priant de rendre l'hérédité à la personne désignée ; en cela la loi ne paraissait pas violée.

Des citoyens romains qui se trouvaient éloignés de leur patrie, et réduits à l'impuissance de faire un testament, parce qu'ils n'avaient pas auprès d'eux sept citoyens

romains, écrivaient aux héritiers qu'ils avaient institués avant leur départ, ou même à leurs héritiers légitimes, pour les prier de rendre tout ou partie de leurs biens à une autre personne capable de recevoir; en cela encore nulle violation de la loi.

Mais, dans l'origine, ces prières ne liaient point l'héritier fiduciaire; car, dans les principes de l'ancien droit romain, on ne pouvait donner que par des paroles de commandement. (1) Ainsi l'exécution de la prière, ou la restitution des biens donnés, était confiée à la foi du fiduciaire; de là le nom de fidéicommis. Enfin ces prières furent rendues obligatoires par la force de la coutume et par le consentement tacite du peuple. Les fidéicommis devinrent très-fréquens, et donnèrent naissance aux dispositions que nous avons appelées des substitutions.

19. On imagina de laisser l'héritier fiduciaire jouir des biens pendant sa vie, et de ne le charger de les rendre qu'à sa mort. On se servit de ce mode de disposition, pour perpétuer les biens dans les familles au moyen des substitutions graduelles, qui faisaient passer les biens d'un successeur à un second,

[1] *Nemo cogebatur præstare id de quo rogabatur.* §. 1, inst. *de fideicomm.*

du second à un troisième, etc.; de sorte que le premier appelé conservait les biens pendant sa vie, les transmettait à sa mort au second appelé, celui-ci à un troisième, et ainsi de suite, de degré en degré, ou de génération en génération, sans que les possesseurs, dans chacune de ces générations, pussent aliéner ou hypothéquer ces biens qu'ils étaient chargés de conserver pour les rendre.

20. Il est évident qu'au moyen de ces substitutions graduelles, le donateur ou testateur s'érigeait en législateur : il changeait l'ordre de succéder établi par la loi, en chargeant ses enfans et les enfans de ses enfans, tant que la ligne durait, et même à leur défaut ses futurs parens collatéraux, de transmettre les biens à la personne désignée, quoiqu'elle ne fût pas née, et qui était ordinairement l'aîné mâle dans chaque degré.

On avait toujours senti les abus des substitutions graduelles; on en avait limité les degrés : elles ne pouvaient en France s'étendre au-delà de deux degrés; (1) mais on ne manquait point de les renouveler; et si par le droit les substitutions étaient limitées à un certain tems, elles devenaient perpétuelles par

[1] Ordonnance de 1747, art. 30; ordonn. d'Orléans, art. 39.

le fait de leur renouvellement. Elles étaient une source de procès ruineux ; elles nuisaient à l'amélioration des biens et aux progrès de l'agriculture ; elles retiraient du commerce une grande masse de propriétés : les gens riches abusaient des substitutions pour frauder leurs créanciers ; et dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite. (1) Enfin rien n'était plus contraire à la justice que de dépouiller tous les membres d'une famille en faveur d'un seul.

Tels sont les motifs qui ont fait abolir les substitutions, et même à frapper de nullité les dispositions qui en sont grevées.

21. Quels sont donc aujourd'hui les caractères distinctifs d'une substitution prohibée ? Ce sont, suivant l'art. 896, précisément ceux des substitutions graduelles ; 1° la charge *de conserver ;* 2° la charge *de rendre* à un tiers.

22. Le mot conserver est ici opposé à celui de rendre. Mais qu'entend le Code par l'expression indéterminée à la charge *de rendre ?* Est-ce à la charge de rendre de suite, sous

[2] M. Préameneu-Bigot, exposé des motifs, t. 4, p. 265, édit. de Didot.

condition, après un tems certain et déterminé, ou seulement à la charge de rendre à sa mort après avoir conservé les biens pendant sa vie ?

En interprétant le Code par lui-même, par les conférences tenues au conseil d'état, par les motifs de la prohibition des substitutions, et enfin par l'ancienne jurisprudence, on trouve que c'est de la charge de rendre à la mort de l'institué que le Code a voulu parler dans l'art. 896.

Cette interprétation devient évidente, en rapprochant cet article de ceux qui n'en sont que les exceptions. L'article 897 excepte du précédent les dispositions permises aux pères et mères, et aux frères et sœurs, au ch. 6 du présent titre, c'est-à-dire, dans les art. 1048 et 1049. Ces dispositions ne sont donc que des exceptions à l'art. 896.

Or, nous lisons dans l'art. 1048 que les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés à un ou plusieurs de leurs enfans, *avec la charge de rendre* ces biens aux enfans nés et à naître, *au premier degré seulement desdits donataires.*

Mêmes expressions dans l'art. 1049, relatif aux biens donnés à des frères ou sœurs,

avec la charge de rendre ces biens aux enfans nés et à naître *au premier degré seulement.*

Ces expressions, *au premier degré seulement*, indiquent clairement et sans équivoque que *la charge de rendre* est entendue dans ces deux articles, comme dans les substitutions graduelles, de la charge de rendre à la mort du donataire ou de l'institué; et si l'on voulait encore en douter, le doute disparaîtrait en rappelant ce que disait l'Empereur au conseil d'état, dans la séance du 7 pluviôse an 11. Ce fut sur sa proposition qu'on admit la substitution, en collatérale, en faveur des enfans des frères ou sœurs. Pourquoi, disait-il page 324, l'oncle ne pourrait-il pas, comme le père, pourvoir à ce qu'un neveu dissipateur n'enlevât pas sa succession à sa famille? Les biens ne demeureraient pas long-tems hors du commerce, puisqu'ils y rentreraient *à la mort du premier héritier.*

M. Treilhard, qui combattit cette proposition, disait que, n'y eût-il qu'*un degré*, il faudrait nommer un curateur à la substitution, et remplir toutes les formalités prescrites pour les substitutions les plus étendues.

Le premier Consul, insistant toujours sur sa proposition, dit, page 329, qu'on ne proposait pas de rétablir les substitutions telles

qu'elles existaient dans l'ancien droit...; qu'on proposait seulement la *substitution du premier degré*, c'est-à-dire, l'appel *d'un individu après la mort d'un autre.*

Ce fut sur cette proposition que le conseil arrêta, page 331, que la substitution au *premier degré* serait admise en collatérale; ce qui nécessita, comme l'avait dit M. Treilhard, la nomination d'un tuteur à la restitution, et les autres formalités établies dans le chap. 6 pour la conservation des biens, et pour rendre la substitution publique.

Il est donc démontré que, dans les articles 1048 et 1049, *la charge de rendre* s'entend de la restitution à la mort du premier appelé; et comme on ne peut raisonnablement soutenir que cette charge doive être entendue dans l'article qui contient le principe général autrement que dans les articles qui en sont les exceptions, il s'ensuit nécessairement que cette expression indéterminée de l'art. 896, *à la charge de rendre*, s'entend de la restitution à la mort du premier appelé.

C'était aussi de cette manière qu'on entendait, dans l'ancienne jurisprudence française, la charge indéterminée *de rendre.* Il était tellement de la nature des substitutions que le grevé conservât les biens pendant sa vie,

qu'il n'était pas besoin d'exprimer qu'il ne les rendrait qu'à la mort. Cette condition était sous-entendue. Dans notre usage, dit Thevenot-Dessaule, traité des substitutions, ch. 56, il faut tenir et l'on tient effectivement que la condition de la mort du grevé n'a pas besoin d'être annoncée ni expressément ni même implicitement. Tel est le sentiment au barreau de Paris. Le grevé est présumé n'avoir été chargé de rendre qu'à sa mort, à moins qu'il n'y ait dans la substitution quelque terme ou quelque circonstance qui indique le contraire. Notre usage habituel étant de ne substituer que pour le tems de la mort du grevé, il est juste de croire que le substituant l'a entendu de la sorte, si le contraire n'est pas établi. (1) C'est cet usage constant d'entendre en ce sens *la charge de rendre*, qui l'a fait

[1] Ainsi l'a décidé un arrêt de la cour de cassation, rendu sur les conclusions de M. Merlin, le 4 août 1808, dans l'affaire du testament de Joseph Arboré, qui avait fait au célèbre abbé Raynal un legs de 30,000 liv., *dont je l'engage*, disait le testateur, *à disposer en faveur de madame de Kercado, sa nièce.* La cour pensa que, suivant la jurisprudence des arrêts, fondée sur l'autorité des jurisconsultes les plus distingués, un pareil fidéicommis ne pouvait être que conditionnel, et exigible seulement à a mort de l'abbé Raynal. L'arrêt est rapporté avec les conclusions de M. Merlin, dans le nouveau répertoire, v° *substitution-fidéicommissaire*, sect. 10, §. 1. Il est aussi rapporté par Sirey, qui le date du 8 août au lieu du 4.

employer simplement, et sans y ajouter *à la mort du donataire*, dans l'art. 896. (1)

Cette expression est ici d'autant moins équivoque, qu'elle est accompagnée *de la charge de conserver* qui la détermine, et qui est l'un des deux caractères exigés par le Code, pour distinguer les substitutions prohibées de celles qui ne le sont pas.

23. En sorte que, quoique dans l'ancienne jurisprudence française la simple charge de rendre fût suffisante, comme nous venons de le dire, pour faire présumer que le grevé n'était obligé à restituer les biens qu'à sa mort, ou pour établir ce qu'on appellait une substitution, à moins qu'il n'y eût dans l'acte quelque terme ou quelque circonstance qui indiquât le contraire, sous l'empire du Code elle ne suffirait pas, si elle n'était accompagnée

[1] Et par le savant Jaubert, exposé des motifs, t. 4, p. 325, édit. de Didot, où il donna pour exemple des substitutions prohibées par le Code, cette disposition : Je donne et lègue ma maison à Pierre, à la charge de la rendre à Jean. C'est manifestement de la charge de rendre à la mort de Pierre qu'il entend ici parler, et non de la charge de rendre de suite, ni de celle de rendre à un terme certain : car, dans ces deux cas, la transmission s'opère directement et immédiatement de la part de l'auteur de la libéralité en faveur de celui qui en est l'objet. V. ci-après, n. 30 et 31, ce qui est le caractère donné par M. Jaubert, pour discerner si la disposition est valable. L'art. 1121 du Code permet expressément de donner à la charge de rendre de suite.

de la charge de conserver ; elle ne constituerait qu'un fidéicommis pur et simple, qui s'ouvrirait aussitôt que l'acte dans lequel il serait écrit commencerait d'avoir son effet, et qui par conséquent transmettrait de suite au substitué le droit d'exiger la délivrance des biens qui doivent lui être rendus, comme l'enseigne le jurisconsulte Scevola, dans la loi 41, §. 14, ff. *de legatis* 3°, à l'occasion de la disposition suivante : J'exige Seïa que vous rendiez à Mevia tout ce que vous recueillerez dans ma succession : *A te peto ut quidquid à te ex hæreditate meâ pervenerit... reddas Meviæ.* Le jurisconsulte demande si, en vertu de cette disposition, Mevia peut de suite réclamer le fidéicommis, ou si elle est obligée d'attendre la mort de Seïa ; et il répond qu'il n'y a point de raison pour qu'elle ne puisse pas réclamer de suite. *Quæsitum est an statim Mevia fideicommissum à Titiâ petere possit ? Respondit nihil proponi cur non possit.*

Ainsi la disposition par laquelle un testateur donnerait à Pierre le fonds Cornelien, à la charge de le rendre à Paul sans ajouter en quel tems, ne serait pas aujourd'hui une substitution prohibée, mais un fidéicommis pur et simple ; et aussitôt après la mort du testateur, Paul aurait le droit d'exiger la

restitution du fonds Cornelien. Pierre n'est ici appelé que pour prêter son ministère : (1) il n'est rien de plus qu'un exécuteur testamentaire ; et s'il refusait, Paul n'en recueillerait pas moins le legs, qui ne peut tomber sous la prohibition de l'art. 896, parce qu'il n'y a pas charge de conserver.

24. C'est cette charge, imposée au grevé de conserver ses biens pendant sa vie et de les rendre à sa mort, qui constitue ce que les auteurs appellent *l'ordre successif*, parce qu'en effet la vocation successive, 1° de l'institué, 2° du substitué, mais seulement après que l'institué a recueilli, forme un ordre de succéder qui pouvait même autrefois intervertir l'ordre légitime des successions, et qui l'intervertit encore aujourd'hui, de degré en degré, dans les substitutions des majorats, lesquelles étant en même tems l'exacte représentation de nos anciennes substitutions, et l'une des exceptions au droit nouveau qui les prohibe, peuvent servir mieux qu'un long commentaire à faire connaître la nature et le caractère des substitutions que le Code entend prohiber.

Cet ordre successif se trouve également, mais borné, à un seul degré, et sans interversion de l'ordre légitime des successions

(1) Ricard, traité des substitutions, 2e part., ch. 10, n. 5.

dans les substitutions permises par l'autre exception, aux pères et mères, et aux frères et sœurs, dans le chapitre 6.

C'est cet ordre successif que les auteurs ont toujours donné comme le caractère constitutif des substitutions : elles n'existent que dans les dispositions par lesquelles, en gratifiant quelqu'un, on le charge de rendre l'objet de la libéralité à un tiers que l'on en gratifie en second ordre ; ou, ce qui est la même chose, toutes les fois qu'on donne à deux personnes, dont l'une ne doit recueillir qu'après l'autre ; en un mot, toutes les fois que les deux gratifiés sont appelés à recueillir successivement et non pas concurremment, *ordine successivo et non conjunctivo seu simultaneo*, dit Peregrinus *de fideicommissis*, art. 17 et 18. V. Merlin, question de droit, v° *substitution fidéicommissaire*, §. 6; ou, comme dit ce dernier auteur au même endroit, p. 44, 2° édition, lorsque la propriété ne doit passer au gratifié en second ordre, qu'après la mort du gratifié en première ligne, parce que de là résulte, dans les deux vocations, un ordre successif essentiellement caractéristique des substitutions fidéicommissaires.

25. Mais si la charge de conserver les biens et celle de les rendre à la mort sont nécessaires

pour caractériser une substitution prohibée, ces charges peuvent-elles s'établir par conjectures, ou bien doivent-elles être positivement exprimées dans l'acte, et comment doivent-elles l'être ? C'est ce qu'il est important d'examiner.

Le droit romain accordait une grande faveur aux testamens, et voulait qu'on recherchât soigneusement la volonté du testateur, lors même qu'elle paraissait douteuse. L. 96, ff. de R. J. Mais c'était surtout aux fidéicommis qu'il appliquait cette règle. L. 95, ff. *de legat.* 3°. Il abandonnait à la prudence des juges la question de savoir s'il existait un fidéicommis dans une disposition, et jusqu'où il fallait l'étendre. L. 7, Cod. *de fideicommissis.* Il leur permettait d'établir un fidéicommis sur des conjectures. L. 64, ff. *de legat.* 2°. Il en résulta que les interprètes, à force d'amonceler les conjectures et les présomptions, firent de la matière des substitutions fidéicommissaires un cahos et un labyrinthe inextricable. (1) On les avait si fort étendues, qu'il y avait peu de dispositions où l'on ne trouvât quelque substitution conjecturale ; c'était une source inépuisable de procès ruineux.

(1) V. Furgole sur le préambule et sur l'art. 19 de l'ordonnance des substitutions de 1747.

Le chancelier d'Aguesseau réprima cet abus intolérable, en annonçant, dans le préambule de l'ordonnance de 1747, que le vœu du législateur était de proscrire les substitutions conjecturales, afin de prévenir les interprétations arbitraires, et d'obliger les donateurs et les testateurs à expliquer leurs volontés d'une manière plus expresse; et dans l'art. 19, il donna un exemple de ces substitutions que l'on voulait fonder sur des conjectures qui paraissaient très-vraisemblables, en ordonnant que les enfans qui ne seraient point appelés *expressément* à la substitution, mais qui seraient seulement mis dans la condition, (1) sans être chargés de restituer à d'autres, ne seraient en aucun cas regardés comme étant dans la disposition, encore qu'ils soient dans la condition en qualité de mâles, que la condition soit redoublée, que les grevés soient obligés de porter le nom et les armes de l'auteur de la substitution, et qu'il y ait prohibition de faire détraction de la quarte trebellianique,

(1) Voici l'espèce de cet article : Je lègue à Pierre, et en cas qu'il vienne à décéder sans enfans, je lui substitue Paul, ou je le charge de rendre à Paul. La condition était redoublée, si le testateur ajoutait : En cas qu'il décède sans enfans, et *ses enfans sans enfans*. Si Pierre avait des enfans, il n'était point grevé de substitution en leur faveur; il n'était point obligé de leur rendre les biens; il pouvait les aliéner. V. Furgole et Sallé sur cet article.

ou qu'il se trouve des conjectures tirées d'autres circonstances, telles que la noblesse et la coutume de la famille, ou la qualité et la valeur des biens substitués, ou autres présomptions à toutes lesquelles la loi défend d'avoir aucun égard.

Ainsi, d'après cette loi, les substitutions fidéicommissaires ne se présument jamais; il faut une volonté expresse, c'est-à-dire exprimée par les paroles, ou qui résulte clairement du sens et de la signification des paroles.

Néanmoins on pensa que cette loi n'avait proscrit que les conjectures imaginées par les interprètes et adoptées par plusieurs arrêts; qu'elle laissait subsister les conjectures fondées sur des textes précis du droit romain, parce que le législateur avait déclaré dans le préambule que son intention n'était pas de l'abroger, et protestait au contraire qu'il n'avait d'autre objet que d'en confirmer les règles pour en assurer l'exécution. (1)

Après ce que nous venons de dire, il n'est pas difficile de démontrer que, sous l'empire du Code, ce n'est point par des conjectures qu'on peut établir qu'une disposition contient une substitution prohibée; ce serait s'écarter également de l'esprit du Code et de celui de

(1) Furgole, *ubi sup.*

l'ancienne jurisprudence. On avait introduit l'usage des conjectures dans les substitutions, pour favoriser et pour faire valoir la volonté du testateur : aujourd'hui elles ne tendraient qu'à imaginer des moyens pour l'anéantir et pour empêcher de l'exécuter.

26. On ne peut même plus, comme sous l'empire de l'ordonnance de 1747, invoquer, pour établir une substitution, les conjectures tirées du texte littéral des lois romaines, qui sont spécialement abrogées par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12. D'ailleurs ce serait, comme nous venons de l'observer, invoquer la lettre de ces lois pour en détruire l'esprit; ce serait violer le principe qu'elles consacrent et que le Code a adopté, (1) que toute clause ambiguë ou équivoque doit être interprétée dans le sens qui laisse subsister l'acte, plutôt que dans celui qui le détruirait.

27. En un mot, le Code caractérise les substitutions prohibées par la charge expresse *de conserver et de rendre à un tiers*, 896. Il faut donc que cette charge soit exprimée dans la disposition, ou qu'elle en résulte par une conséquence nécessaire; et loin qu'elle y puisse être suppléée par des conjectures tirées des

[1] Art. 1157. Pothier, des donations testamentaires, ch. 7, sect. 1, reg. 4, L. 12, ff. *de reb. dub.*

lois romaines, la cour de Bruxelles a jugé, le 4 avril 1807, que les expressions qui, suivant ces mêmes lois, caractérisaient une substitution fidéicommissaire, (1) « *je prie* mon héritier de rendre mes biens à tel, » ne sont plus aujourd'hui suffisantes pour caractériser une substitution prohibée, parce que n'étant point conçues en termes impératifs, elles ne conférent aucun droit à celui à qui l'héritier est prié de rendre. Cet arrêt, conforme aux vrais principes du Code, a été confirmé par un arrêt rendu, le 5 juin 1809, (2) par la cour de cassation, sur les conclusions de l'exact et profond procureur-général Merlin. Pourquoi, disait-il, les lois romaines donnaient-elles, en matière de fidéicommis, un sens impératif aux mots *je prie*, *je désire*? Parce qu'un testateur, qui rédige ses dernières dispositions, est censé n'y rien écrire d'inutile; parce que ses expressions doivent toujours être ramenées à l'interprétation la plus propre à leur donner les effets qui sont autorisés par la loi; parce que, sous une législation qui autorise les substitutions fidéicommissaires, on doit bien plutôt supposer à un testateur

[1] Rogo, Deprecor, Cupio, Desidero, etc. V. Heinecc., antiq. rom., Lib. 2, tit. 23, n. 2.

[2] V. le nouveau répertoire, v° *substitution fidéicommissaire*, sect. 8, n. 7.

qui prie, l'intention de faire une substitution de ce genre, que l'intention de faire une disposition purement illusoire... Mais ces raisons peuvent-elles avoir parmi nous le même poids qu'elles avaient dans le droit romain? Ne sont-elles pas au contraire neutralisées parmi nous, par ce grand principe que nous fournit le droit romain lui-même? Dans le doute sur le sens d'une clause, l'interprétation qui tend à valider l'acte dont cette clause fait partie, doit être préférée à l'interprétation qui tendrait à la faire annuler. L. 12, ff. *de rebus dubiis.*

Quelle est la conséquence de ce principe appliqué à la cause dont il s'agit? Il en résulte que par cela même qu'elle est ambiguë, elle doit être interprétée dans un sens tel qu'il n'en résulte pas une substitution; car si elle renfermait une substitution, elle vicierait l'institution d'héritier. A la vérité, en interprétant ainsi cette clause, on la rend absolument illusoire. Mais à côté de la règle qui veut que, dans le doute, un testateur soit censé n'avoir rien écrit d'inutile, il y en a une autre qui dit que, dans le doute, un testateur n'est pas censé avoir voulu faire ce que la loi lui défendait, et encore moins ce qui aurait entraîné l'anéantissement de sa disposition principale. Or, dans le choc de

ces deux règles, c'est sans contredit la première qui doit céder à la seconde.»

Posons donc en principe que, sous l'empire du Code, les conjectures ne sont point admises pour établir qu'une disposition contient une substitution, et par conséquent pour la faire rejeter. Il faut que la charge de conserver et celle de rendre soient exprimées dans l'acte, ou qu'elles en résultent par une conséquence nécessaire.

28. Après les principes que nous venons d'expliquer, il faut examiner, d'une manière plus précise, quels sont les fidéicommis qui tombent sous la nullité prononcée contre les substitutions, et faire l'application de ces principes aux espèces qui pourraient paraître douteuses, parce qu'on y croirait apercevoir des traces de substitution : car si toute charge de rendre caractérise un fidéicommis, tout fidéi-commis n'est pas ce qu'on appelle une substitution.

29. On peut réduire tous les fidéicommis à trois espèces principales : les fidéicommis purs et simples, les fidéicommis à terme certain ou incertain, et les fidéicommis conditionnels.

30. Les fidéicommis purs et simples sont

ceux dont l'exécution n'est suspendue par aucune condition ni par aucun terme ; qui s'ouvrent et qui sont exigibles aussitôt que l'acte dans lequel ils sont écrits commence d'avoir son effet, et qui par conséquent sont transmissibles à l'héritier du fidéicommissaire, quoique celui-ci soit décédé avant d'en avoir obtenu la délivrance, parce que la transmission de la propriété s'opère directement et immédiatement, de la part de l'auteur de la libéralité, en faveur de celui qui en est l'objet. Celui qui est chargé de rendre ne fait que prêter son ministère ; il n'est qu'une sorte d'exécuteur testamentaire. Je donne le fonds Cornelien à Pierre, à la charge de le rendre à Paul. Cette espèce de fidéicommis, qui n'a jamais été rangé dans la classe des substitutions, et qui ne pourrait l'être que par un abus des mots, ne tombe point sous la disposition prohibitive de l'art. 896. (1) On n'y trouve point, ce qui caractérise les substitutions, cet *ordre successif*, cette transmission successive d'abord à un premier gratifié, puis à un second, après que le premier a recueilli. On ne peut même plus élever de doutes sur le point de savoir si, aujourd'hui comme autrefois, la simple charge de rendre suffit pour faire

[1] Ainsi le pense aussi M. Grenier, t. 1, p. 116, 2e édit.

présumer que la restitution ne doit être faite qu'à la mort du grevé, et pour établir ainsi une substitution conjecturale. V. sup., n. 23 et 25.

Enfin le fidéicommis pur et simple est spécialement autorisé dans les actes entre vifs par l'art. 1121, qui permet de stipuler pour un tiers, lorsque telle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre : Je vous donne à la charge de *donner* ou de *rendre* à Paul. Voilà bien un véritable fidéicommis pur et simple.

31. Les fidéicommis à terme sont ceux dont l'exécution n'est suspendue par aucune condition, mais seulement par un terme. Ainsi le droit est acquis au fidéicommissaire, du moment où l'acte qui les contient commence d'avoir son effet ; et si c'est un testament, du moment de la mort du testateur. Ce droit est acquis au même instant et aussi invariablement que celui du grevé ; la délivrance seule est retardée par le terme : *Cedit dies, sed nondùm venit.* Il n'y a donc point encore ici cet ordre successif qui forme le vrai caractère des substitutions, cette transmission successive, mais incertaine, d'un premier gratifié à un second : aussi ne comprenait-on pas ces sortes de dispositions dans la classe des substitutions. L'art. 1121, qui permet de donner à la charge de donner à un tiers, n'a point excepté

la charge de donner dans un terme fixe; et l'art. 1041 ne parle des fidéicommis à terme certain ou incertain qne pour les déclarer valides.

Mais avant d'expliquer ce dernier article, il faut observer que le terme d'un fidéicommis peut être certain ou incertain. Il est certain, lorsqu'il n'y a pas d'incertitude sur l'arrivée du jour fixé pour terme; par exemple : Je donne à Pierre, à la charge de rendre à Paul ou à ses héritiers, dans dix ans, à compter du jour de ma mort.

32. Il est incertain, lorsqu'on ne peut connaître le moment où le jour fixé pour terme arrivera. Les lois en offrent pour exemple le cas où je donne à Pierre à la charge de rendre à Paul, lorsque ce dernier mourra; c'est l'espèce de l'article 1041. Le legs est pur et simple, dit Papinien, parce qu'il n'est pas suspendu par une condition, mais par un terme, puisque la condition ne peut pas ne point exister. *Purum legatum est, quia non conditione, sed morâ suspenditur; non potest enim conditio non existere.* L. 79, ff. de condit. et demonst. Le droit est acquis à Paul au moment de la mort du testateur, et au même moment que le droit est acquis à Pierre. La transmission s'opère donc directement et immédiatement, comme l'exige M. Jaubert, (1)

[1] Exposé des motifs, t. 4, p. 325.

de la part de l'auteur de la libéralité, en faveur de celui qui en est l'objet : car il n'est pas douteux que, quoique Paul n'ait pas le droit d'exiger la délivrance du legs pendant sa vie, il peut en vendre, il peut en hypothéquer la propriété qui lui appartient, et à laquelle l'usufruit se réunira à sa mort.

La nature de cette disposition est donc totalement différente de celle des substitutions, dans lesquelles le substitué n'a point de droit acquis avant la mort du grevé, mais seulement l'espérance d'un droit qui ne peut être aliéné ni hypothéqué validement. Il faut donc, à l'exemple du droit romain, ne pas confondre avec le fidéicommis conditionnel le fidéicommis à terme, qui n'est fidéicommis que de nom, et qui ne tombe, pas plus que le fidéicommis pur et simple, sous la prohibition de l'art. 896, pourvu qu'ils soient en faveur d'une personne capable de recevoir. Nous en trouvons la preuve dans l'art. 1041, suivant lequel la condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêche pas l'héritier institué ou le légataire d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers.

Voici l'espèce de cet article, qui est aussi celle de la loi 79, ff. *de condit. et demonstr.*,

ci-dessus citée, d'où il a été tiré : J'institue Paul mon héritier, et je le charge de donner cent écus à Titius, lorsque ce dernier mourra : *Hæres meus, cùm morietur Titius, centum ei dato.* La raison de douter si cette disposition n'était que conditionnelle, est que cette conjonction *lorsque, cùm*, emporte ordinairement une condition. La raison de décider est qu'ici la condition n'a que l'effet d'un terme, parce que, comme l'observe Papinien, elle ne peut pas ne point arriver. V. Pothier, *des obligations*, n. 203; Wolff, *jus nat.*, part. 3, §§. 502 et 503.

C'est précisément l'espèce inverse des substitutions : dans celles-ci le substitué n'ayant aucun droit acquis avant la mort du grevé, mais seulement une simple espérance subordonnée à sa survie, tous les droits demeurent dans l'incertitude jusqu'à l'événement de la condition. L'intérêt du commerce, celui de l'agriculture exigeaient la proscription de ces dispositions qui pouvaient tenir tous les droits dans l'incertitude pendant plusieurs générations.

Au contraire, dans le cas des dispositions dont parle l'art. 1041, où la délivrance du fidéicommis est renvoyée à la mort du fidéicommissaire, tous les droits sont irrévocablement fixés dès le moment de la mort du

testateur ; il ne reste d'incertain que le terme où doit finir la jouissance de l'héritier. Le commerce, l'agriculture ne sont pas ici plus intéressés qu'à la séparation momentanée de l'usufruit et de la propriété, que le Code a permis et avec raison. Il n'a donc pas dû envelopper ces dispositions sous la nullité prononcée contre les substitutions. (1)

33. Le fidéicommis conditionnel est celui qui n'est fait que pour avoir lieu dans le cas d'un événement futur et incertain prévu par le donateur, et dont par conséquent l'effet demeure en suspens jusqu'à l'événement de la condition.

34. Toutes les substitutions sont des fidéicommis conditionnels ; mais tous les fidéicommis conditionnels ne sont pas des substitutions. C'est ce qu'il faut tâcher d'expliquer.

Ce n'est pas ici le lieu de nous étendre sur les principes relatifs aux conditions en général ; ils seront développés dans le tit. 3, ch. 4, sect. 1 ; et nous verrons ci-après chap. 4, sect. 2, quelles sont en particulier les conditions qui peuvent être mises aux donations entre vifs ou testamentaires : mais nous ne

(1) Cette doctrine n'est pas celle de M. Grenier, traité des donations, t. 1, p. 114, in fin., 2e édit. Mais voyez p. 116, quatrième alinéa.

pouvons passer ici sous silence un principe particulier aux legs et aux substitutions.

35. C'est qu'à leur égard le terme ou le jour incertain équivaut à une condition. *Dies incertus conditionem in testamento facit.* L. 75, ff. *de condit. et demonstr.* (1)

En général, il faut que la condition soit d'une chose qui puisse arriver ou ne pas arriver. La condition d'une chose qui arrivera certainement n'est pas proprement une condition, et ne suspend pas l'obligation; elle en diffère seulement l'exigibilité comme un terme de paiement. Ce principe a toute sa force dans les actes entre vifs, par lesquels nous contractons tant pour nous que pour nos héritiers.

Il en est autrement des legs et des substitutions, (2) même portées dans des actes entre vifs. Quoique le fait qui y est mis pour condition doive certainement arriver, s'il est incertain quand il arrivera, et si ce sera du vivant du légataire ou du substitué, il devient une véritable condition, par la raison qu'une telle disposition n'étant censée faite qu'à la personne même du légataire ou du

(1) V. Du Rousseau-de-Lacombe, v° *jour*; Furgole, des testamens, t. 2, p. 132, édit. in-4°, et sur l'art. 20 de l'ordonnance de 1747; le nouveau Dénisart, t. 5, p. 113.

[2] Pothier, des obligations, n. 203, 208 et 221.

substitué, le droit qui en résulte ne peut être acquis que par elle. Ainsi la condition mise à cette libéralité ne peut s'accomplir utilement que du vivant de la personne gratifiée ; d'où il s'ensuit que, quoiqu'il soit certain que l'événement arrivera, il suffit qu'il soit incertain s'il arrivera du vivant de cette personne, pour que la disposition soit conditionnelle, puisqu'il est incertain s'il sera dû quelque chose.

C'est par cette raison que Papinien décide L. 79, §. 1, ff. *de condit. et demonstr.*, que si j'ai grevé mon héritier d'un legs lorsqu'il mourrait, *cùm morietur*, le legs est conditionnel. J'institue Paul mon héritier, et lorsqu'il mourra, je veux qu'il rende ma succession à Pierre. Ce legs est conditionnel. Ce n'est pas que la mort de Paul soit incertaine, mais il est incertain quand elle arrivera ; il est incertain si Pierre lui survivra ; ce qui est nécessaire pour que la disposition ait son effet : car si Pierre meurt avant Paul, il ne transmet rien à ses héritiers ; (1) la substitution devient

(1) C'est par cette raison que l'art. 21 de l'ordonnance de 1747 voulut que la représentation n'eût point lieu dans les substitutions, soit en directe, soit en collatérale ; disposition conservée par le Code, art. 1051, hors le cas où les descendans d'un enfant prédécédé appelés à la substitution, concourent avec leurs oncles ou tantes appelés ainsi que leur père. V. ci-après ch. 6.

caduque : car n'ayant aucun droit avant la mort de Paul, il n'avait rien qui pût être transmis. L'espérance s'évanouit par sa mort. L'incertitude de la mort de Pierre fait dégénérer le jour certain en condition. (1) Toutes les substitutions sont donc conditionnelles de leur nature, et cette condition est tacite et inhérente à l'acte, quoiqu'elle n'y soit pas exprimée.

36. Mais de plus leur existence peut être soumise à la condition expresse d'un événement de laquelle elles dépendent; par exemple, j'institue Paul mon héritier universel; et si

(1) Remarquez bien la différence qui existe entre cette espèce et celle où l'héritier est chargé de rendre lorsque le légataire mourra. V. *sup.*, n. 32. Dans ce dernier cas il n'y a point de condition, mais un terme qui suspend l'exécution, et non pas l'effet de la disposition. Le legs est pur, il est dû, mais il n'est exigible qu'à l'échéance du terme.

Au reste, le principe que le jour incertain équivaut à une condition dans les testamens, est subordonnée à la volonté du testateur. La question de savoir s'il a voulu établir une condition ou un terme dépend beaucoup des circonstances; elle est abandonnée à la prudence du magistrat, par l'art. 1042. *Voluntatis defuncti quæstio in estimatione judicis est.* L. 7, C. *de fideicomm.* Il est donc important pour le testateur, qui veut prévenir tout arbitraire, de bien expliquer sa volonté. Par exemple, je donne à Paul, lorsqu'il aura acquis sa majorité : on peut demander si j'ai voulu établir une condition ou seulement un terme. Si j'avais dit : Je donne à Paul une somme de..... qui lui sera comptée lors de sa majorité, il serait évident que la majorité n'est qu'un terme, et que si Paul meurt avant de l'avoir atteint, la somme serait due à ses héritiers.

tel navire revient de l'Isle-de-France, je le charge de *rendre à sa mort* ma succession à Pierre. Si le navire revient, la substitution existera, et n'en sera pas moins conditionnelle dans le sens du n° précédent; s'il ne revient point, elle n'aura jamais existé, parce qu'elle n'était faite que sous cette condition. En voici un autre exemple.

J'institue Paul mon héritier universel, et s'il meurt avant vingt-cinq ans, ou bien s'il meurt sans enfans, je le charge de rendre ma succession à Pierre. Il y a encore ici une substitution faite sous condition. Si Paul parvient à sa vingt-cinquième année, s'il a des enfans, la substitution n'aura jamais existé; mais s'il meurt avant vingt-cinq ans, ou sans enfans, la substitution aura existé; il n'aura pu disposer des biens; il y aura eu ordre successif de propriété, d'abord sur sa tête et jusqu'à sa mort, ensuite et en second ordre sur la tête de Paul.

Dans cette espèce comme dans la précédente, on retrouve donc ce qui caractérise les substitutions, charge au grevé de conserver pendant sa vie et de rendre à sa mort; en un mot, cet ordre successif de vocation, d'abord d'un premier gratifié, puis d'un second qui recueille après le premier.

57. Il est vrai que cet ordre successif n'est établi que conditionnellement, et non pas d'une manière absolue; mais en prohibant les substitutions, l'art. 896 n'a point distingué entre celles qui sont faites purement et simplement, et celles qui sont faites sous condition. Sa disposition est générale; il ne faut pas faire une distinction qui n'est pas dans la loi: les dernières sont donc comme les premières enveloppées dans la prohibition générale. (1)

(1) Ainsi l'a pensé la cour de cassation dans l'espèce suivante: Jean Merendol avait institué Joseph-Alexandre Merendol son héritier universel, pour du tout jouir et disposer lorsqu'il aurait atteint vingt-quatre ans; et *en cas de mort* avant l'âge de vingt-quatre ans, le testateur léguait à Jean-Baptiste Carry 10,000 fr., et pareille somme à Jacques Merendol, à prendre sur tous ses biens. Il est évident que ce testament se réduisait à une substitution des deux sommes de 10,000 francs, faite sous la condition *de la mort* de l'héritier avant sa vingt-quatrième année. C'est comme si le testateur avait dit: J'institue Joseph Merendol mon héritier; et *s'il meurt* avant sa vingt-quatrième année, je le charge de rendre 10,000 fr. à Carry, et 10,000 fr. à Jacques Merendol. Cette interprétation est fondée non sur des conjectures, mais sur la nature même de la disposition. Il y avait donc charge de conserver pendant la vie et de rendre *à la mort* de l'héritier; en un mot, ordre successif établi par le testateur, sous la condition de la mort de l'héritier avant d'avoir atteint vingt-quatre ans, et par conséquent nullité de la disposition en ce qui concerne les 20,000 francs substitués. La cour d'Aix le jugea ainsi le 9 juin 1809, et son arrêt fut confirmé par la cour de cassation, le premier juillet 1812, par le motif que l'art. 896 ayant prononcé d'une manière absolue l'abolition des substitutions, il comprend aussi bien celles qui sont

38. Mais il faut bien observer qu'il y a des dispositions à la charge de rendre qui ne sont pas des substitutions prohibées par le Code. On peut en citer pour premier exemple la donation à la charge de rendre ce qui restera des biens à la mort du donataire, *id quod supererit.* Je donne mes biens à Paul pour en disposer en toute propriété et comme bon lui semblera, mais à la charge, s'il n'en a point disposé avant sa mort, de rendre à mes héritiers ce qui pourra encore exister de mes biens.

faites sous condition que celles qui sont faites sans condition. L'arrêt est rapporté par Denevers, an 1812, p. 477.

Un décret impérial l'a également décidé dans l'espèce suivante : Par un premier codicille, la dame Malloz avait légué quatre arpens de pré à l'hospice de Bois-Commun ; par un second codicille du 7 mars 1809, elle modifia sa première disposition, et ordonna que sur les quatre arpens de pré légués à l'hospice, un arpent serait distrait en faveur de Julienne-Françoise, sa fille naturelle, à condition que, dans le cas où celle-ci viendrait à *décéder sans enfans*, l'arpent dont elle aurait joui retournerait à l'hospice de Bois-Commun. Ainsi il y avait charge de conserver et de rendre *à la mort* de Julienne-Françoise, *si elle décédait sans enfans*, et par conséquent substitution faite sous condition. Le gouvernement pensa que ce second codicille était nul ; ainsi le premier codicille demeurait dans toute sa force, et devait avoir son plein effet. Mais par un acte de générosité, le gouvernement laissa à Julienne-Françoise la jouissance, pendant sa vie, de l'arpent que lui avait légué la testatrice, et il n'autorisa l'hospice à accepter le legs que sous cette condition. V. le décret impérial du 31 octobre 1810, bulletin des lois, 4e série, t. 13, p. 490.

Les dispositions de cette espèce étaient et sont encore fort usitées en Bretagne, surtout entre maris et femmes. Les deux époux se donnaient réciproquement tous leurs meubles et tous leurs acquêts, aujourd'hui même leurs propres, avec faculté d'en disposer, mais à la charge que ce qui restera des biens au décès du dernier mourant sera partagé entre ses héritiers et ceux du prédécédé.

Ces dispositions ont toujours été considérées comme valides sous l'empire de la coutume de Bretagne, qui cependant n'admettait pas les substitutions; elles doivent continuer d'être jugées telles sous l'empire du Code, (1) parce qu'elles ne contiennent point l'un des caractères essentiels des substitutions prohibées, *la charge* de conserver; elles ne tombent donc pas sous la prohibition de l'art. 896.

D'un autre côté, il ne faut pas les confondre avec le droit de retour, qui ne peut être stipulé

(1) Par un arrêt du 14 décembre 1809, rapporté dans le recueil de jurisprudence du Code Napoléon, t. 14, p. 146, la cour d'appel de Bruxelles a jugé que, quand un individu est institué dans la propriété absolue de tous les biens, la charge de rendre aux héritiers de l'instituant ce qu'il n'aura ni dépensé ni aliéné, ne constitue point une substitution prohibée par le Code. V. Grenier, des donations, t. 1, pag. 112, 2e édit.; et Sirey, an 1810, 2e part., pag. 238. Mais voyez aussi un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 26 janvier 1808; Sirey, ibid., pag. 493. Autre de la cour de Bruxelles, du 30 août 1809; Sirey, ibid., p. 220,

qu'au profit du donateur seul, art. 951, parce que le droit de retour empêche celui qui en est grevé d'aliéner validement, au lieu que les dispositions dont il s'agit permettent au donataire d'aliéner entre vifs.

39. Cependant les lois romaines, où l'on trouve des exemples de ces dispositions, qui sont de véritables fidéicommis dans toute la force du terme, (1) ne voulaient pas que celui qui était chargé de rendre ce qui resterait des biens pût les aliéner sans nécessité; elles voulaient que ce pouvoir fût réglé par l'arbitrage d'un homme de bien. Justinien avait même fixé, à l'égard des aliénations faites de bonne foi, des bornes dont l'arbitrage du juge ne pouvait s'écarter; mais ces restrictions, qui n'avaient jamais été reçues en Bretagne, ne sont point admises par le Code Napoléon contre le texte de la donation. Le donataire peut donc aliéner sans restriction par acte entre vifs, mais il ne le peut par testament.

40. Voici un second exemple d'une disposition qui paraît à la charge de rendre, et qui

(1) Il ne faut pas en conclure qu'elles sont prohibées; car, comme nous l'avons dit plusieurs fois, tous les fidéicommis ne sont pas des substitutions. Aussi il faut remarquer que le Code n'a pas dit: Les *fidéicommis* sont prohibés, mais les *substitutions* sont prohibées; ce qui est bien différent.

cependant ne contient pas de substitution prohibée dans le sens du Code. J'ai un fils, un neveu ou un ami à l'armée, et dans l'incertitude où je suis de son sort, je donne tout mon bien à Paul, à la charge de le rendre à mon fils, à mon ami s'il revient de l'armée;

Ou bien je donne mon bien à Paul, à la charge de le rendre à Pierre, si tel navire revient de l'Isle-de-France.

M. Grenier, des donations, t. 1, p. 126, 2^e^ édit., (1) enseigne qu'il n'y a point de substitution dans ces dispositions, et il assure que plusieurs jurisconsultes célèbres sont de son opinion; ils ont parfaitement raison. Il y aurait substitution faite sous condition, si la disposition contenait, comme dans l'espèce que nous avons proposée n° 36: Je donne mes biens à Paul, et je le charge de les rendre *à sa mort* à Pierre s'il revient de l'armée, si tel navire arrive de l'Isle-de-France. Il y aurait alors un *ordre successif* établi conditionnellement; mais cet ordre successif n'existe point dans la disposition qui charge Paul de rendre à Pierre, si celui-ci revient de l'armée, ou si tel navire revient de l'Isle-de-France. Paul n'est point gratifié en premier ordre et Pierre en second ordre. Si la condition arrive,

[1] V. aussi ce qu'il dit pag. 115 et suivantes.

la propriété ne doit point passer en premier ordre à Paul, et en second ordre à Pierre. Au contraire, l'événement de la condition arrivant, Pierre recevra directement la propriété du donateur, parce que la condition résolutoire remet les choses au même état que si la disposition en faveur de Paul n'avait pas existé,

1183. Dans les substitutions, c'est toujours le grevé qui est préféré au substitué; dans le fidéicommis conditionnel, au contraire, c'est le fidéicommissaire qui est l'objet direct de la libéralité; c'est lui qui est préféré, si la condition arrive. La libéralité faite au premier est, dans le vœu du donateur, destinée à être anéantie par l'événement de la condition, qui résout la première disposition. Au contraire, la libéralité faite au grevé dans les substitutions doit, dans tous les cas, subsister la première, de préférence au substitué qui n'est appelé qu'après que le premier appelé a recueilli.

Il ne faut donc pas confondre les substitutions, que caractérise l'ordre successif ou la charge de rendre à la mort du grevé, et après qu'il a recueilli, avec les dispositions résolubles par l'événement de la condition, ou à la charge de rendre aussitôt qu'arrive l'événement de la condition. Si les substitu-

tions sont prohibées par l'art. 896 du Code, les dispositions conditionnelles ou résolubles sous condition sont permises par l'art. 1040, par l'art. 900 du Code, et par l'art. 1121, qui permet de stipuler en faveur d'un tiers, lorsque telle est la *condition* d'une donation que l'on fait à un autre. Le donateur peut donc charger le donataire de rendre à un tiers; et s'il le peut purement et simplement, pourquoi ne le pourrait il pas conditionnellement? Je donne à Paul le fonds Cornelien, à la charge qu'il en rendra la moitié à Pierre; cette disposition est évidemment permise par l'article 1121. Pourquoi ne pourrais-je pas donner à Paul à la charge de rendre à Pierre, si tel navire arrive de l'Isle-de-France, ou s'il revient de l'armée?

41. Il ne s'agit donc que de bien distinguer les espèces d'après les principes posés. La cour de Bruxelles en a fait une juste application à l'espèce suivante. Marie Robert, dame Massart, avait légué la moitié de tous ses biens à Jean-Joseph Massart, son beau-frère, en pleine propriété, voulant néanmoins que si sa fille Henriette Massart atteignait sa majorité, le legs de la propriété fût converti en simple usufruit, et que la propriété appartînt à sa fille.

La testatrice mourut, et Henriette Massart mourut après elle, avant d'avoir atteint sa majorité. Ses héritiers attaquèrent le testament, et prétendirent y trouver une substitution, en ce que les biens avaient été légués à la charge de les conserver et de les rendre, du moins quant à la propriété, à Henriette Massart, si elle parvenait à sa majorité. Le légataire répondit qu'il ne devait rien transmettre à Henriette Massart; que si celle-ci eût atteint sa majorité, elle eût reçu directement de sa mère la propriété des biens dont il s'agit; et que l'événement de cette condition résolutoire aurait résolu la disposition faite en faveur de lui Massart, de même que si elle n'avait pas existé, suivant l'art. 1183. Ainsi il n'y avait point d'ordre successif. La cour de Bruxelles le pensa ainsi; et par arrêt du 13 décembre 1809, (1) elle réforma le premier jugement qui avait cru voir une substitution, en ce que la propriété reposait sur la tête de Joseph Massart, premier appelé, en attendant l'événement de la condition, par l'événement de laquelle elle devait retomber sur la tête de Henriette Massart; mais elle n'y reposait que conditionnellement, d'une manière résoluble,

[1] Rapporté par Sirey, an 1810, 2e part., p. 227.

par l'événement de la condition qui eût rendu la disposition comme non avenue.

42. Il faut bien remarquer la différence de cette espèce avec celle que nous avons proposée n° 36 : J'institue Paul mon héritier, et *s'il meurt* avant vingt-cinq ans ou sans enfans, je le charge de rendre mes biens à Pierre. Il y a ici substitution conditionnelle, parce qu'il y a ordre successif; charge à Paul de conserver les biens pendant sa vie, et de les rendre à sa mort à Pierre, s'il meurt avant vingt-cinq ans. Au contraire, dans l'espèce proposée à la cour de Bruxelles, loin d'être chargé de conserver les biens pendant sa vie, Massart était chargé d'en rendre de suite la propriété, aussitôt l'arrivée de l'événement de la condition. La disposition conditionnelle se réduisait donc à l'espèce de l'art. 899, qui permet de donner l'usufruit à l'un et la nue propriété à l'autre.

43. Mais relativement à ce dernier article, on fait naître une difficulté sur l'espèce suivante : Je donne à Titius tous les biens dont il m'est permis de disposer, pour qu'il en jouisse et dispose, à compter du jour de mon décès, en usufruit seulement, sa vie durant... Je veux qu'après le décès de Titius, le legs

universel que je viens de lui faire appartienne en toute propriété et jouissance à ses enfans.

On demande si dans cette espèce l'usufruit seulement a été donné à Titius et la propriété à ses enfans, comme le permet l'art. 899, ou si le testateur a légué à Titius la propriété même de ses biens, chargée d'une substitution fidéicommissaire prohibée par l'art. 896?

La difficulté vient d'une distinction fondée sur deux lois romaines, et développée par Voët sur les pandectes, au titre *de usufructu*, n. 11, et après lui par M. Merlin, *questions de droit*, v° *substitution fidéicommissaire*, §§. 5 et 6. Voët pense que si le testateur, au lieu de commencer par léguer l'usufruit, a commencé par léguer les biens en général, il est censé avoir légué la propriété de ces biens, quoiqu'il ajoute dans la suite de la disposition que le légataire n'en pourra jouir que pendant sa vie et en usufruit seulement, et qu'il ne pourra les aliéner en aucun cas; que la propriété, une fois donnée par le legs pur et simple *des biens*, n'est pas censée ôtée par la clause que le légataire ne jouira que pendant sa vie en usufruit et sans pouvoir aliéner, parce que ce ne sont pas deux choses contradictoires que d'être propriétaire et de ne l'être que pour un tems limité, pour la durée de la

vie, et sans pouvoir aliéner, comme il arrive dans le cas des substitutions où le grevé est propriétaire.

D'après cette doctrine, M. Merlin avait pensé d'abord qu'en suivant les lois romaines, il y a substitution dans l'espèce proposée, et que par conséquent la disposition est frappée de nullité. C'eût été une substitution conjecturale fondée sur les lois 15, ff. *de auro et argento legatis*, et 12 *de usufructu earum rerum quâ usu censum.*

Mais cette présomption n'était admise par le droit romain, qui est aujourd'hui abrogé, que pour étendre et favoriser la volonté du testateur; et si on l'admettait sous l'empire du Code, ce serait pour la détruire et pour l'anéantir. Aussi ce savant magistrat a abandonné les principes du droit romain, et fortement combattu les substitutions conjecturales, même tirées du texte des lois romaines. On peut voir dans ses conclusions, qui déterminèrent l'arrêt du 5 juin 1809, dont nous avons parlé n° 27, *sup.*, avec quelle force il établit que, dans le doute, une clause ambiguë doit être interprétée dans un sens tel qu'il n'en résulte pas une substitution, par la raison que si elle renfermait une substitution, elle vicierait l'institution, et qu'un testateur n'est

jamais censé avoir voulu faire ce que la loi lui défendait, et encore moins ce qui aurait entraîné l'anéantissement de sa disposition principale. (1)

Tels sont les principes qu'il faut suivre sous l'empire du Code. Le tribunal civil de Paris en fit une juste application à l'espèce dont il s'agit, dans l'affaire du testament de M^r. Leprestre-de-Châteaugiron, en faveur de la dame Castagny et ses enfans, dont on peut voir l'espèce dans le traité *des donations* de M. Grenier, t. 1, p. 129, 2^e édit. Cet auteur nous apprend que ce fut en très-grande connaissance de cause que le jugement ne fut pas attaqué; on désespéra de le faire réformer.

44. L'esprit général de la loi, celui de la jurisprudence, des cours impériales et de la cour de cassation, est de n'annuler une disposition faite depuis le Code, qu'autant qu'elle présente *nécessairement* une substitution, et

(1) Il s'agissait de savoir si la prière de rendre, faite en termes impératifs, constitue une substitution. Les lois romaines l'affirment expressément; mais M. Merlin fait voir que leurs raisons sont aujourd'hui neutralisées par le principe que fournit le droit romain même : Dans le doute sur le sens d'une clause, l'interprétation qui tend à valider l'acte dont cette clause fait partie, doit être préférée à l'interprétation qui tendrait à la faire annuler. L. 12, ff. *de reb. dub.*

qu'elle ne peut être soutenue ni interprétée d'aucune autre manière. (1)

45. Ainsi on ne peut voir de substitution dans l'espèce dont parle Henrys, (2) et qui s'était présentée sous la coutume d'Auvergne, laquelle défendait les substitutions faites par testament. Un testateur ayant quatre enfans, deux garçons et deux filles, donna le quart de tous ses biens, par préciput et hors part, à celui de ses deux fils, Simon et Amable, qui vivrait jusqu'à vingt-cinq ans, l'autre étant décédé; et si les deux venaient à l'âge de vingt-cinq ans, Simon aurait les trois quarts du quart, Amable l'autre quart dudit quart.

Simon mourut avant vingt-cinq ans. Amable, parvenu à cet âge, prétendit avoir le quart des biens par préciput. Ses sœurs prétendirent au contraire que ce legs était nul, comme renfermant une substitution défendue.

La raison de douter était qu'il semblait que le père avait légué le quart de ses biens à ses deux fils, et qu'il avait voulu que l'un manquant, l'autre eût le tout; qu'il y avait par

(1) C'est un principe posé par la cour de Besançon, dans un arrêt du 28 mars 1811, rapporté dans le recueil de *jurisprudence du Code Nap.*, t. 16, p. 217.

(2) Tom. 3, Liv. 6, quest. 23.

conséquent une substitution réciproque de l'un et de l'autre.

La raison de décider, suivant le docte Henrys, était que la coutume d'Auvergne ne défendait pas de léguer sous condition, et de suspendre le legs par cette condition; que, suivant les lois, l'hérédité entière peut demeurer suspendue, à plus forte raison un simple legs; et la condition prévue venant à s'accomplir, a un effet rétroactif par le moyen duquel celui des frères qui survit est censé avoir recueilli tout le legs dès le jour de la mort du testateur, lequel craignant que l'un de ses fils ne mourût avant vingt-cinq ans, et ne pouvant juger lequel vivrait le plus, avait voulu, par une sage prévoyance, ne faire ni l'un ni l'autre légataire que sous condition, et ne donner ce quart qu'à celui-là seul qui vivrait jusqu'à vingt-cinq ans, l'autre étant décédé; qu'en cela il y a double condition, l'une de l'âge, l'autre du décès de l'un des frères; que comme il fallait, pour avoir le quart des biens, atteindre vingt-cinq ans, il fallait aussi survivre à l'autre frère, et que celui-ci décédât avant cet âge; qu'ainsi celui qui a survécu est légataire de tout le quart, et le reçoit directement et par voie oblique, quoique l'effet du legs ait été non seulement

différé, mais encore suspendu, et que par l'effet rétroactif de la condition, celui des deux frères qui a survécu est aussi censé légataire de ce quart dès le jour du décès du père;

Que le testateur s'était encore mieux expliqué par la seconde clause, qui porte que si les deux venaient à l'âge de vingt-cinq ans, Simon aurait les trois quarts du quart, et Amable l'autre quart dudit quart; qu'il faut inférer de là qu'avant cet âge, ils n'avaient aucune portion; que tout était suspendu, et que si tous deux fussent venus à décéder auparavant, il n'y eût point eu de quart légué; ce qui montre que le prémourant n'a point eu de droit acquis; qu'il n'a rien transmis à son frère, et qu'il lui a simplement fait place.

Cette opinion de Henrys est adoptée par Chabrol sur la coutume d'Auvergne, t. 2, p. 127, et par M. Grenier, traité *des donations*, t. 1, p. 117.

Il y aurait eu substitution dans l'espèce précédente, si le testateur avait légué le quart de ses biens à ses fils par égales portions, et avait substitué l'un à l'autre, en cas qu'il mourût avant vingt-cinq ans.

46. L'espèce suivante, qui a été soumise à la décision de la cour de cassation, fera sentir

toute l'étendue du principe que nous avons posé n° 44. C'est le cas où le testateur a légué le fonds Cornelien conjointement à plusieurs personnes, avec déclaration qu'il appartiendrait au survivant. Dans le fait, la demoiselle Hamelin avait légué à Marie-Françoise Lense, sa tante, et à Pierre Dorbec, son mari, s'il survit à son épouse, la propriété de tous ses effets mobiliers, voulant que le survivant des deux, soit sa tante, soit son oncle, jouisse de sa succession mobilière ainsi que bon lui semblera, léguant à l'un et à l'autre ses meubles et effets, à l'effet de quoi elle les institue ses légataires universels.

Cette disposition fut attaquée comme contenant une substitution prohibée. On disait que chacun des légataires était saisi de la moitié des biens, à la charge de la conserver pendant sa vie, et de la rendre à sa mort à celui qui survivrait; ce qui constituerait une véritable substitution réciproque, laquelle annulerait toute la disposition.

Cependant les premiers juges et le tribunal d'appel de Caen pensèrent qu'il n'y avait point de substitution, et l'arrêt fut confirmé par la cour de cassation, attendu que l'arrêt attaqué décidait avec raison, d'après les termes

du testament, qu'il ne contient point de substitution. L'arrêt est du 26 juillet 1808, et rapporté par Denevers, an 1808, p. 371.

On peut dire en effet que chacun des deux légataires ne doit être, jusqu'à l'événement de la condition, considéré que comme usufruitier de sa moitié, usufruit qui se consolidera à la propriété du tout en faveur du survivant; que la propriété est suspendue jusqu'au décès du prémourant; ce qui rend le legs purement conditionnel quant à la propriété, sans qu'il y ait de substitution; et comme il faut toujours interpréter les clauses ambiguës dans le sens qu'il n'en résulte pas une substitution, laquelle vicierait l'institution, cette interprétation doit être préférée.

Ce même principe a été suivi par un arrêt de la cour de Besançon, du 29 mars 1811, dans l'espèce d'un legs fait à trois individus, et au survivant des trois. Jean-Pierre Titon avait légué la moitié d'une maison à Jean-Claude Billet, à Jeanne-Philibert Buel, son épouse, à Jeanne-Mélanie, leur enfant, et au survivant des trois. La cour de Besançon pensa que cette disposition ne présentait point de substitution, parce que deux principes invariables doivent régir l'interprétation des dispositions de dernière volonté; l'un que, dans

le doute, un testament doit être interprété de manière à le rendre valable, plutôt que de manière à le rendre nul ; l'autre qu'un testateur est toujours censé avoir voulu se conformer à la loi, plutôt que de l'enfreindre ;

Que ce serait aller directement contre l'esprit des lois romaines, que d'appliquer à un testament fait depuis le Code, et pour le détruire, des dispositions qu'elles n'avaient établies que pour conserver et faire valoir les actes de dernière volonté ;

Que l'esprit général de la jurisprudence, soit des cours d'appel, soit des cours de cassation, est de n'annuler une disposition faite depuis le Code, qu'autant qu'elle présente nécessairement une substitution, et qu'elle ne peut être soutenue d'aucune manière. L'arrêt est rapporté dans la jurisprudence du Code Napoléon, t. 16, p. 371.

47. Dans les coutumes d'Auvergne et de Bourbonnais, qui, comme le Code, annulaient les dispositions testamentaires lorsqu'elles contenaient une substitution, on suivait, dans toute son étendue, le principe qu'il ne faut annuler une disposition que lorsqu'elle contient nécessairement une substitution, et qu'elle ne peut être interprétée d'aucune autre manière. Nous en avons déjà vu un exemple n° 45.

En voici un second bien propre à éclaircir et à fortifier le principe.

Un père avait légué à son épouse le quart ou toute autre partie de ses biens, en cas que leurs enfans mourussent avant elle. D'anciennes sentences avaient annulé de pareilles dispositions, qui leur paroissaient présenter une substitution, en ce que la femme était appelée au défaut et par le prédécès des enfans. On en concluait qu'il fallait considérer ces legs du même œil que si les enfans avaient été institués et chargés de restituer à leur décès; que c'était une tournure pour éluder la prohibition de la coutume; en un mot, une substitution déguisée.

Mais cette prétendue substitution déguisée, on ne la trouvait qu'en interprétant la disposition, laquelle n'imposait point aux enfans, qui n'étaient même pas institués, la charge de conserver pendant leur vie et de rendre à leur mort. On pouvait lui donner une autre interprétation, et dire, avec plus de raison, que ce n'était qu'un legs conditionnel fait à la mère, sous la double condition, 1° qu'elle survécût à ses enfans; 2° que ceux-ci n'eussent pas disposé avant leur décès, et que la condition étant arrivée, le legs était devenu pur et simple. La disposition pouvait donc se

réduire à la charge de rendre ce qui resterait à la mort des enfans, *si quid supererit*; disposition qui n'est pas défendue, comme nous l'avons fait voir n° 38. C'est ainsi que la jurisprudence postérieure interprétait ces sortes de dispositions, sous les coutumes d'Auvergne et de Bourbonnais, comme l'attestent Chabrol sur la coutume d'Auvergne, p. 128 et 129, et Auroux-des-Pommiers, sur l'art. 324, n° 19 de la coutume de Bourbonnais. Ces auteurs ajoutent que telle était aussi l'opinion des avocats de ces provinces et de ceux de Paris; elle nous paraît dans le véritable esprit du Code, quoique M. Grenier ait peine à s'y rendre, tom. 1, p. 118, parce qu'il croit que la disposition dont il s'agit présente *nécessairement* une substitution, en ce que la femme n'est pas légataire de l'usufruit, mais de la propriété, qui appartient d'abord aux enfans en vertu du droit du sang, pour passer ensuite à la femme, s'ils prédécèdent. Il nous paraît au contraire que cette disposition ne contient point *nécessairement* une substitution, puisqu'on peut l'entendre plus naturellement du legs de ce qui restera à la mort des enfans; legs qui ne contient pas de substitution prohibée, comme en convient M. Grenier lui-même, p. 112.

Mais y aurait-il substitution prohibée dans l'espèce proposée, si les enfans avaient été institués, si le père leur avait donné la quotité disponible, en ajoutant qu'il donnait à la mère si les enfans mouraient avant elle, mais sans les charger de rendre? Non, encore; car on peut dire, comme dans l'espèce proposée, que le père n'ayant point chargé ses enfans de conserver et de rendre, il n'a voulu donner à son épouse que dans le cas où les enfans n'auraient pas disposé des biens donnés, *si supererint*. Un testateur, dit fort bien le savant procureur-général Merlin, v. *sup.*, n. 27, n'est pas censé avoir voulu faire ce que la loi lui défendait, et encore moins ce qui aurait entraîné l'anéantissement de sa disposition principale. Si la prière de conserver et de rendre ne suffit pas pour constituer une substitution prohibée, s'il faut des termes impératifs, comme nous l'avons vu sup., n. 27, comment pourrait-on suppléer cet ordre de conserver dans une disposition où l'on n'en trouve pas même la prière, et qu'on peut très-bien entendre du don conditionnel, si les biens existent, si les enfans n'en ont pas disposé?

48. Si la charge de conserver et de rendre ne peut être suppléée dans les actes susceptibles

de deux interprétations, il y a néanmoins des dispositions où elle est nécessairement contenue, quoiqu'elle n'y soit pas littéralement exprimée, parce que ces dispositions ne peuvent être raisonnablement interprétées d'une autre manière; par exemple, si le droit de retour, en cas de décès du donataire et de ses descendans, était stipulé non seulement au profit du donateur, mais encore, et à son défaut, au profit de ses héritiers, ou de tel autre particulier désigné, une pareille disposition contiendrait évidemment une véritable substitution conditionnelle déguisée sous le nom de retour. Le mot seul est changé, la substance de la chose reste. Je donne ou lègue à Paul, à condition que s'il vient à décéder sans enfans ou avant tel âge, les biens donnés retourneront à mes héritiers ou à Pierre. On trouve ici cet ordre successif qui caractérise essentiellement les substitutions. Paul est appelé en premier ordre, et les héritiers du donateur ou Pierre en second ordre. Paul est obligé de conserver les biens donnés pour les rendre à sa mort, si l'événement de la condition arrive. La propriété passe d'abord à Paul, puis aux seconds appelés.

On ne peut pas dire, comme dans l'espèce

du n° 46, que cette disposition ne contient en faveur de Paul que le don pur et simple de l'usufruit, et le don conditionnel de la propriété s'il a des enfans, ou s'il vit jusqu'à tel âge. Une pareille interprétation ne peut raisonnablement s'accorder avec les termes de la disposition, qui doit conséquemment tomber sous la nullité prononcée par l'art. 899; c'est ainsi qu'on l'a toujours décidé lorsque l'espèce s'est présentée. (1)

On ne peut pas dire non plus, comme dans l'espèce du n° 47, que le testateur n'a entendu soumettre au droit de retour que les biens dont les donateurs n'auraient pas disposé; car cette interprétation est contraire au droit de retour, dont la nature est d'annuler, le cas arrivant, l'aliénation des biens qui y sont soumis.

49. Par les motifs exposés dans le numéro précédent, on ne peut s'empêcher de voir une substitution dans le legs fait à plusieurs personnes, non pas conjointement comme dans l'espèce du n° 46, et avec déclaration que le tout appartiendrait au survivant, mais séparément à chacune d'elles lorsqu'elles se marieront, avec la clause qu'en cas que l'une

(1) V. le décret impérial du 31 octobre 1810, cité sup., n. 37, à la note. Grenier, *des donations*, t. 1, pag. 119 et suiv.; le nouveau répertoire, section 8, n. 10, v° *substitution-fidéicommis*.

d'elles vienne *à mourir sans laisser d'enfans* de son mariage, sa part *retournera* aux autres légataires. La cour de Bruxelles l'a ainsi jugé, et avec raison, dans l'espèce suivante. Jacques-Joseph Drion avait institué François Drion, son frère, son héritier universel, et l'avait chargé de donner à chacun des enfans, encore à marier, de leur frère Adrien Drion, une somme de 6000 liv. lorsqu'ils se marieraient de son consentement.

Jusque-là point de substitution. Mais le testateur ajoutait qu'en cas qu'un desdits enfans *vînt à mourir sans laisser* de génération de son mariage, sa part *retournerait* à ses autres frères et sœurs maintenant à marier. Cette clause de *retour* renfermait évidemment et *nécessairement* la charge de conserver et de rendre, c'est-à-dire, une substitution réciproque et conditionnelle des légataires les uns aux autres; et par arrêt du 14 juillet 1808, rapporté dans le recueil de jurisprudence du Code Napoléon, t. 11, p. 312, la cour de Bruxelles déclara nul le legs de 6000 fr. fait aux enfans d'Adrien Drion, comme renfermant une substitution.

Cette espèce est bien différente de celles du n° 46 ci-dessus. Dans celles-ci le legs était fait *conjointement* à plusieurs légataires, *et*

au survivant d'entre eux. On pouvait donc dire que chacun d'eux, en attendant l'événement de la survie, n'était légataire que de l'usufruit d'une portion des biens, et que la propriété était suspendue jusqu'au décès du prémourant; ce qui rendait le legs purement conditionnel quant à la propriété. Dans l'espèce des enfans Drion, au contraire, la somme de 6000 fr. était léguée à chacun d'eux *séparément*, avec clause de *retour* en faveur de ses frères et sœurs, en cas qu'il mourût sans enfans de son mariage. On ne peut donc pas dire raisonnablement qu'il n'eût que l'usufruit des 6000 fr.

5o. Il est impossible de prévoir toutes les questions que peuvent faire naître les différentes espèces qui se multiplient à l'infini; mais on résoudra toutes les difficultés qu'elles peuvent offrir, en appliquant avec discernement ces deux principes fondamentaux de la matière;

L'un que, si la clause est susceptible de deux interprétations, il faut toujours l'interpréter dans le sens qui ne présente point de substitution, et qui tend à valider la disposition, parce que le testateur n'est jamais censé avoir voulu faire ce que la loi défend, et

encore moins ce qui entraînerait l'anéantissement de sa volonté ;

L'autre, que toutes les fois que l'acte est conçu de telle manière qu'il renferme *nécessairement* la charge de conserver et de rendre, quoique non littéralement exprimée, sans qu'il soit possible de lui attribuer un sens différent, propre à maintenir la volonté du testateur aux yeux de la loi, la disposition est nulle, comme renfermant une substitution ; elle est nulle quant à la substitution, parce qu'elle est contraire à la loi que le testateur a voulu éluder ; elle est nulle quant à l'institution ou legs principal, parce qu'il est certain que le testateur n'a voulu donner qu'à charge de rendre, et qu'il est incertain s'il eût voulu donner sans cette charge.

51 Il est évident, d'après le premier de ces principes, que la prohibition d'aliéner les biens donnés ne contient pas de substitution, (1) quand même le testateur aurait défendu d'aliéner à d'autres personnes qu'à celles qu'il indique : ce n'est point une charge de rendre, c'est une condition nulle et réputée non écrite, 900.

Il n'y aurait même pas de substitution, si

[1] V. Merlin, nouv. répertoire, v° *substitution-fidéicommiss.*, sect. 8, n. 5.

le testateur défendait d'aliéner avant que le légataire eût des enfans ; car il n'y a pas charge de conserver. Le testateur a seulement pensé que si le légataire avait des enfans, il pourrait ne plus avoir le désir d'aliéner et conserver le bien à ses enfans ; mais il ne lui a point imposé cette charge.

Mais si la défense d'aliéner était motivée sur ce que le disposant veut qu'au décès de l'héritier ou légataire les biens reviennent aux héritiers ou aux enfans de ce dernier, il y aurait substitution.

Au contraire, on n'en peut jamais trouver dans la défense de tester, (1) car cette défense n'emporte pas celle d'aliéner ; et il n'y a pas charge de conserver, lorsque le légataire peut aliéner.

Enfin il n'y a point de substitution, si je donne à Titius au cas qu'il survive à mon fils, au cas que mon fils meure sans enfans ; car le fils n'est point chargé de conserver pour rendre. Le testateur ne lui a même pas adressé la parole, et cette charge ne peut être suppléée ; on peut dire seulement qu'il y a legs conditionnel de ce dont le fils n'aura pas disposé, *si quid supererit.*

Je donne 1000 fr. à Titius, qui lui seront

(1) Sur cette défense, v. Merlin, *ibid.*

comptés à la mort de mon fils ; il n'y a point de substitution. Titius a un droit acquis dès le moment de la mort du testateur ; le paiement seul est différé. Ainsi il y a seulement don de la nue propriété de la somme, l'usufruit restant au fils.

CHAPITRE II.

De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

52. *On ne peut étendre les incapacités.*
53. *Elles sont absolues ou relatives.*
54. *Division du chapitre en quatre sections.*

52. La faculté d'acquérir et de posséder des biens tient au droit de propriété ; c'est un droit absolu dont la société garantit l'exercice à tous les associés. Toutes personnes peuvent donc disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables, 902. On ne

peut étendre les incapacités d'une personne ni d'un cas à l'autre.

53. On les divise en absolues et en relatives.

Les incapacités absolues empêchent de donner ou de recevoir indéfiniment à l'égard de toutes personnes.

L'interdit et l'individu morts civilement sont dans l'incapacité absolue, le premier de donner, le second de recevoir.

Les incapacités relatives empêchent de donner à certaines personnes seulement, ou de recevoir d'elles.

Le médecin ne peut recevoir de son malade; le mineur, âgé de seize ans, ne peut donner à son tuteur : ce sont des incapacités relatives. Celui qui est capable de recevoir n'est pas toujours capable de donner, *et vice versâ*. Enfin on cherche souvent à éluder les lois relatives aux incapacités, et d'ailleurs telle personne capable dans un tems ne l'est plus dans un autre.

54. Nous diviserons ce chapitre en quatre sections : la première, des personnes incapables de donner; la seconde, des incapables de recevoir; la troisième, des dispositions faites pour éluder les prohibitions de la loi;

la quatrième, des époques à considérer pour la capacité de donner ou de recevoir.

SECTION Ire.

Des incapables de donner.

SOMMAIRE.

55. *Pour donner il faut être sain d'esprit.*

56. *L'art.* 504 *du Code n'est applicable ni aux donations ni aux testamens : on peut les attaquer pour cause de démence après la mort du donateur.*

57. *Des dons faits par l'interdit avant ou depuis l'interdiction.*

58. Quid *si le testament est olographe?*

59. *De celui qui est soumis à la direction d'un conseil.*

60. *Du mineur.*

61. *De la femme mariée.*

62. *De l'individu frappé de mort civile.*

63. *De ceux qui ont des enfans ou des ascendans.*

55. 1° « Pour pouvoir faire une donation » entre vifs ou un testament, il faut être » sain d'esprit. » 901.

56. Ce n'est point ici seulement un principe général commun à tous les actes, à tous les contrats, c'est encore une disposition spéciale qui régit particulièrement les donations et

testamens. Les opinions avaient été partagées sur le point de savoir si l'art. 504, qui porte qu'après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne peuvent être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, devait être appliqué aux donations et testamens. Mais le doute est résolu, et la jurisprudence est fixée par un arrêt de la cour de cassation, du 22 novembre 1810, (1) rendu sur les conclusions de M. Merlin. Il résulte de cet arrêt que l'art. 504 n'est applicable ni aux donations ni aux testamens, qui sont spécialement régis par l'art. 901, lequel forme exception à l'art. 504, où le principe général est posé; et qu'en conséquence, ceux qui veulent attaquer une donation ou un testament peuvent articuler et être admis à prouver tous les faits qui sont de nature à établir que le donateur ou testateur, dont l'interdiction n'avait pas été provoquée de son vivant, n'était pas sain d'esprit à l'époque de la donation ou du testament, sans distinguer si ces faits ont ou n'ont pas constitué un état permanent de démence; et que cette preuve est admise, quoique les notaires aient inséré dans l'acte la clause inutile que le testateur était sain

(1) V. Sirey, an 1811, p. 73.

d'esprit et d'entendement, parce que le notaire qui rapporte un pareil fait excède son pouvoir; il n'est point nommé par la loi pour être juge de la capacité des parties.

Mais pour attaquer les libéralités faites par une personne dont l'interdiction n'a pas été provoquée avant sa mort, il faut alléguer et prouver des faits de démence positifs et concluans. La présomption est toujours en faveur de l'acte : la démence ne se présume jamais. L'âge avancé du donateur, l'oubli de sa famille, l'importance du legs, la qualité peu élevée du donataire, ne suffiraient pas pour faire juger que le testateur n'était pas sain d'esprit. La cour de cassation, (1) par arrêt du 18 octobre 1809, a confirmé un arrêt de la cour d'appel de Caen, qui avait jugé valide le testament du sieur Le Guerney-de-Sourdeval, âgé de quatre-vingt-six ans, qui avait donné à ses domestiques universellement tous ses biens, que l'on prétendait excéder 1,500,000 fr.

57. 2° Puisqu'il faut être sain d'esprit pour donner, il est évident que l'interdit ne peut ni donner entre vifs ni tester. Le jugement d'interdiction constate l'incapacité, et tous actes passés *postérieurement* sont *nuls de droit*, 502.

(1) Sirey, 1810, p. 57; Denevers, 1809, p. 441.

Les actes antérieurs à l'interdiction (1) peuvent être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits, 503.

Ainsi les testamens faits par un interdit pendant qu'il avait l'esprit sain sont valides, quoiqu'il ne recouvre jamais l'usage de la raison. « La démence et les autres infirmités » qui surviennent au testateur après son tes- » tament, et qui le rendent incapable d'en » faire un nouveau, fixent sa volonté à l'état » où elle s'est trouvée au dernier moment de » l'usage qu'il en a pu faire. » (2)

Le testament devient en ce cas tellement fixe, que le testateur lui-même ne pourrait le révoquer pendant que dure son interdiction. (3)

Si le testament est authentique, si la date en est assurée, il est facile de voir s'il a été fait avant ou depuis l'interdiction du testateur.

58. S'il est olographe, le Code ne considère pas les actes privés comme ayant une date certaine contre des tiers; mais le testament

(1) Sur les actes faits par un homme prétendu en démence avant l'interdiction, voyez le nouveau Dénisart, v° *démence*, p. 185; d'Aguesseau, t. 3, 37ᵉ plaidoyer; et les observations, p. 634 du même volume.

(2) Domat, Liv. 3, tit. 1, sect. 2, n. 16.

(3) Ricard, part. 3, n. 145.

ographe est plus favorable que le testament rapporté par des notaires. La présomption de sagesse est toute entière en faveur du testateur qui prend le soin d'écrire ses dernières volontés : il est difficile de supposer dans un insensé assez de patience, de docilité et de soumission pour écrire de sa main un testament qui contiendrait une longue suite de dispositions.

Il faut donc suivre la distinction établie par d'Aguesseau ; (1) ou le testament contient des dispositions sages et judicieuses, et alors c'est à ceux qui l'attaquent à prouver que le testateur était en démence lorsqu'il a fait cette disposition ;

Ou, au contraire, le testament par lui-même fait naître des soupçons de faiblesse et d'égarement d'esprit, et en ce cas c'est à l'héritier institué ou au légataire à soutenir son titre par la preuve de la sagesse du testateur.

59. 3° Celui qui est soumis à la direction d'un conseil judiciaire ne peut donner entre vifs sans l'assistance de son conseil ; mais il conserve dans toute sa plénitude la faculté de tester seul. (2)

60. 4° Le mineur âgé de moins de seize ans

[1] Tom. 3, p. 367 et 368.

(2) V. ce que nous avons dit dans le premier Livre, au chap. *du conseil judiciaire* ; et Grenier, t. 1, p.

ne peut aucunement disposer ni par acte entre vifs ni par testament, 903.

Le mineur âgé de seize ans accomplis, émancipé ou non émancipé, peut disposer par testament et non par donation entre vifs, jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens qu'il pourrait donner s'il était majeur, 904. (1)

La donation entre vifs dépouillant irrévocablement le donateur, si elle était permise au mineur, il pourrait être la victime de ses passions, ou d'une bienfaisance que l'expérience ne lui a point encore appris à régler. Dans les testamens, au contraire, il ne se dépouille point, il ne peut priver que ses héritiers; et comme les testamens se font toujours dans la pensée de la mort, le mineur est alors censé occupé de ses devoirs de famille et de reconnaissance.

L'incapacité de donner entre vifs cesse pour les mineurs, dans le cas des mariages que la loi veut toujours favoriser. La prohibition établie en faveur des mineurs pourrait alors tourner à leur désavantage : c'est pourquoi l'art. 1095 permet au mineur, même au-dessous de seize ans, 903, de faire à l'autre époux, par contrat de mariage, une donation simple ou réciproque, de la même manière que le

(1) V. l'explication de cet art. *inf.*, tit. 3, §. 5, des cas où la quotité de la réserve augmente.

pourrait faire un majeur, mais néanmoins avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour son mariage.

61. 5° La femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner entre vifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari ou de la justice, conformément à ce qui est prescrit par les art. 217 et 219.

Mais elle n'a besoin d'autorisation ni de son mari ni de la justice pour disposer par testament, 905.

62. 6° Celui qui est condamné à une peine emportant mort civile, ne peut disposer de ses biens ni entre vifs ni par testament, 25.

63. 7° Enfin les pères ou les fils de famille, c'est-à-dire, tous ceux qui ont des descendans ou des ascendans vivans, ne peuvent donner soit entre vifs, soit par testament, qu'une certaine quotité de leurs biens, et non la totalité, comme nous le verrons dans le chapitre suivant.

SECTION II.

Des incapables de recevoir.

SOMMAIRE.

64. *De ceux qui ne sont pas conçus ou qui ne naissent pas viables.*

65. *Du tuteur.*

67. *Des médecins, officiers de santé, etc. Exceptions à leur incapacité.*
68. *Des gardes-malades.*
69. *Des personnes qui exercent la médecine sans titre légal.*
70. *L'incapacité est restreinte à ceux qui ont traité dans la dernière maladie.*
71. *Des ministres du culte.*
72. *Des enfans naturels.*
73. *De l'étranger.*
74. *Des pères ou mères de famille qui se remarient.*
75. *Des héritiers du donateur.*
76. *Des corps politiques et établissemens publics.*

64. 1° CEUX qui ne sont pas conçus au moment de la donation, ne peuvent recevoir entre vifs.

Mais pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins le testament ou la donation n'aura son effet qu'autant que l'enfant sera né viable, 906. (1)

65. 2° Le tuteur ne peut rien recevoir de son pupille, même par testament.

Bien plus, « le mineur devenu majeur ne » peut disposer, soit par donation entre vifs,

(1) Quand l'enfant est-il né viable? V. ce que nous avons dit au titre des successions, t. 4, p. 104.

» soit par testament, au profit de celui qui a » été son tuteur, si le compte définitif de la » tutelle n'a été rendu et apuré. » 907.

Mais il n'est pas nécessaire que le reliquat du compte soit soldé ; (1) le Code exige seulement que le compte soit apuré, c'est-à-dire, qu'il ait été discuté, et que la balance en ait été arrêtée.

Il y a trois choses distinctes : la reddition du compte, son apurement, et le paiement du reliquat. La loi ne fait dépendre que des deux premières la capacité du tuteur pour recevoir le don de son pupille.

Les ascendans des mineurs qui ont été leurs tuteurs sont exceptés de l'incapacité de recevoir prononcée contre les autres tuteurs, 907. La loi respecte le sentiment d'affection qui doit se présumer dans l'auteur de la disposition, plus qu'elle ne craint l'empire d'un ascendant.

Au reste, l'incapacité de recevoir du mineur étant restreinte aux tuteurs, ne peut être étendue ni aux subrogés tuteurs ni aux curateurs.

66. 3° La loi redoute l'empire des médecins sur l'esprit des malades. Les docteurs en

(1) Comme l'avait pensé Ricard, V. Grenier, des donations, t. 1, p. 249, 2e édit.

médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui ont traité une personne *pendant la maladie dont elle meurt*, ne peuvent profiter des dispositions *entre vifs* (1) ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur *pendant le cours de cette maladie*, 909.

La donation serait valide, si elle était faite à une époque antérieure à la dernière maladie, pourvu que la date en fût certaine. S'il s'agissait d'un testament olographe dont la date ne serait pas assurée, la décision dépendrait des circonstances.

La prohibition de l'article 909 est sujette à plusieurs exceptions. Sont exceptées,

1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus. Si les héritiers prétendaient qu'il y a excès, la décision serait abandonnée à la sagesse des juges, 909.

2° Les dispositions, même universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe, à moins que celui au profit de qui la disposition a

[1] Donc on peut donner entre vifs dans sa dernière maladie et à l'article de la mort, contre la disposition de plusieurs coutumes. V. l'art. 4 de l'ordonnance de 1731, et *ibi* Furgole. Le Code en est revenu au droit romain. L. 42, §. 1, ff. *de mort. causâ donat.*

été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers, 909. Il peut alors recevoir tout ce que la loi permet de donner hors part à l'un des héritiers.

3° Les médecins qui donneraient à leurs épouses les soins et les secours de leur art, sont exceptés de la prohibition, L'art. 1094 laisse aux époux la faculté de se donner et de recevoir, sans excepter les époux médecins. Suivant l'art. 212, les époux se doivent mutuellement secours et assistance. C'en est assez pour établir que la prohibition générale de l'art. 909 ne regarde point les époux médecins. (1)

67. Suivant le principe qu'on ne doit pas étendre les prohibitions d'un cas ou d'une personne à l'autre, on ne peut étendre aux gardes-malades (2) la défense de recevoir.

68. Mais quoique l'art. 909 ne parle que des docteurs en médecine ou en chirurgie, on doit comprendre sous la prohibition toutes les personnes qui, au mépris des réglemens, s'ingèrent d'en faire habituellement les fonctions sans titre légal, tels que les empyriques,

[1] ainsi décidé par la cour de cassation, dans un arrêt du 30 août 1808. Sirey, an 1808, p. 482.

(2) Furgole, quest. 34, sur l'ordonnance de 1731, n. 23; Grenier, t. 1, p. 311.

les charlatans. Il y a même contre eux de plus fortes raisons, parce qu'ils ne peuvent inspirer la même confiance que les hommes qui ont un caractère avoué par la société, et qui ne l'ont reçu qu'après des épreuves honorables.

69. Au reste, la prohibition de recevoir ne concerne que ceux qui ont *traité* le malade, et non aux médecins qui auraient simplement consulté sur la maladie.

Les pharmaciens qui auraient seulement vendu les remèdes ordonnés par le médecin traitant, ne sont point également compris sous la prohibition.

70. 4° Tout ce qu'on vient de dire sur les docteurs en médecine ou en chirurgie s'applique, tant pour la règle que pour l'exception, aux dispositions qui auraient été faites dans le cours de la dernière maladie du donateur, en faveur du ministre du culte qui lui aurait donné les secours spirituels pendant cette maladie.

Mais c'est à la qualité de directeur de la conscience du donateur pendant sa dernière maladie, que s'attache la prohibition. La cour de cassation (1) a décidé que le ministre du

(1) Arrêt du 18 mai 1807; Sirey, an 1807, p. 287. Dans l'espèce de cet arrêt, le ministre du culte n'était point le confesseur

culte n'est point incapable de recueillir les dispositions faites à son profit, quoiqu'il ait continuellement resté auprès d'une personne pendant la maladie dont elle est morte, lorsqu'il ne lui a point administré les secours spirituels.

71. 5° Pour honorer le mariage et protéger les mœurs, la loi a établi une différence très-juste entre les enfans légitimes, héritiers naturels de leurs pères et mères, et les enfans illégitimes qui sont privés du droit de succession, et à qui on n'accorde que des droits limités sur les biens de ceux qui leur donnèrent la vie. Pour empêcher que cette barrière ne soit détruite par l'affection trop souvent désordonnée des pères et mères, l'art. 908 défend aux enfans naturels de rien recevoir par donation entre vifs ni par testament, au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. (1) Art. 756 et suiv.

Mais cette incapacité n'est relative qu'à leurs pères et mères; ils peuvent recevoir indéfiniment de toute autre personne.

du malade; mais il l'avait fréquemment assisté dans sa dernière maladie, et lui avait même donné l'Extrême-Onction.

[1] V. ce que nous avons dit au chapitre des successions irrégulières, t. 4, p. 241. V. aussi Grenier, des donations, t. 1, p. 254, 2e édition.

72. 6° On ne peut disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un français, 912. V. ce que nous avons dit à ce sujet au titre des successions, t. 4, pag. 115. (1)

73. 7° Les personnes qui ont des enfans d'un précédent mariage ne peuvent, en se remariant, donner au nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que ces donations puissent, dans aucun cas, excéder le quart des biens, 1098.

Il en résulte contre le nouvel époux une incapacité de recevoir un don excédant la quotité fixée par la loi.

74. 8° Sous l'ancienne jurisprudence, plusieurs coutumes défendaient de rien donner à l'un de ses héritiers plus qu'à l'autre; ainsi les héritiers présomptifs étaient incapables de recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament. Cette incapacité a été levée d'abord par la loi du 4 germinal an 8, et enfin par l'article 919 du Code Napoléon, qui porte « que la quotité disponible pourra être donnée » en tout ou en partie, soit par acte entre » vifs, soit par testament, aux enfans ou » autres successibles du donateur, sans être » sujette au rapport par le donataire ou le

(1) V. aussi Grenier, *des donations*, t. 1, p. 243, 2e édit., §. 5.

» légataire venant à la succession, pourvu
» que la disposition ait été faite expressé-
» ment *à titre de préciput et hors part.* »

Mais ces termes ne sont pas sacramentels, (1) et peuvent être remplacés par des équivalens. Il suffit qu'il n'existe aucun doute sur la volonté du donateur ; nous en avons déjà parlé au titre des successions, chap. des rapports, n. 435 et 441.

Cette volonté peut même être consignée dans un acte postérieur, pourvu qu'il ait aussi la forme d'une disposition entre vifs ou testamentaire, 919.

75. 9° Les corps politiques et les établissemens publics, tels que les hospices et les pauvres d'une commune, ne sont pas incapables de recevoir ; mais les dispositions faites en leur faveur, soit entre vifs, soit par testament, ne peuvent avoir leur effet qu'autant qu'elles sont autorisées par un arrêté du gouvernement, qui doit connaître la nature et la quantité des biens qu'on met hors du commerce : nous en parlerons plus amplement, en expliquant comment les donations doivent être acceptées.

(1) Préameneu-Bigot, exposé des motifs, t. 4, p. 338 ; Chabot, sur l'art. 843. La question est abandonnée à la prudence des juges ; et lorsqu'ils ont induit de l'ensemble des dispositions qu'un legs a été fait par préciput, l'arrêt n'offre point de moyens de cassation. V. l'arrêt de la cour de cassation, du 25 août 1812 ; Sirey, p. 386 et suiv. V. aussi Grenier, *des donations*, t. 2, p. 139 et suiv., 2e édit.

SECTION III.

Des dispositions faites en faveur d'incapables sous le nom de personnes interposées, et des donations déguisées sous la forme des contrats onéreux. (1)

SOMMAIRE.

76. *Nullités des dons déguisés faits à un incapable.*
77. *On peut prouver la fraude par témoins ou par des présomptions.*
78. *Présomptions légales de fraude contre les dons faits aux ascendans, aux descendans ou à l'époux de l'incapable; quid des ascendans de l'enfant adultérin?*
79. *Ou même aux parens collatéraux de l'époux donataire, lorsque le donateur a des enfans d'un précédent mariage.*
80. *Les ascendans, descendans ou époux de l'individu mort civilement ne sont point incapables.*
81. *De la personne que l'incapable est sur le point d'épouser.*
82. *La morale défend de prêter son nom pour avantager un incapable.*
83. *Nullité de la donation, même à l'égard de celui qui a prêté son nom; il doit rapporter les fruits.*
84. *Des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux.*
85. *Elles sont valables si elles ne sont pas au profit d'un incapable.*

(1) V. Ricard, *des donations entre vifs*, ch. 3, sect. 16; *de la prohibition de donner indirectement.*

76. Le Code déclare nulle toute disposition au profit d'un incapable, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, (1) soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées, 911--1090.

Ces déguisemens sont des fraudes, et tout ce qui est fait pour éluder ou pour frauder une loi prohibitive est nul.

77. Mais la fraude ne se présume point; c'est à celui qui l'allègue de la prouver. Il peut le faire par tous les genres de preuves reçues en justice; par la preuve littérale, par la preuve testimoniale, (2) par l'aveu de la partie, en la faisant interroger sur faits et articles, ou en lui déférant le serment; enfin par des présomptions, 1353.

La preuve testimoniale de la fraude est admise dans tous les cas, parce qu'il n'a pas été possible à celui qui s'en plaint de se procurer une preuve littérale, 1348.

A défaut de preuve littérale, testimoniale,

(1) Par un arrêt du 25 prairial an 13, rapporté dans le recueil de jurisprudence du Code Napoléon, t. 4, p. 449, la cour d'appel de Paris jugea qu'un paquet adressé au mineur Bernard-Adolphe, enfant naturel par sa mère, et par elle confié à une personne tierce, ne devait pas être remis à cet enfant, parce qu'il pouvait renfermer un avantage indirect.

(2) Furgole, *des testamens*, ch. 6, sect. 3, n. 364; le nouveau Dénisart, v° *fraude*, p. 71; Pothier, *des testamens*, p. 223; le nouveau répertoire, v° *simulation*.

ou de l'aveu de la partie, la fraude peut s'établir par des présomptions. On les admet comme preuves de fraude, parce que la fraude étant toujours cachée, il est souvent impossible d'en acquérir des preuves rigoureuses; c'est à la prudence des juges, lorsque le voile qui la cache est soulevé, à ne se déterminer que sur des présomptions graves, précises et concordantes.

78. Il en est même que la loi érige en preuves complètes; c'est ce qu'on appelle des présomptions légales, 1350.

Ainsi on présume frauduleuses les donations entre vifs ou testamentaires faites pendant la vie de l'incapable à ses père, mère, enfans ou descendans, et à son époux. La loi répute ces personnes interposées (911) entre le donateur et le vrai donataire, pour éluder ses dispositions; nulle preuve n'est admise contre cette présomption, 1352.

79. C'est pour prévenir l'arbitraire que la loi a désigné les personnes qu'elle présume interposées. Il est de la nature des présomptions légales de ne pouvoir être étendues d'un cas, ni d'une personne à une autre. Le Code étend ou resserre les présomptions légales, suivant les cas auxquels il les applique. Il

les a très-étendues à l'égard de l'incapacité prononcée par l'art. 1098, qui veut que les personnes ayant des enfans d'un précédent mariage ne puissent, en se remariant, donner au nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant. Dans ce cas particulier, l'article 1100 répute personnes interposées non seulement les ascendans de l'époux incapable, et les descendans issus d'un autre mariage, mais encore tous les parens collatéraux dont le nouvel époux sera héritier présomptif au jour de la donation, quoique ce dernier n'ait pas survécu à son parent donataire.

Cette disposition ne doit pas être étendue aux autres cas d'incapacités auxquels s'applique l'art. 911, c'est-à-dire, à l'incapacité des enfans naturels, des tuteurs, des médecins, des ministres du culte, dont parlent les articles précédens. Dans ces différens cas, le parent collatéral, dont l'incapable est héritier, peut être personne interposée ; mais il n'est pas réputé tel ; il faut prouver la fraude ou l'interposition.

80. Par la même raison il ne faut pas étendre la disposition de l'art. 911 aux père, mère, enfans ou époux de l'individu mort civilement, pour les réputer personnes interposées ; car quoique, suivant l'article 25, l'individu

mort civilement soit incapable de recevoir, si ce n'est pour cause d'alimens, cette incapacité n'a point été mise, dans le second chapitre des donations, au nombre de celles auxquelles s'applique la présomption d'interposition de personnes, établie par l'art. 911; et si la disposition de cet article paraît générale, il faut se souvenir que, quelques généraux que soient les termes d'une loi, on doit les restreindre aux cas dont elle parle. (1)

Il y a d'ailleurs une grande différence entre l'indignité ou l'incapacité pénale et absolue de l'individu mort civilement, et les incapacités relatives auxquelles s'applique l'art. 911.

(1) Il suffit que l'individu mort civilement soit déclaré incapable de succéder, pour ne pas étendre à ses père et mère, épouse ou enfans, la présomption qu'ils sont interposés pour lui faire passer les biens donnés.

C'est par ce motif que la cour de Grenoble, par arrêt du 7 juillet 1811, (Sirey 1812, 2e part., pag. 436) jugea que l'art. 911, applicable sans contredit aux père et mère des enfans, *simplement naturels*, qui peuvent recueillir une partie des biens de leurs ascendans, ne devait pas s'étendre à la mère d'un enfant adultérin, qui ne peut recevoir que des alimens. L'arrêt jugea valide le don fait à la mère par le père de cet enfant; mais plusieurs circonstances semblaient écarter la présomption de fidéicommis. Le père, après la mort de sa première femme, avait épousé la mère de son enfant adultérin. Le don pouvait donc avoir l'affection maritale pour principe. La mère donataire devenue veuve s'était remariée, et s'était constituée en dot les biens que lui avait donné son premier mari, ce qui les rendait inaliénables.

Sans des circonstances aussi fortes, on ne pourrait pas éluder la présomption légale d'interposition, par la destination subtile entre les enfans *simplement naturels* et les enfans adultérins.

Cette indignité qui lui est personnelle ne peut refluer sur ses père et mère, ni sur ses enfans qui seraient frappés d'une incapacité absolue de recevoir, si on annulait toutes les donations qui leur seraient faites, sous le prétexte qu'ils sont des personnes interposées.

81. Il est un cas auquel il paraît d'abord difficile de ne pas étendre la présomption légale établie par l'art. 911; c'est celui d'une donation faite à la personne que l'incapable est sur le point d'épouser, surtout si elle était faite dans le tems intermédiaire entre les bannies et la célébration du mariage. Mais la loi n'ayant rien prononcé sur ce cas, il faudrait prouver la fraude par des présomptions graves, précises et concordantes, 1353.

82. Hors les cas assez rares d'une présomption légale, c'est à ceux qui prétendent que le donataire est une personne interposée, à donner la preuve de leur allégation. Cette preuve est d'autant plus difficile, que les personnes peu éclairées croient souvent pouvoir innocemment prêter leurs noms pour avantager des incapables, quoique la religion et la morale ne permettent pas de faire ce qui est défendu par la loi. (1)

(1) V. Domat, Liv. 5, tit. 3, sect. 3, n. 5 et suiv. Furgole, *des testamens*, ch. 6, sect. 3.

83. La fraude une fois prouvée, la donation est annulée à l'égard de la personne interposée, aussi bien qu'à l'égard du vrai donataire; et comme ces personnes ne peuvent être à la bonne foi, elles sont obligées de restituer les fruits perçus, même avant la demande en nullité. V. les lois 11 et 18, ff. *de his quæ ut indignis auferuntur.*

84. Si la donation faite à l'incapable est déguisée sous la forme d'un contrat onéreux (1) passé entre lui et le donateur, c'est encore à ceux qui veulent attaquer l'acte à prouver le déguisement, car la présomption est en faveur de l'acte; et la prohibition de donner à une personne n'empêche pas de passer avec elle des contrats commutatifs et autres actes à titre onéreux.

85. La question long-tems douteuse de savoir si la nullité des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, s'étend aux cas même où elles sont faites à des personnes capables de recevoir, est enfin résolue pour la négative par un arrêt de la cour de cassa-

(1) V. un arrêt de la cour de cassation, du 5 mai 1807, qui a jugé qu'une vente faite par une personne malade à son médecin, pendant la maladie dont elle était décédée, était nulle, comme étant une donation déguisée sous les apparences d'une vente, parce qu'une partie du prix consistait dans une rente viagère, et qu'il y avait réserve d'usufruit. L'arrêt est rapporté par Sirey, n. 1807, p. 284; par Denevers, an 1807, p. 284.

tion, (1) rendu le 19 novembre 1810, qui paraît avoir fixé la jurisprudence, et qui tarira la source d'une infinité de procès.

SECTION IV.

Des époques à considérer pour la capacité de donner ou de recevoir.

Il faut d'abord distinguer entre les testamens et les donations, ensuite entre le donateur et le donataire.

§. Ier.

Des époques à considérer pour la capacité du testateur.

SOMMAIRE.

86. *Deux époques à considérer ; 1° celle où le testament est fait ;*

87. *2° L'époque du décès du testateur : distinction à cet égard.*

88. *L'incapacité survenue depuis le testament n'est pas considérée, si elle a cessé avant la mort.*

86. Il y a deux époques à considérer, celle du testament et celle du décès.

Il est, dans tous les cas, indispensable que

[1] Rapporté par Sirey, an 1811, première partie, p. 76. V aussi le nouveau répertoire, v° *donation*, sect. 2, §. 6, p. 81, première édition, et ce que nous avons dit tome 4, page 457, n. 454.

le testateur ait la capacité de disposer au moment où il fait son testament. S'il était incapable à cette première époque, le testament serait nul, de quelque nature que fût l'incapacité, quand même elle aurait cessé avant sa mort. (1)

87. Quant à la capacité du testateur au moment de son décès, il faut distinguer l'incapacité qui vient de la perte des droits civils, de celle qui vient d'une autre cause.

Si le testateur perdait les droits civils, soit en devenant étranger, soit par la mort civile, le testament qu'il aurait fait auparavant serait sans effet, parce que le testament se référant à l'époque de la mort, il ne peut avoir une force qu'il n'aurait pas si le testateur l'avait fait un instant avant son décès. (2)

Mais si le testateur a perdu la capacité de tester au moment de sa mort, d'une autre manière que par la privation des droits civils, s'il était interdit, le testament qu'il aurait fait avant d'être en démence serait valide, comme nous l'avons observé sup., n. 57.

[1] §. 1, instit., *quib. non est permissum fac test.*; Furgole, *des testamens*, chap. 4, n. 9; Domat, 2e part., L. 3, tit. 1, sect. 2, n. 2; Grenier, *des donat.*, t. 1, pag. 271.

[2] §. 4, instit., *quib. mod., test. inf.*; Furgole, *ubi sup.*; Ricard, *des donations*, 3e part., n. 144; Domat, *ubi sup.*, n. 16; Pothier, *des testamens*, pag. 212; Serres, p. 240.

88. On n'a point d'égard à l'incapacité passagère survenue dans le tems intermédiaire entre le testament et le décès ; par exemple, si, depuis le testament fait, le testateur avait perdu les droits civils, et qu'il les eût recouvrés avant sa mort, le testament aurait tout son effet. (1)

Cette règle, que les incapacités passagères des tems intermédiaires ne sont point à considérer, s'applique également aux incapacités de recevoir. (2)

Telles sont les règles tracées par le droit romain, suivies dans l'ancienne jurisprudence française, et qui doivent encore l'être sous l'empire du Code qui n'y a point dérogé. (3)

Il en résulte que, si un mineur ou même un majeur disposait en faveur de son tuteur avant l'apurement du compte définitif, le testament serait nul, quand même il ne mourrait qu'après cet apurement, parce qu'il n'avait

(1) Furgole, ch. 4, n. 9 ; Ricard, *des donations*, part. 1, ch. 3 ; sect. 18.

[2] Solemus dicere media tempora non nocere ; ut puta civis romanum scriptus hæres vivo testatore factus est peregrinus, mox ad civitatem romanam pervenit, media tempora non nocent. L. 6, §. 3, *de hæred. instit.* ; Ricard, *ubi sup.* ; Furgole, ch. 6, n. 8.

(3) Malleville, t. 2, pag. 365 ; Grenier, *ubi sup.*

pas la capacité de tester au moment du testament. (1)

§. II.

Des époques à considérer pour la capacité des héritiers institués et des légataires.

SOMMAIRE.

89. *Distinction entre les dispositions pures et simples, et les conditionnelles.*

90. *L'époque de la mort du testateur est seule à considérer dans les dispositions pures et simples*

91. *Dans les dispositions conditionnelles, c'est la seule époque de l'accomplissement de la condition,*

92. *Pourvu que le légataire fût existant à la mort du testateur.*

93. *Objections de ceux qui prétendent que les légataires doivent être capables à l'époque de la mort du testateur, et à celle de l'accomplissement de la condition.*

94. *Si la condition n'est que dilatoire, c'est à la mort du testateur qu'il faut considérer la capacité du légataire.*

89. Il n'y a peut-être pas dans le droit romain de matière plus embrouillée que celle-ci, ni plus remplie des subtilités qu'on a reprochées à cette législation.

(1) Ricard, 1re part., n. 804; Voët, sur les pandectes, Liv. 28, tit. 5; n. 21; Grenier, *ubi sup.*

On y distinguait, 1° les dispositions universelles ou institutions d'héritier, des dispositions particulières ou legs ; 2° les dispositions pures et sans condition, des dispositions conditionnelles.

La première de ces distinctions n'est plus d'aucune considération sous l'empire du Code ; il en est autrement de la seconde.

90. A l'égard des dispositions pures et sans condition, soit universelles, soit à titre universel ou particulier, faites sous la dénomination d'héritier ou sous celle de legs, on ne doit considérer qu'une seule époque pour la capacité des héritiers ou légataires, celle de la mort du testateur. Il suffit que l'héritier institué ou légataire soit capable de recevoir à cette époque où s'ouvre son droit, et où la propriété des choses données lui est transférée ; il est indifférent qu'il ait été incapable au moment où le testament a été fait. Les testamens n'ont leur effet que par la mort du testateur ; jusque-là ils sont révocables : ce n'est qu'à ce moment qu'ils sont valides et qu'ils commencent d'avoir force de loi. Ce n'est donc qu'à la mort du testateur que les légataires ont un droit acquis ; cela est fondé sur le principe naturel, que tout testament renferme la condition que le testateur persévérera

dans la même volonté jusqu'à la mort. Le testament n'a d'autre force que celle qu'y donne cette persévérance : c'est donc la mort du testateur qui, accomplissant la condition de sa persévérance dans la même volonté, donne en ce moment même la validité au testament, de la même manière que si le testateur l'avait réitéré au moment de la mort, ou ne l'avait fait qu'en mourant. Il est évident que le donateur, qui se trouverait capable à cette époque, recueillerait le don sans difficulté, quoiqu'il fût incapable auparavant.

Le Code a suivi ces principes raisonnables dans l'article 906, qui porte : « Pour être capa- » ble de recevoir par testament, *il suffit* d'être » conçu *à l'époque du décès du testateur.* »

Donc il n'y a pas d'autre époque à considérer ; la conséquence est directe : et quoique le Code n'ait pas fait de cette disposition une règle générale, il n'est pas douteux qu'il faut l'étendre à tous les cas.

Les raisons de douter, qui existaient sous l'ancienne jurisprudence, n'existent plus aujourd'hui. Le droit romain n'ayant plus force de loi en France, on ne peut opposer la règle catonienne, (1) dont l'application aux dispositions testamentaires n'est pas fondée sur la

(1) *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile*

raison, ainsi que l'a fort bien prouvé le sage et judicieux Domat. (1) Elle n'était pas suivie en France dans les pays coutumiers, (2) où les institutions d'héritiers n'avaient que la force de legs.

Enfin il y a une raison *à fortiori* pour étendre à toutes les incapacités la décision de l'art. 906 : car enfin, s'il n'est pas nécessaire d'exister ni d'être conçu à l'époque du testament, à plus forte raison n'est-il pas nécessaire d'être capable. La plus grande incapacité, c'est la non existence. L'époque de la mort du testateur est donc seule à considérer, pour la capacité des légataires, dans les dispositions pures et simples. (3)

91. Quant aux dispositions conditionnelles, lorsque la condition s'étend au-delà du décès du testateur, le droit romain (4) n'exigeait

foret; id legatum quandocunque decesserit non valere. L. 1, ff. *de regul. Caton.*

Quæ ab initio inutilis fuit institutio ex post facto convalescere non potest. L. 210, ff. *de R. J.* L. 29, *ibid.*

(1) Part. 2, Liv. 1, sect. 2, n. 31, à la note, p. 325 et 326.

(2) Furgole, ch. 6, n. 46.

(3) C'est aussi l'opinion de M. Malleville, t. 2, p. 365; de M. Grenier, t. 1, p. 273, 2e édit.

(4) V. Ricard, part. 1, n. 814; Furgole, ch. 6, n. 14; n. 42; 44 et 45; L. 59, §. 4, ff. *de hæred. instit.*

la capacité du donataire qu'au tems de l'accomplissement de la condition, parce que c'est à cette époque que le droit est ouvert, et que le testateur est censé avoir prévu que le donataire pouvait devenir *capable avant l'événement de la condition.* C'est comme s'il avait dit : Je donne à Titius, s'il est capable de recevoir lorsque telle condition arrivera. Or, il est permis de donner à un incapable pour le tems où il sera capable. (1) Je donne à Caïus 3000 fr., si, dans deux ans après mon décès, il est naturalisé français.

Les auteurs les plus accrédités (2) enseignent que cette règle était suivie en droit français; et comme elle est fondée sur la raison, elle doit continuer d'être suivie sous le régime du Code qui n'a point de disposition contraire. L'art. 1040 veut que « toute disposition testamentaire, faite sous une condition qui en » suspend l'effet, soit caduque, si l'héritier » institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition. »

On peut en conclure qu'il en serait de même s'il était devenu incapable; par exemple, s'il était devenu étranger ayant la condition accomplie : car c'est principalement au moment de

(1) L. 62, ff. *de hæred. instit.*

(2) Ricard et Furgole, *ubi sup.*

l'acquisition du droit qu'on doit considérer si le donataire est capable. L. 49, §. 11, ff. *de hæred. instit.*

Mais faut-il de plus qu'il soit capable au tems de la mort du testateur? Aucune disposition du Code ne l'exige, et l'on ne voit pas de raison solide pour exiger ce que la loi n'exige pas. Le seul tems à considérer est donc celui où le droit est acquis, c'est-à-dire, l'époque de l'événement de la condition d'où dépend l'exécution de la disposition, sans qu'il soit nécessaire que le légataire sous condition fût capable au moment du décès du testateur.

92. Pourvu néanmoins que ce légataire fût existant ou conçu à cette dernière époque; car l'art. 906 ne distingue point entre les dispositions pures et simples et les dispositions conditionnelles: il n'excepte point les dernières de la règle générale qu'il établit, et qui est fondée sur la raison. *Esse enim debet cui datur.* L. 14, ff. *de jure codicill.*

Pour recevoir même sous condition, il faut exister. On ne saurait donner à celui qui n'est pas *in rerum naturâ*, si ce n'est dans le cas des substitutions autorisées par les art. 1048 et 1049, qui permettent de donner à l'un de ses enfans, ou bien à l'un de ses frères

ou sœurs, à la charge au donataire de rendre à ses enfans nés ou *à naître*. Hors ces deux cas, et celui de l'art. 1082, dont nous parlerons au chapitre 8, il faut exister pour recevoir, même sous condition. En cela le Code s'est écarté du droit romain, qui permettait de donner directement aux enfans à naître. (1) Il a suivi la disposition raisonnable de l'ordonnance de 1735, qui voulait aussi (art. 49) que l'institution d'héritier ne pût valoir *en aucun cas*, si celui au profit de qui elle était faite n'était ni né ni conçu lors du décès du testateur.

On en concluait, comme l'a fort bien observé Furgole, que cette disposition s'étend même aux institutions conditionnelles, et qu'elle forme exception au principe qui n'exige la capacité de l'institué qu'au tems de la condition, et non pas au tems de la mort du testateur.

93. Cependant quelques auteurs combattent ce principe, et prétendent que, dans les dispositions conditionnelles, l'héritier institué ou le légataire doit être capable, non seulement à l'époque de l'accomplissement de la condition, mais encore à la mort du testateur, parce que la condition accomplie rend le legs

[1] V. Voët sur les pandectes *de hæredibus instit.*, n. 12.

et l'institution purs et simples, et qu'elle a un effet rétroactif au tems de la mort du testateur; ce qui ne pourrait être, si le légataire n'était pas capable de recevoir à cette dernière époque. (1)

Mais cette proposition, que l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif au tems de la mort du testateur, est rejettée par les auteurs les plus exacts. (2) Les conditions des legs, dit Pothier, (3) n'ont pas un effet rétroactif au tems de la mort du testateur, en quoi elles sont différentes de celles des actes entre vifs; et la raison de différence est que, dans les actes entre vifs, ceux qui contractent stipulent ou sont censés stipuler pour

(1) Serres, Liv. 2, tit. 19, §. 4, d'après Vinnius in instit. *de hæredem qualit. et differ.*, §. 4, n. 7.

(2) Cujas in L. 78, ff. de v. obt., t. 1, opp. priorum, col. 1246. *In legatis spectatur tempus quo* conditio existit, in stipulationibus tempus contractûs.... conditio existens non retrotrahitur ad mortis tempus. Il en donne la raison en fort beau latin, que Pothier n'a fait que traduire.

[3] *Des donations testamentaires*, p. 361, et *traité des oblig.*, n^os^ 203, 208 et 222. V. aussi Ricard, *des dispositions conditionnelles*, n. 203 et 222, et l'addition de Simon; le nouveau Dénisart, v° *condition*, §. 4, p. 122; du Rousseau-de-la-Combe, v° *condition*, sect. 1, n. 12.

Furgole, *des testamens*, t. 2, p. 261 et suiv., s'efforce de prouver que les conditions ont un effet rétroactif dans les actes de dernière volonté; mais c'est une question de mots, car il enseigne d'ailleurs qu'on ne doit considérer la capacité du légataire qu'au tems de la condition.

eux et pour les héritiers ; d'où il suit que le droit qui résulte du contrat peut être, en vertu de la stipulation, acquis aux héritiers des contractans après la mort de ces derniers, lors de l'existence de la condition, qui, dans ce sens, a un effet rétroactif au tems du contrat ; au lieu que le testateur ne lègue qu'à la personne et non point aux héritiers du légataire : c'est pourquoi le droit qui résulte du testament ne peut, après la mort du légataire, être acquis à ses héritiers par l'existence de la condition à laquelle, par cette raison, on ne donne point d'effet rétroactif.

Cette doctrine a été consacrée par le Code. L'art. 1040 porte : « Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un événement incertain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition. »

94. Mais si la condition était plutôt un terme qu'une condition ; si elle était dilatoire seulement et non suspensive ; si, comme le dit l'art. 1041, elle ne faisait, dans l'intention du testateur, que suspendre l'exécution de la disposition, elle n'empêcherait pas l'héritier

institué ou le légataire d'avoir, dès le moment du décès du testateur, un droit acquis et transmissible à ses héritiers. Ainsi dans ce cas, qui revient au cas des legs purs et simples, *quia non conditione sed morâ suspenditur*, L. 79, ff. de condit. et demonst, c'est à l'époque de la mort du testateur qu'il faut considérer la capacité du légataire. On peut en donner pour exemple le cas où je charge mes héritiers de donner 1000 fr. à Paul lorsqu'il mourra. (1) Quoique Paul n'ait jamais eu le droit d'exiger le legs de 1000 fr., il n'en est pas moins irrévocablement dû dès l'instant de mon décès; l'exigibilité en est seulement retardée jusqu'à la mort de Paul : *dies cedit, sed non venit.* Paul transmet donc son droit à ses héritiers, pourvu qu'il fût capable de recevoir à l'époque de mon décès.

§. III.

De l'époque à considérer pour la capacité du donateur et du donataire dans les donations entre vifs.

SOMMAIRE.

95. *Dans tous les cas sans distinction, c'est au moment de la perfection de l'acte qu'il faut considérer la capacité du donateur et du donataire.*

(1) Autre exemple, Je donne à Paul lorsqu'il aura atteint vingt-cinq ans.

96. Quid *si le donateur et le donataire étaient capables à l'époque de la donation et non à l'époque de l'acceptation*, aut vice versâ?

95. Ce n'est qu'à l'époque de la perfection de l'acte qu'il faut considérer la capacité, tant du donateur que du donataire, dans les donations entre vifs; il n'y a point, à leur égard, de distinction à faire entre les donations pures et simples et les conditionnelles, et cela par la raison que nous avons indiquée dans le paragraphe précédent; « c'est que, suivant » l'art. 1179, la condition accomplie a un » effet rétroactif au jour auquel l'engagement » a été contracté. »

Cet article ajoute que si le créancier est mort, ses droits passent à ses héritiers.

96. Suivant les articles 932 et 938, la donation est parfaite par le seul consentement des parties, c'est-à-dire, lorsqu'elle est acceptée; mais l'acceptation peut être faite, *du vivant* du donateur, par un acte séparé. Il est donc possible que le donateur et le donataire fussent incapables au tems de la donation et capables au tems de l'acceptation, *aut vice versâ.*

Si le donateur était incapable au tems de la donation, l'acte serait nul et ne pourrait être accepté.

Si le donateur capable au moment de la donation devenait incapable avant l'acceptation, la donation ne pourrait plus être acceptée, parce qu'elle ne reçoit sa perfection qu'au moment de l'acceptation, moment auquel les deux volontés ne peuvent plus concourir.

Si le donataire était capable au moment de la donation et incapable au moment de l'acceptation, il est évident que l'acceptation serait nulle et sans effet.

Mais s'il était incapable (1) au moment de la donation et capable au moment de l'acceptation, le donateur ayant persévéré dans la même volonté sans révoquer, il semble que la donation serait valide, parce qu'il y a concours des deux volontés au moment de l'acceptation.

(1) Ex. Donation faite à un émigré le 15 octobre ; il n'est rayé que le 18, et il accepte le 20.

CHAPITRE III.

De la portion de biens disponible et de la réduction.

SECTION Ire.

De la portion de biens disponible et de la réserve.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

97. *Pourquoi on a mis des bornes à la faculté de donner.*
98. *Disposition des coutumes de France à ce sujet.*
99. *Les dispositions du Code sur les réserves fondées sur le droit naturel.*

97. La propriété est le droit de disposer de la manière la plus absolue, et la libéralité est une vertu qui mérite d'être encouragée. Pourquoi donc a-t-on cru devoir lui mettre des bornes?

C'est que la bienfaisance doit céder à la justice. Avant de songer à faire des libéralités, l'homme doit remplir ses devoirs; avant de donner, il doit acquitter ses dettes. En devenant père, en devenant mère, l'homme et

la femme contractent des obligations envers leur postérité. La nature leur dit qu'ils sont obligés de conserver au moins une partie de leurs biens aux enfans qui leur doivent le jour. C'est cette portion sacrée que la loi détermine et qu'elle rend indisponible.

Les pères et les mères, égarés par des passions, ne suivent pas toujours les sentimens de la nature. Il a donc fallu les contraindre à s'acquitter des devoirs que leur qualité leur impose.

De là les lois qui, chez les peuples les plus civilisés, (1) ont réservé aux enfans une portion des biens de leurs père et mère; cette portion fut appelée *légitime* chez les romains. Ce peuple, d'ailleurs, si jaloux du droit indéfini de tester, apprit, par l'expérience, qu'il est injuste et contraire à la nature de tout

[1] Chez les anglais on peut disposer de tous ses immeubles par testament, mais d'un tiers seulement des meubles ou choses personnelles : les deux autres tiers, réservés pour la femme et les enfans, sont appelés la *portion raisonnable*. V. Hallifax, *analysis of Roman Law*; Book 2, ch. 6, n. 7; Blackstone, *commentaires*, etc., t. 2, p. 492, édit. in-8°. Lond., 1783.

Dans la plupart des coutumes de France, au contraire, les réserves ne s'étendaient qu'aux biens propres, et non pas aux acquêts ni aux meubles. Il faut en excepter la coutume de Bretagne, art. 199.

Chez les germains on ne pouvait donner ses immeubles que du consentement de ses héritiers. V. Heineccius, elem. jur. germ., Lib. 2, §. 357.

donner à des étrangers, sans rien laisser à des enfans qui n'ont pas mérité l'exhérédation. On obligea donc les pères et mères à leur réserver une portion de biens, ou, ce qui est la même chose, on autorisa les enfans à la réclamer. On regardait comme n'ayant pas joui d'une raison suffisante pour tester, les pères et mères qui avaient disposé de tous leurs biens sans songer à leurs enfans. On rejettait le testament comme *inofficieux*, c'est-à-dire, contraire aux devoirs de la nature; ou l'on réduisait les dons contenus dans le testament, lorsque le testateur n'avait pas laissé à ses enfans la portion légitime.

Les lois romaines accordèrent même l'action en réduction contre les donations entre vifs appelées inofficieuses, lorsqu'elles ne laissaient pas cette légitime intacte; (1) mais elles n'étendirent jamais cette action contre les aliénations à titre onéreux. (2)

98. Les coutumes de France allèrent plus loin; elles établirent des réserves en faveur de tous les parens, même des collatéraux les plus éloignés. Dans certaines coutumes, il

(1) Cujas *Paratitta*, in Cod. de in offic. donat., L. 87, §. 3, ff. de leg. 2.

(2) V. Voët sur les pandectes, Lib. 5, tit. 2, n. 51; Vasquez, controv. illust., Lib. 1, cap. 37.

n'existait aucune disposition particulière en faveur des enfans, outre la réserve coutumière faite en faveur de tous les parens en général. (1) Dans d'autres, il y avait des dispositions particulières en faveur des enfans, (2) et ces dispositions étaient de deux espèces.

Les unes établissaient une légitime en faveur des enfans, c'est-à-dire, une portion de biens qui leur était réservée par la loi;

Les autres concernaient le douaire que le droit commun avait établi en faveur des femmes dans toutes les coutumes. Ce douaire légal consistait dans l'usufruit du tiers (3) ou de la moitié (4) de tous les héritages que doit le mari au jour de la bénédiction nuptiale, et de ceux qui lui avenaient depuis par succession directe ou collatérale.

Certaines coutumes donnaient aux enfans la propriété de ce douaire; elles voulaient qu'il fût le propre héritage des enfans venus du mariage, de manière que, dès l'instant du mariage, les père et mère ne pouvaient plus

[1] Bretagne, art. 199.

(2) Paris, art. 249; Normandie, art. 384 et 386, et beaucoup d'autres. V. la conférence de Ferrière sur l'art. 249.

(3) Normandie, 367.

[4] Paris, 248.

vendre le douaire, l'engager ni l'hypothéquer au préjudice de leurs enfans. (1)

Outre la propriété du douaire que ces coutumes assuraient aux enfans, elles avaient établi une légitime, (2) c'est-à-dire, une portion que la loi réservait aux enfans. Cette légitime s'étendait sur les biens de la mère comme sur ceux du père; mais elle n'était prise que sur les biens existans à leur mort, en y réunissant ceux dont ils avaient disposés à titre gratuit, et non sur ceux qu'ils avaient aliénés à titre onéreux.

La seule coutume de Normandie, appelée sage par excellence, en établissant une légitime (404) sur les biens de la mère, comme un douaire sur ceux du père, voulut que cette légitime ne pût également être hypothéquée ni aliénée; c'était, comme le douaire, une portion sacrée que la loi assurait aux enfans, indépendamment de la mauvaise conduite des père et mère.

99. Quand le projet de Code fut discuté, on songea moins à faire la loi la plus parfaite qu'à en faire une qui pût concilier les partis opposés: on ne proposa pas de donner

[1] Paris, art. 249; Loisel, règles du droit français, Liv. 1, tit. 3, reg. 27.

[2] Paris, art. 298 et autres. V. la conférence de Ferrière.

aux enfans une légitime inaliénable à titre onéreux, comme dans les coutumes dont nous venons de parler; on aurait craint ou de nuire au commerce et à l'industrie, ou de porter atteinte au libre exercice du droit de propriété.

Cependant l'expérience avait prouvé que l'impuissance où ces coutumes avaient mis les pères de famille d'aliéner la légitime de leurs enfans, ne portait aucun préjudice à l'activité du commerce ni de l'industrie; et, d'un autre côté, on reconnaissait que si les pères de famille doivent rester libres dans l'exercice de leur droit de propriété, ils doivent remplir les devoirs que la paternité leur impose; que l'obligation de laisser une portion de leurs biens à leurs enfans est au nombre de ces devoirs, dont la loi ne doit, *dans aucun cas*, *autoriser la violation*, (1) et que le droit des enfans sur les biens de leurs père et mère est un droit naturel. On se borna donc à établir une réserve, dont les pères et mères ne peuvent disposer à titre gratuit. Mais quelle devait être la quotité de cette réserve?

[1] M. Bigot-Préameneu, exposé des motifs, t. 4, p. 270, édit. de Didot.

§. Ier.

De la réserve des enfans.

SOMMAIRE.

100. *La quotité de la réserve varie suivant le nombre des enfans.*

101. *Elle est la même dans les donations entre vifs et testamentaires ; il en était autrement dans les coutumes de France.*

102. *Les petits-enfans ne sont comptés que pour ceux qu'ils représentent.*

103. *Les enfans adoptifs ont une réserve,*

104. *Ainsi que les enfans naturels.*

105. *L'absent ne peut être compté, si son existence n'est pas prouvée.*

106. *La réserve est une portion de l'hérédité ; ceux qui renoncent n'y peuvent prétendre.*

107. *Différence des principes du droit romain et des coutumes à cet égard.*

108. *Le Code a suivi les principes des coutumes.*

109. *La part des renonçans dans la réserve accroît à ceux qui acceptent la succession,*

110. *Même lorsque l'enfant donataire renonce pour s'en tenir à son don.*

100. Après beaucoup de discussions, la légitime ou la réserve des enfans fut fixée à la moitié des biens du disposant, s'il n'a qu'un

enfant légitime ; aux deux tiers, s'il en a deux ; aux trois quarts, s'il en a trois ou un plus grand nombre, 913.

101. Le surplus des biens forme la portion disponible, celle dont le père de famille peut disposer par don entre vifs ou testamentaire ; car le Code ne fait aucune différence entre ces deux modes de disposer, en ce qui concerne la quotité disponible : il n'en fait également aucune entre les biens meubles et immeubles.

Il en était autrement sous l'empire des coutumes de France, dont l'esprit était infiniment contraire aux donations : leur vœu bien marqué était de conserver les biens dans les familles, comme une sorte de substitution graduelle, et de les faire passer aux héritiers du sang, suivant l'ordre établi par la loi.

Cependant, comme celui qui donne entre vifs préfère le donataire à lui-même, on ne peut voir dans ces donations que l'exercice légitime du droit de propriété : il fut donc permis, du moins dans la plupart des coutumes, de donner tous ses biens entre vifs, ainsi qu'on aurait pu les vendre. (1)

[1] Paris, art. 272, et *ibi* la conférence de Ferrière ; *secùs* en Bretagne, art. 199.

Au contraire, dans les testamens et donations à cause de mort, où le donateur se préfère au donataire, et ne dispose qu'au préjudice de ses héritiers, il ne fut permis de donner qu'une faible partie de ses propres.

Cette différence, supprimée par le Code, entre la faculté de donner entre vifs et celle de donner à cause de mort, avait rendu nécessaires, dans l'ancienne jurisprudence, plusieurs dispositions qu'on a conservées dans le Code, sans faire attention que le motif qui les avait fait introduire n'existe plus aujourd'hui, comme nous le verrons dans la suite.

102. En accordant une réserve aux enfans, la loi comprend, sous cette dénomination, les descendans à quelque degré que ce soit; mais les petits-enfans ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant, 914.

Si donc un père de famille avait un fils unique, qui mourût laissant quatre ou cinq enfans, la réserve de ces derniers dans les biens de leur aïeul ne serait que d'une moitié, comme l'eût été celle de leur père. (1)

[1] M. Levasseur, traité de la portion disponible, page 26, pense que, dans ce cas particulier, la réserve est des trois quarts; il se fonde sur les derniers mots de l'art. 914 : « Ils ne sont (les

103. L'art. 350 donnant aux enfans adoptifs, sur les biens de l'adoptant, les mêmes droits qu'aux enfans nés en mariage, ils ont les mêmes droits à la réserve. V. ce que nous avons dit au titre de l'adoption, t. 2, p. 315.

104. Quant aux enfans naturels, nous avons vu, au titre des successions irrégulières, qu'ils ont aussi une réserve, et nous avons expliqué en quoi elle consiste. V. t. 4, p. 258.

105. Par une conséquence directe de l'art. 135 du Code, l'enfant absent ne peut faire nombre pour la computation de la réserve, à moins que les autres enfans ne prouvent qu'il existait à l'ouverture de la succession.

106. Il faut bien observer que la légitime réservée aux enfans sur les biens donnés, soit à titre universel, soit à titre singulier, est une portion de l'hérédité.

De là deux conséquences remarquables, l'une que les enfans n'ont droit à la réserve

» petits-enfans) comptés que pour l'enfant qu'ils représentent. » Or, dit-il, dans le cas proposé, les petits-enfans viennent de leur chef : il se trompe, et M. Grenier l'a réfuté dans son traité des donations, t. 2, p. 257. L'art. 740 porte que la représentation est admise *dans tous les cas*, soit que les enfans du défunt concourent avec les descendans d'un enfant prédécédé, soit que tous les enfans du défunt, étant morts avant lui, les descendans desdits enfans se trouvent entre eux en degrés égaux ou inégaux.

D'ailleurs la quotité disponible du père de famille ne peut dépendre du prédécès de son enfant.

qu'en qualité d'héritiers, (1) et que, par conséquent, celui qui renonce à la succession ne peut rien prétendre à la réserve.

107. Dans les pays de droit écrit, on pensait que la légitime n'était pas due à l'enfant en qualité d'héritier, mais en qualité d'enfant. (2) Ainsi l'enfant qui renonçait à la succession pouvait néanmoins demander sa légitime.

Dans les pays de coutume, le principe était qu'on ne peut réclamer la légitime sans être héritier. *Non habet legitimam nisi qui hæres est*, dit Dumoulin. (3) La renonciation à la succession emportait donc l'exclusion de la légitime. (4)

Cette différence dans la manière de considérer la réserve tenait aux principes différens sur le fondement des successions.

Dans le droit romain, la volonté de l'homme faisait les héritiers. Le père pouvait exclure ses enfans de sa succession, en choisissant un

(1) Cela résulte des art. 917, 1005, 1007, 1011, 1013 et 1014. V. Grenier, t. 2, p. 318, n. 589.

(2) Furgole, des testamens, ch. 8, sect. 3, n. 77, 79, et ch. 10, sect. 2, n. 39 et suiv. Serres, p. 290.

(3) Sur l'art. 125 de l'ancienne coutume de Paris, t. 1, opp. p. 884; Ricard, des donat., part. 3, n. 978; Lebrun, des successions, Lib. 2, ch. 3, sect. 1, n. 9 et suiv.; Pothier, des donations entre vifs, p. 192, sect. 3, art. 5, §. 1.

(4) Ricard, *ubi sup.*

héritier. La légitime accordée aux enfans fut donc considérée comme une grace plutôt que comme un droit ; ce fut un secours accordé aux enfans, une dette établie en leur faveur sur la succession.

Dans les coutumes, au contraire, c'était la loi qui faisait les héritiers, et non la volonté de l'homme. Les institutions d'héritier n'étaient considérées que comme des legs, valables seulement jusqu'à concurrence de la portion disponible. L'héritier du sang était saisi par la loi. Les légataires institués sous le nom d'héritiers étaient obligés de lui demander la délivrance de leurs legs. La réserve était donc réellement une portion de l'hérédité, à laquelle on ne pouvait avoir droit qu'en qualité d'héritier. (1)

108. Ce sont ces derniers principes qu'a suivis le Code dans les articles 1003 et 1004. C'est donc une maxime certaine que la réserve est une portion de l'hérédité, et que le droit à la réserve est un droit héréditaire, un droit attaché à la qualité d'héritier.

(1) Lorsqu'il s'agit de faire réduire des donations entre vifs, on ne voit pas aussi clairement que la réserve soit une portion de l'hérédité, car l'héritier est obligé de venir par voie d'action pour demander la réduction. Mais cette demande, dit Pothier, *ubi sup.*, est une espèce de pétition d'hérédité ; car, pour demander la réduction, il faut composer la masse de l'hérédité, afin de prouver qu'il n'existe pas de biens suffisans pour la réserve.

109. Une autre conséquence de ce principe est que si l'un des enfans renonce à la succession, la part qu'il aurait eue à la réserve accroît aux enfans qui acceptent, et non pas au donataire ou à l'héritier institué, conformément à l'art. 786, qui porte que la part du renonçant accroît à ses cohéritiers. La réserve une fois fixée par le nombre des enfans existans ou représentés à la mort du disposant, ne décroît point par la renonciation de l'un d'eux. (1)

110. La part que l'enfant renonçant aurait eue dans la réserve ou portion indisponible, accroît également aux autres enfans qui acceptent la succession, dans le cas où c'est un enfant avantagé, sans dispense de rapport, qui renonce pour s'en tenir à son don, en vertu de l'art. 845.

Mais si le don qu'il a reçu excédait la portion disponible, et qu'il fût obligé de rapporter, pourrait-il retenir, outre la portion disponible, la part qu'il aurait eue dans la réserve, si le don avait été fait à un étranger ?

Il le pouvait sous l'empire de la coutume de Paris ; il lui suffisait de délivrer aux autres

[1] M. Grenier l'a fort bien prouvé t. 2, p. 264.

enfans la légitime qui leur était due. (1) L'art. 307 le lui permettait ; il était ainsi conçu : » Néanmoins où celui (l'enfant) auquel on » aurait donné se voudrait tenir à son don, » faire le peut en s'abstenant de l'hérédité, » *la légitime réservée aux autres enfans.* »

C'était une suite du principe établi dans l'article 298, que la légitime n'était qu'une portion déterminée de ce que *chacun enfant* eût eu dans la succession, s'il avait succédé *ab intestat ;* de manière que la réserve personnelle des enfans renonçant à la succession n'accroissait pas aux autres, mais au donataire soumis à l'action en réduction. (2)

Mais les principes du Code sont tout opposés. (3) La réserve ou portion indisponible est établie sur une autre base : ce n'est plus cette attribution particulière faite à chacun enfant personnellement d'une portion de ce qu'il aurait eu dans la succession *ab intestat.* L'art. 913 met le patrimoine du père de famille en deux masses, chacune irrévocablement fixée à une quotité de biens plus ou moins

(1) V. Pothier, des donations entre vifs, p. 208, sect. 3, art. 5, §. 5.

(2) V. Ricard, des donations entre vifs, part. 2, ch. 8, sect. 7, n. 1046 ; Lebrun, des successions, Liv. 2, ch. 3, sect. 6, et Liv. 3, ch. 8, sect. 2, n. 76.

(3) M. Grenier en convient t. 2, p. 267.

grande, suivant le nombre d'enfans existans à son décès, soit qu'ils acceptent, soit qu'ils renoncent. L'une de ces masses est disponible, l'autre ne l'est pas. Il en résulte que la part que les enfans renonçans à la succession auraient eue dans cette dernière, ne peut accroître à la portion disponible, ni appartenir au donataire, mais aux autres enfans.

L'art. 845 est une conséquence de ces principes; il porte : « L'héritier qui renonce à la » succession peut cependant retenir le don » entre vifs, ou réclamer le legs à lui fait, » *jusqu'à concurrence de la portion dispo-* » *nible.* »

Donc il ne peut retenir ou réclamer au-delà; donc il ne lui suffit pas, comme dans la coutume de Paris, de délivrer la légitime réservée à chacun des autres enfans.

Cependant M. Grenier (1) a pensé que dans ce cas l'enfant avantagé, qui renonce à la succession, peut retenir non seulement la portion disponible, mais encore la part qu'il aurait eue dans la réserve, si le don avait été fait à un étranger, parce que, dit-il, le don ou le legs s'impute d'abord sur la réserve personnelle de l'enfant avantagé; il en est

(1) M. Grenier, traité des donations, t. 2, p. 271 et suiv.

saisi par la loi ; et quant à la portion disponible, il n'en doit point le rapport, puisqu'il renonce à la succession.

Mais s'il renonce, il n'est point saisi de sa portion dans la réserve à laquelle il ne peut rien prétendre qu'en qualité d'héritier, comme l'a fort bien prouvé le même jurisconsulte. Nous ne pouvons donc nous rendre à son opinion qui nous paraît inconciliable avec l'art. 845; elle est d'ailleurs contraire à la volonté du père de famille, qui, en ne dispensant point l'enfant avantagé du rapport, n'a pas entendu lui faire le double avantage et de la portion disponible, et d'une part dans la réserve ou portion indisponible, comme dans le cas du don par préciput et hors part. Cependant il résulterait de l'opinion que nous combattons, et l'auteur en convient, (1) qu'il

[1] Ibid., p. 277. L'auteur, pour soutenir son opinion, prétend que si l'enfant donataire ne pouvait pas retenir sur l'objet donné et la portion disponible et sa réserve, il en résulterait une injustice choquante. Supposons, dit-il, que le père de famille eût 24,000 fr. et deux enfans; il donne tout à l'un d'eux, et meurt. L'enfant avantagé renonce à la succession pour s'en tenir à son don. La portion disponible n'étant que du tiers, il ne pourra retenir que 8000 fr., tandis que sa portion héréditaire serait de 12,000 fr., s'il n'y avait point de don.

La réponse est facile. L'enfant avantagé se gardera bien de renoncer; il acceptera la succession, et rapportera 12,000 fr. à son frère. Ainsi tout rentrera dans l'ordre.

Au contraire, dans l'opinion de M. Grenier, l'enfant avantagé

n'y aurait sous ce rapport aucune différence entre le don fait sans dispense de rapport, et le don par préciput et hors part; ce qui nous paraît contraire aux art. 844 et 845.

§. II.

De la réserve des ascendans.

SOMMAIRE.

111. *Fondement de cette réserve.*

112. *Les frères et sœurs n'ont point de réserve, lors même qu'ils concourent avec les ascendans, ou qu'ils les excluent.*

113. *Tous les ascendans, même les aïeux, ont une réserve.*

114. *Ils n'en ont point lorsqu'ils ne sont pas appelés à la succession, et pourquoi. Sagesse de cette disposition.*

115. *La réserve des ascendans est prélevée sur les biens restans, avant de pouvoir exiger la réduction des donations.*

116. *Quotité de la réserve des ascendans.*

retiendrait d'abord 8000 fr. pour la portion disponible, puis encore 8000 fr. pour sa moitié du restant. Il aurait donc 16,000 fr., et l'autre enfant 8000 fr. seulement; ce qui serait contraire à l'équité et même à la volonté du père de famille, qui, en ne dispensant point l'enfant donataire du rapport, n'a pas voulu l'avantager au-delà de sa portion héréditaire.

111. A l'exemple du droit romain, (1) le Code Napoléon établit une réserve en faveur des ascendans. Cette réserve est fondée sur le principe que les droits et les devoirs sont réciproques entre les pères et mères et leurs enfans. (2)

Il faut cependant avouer que les devoirs des enfans envers leurs pères et mères ne sont point à cet égard aussi étendus que ceux de ces derniers envers leur postérité. Non seulement les pères et mères sont obligés de nourrir leurs enfans, mais de plus, en leur donnant le jour, dans l'état civil, où tout est approprié, ils sont rigoureusement tenus de travailler, autant qu'il est en eux, à leur transmettre les avantages et les biens dont ils jouissent eux-mêmes dans cet état; (3) autrement les hommes y naîtraient de pire condition que dans l'état de nature, obligés de respecter les propriétés de tous les autres, et perdant celles de leurs auteurs, sans trouver, comme dans l'état de nature, aucunes terres vagues que le premier occupant puisse s'approprier.

Le devoir des enfans, au contraire, paraît

(1) L. L. 10, 14 et 15, ff. *de inoffic. testam.*

[2] Bigot-de-Préameneu, exposé des motifs, t. 4, p. 175, édit. de Didot; Wolff, jus nat., part. 7, §. 985.

[3] Wolff, *ibid.*, §. 1024.

naturellement borné à rendre à leurs pères et mères les soins qu'ils en ont reçu dans leur enfance, et à leur procurer l'aisance honorable qu'exige leur âge et leurs infirmités.

De là l'obligation imposée à l'enfant qui, contre le vœu de la nature, décède avant les auteurs de ses jours, de leur laisser dans ses biens une portion suffisante, mais qui pourrait varier suivant leurs ressources et leurs besoins. C'est cette portion incertaine que la loi détermine et qu'elle réserve aux ascendans : le surplus est disponible, et peut être employé par l'enfant à des actes de bienfaisance envers des étrangers, sans qu'on puisse dire qu'il a manqué à ses devoirs de piété.

Les ascendans n'ont jamais de réserve lorsqu'il existe des descendans du défunt, parce que ceux-ci sont toujours préférables, et qu'il ne peut y avoir deux sortes de réserves sur le même patrimoine. D'ailleurs, comme les petits-enfans succèdent aux obligations de leurs pères et mères envers leurs aïeux, 205, une réserve en faveur de ces derniers devient alors sans objet.

112. Celui qui n'a ni descendans ni ascendans vivans n'est gêné par aucune réserve dans la disposition de ses biens; il peut les donner

en totalité, par acte entre vifs ou par testament, 916. Les frères ou sœurs même n'ont point de réserve à prétendre, parce qu'ils n'ont point un droit parfait (1) à la succession de leurs frères et sœurs, ni pour exiger d'eux des alimens.

Cependant ils concourent avec les pères et mères à la succession de leurs frères et sœurs, et ils en excluent les aïeux, 750-751.

Ce droit de concourir avec les père et mère, et cette préférence des frères et sœurs sur les aïeux, ont paru difficiles à concilier avec la dénégation d'une réserve, qui n'est autre chose, comme nous l'avons vu, qu'une portion de l'hérédité. De là des critiques et des difficultés qui prennent leur source dans l'art. 915, mais qui s'évanouissent quand on a pénétré le sens et l'esprit de ses dispositions. Il porte que « les libéralités, par acte entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendans dans chacune des lignes paternelle et maternelle, et les trois quarts s'il ne laisse d'ascendans que dans une ligne.

Les biens ainsi réservés au profit des ascendans, seront par eux recueillis dans l'ordre

(1) Wolff, ibid., §. 1025.

où la loi les appelle à succéder : ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée. »

On a demandé sur cet article, 1° si les aïeux ont une réserve, ainsi que les pères et mères; 2° s'ils en ont une lorsqu'ils ne sont pas appelés à succéder; 3° enfin en quoi consiste la réserve des ascendans.

113. Il est d'abord évident que l'article 915 établit une résesve en faveur des aïeux, aussi bien qu'en faveur des pères et mères, puisqu'il s'est servi du terme générique d'ascendans, et que d'ailleurs il prévoit le cas où il se trouvera plusieurs ascendans dans chacune des lignes; ce qui ne peut concerner que les aïeux.

114. Mais ont-ils une réserve lorsqu'ils ne sont point appelés à succéder?

Le doute vient de ce qu'en établissant une réserve en faveur de tous les ascendans en général, l'art. 915 n'en exclut pas les aïeux, dans le cas où il existe des frères ou sœurs, ou des descendans de frères ou sœurs.

Mais si cette exclusion n'est pas exprimée dans la première disposition, elle l'est implicitement dans la seconde : « Les biens réservés

» au profit des ascendans seront par eux
» recueillis dans l'ordre où la loi les appellent
» à succéder. » (1)

Donc ils n'ont rien à recueillir s'ils ne sont pas appelés à succéder : la conséquence est juste et naturelle.

Ce principe s'étend même aux ascendans du premier degré. Ainsi les pères et mères n'ont point de réserve sur les biens de leurs enfans, lorsque ceux-ci laissent des descendans, parce qu'alors les pères et mères ne sont point appelés à succéder.

C'est avec sagesse que la loi leur refuse une réserve en ce cas ; car les descendans du défunt sont préférables aux ascendans dans l'ordre de la nature, et d'ailleurs les petits-enfans succèdent aux obligations de leurs pères et mères envers leurs aïeux. La loi donne à ces derniers une action alimentaire contre leurs petits-enfans pendant que ceux-ci sont

[1] V. Jaubert, exposé des motifs, t. 4, p. 33, in fin., édit. de Didot ; Delvincourt, t. 2, p. 115, à la note.

Malleville prétend que cette phrase n'est relative qu'aux ascendans entre eux, mais il ne le prouve point. L'énonciation est générale, et paraît ajoutée pour limiter la disposition précédente, qui établit une réserve en faveur de tous les ascendans en général, soit au premier, soit au second degré.

Il est pourtant vrai que l'article pouvait être mieux rédigé. S'il était conçu négativement, il serait plus clair. « Les biens ainsi
» réservés au profit des ascendans *ne* seront par eux recueillis *que*
» dans l'ordre où la loi les appelle à succéder. »

vivans, et un droit héréditaire ou une réserve en cas de prédécès.

Ainsi encore, par une conséquence de la même disposition, les aïeux n'ont point de réserve sur les biens de leurs petits-enfans, lorsque les père et mère existent, parce qu'en ce cas ils ne sont point appelés à succéder. Qu'est-il nécessaire d'établir une réserve en leur faveur, tandis qu'ils ont leurs enfans que la nature et la loi chargent de pourvoir à leurs besoins?

Ainsi encore, toujours par la même raison, les aïeux n'ont point de réserve à prétendre tandis qu'ils ont des descendans vivans, soit frères ou sœurs du disposant, soit enfans de frères ou sœurs, parce qu'en ce cas la loi n'appelle point les aïeux à succéder. Ils n'ont point à se plaindre de n'avoir pas de réserve, puisque si le défunt n'avait pas donné ses biens, ils auraient été recueillis par les frères et sœurs, ou bien par les descendans des frères ou sœurs du disposant.

Ainsi les dispositions du Code sont sages et cohérentes:

Règle générale; tous les ascendans ont droit à une réserve.

Limitation; pourvu qu'ils soient appelés à succéder: car la réserve est une portion de

l'hérédité qu'ils ne peuvent recueillir que dans *l'ordre où la loi les appellent à succéder.*

115. Les frères ou sœurs du défunt qui concourent à la succession avec les père et mère, ne peuvent profiter de leur réserve, puisque la loi ne leur en accorde point. Il en résulte que, si la disposition n'est pas universelle, les père et mère commencent par prélever leur réserve sur les biens dont le défunt n'a pas disposé. Ce qui reste après ce prélèvement, s'il restait quelque chose, est partagé entre les frères et sœurs.

Il en serait de même si, à défaut de frères et sœurs, les aïeux concouraient avec des collatéraux plus éloignés, 753; ces aïeux commenceraient toujours par prendre à compte de leur réserve les biens dont le défunt n'aurait pas disposé, avant de pouvoir exiger la réduction des donations ou legs. (1)

C'est ce que veut la disposition finale de l'art. 915, qui porte « que les ascendans auront seuls droit à la réserve, dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée. »

Le principe que les biens dont le défunt

(1) Malleville, p. 384; Grenier, t. 2, p. 292 et suiv.

n'a pas disposé doivent être épuisés par la réserve avant d'en venir à la réduction des donations, était établi dans l'ancienne jurisprudence par l'art. 34 de l'ordonnance de 1731, sur les donations.

116. La quotité de la réserve des ascendans ne varie point comme celle des enfans; elle est du quart de tous les biens de l'enfant décédé, s'il n'y a d'ascendans que dans l'une des lignes, et de la moitié (1) s'il y a des ascendans dans les deux lignes, 915; en deux mots, elle est du quart (2) de la totalité des biens pour les ascendans de chaque ligne, n'y en eût-il qu'un seul.

Ainsi la réserve des père et mère est égale à leur portion héréditaire, lorsqu'il existe des frères et sœurs du défunt, ou des descendans de frères ou de sœurs: et s'il n'en existe point, elle est d'une moitié de leur droit

[1] V. M. Grenier, t. 2, p. 288 et 293, à la note 1. Il réfute M. Levasseur, qui a soutenu que la réserve des ascendans ne peut jamais être que de la moitié de ce que chacun d'eux aurait eu s'il avait succédé; de manière que, par ces mots de l'art. 915, les libéralités ne pourront excéder *la moitié des biens*, etc., on ne devrait entendre que la moitié des biens que l'ascendant qui a droit de réserve aurait recueilli à titre héréditaire, et non la moitié du disposant: cette opinion parait insoutenable. L'art. 915 est une suite de l'art. 913, qui parle expressément de tous les biens du disposant.

[2] Elle peut être bornée à la nue propriété de ce quart, si la disposition qui y porte atteinte est en faveur de l'un des époux, 1094.

héréditaire ; car, dans ce cas, ils auraient succédé à la totalité des biens affectés à leur ligne, 753. Elle est donc proportionnellement plus forte que celle des enfans ; mais ce n'est point un inconvénient, puisque les enfans qui n'ont point de réserve sur les biens de leurs frères et sœurs, retrouvent celle des pères et mères dans la succession de ces derniers.

§. III.

Des cas où la quotité de la réserve augmente ou diminue.

SOMMAIRE.

117. *Du cas où le mineur donateur laisse des ascendans et des collatéraux. Explication de l'art.* 904.

118. *De la cumulation des dons faits à l'un des époux et à un étranger, ou à l'un des enfans. Renvoi.*

La quotité de la réserve augmente si les legs ont été faits par un mineur. Nous avons vu que, parvenu à l'âge de seize ans, il ne peut disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer, 904.

117. Nulle difficulté à cet égard, s'il n'y a qu'une espèce d'héritiers, soit descendans, soit ascendans ; mais il s'élève une difficulté

s'il y a concours de plusieurs espèces d'héritiers, tels que des ascendans et des collatéraux. Un mineur riche de 24,000 fr. meurt, laissant pour héritiers un aïeul paternel, un cousin maternel et un légataire universel. La réserve du premier est du quart, c'est-à-dire de 6000 f.; reste 18,000 fr. pour la portion dont un majeur aurait pu disposer. Le mineur peut donc disposer de 9000 fr.; cela est évident. Mais comment seront partagés les 15,000 fr. restant? Comme l'auraient été les 24,000 fr., s'il n'y avait pas eu de don; c'est-à-dire, par moitié entre les lignes paternelle et maternelle, conformément aux art. 746 et 753. Ainsi le légataire aura 9000 fr., l'aïeul paternel 7500 fr., et le cousin paternel 7500 fr. Cela nous paraît encore évident.

Cependant M. Grenier, traité des donations, t. 2, p. 297, pense que l'aïeul doit avoir 9000 f., le cousin maternel 6000 fr. seulement, et le légataire 9000 fr., parce que, suivant lui, en permettant au mineur de léguer *la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer*, l'art. 904 a entendu *la moitié des biens qui seraient revenus personnellement à chacun des héritiers*. Or, s'il n'y avait pas eu de don, il serait revenu 12,000 fr. à l'aïeul et 12,000 fr. au cousin. Un majeur aurait pu priver l'aïeul

de 6000 fr., et le cousin de la totalité des 12,000 fr. Donc le mineur n'a pu priver l'aïeul que de 3000 fr. et le cousin de 6000 fr.

Cette interprétation nous paraît aussi contraire à l'art. 904 qu'aux articles 746 et 753. Le premier n'a eu pour objet que de fixer la quotité dont le mineur peut disposer, et non de régler la manière dont le surplus des biens doit être partagé entre ses différens héritiers, partage déjà réglé par les articles 746 et 753. Soutenir qu'en disant que le mineur ne peut disposer que *jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer*, l'art. 904 a voulu dire, *sous un rapport distributif*, la moitié des biens *qui seraient revenus personnellement à chacun des héritiers*, c'est dénaturer le texte, le traduire d'une manière infidelle, pour en tirer des conséquences contraires à la loi, et rentrer dans l'opinion justement combattue par M. Grenier, p. 288, celle de M. Levasseur, qui soutient que, par ces mots de l'art. 913, *les libéralités* ne peuvent excéder *la moitié des biens du disposant*, on doit entendre *les biens* qui *seraient revenus à titre de portion héréditaire* à celni qui a une réserve, et *non les biens laissés par le défunt.*

D'ailleurs, dans l'espèce où un mineur riche

de 24,000 fr. aurait donné 9000 fr., il ne peut être question de réserve en faveur de son aïeul : car, suivant l'art. 915, les ascendans n'ont de réserve à prétendre que *dans les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée.* Dans l'espèce proposée, la réserve de l'aïeul était fixée au quart, c'est-à-dire à 6000 fr., et le partage en concurrence avec le cousin maternel donne 7500 fr. à l'aïeul : donc il ne peut être question de réserve.

Supposant toujours une fortune de 24,000 f., si l'enfant décédé avait laissé pour héritiers ses père et mère, et des frères et sœurs, la réserve des premiers étant de moitié, c'est-à-dire de 12000 fr., art. 915, il aurait pu, s'il avait été majeur, disposer des 12,000 fr. revenant à ses frères et sœurs. Etant mineur, il ne peut disposer que de 6000 fr.; reste 18,000 fr. indisponibles. Cette somme partagée par moitié entre les père et mère d'un côté, et les frères et sœurs de l'autre, conformément à l'art. 748, ne donnerait que 9000 fr. pour le partage des premiers : ils prélèveront donc leur réserve de 12,000 fr.; il restera 6000 f. pour les frères et sœurs.

Si le mineur ne laissait que son père et des

collatéraux de l'autre ligne, la réserve du premier n'étant que de 6000 fr., un majeur aurait pu donner 18000 fr.; le mineur n'en peut donner que 9000 fr.; reste 15,000 fr., dont 7500 fr. pour le père, et 7500 fr. pour les collatéraux de l'autre ligne.

L'art. 754 donne de plus au père et à la mère, qui concourent avec des collatéraux autres que les frères et sœurs du défunt, l'usufruit du tiers des biens auxquels ils ne succèdent pas. Il en résulte qu'outre les 7500 f. que le père recueille dans l'espèce proposée, il aura l'usufruit du tiers des 7500 fr. qui reviennent aux collatéraux; mais cet usufruit ne peut s'étendre ni pour un tiers ni pour un sixième, comme le pense M. Grenier, p. 298, sur les 9000 fr. revenant au légataire : car l'art. 754 ne s'applique qu'aux biens qui font partie de la succession, et non pas aux héritages dont l'enfant a disposé; et si l'art. 904 limite les libéralités du mineur à la moitié de ce que peut donner un majeur, cette moitié n'est, pas plus que les dons du majeur, soumise à l'usufruit accordé aux père et mère, sur une partie des biens auxquels ils ne succèdent pas. Il faudrait, pour étendre cet usufruit aux biens donnés par l'enfant, une disposition qui n'existe point dans le Code.

118. La réserve diminue ou augmente encore, si le don a été fait par l'un des conjoints à l'autre; et alors, si la quotité disponible est divisée par des donations faites à l'époux et à un étranger, ou à l'un des enfans, il peut naître, pour concilier les art. 915 et 1094, des questions que nous expliquerons dans le chapitre 9, qui traite des donations entre époux.

SECTION II.

De la réduction des donations et legs.

CE que nous avons à dire sur la réduction des donations et legs peut se réduire aux points suivans :

1° Quand et par qui peut-elle être demandée ?

2° Quels biens doivent entrer dans la masse à former pour connaître s'il y a excès dans les donations ?

3° Comment on doit évaluer ces biens ?

4° Comment s'opère la réduction ?

5° Quelles fins de non recevoir on peut opposer à la demande en réduction ?

§. Ier.

Quand et par qui la réduction peut être demandée.

SOMMAIRE.

119. *Ce n'est qu'à la mort du donateur, et d'après les lois existantes à cette époque, que la réduction peut être demandée.*

120. *La réduction des donations entre vifs ne peut être demandée que par les légitimaires ou leurs ayant cause.*

121. *Le donateur ni ses créanciers ne peuvent la demander, ni ces derniers en profiter.*

122. *Les héritiers renonçans n'y peuvent prétendre.*

123. *L'enfant du dernier donataire, renonçant à la succession, pourrait néanmoins retenir sa légitime par voie d'exception.*

124. *Hors ce cas, celui qui n'est pas héritier n'a point de part à la masse.*

125. *La réduction des legs peut être demandée par les créanciers.*

119. Les donations, soit entre vifs, soit à cause de mort, qui excèdent la quotité disponible, sont réductibles, mais seulement lors de l'ouverture de la succession, 920. Cette quotité est déterminée, non pas d'après

les lois qui étaient en vigueur à l'époque de la donation ou du testament, mais d'après celles qui l'étaient au décès du donateur. (1)

120. Quant aux personnes qui peuvent demander cette réduction, il faut distinguer les donations entre vifs des donations testamentaires ou à cause de mort.

La réduction des donations entre vifs ne peut être demandée que par les descendans ou par les ascendans, au profit desquels la loi fait une réserve, par leurs héritiers ou *ayant cause*, 921, c'est-à-dire par leurs cessionnaires ou par leurs créanciers. (2)

121. Le donateur n'a pas le droit de faire réduire les donations qu'il a faites, quelque excessives qu'elles soient : ce n'est qu'en faveur de ses héritiers directs, descendans ou ascendans, que la réserve est établie. Il pourrait seulement demander des alimens, en cas qu'il fût dans le besoin, et faire révoquer la donation si le donataire les lui refusait, 955.

Ses donataires, ses légataires ni ses créanciers ne peuvent également demander cette réduction *ni en profiter*, 921.

(1) V. l'arrêt de la cour de cassation du 22 août 1810, et les conclusions de M. Daniels ; Sirey, an 1810, p. 371.

[2] Grenier, t. 2, pag. 329, n. 593.

Ainsi les biens que cette action fait rentrer dans l'hérédité, ne sont pas affectés aux dettes du donateur défunt, si ses héritiers ont eu la précaution de prendre la succession sous bénéfice d'inventaire. Il y avait sur ce point, dans l'ancienne jurisprudence, de grandes difficultés (1) que l'art. 921 a fait cesser.

Ainsi, dans le cas où les créanciers du défunt demanderaient la séparation de son patrimoine, les biens revenus aux héritiers par la réduction des donations entre vifs ne seraient point compris dans cette séparation.

122. Sous tout autre rapport, ces biens font partie de l'hérédité, comme nous l'avons vu sect. 1, §. 1. Les héritiers renonçans n'y peuvent rien prétendre; leur part accroît à ceux qui acceptent, et ces biens sont mis en masse avec les biens rapportés par les héritiers, et avec ceux qui sont restés à la mort du défunt, pour être partagés entre tous les héritiers: *judicio familiæ erciscundæ.*

123. Si l'enfant donataire entre vifs, ignorant qu'il existait d'autres donations antérieures,

(1) V. Lebrun, des successions, Liv. 2, ch. 3, sect. 1, n. 9 et suiv., et l'addition 5; Ricard, des donations, part. 3, n. 979, etc.; Grenier, t. 2, p. 324, n. 592.

avait eu l'imprudence de renoncer à la succession pour s'en tenir à son don, au lieu d'accepter sous bénéfice d'inventaire, il ne pourrait se joindre aux autres enfans pour demander la réduction des donations antérieures, quoique la sienne fût inférieure à sa légitime.

Mais si les autres enfans demandaient leur légitime ou réserve contre leur frère dernier donataire, il pourrait, sur les biens qu'il a reçus en don, retenir sa légitime par voie d'exception, quoiqu'il eût renoncé à la succession; et il renverrait ses frères et sœurs vers les donataires précédens, ainsi que l'ont enseigné les auteurs les plus accrédités : (1) car, dit Lebrun, il est trivial dans le droit que tel qui n'aurait pas d'action pour exiger, ne laisse pas d'avoir l'exception et le droit de retention.

124. Hors ce cas, peut-être unique, celui qui n'est pas héritier, au moins sous bénéfice d'inventaire, ne peut rien prétendre à la réserve, ni par conséquent demander la réduction des donations. (2)

(1) Lebrun, Liv. 2, ch. 3, sect. 1, n. 28; Ricard, part. 3, n. 979; Pothier, des donations entre vifs, p. 193.

(2) V. sup., sect. 1, §. 1, n. 106; Grenier, t. 2, p. 324, n. 392.

La nécessité d'accepter sous bénéfice d'inventaire n'est pas seulement un hommage rendu au principe, elle ménage encore les intérêts éventuels de l'héritier donataire, qui, s'il avait renoncé à l'hérédité, ne pourrait rien prétendre aux biens qui lui auraient été inconnus; par exemple, s'il était échu au défunt une succession éloignée dont on n'eût pas connaissance.

125. La réduction des donations testamentaires peut être demandée, non seulement par les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, mais encore par les créanciers du testateur; car les légataires ne peuvent rien prétendre qu'après les dettes du défunt entièrement acquittées.

§. II.

Quels biens composent la masse à former pour connaître s'il y a excès dans les donations.

SOMMAIRE.

126. *Comment on forme la masse des biens.*

127. *Les biens dévolus aux enfans pour cause de divorce, par consentement mutuel, entrent dans la masse, pour l'intérêt des enfans issus d'un autre mariage.*

128. *Mais non pour l'intérêt des donataires ou légataires.*

129. *Tous les biens meubles ou immeubles entrent dans la masse, même ceux donnés par l'ascendant demandeur en réduction.*

130. *On n'excepte que les biens aliénés à titre onéreux, ou qui ont péri.*

131. Quid *des biens aliénés avec retention d'usufruit ou à charge de rente viagère?*

132. *L'aliénation est censée à titre gratuit, si elle est en faveur d'un successible en ligne directe.*

133. *Il ne pourrait même réclamer ce qu'il justifierait avoir payé au-delà du revenu des biens.*

134. *Si cette aliénation est faite à un étranger ou à un collatéral, elle est censée à titre onéreux, à moins qu'elle ne soit présumée frauduleuse.*

135. *Les dons que la loi dispense du rapport n'entrent point dans la masse,*

136. *Ni ceux qui ont péri par cas fortuit entre les mains du donataire.*

137. *Les sommes données à un donataire devenu insolvable y entrent-elles?*

126. Pour juger si les donations entre vifs ou testamentaires excèdent la portion disponible, il est nécessaire de connaître tous les biens du donateur et d'en savoir la valeur, ainsi que celle des biens donnés. On commence donc par former une masse de tous les biens existans au décès du donateur ou testateur; on y réunit fictivement tous ceux dont il a disposé par donation entre vifs, soit en faveur d'étrangers, soit même en faveur de ses héritiers, comme à titre de dot ou d'avancement

de droits successifs ; on calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer. (922.)

127. Il faut également y réunir, lorsque le donateur a divorcé par consentement mutuel, la moitié de ses biens dévolue, en vertu de l'art. 305, aux enfans issus du mariage dissous par le divorce : car il ne peut jamais résulter de cette dévolution un avantage tel que les autres enfans soient privés de la réserve légale, (1) ainsi que nous l'avons dit tom. 2, p. 96.

128. Mais il faut remarquer que si les enfans issus du mariage dissous par le divorce sont obligés de remettre à la masse qui détermine la réduction la moitié des biens dont l'art. 305 leur donne la propriété, ce n'est que dans l'intérêt de leurs frères ou sœurs consanguins ou utérins, et non dans celui des donataires ou légataires étrangers.

Ainsi, supposant qu'il n'existe qu'un seul enfant issu des père et mère divorcés, et que les biens de chacun d'eux fussent de 40,000 f., comme ils en ont perdu la moitié, il ne leur reste plus qu'un patrimoine de 20,000 fr. S'ils

(1) V. Merlin, nouveau répertoire, v° *réserve*, p. 343.

donnaient cette somme en entier, l'enfant ferait réduire la donation à 10,000 fr., et garderait pareille somme pour sa réserve ; car il ne tient pas les premiers 20,000 fr. de la libéralité de ses parens, mais du bénéfice de la loi. Les donataires ou légataires étrangers ne peuvent pas plus obliger l'enfant à remettre ces biens à la masse, pour calculer la portion disponible, qu'ils ne pourraient y faire remettre les autres biens dont le donateur aurait perdu la propriété par sa faute, soit après, soit avant la donation dont l'enfant demande la réduction. S'il en était autrement, la peine que l'art. 305 a voulu imposer aux époux divorcés, et l'avantage qu'il a fait aux enfans, s'évanouiraient.

C'est sur ces principes que, sous l'ancienne législation, on n'imputait point sur la légitime les biens que l'art. 2 de l'édit des secondes noces obligeait la veuve qui se remariait de conserver à ses enfans. Ces biens étaient une sorte de fidéicommis légal que les enfans recueillaient à la mort de leur mère, comme étant substitués par la loi à leur profit. Ils ne les tenaient pas de leur mère, mais de la loi. (1) La disposition de l'art. 305 est plus

(1) V. Pothier, des donations entre vifs, p. 203, in fin.; p. 254; p. 261 et 262.

forte que celle de l'art. 2 de l'édit des secondes noces, car elle ôte aux père et mère divorcés la propriété de la moitié de leurs biens, sans même leur en laisser la jouissance, si ce n'est jusqu'à la majorité des enfans.

129. La masse n'est pas seulement composée des immeubles ou des propres, comme sous l'empire des anciennes coutumes; elle se compose de tous les biens du donateur, tant meubles qu'immeubles, de quelque manière qu'il en eût acquis la propriété. On n'en excepte pas les biens soumis à une éviction éventuelle, sauf, le cas arrivant, la garantie que se devraient l'héritier à qui la réserve est accordée, et le légataire ou donataire.

On n'excepte pas les biens donnés au défunt par ses ascendans demandeurs en réduction, et que ces derniers auraient recueilli par droit de reversion, en vertu de l'art. 747; car la reversion légale n'étant accordée aux ascendans qu'à titre de succession, elle n'empêche pas, comme le retour conventionnel, (951-952) l'enfant donataire de disposer à titre gratuit, par acte entre vifs ou par testament. (1)

Ainsi l'ascendant donateur ne reprend point, indépendamment de la réserve qui lui

(1) Nous l'avons prouvé au titre des successions. V. aussi Chabot et Grenier, t. 2, p. 340.

est accordée, les biens qu'il a donnés, mais seulement à valoir à sa réserve, qui s'étend sur ces biens comme sur les autres.

130. En un mot, tous les biens dont le défunt avait eu la propriété entrent, au moins fictivement, dans la masse qu'on doit composer pour déterminer la réduction. Il n'y a d'exceptés que ceux qui auraient péri entre ses mains, ou qui n'en sont sortis qu'à titre onéreux. (1)

131. Mais les biens vendus ou donnés à la charge d'une rente viagère ou avec réserve d'usufruit, (2) sont-ils aliénés à titre onéreux,

[1] Furgole, sur l'art. 34 de l'ordonnance de 1731, aux mots *eu égard à la totalité des biens*; Grenier, t. 2, p. 352.

[2] L'aliénation à charge de rente viagère est celle qui est faite moyennant une rente appelée viagère, parce qu'elle doit s'éteindre avec la vie de la personne sur la tête de qui elle est constituée. On appelle aussi cette aliénation à fonds perdu, parce que le fonds ou le capital donné pour acquérir la rente est perdu pour celui qui l'a donné, et ne revient point à ses héritiers, à la différence de la rente perpétuelle dont le débiteur ou ses héritiers ne peuvent se libérer qu'en remboursant le capital. L'aliénation à rente viagère ou à fonds perdu est donc une seule et même chose, quoique la rédaction vicieuse de l'art. 918 semble en faire deux espèces d'aliénation.

L'aliénation avec réserve d'usufruit est celle de la nue propriété, sous la réserve de l'usufruit en faveur de celui qui aliène, lorsqu'il se retient la jouissance pendant sa vie.

L'aliénation peut être tout-à-la-fois avec réserve d'usufruit et à la charge de rente viagère ou à fonds perdu, comme si, outre la réserve de l'usufruit, celui qui aliène stipulait une rente viagère en sa faveur.

ou doivent-ils être réunis à la masse pour déterminer la portion disponible, comme les biens aliénés, à titre gratuit?

Dans la réalité, l'aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdu est à titre onéreux, lorsque le taux de la rente excède l'intérêt légitime du capital, ou le revenu du fonds donné.

L'aliénation avec réserve d'usufruit est aussi à titre onéreux, lorsque celui qui a aliéné a stipulé pour la nue propriété un prix, soit en argent comptant ou autre équivalent, soit une rente viagère.

Mais si ce prix est faible, si la rente excède de peu l'intérêt du capital ou le revenu du fonds donné, la plus value, quoiqu'incertaine, est regardée comme un avantage.

D'ailleurs, l'expérience avait prouvé que c'était le plus souvent sous la forme de ces aliénations qu'on déguisait les donations faites à des incapables.

Par ces considérations, l'art. 26 de la loi du 17 nivôse an 2 prononça l'interdiction, en ligne directe et collatérale, des aliénations à charge de rente viagère ou à fonds perdu, à l'un de ses héritiers présomptifs ou à ses descendans, à moins que les parens du degré

de l'acquéreur ou des degrés plus prochains n'y consentissent.

132. Cette disposition a été adoptée par l'art. 918 du Code, mais avec une distinction importante entre les lignes directes et collatérales. Il porte que « la valeur en *pleine pro-*
» *priété* des biens aliénés, soit à charge de
» rente viagère, soit à fonds perdu ou avec
» réserve d'usufruit, à l'un des successibles
» *en ligne directe*, sera imputée sur la por-
» tion disponible; et l'excédant, s'il y en a,
» sera rapporté à la masse.

» Cette imputation et ce rapport ne pourront
» être demandés par ceux des autres succes-
» sibles en ligne directe, qui auraient consenti
» à ces aliénations, (1) ni dans aucun cas par
» les successibles en ligne collatérale. »

(1) Ceux qui n'étaient pas successibles au moment où l'acte est passé, et qui se trouvent l'être à l'ouverture de la succession, ne pourraient, en ce qui les regarde, demander l'imputation et le rapport, sous prétexte qu'ils n'ont point consenti au contrat. Il suffit d'appeler pour témoins de la sincérité de l'acte, ceux qui avaient des droits au moment où il est passé, et d'avoir leur consentement. Ce n'est point le consentement des *héritiers*, mais des *successibles*, qu'exige l'art. 918. V. Grenier, t. 2, p. 393, n. 642.

Il nous paraît donc que celui qui se trouverait héritier au moment de l'ouverture de la succession, serait lié par le consentement de ceux qui étaient successibles au moment où l'acte a été passé, quand même il ne serait pas leur représentant.

S'il y avait plusieurs successibles, et que tous n'eussent pas consenti à l'aliénation, elle serait considérée comme disposition gratuite à

Ainsi, suivant cet article, il faut distinguer. Les aliénations à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit, sont toujours présumées à titre gratuit, lorsqu'elles sont faites à un successible en ligne directe ; mais non pas en ligne collatérale, comme sous la loi du 17 nivôse an 2.

Les biens aliénés doivent, au premier cas, être rapportés à la masse et imputés sur la portion disponible, et le surplus seulement rapporté : seconde différence entre le Code et la loi du 17 nivôse an 2, suivant laquelle la totalité devait être rapportée, parce qu'elle défendait de rien donner à l'un de ses héritiers, même en collatérale.

133. Mais il paraît que sous l'empire du Code, comme sous l'empire de la loi citée, le successible en ligne directe, obligé de rapporter l'excédant de la portion disponible dans les biens aliénés à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, ne pourrait réclamer ce qu'il justifierait avoir payé au-delà du revenu des biens. (1) C'est ce qui semble résulter du silence du Code à cet égard, et des expressions

l'égard de ceux qui n'y auraient pas donné leur consentement, parce que les droits de ceux auxquels la loi accorde une réserve sont divisibles, et que le fait de l'un d'eux ne peut ni profiter ni nuire aux autres. Grenier, *ubi sup.*, pag. 395.

[1] Ainsi le pense M. Grenier, des donations, t. 2, p. 394.

de l'art. 918, qui veut que la valeur *en pleine propriété* des biens ainsi aliénés soit imputée sur la portion disponible, et l'excédant rapporté.

Cet article n'autorise point l'héritier qui rapporte à répéter ou à retenir ce qu'il a payé au-delà du revenu des biens rapportés, parce que l'aliénation est réputée entièrement gratuite par une présomption légale contre laquelle nulle preuve n'est admise, suivant l'art. 1352.

M. Malleville, qui a énoncé une opinion contraire, (1) se fonde sur la loi du 2 nivôse an 2; mais l'art. 26 de cette loi ne permet cette répétition qu'à l'égard des actes antérieurs à sa promulgation, qui étaient annulés par un effet rétroactif; il ne le permet point à l'égard des actes postérieurs, qui étaient annulés par la disposition de la loi. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire l'art. 26.

134. Il résulte de la dernière disposition de l'art. 918, que les aliénations à rente viagère ou avec réserve d'usufruit, faites à un héritier collatéral ou à un étranger, ne sont point réputées à titre gratuit. Cependant elles peuvent être frauduleuses; mais alors il faut prouver la fraude. Elle pourrait résulter de l'acte même, si la rente viagère n'excédait pas

(1) Sur l'art. 918.

le revenu des biens aliénés, (1) ou s'il n'y avait pas de prix pour la nue propriété dans le cas d'aliénation avec réserve d'usufruit. En ces cas les biens devraient être réunis à la masse pour déterminer la portion disponible, quoique l'aliénation fût qualifiée de vente; car on doit juger la nature des actes par leur substance, et non par la dénomination qu'on leur a donnée.

135. Il y a des objets qui semblent sortir des mains du donateur à titre de libéralité, et que la loi met néanmoins sur la même ligne que les biens aliénés à titre onéreux, en ce qui concerne la dispense de rapport à la masse de la succession; tels sont les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation et autres, que l'art. 852 dispense l'héritier de rapporter. S'il n'est pas obligé de les rapporter à ses cohéritiers, il n'est pas plus obligé, envers des donataires étrangers, de les rapporter à la masse fictive qui doit déterminer la portion disponible. (2)

136. L'immeuble qui a péri entre les mains de l'héritier donataire, *par cas fortuit* et sans sa faute, est considéré comme s'il avait péri entre les mains du donateur. L'art. 855 dispense d'en faire le rapport. Il en serait de même

(1) Pothier, du contrat de vente, n. 615.
(2) Grenier, t. 1, p. 331, et p. 236 et 237.

s'il avait péri entre les mains d'un donataire étranger, avant l'ouverture de la succession.

137. Mais remarquez que, suivant l'art. 855, il faut que l'immeuble ait péri sans la faute du donataire; ce qui nous paraît résoudre une question sur laquelle on n'est pas d'accord. Elle consiste à savoir s'il faut comprendre dans la masse, pour déterminer la portion disponible, les sommes données entre vifs à un donataire devenu insolvable. Cette question est importante dans les cas où il y a plusieurs donataires. Le défunt a donné 30,000 fr. à Titius, premier donataire devenu insolvable; pareille somme à Caïus, second donataire. Il meurt obéré, laissant des dettes qui égalent la valeur des biens trouvés à son décès. Son fils unique demande la réduction des donations : il compose la masse fictive des 60,000 fr. donnés à Titius et à Caïus; mais ce dernier prétend que les 30,000 fr. reçus par Titius, devenu insolvable, ne doivent point entrer dans la supputation de la masse, et qu'elle ne doit être composée que des 30,000 fr. qu'il a reçus, et dont il offre de rendre moitié, au lieu du tout qu'il serait forcé de rendre, si on comptait les 30,000 fr. reçus par Titius.

Sa prétention n'est pas fondée. L'insolvabilité de Titius ne peut donner aucun droit

au second donataire, ni le dégager d'une moitié de sa dette. Titius est devenu insolvable par sa faute, et il n'y a que les biens péris par cas fortuit qu'on doive retrancher de la masse. Arg., art. 863.

Supposons, au contraire, que c'est Caïus, second donataire, qui est devenu insolvable. Les auteurs qui ont écrit avant et depuis le Code, (1) sont d'accord sur ce point, que l'héritier, après avoir discuté le dernier donataire, peut s'adresser au premier pour exiger sa réserve. L'art. 34 de l'ordonnance de 1731 voulait que la légitime fût prise premièrement sur la dernière donation, et subsidiairement sur les autres. L'art. 933 du Code contient la même disposition en d'autres termes.

Mais l'héritier peut-il exiger sa réserve en entier? Voilà le point de la difficulté.

Pothier pensait qu'il fallait retrancher de la masse les sommes reçues par le dernier donataire devenu insolvable; ce qui, dans le cas proposé, réduirait la légitime de moitié.

Lebrun, au contraire, qui traite cette question avec beaucoup de profondeur, pensait qu'il ne fallait point faire ce retranchement, et

(1) Lebrun, des successions, Liv. 2, ch. 3, sect. 8, n. 25; Pothier, des donations, art. 3, §. 5, pag. 208; Malleville, sur l'art. 930; Grenier, tom. 2, pag. 378.

que l'héritier peut exiger sa réserve en entier contre le premier donataire.

M. Malleville embrasse l'opinion de Pothier, (1) et M. Grenier celle de Lebrun, qui nous paraît préférable. Si l'on ne doit retrancher de la masse que les biens péris par cas fortuit, on n'en doit pas retrancher les biens perdus par une faillite.

L'héritier ne doit pas souffrir de l'insolvabilité de l'un des donataires ; s'il faut que le donataire ou l'héritier perde, la faveur de celui-ci doit l'emporter, parce que, comme l'observe très-bien Furgole (2) *certat de damno vitando*, au lieu que le donataire *certat de lucro captando.*

§. III.

Comment on doit évaluer les biens.

SOMMAIRE.

138. *Les biens sont évalués d'après leur état à l'époque de la donation, et d'après leur valeur au tems du décès du donateur.*

139 *Sans excepter les meubles.*

140. *Injustices et bisarreries qui en résultent.*

[1] Sur l'art. 930; *idem* Levasseur, traité de la portion disponible, n. 113, pag. 119.

(2) Question 37, n. 26; quest. 10, n. 23.

141. *Option déférée à l'héritier à l'égard des dons en usufruit ou rentes viagères.*

142. *Il n'a pas besoin de constater que le don excède la quotité disponible.*

143. *L'option peut être faite par un seul des héritiers.*

---

138. En formant la masse des biens sur lesquels doit être déterminée la portion disponible, il faut les évaluer; et l'art. 922 veut qu'on estime ces biens d'après leur *état à l'époque de la donation*, mais d'après *leur valeur au tems du décès du donataire.*

C'est à cette dernière époque que s'ouvre le droit des héritiers; c'est donc alors qu'on peut connaître si le défunt leur a fait tort. C'est par cette raison qu'on prend pour règle la valeur des biens à l'époque de son décès, mais néanmoins d'après l'état des mêmes biens à l'époque de la donation. On agit comme s'ils étaient toujours restés, entre les mains du donateur, dans le même état où ils étaient quand ils en sont sortis. On fait abstraction des améliorations ou des dégradations survenues par le fait du donataire. On doit lui tenir compte des unes, et lui faire supporter les autres; de manière que si les biens donnés se trouvent par quelque fait extraordinaire qu'on ne puisse imputer au donataire, ou par le cours naturel du

commerce, avoir augmenté ou diminué de valeur depuis la donation, c'est à leur valeur à l'époque du décès qu'il faut se fixer. (1)

139. On proposa au conseil d'état de distinguer les meubles des immeubles; (2) d'estimer les meubles suivant leur valeur au tems de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte, comme dans le cas des rapports entre cohéritiers, 868, et non suivant leur valeur au tems du décès. Cette distinction fut rejettée par le motif qu'il y a une grande différence de la réduction au rapport, et que le donataire avait dû se croire propriétaire incommutable, (3) au lieu que l'héritier avait dû savoir que sa donation était sujette au rapport.

Ainsi on ne doit point s'arrêter aux inconvéniens qu'entraîne, en certains cas, l'exécu-

[1] V. des exemples très-bien posés par Levasseur, traité de la portion disponible, p. 66 et suiv., et, d'après lui, par Grenier, t. 2, p. 383.

[2] Malleville, sur l'art. 922.

[3] *Incommutable*; ainsi, en ce qui concerne les améliorations, le donataire doit être traité comme un possesseur de bonne foi. Cependant Levasseur, de la portion disponible, n. 79, prétend qu'il doit être assimilé à celui qui fait des améliorations sur le fonds d'autrui; ce qui est vrai en ce sens que le donataire se trouve dans le cas du tiers évincé et de bonne foi, dont parle la dernière disposition de l'art. 555.

tion littérale de l'art. 922, et qui paraissent quelquefois dégénérer en injustices. (1)

140. De la disposition de cet article résulte une singularité; c'est que, si l'héritier donataire vient à la succession, les meubles qu'il rapporte en moins prenant sont prisés suivant leur valeur au tems de la donation; et s'il renonce pour s'en tenir à son don, ces mêmes meubles ne sont prisés que suivant leur valeur au tems du décès. D'où résulte une bisarrerie encore plus grande, c'est que les meubles de la même donation peuvent être prisés de deux manières différentes; par exemple, si le don fait en meubles par préciput et hors part, à l'un des enfans, se trouve excéder la portion disponible, il faudra d'abord les priser suivant leur valeur à la mort du donateur, pour voir s'il y a excès; et après que l'enfant donataire aura retenu sur ce taux la portion

(1) Si un don avait été fait en denrées coloniales, dans le tems où elles étaient à bas prix, et que le donataire fût, en vertu de l'action en réduction, obligé de les rendre suivant leur valeur au moment de la cherté la plus excessive de ces denrées.

Autre exemple : L'héritier présomptif de Titius reçoit en don un mobilier de la valeur de 20,000 fr. à l'époque de la donation, mais qui, par la détérioration inséparable de l'usage, jointe au caprice de la mode, ne vaut plus que 3000 fr. à la mort du donateur. S'il prend part à la succession, il rapportera 20,000 fr.; s'il renonce pour s'en tenir à son don, ce mobilier n'entrera que pour 3000 fr. dans la masse à former pour savoir, s'il y a lieu, à la réduction des donations.

disponible, le surplus qu'il est obligé de rapporter à la succession sera prisé suivant la valeur à l'époque de la donation.

141. En évaluant les biens pour connaître s'il y a excès dans les donations, il peut se présenter une difficulté lorsque le don est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible; car l'excès dépend de l'évaluation qu'il faut donner à l'usufruit ou à la vente viagère; évaluation sur laquelle les jurisconsultes n'ont pu s'accorder, (1) et qu'il est impossible de faire d'une manière exacte.

L'art. 917 tranche ces difficultés avec beaucoup de sagesse, en ordonnant que, si les dispositions entre vifs ou testamentaires sont d'un usufruit ou d'une rente viagère, les héritiers, au profit desquels la loi fait une réserve, ont l'option ou d'exécuter cette disposition, ou d'abandonner en propriété la portion disponible.

Le donataire ne peut se plaindre qu'on lui laisse tout ce que le défunt pouvait donner: les héritiers le peuvent encore moins, puisqu'ils ont l'option. Ils peuvent avoir un grand intérêt à délaisser la propriété de la portion

[1] V. ce que nous avons dit sur cette évaluation, au titre de l'usufruit, t. 3, p. 344.

disponible, plutôt qu'un usufruit onéreux dont la durée peut excéder celle de leur vie, et les exposer, en attendant, à périr de besoin. (1) L'héritier sort d'embarras d'une manière simple, et sans frais ni procès, en abandonnant la propriété de la portion disponible.

142. Cependant une phrase échappée au savant Jaubert, (2) peut répandre du doute sur cette question. Il dit que les héritiers n'auraient pas le droit d'altérer une disposition qui porte sur un usufruit ou sur une rente viagère, par cela seul qu'ils opteraient d'abandonner la propriété de la quotité disponible. Il ajoute qu'il est préalablement nécessaire de constater que la libéralité excède cette quotité.

On dit, pour soutenir cette opinion, que l'art. 917 porte que, si la disposition est d'un usufruit *dont la valeur excède la quotité disponible*, les héritiers auront l'option, etc.; d'où l'on peut conclure qu'ils ne l'auraient point si la libéralité n'excède pas la quotité disponible.

En effet, les héritiers ne seraient pas assez dupes pour abandonner la propriété de cette quotité, si elle n'était pas ou s'ils ne la croyaient pas inférieure à la disposition en usufruit.

[1] *Filiis fortè fame peremptis*, dit à ce sujet la novelle 18, ch. 3.

(2) Exposé des motifs, tom. 4, pag. 341, édit. de Didot.

Mais peut-on conclure, des expressions qu'on vient de citer, que l'option des héritiers soit subordonnée à une évaluation préalable de l'usufruit, toujours dispendieuse, nécessairement incertaine et arbitraire ? Nous ne saurions le penser. (1)

Il paraît plutôt qu'en cet article, comme dans l'art. 612, et en toute autre occasion, le Code a voulu éviter les difficultés que présente une évaluation qui dépend de la durée de la vie des usufruitiers et de leur nombre. S'il avait exigé cette évaluation préalable, il en aurait tracé les règles sur lesquelles on n'était point d'accord dans l'ancienne jurisprudence.

La nouvelle législation n'en contient point qui soient applicables à notre espèce. La loi du 22 frimaire an 7 évalue l'usufruit à la moitié de la valeur entière des biens, sur quelque nombre de têtes qu'il soit constitué. Mais cette disposition financière, qui n'est établie que pour fixer la perception des droits d'enregistrement qu'on ne pouvait laisser dans l'incertitude, ne peut être rendue générale ni faire la loi entre particuliers.

Si on l'appliquait au cas de l'art. 917, les dispositions en usufruit ne pourraient jamais être excessives, lorsque le défunt ne laisserait

[1] M. Grenier est de notre avis, t. 2, p. 388, n. 638.

pour héritiers qu'un fils unique ou des ascendans, parce qu'en ce cas la réserve étant de la moitié des biens en pleine propriété, la nue propriété de la totalité des mêmes biens équivaudrait à la pleine propriété de cette moitié, et l'usufruit de la totalité à l'autre moitié. Le défunt pourrait donc léguer l'usufruit de la totalité de ses biens sur une ou sur plusieurs têtes, et réduire ainsi son fils ou ses ascendans au plus extrême besoin, en attendant le décès des usufruitiers : voilà l'inconvénient que le Code a voulu prévenir.

Il nous paraît donc démontré qu'en donnant aux héritiers l'option libre dont les légataires ne peuvent se plaindre, le Code a voulu éviter l'évaluation arbitraire des usufruits et des rentes viagères.

143. Au reste, la portion disponible étant divisible, chaque héritier peut faire son abandon particulier et individuel, quoique les autres préfèrent de laisser subsister l'usufruit légué sur leur portion héréditaire. (1)

(1) Ainsi le pense aussi M. Grenier, tom. 2, pag. 388, n. 638, in fine.

§. IV.

Comment s'opère la réduction.

SOMMAIRE.

144. *Il faut déduire de la masse les frais funéraires et les dettes.*

145. *On ne doit réduire les dons entre vifs qu'après l'épuisement des legs.*

146. *On remonte des dernières donations aux plus anciennes.*

147. Quid *si le dernier donataire est insolvable?*

148. *Depuis quand le donataire doit restituer les fruits.*

149. *Les immeubles rentrés par la réduction des donations sont libres des charges créées par le donataire.*

150. *La réduction peut être exercée contre ceux qui ont acquis du donataire des immeubles donnés, et comment.*

151. *Si les acquéreurs peuvent prescrire contre le légitimaire.*

152. *Discussion du donataire avant de s'adresser à ses acquéreurs.*

153. *La réserve est due en nature.*

154. *Quand le donataire par préciput peut retenir sa portion héréditaire sur les biens de la donation.*

155. Quid *si le bien par préciput ne peut être commodément partagé?*

156. *Comment se fait le retranchement de l'excédant des immeubles donnés.*

157. *La réduction des donations testamentaires se fait au marc le franc.*

158. Quid *s'il y a des légataires universels ou héritiers institués et des légataires particuliers?*

159. *Il n'y a plus de quarte falcidie, et pourquoi.*

160. *Mode de réduction quand il y a des légataires universels ou à titre universel en concours avec des légataires particuliers.*

161. *Si les legs particuliers absorbent la masse des biens, les legs universels ou à titre universel deviennent caducs.*

144. Après la formation de la masse et l'évaluation des biens, on commence par déduire les dettes du défunt, et même ses frais funéraires. (1) Après cette déduction, on calcule sur tous les biens quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont le défunt a pu disposer. (922.)

Si les dettes absorbaient les biens laissés par le défunt, ou leur étaient supérieures, la réserve serait calculée sur la masse seulement des biens donnés entre vifs; et la portion que les donataires sont obligés de rapporter n'est point assujettie aux dettes du défunt, lorsque l'héritier a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire.

(1) Ricard, des donat., part. 3, n. 1157; Furgole, sur l'art. 34 de l'ordonnance de 1731, sur les mots *eu égard à la totalité des biens*, L. 8, §. 9, ff de *inoff. test*,; Auroux, sur l'art. 219 de la coutume de Bourbonnais: Grenier, tom. 2, pag. 360, n. 12, in fine.

145. On ne doit jamais réduire les donations entre vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires.

La réduction s'opère d'une manière différente dans les premières et dans les secondes.

146. Lorsqu'il y a lieu à réduire les donations entre vifs, la réduction se fait en commençant par la dernière, et ainsi de suite, en remontant des dernières aux plus anciennes, 923, parce que ce sont réellement les dernières qui sont prises sur la réserve. (1)

147. Si le dernier donataire se trouvait insolvable, l'héritier pourrait, après discussion préalable, s'adresser au premier donataire pour réclamer sa réserve en entier, comme nous l'avons dit ci-dessus, n. 137.

148. Le donataire soumis à la réduction doit, outre les biens qui excèdent la portion disponible, restituer les fruits ou les intérêts à compter du jour du décès du donataire, si la demande en réduction a été faite dans l'année, sinon du jour de la demande, 928. (2)

[1] S'il y avait plusieurs donations comprises dans un même acte, la réduction se ferait au marc le franc; Furgole, sur l'art. 34 de l'ordonnance de 1731; Grenier, tom. 2, pag. 254.

[2] V. Furgole sur la question 37 de l'ordonnance de 1731.

149. Les immeubles recouvrés par l'effet de la réduction demeurent libres de toutes charges, dettes ou hypothèques créées par le donataire, 929.

150. Si les immeubles donnés avaient été aliénés par le donataire, l'héritier pourrait exercer l'action en réduction ou revendication contre les tiers détenteurs de ces immeubles, de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes; c'est-à-dire, en agissant d'abord contre les acquéreurs du dernier donataire, en remontant de la dernière donation aux plus anciennes, et suivant l'ordre de dates des aliénations, en commençant par la plus récente, 930.

Les donataires n'ont sur les biens donnés qu'une propriété résoluble, en cas d'insuffisance des biens laissés par le donateur pour former la réserve due à ses héritiers. Cette résolution est une condition tacite et légale de toutes les donations. Or, le donataire ne peut transférer à son acquéreur plus de droits qu'il n'en avait; il transfère sa propriété telle qu'il l'a reçue. Il en serait de même quand les biens seraient revendus à plusieurs acquéreurs successifs.

151. Les acquéreurs ne pourraient même

prescrire contre le légitimaire, (1) ou du moins la prescription ne commencerait à courir en leur faveur qu'à commencer du jour du décès du donateur, parce qu'avant cette époque, le légitimaire n'avait point d'action contre eux.

152. Mais avant de s'adresser aux premiers donataires ou aux premiers acquéreurs, l'héritier doit discuter les biens des derniers: *Discussion préalablement faite de leurs biens*, dit l'art. 930. Il paraît, par la généralité de ces expressions, que la discussion doit s'étendre non seulement sur les biens provenus de la donation, qui pourraient rester entre les mains du donataire soumis à la réduction ou de son acquéreur, mais encore su tous ses biens personnels meubles ou immeubles. La loi n'excepte aucuns de leurs biens. (2)

(1) Lebrun, des successions, Liv. 2, chap. 3, sect. 12.

(2) Quelques auteurs prétendent que l'héritier ne doit discuter que les biens provenus de la donation. M. Grenier, t. 2, p. 377, dit avec raison que cette opinion ne peut être reçue, et qu'il faut discuter les biens personnels du donataire; mais il a peine à croire qu'il faille discuter les meubles. Je ne vois pas pourquoi les excepter, puisque la loi ne l'a pas fait. Il cite Lebrun; mais cet auteur croyait, Liv. 2, chap. 3, sect. 12, n. 26, « qu'il n'était pas nécessaire que l'héritier discutât les biens des donataires, parce qu'il a un droit réel sur l'héritage qui lui appartient pour une partie, la légitime étant *quota hæreditatis*, et la part se faisant au légitimaire par voie de partage ou par jet de lots, etc. » Mais l'art. 930 exige la discussion contre l'opinion de Lebrun, et cet article n'excepte point les meubles.

En ceci le Code, par un motif d'équité, s'est écarté du principe que la réserve est une portion des biens de l'hérédité, et qu'en général elle doit consister dans une portion de ces biens en nature. Le Code a voulu prévenir, par cette exception, les circuits et recours en garantie qu'occasionnerait l'action de l'héritier dirigée vers les détenteurs des immeubles, sans discussion préalable des derniers donataires ou acquéreurs.

153. Hors ce cas, la réserve est due en nature, (1) lors même que les donations, qui doivent subir un retranchement, ont été faites à l'un des héritiers. Il ne peut, pas plus qu'un donataire étranger, retenir les immeubles reçus en don pour se libérer de la réserve en argent, ou même avec d'autres fonds qui ne dépendaient pas de la succession.

Le père de famille ne pourrait pas dispenser le donataire de rendre en nature ce qui excède la portion disponible, et lui permettre de ne rendre l'excédant qu'en argent : il résulterait d'une pareille disposition un avantage plus grand que la loi ne permet. (2)

154. L'art. 924 permet seulement à celui

(1) V. Lebrun, des successions, Liv. 2, ch. 3, sect. 10; Pothier, traité des donations, p. 210.

(2) V. M. Grenier, t. 2, p. 397, n. 648.

qui cumule les deux qualités d'héritier et de donataire par préciput, de retenir sur les biens donnés, non seulement la quotité disponible, mais de plus la valeur de la portion qui lui appartiendrait comme héritier dans les biens non disponibles; encore ne le peut-il faire que dans le cas où il se trouve d'autres immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots pour les autres cohéritiers. C'est ce que signifient les dernières expressions un peu obscures de cet article, *s'ils sont de la même nature;* expressions qui ne furent ajoutées que pour établir une concordance entre cet article et les articles 859 et 830. (1)

155. Il y a plus; si la donation, susceptible de réduction, portait sur un objet qu'on ne pourrait partager commodément, l'héritier donataire, suivant l'article 866, devrait, si l'excédant était de plus de moitié de la valeur de l'immeuble, le rapporter en totalité, sauf à prélever sur la masse la valeur de la portion disponible.

Et si cette portion excède la moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire peut le retenir en totalité, sauf à moins prendre et à récompenser ses cohéritiers en argent ou autrement.

[1] V. M. Grenier, t. 2, p. 375.

Mais cette faculté de conserver l'immeuble en entier et de récompenser les cohéritiers en argent, lorsque la portion disponible excède la moitié de la valeur de l'immeuble, n'est établie qu'en faveur de celui qui cumule les qualités de donataire et d'héritier. Elle ne peut être réclamée par un donataire étranger, ni même par un donataire qui renoncerait à la succession pour s'en tenir à son don. (1) Il faudrait alors, si l'immeuble donné ne pouvait être commodément partagé, en venir à la licitation, comme entre tous copropriétaires par indivis.

156. Car, en général, le retranchement d'une portion indivise des immeubles donnés nécessite, entre le donataire et l'héritier, un partage que l'un et l'autre peuvent demander. Si la chose est possible, les biens sont mis en loties qui sont tirées au sort ; si ce partage ne peut se faire commodément, on doit procéder à la licitation. Mais il peut arriver que, sans pouvoir mettre des biens en loties, il soit possible d'en séparer commodément une portion égale à celle qui doit être retranchée : par exemple, la donation doit être réduite d'un huitième, et les biens valent 8000 fr.; mais on ne peut

[1] V. Grenier, t. 2, p. 376, et ce que j'ai dit au titre des successions, chapitre des rapports.

faire huit loties pour en tirer une au sort. Cependant il existe un champ isolé de la valeur de 1000 fr.; il nous paraît que le donataire peut l'abandonner à l'héritier, sans pouvoir être contraint à liciter la totalité des biens de la donation. Il en serait de même s'il était possible de faire commodément deux loties de 1000 fr. chacune; mais en ce cas elles devraient être tirées au sort, et le donataire ne pourrait pas donner celle qu'il voudrait à l'héritier, en invoquant la maxime, *electio debitoris est* : car la réduction étant demandée par voie de partage, elle doit régulièrement se faire par jet de lots.

Ce partage opère une garantie des choses tombées dans leurs lots respectifs, telle qu'elle a lieu entre les partageans. (1)

157. A la différence des donations entre vifs, la réduction des donations testamentaires se fait au marc le franc, sur tous les legs, sans distinction, entre les legs universels, à titre universel ou particulier, 926, ni entre les legs de quantité ou de genre, et les legs d'un corps certain.

158. Autrefois on prenait la légitime d'abord

(1) V. Pothier, des donations, p. 212; il développe les conséquences de ce principe. V. aussi Ricard, part. 3, n° 1121; Greniet, *ibid.*, p. 380.

sur les légataires universels, parce qu'ils ne sont légataires que de ce qui reste après que les legs particuliers sont acquittés. (1)

159. Mais dans les pays de droit écrit, le légataire universel ou héritier institué avait le droit de prélever le quart sur les legs particuliers. Ce prélèvement était ce qu'on appelait en droit romain la *quarte falcidie*, dont le rétablissement fut proposé et rejetté par le conseil-d'état, lors de la discussion du Code, (2) par la raison que le testateur est toujours le maître de déclarer qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence (3) aux autres. L'art. 927 veut que le legs qui est l'objet de cette préférence ne soit réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplirait pas la réserve légale.

160. La réduction au mare le franc ne présente aucune difficulté, quand il n'y a que

(1) Pothier, des donat. testam., p. 206.

[2] Malleville, sur l'art. 926.

[3] Il n'est pas nécessaire que cette préférence soit expressément déclarée par le testateur : elle peut quelquefois résulter de la nature du legs; par exemple, le legs qui est fait par forme de restitution doit être acquitté de préférence aux autres : car si le testateur devait réellement, le legs n'est plus un don; s'il ne devait pas, en donnant à son legs la couleur d'une restitution, il a suffisamment déclaré sa volonté de le faire acquitter de préférence. V. le nouveau répertoire, v° *légataire*, §. 6, art. 3. n. 24.

des légataires particuliers. Quand il y a concours d'un légataire universel, ou de légataires à titre universel avec des légataires particuliers, on commence par examiner ce que chacun aurait eu s'il n'y avait point de réserve, et la réduction au marc le franc se calcule sur les résultats. Un testateur laisse 64,000 fr. pour toute fortune, deux légataires particuliers de 16,000 fr. chaque, un légataire universel et un ascendant. S'il n'y avait point de réserve, chaque légataire particulier aurait 16,000 fr., et le légataire universel 32,000 fr. Mais la réserve de l'ascendant opérant la réduction d'un quart sur tous les biens, chaque légataire souffre une réduction pareille; ce qui réduit les legs particuliers à 12,000 fr., et le legs universel à 24,000 fr.

La même manière d'opérer s'applique aux légataires à titre universel, en concours avec des légataires particuliers.

161. Il faut seulement observer que si les legs particuliers égalaient ou surpassaient la masse des biens, les legs universels ou à titre universel deviendraient caducs, par la raison qu'en ce cas ils ne produiraient rien, quand même il n'y aurait pas de réserve; car le légataire universel ne peut rien avoir que ce

qui reste après avoir acquitté tous les legs particuliers, (1009) et il ne peut profiter de la réserve, (921) qui n'est établie qu'en faveur de l'héritier.

§. V.

Quelles fins de non recevoir on peut opposer à la demande en réduction.

SOMMAIRE.

162. *De la renonciation à la réserve.*
163. *L'approbation du testament n'est pas toujours une renonciation.*
164. *La renonciation à la succession emporte la renonciation à la réserve.*
165. Quid *si le légitimaire est en même tems légataire?*
166. *Le défaut d'inventaire est-il une fin de non recevoir contre l'action en réduction?*
167. *De la prescription du droit de réserve.*

---

162. L'HÉRITIER majeur, qui a renoncé à sa réserve depuis l'ouverture de la succession, n'est pas recevable à la demander, (1) quand même il n'y aurait renoncé que tacitement.

(1) Ses créanciers pourraient exercer ses droits nonobstant sa renonciation, qui serait censée frauduleuse. Mais alors on pourrait les renvoyer discuter préalablement les biens de leur débiteur renonçant. V. Pothier, des donations entre vifs, sect. 3, art. 5, §. 7, p. 214.

Par exemple, en exécutant le testament et en délivrant les legs avant de s'être bien assuré des fonds de la succession, il ne pourrait plus répéter ce qu'il aurait payé de trop, sous prétexte que sa réserve ne lui reste pas entière.

163. Mais la simple approbation qu'il donnerait au testament ne serait une renonciation au droit de réserve, que lorsqu'il n'a pu ignorer que le testament y donnait atteinte; (1) par exemple, s'il s'agissait d'un legs universel ou à titre universel. Dans les autres cas, cette approbation serait censée ne concerner que les nullités ou les vices de formes.

164. La réserve étant une quotité de l'hérédité, celui qui renonce à la succession renonce indirectement à la réserve, qu'il ne peut prétendre qu'à titre d'héritier. Cependant, sous l'ancienne jurisprudence, on admettait facilement le légitimaire à revenir contre sa renonciation. Sous l'empire du Code, celui qui a renoncé à la succession conserve la faculté de l'accepter, si elle ne l'a pas encore été par d'autres héritiers; (790) mais il est difficile de soutenir qu'il conserve ce droit, lorsque la succession a été acceptée par un héritier institué, ou par un légataire universel.

(1) Pothier, *ibid.*

165. On pensait, dans l'ancienne jurisprudence, que la simple réception d'un legs fait à celui qui a droit de réserve, ne l'empêchait pas de réclamer le surplus, (1) à moins que la quittance ne portât directement, non seulement sur les objets reçus ou sur les sommes payées, mais encore sur le droit de réserve en entier, ou sur le supplément.

Il est bien difficile que cette question se présente aujourd'hui, puisque le Code défère la saisine de tous les biens aux héritiers en faveur desquels la loi établit une réserve. Les légataires, mêmes universels, sont obligés de leur demander la délivrance. Mais on peut demander si, dans le cas où l'héritier, changeant de rôle, abandonnait sa saisine pour recevoir un legs de la main du légataire universel, il serait, pour cela seul, réduit à la somme qu'il aurait reçue.

On peut demander plus; on peut demander si le legs fait à l'héritier l'empêche de réclamer une réserve; s'il ne peut pas cumuler les deux qualités d'héritier et de légataire; en un mot, si le legs qui a été fait, soit à un enfant, soit à un ascendant, doit, à l'égard des autres légataires, être imputé à valoir à sa réserve.

Pierre a trois enfans et 100,000 fr. de biens:

(1) Ricard, des donations, part. 3, n. 988.

la réserve est de 75,000 fr. ; il donne 15,000 fr. à Titius, 10,000 fr. à Mevius, 25,000 fr. à Primus, l'un de ses enfans par préciput ; total 50,000 fr., excès 25,000 fr. Il est évident que tous les legs doivent être réduits à moitié. Ainsi le legs de Primus sera réduit à 12,500 fr., et il n'en partagera pas moins avec ses deux cohéritiers la réserve de 75,000 fr.

Supposons que le legs de Primus n'a pas été fait par préciput, il devra à ses cohéritiers le rapport de son legs ; mais les autres légataires ne pourront pas prétendre que la réduction doit porter sur le legs de Primus avant de s'étendre aux leurs, sous prétexte qu'il retrouvera sa réserve en partageant les 75,000f. avec ses cohéritiers : car, suivant l'art. 926, la réduction doit se faire au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et particuliers ; et, suivant l'art. 921, les légataires ni les donataires ne peuvent demander la réduction ni en profiter.

Supposons maintenant que Pierre n'eût d'autre enfant que Primus, et toujours 100,000f. de biens : la réserve est de 50,000 fr. ; il donne 48,000 fr. à Titius, 12,000 fr. à son fils ; total 60,000 fr., excès 10,000 fr. Le don de Titius doit être réduit à 40,000 fr., et celui de Primus à 10,000 fr., sans que Titius puisse

prétendre que son legs n'excédant pas la réserve, la réduction ne doit porter que sur le legs de Primus, demandeur en réduction : car alors la réduction ne se ferait pas au marc le franc, suivant l'art. 926, qui n'a pas excepté le cas où l'héritier demandeur en réduction serait lui-même légataire. (1)

Enfin, supposons que, dans l'espèce précédente, Pierre lègue 12,000 fr. à son fils, et institue Titius son légataire universel ; celui-ci ne pourra pas prétendre que le fils doit être réduit à sa réserve de 50,000 fr., sans rien recueillir à raison du legs de 12,000 fr. ; car le même art. 926 veut que la réduction des legs soit faite sans distinction entre les legs universels et les legs particuliers. Il n'y aurait aucune difficulté si le legs était fait à Primus par préciput, car le testateur aurait alors manifesté formellement la volonté que le legs ne puisse préjudicier à la réserve. Il n'y a pas plus de difficulté, s'il a omis les expressions par préciput ; car cette omission n'a d'autre effet que de soumettre l'héritier légataire à rapporter son legs à ses cohéritiers, qui peuvent seuls

[1] Il ne faut donc plus s'arrêter aux principes du droit romain, suivant lequel l'héritier légitimaire, auquel le défunt avait fait un legs quelconque, ne pouvait demander qu'un supplément, *id quod eis deest*, inst. de inoffic. test., §. 3.

profiter du rapport et non les légataires, 857. (1)

Cela posé, si l'héritier légitimaire et en même tems légataire, qui se trouve en concours avec un légataire universel, laissait celui-ci s'emparer de la masse de la succession pour recevoir de sa main le paiement d'un legs que le défunt lui aurait fait, la question de savoir s'il est exclu par-là de la demande en réduction, dépendrait des circonstances et de la manière dont serait conçue la quittance qu'il aurait donnée à l'héritier institué ou légataire universel.

166. On a demandé si l'héritier qui s'est mis en possession des biens du défunt sans

(1) Ainsi l'a jugé la cour d'Agen, par arrêt du 28 décembre 1808, rapporté par Sirey, an 1810, 2e part., pag. 7 et 8. Montalembert, qui n'avait point d'enfans, légua à madame Laroque, sa mère, la moitié de ses meubles, son argenterie et 800 fr. de rente, et institua, au surplus, pour légataire universel, Louis Montalembert, qui n'était pas son héritier légitime. La dame Laroque prétendit, outre son legs, la réserve que lui assurait l'art. 915 du Code.

Louis Montalembert opposa l'art. 843, qui dispose que tout héritier venant à partage, ne peut réclamer de legs s'il ne lui a été fait par préciput et hors part; il soutint que la dame Laroque devait opter entre le legs et la réserve.

Elle répondit que, suivant l'art. 857, le rapport n'est dû par le cohéritier qu'à son cohéritier, et non pas aux légataires universels ou héritiers institués. La cour d'Agen jugea que cette dame pouvait cumuler le legs et la réserve, et que les expressions d'*héritier* et de *cohéritier*, employées dans les art. 843 et 857, ne s'appliquent qu'aux héritiers légitimes, et non aux héritiers institués ou légataires universels.

en faire inventaire, peut néanmoins former ensuite l'action en réduction pour obtenir sa réserve. La raison de douter est qu'en s'emparant des biens sans inventaire, l'habile à succéder s'est mis hors d'état de pouvoir constater la valeur des biens trouvés lors de son décès; qu'il s'est rendu héritier pur et simple; qu'il est par cette acceptation soumis à acquitter *toutes les charges* de la succession, (724) c'est-à-dire les dettes et les legs. Il en est tenu *ultrà vires hæreditatis*, et il confond ses biens personnels avec ceux de la succession. Il ne peut éviter ces effets de son acceptation que par le bénéfice d'inventaire. (802) Enfin, il ne peut attaquer son acceptation que dans le cas où elle aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui : *il ne peut réclamer sous prétexte de lésion*, excepté *seulement* dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation. (783) Enfin l'héritier institué, qui n'avait point d'inventaire, ne pouvait autrefois retenir la falcidie, suivant la novelle première de Justinien.

Malgré ces raisons, Ricard (1) pensait que l'héritier pouvait, même en ce cas, demander

(1) Part. 3, des donations entre vifs, n. 993 et suivantes.

sa légitime; et qu'à défaut d'inventaire, les légataires qui refusent de s'en tenir à sa déclaration peuvent constater les forces de la succession par des enquêtes de commune renommée. Il fonde son opinion sur ce que la privation de la légitime est une peine qui n'est établie en France par aucune loi.

En effet, si le Code exige que tout héritier, sans distinction, accepte sous bénéfice d'inventaire, pour le dispenser de payer les dettes du défunt au-delà des forces de l'hérédité, il n'exige point que celui en faveur de qui la loi établit une réserve prenne la même précaution envers les donataires et légataires, pour être autorisé à faire réduire les donations et les legs; et l'on n'a jamais douté que l'héritier pur et simple, qui a fait faire inventaire, ne soit fondé à réclamer sa réserve et à faire réduire les donations excessives, quoiqu'il soit tenu de payer les dettes au-delà des forces de l'hérédité, sans pouvoir attaquer son acceptation, si ce n'est dans les cas prévus par l'art. 783. S'il n'a point fait inventaire, les donataires et légataires n'ont donc point les principes à lui opposer; ils n'ont d'autre reproche à lui faire que l'omission d'une formalité qui eût donné la preuve littérale de la valeur des biens : mais la loi n'ayant

point subordonné l'exercice de son droit de réserve ou sa demande en réduction à la formalité d'un inventaire, il lui suffit de prouver, d'une autre manière, la valeur de ces mêmes biens, sauf aux donataires ou légataires à prouver le contraire ; ils avaient d'ailleurs le droit de requérir l'apposition du scellé et l'inventaire des meubles de la succession. Ainsi l'opinion de Ricard est conforme aux principes ; elle est adoptée par Lebrun (1) et par Pothier. (2)

La question pourrait néanmoins dépendre des circonstances. S'il y avait des soupçons de fraude, la demande de l'héritier devrait être rejettée. (3)

167. L'exercice du droit de réserve, ou la demande en réduction des donations excessives, s'éteint par la prescription, qui ne commence à courir que du jour du décès de celui de la succession duquel il s'agit, parce que ce n'est que de ce jour que l'action des héritiers est ouverte. (4)

(1) Des donations, Liv. 3, chap. 4, n. 75.

(2) Des donations entre vifs, sect. 3, art. 5, §. 7, pag. 214; Grenier, des donations, t. 2, pag. 321, n. 591.

(3) V. Grenier, des donations, *ubi sup.*, et, dans le nouveau répertoire, l'article réserve qui est du même auteur, p. 320.

[4] Pothier, *ubi sup.*; Ricard, *ubi sup.*; Grenier, t. 2, p. 401

CHAPITRE IV.

Des donations entre vifs.

SECTION PREMIÈRE.

De la forme des donations entre vifs.

SOMMAIRE.

168. *Pourquoi les formalités sont plus multipliées dans les donations que dans les autres actes : division de la section.*

168. Les formalités requises pour la validité des donations entre vifs sont plus multipliées que pour les autres contrats. On n'en peut donner d'autre motif que l'extrême aversion qu'avaient pour les donations nos anciennes coutumes, dont l'esprit a secrètement influé sur la rédaction du Code. On s'est trop souvent contenté de trouver un principe établi, sans examiner s'il était fondé sur la raison, ou si le motif qui l'avait fait introduire était encore subsistant.

Les formalités relatives aux donations entre vifs peuvent se réduire aux quatre points suivans :

1° l'acte doit être passé devant notaire et avec minute.

2° L'acceptation du donataire doit être exprimée en termes exprès.

3° L'acte ne peut contenir aucune condition qui dépende de la seule volonté du donateur; mais il est parfait par le seul consentement des parties, sans qu'il soit besoin d'autre tradition.

4° Il doit, pour l'entière sureté du donataire, mais non pas sous peine de nullité, être transcrit au bureau des hypothèques.

Nous développerons ces propositions dans les quatre paragraphes suivans.

§. I^er^.

L'acte de donation doit être passé devant notaire.

SOMMAIRE.

169. *Forme des donations suivant le droit naturel et suivant le droit romain.*

170. *Pourquoi on exigea en France qu'elles fussent passées devant notaire et avec minute.*

171. *Le Code a conservé cette formalité, quoique les motifs qui l'avaient fait introduire n'existent plus.*

172. *Il faut pourtant distinguer entre les donations de meubles et d'immeubles, les donations directes et celles déguisées sous la forme d'un autre contrat.*

173. *Nullité absolue des donations d'immeubles qui ne sont pas devant notaire et avec minute.*

174. *Un acte récognitif ne les validerait pas.*
175. *Mais la ratification postérieure à la mort du donateur rend non recevable à les attaquer.*
176. *Les donations déguisées sous la forme d'un autre contrat peuvent être sous seings privés.*
177. *Des donations manuelles de meubles.*
178. *Des donations manuelles frauduleuses.*
179 *De la donation des choses incorporelles, rentes, créances, etc.*
180. *Hors le cas des dons manuels, les dons mobiliers doivent être passés devant notaire, avec un état estimatif.*
181. *Comment cet état peut être fait.*
182. *Ce qui en tient lieu dans les dons de rentes, créances et droits.*
183. *Ces donations doivent être notifiées aux débiteurs, et pourquoi.*
184. *L'état estimatif des meubles annexés aux immeubles donnés n'est pas nécessaire.*
185. *Des donations onéreuses.*
186. *Des donations rémunératoires.*

169. SUIVANT le droit naturel, les donations ne sont assujetties à aucune forme particulière : on n'a recours à l'écriture qu'afin de prouver plus facilement l'existence de la convention, (1) et Justinien conserva cette raisonnable

(1) V. L. 4, ff. *de pignoribus*; L. 38, ff. *de oblig. et act. inst.*, §. 2 de donat., Lib. 2, tit. 7; les formules de Marculfe, Liv. 2, form. 19; Wolff, part. 4, §. 59 et 60; Furgole, sur l'art. 1 de l'ordonnance de 1731; L. 35, §. ult. cod. de donat.

simplicité de principes dans la forme des donations entre vifs, aussi bien que dans celle des autres contrats. Les donations pouvaient être faites par écrit ou verbalement, à plus forte raison par des écrits privés.

170. Les anciennes ordonnances ni les coutumes de France n'avaient point réglé la forme des donations par aucunes dispositions particulières ; cependant, comme les actes privés pouvaient servir à éluder la disposition des coutumes dans lesquelles la faculté de donner par testament était moins étendue que la faculté de donner entre vifs, on en vint à douter si les donations faites sous seings privés étaient valides : les opinions des jurisconsultes furent partagées sur cette question. (1)

L'ordonnance de 1731 fit cesser les doutes, en ordonnant, par une disposition nouvelle contenue dans l'art. 1^er^, que « tous actes portant donations entre vifs seront passés par » devant notaire, et qu'il en restera minute, » sous peine de nullité. »

171. Le Code a supprimé la différence établie par les coutumes, entre la faculté de donner par testament et celle de donner entre vifs ; ainsi les motifs qui avaient fait introduire,

(1) V. Sallé, sur l'ordonnance de 1731, art. 1.

pour les donations, la nécessité d'un acte notarié avec minute, n'existe plus : néanmoins on a copié littéralement l'ordonnance de 1731, qui porte : « Tous actes portant donation entre » vifs seront passés devant notaire, dans la » forme ordinaire des contrats, et il en restera » minute, sous peine de nullité.

La forme des donations entre vifs est donc la même que celle de tous les contrats notariés, sur quoi il faut voir la loi du 25 ventôse an 11, relative à l'organisation du notariat; nous en parlerons tit. 3, ch. 6, section 1re. Mais les autres contrats peuvent être faits sous seings privés, au lieu que les donations doivent être passées devant notaire.

172. Il faut cependant remarquer que l'art. 931, ainsi que l'ordonnance de 1731, disent : « *Tous actes portant donations, etc...* seront passés devant notaire, etc..., et non pas *toutes donations.* » On en a conclu que le législateur n'a pas voulu décider qu'il soit nécessaire, dans tous les cas, de rédiger par écrit la convention de donation entre vifs, mais seulement que, dans le cas où on la rédigerait, l'acte serait passé devant notaire avec minute, sous peine de nullité. C'est ainsi que le chancelier d'Aguesseau, (1) rédacteur de l'ordonnance de

(1) T. 9 de ses œuvres, lettre 290, p. 361.

1731, interprétait cette loi, dont la disposition a été littéralement adoptée par le Code.

Il y a sur ce point une distinction à faire entre les donations de meubles ou d'immeubles, entre les actes contenant une donation directe et ceux qui n'en contiennent qu'une indirecte, déguisée sous la forme d'un autre contrat.

173. Tout acte qui contient une donation directe d'immeubles doit être rédigé par écrit, et passé devant notaire avec minute, sous peine de nullité.

C'est même une nullité absolue qui peut être opposée par toute personne ayant intérêt, même par le donateur, (1) qui n'aurait pas renoncé à opposer cette nullité en exécutant volontairement la donation, et auquel par conséquent on déférerait inutilement le serment sur l'existence de la donation.

La donation sous seings privés n'en serait

(1) Pothier, des donations entre vifs, sect. 2, art. 4, p. 121: le nouveau Dénisart, t. 7, p. 59; *secùs*, s'il l'avait exécutée; car l'exécution volontaire d'une donation sous seing privé en couvre la nullité, et rend non recevable à l'attaquer. V. Merlin, nouv. répertoire, v° *acte sous seing privé*, §. 2, p. 82, 3e édition. Mais l'exécution volontaire du donateur rend-elle ses héritiers non recevables à attaquer la donation faite sous seing privé? Nous examinerons cette question inf., n. 190, p. 228.

pas moins nulle, quoiqu'elle eût été enregistrée, transcrite au bureau des hypothèques, et déposée chez un notaire. (1)

174. La reconnaissance même qu'en ferait le donateur, par un acte récognitif dont il resterait minute, ne validerait point la donation délivrée en brevet ou faite sous seings privés. Cet acte n'aurait de force et de valeur qu'en vertu du nouveau consentement, et seulement du jour de l'acte récognitif dûment accepté. (2) L'art. 1339 veut que le donateur ne puisse réparer, par aucun acte confirmatif, les vices d'une donation entre vifs nulle dans la forme; il faut qu'elle soit refaite dans la forme légale.

175. Mais la confirmation, ou ratification, ou même l'exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur, après son décès, emporterait leur renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception, (1340) telle que l'incapacité du donataire.

176. A l'égard des donations indirectes, même d'immeubles, elles ne sont point astreintes à

[1] Sallé, sur l'art. 1 de l'ordonnance de 1731; Pothier, introduction au titre 15 de la coutume d'Orléans, n. 28; le nouv. Dénisart, v° *donation*, §. 11, n. 5.

(2) Furgole, sur l'art. 1 de l'ordonnance de 1731.

la nécessité d'être passées devant notaire avec minute. Ce ne sont point des *actes* de donation proprement dits.

Ainsi, lorsque les parties empruntent pour une donation la forme d'un autre contrat, d'une vente, par exemple, l'acte est valide sous seings privés, pourvu qu'il soit sans fraude, c'est-à-dire, pourvu que la donation déguisée n'excède pas la portion disponible, et qu'elle soit faite en faveur d'une personne capable de recevoir. Ce n'est point un acte de donation.

Il en est de même de la donation indirecte, en faveur d'un tiers, contenue dans un contrat de vente sous seings privés. Je vends à Mevius, pour 3000 fr., le fonds Cornelien, à condition qu'il le partagera avec Titius, que je veux gratifier d'une moitié. Cet acte est valide, parce qu'on peut stipuler pour autrui, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même. (1121.)

Enfin il en est de même si, dans un traité, (1) l'une des parties abandonne gratuitement, ou pour une faible somme, des droits considérables, pour gratifier l'autre partie, et en beaucoup d'autres cas.

(1) Voyez-en un exemple dans l'arrêt de la cour de cassation, du 1er mars 1808, rapporté par Sirey, 1808, p. 232.

177. Quant aux meubles, on distingue si la convention a été suivie d'une tradition réelle, c'est-à-dire, de la délivrance des choses données *de manu in manum ;* c'est ce qu'on appelle donation manuelle. Alors la donation étant entièrement consommée, nulle nécessité de la rédiger par écrit. (1)

Vainement prétendrait-on que la loi n'établissant aucune distinction, la donation de meubles, même dans le cas d'une tradition réelle, est assujettie à la nécessité d'être passée devant notaire, avec minute. Telle n'a point été l'intention du législateur, qui ne parle que des *actes portant donation.* D'ailleurs, en fait de meubles, la possession vaut titre. (2279.)

178. Si les donations manuelles étaient faites pour éluder la loi, soit en fraude de la réserve, soit pour avantager un incapable, elles pourraient au premier cas être réduites, et au second annulées : la preuve par témoins en serait reçue, comme dans tous les cas de fraude. La décision dépend des circonstances.

Un arrêt de la cour de Poitiers, du 3 messidor an 12, avait décidé qu'un don manuel de 4800 fr., et de quelques bijoux ou effets

(1) V. les questions de droit de Merlin, v° *donation*, §. 6 ; le nouveau répertoire, v° *donation*, sect. 2, §. 7, p. 89.

précieux, n'était sujet ni au rapport ni au retranchement, parce que les dons de cette espèce peuvent avoir pour objet le paiement d'une dette ou la récompense d'un service. La cour de cassation confirma cet arrêt en rejettant le pourvoi, le 13 janvier 1807, (1) par le motif qu'il n'était prouvé ni que le donataire eût soustrait les effets de sa propre autorité, ni que ces effets lui eussent été donnés à titre gratuit.

Ainsi, en thèse générale, non seulement les dons manuels sont valides sans titre, mais ils peuvent, suivant les circonstances, être censés faits à titre onéreux, ou par préciput et hors part, et comme tels dispensés du rapport.

179. Les choses incorporelles telles que les rentes, les créances, etc., n'étant point par leur nature susceptibles d'une tradition réelle, ne peuvent pas être données verbalement à un tiers; il faut un acte qui constate la volonté du donateur, (2) et par conséquent un

[1] V. Sirey, an 1807, p. 121 et suiv.

[2] Un arrêt de la cour de Trèves, du 16 décembre 1807, et rapporté par Sirey, an 1808, 2e partie, p. 73 et suiv., a décidé que la remise faite à un tiers de différens titres de créances, tant hypothécaires que sous seings privés, pouvait être regardée comme un don manuel, et suffisait pour en rendre le possesseur propriétaire; mais cet arrêt n'a été déterminé que par les circonstances

acte notarié avec minute, comme doit être *tout acte de donation*, (931-948) à moins que les parties n'empruntent la forme d'un autre contrat. La délivrance du titre n'opère le transport de la propriété d'une créance qu'entre *le cédant et le cessionnaire.* (1689.) La cession doit donc être préalablement prouvée. La remise du titre de créance entre les mains d'un tiers peut avoir tout autre but qu'une donation.

Il en est autrement si les titres des rentes, des créances ou d'autres droits sont remis par le propriétaire au débiteur. Cette remise opère l'effet d'une donation, parce qu'elle fait preuve de libération : (1282-1283) elle équivaut à la délivrance manuelle d'un meuble corporel. La quittance ou la remise d'un droit ou d'une créance faite sous seing privé, produit, à plus forte raison, le même effet.

180. Hors le cas des dons manuels, il est qui étaient extrêmement favorables. La remise avait été faite par un célibataire à un enfant naturel, dont il était notoirement reconnu pour le père, même par les adversaires, quoiqu'il n'y eût pas de reconnaissance légale. Il n'avait fait aucune autre disposition en faveur de cet enfant, contre lequel, après la mort du père, des collatéraux réclamaient ses titres de créance, et le don ne s'élevait pas à la moitié de la succession qui aurait appartenue à l'enfant, s'il avait été légalement reconnu.

Cet arrêt ne fut donc rendu que *dans l'espèce*; il fallait des circonstances aussi favorables pour s'écarter du principe.

nécessaire que les actes de donation de choses mobilières soient passés devant notaire, avec minute : mais de plus ils ne sont valables que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, a été annexé à la minute de la donation. (948.)

Si donc le donateur avait donné tous les meubles qui existent dans telle maison, sans joindre à l'acte un état estimatif de ces meubles, le donataire ne pourrait le contraindre à les lui délivrer. C'est une exception au principe que la donation dûment acceptée est parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés transférée au donataire, sans qu'il soit besoin de tradition. (938.)

Mais si, depuis cet acte, le donateur avait fait la délivrance des meubles, il ne pourrait les réclamer. La donation deviendrait un don manuel qui n'a pas besoin de titre ; la possession en tient lieu. D'ailleurs l'exécution volontaire d'une donation rend incapable à l'attaquer, suivant l'art. 1340.

181. Il suffit que l'état estimatif qui doit être annexé à la minute soit signé par les parties. Si elles ne savent point signer, il doit être fait devant notaire.

Mais il n'est pas besoin d'un acte séparé de l'acte de donation ; il suffit que cet acte contienne la désignation et le détail des objets donnés, avec leur estimation.

182. Lorsque le don consiste en choses incorporelles, telles qu'une rente, une créance, un droit ou une action sur un tiers, il suffit de bien désigner la rente ou la créance, d'indiquer quel en est le capital et le débiteur, d'en remettre les titres ou d'en permettre la remise. La donation est alors irrévocablement consommée par l'acceptation, en ce qui concerne le donateur ou ses héritiers.

183. Mais en ce qui concerne des tiers, il est de plus nécessaire que la donation de pareils objets soit notifiée aux débiteurs ; parce que, suivant l'art. 1690, le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation de transport faite par le débiteur dans un acte *authentique*.

Il s'ensuit, 1° que le débiteur serait valablement libéré par le paiement qu'il ferait de bonne foi au donateur avant la notification ou l'acceptation de transport; (1690.)

2° Que si le donateur avait la mauvaise foi de donner une seconde fois ou de vendre les

mêmes créances, rentes ou droits, le second donataire ou l'acquéreur qui aurait fait notifier sa donation aux débiteurs, ou qui aurait fait accepter le transport par acte authentique, serait préféré au premier donataire qui aurait négligé de remplir ces formalités, et cela par une conséquence de l'art. 1141;

3° Que si des créanciers du donateur saisissaient les rentes ou créances données entre les mains du débiteur, cette saisie assurerait aux saisissans un droit préférable au donataire qui aurait négligé de faire notifier sa donation ou accepter le transport, parce que n'étant point saisi à l'égard des tiers, le donataire n'a aucun titre pour être préféré aux créanciers.

De tout cela on concluait, dans l'ancienne jurisprudence, que si la signification et l'acceptation du transport n'avaient pas été faites du vivant du donateur, ses héritiers avaient le droit de réclamer la créance donnée, et la donation était nulle faute de tradition. (1)

Mais dans les principes du Code, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, la donation est parfaite par la seule acceptation sans tradition. Ainsi la donation des créances,

[1] V. le nouveau Dénisart, v° *donations*, t. 7, pag. 45; Grenier, des donations, t. 1, p. 346.

droits ou actions, en ce qui concerne le donateur et ses héritiers, est parfaite et consommée par le seul effet de l'acceptation du donataire; et si, avant la notification faite au débiteur, le donateur recevait ou disposait, le donataire aurait contre lui ou contre ses héritiers une action pour les obliger à restituer.

184. L'art. 948 n'exigeant un état estimatif qu'à l'égard des effets mobiliers, sa disposition ne doit pas être appliquée aux objets que les art. 524 et 526 ont déclaré immeubles par destination. (1) Mais si cet état n'est pas de nécessité, la prudence ne permet pas de s'en dispenser, surtout lorsqu'il y a réserve d'usufruit, afin de constater plus facilement la valeur des objets qui pourraient manquer à la fin de l'usufruit, et pour la restitution desquels l'art. 950 donne une action au donataire, jusqu'à concurrence de la valeur donnée à ces objets dans l'état estimatif.

185. Les donations onéreuses sont celles qui sont faites sous des charges imposées au donataire, comme une condition de la donation: car le donateur peut imposer au donataire telles charges qu'il juge à propos, pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraires aux lois ni aux bonnes mœurs.

[1] V. Grenier, t. 1, p. 344.

Ces donations sont de deux espèces, suivant que les charges sont imposées au profit du donateur ou au profit de quelqu'autre personne qu'il a désignée.

Si les charges sont imposées au profit du donateur, il est évident que l'acte n'est plus gratuit, ou du moins purement gratuit. C'est un véritable échange, c'est un contrat innommé *do ut des*, *do ut facias*, qui n'est point assujetti aux solemnités requises pour la validité des donations, telles que la nécessité d'un acte notarié, d'un état estimatif annexé à la minute, et de l'acceptation expresse dont nous parlerons dans le paragraphe suivant. Le Code ne soumet ces dispositions à la révocation, ni pour cause de survenance d'enfans, ni pour cause d'ingratitude, parce que ce ne sont point des libéralités: elles peuvent seulement, comme tous les contrats, être révoquées pour cause d'inexécution des charges qui en sont la condition, sans néanmoins que le donataire puisse, contre le gré du donateur, abdiquer la donation pour se soustraire aux charges qu'il a une fois acceptées, comme l'a fort bien prouvé, contre l'opinion de Furgole, M. Grenier, traité des donations, t. 1, p. 196 et suiv.

Lorsque la valeur de l'objet donné excède notablement celle des charges imposées au

donataire, c'est un contrat mixte qui participe de la nature des contrats à titre gratuit, et de celle des contrats à titre onéreux ; et si la disposition était faite en fraude des héritiers ou de la loi, pour éluder les dispositions sur la quotité de la portion disponible ou sur les incapacités des personnes, il y aurait lieu à réduction jusqu'à concurrence de la plus value de l'objet donné. L. 5, §. 5, ff. *de donat. int. vir. et ux.* ; Liv. 24, tit. 1.

Tout ce que nous venons de dire a lieu, quelle que soit la dénomination que l'on ait donnée à une donation onéreuse ; car un principe qu'il ne faut jamais perdre de vue, est qu'on ne doit pas juger de la nature d'un contrat par la dénomination que les parties lui ont donnée, mais par sa véritable substance. Soit qu'un contrat ait une dénomination propre, soit qu'il n'en ait pas, les règles qui le régissent ne dépendent point de la dénomination qu'on lui donne, 1107.

Quant aux donations onéreuses de la seconde espèce, celles dont les charges sont imposées au profit d'une tierce-personne désignée par le donateur, il faut distinguer si ces charges sont une libéralité qu'exerce le donateur en faveur de la personne désignée ; par exemple, si je donne une terre à Titius, à condition

de donner 10,000 fr. à Mevia, à laquelle je ne dois rien, nul doute que c'est à mon égard une donation purement gratuite et sujette à toutes les solemnités requises pour la validité des donations pures et simples ; car pour juger de la qualité d'une donation, on ne considère que la personne du donateur. (1) Ce sont les donations onéreuses de cette espèce que l'art. 58 de l'ordonnance de Moulins assujettissait à la formalité de l'insinuation.

Mais si la charge est imposée pour libérer le donataire de quelques obligations envers des tierces-personnes, il est évident que la donation doit être rangée au nombre des donations onéreuses de la première espèce, puisque la charge est au profit du donateur.

Nous trouvons des exemples de donations onéreuses dans les aliénations à rente viagère ou avec réserve d'usufruit, dont parle l'art. 918.

186. La donation rémunératoire est celle qui est faite pour récompenser quelques services rendus au donateur ou aux siens : on en distingue de deux espèces. Si les services rendus sont appréciables à prix d'argent, et si le donataire avait une action pour en obtenir le paiement ou la récompense, le contrat

[1] Ricard, des donations entre vifs, 1re part., n. 1101.

n'a de la donation que le nom seulement. Si la valeur des choses données n'excède pas notablement celles des services, c'est un véritable don en paiement, *datio in solutum;* espèce de contrat qui a ses règles particulières, et qui ressemble beaucoup au contrat de vente. Il n'est assujetti à aucune des règles particulières à la donation proprement dite, qui est un acte libre de sa nature, et qui ne dépend que de la seule volonté du donateur. *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.* L. 82, ff. de R. J. Le don en paiement, au contraire, est un contrat onéreux qui n'est point imputable sur la portion disponible, et qui peut être fait au profit d'un incapable, sauf toujours les cas de fraude.

Mais on demande si la simple énonciation des services référés dans l'acte suffit pour les prouver. Il faut répondre qu'elle fait preuve complette contre le donateur, (1) mais non contre ses héritiers, lorsqu'il existe une prohibition de la loi établie en leur faveur ou

[1] Ricard, des donations conditionnelles, traité 2, ch. 3, n. 58, pense néanmoins que l'énonciation des services ne suffirait pas pour soumettre le donateur à une action en garantie, parce que, dans la pensée de donner ce qu'il possédait, il a pu se porter plus facilement à des déclarations dont il ne prévoyait pas les suites. Ce savant auteur pense qu'en ce cas il faudrait discuter au moins légèrement la vérité des services.

fondée sur l'intérêt public ; comme lorsqu'il s'agit du don fait à un incapable, ou d'une donation qui excède la quotité disponible. Le donataire doit alors rapporter la preuve des services ; et après la preuve faite, la donation peut, suivant les circonstances, être réduite à la valeur des services (909) qui doivent néanmoins être largement estimés, à cause de la volonté et du jugement du donateur. (1) C'est en partie par ces motifs, et aussi pour prévenir l'arbitraire et les abus, que le Code (960) a soumis toutes les donations rémunératoires sans distinction à la révocation par survenance d'enfans, qui n'est pas établie seulement en faveur du donateur ; mais il ne les a point soumises à la révocation pour cause d'ingratitude, qui n'est introduite qu'en faveur du donateur.

Si le donataire n'avait pas d'action pour obtenir la récompense de ses services ; si le donateur n'était obligé envers lui qu'aux devoirs de la reconnaissance ; par exemple, s'il lui avait sauvé la vie, l'honneur, la

[1] Ricard, des donations conditionnelles, traité 2, ch. 3, n. 52 et suiv. L. 37, §. 6. ff de leg. 3. Titia honestissima femina, cum negotiis operâ callimachi semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu suâ ità cavit. Titia testamentum condidi, et volo dentur callimacho mercedis gratiâ denarium centum millia. Quæro an hæc pecunia ex causa mercedis ab hæredibus Titiæ exigi possit ? Respondi non idcircò quod scriptum est exigi posse in fraudem legis relictum.

fortune, s'il avait fait son éducation, etc. Dans tous ces cas les donations rémunératoires n'étaient point à Rome assujetties aux solemnités ni même aux prohibitions relatives aux donations proprement dites. C'est ce que nous apprend le plus profond des jurisconsultes romains, Papinien, ce grand modèle des hommes d'état, dans une cour corrompue, martyr illustre de la justice et de la vérité, qui aima mieux mourir sous la hache d'un tyran, que d'excuser un crime. (1)

Le rhéteur Nicostrate avait toujours demeuré avec le père d'Aquilius Regulus, et il avait été l'instituteur de ce jeune homme, qui, pour lui témoigner sa reconnaissance, lui fit une donation motivée sur ces importans services: *Quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentiâ et diligentiâ tuâ meliorem reddidisti, dono tibi, etc.* Mais il craignit que cette donation ne fût contraire aux dispositions de la loi Cincia. Il consulta Papinien, qui lui répondit que cet acte n'était pas nul, parce que ce n'était point une donation proprement dite; mais qu'il avait seulement acquitté, envers son ancien maître, la dette de la reconnaissance. *Dixi posse defendi non meram donationem esse, verùm officium magistri*

(1) V. Gravina, *origines juris.*

quâdam mercede remuneratum, ideòque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. L. 27, ff. de donat.; Liv. 39, tit. 5.

Cujas, en expliquant cette loi, (1) enseigne que les donations vraiment rémunératoires doivent être assimilées à des espèces d'échange, suivant les principes d'Ulpien dans la loi 25, §. 11, ff. *de hæredit. pet.*; et il en conclut qu'elles ne doivent pas être sujettes à l'insinuation, parce que ce sont moins des donations que des échanges de bienfaits. (2) *Quia permutationes potiùs sunt beneficiorum quam donationes.*

(1) Quæstiones Papinianeæ, Lib. 29, t. 1, opp. priorum., col. 911, édit. Fabrot.

(2) Le jurisconsulte Paul enseigne la même doctrine : « Ei qui aliquem à latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur; si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est; quia contemplationem salutis certò modò æstimari non placuit. » Lib. 5, recept. sentent., tit. 11, §. 6, et ibi Schulteng et Cujac.

Labeon, avant Papinien et Paul, tenait pour maxime que les récompenses des services rendus ne pouvaient être comparés aux donations. *Labeo scripsit extra causam donationum esse Talium officiorum mercedes.* L. 19, §. 1, ff. de donat.

En effet, la reconnaissance est une dette d'autant plus forte qu'elle ne peut être exigée devant les tribunaux; mais elle n'en est pas moins due suivant la loi du tribunal intérieur, qui s'élève au-dessus des lois civiles. Le paiement d'une pareille dette ne peut donc être considéré comme une libéralité *nullo jure cogente facta*, puisque les lois de l'honneur et de la religion prescrivent impérieusement la reconnaissance.

L'ordonnance de 1539, qui soumit les donations à la solemnité de l'insinuation, n'y soumit point les donations rémunératoires : elles y furent soumises par une déclaration de 1549. L'ordonnance de Moulins, de 1566, ne les comprit plus au nombre des donations assujetties à l'insinuation ; mais l'ordonnance de 1731, qui était la loi vivante au moment où le Code parut, les soumit de nouveau à cette formalité, aujourd'hui supprimée, et qui n'est point remplacée par la transcription, comme nous le verrons paragraphe quatre.

Il n'est donc plus question que d'examiner si, sous l'empire du Code, les donations rémunératoires, pour services à raison desquels le donataire n'a point d'action en justice, sont soumises, sous peine de nullité, aux formalités requises pour la validité des donations proprement dites, comme la nécessité d'un acte notarié et l'acceptation expresse ; si elles sont soumises à la révocation par survenance d'enfans, ou pour cause d'ingratitude ; si enfin elles doivent être imputées sur la portion disponible, et réduites en cas d'excès.

Dans l'ancienne jurisprudence française, il n'y avait point de loi précise sur la révocation des donations par survenance d'enfans. Cette révocation avait été introduite en vertu

de la loi *si unquam*, C. de revoc. donat., (1) naturalisée par la jurisprudence des arrêts, et adoptée dans quelques coutumes par des dispositions expresses. (2) La question de savoir si les donations rémunératoires étaient soumises à cette révocation, était jugée arbitrairement suivant la prudence des magistrats, qui tantôt confirmaient les donations, comme le fit le parlement de Bordeaux par un arrêt que rapporte Ricard, (3) et qui jugea qu'une donation faite par Pierre de Meimont à Pierre Laignon, qui lui avait sauvé la vie au péril de la sienne, le jour de la bataille de Saint-Yriés, n'avait pas été révoquée par survenance d'enfans. On fit à cette espèce l'application de la belle loi 34, §. 1, ff. de donat., suivant laquelle ce qu'on donne à celui qui nous a sauvé la vie n'est pas soumis aux prohibitions de la loi Cincia, parce que ce n'est pas une donation proprement dite, mais comme la récompense ou le salaire d'un grand bienfait. *Eximii laboris merces.*

En d'autres cas, les parlemens confirmaient, rejettaient ou réduisaient arbitrairement au

(1) Nous en parlerons ci-après.

(2) Nivernais, ch. 27, art. 13; Bourbonnais, art. 225; Normandie, art. 449.

(3) Des donations entre vifs, part. 3, n. 614.

tiers, au quart, etc., les donations rémunératoires, suivant qu'ils les jugeaient ou non excessives, considération faite de la nature des services, de la fortune et de la qualité du donateur et du donataire.

L'ordonnance de 1731, art. 39, crut devoir faire cesser cet arbitraire, en assujettissant les donations rémunératoires à la révocation par survenance d'enfans; et cette disposition a été confirmée par le Code, art. 960.

Mais remarquez qu'il a fallu pour les y assujettir une disposition spéciale, qui ne peut par conséquent être rendue générale, ni étendue indéfiniment à tous les cas. *In toto jure generi per speciem derogatur; et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.* L. 80, ff. de R. J.

Aussi le Code n'annule point les donations rémunératoires faites à des incapables; il les excepte au contraire formellement de la nullité, en laissant néanmoins à la prudence des magistrats le pouvoir de les réduire en cas d'excès; car elles ne doivent pas servir de voile à la fraude. « Sont exceptées, dit l'art. » 909, les donations rémunératoires faites à » titre particulier, eu égard aux facultés du » disposant, et aux services rendus. »

Le Code n'a point soumis les donations rémunératoires à la révocation pour cause d'ingratitude, et avec raison : car ce serait une sorte d'ingratitude de la part du donateur que de prétendre, pour une injure récente, révoquer une ancienne libéralité qu'il n'avait faite que pour acquitter la dette de la reconnaissance. La jurisprudence ancienne n'autorisait point une pareille révocation. Olive (1) rapporte un ancien arrêt du parlement de Toulouse, qui l'a ainsi jugé ; et Ricard, qui adopte cette décision, pense que dans ce cas la seule énonciation des services fait preuve contre le donateur, pourvu que cette énonciation ne soit pas purement de style de notaire, (2) et que les services aient été énoncés à dessein de marquer que le donateur a voulu rendre la donation rémunératoire. Il nous paraît que, sous l'empire du Code, on doit encore suivre cette jurisprudence pleine de sagesse.

Mais les donations rémunératoires doivent-elles être imputées sur la portion disponible, et réduites en cas d'excès ? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse : elle résulte de

(1) Liv. 4, ch. 7. V. aussi Voët *in pandectas de donat.*, n. 25.

(2) Ricard, des dispositions conditionnelles, tract. 2, n. 56 et suiv.

l'esprit même de la loi qui a fixé la portion de son patrimoine, dont le père de famille peut disposer sans blesser la justice. (1) Ce n'est point pour satisfaire sa vanité, ses caprices ou des affections désordonnées, que la loi permet au père de famille de donner une partie de ses biens; elle a voulu le garantir contre les séductions de la bienfaisance, contre les excès où peut l'entraîner, aux dépens de la justice, l'effusion généreuse d'un cœur reconnaissant, humain et charitable. Elle a posé une borne à ses vertus, en faisant deux parts de son patrimoine; l'une, dont il peut disposer pour satisfaire aux devoirs de la reconnaissance, de l'amitié, de la charité; l'autre réservée aux devoirs rigoureux de la justice. C'est donc sur la première que doivent être imputées, par leur nature, toutes les donations rémunératoires dictées par la simple reconnaissance, et non pas celles où le donateur ne fait qu'acquitter une dette civile, en payant des services qui pourraient donner lieu à une action en justice : car les donations de cette espèce sont à titre onéreux jusqu'à concurrence de la valeur des services, et n'ont de la libéralité rien que le nom.

(1) V. ci-dessus p. 117, n. 97.

Il reste à examiner si les donations rémunératoires sont soumises, sous peine de nullité, aux solemnités des donations proprement dites, comme la nécessité d'un acte notarié et l'acceptation expresse. Nous ne saurions le penser. Nous avons vu que leur nature est différente de celle des libéralités *nullo jure cogente factæ* : on ne saurait dire que celui qui acquitte la dette de la reconnaissance, en récompensant l'homme courageux qui s'est exposé à la mort pour lui sauver la vie, donne *nullo jure cogente* ; et l'esprit se révolte contre l'action de l'homme vil qui se prévaudrait d'un défaut de formalité pour faire annuler une donation qui est le prix de son sang. *Laboris eximii merces.* Il faut en dire autant du don fait à la vieillesse d'un instituteur respectable, ou d'un serviteur fidèle et peut-être indigent, etc. Il a fallu une disposition spéciale pour assujettir de pareilles dispositions à la révocation pour survenance d'enfans. Cette disposition spéciale ne se trouve point dans les articles 931 et 932. On peut donc d'autant moins leur en faire l'application, que la nécessité d'un acte notarié, introduite dans l'ancienne jurisprudence uniquement pour prévenir les fraudes qui pouvaient résulter de la différence qu'avait établie la loi

entre ce qu'on pouvait donner entre vifs et ce qu'on pouvait donner par testament, est aujourd'hui devenue sans objet, puisque cette différence n'existe plus ; et que, d'un autre côté, la mention de l'acceptation expresse n'a aucun but politique, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant.

Si l'on objecte que les articles 931 et 932 parlent des donations entre vifs, sans distinction ni exception, nous répondrons par la différence réelle qui existe entre la nature des donations rémunératoires et les donations proprement dites. Nous répéterons avec Ulpien, d'après Labeon, que la récompense de pareils services n'est point une donation : *Extrà causam donationis esse Talium officiorum mercedes.* Nous ajouterons qu'en soumettant à la nécessité d'un acte notarié tout acte portant *donation entre vifs*, la loi laisse aux jurisconsultes à décider, suivant les notions doctrinales, si tel ou tel acte doit être considéré comme une donation.

La cour de Colmar nous paraît donc avoir bien jugé, par son arrêt du 1^er^ décembre 1808, rapporté par Sirey, an 1809, part. 2^e^, p. 161 et suiv., que la donation d'une rente viagère faite sous seings privés par des héritiers à la cuisinière du défunt, pour récompense de ses

services, ne pouvait être attaqué pour défaut d'acte notarié, parce que cet acte ne présentait point les caractères d'une donation dans sa substance, et que c'était une dette morale et une sorte de dation en paiement. D'ailleurs les héritiers donateurs avaient laissé exécuter la donation, ce qui les rendait non recevables à l'attaquer.

§. II.

De l'acceptation des donations.

SOMMAIRE.

187. *Différence de l'acceptation et de la solemnité de l'acceptation.*

188. *Pourquoi l'acceptation* expresse *est requise sous peine de nullité.*

189. *La nullité est couverte par l'exécution de la donation.*

190. *Si les héritiers du donataire sont liés par sa ratification tacite, et si le défaut d'acte notarié est aussi couvert par cette ratification.*

191. *Par qui et comment doit être faite l'acceptation.*

192. *L'acceptation faite par une personne sans pouvoirs est nulle.*

193. *La femme ne peut accepter sans l'autorisation de son mari ou de la justice; mais le donateur ne peut se prévaloir du défaut d'autorité.*

194. *Le tuteur doit accepter pour le mineur, et comment.*

195. *Du mineur émancipé, et de la personne qui a un conseil judiciaire.*

196. *L'acceptation faite par le mineur non autorisé, n'est pas nulle dans son intérêt.*

197. *Les ascendans peuvent accepter pour le mineur.*

198. *Les ascendantes le peuvent sans l'autorité de leurs maris.*

199. *Les pères et mères des enfans naturels acceptent pour ces derniers.*

200. Quid *du sourd et muet?*

201. *Les mineurs, les femmes, etc., ne peuvent être restitués contre le défaut d'acceptation, sauf leur recours.*

202. *De l'acceptation du don fait au mineur par son tuteur.*

203. *Le mari peut autoriser l'acceptation du don qu'il fait à sa femme.*

204. *De l'acceptation des dons faits aux hospices et établissemens publics,*

205. *Et des dons faits pour l'entretien et l'exercice du culte.*

206. *L'acceptation peut être faite postérieurement à la donation, qui peut être révoquée jusqu'à l'acceptation.*

207. *La propriété est transférée sans tradition par la donation dûment acceptée; mais le donateur n'est point tenu des évictions.*

208. *S'il meurt avant l'acceptation, il n'y a point de contrat.*

209. *L'acceptation ne lie le donateur que du jour où elle est notifiée.*

210. *Il n'est pas nécessaire que le donateur notifie son changement de volonté.*

211. *Les créanciers du donataire ne peuvent accepter pour lui.*

212. Quid, *si le donataire mourait avant que son mandataire eût accepté, ou avant que l'acceptation fût notifiée?*

214. Quid, *si le donateur et le donataire deviennent incapables avant l'acceptation ou sa notification?*

215. *Les biens donnés passent avec leurs charges.*

216. *Quelles donations sont exceptées de la solemnité de l'acceptation.*

217. *De la pollicitation.*

187. Il y a deux choses à considérer ; l'acceptation en elle-même, et la solemnité de l'acceptation. L'une tient à la substance de la convention, l'autre n'est qu'une formalité de droit civil.

L'acceptation n'est autre chose que le consentement donné par le donataire aux offres du donateur. Elle est de l'essence de la convention, qui exige le consentement des deux parties, le concours de deux volontés. (1) Ce n'est qu'au moment de l'acceptation que les deux volontés sont réunies ; ainsi c'est l'acceptation qui rend la convention parfaite.

La solemnité de l'acceptation est la mention expresse qui doit en être faite en termes positifs et sous peine de nullité, soit dans l'acte même de la donation, soit dans un acte séparé, mais authentique, passé devant notaire.

(1) L. 1, §. 2, ff. de pactis. L. 55, de act. et obl.

Les contrats, autres que la donation, sont valides, quoique l'acceptation n'y soit pas référée en termes exprès, quoiqu'elle n'y soit que tacite et manifestée seulement par la présence des parties ou par leur signature.

Le droit romain, conforme en ce point à la simplicité du droit naturel, ne fait aucune différence à cet égard entre les autres contrats et les donations. Mais dans le droit coutumier français, où les donations étaient vues d'un œil si peu favorable, on douta que l'acceptation tacite fût suffisante, et il y avait autrefois sur ce point variété d'opinions et de jurisprudence. (1) L'ordonnance de 1731 adopta l'opinion de ceux qui soutenaient que l'acceptation devait être expresse, (2) sans qu'on pût avoir égard aux circonstances dont on prétendait induire une acceptation tacite ou présumée, et ce, quand même le donataire aurait été présent à l'acte de donation et qu'il l'aurait signé, *ou qu'il serait entré en possession des choses données.*

188. La raison de cette exception aux règles communes ne peut se trouver que dans l'aversion marquée des coutumes pour les donations.

(1) V. Furgole, sur l'art. 6 de l'ordonnance de 1731; le nouveau Dénisart, v° *acceptation*, pag. 88.

(2) V. les art. 5 et 6.

Le Code Napoléon, qui a proscrit la subtilité déraisonnable de l'ancienne jurisprudence concernant l'autorisation expresse des maris, (1) n'a point rétabli la même simplicité de principes sur l'acceptation des donations. Il s'en est tenu en partie aux dispositions de l'ordonnance de 1731, exprimées d'une manière plus concise dans l'art. 932 : « La » donation n'engagera le donateur et ne pro- » duira aucun effet que du jour qu'elle aura » été acceptée en termes exprès. »

Ainsi l'omission du seul mot *acceptant* sur la minute de l'acte rendrait la donation nulle, quand même il eût été rétabli dans la grosse, comme l'a jugé un arrêt du 30 avril 1633. (2)

189. Mais il faut remarquer que le Code n'a point répété la nullité prononcée par l'ordonnance de 1731, pour le cas même où le donataire *serait entré en possession des choses données*; et en ne la répétant pas, il l'a rejettée avec beaucoup de raison : car il est de principe que l'exécution volontaire d'un acte nul en couvre la nullité, et rend non recevable à l'attaquer, lorsque la nullité n'est pas fondée

(1) Art. 217.

(2) Rapporté et censuré par Ricard, des donations entre vifs, part. 1re, n. 839 et 840. V. aussi le nouveau Dénisart, vo *acceptation*, p. 89.

sur l'intérêt public ou sur le respect dû aux bonnes mœurs. Si la nullité est établie pour l'intérêt des particuliers, ils peuvent y renoncer quand elle leur est acquise. *Regula est juris antiqui omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renunciare.* L. 29, C. de pactis. V. ce que nous avons dit à ce sujet t. 1, p. 62.

Ainsi tout homme en faveur duquel est ouvert le droit d'attaquer un acte de donation ou autre, dont la loi prononce la nullité pour son intérêt privé, valide cet acte, et le rend à son égard pleinement obligatoire par l'exécution qu'il lui donne volontairement. Il existe sur ce point, dans le droit romain, une foule de décisions particulières, (1) dont le Code Napoléon a fait une règle générale dans l'art. 1338, qui porte qu'à défaut d'acte, de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée, et que cette exécution volontaire emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte.

(1) L. 10, ff. de rebus eorum qui sub tut.; L. 7, §. 16, ff. de Sc. Macedon.; L. 38, ff. de fideicomm. libertat.; L. 1, C. si major factus ratum habuerit.; L. 16, §. 1, cod. de testam.

Ainsi la ratification tacite qui consiste dans l'exécution volontaire a plus de force, à certains égards, qu'un acte de ratification expresse, qui n'est valide, suivant le même article, qu'autant qu'on y trouve la substance de l'obligation ratifiée, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.

S'il s'agit de ratifier un acte de donation nulle par un vice de forme, il faut de plus que l'acte de confirmation soit fait dans la forme légale requise pour une donation, 1339. Mais l'exécution volontaire d'une donation, comme celle des autres contrats, tient lieu d'acte confirmatif en forme légale, et emporte la renonciation à opposer, soit les vices de forme, soit toute autre exception, 1340.

190. Quant à la question de savoir si la ratification tacite, qui résulte de l'exécution volontaire faite par le donateur, lie ses héritiers et les rend non recevables à opposer la nullité d'une donation, il faut encore distinguer si la nullité ou l'action en révocation est introduite pour leur intérêt ou pour celui du donateur. Au premier cas, l'exécution volontaire faite par le donateur ne lie point ses héritiers : par exemple, si la donation est faite à un incapable, si elle excède la quotité

disponible, si elle est révoquée par la survenance d'enfans; dans tous ces cas, la ratification tacite du donateur ne lie point ses héritiers, qui n'ont d'action ouverte que du jour de sa mort. C'est sur ce principe que, dans la loi 32, ff. de donat., le jurisconsulte Scevola décide que les héritiers peuvent révoquer le consentement du donateur à une donation qui n'était pas conforme à la loi Cincia. (1)

Au contraire, si la nullité ou l'action en révocation est établie en faveur du donateur, sa ratification tacite, qui résulte de l'exécution volontaire, lie ses héritiers, qui ne peuvent en ce cas avoir d'autres droits que ceux qu'il avait lui-même.

Ainsi, s'il a pardonné à l'ingrat, ses héritiers ne sont pas recevables à attaquer la donation pour cause d'ingratitude.

Ainsi le défaut d'acceptation étant une nullité établie en faveur du donateur, comme le prouve l'art. 932; si, malgré l'omission de l'acceptation expresse, le donateur exécute volontairement la donation, ses héritiers ne sont plus recevables à opposer ce vice de forme.

[1] V. Cujas, sur la loi citée, dans ses quæstiones Papinianeæ, Lib. 29, t. 1, op. priorum, col. 911, edit. Fabrot. Il y a cependant des auteurs qui pensent que, dans l'espèce de cette loi, ce n'est point parce que la donation n'était pas conforme à la loi Cincia que les héritiers peuvent la révoquer, mais parce qu'elle était à titre précaire. V. Brunneman sur cette loi.

Nous pensons qu'il en est de même du défaut d'acte notarié, qui n'est plus, sous l'empire du Code, une nullité établie pour l'intérêt particulier des héritiers, mais pour celui du donateur, et après lui de ses héritiers, s'il n'a pas couvert la nullité par une ratification tacite, en exécutant volontairement la donation.

191. « Si le donataire est majeur, l'accep-» tation doit être faite par lui ou en son nom, » par la personne fondée de sa procuration, » portant pouvoir d'accepter la donation faite, » ou un pouvoir général d'accepter les dona-» tions qui auraient été ou qui pourraient être » faites. » (933.)

Cette procuration doit être passée devant notaire, et il semble qu'il doit en rester minute, puisque l'art. 933 ajoute qu'une expédition doit en être annexée à la minute de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui aurait été faite par acte séparé.

Cependant, si la procuration délivrée en brevet avait été annexée à la minute de la donation ou de l'acceptation, et que cette annexe fût constatée par la relation qu'en aurait fait le notaire dans l'acte de donation ou d'acceptation, elle ferait partie des minutes de ces actes; et il ne paraît pas que le défaut

de minute particulière de la procuration pût faire annuler la donation ; car il ne serait plus au pouvoir du donateur, du donataire ni du notaire de supprimer cette procuration.

Il en est autrement d'une procuration sous seings privés, dont la signature n'a rien d'authentique, et à laquelle on pourrait en substituer une autre.

192. L'acceptation faite par le notaire-rapporteur de l'acte, ni par toute autre personne sans pouvoirs, quand même elle aurait déclaré se porter fort pour le donataire, serait nulle, et n'aurait d'effet que du jour de la ratification expresse faite par le donataire dans un acte notarié, ou plutôt du jour de la notification qui en serait faite au donateur.

193. La femme mariée, même non commune en biens ou séparée de son mari, ne peut accepter une donation sans son consentement, ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice, 934. Mais le donateur ni ses héritiers ne peuvent aujourd'hui opposer le défaut de consentement ou d'autorisation. Furgole, qui soutient une opinion contraire sur l'art. 9 de l'ordonnance de 1731, a écrit dans les principes de l'ancienne jurisprudence, qui regardait comme absolue et

radicale l'incapacité de la femme, incapacité qui n'est plus que relative, suivant l'art. 1125 du Code. Nous pouvons ajouter à ce que nous avons dit sur cette question t. 2, p. 38, que loin d'avoir fait une exception en ce qui concerne l'acceptation des donations, la disposition finale de l'art. 934 soumet expressément cette acceptation à la règle générale : *Conformément*, est-il dit, *à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre du mariage.* V. inf., n. 196.

194. La donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit doit être acceptée par son tuteur, (935) avec l'autorisation du conseil de famille. Faute de ces formalités, l'acceptation ne serait pas irrévocable, et ne produirait pas, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur. Mais l'acceptation faite par le tuteur non autorisé par le conseil de famille ne serait pas nulle dans l'intérêt du mineur, à qui ce défaut d'autorisation ne pourrait être opposé.

195. Le mineur émancipé peut accepter avec l'assistance de son curateur ; (935) mais l'acceptation d'une donation n'étant point mise au nombre des actes que ne peut faire seul celui qui est soumis à la direction d'un conseil judiciaire, il peut accepter sans l'assistance de son conseil.

196. On avait beaucoup agité, sous l'empire de l'ordonnance de 1731, la question de savoir si l'acceptation d'une donation faite par le mineur seul, sans l'autorité de son tuteur ou curateur, était valide : il faut convenir que toutes les raisons de droit étaient pour la validité de l'acceptation faite par le mineur, qui n'a pas besoin d'autorisation pour faire sa condition meilleure. (1)

Cependant le chancelier d'Aguesseau, (2) rédacteur de l'ordonnance de 1731, s'étant prononcé pour la nullité de l'acceptation faite par les mineurs sans autorité, cette opinion parut prévaloir; mais doit-elle prévaloir sous l'empire duCode? L'incapacité du mineur n'est, comme celle de la femme mariée, qu'une incapacité relative. Si on trouve ce principe énoncé dans quelques décisions données sur des cas particuliers par les lois romaines, (3) aucune d'elles ni aucune loi française ne l'avait étendu indéfiniment à tous les cas, comme a fait l'art. 1125, qui l'a érigé en règle générale et impérative : « Les personnes capables de s'engager

(1) V. Pothier, des obligations, n. 52.

(2) Lettre du 25 juin 1731, t. 9 de ses œuvres, p. 360. Il serait facile de répondre à ses raisons qui n'ont point paru décisives à Pothier. Cet illustre chancelier adoptait trop facilement, comme loi, l'*usage d'une très-grande partie du royaume*, au lieu d'examiner si cet usage était fondé sur la raison ou sur la loi.

(3) L. 3, §. 5, ff. *de carbonîano edicto : non debet adversùs pupillos observari quod pro ipsis excogitatum est.*

ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté. » Or, où est la disposition qui fait à cette règle générale une exception en faveur du donateur? Il est de principe qu'on ne doit pas admettre une exception qui n'est pas dans la loi; on ne la trouve, cette exception, ni dans l'art. 935, qui dit que la donation faite à un mineur non émancipé ou à un interdit devra être acceptée par son tuteur, conformément à l'art. 463, au titre de la minorité; ni dans cet article 463, qui porte que la donation faite au mineur *ne pourra* être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Le législateur n'a point ajouté à ces dispositions la clause irritante *à peine de nullité*, comme elle est ajoutée à l'art. 931, qui veut que les donations soient passées devant notaire. Or les nullités, comme les peines, ne peuvent être suppléées; il faut qu'elles soient prononcées par la loi. (1) Le législateur n'a point dit que les articles 935 et 463 étaient des exceptions ou des dérogations à la règle générale établie par l'art. 1125, et que le donateur ou ses héritiers pourront,

(1) V. Mornac sur la loi 1, ff. *de procurat.*; Ricard, des donations entre vifs, part. 1, n. 1535. Cet axiome est vrai, surtout lorsqu'il s'agit de formalités. V. l'art. 1030 du Code de procédure.

malgré cette règle, se prévaloir de l'incapacité du mineur, et de l'omission des formalités établies uniquement pour l'intérêt de ce dernier.

La Cour de Colmar a rejetté cette exception prétendue par un arrêt du 13 décembre 1808, rapporté dans le recueil de jurisprudence du Code Nap., t. 12, p. 262, et par Sirey, an 1809, 2^e^ part., p. 319. Elle jugea qu'une donation faite à un mineur, acceptée par le tuteur seul sans l'autorisation du conseil de famille, prescrite par l'art. 463, ne pouvait, sous ce prétexte, être attaquée par les héritiers du donateur.

Cet arrêt nous paraît rendu dans les vrais principes, quoique M. Grenier, traité des donations, t. 1, p. 177, fasse de vains efforts pour le combattre. Il oppose la rédaction de l'art. 463 *ne pourra*, et prétend que cette formule emporte toujours la peine de nullité, suivant le Brocard tiré de la glose sur le chapitre 1^er^ de R. J. in sexto. *Negativa præposita verbo potest tollit potentiam juris et facti, et inducit necessitatem præcisam ;* comme si les rédacteurs de nos nouvelles lois avaient toujours eu présent à l'esprit ce vieux Brocard, (1) pour s'assujettir à ne jamais employer cette

(1) V. ce que nous avons dit sur ce Brocard, t. 2, p. 40, n. 664. Ce mot Brocard vient de Burchard, évêque de Worms, qui fit

formule *ne peut*, que dans les cas où ils voulaient prononcer la peine de nullité ; supposition démentie par les arrêts de la cour de cassation, et entre autres par celui du 11 décembre 1810, rendu en matière de minorité. Il confirma un arrêt de la cour de Caen, qui avait jugé qu'une tutrice avait pu introduire en justice une action immobilière sans l'autorité du conseil de famille. Le motif de l'arrêt fut que le Code Napoléon n'a disposé que dans l'intérêt des mineurs, et que cette disposition ne peut être invoquée à leur préjudice. (1) Cet arrêt s'applique naturellement et à l'espèce jugée par la cour de Colmar, et à l'acceptation du

au commencement du onzième siècle, un recueil ou compilation de canons, qu'on appella depuis le décret de Burchard, *decretum Burchardi*. Les canons y étaient rangés par titres, et réduits à des règles ou maximes générales. On appella ces maximes *Burchardica*, *Brocardica*, *Brocarda*, en français *Brocards*, et l'on s'habitua à nommer Brocards les règles ou maximes générales qui étaient tirées des écrits des interprètes et des docteurs. V. Thomasius, dissert., t. 4, p. 382, diss. 121, cap. 1, §. 1; Vanespen, t. 3, p. 486; Taisaud, vie des jurisconsultes, au mot *Burchard*.

(1) L'arrêt est rapporté par Sirey, an 1811, p. 52. L'arrêt du 29 octobre 1811 (Sirey, 1812, p. 46) a également décidé que la formule *ne peut* n'emporte pas de plein droit la peine de nullité. L'art. 228 du Code porte que la femme *ne peut* contracter un nouveau mariage. Il s'agissait de savoir si ces mots *ne peut contracter* constituaient un empêchement simplement prohibitif, ou un empêchement dirimant. L'arrêt décida que l'empêchement n'est que prohibitif, par le motif que l'art. 228 n'a pas attaché à cette prohibition la peine de nullité du second mariage. V. aussi Merlin, nouv. répert., v° *noces*; secondes noces, §. 2, n. 1.

mineur sans autorité du tuteur ou sans assistance du curateur : la raison de décider est la même. La question est donc résolue suivant les principes de la cour de cassation et suivant la raison. L'acceptation du tuteur avec l'autorisation du conseil de famille n'est nécessaire que pour faire produire à l'acceptation, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur, c'est-à-dire, pour la rendre irrévocable. L'art. 463 le dit positivement : La donation ainsi acceptée *aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur.* Si l'acceptation n'est pas revêtue de ces formalités, elle peut être révoquée par le mineur dans les cas infiniment rares, et dont on n'a point encore d'exemple, où il se trouverait lésé par la donation; mais l'omission de ces formalités ne peut lui être opposée. Tels sont les vrais principes établis par Pothier, et auxquels le Code est resté attaché.

On a dit que la rédaction de l'art. 935 semblait faite pour trancher, dans le sens du chancelier d'Aguesseau, le doute qui s'était élevé sous l'empire de l'ordonnance de 1731, dont l'art. 7 portait : « L'acceptation *pourra* être faite par le tuteur ou curateur ; » au lieu que l'art. 935 du Code porte *devra ;* expression qui emporte obligation, et l'autre seulement *faculté.*

Mais cette observation n'est-elle pas une cavillation, une subtilité fondée sur les mots *aucupium verborum?* Le Code se sert indifféremment du mot *devra* et du mot *pourra*, puisque, dans le même art. 935, il est dit que le mineur émancipé *pourra* accepter avec l'assistance de son curateur.

197. Les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, et les autres ascendans, même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs du mineur, peuvent accepter pour lui. (935.) Il faut même remarquer que le Code ne les assujettit point à prendre l'autorisation du conseil de famille pour faire cette acceptation. (1) Ils peuvent aussi accepter pour l'enfant qui n'est pas encore né, mais seulement conçu.

198. Il paraît à la manière dont est rédigé l'art. 935, que la mère et l'aïeule pourraient accepter pour leurs enfans ou petits-enfans, sans être autorisées de leurs maris, parce que l'acceptation n'est faite que pour l'enfant: c'est un mandat légal que la loi donne aux femmes pour l'intérêt de leurs enfans mineurs. Or, elles peuvent remplir les fonctions de

[1] Arrêt de la cour de Bruxelles, du 10 mars 1811, rapporté par Sirey, an 1811, 2e partie, p. 316, confirmé par arrêt de la cour de cassation, du 25 juin 1812; Denevers, an 1812, p. 465, et par Sirez, an 1812, p. 400.

mandataires sans l'autorisation de leurs maris. (1990.) La loi n'a considéré que le lien du sang et de l'affection, (1) qui tient lieu de mandat; et quoique les femmes mariées ne puissent pas accepter les donations qui leur sont faites sans y être autorisées, elles peuvent, sans autorisation, (2) accepter les donations faites à leurs enfans ou petits-enfans, mineurs ou interdits, parce qu'elles ne s'obligent point personnellement par cette acceptation. C'est un principe assez général que la femme n'a besoin d'autorisation que pour les actes qu'elle fait en son nom. (3)

199. Les pères et mères des enfans naturels légalement reconnus peuvent aussi accepter, pour leurs enfans mineurs, les donations qui leur sont faites. (4)

200. Le sourd-muet qui sait écrire peut accepter par lui-même ou par un fondé de pouvoirs : s'il ne sait pas écrire, l'acceptation

[1] V. Furgole, art. 7 et art. 9 de l'ordonnance de 1731.

[2] Grenier, t. 1, p. 183, est d'une opinion contraire. Nous préférons l'opinion de Furgole, qui nous paraît plus conforme aux principes et à la raison.

[3] Pothier, de la puissance maritale, n. 49.

[4] Furgole, sur l'art. 7 de l'ordonnance de 1731; Grenier, t. 1, p. 184.

doit être faite par un curateur nommé à cet effet par le conseil de famille. (936.)

201. L'acte de donation non accepté n'ayant pu acquérir aucun droit aux mineurs, aux interdits ni aux femmes mariées, ils ne peuvent, suivant l'art. 942, conforme à l'art. 14 de l'ordonnance de 1731, être restitués contre le défaut d'acceptation, parce qu'il n'existe aucun droit que la restitution puisse leur rendre; mais le même article leur accorde, *s'il y échet*, un recours contre leurs tuteurs ou maris. Ce recours consiste à exiger de ces derniers la valeur des choses qu'ils ont manqué d'acquérir par leur faute ou par leur négligence, en n'acceptant pas la donation avant la mort ou le changement de volonté du donateur; mais il faut qu'il y ait eu de leur part faute ou négligence. C'est une question de fait abandonnée à la prudence du magistrat, sans que la restitution puisse avoir lieu dans le cas même où les tuteurs et maris se trouveraient insolvables.

202. Lorsque le donateur fait une donation à son pupille, elle doit être acceptée par le subrogé tuteur; s'il n'y en avait point, il serait du devoir du tuteur d'en faire nommer un, ou un curateur *ad hoc* pour accepter,

suivant la maxime : *Nemo potest esse autor in rem suam.* (1)

S'il n'y avait point eu d'acceptation, la donation serait nulle; mais le donateur ou ses représentans pourraient-ils opposer au mineur ce défaut d'acceptation ? Ricard et Pothier (2) tiennent la négative, par la raison que le tuteur est responsable, en sa qualité de tuteur, de la négligence qu'il apporte aux affaires de son mineur, et par conséquent de sa négligence à faire nommer un subrogé tuteur, ou à le prévenir. Ricard en conclut que le tuteur répond des nullités commises dans la donation qu'il a faite à son pupille; et que, comme les dommages et intérêts ne peuvent être moindres que la chose donnée, le donateur et ses représentans sont non recevables à contester la donation.

M. Grenier, t. 1, p. 184, ne peut adopter l'opinion de ces deux célèbres jurisconsultes, parce que la donation n'étant pas acceptée, elle est considérée comme n'existant pas, et qu'on ne peut voir dans cette nullité le principe d'une garantie contre celui qui donne.

(1) Ricard, des donations, part. 1, n. 858 et suiv.; Grenier, t. 1, p. 184; L. 1 et 3, ff. *de auct. et cons. tut.*

(2) Ricard, *ubi sup.*, n. 859 et suiv.; Pothier, des donations entre vifs, sect. 2, art. 1, p. 55 et 56.

On peut ajouter qu'il est à présumer que le tuteur qui, comme tout autre donateur, pouvait retirer ses offres jusqu'à l'acceptation, n'a pas voulu prévenir le subrogé tuteur d'accepter, ou en faire nommer un s'il n'y en avait pas, précisément parce qu'avant cette acceptation, il avait changé d'avis. Or, qui pourrait dire qu'un tuteur qui donne aujourd'hui à son pupille, et qui demain ou après demain rétracte sa donation, au moment où le subrogé tuteur ou un ascendant se préparait à accepter, est responsable de son changement de volonté? Mais il n'est pas douteux que si le mineur présent avait accepté, soit seul, soit sous l'autorité du tuteur donateur, celui-ci ne pourrait opposer l'irrégularité d'une pareille acceptation.

203. Quant à la femme, il est de principe qu'à la différence du tuteur qui ne peut autoriser son mineur quand il contracte avec lui, le mari peut autoriser son épouse dans les contrats qui interviennent entre elle et lui pendant le mariage, et notamment dans les donations qu'elle recevrait de son mari ou qu'elle voudrait lui faire.

Il était autrefois d'un usage universel que les femmes fussent autorisées de leurs maris

dans les donations mutuelles; (1) et aujourd'hui la présence du mari est une autorité suffisante.

204. Suivant l'art. 937, les dons entre vifs faits au profit des hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissemens d'utilité publique, doivent être acceptés par les administrateurs des communes ou de ces établissemens, après y avoir été dûment autorisés par un arrêt du gouvernement. (910.) Ainsi cette autorisation doit précéder l'acceptation; et comme jusqu'à cette dernière époque rien n'est consommé, le donateur peut révoquer sa donation, qui devient caduque s'il meurt avant l'acceptation. (2)

Mais par un arrêté général du 4 ventôse an 12, le gouvernement a autorisé les commissions administratives des hôpitaux, et les administrateurs des bureaux de bienfaisance, à accepter, sous la simple autorisation des sous-préfets, les dons entre vifs qui leur seront faits, soit en argent, soit en meubles, soit en denrées, lorsque leur valeur n'excédera pas 300 liv. de capital, et qu'ils seront faits à titre gratuit.

Il est enjoint aux notaires de donner avis

(1) Ricard, part. 1, n. 857; Pothier, de la puissance maritale, n. 42.

[2] Grenier, t. 1, p. 185 et suiv.

aux administrateurs des dispositions faites en faveur de ces établissemens.

Si les dons sont faits par testament, l'autorisation du gouvernement pour les recevoir n'est pas moins nécessaire ; mais en attendant, les receveurs des pauvres et des hospices peuvent, sur la simple remise du testament, faire tous les actes conservatoires qui sont jugés nécessaires. Art. 5 du même arrêté.

Au reste, l'autorisation du gouvernement n'est pas seulement nécessaire pour l'intérêt des établissemens publics, mais encore pour celui des familles ; et le gouvernement refuse son autorisation, lorsqu'il s'agit d'accepter des legs qui préjudicient à la famille du testateur. On en voit un exemple dans l'arrêt du conseil-d'état, approuvé par S. M. le 2 décembre 1811, qui a refusé d'autoriser l'acceptation d'un don qui n'excédait pas 300 fr., fait à l'hospice de Saint-Martin-de-Castillane, par la considération que le mari de la testatrice était un cultivateur qui avait peu de fortune. V. le bulletin des lois de 1811, p. 515.

205. Les dons faits pour l'entretien des ministres et pour l'exercice du culte doivent être acceptés par l'évêque diocésain, dont

l'acceptation doit être précédée de l'autorisation du gouvernement. (1)

206. Après avoir vu comment et par qui l'acceptation doit être faite, il faut voir quand elle doit l'être. Il n'est pas nécessaire qu'elle le soit au moment de la donation, ni dans l'acte qui la contient : elle peut l'être par un acte postérieur et authentique, c'est-à-dire passé devant notaire, et dont il doit rester minute, (932) sous peine de nullité. Mais il faut, 1° que cette acceptation soit faite du vivant du donateur ; 2° qu'il n'ait pas changé de volonté ; car c'est l'acceptation seule qui engage le donateur. Avant l'acceptation, il n'y a que des offres qu'il peut révoquer, (2) parce qu'il n'y a point encore de droit acquis au donataire. Le donateur est donc libre de révoquer ses offres, soit expressément, soit tacitement, en disposant autrement de son bien. S'il ne les révoque pas, la loi présume qu'il a persévéré dans la même volonté jusqu'au jour de l'acceptation, qui forme le contrat par le concours des deux volontés, et qui rend la donation parfaite et irrévocable.

[1] Art. 73 de la loi du 18 germinal an 10.

[2] Furgole, sur l'art. 5 de l'ordonnance de 1731, et question 5 sur l'ordonnance ; Pothier, des donations, sect. 2, art. 1, p. 54.

207. La propriété des objets donnés est dès-lors transférée au donataire par le seul effet de la convention, sans qu'il soit besoin de tradition, 938. Loin de pouvoir révoquer, le donateur ou ses héritiers sont obligés de livrer les biens donnés, soit au donataire, soit à ses héritiers, s'ils ne l'ont pas été lors de la donation. Mais le donateur ni ses héritiers ne sont point, comme le vendeur, tenus des évictions que peut éprouver le donataire, soit depuis, soit avant la tradition, à moins que le don n'eût été fait par dol, et dans la vue d'exposer le donataire à une éviction et de le constituer en dépense.

Cependant si le donataire avait payé un créancier du donateur pour éviter un délaissement par hypothèque; si l'héritage avait été vendu par suite du délaissement, le donataire pourrait en réclamer le prix contre le donateur, comme un tiers peut agir contre un débiteur dont il a acquitté la dette. (1)

208. Si le donateur meurt avant l'acceptation, le contrat ne peut se former, le concours des deux volontés ne peut plus exister;

[1] Domat, Liv. 1, tit. 10, sect. 3; Pothier, introduction au tit. de la coutume d'Orléans, sect. 4; Furgole, question 39 sur l'ordonnance de 1731, n. 57; Voët, in tit. de donat., n. 10.

la mort a rompu le projet de donation. (1) Les biens du défunt sont acquis de plein droit à ses héritiers, suivant la règle, *le mort saisit le vif.*

209. Il ne suffit pas que l'acceptation soit faite du vivant du donateur, il faut encore qu'elle lui soit connue pour l'engager. La donation n'a d'effet, *à son égard*, que du jour où l'acte qui constate l'acceptation lui a été notifié (932) juridiquement : s'il meurt, s'il révoque ses offres avant cette notification, la donation s'évanouit.

210. Il faut même remarquer qu'à la différence de l'acceptation, qui doit être connue du donateur pour produire son effet, il n'est pas nécessaire que la révocation des offres du donateur ou son changement de volonté soit connu du donataire, qui n'avait encore aucun droit acquis. L'acceptation tardive qui serait notifiée au donateur après sa révocation, n'aurait aucun effet.

211. L'acceptation ne peut être faite que par le donataire personnellement ou par son fondé de pouvoirs, mais pendant sa vie ; s'il refusait ou négligeait d'accepter la donation,

(1) Furgole, question 5, n. 20 et suiv. ; Pothier, *ubi sup.*, pag. 58.

ses créanciers ne pourraient l'accepter en sa place, sous prétexte que ce refus est en fraude de leurs droits.

212. S'il mourait (1) avant que son fondé de pouvoirs eût accepté, l'acceptation ne pourrait plus être faite, parce que le mandat finit par la mort du mandant, lorsqu'elle est connue du mandataire. Les héritiers du donataire ne pourraient accepter, parce qu'il n'a pu leur transmettre un droit qu'il n'avait point encore acquis.

Bien plus; si le donataire, après avoir accepté par acte authentique, mourait avant d'avoir notifié son acceptation, la notification faite par ses héritiers ne produirait aucun effet, parce que, suivant l'art. 932, la donation n'a d'effet, *à l'égard du donateur*, que du jour où l'acte qui constate l'acceptation lui a été notifié.

213. Par la même raison, si, dans le tems intermédiaire entre la donation et l'acceptation, ou même entre l'acceptation et la notification de l'acte d'acceptation, le donateur était devenu incapable de donner; s'il avait perdu les droits civils ou l'usage de la raison, s'il était interdit, le donataire ne pourrait plus ni accepter ni faire notifier son acte

(1) Pothier, p. 57; Furgole, question 7 sur l'ordonnance.

d'acceptation. Il ne faut pas appliquer aux donations entre vifs le principe que la volonté du testateur tombé en démence est fixée à l'état où elle se trouvait au dernier moment qu'il a pu faire usage de sa raison.

Si le donataire était devenu incapable, la donation serait également caduque ; mais s'il était seulement en démence ou interdit, son tuteur ou ses ascendans pourraient ou accepter pour lui, ou faire notifier l'acte d'acceptation qu'il aurait fait pendant qu'il jouissait encore de sa raison.

214. Les biens donnés ne passent au donataire qu'avec les hypothèques et autres charges que le donateur a pu créer dans le tems intermédiaire de la donation et de l'acceptation, (1) et même de l'acceptation et de la notification de l'acte qui la constate.

215. Il y a quelques donations exceptées de la solemnité de l'acceptation expresse : 1° les donations faites par un contrat de mariage aux conjoints ou à leurs enfans à naître, soit par les conjoints eux-mêmes, soit par des ascendans, des parens collatéraux ou même par des étrangers, ne peuvent être

(1) Pothier, *ubi sup.*, pag. 56.

attaquées ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation, 1087. (1)

2° Suivant l'ordonnance de 1731, dans les donations à la charge de rendre ou donations fidéicommissaires, quoiqu'elles ne fussent pas faites par contrat de mariage, l'acceptation du premier donataire ou grevé de substitution était suffisante ; celle du substitué n'était pas nécessaire. Cette disposition doit s'appliquer aujourd'hui aux substitutions autorisées par les articles 1048 et 1049. (2)

3° Les donations indirectes, qui sont la condition d'une convention faite avec un tiers, ne sont pas soumises à la formalité de l'acceptation expresse. (3) C'est une conséquence du principe consacré par l'art. 1121, que l'on peut valablement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre.

(1) Conforme à l'ordonnance de 1731 et à la très-ancienne jurisprudence. V. Dumoulin, sur l'art. 26 du tit. 14 de la coutume d'Auvergne, t. 2, opp., p. 747 ; Grenier, t. 2, pag. 380.

[2] Il n'y a pas d'article dans le Code qui dispense expressément ces donations de la solemnité de l'acceptation ; mais cette dispense est supposée par l'art. 1055 et suiv.

[3] V. Grenier, t. 1, p. 189. Furgole, sur l'art. 5 de l'ordonnance de 1731, est d'un avis contraire, par des raisons devenues sans force depuis les dispositions de l'art. 1121 du Code Nap.

C'est en conséquence de ce principe que, si une personne a fourni des deniers à une autre pour constituer une rente viagère au profit d'un tiers, cet acte, quoiqu'ayant à l'égard de ce tiers le caractère d'une libéralité, n'est point assujetti aux formes requises pour les donations, sauf les cas de réduction ou de nullité, 1973.

216. La donation non acceptée, que les romains appelaient *pollicitation*, était obligatoire en certains cas; par exemple, lorsqu'elle avait un objet d'utilité publique. (1) Mais en France les pollicitations étaient implicitement rejettées par l'ordonnance de 1731, art. 5; elles le sont également par l'art. 937 du Code Napoléon.

§. III.

De *l'irrévocabilité des donations, de la règle donner et retenir ne vaut, et de la tradition.*

SOMMAIRE.

218. *En général il n'est pas défendu de stipuler que l'une des parties aura, en certains cas, la faculté de résoudre le contrat.*

(1) V. tit. ff. *de pollicitationibus*; Pothier, des donations, p. 65. Les promesses peuvent devenir obligatoires, si elles n'ont pas été révoquées avant l'acceptation. V. Sirey, an 1811, décis. div., p. 39.

219. *Le droit naturel permet au donateur de stipuler la même faculté.*

220. *Le droit coutumier le lui défendait, ainsi que de conserver la possession des choses données. Donner et retenir ne vaut.*

221. *Motif de cette défense.*

222. *Le Code n'exige plus que la tradition soit faite pendant la vie du donateur, et pourquoi.*

223. *Mais il ne veut pas qu'il conserve la faculté de révoquer la donation.*

224. *Ainsi on ne peut donner ses biens à venir.*

225. *Ainsi la condition d'acquitter les dettes que fera le donateur, annule la donation.*

226. *De la réserve de disposer d'un effet compris dans la donation.*

227. *Le donateur peut se réserver l'usufruit,*

228. *Même celui des effets mobiliers.*

229. *Des donations faites par contrat de mariage, et de celles que se font les époux pendant le mariage.*

218. Toute convention est irrévocable de sa nature, en ce sens que l'une des parties ne peut se dégager sans le consentement de l'autre. On peut néanmoins stipuler que la convention pourra être en certains cas résolue par la volonté d'une seule des parties. Cette stipulation n'a rien de contraire au droit naturel ni même au droit civil : ainsi le vendeur peut stipuler qu'il pourra résoudre le contrat

de vente, et reprendre dans un délai convenu la chose vendue, en rendant le prix de la vente. (1659.) Seulement, pour ne pas laisser les propriétés trop long-tems incertaines, le Code a voulu que ce délai ne pût excéder cinq ans.

Ainsi encore, dans les baux à ferme ou à loyer, on stipule souvent que le bailleur ou le preneur pourra résoudre le bail après trois ou six ans, en avertissant l'autre partie quelques mois auparavant. V. Pothier, du contrat de louage, n. 326.

219. A plus forte raison, dans les donations et autres actes de bienfaisance, il devrait être permis à celui qui fait une libéralité de stipuler qu'il pourra la révoquer par sa volonté seule. (1) C'est au donataire à voir s'il doit se soumettre à cette condition qui n'a rien de contraire aux bonnes mœurs. Le donateur peut mettre à son bienfait telle condition que bon lui semble.

220. Ces principes du droit naturel n'étaient pas suivis dans l'ancien droit français, où les coutumes avaient établi pour maxime, que *donner et retenir ne vaut*; c'est-à-dire, que le donateur ne pouvait se réserver la faculté

(1) V. Wolff, jus nat., part. 4, §. 134.

de révoquer la donation, ni même conserver, jusqu'à son décès, la possession des choses données. (1) Ainsi, deux choses étaient requises pour la validité des donations entre vifs; 1° que la chose fût livrée par le donateur de son vivant, c'est ce qu'on appelle *tradition;* 2° que le donateur ne se fût pas réservé la faculté de révoquer la donation.

221. Nous avons déjà indiqué les motifs de ces précautions qui décèlent la défiance et l'aversion de nos anciens législateurs contre les donations. D'un côté, le vœu des coutumes pour conserver les propres dans les familles, et les faire passer aux héritiers légitimes comme une sorte de substitution légale, au défaut de laquelle ils retournaient aux seigneurs de fief, avait fait imposer à la faculté de donner entre vifs des formalités et des conditions qui en rendaient l'exercice plus difficile et moins fréquent. C'est pour cela que les coutumes voulurent que personne ne pût donner entre vifs, à moins qu'elle ne se dessaisît irrévocablement, en se privant de la faculté et du pouvoir de disposer de la chose donnée; afin que l'attachement naturel des hommes pour ce qu'ils possèdent, et l'aversion qu'ils ont

(1) Paris, art. 274, et ibi Laurière.

pour se dépouiller de leur vivant, les détournassent de donner. (1)

D'un autre côté, la différence qui existait entre ce qu'on pouvait donner entre vifs ou par testament, faisait proscrire tous les moyens qui auraient pu servir à éluder cette disposition, tels qu'une donation dans laquelle le donateur se serait réservé la faculté de révoquer, et par conséquent une donation non suivie de tradition : car, suivant les anciens principes, la propriété ne pouvant être transférée que par la tradition, le donateur conservait le pouvoir de la transférer à un tiers, dont le contrat, suivi de tradition, aurait été préféré. Si le donateur continuait jusqu'à sa mort d'être saisi et de posséder, on présumait de droit que le don n'avait pas été sincère. (2)

222. En conséquence du principe sage que la propriété est transférée par le seul effet des conventions, sans qu'il soit besoin de tradition, le Code a rejetté la nécessité de livrer les choses données pendant la vie du donateur. La donation dûment acceptée est

(1) Pothier, des donations entre vifs, sect. 2, art. 2, pag. 67.

[2] V. Glanville, Lib. 7, cap. 1; Delaurière, *ubi sup.*; Littleton, sect. 459, et ibi Houard, p. 524; Furgole, sur l'art. 15 de l'ordonnance de 1731.

parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés est transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition, 938.

Ainsi la jurisprudence se trouve ici dégagée des subtilités sur les traditions feintes, imaginées pour éluder le principe que la propriété ne pouvait être transférée sans la tradition, et que la tradition était nulle, si elle n'avait pas été faite du vivant du donateur. Au nombre de ces donations feintes étaient les clauses de constitut et de précaire, (1) que des notaires moutonniers emploient encore quelquefois aujourd'hui, sans en comprendre ni le sens ni l'objet.

223. Mais quoique les raisons, qui firent introduire la maxime *donner et retenir ne vaut*, n'existent plus aujourd'hui, le Code n'a pas néanmoins voulu que le donateur se réservât la faculté de révoquer la donation. L'art. 944 ordonne que « toute donation entre » vifs, faite sous des conditions dont l'exé- » cution dépend de la *seule* volonté du dona- » teur, sera nulle. »

224. Delà plusieurs conséquences : 1° On

(1) Art. 275 de la coutume de Paris. Pothier, des donations, *ubi sup.*, p. 70 ; Grenier, des donations, t. 1, p. 20 et p. 217.

ne peut donner ses biens à venir ; car le donateur étant libre d'acquérir ou de ne pas acquérir, il dépendrait de sa seule volonté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation. Ainsi la donation ne peut comprendre que les biens présens du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle est nulle, (1) mais seulement à l'égard de ces derniers biens, 944. (2)

225. 2° La donation est nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui y est annexé, 945 : car le donateur conserverait la faculté d'anéantir la donation, en l'absorbant par les dettes qu'il serait libre de contracter.

Si la donation était faite à la charge de payer les dettes que le donateur contractera jusqu'à concurrence d'une certaine somme, elle serait nulle jusqu'à concurrence de cette somme, quand même le donateur n'aurait contracté aucune dette ; car ayant eu le pouvoir de diminuer l'effet de sa donation jusqu'à

[1] Ricard, part. 1, n. 1036 ; Cochin, t, 4, p. 395 ; Grenier t. 1, p. 142 et suiv.

[2] Secùs par l'ordonnance de 1731, art. 15.

concurrence de cette somme, elle n'était pas irrévocable à cet égard.

226. 3° Il en est de même « en cas que le » donateur se soit réservé la liberté de dis- » poser d'un effet compris dans la donation, » ou d'une somme fixe sur les biens donnés; » s'il meurt sans en avoir disposé, cet effet » ou cette somme appartiendra aux héritiers » du donateur, nonobstant toutes clauses et » stipulations à ce contraires. » (946, art. 16 de l'ordonnance de 1731.)

Néanmoins, s'il s'agissait d'une réserve purement éventuelle faite dans l'intérêt d'un tiers, et qui, par l'événement, ne pourrait plus avoir lieu et deviendrait sans objet, le donateur ni ses héritiers ne pourraient s'en prévaloir contre le donataire pour demander une réduction sur la donation; par exemple, si la donation contient la faculté de disposer d'une pension viagère de 700 fr. en faveur de l'épouse du donateur, cette réserve s'éteintau profit du donataire; et si l'épouse survivait au donateur, le donataire ne pourrait être grevé que de la prestation de la pension pendant la vie de l'épouse. Les héritiers ne pourraient pas réclamer un capital capable de fournir la pension viagère. (1)

(1) Ainsi l'a jugé un arrêt de la cour d'Aix, du 17 thermidor an 13. V. Grenier, t. 1, p. 193.

227. La propriété et l'usufruit étant deux choses différentes, la donation n'en est pas moins irrévocable, lorsque le donateur donne la propriété et retient l'usufruit. Il n'est pas le maître d'anéantir la donation. (949-899.) Paris, art. 275.

228. Si des effets mobiliers avaient été donnés avec réserve d'usufruit, le donataire serait tenu, à l'expiration de l'usufruit, de reprendre les effets dans l'état où ils se trouvent en nature; et il a une action contre le donateur ou ses héritiers, pour raison des objets non existans, jusqu'à concurrence de la valeur qui leur a été donnée dans l'état estimatif. (950.)

229. Les donations faites par contrat de mariage, en faveur des époux ou de leurs enfans à naître, sont exceptées de la condition d'irrévocabilité exigée pour la validité des autres donations, comme nous le verrons dans les chapitres 8 et 9.

Les donations que se font les époux pendant le mariage sont toujours révocables par la seule volonté du donateur. (1096.)

§. IV.

De la transcription des donations

SOMMAIRE.

230. *Les donations étaient soumises autrefois à la formalité particulière de l'insinuation, sous peine de nullité;*

231. *Et au contrôle, formalité commune à tous les actes notariés, et conservée sous le nom d'enregistrement.*

232. *Du peu d'utilité de l'insinuation qui a subsisté jusqu'à la promulgation du Code.*

233. *De la transcription; formalité nouvelle introduite comme nécessaire pour transférer la propriété, par la loi du 11 brumaire an 7,*

234. *Depuis laquelle les donations furent soumises à trois espèces de formalités.*

235. *Esprit général dans lequel furent rédigées les dispositions relatives à la transcription des donations; on ne voulut point déterminer quel serait l'effet de la transcription.*

236. *Pour le connaître, il faut recourir au titre des hypothèques.*

237. *La transcription est une formalité volontaire conseillée par la prudence.*

238. *Quels sont aujourd'hui les effets de la transcription. Celle des donations n'a pas d'autres effets que celle des contrats de vente : il n'y a pas deux espèces de transcriptions.*

239. *La transcription des donations n'est point assimilée à l'insinuation ; elle n'est point prescrite sous peine de nullité.*

240. *Si les tiers-acquéreurs et les créanciers postérieurs à la donation peuvent opposer le défaut de transcription.*

250. Outre la solemnité de l'acceptation expresse, l'ancienne jurisprudence avait soumis les donations à une formalité qui leur était également particulière, et qu'on nommait *insinuation :* elle consistait à transcrire ou copier littéralement l'acte de donation sur un registre public tenu à cet effet. Cette formalité, dont l'omission entraînait la nullité de l'acte, avait été empruntée (1) du Code de Justinien, et transférée dans le droit français par l'ordonnance de 1539, confirmée par l'ordonnance de Moulins et par celle de 1731, art. 19 et 20.

251. Les donations étaient en outre sujettes au contrôle, formalité bursale qui continue d'exister aujourd'hui sous le nom d'enregistrement, et qui consiste à inscrire une simple notice des actes sur un registre public.

252. L'insinuation avait pour objet, disait-on, de rendre les donations publiques, et

(1) V. Ricard, des donations, part. 1, n. 1078 ; Pothier, des donations, p. 84 ; et Furgole, sur l'art. 19 de l'ordonnance de 1731.

d'empêcher ceux qui traitaient avec le donateur ou qui acceptaient sa succession, d'être induits en erreur. Mais, pour dire la vérité, on ne voit pas de motifs suffisans pour assujettir les donations à l'insinuation, plutôt que les autres actes translatifs de propriété, et surtout les ventes à fonds perdu ou avec retention d'usufruit, qui sont beaucoup plus fréquens, plus propres à voiler les fraudes, et qui peuvent également induire en erreur les créanciers du vendeur ou ses héritiers. L'utilité de l'insinuation pour les parties était bien faible, pour ne pas dire nulle, en comparaison des embarras qu'elle causait dans la jurisprudence et des procès qu'elle occasionnait. Cependant elle a continué d'être en usage jusqu'à la promulgation du Code Napoléon, qui l'a abolie par son silence et par l'abrogation expresse des ordonnances rendues sur le fait des donations.

233. La loi du 11 brumaire an 7, sur le régime hypothécaire, établit en principe général que nul acte translatif de propriété ne pourrait avoir d'effet contre des tiers, s'il n'était pas transcrit sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens étaient situés;

cette transcription était nécessaire pour transférer la propriété des immeubles. (1)

234. Les donations déjà sujettes à l'insinuation et à l'enregistrement furent donc encore assujetties à la formalité nouvelle de la transcription; le défaut d'insinuation les annulait à l'égard des héritiers du donateur. Le défaut de transcription empêchait seulement le donataire d'opposer la donation non transcrite, quoiqu'insinuée, aux tiers à qui le donateur aurait hypothéqué, vendu ou même donné les mêmes biens, pourvu que leur contrat fût transcrit; mais il n'annulait pas la donation relativement aux héritiers. (2)

235. Dans le projet de Code imprimé en l'an 9, la commission proposa de conserver l'insinuation avec cette modification, que jusqu'à l'insinuation, les donations ne pourraient être opposées « aux tiers qui auraient contracté » avec le donateur. » (3) C'était déroger à l'art. 27 de l'ordonnance de 1731, qui voulait que le défaut d'insinuation pût être opposé non

(1) Art. 26 et 28. V. le nouveau répertoire, v° *transcription*, p. 77 et 78. Arrêt de la cour de cassation, du 16 octobre 1810; Sirey, 1811, pag. 25.

(2) V. l'art. 26.

(3) V. Liv. 3, tit. 9, art. 55.

seulement par les tiers-acquéreurs ou créanciers du donateur, mais encore par ses héritiers, donataires postérieurs ou légataires, et généralement par tous ceux qui y auraient intérêt, autres néanmoins que le donateur.

La commission proposait aussi de changer entièrement le régime hypothécaire introduit par la loi du 11 brumaire an 7, et ce changement éprouva la plus vive résistance : les opinions se partagèrent ; et telle était la situation des esprits, lorsqu'on discuta le titre des donations, en sorte qu'on ignorait absolument quel système hypothécaire prévaudrait.

Cependant on adopta (1) l'article qui est aujourd'hui le 939e du Code, et qui porte que, lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription doit en être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés.

Mais on n'ajouta point que cette transcription était requise sous peine de nullité ; on ne voulut point déterminer quel serait l'effet de la transcription ou de son omission ; on ne voulait rien préjuger sur le système hypothécaire, qui n'était pas l'objet de la discussion ;

[1] Séance du 12 ventôse an 11.

(1) on cherchait une rédaction qui pût convenir, quelle que fût celle qui serait adoptée dans la suite.

C'est delà qu'est venue la rédaction incomplète de l'art. 941 : « Le défaut de transcrip-
» tion pourra être opposé par toutes personnes
» ayant intérêt, excepté toutefois celles qui
» sont chargées de faire faire la transcription,
» ou leurs ayant cause, et le donateur. »

256. Cet article ne détermine, pas plus que les précédens, la force et l'effet de la transcription, ou du défaut de transcription : pour les connaître, il faut recourir au titre des hypothèques. L'art. 2181 du Code admet la transcription des contrats translatifs de la propriété des immeubles, non plus comme nécessaire pour transférer la propriété. La défense d'opposer les actes non transcrits aux personnes qui, postérieurement à ces actes, auraient contracté avec l'ancien propriétaire, était devenue incompatible avec le principe que la propriété est transférée par le seul effet des conventions. (2)

(1) Bigot-Préameneu, t. 4 du procès-verbal, p. 494. « On a,
» au surplus, entendu dans l'une et dans l'autre opinion, que rien
» n'était préjugé sur le système hypothécaire qui n'était point
» l'objet de la discussion. »

(2) Articles 711, 938, 1138, 1583.

237. La transcription ne fut donc établie que comme une formalité conservée par la prudence à ceux qui *voudront* purger les privilèges et hypothèques antérieurs à la translation de propriété.

Mais le Code n'ayant point fixé le délai dans lequel les créanciers de l'ancien propriétaire pourraient, depuis l'aliénation des biens hypothéqués, faire inscrire les droits d'hypothèque acquis auparavant, il en était résulté des incertitudes, (1) que le Code de procédure a fait cesser, en permettant (834) aux créanciers qui n'auraient pas fait inscrire leurs titres antérieurement aux actes translatifs de propriété, de prendre inscription dans la quinzaine au plus tard de la transcription de ces actes. Mais ce droit n'est accordé qu'aux créanciers antérieurs, et par cela même il est refusé à ceux qui n'auraient contracté que postérieurement aux actes, parce que l'ancien propriétaire n'a pu leur transférer aucun droit sur la propriété d'autrui.

238. Tout l'effet de la transcription est donc aujourd'hui, 1° de purger les anciennes hypothèques et privilèges, en empêchant ceux qui en avaient acquis le droit d'inscrire leurs

(2) V. la dissertation imprimée dans le recueil de Sirey, an 13, p. 161 du suppl.

titres après le délai de quinzaine, à compter du jour de la transcription ;

2° De garantir, après un délai fixé, le nouveau propriétaire, qui a fait notifier son contrat aux créanciers inscrits, de la surenchère et des suites qu'ils voudraient exercer contre lui, en vertu de leur hypothèque, pourvu qu'il paie les créances inscrites jusqu'à concurrence du prix de la vente ou de l'évaluation qu'il a donnée aux immeubles acquis par donation. Articles 2183, 84 et 85.

Les textes de ces articles portent expressément qu'ils sont communs aux acquéreurs et aux donataires. L'effet qu'ils attribuent à la transcription est le même pour les donations et pour les contrats de vente. Il n'y a pas deux espèces de transcriptions, l'une particulière aux donations, l'autre commune à tous les contrats translatifs de propriété.

C'est d'après ce que nous venons de dire qu'il faut interpréter les articles du Code relatifs à la transcription des donations. Ce défaut de transcription peut, dit l'art. 941, être opposé par toutes personnes ayant intérêt ; mais c'est pour exercer le droit d'hypothèque ou de surenchère qui leur était acquis avant la donation, et non pour la faire annuler ; car la transcription n'est pas requise sous

peine de nullité, (1) ni pour exercer des droits acquis postérieurement ; car le donateur, irrévocablement dépouillé par l'acte de donation, n'a pu leur concéder des droits qu'il n'avait plus. (2182.)

249. M. Grenier (2) avait soutenu, dans la première édition de son traité des donations, que la transcription des donations était assimilée à l'insinuation ; qu'elle était nécessaire sous peine de nullité, et que cette nullité pouvait être opposée par les créanciers du donateur postérieurs à la donation, par les tiers-acquéreurs, par ses légataires et par ses héritiers.

Il a beaucoup modifié cette opinion dans la seconde édition de son ouvrage, t. 1, p. 313. Cependant il continue d'y enseigner que la transcription *tient lieu* de l'insinuation, expression qu'il ne faut pas prendre à la lettre ; car la cour de cassation, dans les considérans d'un arrêt rendu le 12 décembre 1810, (3) dit *que ceux qui voudraient opposer les art. 939 et 941,.....* pour en conclure que la

[1] Or, les nullités ne se suppléent point. V. sup., n. 196, p. 234.

[2] Traité des donations, t. 1, p. 366 ; t. 2, p. 274, et t. 3, p. 411 de la première édition ; t. 1, p. 313 et suiv. de la seconde édition.

[3] Sirey, an 1811, p. 33.

transcription *remplace* l'insinuation voulue, à peine *de nullité*, par l'ordonnance de 1731, tomberaient *dans une erreur évidente*. Cet arrêt a décidé en conséquence que les héritiers du donateur ne pouvaient faire annuler une donation pour défaut de transcription.

Et un second arrêt de la même cour, rendu le 17 avril 1811, rapporté par Denevers, an 1811, p. 195, l'a également décidé de la même manière : il ne peut donc plus s'élever de doute sur ce point.

M. Grenier convient que les légataires du donateur ne pourraient aussi opposer le défaut de transcription d'une donation entre vifs, parce qu'ils ne peuvent avoir plus de droits que le donateur ; et après avoir exposé les raisons qu'on pourrait alléguer pour accorder ce droit au donataire, il finit par dire, p. 341, que, dans l'état actuel de la jurisprudence, si le donateur donnait une seconde fois les choses déjà données, la seconde donation, quoique transcrite, ne pourrait prévaloir sur la première qui ne l'aurait pas été ; ce qui est sans difficulté.

240. Mais il regarde comme hors de doute que les créanciers du donateur et les tiers-acquéreurs, c'est-à-dire, ceux à qui celui-ci aurait vendu les objets donnés, pourraient

opposer au donataire le défaut de transcription. Les considérans de la cour de cassation, du 12 décembre 1810, favorisent cette opinion. On y lit qu'en rapprochant toutes les dispositions du Code sur la transcription des donations, et en les combinant avec les art. 1069, 70 et 72, on reconnaît que l'insinuation n'est pas remplacée par la transcription dans l'intérêt des héritiers *du donateur*, mais seulement dans l'intérêt des créanciers et des tiers-acquéreurs du donateur.

Que si l'art. 941 dit que le défaut de transcription peut être opposé par *toutes personnes ayant intérêt*, il est impossible que le législateur ait voulu par ces expressions désigner les héritiers du donateur, et qu'il n'a entendu parler que de ceux qui auraient traité avec le donateur, dans l'ignorance des donations qu'il aurait pu faire, et qui ne seraient pas *responsables de ses faits*, c'est-à-dire, les créanciers envers lesquels il serait obligé, les tiers à qui il aurait vendu ou transféré, à titre onéreux, le tout ou partie des biens dont il se serait *précédemment dépouillé* par une donation.

Ces considérans, dit M. Grenier, préjugent que les tiers-acquéreurs et les créanciers du donateur ont le droit d'opposer au donataire

le défaut de transcription de son titre, pour faire rejetter sa donation : nous ne saurions nous rendre à cette opinion.

Nous observerons d'abord que les considérans qui ne portent pas directement sur la question décidée par un arrêt, n'étant point l'ouvrage de tous les juges, mais du rédacteur, ne préjugent rien autre chose que son opinion particulière; opinion donnée par occasion seulement, et dans laquelle souvent il ne persisterait pas, si la question qu'il tranche par une simple énonciation avait été discutée et approfondie : il n'y a que le dispositif qui juge ou qui préjuge.

Le Code pouvait, sans doute, comme l'ordonnance de 1731 l'avait fait à l'égard de l'insinuation, ordonner que le défaut de transcription pourrait être opposé comme nullité par les créanciers et les tiers-acquéreurs du donateur; mais l'a-t-il ordonné? Voilà la question.

La négative nous paraît résulter des dispositions combinées du Code. Il est certain que la propriété des choses données passe au donataire par l'effet de la donation dûment acceptée, sans que, pour cette transmission, il soit aujourd'hui besoin de transcription, comme sous la loi du 11 brumaire an 7. Le

donateur est donc entièrement *dépouillé*, comme le dit fort bien la cour de cassation; il n'a plus aucun droit sur la chose donnée. Comment donc pourrait-il donner à ses créanciers ou à ses acquéreurs des droits qu'il n'avait plus? C'est une règle générale fondée sur la raison, qu'on ne peut conférer des droits qu'on n'a pas. *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.* L. 54, ff. de R. J.

Cette règle du droit naturel est rendue obligatoire par l'art. 2182, qui porte : « Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait sur la chose vendue. »

Or, où est l'article qui fait à cette règle une exception en faveur de ceux qui auraient acquis du donateur ou traité avec lui dans l'ignorance d'une donation précédente non transcrite, plutôt qu'en faveur de ceux qui auraient traité dans l'ignorance de tout autre contrat translatif de propriété, d'une vente, par exemple, d'un échange, d'une vente avec réserve d'usufruit?

La seule bonne foi des créanciers ou tiers-acquéreurs n'est pas suffisante pour produire cette exception; autrement il faudrait dire que les créanciers et les acquéreurs de bonne foi, postérieurs au premier contrat de vente,

peuvent aussi opposer le défaut de transcription de ce contrat. Or, il est certain qu'ils ne le peuvent pas ; (1) il faut donc une exception formellement prononcée. Or, où trouve-t-on cette exception ? On ne la trouve pas dans l'art. 989, qui dit que, lorsqu'il y aura donation *de biens susceptibles d'hypothèque*, la transcription des donations devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés ; car cet article ne prononce point la peine de *nullité*, qui ne peut être suppléée, surtout lorsqu'il s'agit de l'omission d'une simple formalité. V. *sup.*, n. 196, p. 234. Cet article, d'ailleurs, n'exige la transcription que sous le rapport des hypothèques ; ainsi elle n'est ni requise ni même possible pour les donations de meubles.

On ne trouve pas encore l'exception que nous cherchons dans l'art. 941, qui porte « que le défaut de transcription pourra être » opposé par toutes personnes ayant intérêt, » excepté celles qui sont chargées de faire » faire la transcription, ou leurs ayant cause » et le donateur » : car cet article, qui se rapporte aux précédens, n'est, comme eux, relatif qu'aux hypothèques sur les biens donnés.

[1] M. Grenier en convient t. 1, p. 338, et plusieurs arrêts de la cour de cassation l'ont ainsi décidé.

Mais quel est l'effet de cette transcription relativement à ces hypothèques? Ces articles ne le disent point et ne pouvaient pas le dire, car on l'ignorait alors : il dépendait du système hypothécaire qui serait adopté, et sur lequel on ne voulait rien préjuger. V. ci-dessus n° 236.

Il faut donc, comme nous l'avons dit au même endroit, recourir au titre des hypothèques pour connaître quel est l'effet du défaut de transcription; et ce titre ne lui en donne pas d'autre, si ce n'est que ceux qui avaient un droit d'hypothèque antérieur, peuvent le faire inscrire jusqu'à la transcription des choses données, nonobstant la transmission postérieure de la propriété; ce qui est dans l'exacte justice.

Si le défaut de transcription d'une donation la rendait nulle dans l'intérêt des créanciers ou acquéreurs postérieurs, le Code aurait, comme avait fait l'ordonnance de 1731, relativement à l'insinuation, étendu cette nullité aux donations de meubles, ainsi qu'aux donations de choses susceptibles d'hypothèque, et cependant il ne l'a pas fait. Il résulterait de l'opinion de M. Grenier, que les créanciers postérieurs à la donation non transcrite d'un immeuble valant 1000 fr., ou les

tiers-acquéreurs de cet immeuble, pourraient faire annuler cette donation dans leur intérêt, tandis qu'ils ne pourraient pas faire annuler la donation d'un mobilier de 100,000 fr.

On ne trouve donc point, dans les art. 939 et 941, l'exception que nous cherchons à la règle générale, que personne ne peut transférer des droits qu'il n'a plus.

On croirait d'abord en trouver une dans les art. 1069 et 1070; mais ces articles ne concernent que les substitutions ou les biens grevés de restitution, lorsqu'un père donne à l'un de ses enfans, ou un frère à l'un de ses frères ou sœurs, à la charge de rendre aux enfans nés et à naître du donataire.

Dans ces cas, comme nous le verrons chapitre 6, la propriété des biens donnés ou légués à charge de rendre réside sur la tête de l'appelé, et doit y résider pendant toute sa vie : elle n'est résoluble qu'à sa mort, et pour cette résolution il faut, 1° qu'il ait des enfans; 2° que ces enfans lui survivent. Il peut empêcher le premier événement d'arriver, en ne se mariant pas; le second événement est fort incertain. Quel sera donc le sort des aliénations qu'il aura faites, des droits qu'il aura concédés? Faudra-t-il leur appliquer la

maxime *resoluto dantis jure resolvitur jus accipientis*? Voilà la question.

Le Code ne fait point dépendre la décision de l'ignorance dans laquelle ont été les créanciers ou les acquéreurs, de la disposition qui grève de restitution le débiteur ou le vendeur, mais de la publicité donnée à cette disposition par la transcription pour les immeubles et pour les meubles, qui doivent être vendus et colloqués sur des immeubles, par l'inscription du privilège sur les biens qui y sont affectés. (1069.) Si cette formalité a été observée, l'événement de la restitution résout les droits des créanciers et des acquéreurs; si elle ne l'a pas été, ces droits sont irrévocables, et ne peuvent être attaqués par les appelés, sauf leur recours contre le grevé, contre sa succession, ou contre le tuteur à l'exécution; et cela quand même les créanciers ou acquéreurs auraient connu la disposition par *d'autres voies que celle de la transcription.* (1071.)

Il est évident que ces dispositions particulières aux substitutions ne sont pas applicables aux donations ordinaires, pour la publicité desquelles le Code n'établit d'autres formalités que celle d'un acte notarié, et un état estimatif pour les donations de meubles : il ne conseille

la transcription que pour les biens susceptibles d'hypothèque, et cela comme un acte de prudence, et non sous peine de nullité.

Le cas des substitutions et celui des donations diffèrent essentiellement, en ce que dans les dernières le donateur étant irrévocablement dépouillé de toute espèce de droit, n'en peut plus conférer aucun, tandis que, dans les premières, ~~l'appelé~~ le grevé est véritablement propriétaire des biens grevés, et qu'il est incertain si la propriété sera résoluble. On ne peut pas étendre d'un cas à l'autre les articles 1069 et 1070, car les mêmes raisons de décider n'existent pas. Il nous paraît donc que, faute d'une exception prononcée par la loi en faveur de ceux qui ont acquis du donateur ou traité avec lui depuis la donation non transcrite, on doit leur appliquer la disposition de l'art. 2182, suivant lequel le vendeur ne transmet à l'acquéreur que *la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue.* L'opinion contraire favoriserait la mauvaise foi, et pourrait même devenir un moyen de ménager au donateur la faculté de révoquer sa donation quand il le voudrait, en prenant des mesures pour empêcher le donataire de la faire transcrire.

SECTION II.

De la révocation des donations, et des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs.

LES donations sont révocables, 1° pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elles ont été faites; (953) 2° par le retour conventionnel ou légal; 3° pour cause de survenance d'enfans; 4° pour cause d'ingratitude; 5° par la seule volonté du donateur, s'il s'agit de donations faites entre époux pendant le mariage.

§. I^er^.

De la révocation des donations pour inexécution des conditions sous lesquelles elles ont été faites.

LE donateur peut imposer à ses libéralités telles conditions qu'il juge à propos; mais l'effet de ces conditions peut être différent. Il y en a que la loi répute non écrites, et dont l'accomplissement ou l'inexécution ne nuit point à la validité des donations; d'autres dont la seule insertion entraîne la nullité de la donation, comme nous l'avons vu dans

la section précédente, § 3; d'autres enfin dont le non accomplissement ou l'inexécution opère la révocation de la donation.

ARTICLE Ier.

Des conditions réputées non écrites.

SOMMAIRE.

241. *Conditions impossibles ou contraires aux lois réputées non écrites. Distinction entre les conventions et les donations.*
242. *A l'égard des conventions, il faut distinguer entre les conditions impossibles de faire ou de ne pas faire.*
243. *Le droit romain ne regardait les conditions impossibles comme non écrites, que dans les testamens.*
244. *Motifs de cette disposition donnés par les auteurs.*
245. *Faiblesse de ces motifs démontrée. Le droit romain corrigé par les législateurs voisins.*
246. *Pourquoi l'Assemblée Constituante ne les imita point, et renchérit sur le droit romain.*
247. *Le Code est allé plus loin que le droit romain et que l'Assemblée Constituante.*
248. *Lois de* 1791 *et de l'an* 2, *sur les conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs.*
249. *Motif de la rigueur de ces lois.*
250. *Elles sont abrogées et ne sont plus obligatoires.*
251. *De la condition d'épouser une personne désignée,*
252. *Ou avec laquelle le mariage est prohibé sans dispense.*
253. *D'épouser une personne impubère.*

254. *D'épouser une personne d'une classe abolie.*
255. *Quand la condition de se marier est-elle censée remplie ?*
256. *De la condition de ne point se marier ou de ne pas marier sa fille.*
257. *De ne point se marier à telles personnes désignées.*
258. *De ne point épouser une personne de tel lieu.*
259. *De ne point se remarier.*
260. *Dans le doute, le droit romain peut servir de guide.*
261. *De la condition de prendre un métier ou tel métier désigné.*
262. *De celle qui tend directement à détruire la liberté des personnes.*
263. *De ne point aller ou résider dans un lieu.*
264. *De celles qui gênent la liberté religieuse.*
265. *D'embrasser ou de ne pas embrasser l'état ecclésiastique.*
266. *Réflexions à ce sujet,*
267. *Et sur la manière de rédiger les donations conditionnelles.*
268. *Des conditions contraires aux lois.*
269. *De renoncer à un droit acquis.*

241. Ces conditions sont les conditions impossibles, les conditions contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux lois.

L'art. 900 veut que ces conditions soient réputées non écrites dans toute disposition entre vifs ou testamentaire : ainsi les dispositions où elles se trouvent sont considérées

comme pures et simples, de même que si la condition n'avait pas existé, sans que le donataire soit obligé de l'exécuter ou d'en attendre l'événement.

L'art. 1172 porte, au contraire, que toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.

Cette différence entre les conventions et les dispositions de dernière volonté, qu'on fait dépendre d'une condition impossible, est tirée du droit romain.

242. A l'égard des conventions, on distingue si la condition impossible est conçue par une négative, c'est-à-dire, si elle consiste *à ne pas faire* une chose impossible, *in non faciendo ;* par exemple, si vous n'arrêtez pas le cours du soleil, *si in cœlum non ascenderis.* Il est évident qu'en ce cas l'obligation est pure et simple; (1) elle est valide : (1173) car l'intention des parties n'a pu être que de confirmer le contrat, puisqu'elles ont voulu que leur convention ne fût révoquée et ne demeurât sans effet que sous une condition qui ne peut

[1] Pothier, des obligations, n. 204, instit. de inut. stip., §. 10; Barbeirac sur Puffendorff, droit de la nature et des gens, Liv. 3, ch. 8, §. 5, note 1.

arriver. C'est comme si l'on disait : Je toucherai le ciel du doigt avant de rompre mon engagement, *ante leves pascentur in æthera cervi.*

Mais la condition de ne pas faire une chose contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, peut rendre l'acte nul, parce qu'il est contraire à la justice et à la bonne foi de stipuler une somme, pour s'abstenir d'une chose dont nous sommes d'ailleurs obligés de nous abstenir : par exemple, je vous donnerai 3000 fr., si vous ne commettez pas un meurtre, un larcin : *Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hâc conventione.* L. 7, §. 3, ff. de pactis, Lib. 2, tit. 14; Barbeirac sur Puffendorff, ubi sup.

Si la condition impossible est conçue en termes affirmatifs, et consiste à faire une action impossible, *si cœlum digito tetigeris*, la convention demeure sans effet, parce que la condition sous laquelle les parties se sont obligées ne peut pas s'exécuter. Les deux parties sont en faute, l'une pour avoir stipulé une pareille condition, l'autre pour l'avoir acceptée.

243. Quant aux testamens, les conditions impossibles étaient répulées non écrites par le droit romain : « *Impossibilis conditio in* » *institutionibus et legatis pro non scripta*

habetur. » *Inst. de hæredib. instit.*, §. 10, et ibi Vinn.

Les lois romaines ne s'expliquent point suffisamment sur les motifs de cette distinction ; on voit même qu'elle eut de la peine à s'établir : *Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas, pro nullis habendas.* L. 3, ff. de condit. et demonst. Mais cette disposition n'y avait jamais été étendue aux donations entre vifs.

244. Pour suppléer au silence des lois, les auteurs ont dit (1) qu'en apposant ou laissant apposer une condition impossible, ceux qui contractent n'ont point évidemment l'envie de s'obliger ; qu'on ne peut voir dans une pareille convention qu'un jeu, une plaisanterie ou l'absence du sens commun. Dans le premier cas, il y a défaut de volonté de s'engager ; dans le second, défaut de capacité.

Mais ils ajoutent qu'un testament est un acte trop sérieux pour croire que le testateur ait voulu faire un badinage qui serait, dans cette occasion, une sorte d'impiété. On doit donc penser que, s'il a mis à son legs une condition impossible ou ridicule, c'est une

(1) V. Vinnius in §. 10, inst. de hæred. inst. ; le nouveau Dénisart, t. 5, p. 114 ; Heinecc, , de jure nat., Lib. 1, §. 401. *Junctâ notâ ; « aut jocari aut insanire videntur, priore casu pacisci noluisse, posteriore non potuisse censentur. »*

erreur que la faveur des dernières volontés doit faire disparaître.

Dans les conventions, la condition impossible ou déshonnête étant mise du consentement des deux parties qui en connaissent l'impossibilité ou la turpitude, aucune d'elles n'a dû compter sur un engagement qu'elle devait savoir n'être qu'un jeu.

Dans les testamens, au contraire, la condition impossible est mise sans l'aveu du légataire, qui n'a point participé au tort du donateur, et qui ne peut regarder un acte aussi sérieux comme un badinage. Or, d'un côté, il ne doit pas être permis au testateur de se jouer du légataire par une plaisanterie si déplacée; d'un autre côté, on ne peut reprocher à ce dernier l'omission d'une action impossible à laquelle il n'eût pas consenti. Le testament doit donc avoir son effet, et la condition impossible ou malhonnête être considérée comme nulle.

D'autres disent (1) qu'une condition impossible ne peut suspendre ni l'effet ni l'exécution d'une disposition, parce que ce n'est pas une condition proprement dite. Ils en concluent

(1) Ricard, t. 2, p. 155 et suiv.; traité des dispositions conditionnelles, n. 223 et suiv.

que le legs accompagné d'une pareille condition doit passer pour pur et simple, et que, dans le combat d'une prétendue condition qui ne peut subsister, et d'un legs qui a pour fondement la volonté du défunt, la condition doit s'évanouir et le legs demeurer dans sa force, puisque le testateur a témoigné qu'il voulait que la chose appartînt au légataire plutôt qu'à ses héritiers; (1) de sorte que, n'ayant eu la pensée de la lui ôter que dans l'événement d'une condition qui se détruit d'elle-même, la chose léguée doit définitivement demeurer au légataire.

245. La faiblesse de ces raisonnemens est frappante. Le légataire ne peut avoir de droits que par la volonté libre, sérieuse et positive du testateur. La règle fondamentale, en cette matière, est d'interpréter les testamens suivant la volonté du défunt.

Or, dans une disposition, de même que dans une convention soumise à une condition impossible, par exemple, si Titius boit toute l'eau de la mer, il n'est pas possible de voir autre chose qu'un jeu ou une absence complète du sens commun : il n'y a qu'un insensé

(1) Quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc legato quam hæredem habere voluisset. L. 37, de condit. et demonst.

qui pût croire à la possibilité d'une pareille condition.

Cette croyance suffirait pour prouver qu'il n'était pas sain d'esprit; il se trouverait dans le cas prévu par l'art. 504, qui veut avec raison qu'on puisse attaquer les actes d'un défunt pour cause de démence, lorsque la preuve de la démence résulte de l'acte même qui est attaqué.

Si, au contraire, le testateur était sain d'esprit, s'il a su que la condition qu'il mettait à son legs était impossible, il en résulte évidemment qu'il n'a pas voulu donner, puisqu'il a mis à l'exécution de sa libéralité une condition dont l'existence est impossible.

Les jurisconsultes philosophes, ceux qui ne restent pas servilement attachés aux décisions du droit romain, comme un serf à la glébe, (1) ont rejetté, comme injuste et déraisonnable, la distinction du droit romain entre les dispositions testamentaires et les conventions soumises à une condition impossible.

Les législateurs voisins, profitant de leurs lumières, ont également rejetté cette distinction qu'on a bannie du Code Frédéric et

(1) Grotius cité par Vinnius sur le §. 10, inst. de hæred. inst.; Heinecc., de jure nat., Lib. 1, §. 402, etc.

du Code Prussien, où les rédacteurs du Code Napoléon ont quelquefois daigné puiser.

Le Code Frédéric, après avoir déclaré que toute la disposition sera nulle, lorsque des conditions impossibles ou honteuses auront été imposées aux héritiers, en donne cette raison décisive : « C'est que le testateur, en » imposant de pareilles conditions, est censé » avoir déclaré bien formellement que son » intention n'est pas plus de les avoir pour » héritiers, qu'il n'est dans leur pouvoir de » remplir de semblables conditions ; c'est » pourquoi les legs même d'un pareil testa- » ment ne seront pas valables. » (1)

L'ancienne jurisprudence française, même dans les pays coutumiers, (2) était demeurée asservie au droit romain sur ce point, comme sur beaucoup d'autres. Les auteurs donnaient pour maxime que les conditions impossibles étaient réputées non écrites dans les testamens, quoiqu'on ne trouve aucun arrêt qui ait confirmé des dispositions soumises à des conditions pareilles à celles que je viens de citer.

Tel était donc, à l'époque de la révolution,

[1] Code Fréd., part. 2, Liv. 7, tit. 13, §. 5, n. 1, t. 2, p. 556. Code Prussien, t. 1, p. 458, n. 584, édition de l'an 9, imprimerie de la Rép.

[2] Voyez Poullain-Duparc, principes, t. 7, p. 82, n. 144.

l'état de la jurisprudence française sur ce point de législation. Dans les pays de droit écrit, on suivait le droit romain comme loi impérative, et dans les pays de coutume comme un guide.

246. On pourrait s'étonner qu'une erreur démontrée par les progrès de la raison n'ait pas été proscrite par la première Assemblée Constituante, qui réunissait tant de lumières; mais elle en fut détournée par les circonstances. Elle crut ôter aux ennemis de la révolution l'un des moyens par lesquels ils s'efforçaient de dégoûter les citoyens des nouvelles institutions, en ordonnant, par la loi du 11 septembre 1791, décrétée le 5 du même mois, que « toute clause impérative ou pro-
» hibitive, qui serait contraire aux lois ou
» aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à
» la liberté religieuse du *donataire*, *héritier*
» *ou légataire*, qui gênerait la liberté qu'il a,
» soit de se marier avec telle personne, soit
» d'embrasser tel état, emploi ou profession,
» ou qui tendrait à le détourner de remplir
» les devoirs imposés, et d'exercer les fonc-
» tions déférées par la constitution aux ci-
» toyens actifs et éligibles, *est réputée non*
» *écrite.* »

Cette loi est évidemment une loi de circonstances, dictée par des motifs politiques qui n'existent plus. V. ci-après n° 9. Il faut même remarquer qu'elle n'applique sa disposition qu'aux conditions que les jurisconsultes appellent moralement impossibles, c'est-à-dire, à celles qui sont contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, et non pas aux conditions physiquement impossibles, telles que celles de toucher le ciel du doigt, etc.

247. Mais le Code est allé plus loin. Il étend aux donations le principe que le droit romain n'avait appliqué qu'aux testamens, et encore avec beaucoup de peine : il étend aux conditions physiquement impossibles, la disposition que la loi du 11 septembre 1791 n'avait appliquée qu'aux conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. Il en est résulté, non pas une antinomie, mais une disparate choquante entre les articles 900 et 1172 ; et M. Malleville observe, avec beaucoup de raison, que l'art. 900 est du nombre de ceux qui doivent éprouver une réforme dans la revision du Code.

248. Quant aux conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, la loi du 12

septembre 1791 les avait excessivement étendues. Nous en avons rapporté le texte dans le numéro précédent.

Ses dispositions furent répétées dans les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2, qui allèrent encore plus loin, en mettant au nombre des conditions non écrites celle de ne point se *remarier*, dont n'avait point parlé la loi du du 12 décembre 1791; et elles donnèrent à cette dernière un effet rétroactif, qui fut rapporté par la loi du 9 fructidor an 3.

D'après ces lois, il suffisait que l'accomplissement de la condition *gênât* la liberté du donataire, pour faire réputer cette condition non écrite. L'avantage que peut procurer le don ou le legs peut déterminer le donataire à faire pour les conserver ce qu'il n'aurait pas fait si la condition ne lui en avait pas été imposée. Il y aurait donc toujours gêne dans l'exercice de la liberté, quoiqu'il n'y eût pas privation totale. On peut juger quelle latitude arbitraire cette disposition laissait aux tribunaux.

249. La rigueur de ces lois, pour ne rien dire de plus, fut provoquée par les circonstances du tems, et par des motifs politiques qui sont expliqués dans la motion d'ordre

sur laquelle fut rendu le décret du 5 septembre 1791, sanctionné le 5 du même mois. « C'est le moyen, disait-on, d'arrêter les » effets malheureux de l'intolérance civile » et religieuse; c'est le besoin de poser de » justes bornes aux préjugés et au despo- » tisme de quelques citoyens, qui, ne pou- » vant se plier aux principes de l'égalité » politique et de la tolérance religieuse, pros- » crivent d'avance, par des actes protégés » par la loi, l'exercice des fonctions publi- » ques, l'union de leurs enfans avec des » femmes qu'ils appellent roturières, ou avec » des personnes qui exercent un autre culte » religieux, ou qui ont une autre opinion » politique..... C'est ainsi qu'ils écrivent la » défense ou la condition de se marier à telle » ou telle personne, à une femme de telle ou » telle classe, d'une telle ou telle religion, etc.»

250. Mais ces lois n'ayant pas été confirmées par le Code Napoléon, elles ont perdu leur autorité législative, (1) puisque la loi du 30

(1) V. M. Merlin, nouv. répert., v° *condition*, sect. 2, §. 5, p. 736.

Ces variations dans la législation ont fait naître plusieurs questions relatives aux conditions mises aux donations faites, soit avant les lois des 12 septembre 17 ; umaire et 17 nivôse an 2, soit sous l'empire de ces lois. Ces questions ont été traitées par M. Chabot, avec sa profondeur et sa sagacité ordinaires, dans ses *questions transitoires*; v° *conditions concernant les mariages.*

ventôse an 12 abroge les anciennes lois en ce qui concerne les matières qui sont l'objet des lois composant le Code; or, la matière des conditions apposées aux donations se trouve réglée par l'art. 900.

On ne peut donc plus rejetter les conditions dont parlent les lois des 12 septembre 1791, 5 brumaire et 17 nivôse an 2, comme contraires aux lois existantes. Il ne reste qu'à examiner si elles sont contraires aux bonnes mœurs; car il est évident qu'elles ne sont pas impossibles.

251. La condition imposée au donataire de se marier avec une personne désignée, n'a rien de contraire aux bonnes mœurs; elle était licite et obligatoire dans le droit romain, (1) à moins que la personne ne fût indigne, telle qu'une personne de mauvaise vie; la condition est alors contraire aux mœurs.

252. La condition d'épouser une personne avec laquelle le mariage est prohibé est contraire aux lois, et par conséquent réputée non écrite. Furgole pense qu'il faut le décider ainsi, quand même le donataire pourrait épouser la personne désignée en obtenant des dispenses; parce qu'il n'en est pas moins vrai que la condition était contraire aux lois au

[1] V. Furgole, des testamens, ch. 7, sect. 2, n. 72.

moment où elle a été imposée, et que ce n'est point par l'événement d'une dispense, que la loi ne permet qu'avec peine et pour des causes graves, qu'il faut juger si la condition était licite. Cette opinion, consacrée par plusieurs arrêts sous l'ancienne jurisprudence, est aussi favorisée par les principes du droit romain. (1)

Cependant M. Chabot (2) pense que la condition d'épouser sa nièce, par exemple, n'a rien d'illicite, puisque ce mariage est permis moyennant une dispense, et cette opinion nous paraît plus conforme à la raison. La condition, si le donataire obtient des dispenses pour épouser sa nièce, n'a certainement rien de contraire aux lois. Or, cette condition n'est-elle pas implicitement contenue dans la condition s'il épouse sa nièce?

253. La condition d'épouser une personne impubère, sans la désigner, est évidemment contraire aux lois; mais la condition d'épouser telle personne qui n'était point pubère à l'époque de la donation ou de la mort du testateur n'a rien d'illicite; car le donataire peut attendre que la personne désignée ait atteint l'âge de puberté.

(1) V. L. 137, § 6, ff. de v. obl.

(2) *Questions transitoires*, ubi sup., p. 112.

254. La condition impérative d'épouser une personne de la ci-devant classe noble ou roturière, serait contraire à la loi du 19 juin 1790, qui abolit la noblesse; mais la condition d'épouser telle personne qui était née dans cette classe est licite. (1)

255. Mais quand la condition de se marier ou d'épouser une personne désignée est-elle censée remplie? C'est ce que nous examinerons titre 3, chap. 4, où se trouve le siège de la matière.

256. On a toujours regardé comme contraire aux bonnes mœurs la condition absolue imposée au donataire, de quelque sexe qu'il soit, de ne point se marier; (2) il en est de même de la condition imposée au père de ne point marier sa fille.

257. Mais la condition de ne pas se marier avec une ou plusieurs personnes désignées, est licite et n'a rien de contraire aux bonnes mœurs; *cum alii cuilibet satis commodè possit nubere.* (3)

Néanmoins on regarderait comme illicite la condition de ne pas épouser une personne

(1) Merlin, nouv. répert., v° *condition*, p. 736.

[2] V. Furgole, *ubi sup.*; l'arrêt de la cour de cassation, du 20 janvier 1806; Sirey, an 14--1806, p. 174 et 175.

(3) L. 63, ff. de condit. et demonstr.

que les lois de l'honneur et de la conscience prescrivent au donataire d'épouser pour réparer le tort qu'il a fait à la réputation de cette personne. (1) On doit, à plus forte raison, mettre au rang des conditions illicites celle de ne pas épouser le père ou la mère d'un enfant naturel du donataire.

258. On ne regarde pas comme illicite la condition de ne point épouser une personne d'une certaine ville ou d'un certain lieu, à moins que cette condition ne dégénère en condition absolue de ne point se marier, par la difficulté qu'éprouverait le donataire de trouver un parti sortable en un autre lieu; par exemple, la condition imposée à une fille de médiocre fortune, en Basse-Bretagne, de ne point prendre un mari dans les cinq départemens de l'ancienne Bretagne.

259. Après quelques variations dans la législation romaine, la condition absolue de ne point se remarier fut regardée comme licite par la novelle 22, chap. 44, et cette novelle formait le droit commun de la France. (2) Sous l'empire du Code Napoléon, cette condition ne doit pas être regardée comme contraire

[1] M. Chabot, *ubi sup.*, p. 122 et 123.

[2] Arrêt de la cour de cassation, du 20 janvier 1806; Merlin, *ubi sup.*, et v° *viduité*.

aux bonnes mœurs ou comme contraire aux lois, puisque celles des 5 brumaire et 17 nivôse an 2 sont abrogées.

260. Il résulte de cette abrogation que, lorsqu'il s'agit de décider si une condition est contraire aux bonnes mœurs, on ne peut mieux faire, suivant M. Merlin, que de s'en référer aux règles et aux distinctions établies par le droit romain.

On peut dire en général qu'il ne suffit pas, pour rejetter une condition, qu'elle gêne l'inclination ou même la liberté du donataire: il ne peut pas s'en plaindre, puisqu'il est libre de ne pas accepter la donation, si la condition lui paraît trop onéreuse.

261. La condition d'apprendre un métier ou même tel métier désigné, quoiqu'elle blesse jusqu'à un certain point la liberté naturelle, est licite et doit être exécutée. (1)

262. Mais les conditions qui tendraient directement à détruire la liberté des personnes et des actions, seraient réputées non écrites. Les lois en donnent pour exemple la condition que le donataire ne sortira pas d'un certain lieu, d'une certaine ville, (2) parce

(1) Nouv. répert., v° *condition*, p. 736.

[2] *Titio centum relicta sunt, ut à monumento meo non recedat, vel uti in illâ civitate domicilium habeat, potest dici non esse locum cautioni per quam jus libertatis infringitur.* L. 71, §. 2, ff. de condit. et demonst.

que, dit Ricard, (1) il y va de l'intérêt public de conserver la liberté des particuliers. Il rapporte un arrêt rendu dans ces principes, le 3 juillet 1614.

Il en serait autrement s'il existait une raison légitime pour que le donataire demeurât dans le lieu indiqué; comme si la donation était faite à Paul, à condition qu'il continuât d'enseigner la jurisprudence à Rennes, ou d'y résider pendant sa vie en qualité de conseiller à la cour impériale; ou, comme l'on fait souvent en faveur d'un serviteur affectionné: A condition qu'il demeure avec moi pendant que je vivrai.

263. La condition serait encore licite, si, au lieu d'obliger le donataire d'habiter un lieu déterminé, la condition l'excluait d'y aller ou d'y résider. Les lois en donnent pour

(1) Des disposit. condit., n. 282. Jean Demay, natif de Beaune, par affection pour son pays, laisse par son testament, à celui de ses deux neveux qui voudrait demeurer à Beaune, tous les biens qui lui appartiennent aux environs de cette ville, parce que néanmoins l'aîné serait préféré s'il voulait se soumettre à cette condition. Cet aîné fut reçu conseiller au parlement de Toulouse, où il s'établit. Le cadet s'établit à Beaune; et le père commun, qui était exécuteur testamentaire de l'oncle, le maria avec les biens du testament. On inséra dans le contrat que sans cela le mariage n'aurait pas eu lieu. L'aîné soutint que la condition était nulle, comme contraire à la liberté. Ainsi jugé par arrêt du 3 juillet 1614, rapporté aussi par Mornac sur la L. 2, Cod. *de usufructu.*

exemple la condition *si in asiam non venerit.* On ne peut pas dire que la liberté du donataire soit détruite, lorsqu'en lui interdisant la fréquentation d'une ville, d'une ou de plusieurs provinces, l'accès du monde entier lui reste ouvert. Il doit se conformer ponctuellement à la condition, ou ne pas accepter les biens donnés.

264. Les conditions qui portaient atteinte ou qui gênaient la liberté religieuse du donataire, étaient proscrites par les lois des 5 septembre 1791 et 17 nivôse an 2, qui n'ont plus aujourd'hui force de lois. Il reste donc à examiner si ces conditions sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Or, il importe certainement aux mœurs et à l'ordre public que l'exercice de l'un des droits de l'homme les plus sacrés, la liberté de conscience, ne soit pas entravé par des conditions, par des considérations d'intérêt qui n'influent que trop souvent sur les consciences d'une manière pernicieuse. On ne peut donc douter que les conditions de changer ou de ne pas changer de religion ne fussent rejettées comme non écrites.

[1] L. 73 de condit. et demonst.; Ricard, *ubi sup.*, n. 286; Furgole, des testamens, ch. 7, sect. 2.

265. Mais en serait-il de même de la condition d'embrasser ou de ne pas embrasser l'état ecclésiastique, bien entendu qu'il ne s'agit pas d'une autre religion que celle qui est professée par le donataire? Ricard (1) pensait que la condition de ne point embrasser l'état ecclésiastique était licite, parce qu'elle a pour objet une pensée du donateur juste en morale et en politique, celle de destiner son bien pour élever une famille; mais que la condition d'embrasser l'état ecclésiastique devait être réputée non écrite, parce qu'il est contraire aux mœurs et à la pureté de la religion d'embrasser cet état par des vues humaines ou par des motifs d'intérêt. Mais Furgole (2) n'était point de l'avis de Ricard sur cette dernière condition, qu'il regardait comme tout aussi licite que la première.

Il est difficile de dire comment une pareille question serait jugée sous l'empire du Code. Comme il n'existe point de loi assez précise pour en tirer une conséquence rigoureuse, la décision reste abandonnée à la prudence des magistrats. Les tems, les circonstances, les opinions régnantes influent toujours sur de pareilles décisions. Telle condition eût été

[1] Des dispositions condit., n. 264 et 270.

(2) Des testamens, ch. 7, t. 2, p. 99 de l'édit. in-4°.

jugée valide sous l'ancienne législation, qui eût été rejettée dans les tems critiques de la révolution ; et telle autre eût été rejettée à cette dernière époque, qui serait maintenue aujourd'hui.

266. Ce qu'on peut dire en général, est que depuis l'abrogation des lois des 5 septembre 1791 et 17 nivôse an 2, qui proscrivaient les conditions d'embrasser ou de ne pas embrasser *tel état, emploi ou profession*, ces conditions n'ont rien qui blesse les lois ou les mœurs, et qu'elles ne pourraient être considérées comme non écrites, que dans le cas où il paraîtrait évident qu'elles ont été imposées à dessein de gêner la liberté religieuse du donataire, ou de le détourner, soit de remplir certains devoirs de citoyen, soit d'exercer certaines fonctions auxquelles il pourrait être appelé. (1)

267. Il faut même observer que la manière dont l'acte serait rédigé pourrait beaucoup influer sur la décision. Par exemple, le don d'une somme ou d'un immeuble pour en jouir jusqu'à ce que le donataire soit promu à telle place qui doit lui procurer des moyens de vivre dans l'aisance, ne pourrait être

(1) C'est l'opinion du savant Merlin dans le nouveau répertoire, v° *condition*, p. 737.

considérée comme tendant à le détourner d'occuper cette place. Il en serait autrement si le don était fait à condition qu'il n'occupera pas telle place.

268. Quant aux conditions *contraires aux lois*, qui sont proscrites par l'art. 900, cette expression est prise dans un sens très-étendu. Elle ne comprend pas seulement les conditions qui tendraient à faire commettre des actions que punissent les lois criminelles ou de police, mais encore des actions que la loi improuve ou défend sans les punir, parce qu'elles ne troublent point assez la société et l'ordre public pour y attacher une peine. Nous venons d'en donner un exemple dans les conditions qui tendent à détourner les citoyens de leurs devoirs, ou de faire certaines actions que le bien public exige qu'on encourage.

Enfin on regarderait comme non écrites les conditions contraires aux lois, quoiqu'elles ne parussent pas intéresser l'ordre public; par exemple, celle de renoncer à faire un testament, à jamais intenter aucune action en justice, la condition que le père du donataire mineur n'aura pas l'administration des biens donnés. (1)

(1) V. ce que nous avons dit t. 2, p. 349, n. 1068.

269. Mais la condition de renoncer à un droit acquis n'a rien que de licite; par exemple, de renoncer à une demande de compte, (1) à une succession échue, etc. Il paraît même que la condition de renoncer à telle succession, lorsqu'elle écherra, n'a rien de contraire aux lois.

ARTICLE II.

Des conditions qui opèrent la nullité de la donation

SOMMAIRE.

270. *Nullité des donations dépendant de la* seule *volonté du donateur.*

271. *Les conditions mixtes n'annulent pas les donations.*

272. *La condition de se marier est mixte.*

273. *Celle de ne point se marier est potestative.*

274. *Des conditions qui changeraient la nature de la donation entre vifs en donation à cause de mort, et de celles qui dégénéreraient en substitutions.*

270. Il faut distinguer entre les conditions imposées au donateur ou au donataire.

Nous avons dit sup., n° 223, que toute donation entre vifs, faite sous des conditions

(1) Ricard, des dispositions conditionnelles, n. 243.

dont l'exécution dépend de la *seule* volonté du donateur, est nulle, 944; par exemple, je donne en cas que je n'aille pas à Paris, (1) en cas que j'embrasse la profession des armes, ou telle autre profession qu'il est en mon pouvoir de prendre. Une donation faite sous de pareilles conditions serait nulle par défaut de lien, quand même le donateur serait mort sans aller à Paris, ou après avoir pris l'un des états désignés, suivant le principe établi par l'art. 1174.

271. Mais l'art. 944 ne prononce la nullité de ces donations, que dans le cas où la condition dépend de la *seule volonté* du donateur. Ainsi la donation ne serait pas nulle si la condition était mixte, si elle dépendait tout-à-la-fois de la volonté du donataire ou de la volonté d'un tiers. (1171.) La condition d'aller à Paris cesserait donc d'être potestative, si le voyage devait être fait avec un personnage dont le donateur ne disposerait pas absolument. (2)

272. Cette observation nous paraît suffire pour résoudre une question sur laquelle il s'était élevé des doutes sous l'ancienne juris-

(1) Ricard, des donations, part. 1, n. 1038.

(2) V. le journal du palais, t. 2, p. 679, édit. de 1713.

prudence : (1) savoir si la condition de révocation, dans le cas où le donateur se marierait, est potestative et annule la donation.

M. Grenier soutient l'affirmative, (2) parce qu'il dépend, dit-il, de la volonté du donateur de se marier, ou de demeurer célibataire ou veuf. Mais il est évident que s'il est libre de rester célibataire ou veuf, il ne dépend pas de *sa seule volonté* de se marier ; il faut le concours d'une autre volonté. Or, l'art. 944 n'annule que les donations qui dépendent de la *seule* volonté du donateur ; expressions qui semblent choisies exprès pour lever le doute qu'on avait élevé sous l'ancienne législation, et qui n'avait pas été résolu. (3) L'art. 1171

[1] V. l'annotateur de Ricard, des donations, part. 1, n. 1038.

[2] T. 1, p. 146, n, 13.

(3) Outre Ricard et son annotateur, voyez dans le journal du palais, *ubi sup.*, une bonne dissertation sur la matière. On y prouve que la condition de se marier est mixte. *Nuptiæ enim nisi ex utriusque consensu contrahi non possunt.* Philbertus, *de conditionum varietate*, tit. 2, p. 16.

La donation dont il s'agissait fut annulée par d'autres motifs. Le rapporteur dit, il est vrai, au jurisconsulte Blondeau, qui soutenait la validité de la donation, que s'il avait eu à se déterminer sur la question de savoir si la donation de révocation, en cas que le donateur se remarie, annule la donation, il aurait opiné contre la validité de la donation. Mais qu'importe l'opinion d'un rapporteur, moins instruit que Blondeau, et qui aurait vraisemblablement changé d'avis, s'il avait opiné sous l'empire du Code Napoléon ?

vient encore à l'appui de notre opinion, en définissant la condition mixte, celle qui dépend tout-à-la-fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. Telle est évidemment la condition, en cas que le donateur se marie.

Cette condition rentre même dans l'esprit de la loi qui annule les donations pour cause de survenance d'enfans. Enfin, il suffit que l'art. 944 n'annule la donation que dans le cas où la condition dépend de *la seule volonté* du donateur, pour ne pas aller au-delà du texte, dans un point où il s'écarte de la simplicité du droit naturel.

M. Grenier oppose l'art. 1170, qui définit la condition potestative, celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher; or, dit-il, le mariage du donateur est un événement qu'il est en son pouvoir de faire arriver ou d'empêcher.

273. Cette induction est inexacte. Il dépend certainement de lui seul d'empêcher cet événement; et la clause par laquelle il réserverait la faculté de révoquer, s'il ne se mariait pas, annulerait la donation, parce que cette condition dépend de *sa seule volonté.*

Il n'en est pas ainsi de la condition de se marier, qui dépend *et de sa volonté et de la volonté* d'une autre personne. Il faut donc appliquer à cette condition, comme nous l'avons fait, non pas l'art. 1170, mais l'art. 1171, qui parle de la condition mixte.

274. Les donations faites sous des conditions qui en changeraient la nature, pour les convertir en donations à cause de mort, seraient également nulles; par exemple, si le donateur s'était réservé la faculté de révoquer la donation dans le cas où il guérirait d'une maladie dont il est atteint, dans le cas où il reviendrait d'un voyage, d'une navigation qu'il entreprend, dans le cas où il serait encore vivant dans deux ou trois ans.

Il est alors évident que le donateur se préfère au donataire; il préfère seulement à ses héritiers le donataire: c'est donc une donation à cause de mort, qui ne peut être valide si elle n'est pas faite dans la forme d'un testament. (1) *Mortis causa donatio est, cum quis habere se mavult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat quam hœredem suum.* (2)

(1) Excepté les donations entre époux pendant le mariage, comme nous le dirons chap. 9.

(2) L. 1, ff. *de mortis causâ donat.* V. Grenier, t. 1, p. 144, n. 19.

Mais la condition de survie ne détruit pas le caractère de donation entre vifs V. inf., n. 277.

Les conditions qui dégénéreraient en substitutions annuleraient la donation, suivant ce que nous avons dit sup., n. 48 et 49.

ARTICLE III.

Des conditions dont le non accomplissement ou l'inexecution opère la révocation des donations.

SOMMAIRE.

275 *Différence entre les conditions suspensives et résolutoires.*

276. *La suspensive n'empêche pas la donation d'être irrévocable par le donateur.*

277. *La donation de survie ne détruit pas le caractère de donation entre vifs.*

278 *Des conditions résolutoires.*

279 *Elles font rentrer les biens libres de toutes charges.*

280 *Opèrent elles la révocation de plein droit?*

281 *Les conditions qui sont au pouvoir du donateur sont des modes ou des charges plutôt que des conditions.*

282. *Elles forment un contrat bilatéral auquel le donataire ne peut renoncer.*

283. *Ceux en faveur de qui les charges ont été imposées au donataire, ont contre lui une action directe.*

284. *Différence entre le motif et les conditions des donations. La fausseté du motif n'annule point les donations.*

285. *Importance d'en bien rédiger les actes.*

275. A l'exception des conditions réputées non écrites et de celles qui annulent la donation, toutes les autres doivent être ponctuellement accomplies, parce que c'est à cet accomplissement que le donateur a, pour ainsi parler, lié sa volonté. La donation est caduque; elle n'a point existé, si la condition suspensive ne s'accomplit pas; elle est révoquée, si la condition était résolutoire. Ce n'est point alors le donateur qui révoque, c'est l'événement de la condition.

276. Car la condition n'empêche pas la disposition d'être parfaite et irrévocable, quoique l'exécution en soit suspendue, (1) ou qu'elle

(1) Il y a deux choses à considérer dans une donation : *la disposition* qui lie irrévocablement aussitôt qu'elle est faite, *statim ligat nec suspenditur*, et l'éxécution qui peut être différée au tems de la mort, sans que la nature ni la force de la disposition entre vifs en souffrent aucune atteinte. Ricard, des donations entre vifs, ch. 2, n. 22; Furgole, sur l'ordon. de 1731, art. 1; Dumoulin, sur l'art. 291 de la coutume de Bourbonnais; *in donatione*, dit-il, *duo sunt, dispositio et executio : dispositio verò statim ligat nec suspenditur, etc.*; d'Argentré, sur l'art. 220, glos. 7, n. 2 de l'ancienne coutume de Bretagne; Menoch, de præsumpt., Lib. 3, præsumpt. 35, n. 4.

soit soumise à une révocation éventuelle. Il n'est plus au pouvoir du donateur de faire que la donation existe ou n'existe pas, qu'elle soit ou non révoquée : son existence ou sa révocation dépend de l'événement de la condition. (1)

277. Les lois romaines et les écrits des jurisconsultes contiennent une foule d'exemples de conditions suspensives. Nous ne nous arrêterons qu'à la condition de survie, sur laquelle on pourrait élever des doutes. Cette condition, très-usitée dans les donations entre époux, ne serait pas moins valide entre étrangers, (2) même dans une donation entre vifs.

La raison d'en douter est qu'elle contient un des caractères de la donation à cause de mort, puisque le donateur se préfère au donataire, en remettant après sa mort l'exécution de sa libéralité.

La raison de décider est que cette donation n'en est pas moins irrévocable ; caractère qui ne peut convenir à la donation à cause de mort.

La donation en cas de survie a quelque rapport avec la donation dans laquelle le

(1) Ricard, part. 1, n. 1044 ; Grenier, t. 1, p. 149, n. 18.

(2) Mais peut-elle être mutuelle ? V. ci-après.

donateur retient l'usufruit des choses données. Dans l'un et l'autre cas, il s'en assure la jouissance pendant sa vie; mais, dans le second, la propriété est irrévocablement transférée. Dans le premier, elle ne l'est que sous une condition casuelle et suspensive, mais qui, le cas arrivant, a un effet rétroactif au jour de la donation.

Or, l'exécution d'une donation peut être remise après la mort du donateur, pourvu que la disposition soit irrévocable. Le point essentiel est que la condition soit indépendante de la volonté du donateur. (1) Il n'est plus en son pouvoir d'annuler une disposition qui dépend d'un événement qu'il ne peut empêcher d'arriver ou de ne pas arriver.

278. Dans les cas des conditions résolutoires, qui sont ceux dont parle l'art. 953, la donation est exécutée avant l'événement, et le donataire mis en possession des choses données; mais la donation est révoquée par le non accomplissement ou l'inexécution des *conditions* sous lesquelles elle a été faite, 953.

Cette expression des *conditions* sous lesquelles la donation a été faite, est prise dans le sens le plus étendu. Elle comprend non

[1] Ricard, part. 1, n. 1046 et 1047; Auroux sur Bourbonnais, art. 213, n. 4; Grenier, t. 1, p. 151 n. 23.

seulement les conditions casuelles, telles que le cas où le donateur perdrait un procès alors indécis, celui où tel navire arrivera ou n'arrivera pas des Indes, etc., mais encore toutes les conditions qu'il est au pouvoir du donataire de faire arriver ou d'empêcher, tous les modes, toutes les charges que le donateur a imposées au donataire, comme des conditions de sa libéralité.

279. Si le donataire n'exécute pas ces conditions, la donation peut être révoquée ; et, dans ce cas, les biens rentrent dans les mains du donateur, « libres de toutes charges et hypo-» thèques du chef du donataire, (même de » celles qu'il aurait créées en faveur de son » épouse) ; et le donateur a, contre les tiers » détenteurs des immeubles donnés, tous les » droits qu'il aurait contre le donataire lui-» même. » (954.) La prescription ne peut courir en leur faveur que du jour où l'action révocatoire est ouverte.

Ainsi les choses sont remises au même état que si la donation n'avait pas existé. (1183.)

280. Mais la révocation n'a jamais lieu de plein droit, dans les cas d'inexécution des conditions par le donataire : elle doit être demandée et prononcée en justice. 956-1184-1656.

Nous renvoyons au titre 3, chap. 4, la question de savoir si les conditions résolutoires casuelles opèrent la résolution de plein droit, et celle de savoir quand les conditions sont censées accomplies, et comment on peut demander la révocation des actes pour cause d'inexécution des conditions : c'est le siège de la matière.

281. Les conditions purement potestatives, qu'il est au pouvoir du donataire seul de faire arriver ou d'empêcher, ne sont pas, à proprement parler, des conditions; ce sont des modes ou des charges qui rendent la donation onéreuse ou modale, et qui en changent le caractère. Ce n'est plus une donation pure, une donation proprement dite; (1) c'est un contrat innommé *do ut des*, *do ut facias*. L'art. 945 en présente un exemple dans les donations faites à la charge de payer les dettes du donateur.

282. Lorsqu'une pareille donation est acceptée, il en résulte un contrat synallagmatique, un engagement réciproque qui ne peut plus être révoqué. Il en naît, en faveur des

(1) V. Vinnium, in pr. instit. de donat.; Hotomannum, de donationibus omnium generum, t. 1, opp., col. 1599; Furgole, quest. 8, n. 21.

créanciers du donateur, une action personnelle contre le donataire, suivant le principe consacré par l'art. 1121, qu'on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Cette stipulation ne peut plus être révoquée, si le tiers a déclaré vouloir en profiter.

283. Ainsi, dans l'espèce que nous avons posée, les créanciers du donateur ont contre le donataire une action personnelle et directe; d'où il paraît résulter que le donataire, après avoir accepté la donation, ne peut plus la répudier pour se soustraire aux charges : mais comme l'art. 1121 n'a point déterminé la nature de l'action que les tiers peuvent exercer en ce cas, on peut dire que ce n'est qu'une action personnelle *in rem scripta*, dont le donataire peut se dégager en abandonnant les biens donnés. La jurisprudence avait autrefois varié sur cette question. M. Malleville (1) pense, avec Furgole, que le donataire peut abandonner. M. Grenier (2) combat cette

[1] T. 2, p. 422; Furgole, quest. 8, sur l'ordonnance de 1731 et quest. 1, n. 42.

[2] Des donations, t. 1, p. 193 et suiv. L'opinion de M. Grenier paraît dans le véritable esprit des lois anciennes et nouvelles, qui

opinion par des raisons qui nous paraissent l'emporter.

284. Au reste, il faut observer avec Domat, Liv. 1, tit. 10, sect. 1, n. 13, « qu'il y a » une grande différence dans les donations » entre les motifs que les donateurs expriment » comme étant les causes de leur libéralité, et » les conditions qu'ils y imposent : car au lieu » que le défaut d'une condition annule la » donation conditionnelle, elle ne laisse pas » de subsister, quoique les motifs qui y sont » exprimés ne se trouvent pas être véritables. » Ainsi, s'il est dit dans une donation qu'elle » est faite pour services rendus, ou pour » faciliter au donataire une acquisition qu'il » voulait faire, la donation ne sera pas annulée, » quoiqu'il n'y ait pas de services rendus, » et que l'acquisition ne se fasse point; car » il reste toujours la volonté absolue de celui » qui a donné, et qui a pu avoir d'autres » motifs que ceux qu'il a exprimés. Mais s'il » était dit que la donation n'est faite qu'à » condition de l'emploi pour une telle acqui- » sition, comme pour acheter une charge,

ont pris tant de précautions pour rendre irrévocable l'acceptation des donations des mineurs et des établissemens publics. A quoi bon toutes ces précautions, si le donataire qui s'aperçoit que la donation est plus onéreuse que lucrative, peut y renoncer après l'avoir acceptée? On peut encore tirer un argument de l'art. 1052.

» et que la charge ne soit pas achetée, la » donation n'aura point d'effet. » (1)

285. Cette observation prouve que les termes qu'on emploie, et la manière dont les actes sont rédigés, influent beaucoup sur la nature des donations. La prudence exige de consulter, sur de pareils actes, les hommes les plus éclairés.

§. II.

De la révocation des donations par le retour conventionnel ou légal.

SOMMAIRE.

286. *Définition. Le retour ne s'étend point d'un cas à l'autre sans stipulation.*

287. *Il ne peut être stipulé qu'au profit du donateur* seul : *s'il l'était en faveur de ses héritiers, la donation serait nulle, comme renfermant une substitution.*

288. *Le retour résout toutes les aliénations des biens donnés ; ils rentrent libres de toute charge.*

289. *Excepté l'hypothèque subsidiaire de la femme du donataire, et dans quel cas.*

[1] *Generaliter hoc in donationibus definiendum est, multum interesse causa donandi fuit an conditio. Si causa fuit cessare repetitionem, si conditio, repetitioni locum fore.* L. 3, ff. de donat. V. Furgole, des testamens, ch. 5, sect. 6, et ch. 7, sect. 3, n. 8 et suiv.

290. *L'hypothèque subsidiaire s'évanouirait, si la femme avait négligé de conserver son hypothèque sur les autres biens.*

291. *La mort civile donne ouverture au droit de retour.*

292. *Il doit être demandé en justice,*

293. *Où l'action doit être portée.*

294. *Des fruits perçus jusqu'à la demande; renvoi.*

295. *Du retour légal; renvoi au titre des successions.*

286. Le retour conventionnel est une convention résolutoire par laquelle le donateur se réserve, dans l'acte même de donation, le droit de reprendre les objets donnés dans le cas de prédécès, soit du *donataire seul*, soit du donataire *et de ses descendans*, 951.

Si le donateur a stipulé le droit de retour en cas de prédécès du donataire : je donne à Titius à condition que le don sera résolu si je lui survis, ou s'il meurt avant moi; la stipulation s'exécute quoique Titius laisse des enfans, parce qu'une pareille stipulation indique assez que c'est à la personne du donataire seul que j'ai voulu faire une libéralité. Si je voulais que la libéralité passât à ses descendans, je stipulerais le retour en cas de prédécès de ces derniers.

Si le retour était stipulé en cas de prédécès du donateur sans enfans, et qu'il prédécédât

laissant des enfans, le droit de retour serait éteint, quoique le donateur survécût à ces enfans, faute d'avoir stipulé le retour en cas de prédécès du donataire et de ses descendans: car le retour ne s'étend point d'un cas à un autre sans stipulation expresse.

287. Le retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul, 951, et non au profit d'un tiers, pas même des enfans du donateur; autrement le droit de retour dégénérerait dans une sorte de substitution, en faveur de celui au profit duquel ce droit serait stipulé.

Ainsi la clause par laquelle le donateur aurait stipulé le droit de retour en sa faveur et en faveur de ses enfans, annulerait la donation. V. ce que nous avons dit sup., n. 48.

288. L'effet du droit de retour est de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, 952, faites, soit par le donataire ou ses enfans avant leur décès, soit même par les tiers-acquéreurs, (1) et de faire revenir les biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques.

289. La loi fait une exception en faveur des femmes; l'hypothèque de leur dot et

(1) Quand la prescription commence-t-elle à courir en leur faveur? Du jour que l'action est ouverte contre eux.

de leurs conventions matrimoniales continue d'exister sur les biens donnés, quoique rentrés dans la main du donateur par le droit de retour, mais dans le cas seulement où la donation a été faite au mari par le même contrat de mariage d'où résultent les droits et hypothèque de la femme, 952, parce que la donation étant faite pour favoriser le mariage, il est à présumer que le donateur a voulu contribuer à assurer la dot et les conventions matrimoniales. La future et sa famille ont dû compter, pour sureté de la dot et autres droits matrimoniaux, sur l'hypothèque des biens donnés.

Les biens donnés au mari, soit avant, soit après le mariage, avec stipulation de retour, rentreraient, le cas arrivant, francs et quittes de l'hypothèque de la dot et des autres conventions matrimoniales de l'épouse.

Il en serait de même quoique la donation eût été faite par le contrat de mariage, si le donateur avait eu soin de stipuler qu'en cas de retour les biens ne seraient pas soumis à l'hypothèque des conventions matrimoniales. (1)

L'hypothèque accordée à la femme, même en cas de retour, sur les biens donnés au

[1) Grenier, t. 1, p. 161, n. 38.

mari par contrat de mariage, n'est que subsidiaire, et dans le cas seulement où les biens laissés par le mari ne suffiraient pas.

290. D'où l'on peut conclure que si la femme, en cas d'aliénation des biens de son mari pendant le mariage, avait négligé de conserver son hypothèque légale, conformément à l'art. 2193 et suivans du Code Nap., elle ne pourrait plus recourir subsidiairement sur les biens rentrés dans la main du donateur, parce qu'elle aurait à s'imputer la faute de n'avoir pas conservé son hypothèque, et qu'elle ne peut faire retomber cette faute sur un tiers. (1)

291. Dans l'esprit du Code, il ne paraît pas douteux que la mort civile donne ouverture au droit de retour aussi bien que la mort naturelle, puisque, suivant l'art. 25 du Code, la succession de l'individu qui en est frappé est ouverte de la même manière que s'il était mort naturellement.

292. La révocation de la donation pour cause de retour conventionnel, en cas de prédécès du donataire, doit être demandée en justice, aussi bien que la révocation pour l'inexécution ou pour le non accomplissement de toute autre condition résolutoire, 1184.

(1) Grenier, ibid., n. 37.

293. C'est une action qui naît du droit de propriété, mais à l'occasion d'un contrat. Elle est du nombre de celles qu'on appelle en droit *in rem scriptæ*, et peut être portée devant le juge de la situation des biens, ou devant le juge du domicile du défendeur. C., p. 59.

294. Quant aux fruits perçus, soit par le donataire avant son décès, soit par ses héritiers, jusqu'à la demande en révocation, nous en parlerons ci-après, en traitant en général de la restitution des fruits dans le cas de révocation des donations.

295. Le retour légal est celui qui s'opère en faveur des ascendans donateurs, par le prédécès sans postérité des descendans donataires. Nous en avons parlé au titre des successions. *Ord. 747*

§. III.

De la révocation des donations par survenance d'enfans.

SOMMAIRE.

296. Son origine.

297. Son fondement ; texte du Code.

298. La naissance d'un enfant conçu lors de la donation opère la révocation, s'il nîat viable.

299. Quid *du retour de l'enfant absent, et du rétablissement de l'enfant mort civilement dans ses droits civils.*

300. *La révocation ne doit pas être étendue d'un cas à l'autre.*

301. *La naissance d'un enfant naturel n'opère point la révocation, à moins qu'il ne soit légitimé par mariage subséquent.*

302. *Elle est établie principalement en faveur du donateur. Application de ce principe au cas de survenance d'un enfant issu d'un mariage putatif.*

303. *L'adoption n'opère point la revocation.*

304. *Toutes les donations y sont soumises,*

305. *Même les mutuelles, qui sont permises dans les contrats entre vifs.*

306. *Ce que l'on entend par donations mutuelles; leur nature.*

307. *Leur effet peut être suspendu par la condition de survie.*

308. *Si la donation mutuelle révoquée par survenance d'enfans en faveur d'un des donateurs, continue d'avoir son effet contre l'autre qui n'en a point.*

309. *Les donations que les conjoints se font l'un à l'autre sont exceptées de la révocation par survenance d'enfans,*

310. *Même lorsque ce sont des enfans d'un second mariage.*

311. *Les présens de choses mobilières ne sont pas sujets à cette révocation.*

312. *De la remise d'une dette; distinction.*

313. *La révocation s'opère de plein droit contre la volonté même du donateur,*

314. *Qui ne peut confirmer la donation que par un nouvel acte revêtu des formalités requises.*

315. *La révocation a lieu, quoique le donateur ait cautionné*

l'exécution du contrat de mariage par lequel il a gratifié le donataire.

316. *Il en est autrement du cautionnement fait par un tiers.*

317. *La mort de l'enfant ne fait pas revivre la donation.*

318. *Le donateur peut aliéner les biens rentrés par la révocation qui est principalement dans son intérêt.*

319. *Effet de la révocation.*

320. *A quelle époque commence la prescription en faveur du donataire et de ses ayant cause.*

321. *De quel jour les fruits doivent-ils être restitués?*

296. La révocation des donations par survenance d'enfans fut empruntée par la jurisprudence française de la fameuse loi *si unquam*, au Code *de revocandis donationibus*, (1) qui a donné lieu à de si nombreux commentaires, et qui a fait naître tant de controverses, terminées pour la plus grande partie par l'ordonnance de 1731, (2) dont les dispositions ont été adoptées par le Code Napoléon, avec quelques additions et changemens.

297. Cette révocation qui s'opère de plein droit est fondée sur la présomption que le donateur qui n'avait point d'enfans n'eût pas

(1) V. ci-dessus p. 215 in fin. et 216.

[2] Art. 39 et suiv., et *ibi* Furgole, où l'on trouvera ces controverses exposées avec beaucoup d'érudition. V. encore le traité de la Rouviere, imprimé à la fin du premier volume de Ricard.

fait la donation, s'il avait prévu qu'il en aurait un jour. Plus prévoyante que l'homme, la loi ajoute à toutes les donations la condition tacite qu'elles seront révoquées s'il survient des enfans au donateur.

« Toutes donations entre vifs faites par » personnes qui n'auraient point d'enfans ou » de descendans actuellement vivans dans le » tems de la donation, de quelque valeur » que ces donations puissent être, et à quelque » titre qu'elles aient été faites, et encore » qu'elles fussent mutuelles ou rémunéra- » toires, même celles qui auraient été faites » en faveur de mariage par autres que par » les ascendans aux conjoints, ou par les » conjoints l'un à l'autre, demeurent révo- » quées de plein droit, par la survenance » d'un enfant légitime du donateur, même » d'un posthume, ou par la légitimation d'un » enfant naturel par mariage subséquent, s'il » est né depuis la donation, » (1) quoiqu'il fût conçu auparavant. 960-961.

La révocation n'a pas lieu si le donateur avait déjà des enfans nés au moment de la

(1) Suivant l'ordonnance de 1731, la donation était révoquée par la légitimation d'un enfant faite par mariage subséquent, quoiqu'il fût né avant la donation : il suffisait que la légitimation fût postérieure. V. l'arrêt de la cour de cassation, du 28 frimaire an 13. Sirey, an 13, p. 124.

donation, quoiqu'il en naisse d'autres depuis, parce qu'alors la présomption sur laquelle est fondée la disposition de la loi, cesse. Il est certain, en ce cas, que le donateur a voulu préférer à sa postérité un donataire qu'il a gratifié dans un tems où il était déjà père.

298. Il en serait autrement s'il n'y avait qu'un enfant conçu, mais non encore né au moment de la donation. Le donateur peut en ignorer la conception; et d'ailleurs c'est la naissance de l'enfant qui fait sentir et le plaisir d'être père, et les obligations qu'impose ce titre sacré.

Mais il faut que l'enfant naisse viable. L'enfant qui ne naît point viable n'est pas compté dans la société; il n'acquiert ni ne transmet aucun droit émané des lois civiles.

299. Quelques auteurs (1) qui ont écrit avant le Code Napoléon, ont pensé que si le donateur avait un enfant absent, et qu'il fût prouvé que la donation n'a été faite que par une fausse opinion de sa mort, son retour inespéré devait opérer la révocation.

Cette décision nous paraît contraire au texte du Code, qui, pour opérer la révocation, exige généralement et sans distinction, que

(1) V. Furgole, quest. 19, et autres cités par Grenier, tom. I, p. 367; Pothier, des donations, p. 151.

le donateur n'eût point d'enfans *actuellement vivans* dans le tems de la donation.

Le donateur, qui n'a pas acquis la certitude de la mort de son enfant, pouvait ne donner que conditionnellement, et stipuler la révocation en cas du retour de son enfant. Par la même raison il nous paraît encore que si la donation était faite pendant la mort civile de l'enfant unique du donateur, le rétablissement de cet enfant dans ses droits civils ne révoquerait point la donation. Le père pouvait et devait prévoir le rétablissement de son fils.

300. Si, depuis la donation faite pendant la mort civile de l'enfant, il survenait un autre enfant au donateur, la donation serait-elle révoquée? (1) La solution dépend de la manière dont il faut entendre ces mots de l'art. 960 : Le donateur qui n'avait point d'enfans *vivans*. Faut-il étendre cette expression à la vie civile, quoiqu'elle ne s'entende ordinairement que de la vie naturelle? Nous ne saurions le penser. Ce serait forcer le sens de la loi par une interprétation extensive et arbitraire, lui donner une signification insolite, et qu'on appuyerait difficilement de quelque texte. Ceux qui attachent une grande faveur

[1] V. Grenier, t. 1, p. 368.

à la révocation par survenance d'enfans, et qui pensent que les faveurs doivent être étendues, suivant le Brocard proscrit par la raison, *favores ampliandi*, (1) pourront être d'une opinion contraire. Quant à nous, quelque favorable que puisse paraître, à certains esprits, la révocation des donations par survenance d'enfans, comme elle s'écarte du droit commun qui exige une clause révocatoire exprimée dans l'acte, on ne doit pas l'étendre d'un cas à un autre. Un grand magistrat qui travaillait au projet de réformer nos coutumes, le président de Lamoignon, (2) voulait que la donation ne fût pas révoquée par survenance d'enfans, si elle n'excédait une certaine quotité des biens du donateur au jour de la donation. On retrancherait beaucoup de difficultés et de procès, si la survenance d'enfans n'opérait que la réduction de la donation à la quotité disponible, au lieu d'en opérer la révocation.

301. La naissance d'un enfant naturel n'opère point la révocation des donations; mais s'il est ensuite légitimé par mariage subséquent,

(1) V. ce que nous avons dit t. 1, p. 91 : « La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans la vue d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive. » Projet de Code, Liv. prélim., tit. 5, n. 10.

[2] Arrêtés de Lamoignon, titre des donations, 8e arrêté.

les donations sont révoquées, pourvu que sa naissance soit postérieure à la donation, 960.

302. La survenance d'un enfant né d'un mariage nul, mais à qui la loi accorde les droits de légitimité en faveur de la bonne foi des conjoints ou de l'un d'entre eux, révoquerait également la donation faite par celui des deux conjoints qui aurait contracté le mariage de bonne foi; mais non pas la donation faite par le conjoint de mauvaise foi, quoique cette donation fût, à la mort du donateur, sujette à réduction jusqu'à concurrence de la réserve que la loi établit en faveur des enfans.

La raison de différence vient de ce que la réserve est établie en faveur de l'enfant à qui la loi accorde tous les droits de la légitimité, et par conséquent celui de faire réduire les donations excessives.

Au contraire, la révocation des donations par survenance d'enfans est un droit établi principalement dans l'intérêt du donateur, (1) qui n'a pu acquérir ce droit en contractant sciemment un mariage illégitime. *Cum nemo ex proprio delicto possit sibi quærere actionem.* (2)

(1) V. Furgole, quest. 16; Grenier, t. 1. pag. 383.

(2) Furgole, quest. 17; Pothier, sur Orléans, tit. 15, n. 104; Grenier, t. 1, pag. 372.

303. L'adoption d'un enfant ne peut également opérer la révocation des donations antérieures. (1)

304. Il faut remarquer que l'art. 960 soumet à la révocation *toutes les donations entre vifs*, à quelque titre qu'elles aient été faites, soit singulier, (2) soit universel, comme celle d'une quotité des biens présens, encore qu'elles fussent rémunératoires, sauf l'action du donateur, en cas que les services qui ont déterminé la donation fussent de nature à produire une action. Cette action renaîtrait en sa faveur, sans qu'on pût lui opposer la prescription qui n'aurait pas couru avant la notification de la naissance de l'enfant. (3)

305. L'article 960 soumet à la révocation, même les donations mutuelles; ce qui prouve que ces donations, quoique proscrites dans les testamens, comme nous le verrons dans la suite, sont permises par le Code dans les actes entre vifs, (4) pourvu qu'elles ne soient pas entre époux, 1097.

[1] Grenier, traité de l'adoption, pag. 529, n. 39.]

[2] C'était une question avant l'ordonnance de 1731. V. Grenier, des donations, t. 1, pag. 367; Furgole, sur l'art. 39 de l'ordonnance.

(3) Grenier, *ibid.*, pag. 370, n. 188.

(4) V. le nouv. répert., v° *donation*, sect. 8, §. 4, p. 145.

306. On entend par donation mutuelle la convention par laquelle deux personnes se donnent réciproquement l'une à l'autre par le même acte.

Mais ce ne sont que les donations mutuelles entre vifs qui sont conservées par le Code, et non les donations à cause de mort. Par exemple, les donations mutuelles faites au survivant des biens que le prédécédé laissera en mourant, ou d'une somme à prendre sur la succession du prédécédé, sont des donations à cause de mort, qui ne peuvent être faites que dans la forme des testamens (1) et par des actes séparés.

Les donations mutuelles entre vifs peuvent être faites pour avoir leur effet, l'une et l'autre, dès le moment de la convention, et alors elles ont beaucoup de rapport avec l'échange ou avec les contrats intéressés. Par exemple, la convention par laquelle deux propriétaires ayant des terres enclavées les unes dans les autres, se feraient réciproquement, et par un seul et même acte, donation entre vifs des pièces de terre qu'ils possèdent, enclavées dans l'étendue de la ferme l'un de l'autre, serait une donation mutuelle entre

(1) Si elles étaient faites par l'un des conjoints à l'autre, elles pourraient être dans la forme des donations entre vifs.

vifs, quoique cet acte ressemblât beaucoup à un contrat d'échange. Une pareille convention doit avoir l'effet d'une donation suivant le nom que lui ont donné les parties, et être rangée dans la classe des contrats de bienfaisance, toutes les fois que les autres clauses ou les circonstances du fait ne manifestent pas l'intention mutuelle de faire un contrat intéressé de part et d'autre. (1)

307. Mais l'effet des donations mutuelles peut être suspendu par une condition casuelle, par exemple, par la condition de survie si usitée en pareil cas. (2) Ainsi la donation mutuelle que deux personnes se feraient au survivant des deux, par un acte entre vifs, de biens particuliers, ou de leurs biens présens détaillés dans l'acte de donation, (3) n'en serait pas moins un don entre vifs. La condition casuelle de survie, mise à chacune des deux donations que contient un pareil acte, n'en change point le caractère, comme nous l'avons déjà observé. La donation n'en est pas moins irrévocable; l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif au jour

(1) V. le nouveau Dénisart, v° *donation*, pag. 78, n. 3, p. 79, n. 6.

(2) V. sup, n. 277.

(3) Le nouveau Dénisart, p. 81.

de la donation ; (1) chacun des deux donateurs n'a plus la faculté de disposer, de son vivant, des biens compris dans la donation, au préjudice du don mutuel ; et s'il en disposait, le survivant ferait annuler la disposition faite par le prédécédé. Il en serait de même des hypothèques créées depuis le don. Pour éviter toute difficulté en pareil cas, la prudence exige que l'acte de donation soit transcrit : car si la transcription n'est pas requise à peine de nullité, c'est une mesure de prudence toujours utile.

308. En révoquant les donations mutuelles par survenance d'enfans, le Code ne dit point si elles continuent d'avoir lieu relativement au donateur qui n'a point d'enfans. M. Grenier (2) se déclare pour l'affirmative, par la raison que la révocation tient à un événement, et non à une inexécution qui puisse produire l'invalidité de l'autre donation ; et qu'on ne doit pas présumer que celui des donateurs auquel il ne survient pas d'enfans, n'eût pas

(1) Ricard, du don mutuel, n. 39. Comme l'ordonnance de 1731 exigeait, dans les donations entre vifs, la tradition réelle ou fictive des biens donnés avant la mort du donateur, les auteurs qui ont écrit avant le Code exigent, dans les donations mutuelles, la clause de retention d'usufruit, qui équivalait à une tradition ; mais l'art 938 du Code n'exige plus la tradition.

[2] Des donations, t. 1, p. 369, n. 187.

donné s'il avait prévu que l'autre dût en avoir dans la suite.

Cette opinion est contraire à celle de Pothier, (1) qui nous paraît préférable. Les deux donations sont évidemment la condition réciproque l'une de l'autre, puisqu'elles sont faites par le même acte : l'une ne peut donc subsister lorsque l'autre est révoquée. Tel paraît être l'esprit du Code. L'art. 300 ordonne que le conjoint qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait plus lieu. Cette disposition, conçue en forme d'exception, semble annoncer que dans les autres cas la révocation de l'une des donations réciproques doit annuler l'autre, sans laquelle elle n'eût pas été faite : elle devient sans cause, comme l'observe fort bien Pothier.

309. La disposition de l'art. 960 est tellement générale, qu'on n'a pas excepté les donations faites en faveur de mariage, d'ailleurs si favorisées. La loi n'excepte que les donations faites par les ascendant aux conjoints : exception fort inutile, puisque tout ascendant ayant des enfans, les donations qu'il aurait faites,

[1] Des donations entre vifs, sect. 3, art. 2, p. 137.

même à un étranger, ne seraient pas révocables par survenance d'autres enfans. La loi excepte encore les donations faites par les conjoints l'un à l'autre, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage, 960-1096.

310. Mais on a demandé si la donation faite par un des conjoints à l'autre, n'était pas du moins révocable par la survenance d'enfans issus d'un second mariage. Titius donne une terre à sa future épouse, par son contrat de mariage; elle meurt sans enfans; et faute d'avoir stipulé le retour en cas de survie, la terre passe aux héritiers collatéraux de l'épouse.

Titius se remarie, et il naît plusieurs enfans de ce second mariage. Il résulte d'un arrrêt rendu par la cour de cassation, le 29 messidor an 11, (1) que la naissance de ces enfans n'opère point la révocation, parce que l'art. 39 de l'ordonnance de 1731 et l'art. 960 du Code, en exceptant de la révocation, par survenance d'enfans, les donations que se font les conjoints, n'ont point distingué entre les enfans du premier ou du second mariage. Cette décision nous paraît conforme aux principes, quoique M. Grenier ait de la peine à l'adop-

[1] Sirey, an 12, questions de droit de Merlin, t. 8, p. 157, v° *révocation*.

ter. (1) Il ne faut pas distinguer lorsque la loi ne distingue pas; et d'ailleurs nous avons déjà observé que la révocation par survenance d'enfans, s'écarte du droit commun.

311. On pense communément que les donations manuelles et les petits présens de choses mobilières ne sont pas révoqués par la survenance d'enfans. C'est le sentiment de M. Pothier (2) et de M. Grenier. (3) La présomption légale que le donateur n'eût pas donné s'il avait prévu qu'il aurait eu des enfans, ne peut raisonnablement s'étendre à ces sortes de présens. Admettre une pareille révocation, ce serait porter le trouble dans la société.

312. Pothier pense que la remise d'une dette faite par le créancier à son débiteur, est soumise à la révocation par survenance d'enfans, lorsqu'elle est faite par pure libéralité. Cette révocation serait sûrement admise s'il existait un acte de donation; mais si le don était indirect, comme par la remise du titre ou par une quittance pure et simple, on ne pense pas que la révocation fût prononcée.

[1] Tome 1, p. 377, n. 199.

(2) Des donations, sect. 3, art. 2, §. 1, p. 136.

(3) Tome 1, p. 400 et suivantes.

313. La révocation par survenance d'enfans s'opère de plein droit, sans aucun acte de la part du donateur : elle s'opère même après sa mort par la naissance d'un enfant posthume, 960. (1) En un mot, elle s'opère par la seule force de la loi, sans avoir besoin d'être demandée en justice, comme la révocation par le retour conventionnel, et la révocation par l'inexécution ou le non accomplissement des conditions résolutoires stipulées par le donateur, 1184. Dans ce dernier cas, la résolution est subordonnée à la volonté du donateur. Au contraire, la révocation pour la survenance d'enfans s'opère par la volonté de la loi contre la volonté même du débiteur, donateur. qui ne peut, avant la naissance des enfans, renoncer à cette révocation. Toute convention faite sur cette renonciation serait nulle et ne produirait aucun effet, 965.

314. Bien plus ; le donateur ne peut, même après la naisssance de l'enfant, confirmer la donation révoquée. S'il veut donner les mêmes biens au même donataire, il ne peut le faire que par une nouvelle disposition revêtue des formes requises, 964 ; il ne

(1) Dans ce cas le posthume recueille-t-il les biens comme héritier de son père ? Oui ; car l'art. 963 dit que la révocation fait rentrer les biens dans le patrimoine du donateur.

lui suffirait pas de renoncer à exercer la révocation.

315. La loi porte la précaution si loin, qu'elle annule, (963) par survenance d'enfant, la clause par laquelle le donateur, qui aurait fait un don en faveur du mariage du donataire, se serait obligé, comme caution par la donation, à l'exécution du contrat de mariage, parce que le cautionnement est alors considéré comme une suite de la donation. Si le cautionnement subsistait, ce serait de la part du donateur renoncer indirectement à la révocation, contre la disposition de l'art. 965.

316. Mais le cautionnement par une autre personne que le donateur est un contrat ordinaire, qui n'est point soumis à la révocation par survenance d'enfans. (1)

317. La donation ne revit point par la mort de l'enfant dont la naissance a occasionné la révocation, (964) lors même que le donataire serait entré en possession, et qu'il y aurait été laissé par le donateur, depuis la naissance de l'enfant, 962.

318. Le donateur est libre de disposer, comme bon lui semble, soit pendant la vie, soit après la mort de l'enfant, des biens contenus dan-

(1) Furgole, sur l'art. 42 de l'ordonnance; Malleville, sur l'art. 963 du Code.

la donation révoquée, 963--964. Si la naissance des enfans après la donation est l'événement qui la fait révoquer, la révocation se fait principalement dans l'intérêt du donateur. (1)

319. L'effet de la révocation est aujourd'hui de transférer au donateur, de plein droit et par la seule force de la loi, la propriété des biens donnés. Dans les principes du Code, il n'est plus besoin de tradition pour transférer la propriété. (2) Ainsi le donateur, ses héritiers ou ayant cause (966) peuvent revendiquer, même contre les tiers détenteurs, les biens donnés, qui, nonobstant toutes aliénations, rentrent de plein droit dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du donataire ou de ses ayant cause, sans que ces biens puissent, comme dans le cas du retour conventionnel, demeurer affectés même subsidiairement à la restitution de la dot de la femme du donataire, de ses reprises ou autres conventions matrimoniales; ce qui a lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire, et insérée dans le contrat, 965.

(1) Furgole, quest. 16; Grenier, t. 1, p. 384.

(2) V. contra Pothier, des donations, pag. 155; mais il écrivait dans les anciens principes.

320. Le donataire, ses héritiers ou ayant cause, ou autres détenteurs des choses données, ne peuvent opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée qu'après une possession de trente années, qui ne commencent à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume, sans préjudice des interruptions de droit. (966.)

321. Le donataire ou ses héritiers sont obligés de restituer les fruits par eux perçus, du jour que la naissance de l'enfant ou sa légitimation par mariage subséquent leur a été notifiée par exploit ou acte en bonne forme, quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés ne serait formée que postérieurement à cette notification, 962.

La preuve que le donataire ou ses héritiers ont eu connaissance de la naissance de l'enfant, ne suppléerait pas au défaut de la notification légale indiquée par l'art. 962. Le donateur doit s'imputer de ne s'être pas servi de cette voie, et n'est pas recevable à prouver d'une autre manière que le donataire a eu connaissance de la naissance de l'enfant: (1) car si le donateur ne peut pas renoncer à la

[1] Pothier, des donations, sect. 3, art. 2, §. 4, p. 158 et 159.

révocation, il peut renoncer à la restitution des fruits échus depuis la naissance de l'enfant.

Les tiers détenteurs ne doivent restituer les fruits que du jour de la demande formée contre eux.

§. IV.

De la révocation des donations pour cause d'ingratitude. (1)

SOMMAIRE.

322. *Cette révocation est une peine infligée au donataire ingrat.*

323. *Elle ne préjudicie point aux droits concédés par le donataire, même depuis la demande,*

324. *A moins qu'elle n'ait été inscrite en marge de la transcription de la donation.*

325. Quid *si elle n'a pas été transcrite?*

326. *Le donataire ingrat restitue la valeur des objets aliénés.*

327. *Les donations en faveur de mariage ne sont point soumises à cette révocation.*

328. *Toutes les autres donations y sont soumises, mais non les rémunératoires.*

329. *Les donations mutuelles, même entre époux, y sont soumises.*

(1) V. Ricard, des donations, part. 3, n. 664, ch. 6.

330. *Causes de révocation réduites à trois : leur application abandonnée à la prudence des juges.*

331. *Il suffit que le donataire ait attenté à la vie du donateur, quoiqu'il n'ait pas été condamné.*

332. *Il faut des injures graves.*

333. *Distinction si les alimens sont ou non stipulés dans l'acte de donation.*

334. *La demande doit être faite en justice, et dans quel tems.*

335. *Elle est non recevable s'il y a remise expresse ou présumée de l'injure.*

336. *Quand la révocation peut être demandée par les héritiers du donateur.*

337. *L'action ne peut être formée contre les héritiers du donataire, à moins qu'il ne soit mort depuis l'instance commencée.*

338. *La minorité n'excuserait pas le donataire ingrat.*

322. La loi présume que toutes les donations contiennent la condition tacite de révocation, s'il survient des enfans au donateur. Cette présomption est fondée sur les plus doux sentimens de la nature et sur les devoirs du donateur.

Mais on ne peut présumer qu'en donnant à son ami, le donateur ait eu l'intention de stipuler le droit de révoquer sa libéralité, si

le donataire se portait envers lui à des excès dont la possibilité, s'il eût pu seulement les soupçonner, eût étouffé dans le cœur du donateur tout sentiment de bienfaisance.

La révocation des donations pour cause d'ingratitude n'a donc point le même fondement que la révocation pour survenance d'enfans; c'est une peine que la loi inflige au donataire, qui s'est rendu coupable de méfaits repréhensibles de leur nature, lors même qu'ils sont commis envers des étrangers, et qui prennent le caractère odieux de l'ingratitude, lorsqu'ils sont commis envers un bienfaiteur.

323. De là des différences remarquables dans les effets de l'une et de l'autre révocation. L'une s'opère de plein droit, c'est-à-dire, sans qu'il soit nécessaire ni de la demander ni de la faire juger : elle s'opère pour une cause ancienne, inhérente au contrat, et qui, le cas arrivant, remonte au jour de l'acte.

Au contraire, la révocation pour ingratitude n'a jamais lieu de plein droit, 956; elle est prononcée pour une cause nouvelle, en punition de l'offense commise par le donataire. Elle ne peut donc préjudicier aux aliénations qu'il aurait faites, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aurait pu imposer sur les biens donnés, 958; et cela quand même

ces aliénations ou créations d'hypothèques seraient postérieures au fait d'ingratitude, et même à la demande en révocation formée par le donateur, parce que cette demande a pu être ignorée par les personnes qui ont contracté de bonne foi avec le donataire.

324. Dans l'ancienne jurisprudence, tous les actes faits par le donataire ingrat, depuis la demande en révocation, étaient annulés, (1) parce que, quoiqu'il continuât d'être propriétaire jusqu'à la révocation effectuée, les choses données étaient devenues litigieuses. Le Code exige de plus que les personnes qui pourraient traiter avec le donataire soient averties par une inscription de l'extrait de la demande en révocation faite en marge de la transcription de l'acte de donation. Les actes antérieurs à cette inscription ne sont pas annulés.

325. Le Code garde le silence sur le cas où la donation n'aurait pas été transcrite; et comme cette omission du donataire ne doit pas nuire au donateur, il paraît qu'il peut néanmoins faire inscrire l'extrait de sa demande sur le registre des transcriptions. Il serait même bon de la faire inscrire sur le registre des

(1) V. Pothier, des donations, sect. 3, art. 3, §. 4, p. 180; L. 7, Cod. de revocand. donat.

inscriptions hypothécaires, auquel les tiers peuvent recourir, aussi bien qu'au registre des transcriptions.

326. On doutait autrefois si le donateur pouvait exiger que le donataire ingrat lui restituât la valeur des objets donnés, ainsi que de ceux qui n'étaient plus en ses possessions. (1) Le Code a tranché la difficulté, en ordonnant (958) que, dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au tems de la demande, et les fruits à compter du jour de cette demande.

327. Quoique les donations faites en faveur de mariage soient révocables par la survenance d'enfans, elles ne le sont pas pour cause d'ingratitude, (2) parce que cette révocation est une peine dont il n'est pas juste d'étendre les suites à l'autre conjoint ni aux enfans, auxquels le donateur n'a rien à reprocher.

328. Toutes les autres donations proprement dites sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude, puisque la loi ne les excepte point.

(1) V. Pothier, p. 181; Ricard, des donations, part. 3, n. 716.

(2) C'était encore autrefois une question. V. Ricard, part. 3, n. 681 et suiv.; Pothier, p. 177.

Quant aux donations rémunératoires, nous avons fait voir *sup.*, p. 212 et p. 218, qu'elles n'y sont point soumises ; ce ne sont point des donations proprement dites. Ce serait de la part du donateur une sorte d'ingratitude, que de prétendre, pour une injure récente, révoquer une donation faite pour acquitter la dette de la reconnaissance. Pothier pense néanmoins (1) que les donations rémunératoires sont soumises à la révocation pour cause d'ingratitude, jusqu'à concurrence de ce qu'elles excèdent le prix des services. Nous pensons qu'il doit en être autrement sous l'empire du Code, qui a soumis ces donations à la révocation pour survenance d'enfans par une disposition expresse, et ne les a point soumises à la révocation pour cause d'ingratitude.

329. Les donations mutuelles, (2) celles même entre époux, n'en sont pas exceptées, quoique ces dernières ne soient pas sujettes à la révocation par survenance d'enfant. Ainsi les donations faites à l'époux coupable de sévices ou d'injures assez graves pour faire prononcer le divorce ou la séparation de corps, sont révoquées sur la demande de l'autre époux. (299.)

[1] Pothier, *ibid.*

[2] V. Grenier, t. 1, p. 391.

330. L'art. 955 a limité à trois les causes d'ingratitude qui peuvent motiver la révocation des donations; et sa disposition étant conçue en termes prohibitifs, on ne peut alléguer d'autres causes. « La donation entre » vifs *ne pourra* être révoquée pour cause » d'ingratitude que dans les cas suivans : 1° » Si le donataire a attenté à la vie du dona- » teur; 2° s'il s'est rendu coupable envers lui » de sévices, délits ou injures graves; 3° s'il » lui refuse des alimens. »

Quelque soin qu'ait pris la loi pour déterminer les causes qui peuvent motiver la révocation, leur application dépend des circonstances; elle est abandonnée à la prudence des juges.

331. On peut remarquer que, suivant l'art. 955, il suffit que le donataire ait attenté à la vie du donateur. On n'exige pas qu'il ait été condamné pour cet attentat, comme l'exige l'art. 727, lorsqu'il s'agit de déclarer l'héritier indigne.

332. Remarquez aussi que le Code exige des injures graves; *injurias atroces*, dit la loi 7, Cod. de revocand. donat., c'est-à-dire des outrages qui tendent à détruire la réputation du donateur, sa probité, ses mœurs, (1) et

[1] Par exemple, si le donataire avait critiqué un ouvrage du donateur, ce n'en serait point assez pour motiver la révocation.

que les injures sont plus ou moins graves, suivant la qualité des personnes; par exemple, lorsqu'elles sont proférées contre un homme en place, un magistrat, une personne du sexe, un père de famille. Il faut aussi que l'injure contienne des faits circonstanciés ; des injures vagues pourraient être insuffisantes, parce qu'elles font toujours peu d'impression. Mais le donataire ne serait pas reçu à s'excuser sur la vérité des faits.

333. Si les alimens sont une charge stipulée dans l'acte de donation, il faut appliquer, au cas que le donataire les refuse, les principes relatifs à la révocation pour cause d'inexécution des conditions. Si les alimens ne sont point stipulés, il faut distinguer entre la simple négligence du donataire de satisfaire aux devoirs de la reconnaissance, et le refus coupable de fournir des alimens au donateur. C'est aux juges d'apprécier les faits et les circonstances.

334. La révocation pour cause d'ingratitude n'a jamais lieu de plein droit, 956 ; elle doit être demandée en justice, et l'action doit être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que ce délit aura pu être connu, 957.

335. Elle n'est plus recevable lorsqu'il y a remise expresse ou présumée. La remise est présumée par le silence du donateur pendant un an; la remise expresse résulte de la réconciliation ou du pardon de l'injure.

336. La révocation ne peut être demandée que par le donateur et non par ses héritiers, à moins que l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit, 957.

337. L'action ne peut être formée que contre le donataire et non contre ses héritiers; (1) mais si le donataire mourait pendant l'instance, elle pourrait être reprise contre ses héritiers.

338. La minorité n'excuserait pas le donataire, suivant la maxime *in delictis neminem ætas excusat.* (2)

(1) L. 7, C. de revoc. donat. *Actionem ità personalem esse volumus, ut vindicationis, id est, vindictæ tantum habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuatur hæredi.*

L. 139, ff. de R. J. *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.*

(2) Pothier, des donations, p. 175.

§. V.

De la restitution des fruits dans le cas de révocation des donations.

SOMMAIRE.

339. *Dans la révocation pour survenance d'enfans, les fruits sont restituables du jour où la demande et la légitimation ont été notifiées au donataire.*

340. *Du jour de la demande dans la révocation pour cause d'ingratitude.*

341. Quid *dans le cas de révocation pour cause d'inexécution des conditions?*

342. *Distinction entre les conditions potestatives et casuelles.*

AVANT de terminer cette section, il est bon de réunir quelques observations générales sur la restitution des fruits dans les cas de révocation des donations.

339. Le Code veut que dans le cas de révocation par survenance d'enfans, le donataire ne restitue les fruits par lui perçus, de quelque nature qu'ils soient, que du jour où la naissance de l'enfant ou sa légitimation par mariage subséquent a été notifiée, parce que, quoique la résolution s'opère de plein droit, il est

censé être dans la bonne foi jusqu'à la notification de la naissance de l'enfant, ou de sa légitimation. Mais il doit les fruits du jour de la notification, quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieurement à cette notification, 962, car il a cessé d'être de bonne foi. Cependant il ne devrait les intérêts des fruits perçus depuis la notification, que du jour de la demande.

340. Dans la révocation pour cause d'ingratitude, le donataire doit restituer les fruits à compter du jour de la demande en révocation. Il était propriétaire, et, en cette qualité, les fruits perçus lui appartiennent, même depuis les faits d'ingratitude jusqu'au jour de la demande. En le soumettant à une peine, son ingratitude ne le dépouille pas de plein droit ; c'est une contestation à juger, et dont la décision dépend des circonstances : d'ailleurs il peut mériter et obtenir son pardon. On suit donc la règle générale ; les fruits ou les intérêts sont dus du jour de la demande.

341. Le Code a gardé le silence sur la restitution des fruits, dans le cas de révocation des donations pour cause d'inexécution ou d'accomplissement des conditions résolutoires, parce qu'il n'était pas possible d'établir une

règle uniforme pour tous les cas. La décision dépend d'une juste application de la règle établie à l'égard des personnes de bonne ou de mauvaise foi ; du principe que dans les donations soumises à des conditions résolutoires, le donataire est propriétaire jusqu'à l'événement de la résolution ; des termes dans lesquels est conçue la clause résolutoire ; enfin, de savoir si ou non le donataire a été constitué en demeure. Sur quoi, voyez ce que nous disons dans le sixième volume, ch. 3, sect. 4, §. 2.

342. Il faut surtout distinguer l'inexécution des conditions potestatives, et des charges auxquelles le donataire s'était assujetti, de l'accomplissement des conditions casuelles résolutoires.

Dans ce dernier cas, le donataire est toujours de bonne foi jusqu'à l'événement ; il ne doit restituer les fruits perçus que du jour qu'il est constitué en demeure.

Dans le premier cas, dès que le donataire contrevient volontairement à la condition ou aux charges auxquelles il s'était soumis, il se rend indigne de la libéralité, et il peut, suivant les circonstances, être tenu de restituer les fruits perçus même pendant le tems intermédiaire entre la donation et la résolution, parce qu'il n'y a point de bonne foi de sa

part, ni aucune cause pour lui faire gagner ces fruits. (1)

Mais ce principe même est sujet à beaucoup d'exceptions; en sorte que le Code a sagement abandonné, par son silence, ces questions à la prudence du magistrat. Leur développement nous entraînerait trop loin; il suffit d'avoir indiqué quelques principes.

CHAPITRE V.

Des dispositions testamentaires.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

343. *D'où vient le droit de tester.*
344. *Pourquoi il fut établi.*
345. *Définition du testament, suivant le Code et suivant le droit ancien.*
346. *Nullité du testament conjonctif.*
347. *Le testateur peut se faire aider par un tiers dans la rédaction de son testament,*
348. *Mais non faire dépendre ses dispositions de la volonté d'un tiers.*
349. *Du legs fait à un domestique s'il en est jugé digne.*
350 *Des dispositions avec faculté d'élire.*
351. *De la disposition d'une somme pour être remise à*

[1] Sur tout ceci voyez Furgole, des testamens, ch. 7, sect. 4, n. 141, 155 et 156, et la loi 8, ff. de peric. et comm. rei venditæ.

un tiers, et employée suivant les intentions secrètes du testateur.

352. *La présence et l'acceptation du donataire n'annulent pas le testament.*

353. *La femme doit tester sans l'autorité de son mari. Celui qui est soumis à un conseil judiciaire sans l'avis de ce conseil.*

354. *La crainte, l'erreur, le dol annulent le testament.*

343. Le testament est un acte par lequel le testateur dispose de ses biens pour le tems où il n'existera plus, 895. Mais d'où peut venir à l'homme cet empire étonnant qui s'étend même au-delà de sa vie sur des biens qui ne lui appartiennent plus? Le tient-il de la nature ou du droit civil?

Cette question si souvent et si diversement agitée par les auteurs (1) est facile à résoudre, quand on réfléchit à l'origine de la propriété. Nous avons vu dans le second Livre (2) qu'avant l'établissement de l'état civil, elle n'était point séparée de la possession; qu'elle n'était autre chose que le droit d'user et de jouir de la chose pendant qu'on la possédait, et qu'aussitôt qu'on avait cessé de posséder,

(1) V. une dissertation expresse de Thomasius, *de origine successionis testamentariæ*, t. 2, dissert., p. 984; Bynkershock, observ., Lib. 2, cap. 2, *de origine successionis in causâ testati*; le répertoire de jurisprudence, au mot *occupation*, etc., etc.

(2) Tome 3, p. 53 et suiv.

la chose redevenait soumise au droit de premier occupant. Dans un tel ordre de chose, il est évident que la seule volonté du possesseur ne pouvait suffire pour transférer son droit à un autre. Il ne pouvait le transférer que par la tradition ou par la mise en possession. Il ne pouvait donc alors exister d'autres testamens que des donations à cause de mort accompagnées de tradition, et résolubles suivant l'événement de la condition, telle que la donation de Télémaque à son ami Pirée, si souvent citée pour exemple. (1)

Quand la propriété fut rendue permanente, c'est-à-dire, quand le propriétaire fut autorisé par les lois civiles à révendiquer contre un nouveau possesseur le bien dont il avait perdu la possession, il put sans doute transférer son droit par une convention passée avec une autre personne qu'il mettait à sa place; mais cette faculté ne pouvait s'étendre au-delà de la vie. Il implique contradiction que l'homme puisse, en conservant tous ses droits pendant qu'il est vivant, vouloir et ordonner pour un tems où il n'existera plus, qu'il puisse transférer un droit, non pas actuellement, mais pour le tems où il l'aura perdu. (2)

[1] §. 1, inst. de donat.

(2) Heinecc., de jure nat., Lib. 1, §. 287, et seq.

On conçoit qu'il peut, en transférant son droit actuel, retarder jusqu'à sa mort l'exécution de sa convention, et stipuler que celui qu'il veut gratifier n'entrera en jouissance qu'à son décès, parce qu'au moment où cet événement arrive, le donataire se trouve avoir un droit acquis en vertu de la convention.

Mais on ne peut concevoir ni que la seule volonté de l'homme puisse créer un droit en faveur de celui qui n'a point concouru à l'acte, en acceptant du vivant du donateur, ni qu'après le décès de ce dernier, le donataire puisse acquérir un droit en acceptant les offres d'une personne qui n'existe plus, et que la mort a dépouillé de tous ses droits.

Car, ou la loi civile a réglé l'ordre de la transmission des biens, et alors le propriétaire mourant avant qu'aucun droit fût acquis à celui qu'il voulait gratifier, ses biens passent de suite à ceux qui sont appelés par la loi;

Ou la loi civile n'a rien statué sur la transmission des biens, et dans ce cas ceux du défunt sont acquis par droit d'occupation à ceux qui s'en trouvent possesseurs à son décès.

C'est donc du droit civil que vient la faculté de tester; et comme la plupart des peuples se sont accordés à l'admettre d'une manière plus ou moins étendue dans leur législation, on a

dit qu'il vient du droit des gens, c'est-à-dire, du droit reçu chez toutes les nations. C'est, dit d'Aguesseau, (1) une invention du droit des gens autorisée par le droit civil.

344. Le droit de tester fut établi par des motifs d'intérêt public et par des motifs d'intérêt privé.

La société rentrerait dans le désordre, si les biens de chaque propriétaire étaient après sa mort abandonnés au premier occupant. Il est donc nécessaire de régler la transmission des biens d'une génération à l'autre. (2) Mais la loi ne pouvant connaître les individus de chaque famille auxquels il est plus convenable de les faire passer, confia ce soin à chaque père de famille, qui doit être instruit du mérite et des besoins de ceux qui dépendent de lui. Le pouvoir de tester lui fut remis comme une branche de la puissance législative, (3) comme une magistrature dont il doit user pour encourager et récompenser la vertu,

[1) T. 3, p. 386.

(2) V. Burlamaqui, p. 178. Il prétend, ainsi que Hutcheson, système de philosophie morale, t. 1, p. 585, que le droit de tester est de droit naturel, parce que, suivant eux, l'intérêt de la société exige que ce droit soit établi; ce qui ne paraît point prouvé.

[3) Préameneu-Bigot, exposé des motifs, t. 4, p. 306, édition de Didot.

réprimer ou punir le vice dans le sein de sa famille. C'est ainsi que les romains avaient considéré le pouvoir de tester ; ils le regardaient comme faisant partie du droit public.(1) Un testament était une loi. *Pater familias uti legassit ità jus esto ; dicat testator et erit lex.* Ce n'était qu'à défaut de cette loi particulière que la loi générale réglait la transmission des biens : aussi la forme des testamens était à Rome la même que les formes des lois publiques.

D'un autre côté, le pouvoir de tester dans l'intérêt du propriétaire lui fut donné comme une arme pour se faire obéir, quand tous les autres moyens lui échappent. Un vieillard, un homme infirme qui n'aurait rien à donner ni à ôter, pourrait être exposé à se voir privé de secours au moment où il en a le plus grand besoin, s'il ne pouvait récompenser les soins d'un serviteur fidèle, reconnaître le zèle et le dévouement de l'amitié, ni punir l'abandon de parens ingrats. Ce fut ce motif qui fit admettre le droit de tester dans nos coutumes, où l'institution d'héritier n'était point admise.

Enfin, après la religion, la plus douce consolation de l'homme mourant consiste dans

[1] *Testamenti factio non privati, sed publici juris est.* Papin., L. 3, ff. qui testam. facere possunt; Lib. 28, tit. 1.

le meilleur et dernier emploi de son patrimoine, dans la distribution que sa sagesse et sa justice lui indiquent.

Après ces réflexions qui ne sont point sans fruit dans la pratique, nous passons au droit du Code.

345. Le testament est un acte de la volonté d'une seule personne, par lequel elle dispose de tout ou de partie de ses biens pour le tems où elle n'existera plus, et qu'elle peut révoquer quand il lui plaît : (895-968) car la volonté de l'homme est ambulatoire jusqu'à la mort. L. 4, ff. de adim. leg.

Le droit romain définissait le testament la manifestation légitime des dernières volontés d'une personne, ou de ce qu'elle voulait qu'on fît après sa mort : *De eo quod quis post mortem suam fieri velit*; (1) car il est possible que la volonté du testateur ait un autre objet que des dons ou des legs. Tout legs est une disposition testamentaire, mais toute disposition testamentaire n'est pas un legs. La disposition par laquelle j'ordonne qu'il soit élevé un monument, qu'il soit bâti un temple, etc., n'est point un legs, mais c'est une charge de l'hérédité ; c'est avec mes biens qu'elle doit être acquittée. Ainsi, en dernière analyse,

(1) L. 1, ff. qui testam. fac. poss.

c'est la disposition d'une partie de mon bien, c'est l'emploi que je veux qu'on en fasse. La nomination d'un exécuteur testamentaire est la désignation de la personne chargée d'exécuter la disposition. Il ne faut donc rien changer à la définition donnée par le Code.

Nous disons que le testament est un acte de la volonté d'*une seule personne*; c'est en cela que consiste l'essence du testament, et sa différence caractéristique de la donation à cause de mort, qui n'était parfaite que par le concours et l'acceptation du donataire : c'était une convention passée entre deux personnes.

346. Il est tellement de l'essence du testament d'être l'acte de la volonté d'une seule personne, qu'il serait nul si le même acte contenait la volonté de deux ou de plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle, 968. C'est ce qu'on appelle un testament conjonctif ou mutuel. (1) Le Code n'a même pas, comme l'ordonnance de 1735, art. 77, excepté le testament conjonctif des père et mère, qui voudraient faire entre leurs enfans le partage de leurs biens.

347. Le testament ne doit émaner que de la

[1] V. l'ordonn. de 1735, art. 77; le nouv. répert., v° *testament*, p. 657.

volonté du testateur ; il faut qu'il soit l'acte propre, l'acte personnel du testateur. (1) Celui-ci peut néanmoins s'aider des lumières d'un conseil, la loi ne le lui défend pas ; mais sa volonté ne peut jamais être suppléée par le ministère d'autrui, ni subordonnée à celle d'une autre personne. Si le jurisconsulte peut donner ses avis au testateur, ce n'est que sur la forme et non sur le fonds du testament, ce n'est que pour prêter aux pensées du testateur le secours nécessaire des expressions propres ou légitimes. Ainsi le testament ne serait pas nul, quand on en trouverait le modèle écrit de la main d'un conseil ou même du légataire : il suffit que le testateur l'ait adopté (2) et se le soit rendu propre, soit en l'écrivant s'il s'agit d'un testament olographe, soit en le dictant s'il s'agit d'un testament public, soit en le présentant aux témoins s'il s'agit d'un testament mystique.

348. Le testament devant être l'acte de la volonté du testateur, celui-ci ne peut faire dépendre ses dispositions uniquement de la volonté d'un tiers, pas même de celle de son héritier. *In alienam voluntatem conferri legatum*

[1] D'Aguesseau, t. 3, p. 512.

[2] V. Ricard, part. 3, n. 55 ; Lacombe, v° *suggestion* ; Grenier, t. 1, p. 284.

non potest. L. 52, ff. de condit.; L. L. 32 et 68 de hæred. instit. (1)

Ainsi les legs faits sous la condition, si mon héritier le veut, si telle personne le veut, seraient nuls, (2) quoiqu'on puisse léguer sous la condition d'un fait dont l'accomplissement dépend de la volonté de l'héritier. La raison de différence est que, dans le premier cas, l'héritier ou le tiers étant rendu maître absolu de la disposition, elle n'est plus la volonté du défunt, mais celle d'un tiers.

Dans l'autre espèce, la disposition ne dépend point de la volonté pure de l'héritier; il faut qu'il fasse quelque chose ou qu'il s'en abstienne pour accomplir ou faire manquer la condition du legs.

349. Mais pour que le legs soit nul, il faut qu'il dépende uniquement de la volonté de l'héritier ou d'un tiers. Si, par exemple, quelqu'un avait légué 100 fr. de pension viagère à son domestique pour récompense de ses services, si son héritier l'en jugeait digne, le legs serait valide, et l'héritier ne

(1) La loi 43, §. 2, de legat. 1°, paraît contraire : *Legatum in alienâ voluntate poni potest, in hæredis non potest.* Voyez comment Pothier concilie ces textes d'après Cujas. Traité des testamens, p. 201, édit. in-12.

(2) Pothier, p. 198.

pourrait se dispenser de l'acquitter, à moins qu'il ne prouvât, par de bonnes raisons, que le légataire n'est pas digne de la libéralité. (1)

350. Le testateur ne pouvant faire dépendre ses dispositions de la volonté d'un tiers, il en résulte que les dispositions faites avec faculté d'élire, admises par l'ordonnance de 1735, art. 62 et suiv., étaient contraires à la nature des testamens, et qu'elles sont aujourd'hui supprimées par le silence du Code. (2)

Ces dispositions se faisaient de deux manières, soit en chargeant l'héritier institué ou le légataire de rendre la succession ou le legs à celui de plusieurs individus désignés qu'il choisirait; c'était alors une véritable substitution soumise à l'option de l'héritier ou du légataire chargé de rendre;

Soit en instituant celui d'entre plusieurs individus qui serait choisi par un tiers; c'était alors une institution directe au profit de celui qui était choisi. Il est évident qu'elle ne dépendait pas de la seule volonté du testateur : aussi était-elle proscrite dans la pureté des anciens principes, qui ne permettaient pas de faire dépendre une institution de la volonté d'autrui. « *Illa institutio, quos Titius voluerit,*

(1) Pothier, p. 200.

[2] Grenier, t. 1, p. 113.

ideò vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. » L. 32, ff. de hæred. instit.

351. Il suit de ces principes que si un testateur ordonne de remettre une somme à une tierce-personne, pour être employée suivant les intentions qu'il lui a fait connaître, ce legs est nul comme étant, dans la réalité, abandonné à la volonté de ce tiers qui n'est point légataire, et qu'aucun lien civil n'oblige de remplir les intentions du testateur.

Inutilement ce tiers, quelque respectable qu'il fût, offrirait de nommer la personne qui doit profiter du legs, afin de prouver qu'il n'est pas interposé au profit d'un incapable; cette offre serait rejettée, et n'empêcherait pas de prononcer la nullité du legs, ainsi que l'a pensé la cour de cassation dans un arrêt rendu le 12 août 1811 : (1) ce qui est conforme aux anciens principes. *Veteres decreverunt testamentorum jura ipsa* PER SE *firma esse oportere.*

352. La présence et l'acceptation du donataire, référées dans l'acte du testament, en changerait la nature et le convertirait en

(1] Sirey, p. 357 et suiv., an 1811.

donation à cause de mort. Cependant il ne paraît pas qu'un pareil acte dût être annulé, (1) si d'ailleurs toutes les formalités requises pour la validité des testamens avaient été observées : car ce n'en est pas moins l'ouvrage de la volonté libre du testateur.

353. Mais cette volonté ne peut compatir avec l'influence d'une volonté étrangère. Ainsi la femme peut et doit tester sans l'autorisation de son mari, (226) et celui qui est soumis à la direction d'un conseil judiciaire, sans être assisté par ce dernier. La présence du mari pour autoriser, celle du conseil judiciaire pour assister ou donner son avis, ne serviraient qu'à faire critiquer l'acte, et pourraient être une circonstance de plus contre le testament, si d'ailleurs il était attaqué pour défaut de liberté suffisa

354. Car il ne doit pas seulement être l'ouvrage de la volonté du testateur, il doit être l'ouvrage d'une volonté entièrement libre ; et toutes les causes qui auraient détruit ou même notablement diminué cette liberté, suffiraient pour faire annuler le testament, telles que la crainte, l'erreur, le dol ou la fraude, ainsi que nous le verrons dans la

[1] V. sup., p. 17, note 2.

sect. 8, qui traite de la révocation des testamens.

SECTION PREMIÈRE.

Des règles générales sur la forme des testamens.

SOMMAIRE.

355. *Division de la section.*

356. *La dénomination donnée à un acte de dernière volonté est indifférente.*

355. IL y a des règles générales sur la forme des testamens ordinaires, qui sont au nombre de trois : les testamens olographes, les testamens solemnels ou par acte public, les testamens mystiques ou secrets.

Mais il y a aussi des règles particulières à certains testamens, qui sont le testament militaire, le testament fait en tems de peste, le testament fait sur mer, enfin le testament fait en pays étranger.

Le Code s'occupe de ces règles particulières dans la section suivante, et des règles générales dans cette première section, que nous diviserons en trois paragraphes.

356. Mais auparavant il faut observer que

la dénomination qu'on donne à un acte de dernière volonté est indifférente, et qu'on peut disposer par testament, soit sous ce titre, soit sous celui d'institution d'héritier, de legs, de codicile, de donations à cause de mort, ou sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté, (967-1002) pourvu que l'acte soit revêtu des formes prescrites pour la validité du testament, et que d'ailleurs les clauses qu'il renferme, ou la manière dont il est rédigé, annoncent clairement qu'il s'agit d'une disposition de dernière volonté. Un testament olographe, où l'on ne pourrait distinguer si le donateur a voulu faire un don entre vifs ou testamentaire, serait rejetté, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant.

§. I^er^.

Des testamens olographes. (1)

SOMMAIRE.

357. *Définition; un seul mot d'écriture étrangère annule le testament.*

358. Quid *si ce mot était en interligne?*

(1) *Olographum testamentum est manu autoris totum conscriptum atque subscritum, undè et nomen accepit, græci enim* olen *totam et* graphen *litteram dicunt.* Isidore de Seville, origin., Lib. 4, cap. 24.

359. *S'il est nécessaire que les interlignes et ratures soient approuvées.*

360. Quid *s'il y avait beaucoup de ratures?*

361. *Le testament peut être écrit sur toute sorte de papier ou registre.*

362. *Il doit être daté. Ce qu'on entend par la date; des erreurs dans la date.*

363. Quid *si le testament est* ~~an~~*tidaté, et que le testateur meure avant la date?*

364. Quid *si le mois était oublié?*

365. *Le jour est suffisamment indiqué par une fête publique.*

366. *La date en chiffres suffit.*

367. *De la surcharge de la date.*

368. *Il n'est pas nécessaire d'indiquer le lieu où le testament est fait. L'erreur du lieu ne l'annulerait pas;* secùs *du testament notarié.*

369. *Où la date peut être mise.*

370. *Les dispositions ajoutées après la signature seraient nulles.*

371. Quid *s'il y avait plusieurs dispositions, les unes datées et signées, les autres non?*

372. *Il n'est pas nécessaire de faire mention de la signature.*

373. *Ce qu'on entend par signature; le surnom suffit-il?*

374. *Testament de Massillon, attaqué faute de signature du nom de famille.*

375. *Place de la signature.*

576. Quid *si la signature n'était pas détachée du corps de l'acte, et si elle était suivie de quelques lignes?*

377. *Le testament olographe est un acte solemnel qui fait foi de sa date.*

378. *C'est la forme la moins exposée aux surprises ; il peut être fait par lettre missive.*

379. *Il faut que l'acte, quelle qu'en soit la forme, indique que c'est une disposition de dernière volonté.*

357. Le testament olographe est celui qui est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, 970. Ces trois choses sont exigées sous peine de nullité ; il n'est assujetti à aucune autre forme.

Un seul mot écrit d'une main étrangère dans le corps du testament, quand même ce mot serait superflu, rendrait le testament nul, car on ne pourrait pas dire qu'il est entièrement écrit de la main du testateur. (1)

358. Mais pour qu'un mot écrit en interligne, d'une main étrangère, vitiât le testament, il faudrait qu'il fût constant que ce mot en fait partie : par exemple, par l'approbation de l'interligne que le testateur aurait faite en marge ou à la fin de l'acte ; autrement il serait au pouvoir d'un tiers, entre les mains de qui le testament serait tombé, de l'annuler en y inscrivant quelque interligne.

359. Si les interlignes sont de la main du

[1] Pothier, des testamens, ch. 1, art. 2, p. 131 ; le nouveau répert., v° *testament*, p. 762.

testateur, il n'est pas nécessaire qu'elles soient approuvées.

Il en est de même des ratures ; elles n'annulent que la disposition raturée ; les autres ne laissent pas de subsister. Les dispositions de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, qui veut que les ratures soient approuvées dans les minutes des actes, ne sont point applicables aux testamens olographes, ainsi que l'a pensé la cour de cassation, dans un arrêt du 11 juin 1810. (1)

360. Cependant, s'il se trouvait plusieurs dispositions rayées et d'autres qui ne le fussent pas, le testament pourrait, suivant les circonstances, être considéré comme imparfait, ou comme un simple projet que le testateur n'avait pas mis au net, et comme tel annulé. (2)

361. Le testament olographe peut être écrit sur toute espèce de papier ; il n'est pas nécessaire, pour sa validité, qu'il soit écrit sur du papier timbré. Un arrêt de la cour de Nîmes, du 20 janvier 1810, (3) a jugé valide un testament écrit sur le livre de compte du testateur.

(1) Sirey, 1810, p. 289.

(2) Duparc-Poullain, principes du droit, t. 7, p. 35, n. 51.

(3) Sirey, an 1810, décis. div., p. 231.

362. On pensait autrefois assez généralement que la date (1) n'est pas nécessaire dans les testamens olographes; (2) et cette jurisprudence n'a rien de contraire à la raison, puisque c'est du moment de la mort du testateur que les testamens tirent toute leur force; mais la loi civile a voulu qu'un testament fût daté, pour s'assurer de la capacité du testateur au tems où il a testé.

L'ordonnance de 1735, art. 38, est la première loi qui ait ordonné que les testamens contiendront la date des jour, mois et an. Le Code Napoléon, en disant (970) que le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est daté de la main du testateur, n'a pas cru qu'il fût nécessaire de parler de la date des *jour, mois et an*, parce que c'est cette énonciation que l'on appelle la date d'un acte. Peut-être aussi a-t-il voulu par ce silence laisser aux juges une plus grande liberté pour prononcer sur les erreurs ou les omissions qui se glissent dans les dates par inadvertence, et qui le plus souvent ne sont pas suffisantes pour faire annuler un testament;

[1] Date vient du mot *data* ou *datum*, mis à la fin des anciens diplomes et actes, pour indiquer le tems et le lieu où ils avaient été *donnés*, *datum die*, etc. V. le dictionnaire diplomatique de don de Vaines, v° *dates*, p. 343 et 377.

(2) V. le nouv. rép., v° *testament*, p. 659.

par exemple, si le testateur avait daté du mardi 9 mai, quoique le mardi fût le 8; s'il avait omis dans la date un mot ou un chiffre numérique qui se pût facilement suppléer, et daté dix-huit onze au lieu de 1811. L'ancienne jurisprudence (1) rejettait les demandes en nullité fondées sur de pareilles erreurs; et la rédaction du Code étant plus favorable à cette jurisprudence que la rédaction de l'ordonnance de 1735, il paraît naturel d'interpréter le Code de la manière dont les arrêts avaient interprété cette loi.

363. Un ancien arrêt du 26 juin 1678, jugea valide un testament olographe dans la date duquel le nom du mois avait été oublié. (2) Mais cet arrêt est antérieur à l'ordonnance de 1735, qui exige la date des jour, mois et an. Le Code s'étant borné à exiger la date, sans exiger précisément celle des jour, mois et an, la décision dépendrait des circonstances : elle est abandonnée à la prudence des juges; et il ne paraît pas qu'un jugement qui confirmerait ou annulerait en ce cas un testament olographe pût être cassé, comme contraire à la loi.

364. Si le testateur avait antidaté son testa-

[1] V. le nouveau répertoire, v° *testament*, p. 661, n. 6.

(2) Ricard, part. 1, n. 1555.

ment, et mourait avant la date ; si, par exemple, il mourait au mois d'août, laissant un testament daté du mois d'octobre suivant ; Dumoulin (1) pense que le testament serait nul, parce qu'on doit présumer que le testateur n'avait l'intention de tester qu'à l'époque indiquée par la date avant laquelle il est mort : *Non intendebat ante testari.*

365. Le jour et le mois de la date seraient suffisamment indiqués, si le testament était daté du jour d'une fête publique fixée par la loi à une époque certaine ; par exemple, la veille du jour de Pâques, la veille ou le lendemain du jour anniversaire du couronnement de l'Empereur.

366. La date en chiffres suffit ; (2) les chiffres arabes sont comme les lettres des caractères de convention, auxquels est attachée une signification qui leur est propre. Aucune loi n'a défendu d'en faire usage.

367. La surcharge de la date non approuvée dans un testament olographe n'est pas un moyen de nullité, si d'ailleurs il y a date fixe. (3)

[1] T. 1, opp., p. 862. Duperier, t. 2, p. 482, édit. de 1782, cite un arrêt qui l'a ainsi jugé.

(2) Arrêt de la cour de Nîmes, du 20 janvier 1810. Sirey, 1810, décis. div.

(3) Arrêt de la cour de cassation, du 11 juin 1810. Sirey, p. 289.

368. L'obligation de dater un testament olographe n'emporte pas celle d'indiquer le lieu où il a été fait. (1) Cette obligation serait aujourd'hui (2) sans objet, puisque le testament peut être fait en tous lieux. Aucune loi n'exige cette indication, et l'on ne doit point ajouter aux formalités prescrites par la loi. L'art. 12 de la loi sur le notariat, qui ne concerne que les actes reçus par des notaires, n'est point applicable aux testamens olographes. (3)

Puisqu'il est inutile d'indiquer le lieu où est fait le testament olographe, il ne paraît pas qu'il pût être annulé si le testateur avait daté de Paris, quoiqu'il se trouvât à Rennes à l'époque de la date. Il en est autrement du testament notarié : il faut connaître le lieu où il est fait, pour savoir si le notaire était compétent pour le rapporter ; et le notaire qui daterait un acte du lieu où il ne serait pas, serait poursuivi comme faussaire. Mais le

(1) Ainsi jugé et bien jugé par la cour de Nîmes, par l'arrêt du 20 janvier 1810, ci-dessus cité. V. le nouv. répert., v° *testament*, p. 663. n. 7.

[2] Il en était autrement autrefois. V. le nouv. répert., v° *testament*, p. 755.

(3) Arrêt de la cour de cassation, du 11 juin 1810, ci-dessus cité.

testateur qui, par erreur, date du lieu où il n'est pas, ne commet pas un faux dans le sens de la loi, *nullum falsum nisi nocivum*, puisqu'il pouvait faire son testament olographe dans tous les lieux.

369. La loi ne prescrivant point l'endroit du testament où la date doit être placée, elle peut l'être au commencement ou à la fin, avant la signature ou même dans le texte de l'acte. (1)

370. Mais si, après avoir écrit, daté et signé son testament, le testateur ajoutait à la suite d'autres dispositions sans les dater, elles seraient nulles. (2)

371. Si le testament contenait plusieurs dispositions dont les unes fussent datées et signées, et les autres non datées ou non signées, ou même non entièrement écrites de la main du testateur, celles-ci seraient nulles et les autres valables; ce sont comme autant de testamens dont la nullité de l'un n'entraîne pas celle des autres, suivant la règle, *utile per inutile non vitiatur.* (3)

(1) V. le nouv. répert., v° *testament*, p. 560, n. 4; le dict. de diplomatique, v° *date*, p. 377.

(2) Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, p. 85; Pothier, des testamens, p. 132.

(3) Secùs si toutes étaient souscrites par une seule signature.

S'il y avait plusieurs dispositions à la suite les unes des autres, et que le testateur eût daté et signé à la fin, la date s'appliquerait à toutes ces dispositions, à moins qu'il n'eût restreint cette date aux dernières, comme dans l'espèce d'un arrêt de la cour de cassation, du 12 mars 1806, (1) où le testateur avait dit : « Je date les derniers articles de » mon testament, concernant le don de mes » billets....., du 18 septembre 1801. » Les premiers articles n'étaient pas datés.

Il parut à la cour que cette restriction laissait sans date les précédens articles, qui étaient seulement signés du testateur, parce qu'on ne pouvait leur appliquer ni la date des premiers articles, qui leur était antérieure, ni celle du 18 septembre 1801, restreinte aux deux derniers articles ; d'où résultait que les précédens restaient sans date, et devaient par conséquent être annulés.

Cet arrêt peut être cité comme un exemple de la sévérité qu'on porte dans le jugement des testamens.

372. C'est la signature qui rend parfait le testament olographe ; elle seule atteste qu'il est l'acte propre du testateur : sans elle il ne serait qu'un projet. Mais le Code n'exige point

(1) Sirey, an 1806, p. 282.

qu'il soit fait mention de la signature dans le texte de l'acte, comme il l'exige à l'égard du testament notarié.

373. Quand le Code exige la signature du testateur, il semble qu'il entend celle du nom de famille, qui est le véritable nom, sauf à y ajouter le surnom par lequel l'individu était distingué des autres membres de la famille.

L'art. 211 de l'ordonnance de 1629 enjoignait de signer dans tous les actes et contrats le nom de famille et non celui des seigneuries, sous peine de nullité des actes. Cette ordonnance, qui contenait beaucoup de dispositions fort sages, était en général peu suivie par les parlemens, parce qu'elle n'avait été enregistrée que dans un lit de justice. Mais la disposition qui enjoignait de signer son nom de famille, ne faisait que consacrer le vœu des états-généraux de 1614 et 1615, qui s'élevèrent contre les nobles, dont l'usage était de signer le nom de leurs fiefs au lieu du nom de leurs familles. (1) L'ordonnance de 1629 n'a plus aujourd'hui force de loi; mais la loi du 23 juin 1790, décrétée le 19, ordonna qu'aucun citoyen ne pourrait prendre que le vrai nom de sa famille. Celle du 6 fructidor

(1) V. le discours de Challan, exposé des motifs de la loi du 11 germinal an 11, t. 3, p. 266.

an 2 défendit aussi de porter d'autre nom que celui exprimé dans l'acte de naissance, et d'ajouter aucun surnom, à moins qu'il ne servît à distinguer les branches d'une même famille. (2) Enfin une loi du 11 germinal an 11 défend à toutes personnes de changer de nom sans en avoir obtenu l'autorisation par un arrêté du gouvernement.

Aucune de ces lois n'ordonne, sous peine de nullité, comme l'ordonnance de 1629, de signer le nom de sa famille; mais le Code exige, sous peine de nullité, 973-1001, que le testateur signe son testament. Or, peut-on dire que cette disposition soit observée lorsqu'il ne signe pas son véritable nom, le seul nom que connaissent les lois existantes? Il serait donc plus qu'imprudent qu'un testateur ne signât que son surnom, en omettant son nom de famille.

On pourrait dire que le Code ne s'expliquant pas sur la forme et sur la manière de signer, il suffit que le testateur signe comme il avait coutume de le faire dans tout le cours de sa vie. Mais outre que cette preuve peut être difficile à acquérir, il est douteux qu'elle fût suffisante pour faire confirmer le testament. Les tribunaux sont d'une sévérité extrême sur

(1) Sans rappeler les distinctions féodales ou nobiliaires, art. 2.

la scrupuleuse observation des formes des testamens : ils penseraient difficilement qu'en exigeant que les testamens soient signés, la loi ait entendu qu'il suffit d'une autre signature que la véritable, qui est celle du nom de famille.

374. Le testament du célèbre Massillon fut attaqué par son frère, parce qu'il était signé †J. B., évêque de Clermont, et que, dans cette signature, on ne trouvait point le nom de famille. Il était cependant notoire que les évêques alors ne signaient pas autrement, et il était prouvé que depuis sa promotion à l'épiscopat, Massillon n'avait jamais signé d'une autre manière. Ce fut par ces raisons qu'un premier jugement rejetta la demande du frère de cet illustre prélat. Mais il y eut appel ; et pour en obtenir un désistement, les administrateurs de l'hôtel-dieu de Clermont, institué légataire universel, s'obligèrent de faire une rente viagère au demandeur ; ce qui prouve que, malgré l'extrême vénération qu'inspiraient la mémoire et les vertus de Massillon, la question était *dès-lors* regardée comme douteuse.

375. La place de la signature n'est point variable et indifférente comme celle de la date. Cette place est marquée par la nature des

choses : elle est la marque de l'accomplissement de la volonté du testateur, et de la dernière approbation qu'il donne à l'acte. Il est donc nécessaire que toutes les dispositions du testament soient terminées par la signature. (1)

Il serait même à craindre que le testament fût déclaré nul, si la signature précédait la date; car l'acte étant terminé par la signature, il se trouverait sans date. L'art. 970 dit que le testament doit être écrit, daté *et signé* : la signature ne doit donc pas précéder la date. En un mot, tout ce qui est après la signature n'est pas censé être dans l'acte. C'est ainsi que dans les testamens notariés, où la déclaration de ne savoir signer tient lieu de la signature du testateur, tout ce qui est postérieur à cette déclaration n'est point censé dans l'acte; et un testament fut cassé par arrêt du 12 avril 1549, parce que la mention de la lecture faite au testateur se trouvait postérieure à sa déclaration de ne savoir signer.

376. Mais le testament serait-il nul si la signature n'était pas détachée du corps de l'acte? Un testament olographe était ainsi terminé :

(1) V. Merlin, nouv. répert., v° *signature*, p. 113; Ricard, part. 1, n. 1532. Ils parlent de la déclaration de ne savoir signer, qui tient lieu de la signature. V. l'arrêt du 11 avril 1649, dans le journal des audiences.

« Fait par moi Pauline d'Espinoze, veuve Guyot, qui ai signé après lecture et méditation. Au Croisic, ce 30 janvier 1806; deux mots rayés nuls. » Mais il est à remarquer que la date se trouvait aussi au commencement de l'acte; il fut attaqué pour défaut de signature. On prétendit que cette énonciation n'était point une signature; que la signature devait être détachée de l'acte.

Le tribunal de Savenay déclara le testament nul. Mais par arrêt rendu à l'unanimité par la cour impériale de Rennes, le 20 avril 1810, dans la première chambre, le jugement fut réformé, par le motif que la « signature est la souscription de son nom » mise de sa propre main à la fin d'un acte; » qu'il est reconnu que le testament du 30 » janvier 1806 est entièrement écrit et daté » en tête de la main de la testatrice; qu'elle » en a terminé la dernière ligne en y appo- » sant ses noms Pauline d'Espinoze, veuve » Guyot, et que cette apposition de nom est » la signature annoncée par les premiers mots » de l'acte...; que les deux lignes qui suivent la » signature ne peuvent avoir aucune influence » sur la forme du testament, qui était parfait » lorsqu'elles ont été écrites, etc. »

Il n'y a pas eu de pourvoi contre cet arrêt, qui nous paraît bien rendu.

377. Un testament olographe est regardé comme un acte solemnel qui fait foi par lui-même de sa date. (1) Ainsi la date du testament olographe assure la capacité du testateur au tems du testament, s'il était majeur ou mineur. La reconnaissance d'un enfant naturel faite dans un testament olographe est valide, comme s'il était reconnu par acte authentique, ainsi que nous l'avons dit t. 2, p. 281.

378. C'est la forme des testamens olographes qui est la moins exposée aux surprises, (2) celle qui mérite la plus grande confiance, parce qu'elle est plus particulièrement l'ouvrage du testateur; aussi la loi n'assujettit ce testament à aucune forme particulière. Il peut être fait par lettre missive, suivant la loi 22, Cod. de *fideicommissis*; et telle était l'ancienne jurisprudence, comme on le voit par un arrêt du 28 juin 1678, inséré dans le journal du palais, et qui confirma un testament olographe fait par une simple lettre missive.

Cette jurisprudence fut abrogée par l'art. 3 de l'ordonnance de 1735, qui porte : « Voulons que les dispositions qui seraient faites » par lettres missives soient regardées comme

[1] V. l'arrêt de la cour de cassation, du 11 juin 1810; Sirey, an 10, p. 290. V. les questions de droit de Merlin, t. 9, p. 112 et 167; le nouv. répertoire, v° *testament*, p. 167.

[2] D'Aguesseau, t. 3, p. 208.

» nulles et de nul effet. » Mais cette disposition n'ayant point été renouvellée par le Code, qui déclare au contraire que le testament olographe écrit, daté et signé de la main du testateur n'est assujetti à aucune autre forme, 970, il en résulte que les testamens par lettres missives sont valides comme dans l'ancien droit.

379. Mais il faut, quelle qu'en soit la forme, que le testateur ait exprimé clairement, et sans équivoque, que son intention a été de faire une disposition de dernière volonté.

Car il faut observer que l'acte qui constate une libéralité ne peut être qu'une donation entre vifs ou un testament. Si les clauses qu'il renferme, et la manière dont il est rédigé, ne caractérisent précisément ni l'un ni l'autre de ces actes, alors l'acte est nul, ainsi que l'a fort bien décidé la cour de cassation, par un arrêt du 6 thermidor an 13, (1) conforme à l'ancienne jurisprudence.

[1] Denevers, an 13, p. 273, au supplément. V. Grenier, t. 1, p. 174, 1re édit.; le nouveau Dénisart, v° *donation entre vifs*, p. 59 et 60; le nouv. rép., v° *testament*, p. 763.

§. II.

Du testament par acte public ou notarié.

SOMMAIRE.

380. *Exposition des règles générales.*
381. *Loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, applicable aux testamens.*
382. *La forme du testament dépend de la loi du tems et du lieu où il a été fait.*
383. *Division du paragraphe.*

380. Ce testament remplace celui que, dans les pays de droit écrit, on appelait testament nuncupatif. L'article 971 veut qu'il soit reçu par *deux notaires* en présence de *deux témoins*, ou par *un notaire* en présence de *quatre témoins.*

L'art. 972 ajoute que si le testament est reçu par deux notaires, il leur *est dicté* par le testateur, et il doit être *écrit par l'un des notaires tel qu'il est dicté.*

S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être *dicté* par le testateur, *et écrit par le notaire.*

Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné *lecture* au testateur, *en présence* des témoins.

Enfin la dernière disposition porte qu'il est fait du tout *mention expresse.*

La nécessité de cette mention expresse s'applique à chacune des formalités prescrites.

Ce testament doit être signé par le testateur s'il sait ou peut signer, sinon il doit être fait mention de la cause qui l'empêche de signer, 973. Il doit être signé par les témoins, et dans les campagnes au moins par la moitié des témoins, 974.

381. Enfin il faut remarquer, parce qu'on avait voulu en douter, qu'on doit observer dans les testamens les formes établies par la loi sur le notariat, (1) du 25 ventôse an 11, sauf quelques exceptions sur la qualité des témoins, dont nous parlerons ci-après.

Toutes ces règles et formalités doivent être observées sous peine de nullité, 1001; et l'on doit y apporter une attention d'autant plus scrupuleuse, que les tribunaux se sont montrés sur ce point d'une sévérité extrême.

382. Enfin, il faut observer que la forme des testamens ne dépend ni de la loi du domicile du testateur, ni de celle des biens qui sont donnés, ni de celle du tems où le testateur vient à décéder; elle ne dépend que de

(1) V. le nouv. répert., v° *testament*, p. 708; le réquisitoire de M. Merlin, inséré aux additions du 13e vol., v° *testament*, et l'arrêt du 1er octobre 1810, rapporté par *Sirey*, an 1811, p. 21.

la loi du *lieu* et du *tems* de la confection du testament, 999. V. le nouveau répertoire, v° *testament*, p. 685; un arrêt de la cour de cassation, du 3 janvier 1810; Sirey, an 1810, p. 184. *Locus regit actum.* V. Bouhier, sur la coutume de Bourgogne, ch. 28.

383. Pour développer sans confusion les règles qui sont relatives à ces espèces de testamens, et les questions qu'elles peuvent faire naître, nous les rangerons sous deux divisions séparées; l'une, des règles relatives aux personnes qui doivent coopérer à la rédaction du testament, c'est-à-dire, les notaires et les témoins; l'autre, des règles relatives aux formalités prescrites pour l'acte du testament, et à ce qu'il doit contenir.

PREMIERE DIVISION.

Des personnes qui doivent coopérer à la rédaction du testament.

ARTICLE PREMIER.

Des notaires.

SOMMAIRE.

384. *Compétence des notaires.*

385. *Etendue de leur ressort, hors duquel ils sont personnes privées.*

386 *Ils doivent prendre dans l'acte la qualité de notaires.*
387. *A quel degré de parenté deux notaires peuvent concourir.*
388. *Ne peuvent recevoir des testamens dans lesquels eux ou leurs parens, à certains degrés, sont intéressés.*
389. *Responsabilité des notaires.*

384. Les notaires doivent être compétens, c'est-à-dire, que le testament doit être fait dans l'étendue de leur ressort. Il est défendu à tout notaire, par la loi du 25 ventôse an 11, art. 6, et sous peine de tous dommages et intérêts, et même de nullité, art. 68, d'instrumenter hors de son ressort. Ainsi le notaire répondrait de la nullité du testament, lequel ne pourrait valoir comme testament olographe, puisqu'il ne serait pas entièrement écrit, daté et signé du testateur.

385. L'étendue du ressort des notaires est fixée par l'art. 5, qui porte : « Les notaires » exercent leurs fonctions, savoir ; ceux des » villes où est établi le tribunal d'appel, dans » l'étendue du ressort de ce tribunal ;

» Ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal » de première instance, dans l'étendue du » ressort de ce tribunal ;

» Ceux des autres communes, dans l'étendue » du ressort du tribunal de paix. »

Hors de leur territoire, les notaires ne sont que des personnes privées.

386. Il ne suffit pas que les notaires soient compétens, il faut de plus qu'ils figurent dans l'acte comme officiers publics, c'est-à-dire, qu'ils y prennent la qualité de notaires, qui seule leur donne le droit de recevoir le testament. Si cette qualité était omise, ou si l'on y en substituait une autre, il y aurait nullité. (1)

387. Deux notaires ne peuvent, sous peine de nullité, concourir au même acte lorsqu'ils sont parens ou alliés, savoir; en ligne directe, à tous les degrés, et en collatérale, jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement. Art. 8, 10 et 68 de la même loi.

388. Ils ne peuvent également, sous peine de nullité, recevoir des testamens dans lesquels leurs parens, aux mêmes degrés, seraient testateurs ou légataires, art. 8 et 68, ni, à plus forte raison, des testamens qui contiendraient quelque disposition en leur faveur personnelle. (2)

(1) V. le nouv. rép., vo *testament*, pag. 669.

(2) V. Grenier, t. 2, pag. 50.

389. Les notaires sont responsables de la nullité des actes qu'ils rapportent, et par conséquent de la nullité des testamens. Cette responsabilité est prononcée par les articles 6 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat. La loi du 6 octobre 1791 suppose aussi que les notaires doivent répondre de leurs fautes; et dans la crainte qu'ils ne fussent insolvables, elle leur enjoignait, tit. 1, sect. 2, art. 16, de déposer, à titre *de garantie des faits de leurs fonctions*, un fonds *de responsabilité* en deniers, et de le verser dans la caisse des receveurs de districts.

Tel est encore aujourd'hui l'objet du cautionnement auquel les notaires sont assujettis, et qui est, par l'art. 33 de la loi du 25 ventôse an 11, *spécialement affecté à la garantie des condamnations prononcées contre eux, par suite de l'exercice de leurs fonctions.*

Ainsi, règle générale, les notaires répondent des nullités qui procèdent de leur fait; ce qui est conforme au principe général établi par l'art. 1382. La responsabilité des notaires est un principe ancien dans la jurisprudence française. On trouve sur ce point un réglement du parlement de Paris, du 4 décembre 1703, rapporté dans le journal des audiences, t. 5, p. 417. La coutume de Bretagne rendait

tous les officiers publics responsables de leur impéritie, et sa disposition avait toujours été appliquée aux notaires : *Notarius de dolo et imperitiá tenetur*, dit d'Argentré sur cet article. Un arrêt de 1651 rendit responsables des notaires qui avaient négligé de faire signer la caution ; (1) et par un autre arrêt du 27 février 1771, (2) il fut, à l'occasion d'un testament déclaré nul faute d'en avoir donné lecture au testateur, jugé, en point de droit,

1° Que les notaires sont responsables de la nullité des testamens opérée par leur faute ;

2° Que les héritiers des notaires en sont responsables, quoique l'action n'ait été formée qu'après la mort des notaires ;

3° Que les héritiers du second notaire n'avaient point de recours en libération contre les héritiers du premier notaire, quoique ce fût celui-ci qui dût lire le testament après sa rédaction, parce que le second notaire doit l'en avertir.

Il est vrai que la jurisprudence de certains parlemens avait rendu douteuse, dans leur

(1) V. la grande coutume de Duparc-Poullain, sur l'art. 176, n. 12, et ses principes, t. 10, p. 789.

(2) Rapporté dans les principes du droit du même auteur, t. 12 page 723, et dans le journal du parlement de Bretagne, t. 5, pag. 740.

ressort, la maxime que les notaires sont responsables de leur impéritie. Mais le doute sur le principe ne peut plus exister, puisqu'il est consacré par une loi précise. La loi du 25 ventôse an 11 y ajoute la sage modification, *s'il y a lieu*, parce qu'en effet il peut exister plusieurs cas où les notaires sont excusables ; mais, hors ces cas d'excuse laissés à la prudence des tribunaux, ils doivent répondre de leurs fautes.

Si l'on examine les arrêts postérieurs au Code, on en trouve qui sont demeurés attachés au principe ; d'autres qui s'en sont écartés sur des motifs très-frivoles ; d'autres enfin qui l'ont modifié d'une manière conforme à l'esprit de la loi, en admettant des excuses fondées en raison.

La cour d'appel de Colmar s'attacha au principe dans un arrêt du 4 juillet 1809, en prononçant la responsabilité contre un notaire qui avait rapporté un testament annulé par le motif que, quoiqu'il en eût donné lecture à la testatrice, il n'avait pas ajouté que la lecture avait été faite en présence des témoins. Le notaire fut jugé inexcusable, parce que la disposition de l'art. 972 est claire et précise, et qu'il n'avait pu l'ignorer, puisque cette

loi existait depuis cinq à six ans avant l'époque du testament : il y avait donc, de la part du notaire, ignorance crasse ou impéritie et faute lourde, qui sont assimilées au dol.

La même question s'était présentée un mois auparavant à la cour d'appel de Rouen, dans l'espèce d'un testament nul, parce que le notaire avait négligé de mentionner que la lecture avait été faite *en présence* des témoins. On soutenait même, et les premiers juges avaient admis la preuve de ce fait, qu'une formule d'acte avait été présentée au notaire qui l'avait refusée, en disant que si le testament n'était pas régulier, il en serait garant. Mais la cour d'appel jugea que ce fait n'était pas concluant, parce qu'on pouvait prendre un autre notaire, et elle dégagea le notaire de toute responsabilité, par le motif que les notaires ne sont responsables que pour dol personnel, faute grave ou erreur grossière équipollente au dol, et que la nullité du testament ne doit point être rangée dans cette catégorie ; qu'elle appartient toute entière à la fragilité de l'intelligence humaine, qui ne peut, par elle-même, donner lieu à la responsabilité. (1)

(1) Cet arrêt et celui de la cour de Colmar sont rapportés par Sirey, dans son recueil de 1809, p. 405 et suiv.

Dans une espèce portée à la cour d'appel de Riom, un notaire avait oublié d'énoncer la date d'un testament, qui, par ce motif, fut annulé : mais le notaire fut dégagé de la responsabilité, attendu que cette erreur ne pouvait être imputée à ignorance et impéritie, parce que c'était la première fois qu'elle lui échappait, et parce qu'on ne lui reprochait ni dol, ni prévarications, ni mauvaise foi; ce n'était, disait-on, qu'un défaut d'attention qui peut échapper à l'homme le plus délicat.

Si ces deux arrêts étaient suivis; si l'on admettait, d'un côté, que les nullités des testamens appartiennent à la fragilité de l'esprit humain, et que cette fragilité ne soumet à aucune responsabilité; d'un autre côté, que les omissions les plus graves ne sont que des distractions qui peuvent échapper à tout le monde, la règle importante de la responsabilité des notaires serait brisée, ou ne serait plus dans la main des juges qu'une règle de plomb qui fléchirait au gré de leurs passions. Il faudrait ranger toutes ces questions au nombre de celles que le jurisconsulte Chasseneuz appelait plaisamment *casus pro amico.* (1)

(1) V. le dictionnaire de jurisprudence de Prost-du-Royer, vo *ami*, p. 634.

Il n'y a point d'imprudence plus caractérisée et moins excusable que de s'engager à faire des actes d'où dépendent le repos et la fortune des familles, sans avoir les connaissances de son état, sans être doué de la présence d'esprit nécessaire pour observer les formes prescrites. « Quelque rigoureuse que » puisse paraître la responsabilité des notaires, » l'intérêt de la société l'exigeait; il fallait » donner aux citoyens cette garantie contre » l'ignorance ou l'infidélité des notaires : ils » n'ont qu'à bien se pénétrer des connais- » sances et des devoirs de leur état; alors » ils feront tout ce que la loi leur a prescrit, » soit pour le fond, soit pour la forme de » leurs actes. » C'est ainsi que s'exprimait, à cet égard, le rapporteur de la loi du 25 ventôse an 11, dans son rapport au tribunat.

Il y a sans doute, et il doit y avoir des motifs d'excuse; mais ils ne doivent pas être frivoles; il faut qu'ils soient fondés en raison. L'arrêt de la cour d'appel de Douai, du 29 mai 1810, en offre un exemple. En reconnaissant le principe de la responsabilité, cet arrêt excusa un notaire qui avait rapporté un testament déclaré nul, parce qu'il contenait des legs en faveur de ses deux filles et de l'une de ses nièces. L'excuse fut motivée

sur ce que le Code ne défend point aux notaires de recevoir des testamens dans lesquels ses parens sont intéressés, et que la question de savoir si la loi du 25 ventôse an 11, qui le leur défend, s'applique aux testamens, avait été long-tems controversée et diversement décidée par différentes cours; d'où s'ensuivait que l'erreur du notaire était en effet excusable. Cet arrêt est rapporté dans le recueil de Sirey, an 1811, p. 359.

ARTICLE II.

Des témoins.

SOMMAIRE.

390. *Principe général sur les incapacités.*

391. *Les sourds, les aveugles ne peuvent être témoins.*

392. Quid *des muets?*

393. *Ceux qui n'entendent pas la langue du testateur ne peuvent l'être.*

394. *Les furieux, les insensés ne peuvent être témoins.*

395. *Qualités exigées dans un témoin testamentaire par la loi civile.*

396. *Il suffit qu'ils jouissent des droits civils, quoique dans les autres actes les témoins doivent jouir des droits politiques.*

397. *Ils doivent être domiciliés dans l'arrondissement.*

398. *Ne peuvent être témoins ceux qui sont intéressés dans le testament : les ecclésiastiques peuvent l'être dans les testamens qui contiennent des legs au profit de leurs églises.*

399. *Les parens du testateur peuvent l'être.*

400. *Le mari peut être témoin dans le testament de sa femme.*

401. *L'exécuteur testamentaire peut être témoin.*

402. *Les clercs des notaires, leurs serviteurs, leurs parens à certains degrés ne peuvent l'être.*

403. *La parenté respective des témoins entre eux ne les empêchent pas de concourir comme témoins.*

404. *Les commensaux ou domestiques des notaires peuvent l'être.*

405. *A quelle époque il faut considérer la qualité des témoins.*

406. *L'incapacité d'un seul témoin annule le testament, à moins qu'il n'y en ait un plus grand nombre qu'il ne faut.*

407. Quid *de l'incapacité ignorée? Distinction.*

~~~~~~~~~~

590. La faculté d'être employé comme témoin dans les actes est un droit civil (1) dont aucun français ne peut être privé qu'en vertu d'une disposition de la loi, ou d'un jugement rendu contre lui, lorsque d'ailleurs la nature ne lui a pas refusé les qualités nécessaires pour rendre un témoignage raisonnable et certain de ce qu'il a vu et entendu.

(1) V. le répert., v° *témoins*, p. 545.
~~~~~~~~~~

Les incapacités des témoins viennent donc de la nature ou de la loi civile.

Le Code ne s'est point occupé des incapacités naturelles; il s'en est rapporté sur ce point à la prudence du magistrat, qui n'a point à craindre de s'égarer en prenant pour guides les jurisconsultes qui ont développé sur cette matière des principes dictés par la raison. V. le nouveau répertoire de M. Merlin, v° *témoins*, p. 545.

391. Les sourds ne peuvent être témoins dans un testament, parce qu'ils ne peuvent entendre ni ce que dicte le testateur, ni la lecture du testament que le notaire doit donner aux témoins; les aveugles, parce que ne pouvant voir la personne du testateur, ils pourraient facilement être surpris.

392. Les muets ne pouvaient être témoins testamentaires dans le droit romain; mais les motifs qui les faisaient exclure n'existant plus aujourd'hui, et le droit romain n'ayant plus force de loi, M. Merlin pense qu'ils peuvent être témoins; ce qui doit s'entendre, non pas des sourds-muets, mais de ceux qui sont privés de l'usage de la parole, et non pas du sens de l'ouïe. Cette opinion nous paraît sans difficulté à l'égard de ceux qui savent écrire;

autrement ne pouvant exprimer leurs pensées que par des signes toujours équivoques, ils ne peuvent guère rendre un témoignage certain de ce qu'ils ont vu et entendu.

393. Ceux qui n'entendent pas la langue du testateur sont comparables aux sourds, et ne peuvent être témoins : (1) car, quoiqu'il soit ordonné par l'arrêté du gouvernement du 24 prairial an 11, que tous les actes seront écrits en français dans les départemens réunis, comme plusieurs habitans de ces pays ignorent la langue française, il a été décidé que le testateur n'est point obligé de dicter en français, mais seulement que le notaire est tenu de rédiger le testament en cette langue. (2) S'il en était autrement, les personnes qui ne savent pas le français seraient privées de la faculté de tester. Le 7 mai 1807, la cour de cassation a confirmé un arrêt qui avait jugé valide un testament dicté en allemand et rédigé en français par le notaire. (3)

394. Enfin la nature exclut d'être témoins, à cause de la faiblesse de leur raison, les

(1) Le nouv. répert., vo *témoins*, p. 553, et ibi Ricard et Furgole; Malleville, t. 1, p. 439.

[2] Lettre du grand-juge, adressée auprocureur-général près la cour de Bruxelles, le 4 thermidor an 11. V. ci-après 2° divis., art. 6.

(3) V. Sirey, an 1807, p. 224, et le supplément, p. 19.

furieux et les insensés ou imbécilles, même les furieux qui auraient des intervalles lucides, s'ils avaient été interdits.

395. La loi civile a prononcé plusieurs exclusions contre des personnes actuellement capables d'être témoins. L'article 980 exclut les femmes et les mineurs. Il veut que les témoins appelés pour être présens à un testament soient *mâles*, *majeurs*, *républicoles* (1) ou *sujets de l'Empereur*, et *jouissant des droits civils*; c'est-à-dire, français ou naturalisés français. (2)

Il faut même qu'ils jouissent des droits civils dans toute leur plénitude. Ceux qui auraient été condamnés à des peines afflictives ou infamantes ne peuvent jamais être employés comme témoins dans les actes, (3) à moins qu'ils n'aient été réhabilités dans les formes prescrites par le Code de procédure criminelle. Art. 619.

396. Remarquez que le Code n'exige dans les témoins testamentaires que la jouissance

(1) Le Code civil portait *républicoles*. Le Code Napoléon a substitué à cette expression celle de *sujets de l'Empereur*.

(2) V. l'arrêt de la cour de cassation, du 28 janvier 1811. Ainsi les suisses ne peuvent être témoins.

(3) V. le Code pénal, art. 28, et ce que nous avons dit t. 1, p. 223 et 224.

des *droits civils* et non pas des *droits politiques*, à la différence de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, qui veut, sous peine de nullité, art. 68, que les deux témoins soient *citoyens français*, c'est-à-dire, qu'ils aient l'exercice des droits politiques; car c'est ce qui constitue le *citoyen français*.

Le projet de Code rédigé par la commission, titre des donations, art. 73, voulait aussi que les témoins appelés dans les testamens eussent *l'exercice des droits civils et politiques;* mais cette dernière condition, c'est-à-dire l'exercice des droits politiques, fut retranchée au conseil-d'état. Ainsi le Code déroge en ce point à la loi sur le notariat, comme l'observa le savant Jaubert dans son rapport au tribunat, sur le titre des donations et testamens. « Quelques observations » sur les témoins testamentaires, dit-il; (1)

(1) V. les exposés des motifs, édition de Didot, t. 4, p. 351. Nous l'avons déjà remarqué t. 1, p. 183.

Quelques avocats d'un grand mérite ont pensé qu'il n'était pas nécessaire que les témoins appelés pour assister les notaires dans les contrats fussent *citoyens français*, c'est-à-dire, inscrits sur la liste civile. Il s'agissait dans leur consultation de rassurer un notaire qui craignait de voir sa fortune ruinée par la responsabilité que pouvait entraîner la nullité des actes dans lesquels il s'était fait assister par des témoins non inscrits sur la liste civile. Il paraissait équitable d'excuser son erreur, comme l'art. 16 de la loi sur le notariat laisse aux juges la faculté de le faire. On aima mieux soutenir qu'il avait eu raison : toutes les ressources

» il suffit qu'ils jouissent des droits civils,
» tandis que, pour les actes publics ordinaires,
» où, à la vérité, il n'en faut que deux,
» il est *indispensable* qu'ils jouissent *des droits*
» *politiques.* »

La raison de différence vient d'abord de ce que le nombre des témoins testamentaires

de l'esprit et du savoir furent employées à le prouver. La principale raison qu'on donna fut que l'expression de *citoyen français* est l'équivalent de *nés français*, parce que tous les français ont l'aptitude à devenir citoyens. On établissait cette assertion sur ce qu'en effet l'expression de citoyen se prend quelquefois dans un sens très-étendu pour tous les habitans d'un pays, comme dans l'art. 409 du Code, où il est dit qu'à défaut de parens ou alliés pour former le conseil de famille d'un mineur, on prend des *citoyens connus* pour avoir eu des relations d'amitié avec ses père et mère. Mais remarquez que l'article ne dit point des *citoyens français*, et l'on ne citait pas une seule disposition des lois nouvelles où cette expression fût l'équivalent de *nés français*. Au contraire, les témoins que la loi sur le notariat qualifie de *citoyens français*, le projet de commission les qualifie de jouissant des *droits politiques*; et la preuve que c'est ainsi que cette loi l'a entendu, c'est qu'elle se borne à exiger dans les témoins la qualité de *citoyens français*, sans exiger qu'ils soient majeurs, parce que ce n'est qu'à vingt-un ans accomplis qu'on peut être inscrit sur la liste civique. En exigeant la qualité de citoyen dans les témoins testamentaires employés dans les contrats, la loi exclut les faillis, les héritiers des faillis qui n'ont pas payé les dettes de leurs pères, les domestiques à gage attachés au service de la personne ou du ménage; art. 5 de la constitution de l'an 8. Les auteurs qui ont écrit depuis le Code ont embrassé l'opinion que nous embrassons; M. Jaubert, M. Grenier, traité des donations, t. 2, p. 46; M. Proudhon, t. 1, p. 66. Si l'opinion contraire prévaut un jour, ce ne sera que lorsque les magistrats cesseront d'attacher l'importance qu'il mérite au titre honorable de citoyen.

est plus grand, comme le dit M. Jaubert. Au lieu des deux citoyens français appelés par l'art. 59 du projet de la commission, pour *recevoir* un testament avec le notaire, le conseil-d'état exigea quatre témoins, suivant la proposition de la cour d'appel de Bordeaux. Mais, à raison de ce nombre, il n'exigea plus qu'ils eussent la qualité de *citoyens français*; aussi ne les appela-t-il plus pour *recevoir* le testament, mais *pour y être présens*.

Les témoins appelés par la loi sur le notariat pour *assister* le notaire, sont ses coopérateurs; c'est lui qui les appelle : (1) ils exercent concurremment avec lui une portion de la puissance publique, puisqu'ils coopèrent à conférer aux actes l'exécution parée, c'est-à-dire, le droit d'employer la force publique pour les faire exécuter. Or, toutes les fonctions qui ont du rapport avec l'exercice de la puissance publique, sont des droits politiques que ne peuvent exercer ceux qui ne sont pas citoyens.

Dans les testamens, au contraire, les témoins ne sont plus appelés par le notaire; ils sont choisis par le testateur pour être présens, pour attester un fait passé en leur

[1] V. Grenier, t. 1, p. 451 et 452.

présence. Les testamens en général n'emportent point l'exécution parée. Si l'héritier ne consent pas à leur exécution, il faut recourir à l'autorité du magistrat pour obtenir la délivrance des legs et faire exécuter le testament.

397. L'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 ; sur le notariat, exige que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé ; et M. Grenier (1) pense que cette condition n'est pas requise dans les témoins testamentaires, lesquels, selon lui, peuvent être pris dans toute l'étendue de l'empire, parce que l'art. 980 du Code se borne à exiger qu'ils soient *républicoles* ou sujets de l'Empereur ; expression qu'il croit mise ici en opposition avec la loi sur le notariat, qui exige que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal.

Cette opinion ne nous semble pas fondée. On peut être domicilié dans l'arrondissement communal, et n'être pas républicole ou sujet de l'Empereur. On peut donc dire que ces expressions, au lieu d'être mises en opposition avec la loi sur le notariat, en contiennent l'explication, et qu'il ne suffit pas, pour être témoin testamentaire, d'être domicilié dans

(1) Grenier, t. 1, pag. 454.

l'arrondissement, qu'il faut de plus être *républicole* ou sujet de l'Empereur. Cette explication était d'autant plus nécessaire, que le Code n'exigeant point, comme la loi sur le notariat, que les témoins aient la qualité de *citoyen*, il fallait s'expliquer sur la qualité de *français* ou de républicole. Il ne suffisait pas d'avoir dit que les témoins doivent jouir des droits civils; car les étrangers admis par le gouvernement à établir leur domicile en France, y jouissent de tous les droits civils, art. 13 du Code, quoiqu'ils n'acquièrent la qualité de français, ou de sujets de l'Empereur, que par la naturalisation. La cour de Bruxelles avait rendu, le 13 février 1808, un arrêt conforme à l'opinion de M. Grenier. V. Sirey, an 1809, 2e part., p. 155. Cet arrêt était fondé sur la supposition, aujourd'hui rejettée, que les dispositions de la loi sur le notariat n'étaient pas applicables aux testamens. Mais cette cour a changé sa jurisprudence, en rendant, le 13 avril 1811, un arrêt contraire à l'opinion de M. Grenier. V. Sirey, an 1812, 2e part., p. 18.(1)

Le même arrêt juge que l'on peut, sans prendre la voie de l'inscription de faux, prouver que les témoins sont domiciliés dans un autre lieu que celui qui est énoncé par le

(1) Sirey, an 1812, 2e part., p. 387, rapporte un arrêt de la cour de Douai, du 17 avril 1812, conforme à l'opinion de M. Grenier. Nous persistons à croire cet arrêt mal rendu.

notaire, parce qu'il n'atteste ces faits que sur la foi d'autrui.

398. La loi civile, d'accord avec la raison, exclut encore des fonctions de témoins tous ceux qui seraient intéressés directement ou indirectement dans le testament, tels que les légataires, (1) à quelque titre ou sous quelque dénomination que ce puisse être, soit à titre d'héritiers ou de légataires universels, à titre universel ou singulier, leurs parens ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, 975.

Mais un don fait à des témoins n'est pas un legs, si le don n'est que la juste récompense ou le salaire d'un service pieux, surtout si ce don a été assuré vaguement à ceux qui

(1) Les eccclésiastiques peuvent être témoins dans les testamens qui contiennent des legs en faveur de la paroisse à laquelle ils sont attachés, même lorsque le testament ordonne la célébration de messes dans l'église de la paroisse. Arrêt de la cour de Liège, du 23 juillet 1806. Sirey, an 1807, *sup.*, p. 21; parce qu'en ce cas ces ecclésiastiques ne sont point légataires.

La cour de Bordeaux avait jugé, au contraire, que dans un testament qui donnait 160 fr. *au ministre qui exerce le culte catholique* dans telle paroisse, pour être employés en prières pour le repos de l'ame du testateur, le prêtre desservant était légataire, et ne pouvait être témoin. Mais cet arrêt fut annulé par la cour de cassation, le 11 septembre 1807; Sirey, an 1809, p. 417, sur le motif qu'une pareille disposition n'est point un legs ni une libéralité, mais une charge de l'hérédité; et que d'ailleurs le prêtre desservant qui avait été témoin, n'était ni nommé ni désigné par aucun indice personnel comme étant celui à qui devait être comptée la somme de 160 fr.

devaient rendre ce service, sans désignation d'individus. Arrêt de la cour de cassation, du 17 juin 1810; Sirey, an 1810, p. 135. Ce don est alors une charge de l'hérédité. Ce principe semble devoir être étendu aux donations rémunératoires, surtout lorsque les services sont apréciables à prix d'argent.

399. Les parens du testateur, même ses successibles, ne sont point exclus, parce que, loin d'avoir intérêt dans le testament, ils seraient souvent intéressés à l'empêcher. L'art. 10 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, qui défend aux parens et alliés des *parties contractantes*, jusqu'à certains degrés, d'être témoins dans les actes notariés, ne s'applique point aux testamens, (1) mais seulement aux contrats.

400. Le mari (2) peut être appelé comme témoin au testament de sa femme, puisque la loi ne l'exclut point, et qu'il n'y a aucun intérêt, lorsque ni lui ni ses parens ne sont légataires.

(1) Merlin, nouv. répert., v° *témoin instrumentaire*, p. 551.

(2) Furgole, des testamens, ch. 3, sect. 2, n. 10. On en doutait dans les pays de coutume, v. le répertoire, *ubi sup.*, n. 18, à cause de la puissance maritale. Mais cette puissance n'est pas un motif d'exclusion, suivant le Code Napoléon.

401. L'exécuteur testamentaire peut être témoin lorsqu'il n'est pas légataire. (1)

402. L'article 975 exclut des fonctions de témoins les clercs des notaires par lesquels les actes sont reçus : il ne parle ni des parens ni des serviteurs de ces notaires ; et comme l'ordonnance de 1735 n'excluait pas les parens des notaires, ils pouvaient autrefois être témoins. (2) Mais l'art. 10 de la loi sur le notariat, dont les dispositions sont applicables aux testamens, lorsque le Code ne' contient rien qui leur soit contraire, porte que les parens et alliés des notaires, dans tous les degrés en ligne directe et en collatérale, jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, leurs clercs et *leurs serviteurs* ne pourront être témoins. Cette disposition doit être observée, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 68.

403. La loi n'ayant prononcé aucune prohibition relativement à la parenté respective entre les témoins, rien n'empêche les parens, dans les degrés même les plus rapprochés, (3) d'être ensemble témoins dans un testament, *quia nihil nocet ex una domo plures testes*

(1) Ricard, part. 1, n. 553; le répertoire, *ubi sup.*, p. 551, n. 19.

(2) Merlin, *ubi sup.*, p. 546.

(3) Merlin, nouv. répertoire, *ubi sup.*, p 547.

alieno negotio adhiberi, §. 8, inst. de testam. ordin. Ainsi deux frères peuvent être témoins dans un testament, comme l'a jugé la cour de Bruxelles, le 15 mars 1806. Il en serait de même du père et du fils.

404. Les commensaux des notaires, que les lois appellent quelquefois *domestiques*, parce qu'ils habitent la même maison, ne sont plus exclus des fonctions de témoins, comme ils l'étaient par l'ordonnance de 1735, art. 42.

405. La capacité des témoins et leur condition se considèrent au tems où le testament a été fait : *Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore. Si igitur tunc cum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet si quid posteà eis contigerit.* L. 22, §. 1, ff. qui testam. facere poss.

406. Si l'un des témoins n'avait pas les qualités requises, le testament serait nul pour le tout; (1) mais s'il y avait des témoins en nombre plus grand que celui qu'exige la loi, l'incapacité de l'un ou de plusieurs d'entre eux ne rendrait pas nul le testament, pourvu qu'il restât des témoins capables en nombre suffisant. C'est

(1) Furgole, des testamens, ch. 2, sect. 3; L. 12, Cod. de testam.; Grenier, t. 1, p. 458; arrêt de la cour de Liège, du 29 mai 1806; Sirey, p. 553.

le cas d'appliquer la règle *utile per inutile non vitiatur.* (1)

407. Si l'incapacité d'un ou de plusieurs témoins a été ignorée, il faut distinguer; (2) s'il s'agit d'une incapacité relative aux droits civils ou politiques, l'erreur commune fait la loi. Si, par exemple, on avait pris pour témoin un français mort civilement, qui était allé vivre en France, dans un lieu où sa mort civile était ignorée, et où, à l'abri de cette erreur, il jouissait publiquement des droits civils,(3) ou bien un étranger qui passait publiquement pour français ou pour naturalisé français, et qui jouissait de tous les droits attachés à cette qualité, le testament ne serait pas nul. On a toujours appliqué à ces espèces l'exemple de l'esclave Barbarius Philippus, qui avait été nommé préteur, dans l'ignorance où l'on était de sa condition, et dont tous les actes furent validés. **L. 3, ff.** *de officio prætorum.*

(1) Furgole, ch. 3, sect. 2, n. 18; Merlin, nouveau répertoire, v° *témoins*, p. 553, n 25, et l'arrêt de la cour de cassation, du 6 avril 1809, rapporté au même endroit.

(2) Ricard, part. 1, n. 1357; Furgole, des testamens, ch. 3, sect. 1, n. 7; Grenier, t. 1, p. 467, n. 256.

(3) Un arrêt de Dijon, du 3 février 1658, rapporté par Taisand, sur la coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 4, n. 8, le jugea ainsi dans l'espèce d'un testament où l'un des témoins avait été condamné au bannissement, parce que sa condamnation était généralement ignorée. V. le nouveau répertoire, *ubi sup.*, p. 544.

Mais l'erreur sur l'âge, sur la parenté ne serait pas couverte par une ignorance facile à dissiper. Ainsi la cour d'appel de Turin, par un arrêt du 17 février 1806, (1) a jugé nul un testament dans lequel deux témoins s'étaient déclarés majeurs, quoiqu'ils fussent mineurs. Si une pareille déclaration pouvait être une excuse, elle deviendrait de style, et servirait à éluder la loi.

SECONDE DIVISION.

Des formalités exigées dans la rédaction de l'acte du testament, et ce qu'il doit contenir.

SOMMAIRE.

408. *A quels points ces formalités peuvent être réduites.*

409. *Elles sont toutes exigées, sous peine de nullité.*

408. Après avoir expliqué ce qui concerne la personne des notaires et des témoins, il faut examiner chacune des formalités exigées pour la validité de l'acte du testament. On peut les réduire aux points suivans :

(1) Rapporté par Denevers, an 1806, supplément, p. 114.

1° Dictée du testament par le testateur aux deux notaires, ou au notaire s'il n'y en a qu'un seul, 972.

2° Ecriture du testament par l'un des notaires, ou par le notaire quand il n'y en a qu'un, 972.

3° Lecture du testament donnée au testateur en présence des témoins, 972.

4° Signature du testament par le testateur, par le notaire et par les témoins, 973-974. Art. 14 de la loi sur le notariat, du 25 ventôse an 11.

5° Mention expresse de l'observation de ces formalités. Art. 972 du Code. Art. 14 de la loi sur le notariat. Nous ne ferons point d'article séparé pour cette mention, sauf, en expliquant chacune des formalités, à remarquer ce qu'il peut y avoir de particulier dans la mention qui doit en être faite.

6° Aux formalités prescrites par le Code, l'art. 12 de la loi sur le notariat ajoute la nécessité de l'énonciation des noms des témoins, de leur demeure, du lieu, de l'année et du jour où l'acte est passé.

7° Enfin la langue dans laquelle l'acte doit être rédigé.

409. Toutes ces formalités sont exigées, sous peine de la nullité prononcée par l'art. 1001

du Code, et par l'art. 68 de la loi sur le notariat, qui s'applique aux testamens aussi bien qu'aux autres actes.

ARTICLE Ier.

De la dictée des testamens.

SOMMAIRE.

410. *Définition de la dictée ; on ne peut tester par signes ni à l'interrogat d'autrui.*

411. *On ne peut prouver que le testament n'a pas été dicté, sans prendre la voie de l'inscription en faux.*

412. *Si la déposition des témoins testamentaires est reçue en ce cas.*

413. *Difficulté de remplacer le mot dicter par un seul synonime.*

414. *Imprudence de ne pas employer les termes de la loi,*

415. *Quoique le Code ne prescrive point d'expressions sacramentelles.*

416. *Suffit-il de dire que le testament a été* dicté, *sans ajouter* au notaire *ou* aux notaires?

410. DICTER, dans la langue de la jurisprudence, et suivant la définition donnée par l'exact et savant Merlin, (1) *c'est prononcer*

[1] Dans les conclusions sur lesquelles fut rendu l'arrêt du 10 thermidor an 13. V. le nouv. répert., v° *testament*, p. V. aussi Ricard, des donations, part. 1, n. 1505.

mot à mot ce qu'on destine à être en même tems écrit par un autre.

Il suit de cette définition qu'on ne peut tester par signes ni à l'interrogat d'autrui.

Cette dernière question, qui partageait autrefois les opinions, (1) avait déjà été décidée pour les testamens par l'ordonnance de 1735, dont l'art. 5 porte : « Lorsque le testateur » voudra faire un testament nuncupatif, il » en prononcera intelligiblement toutes les » dispositions en présence de sept témoins. » Il est donc clair qu'il ne suffit pas qu'étant interrogé sur ses dispositions, il réponde simplement par un *oui* ou par quelqu'autre parole de consentement.

Mais on pensait que, même depuis cette ordonnance, les codicilles faits sur l'interrogat d'autrui étaient valables, parce que, suivant l'art. 14, cette loi n'avait entendu rien innover pour ces sortes d'actes. Le Code Napoléon ne distinguant plus les codicilles des testamens, il en résulte qu'aujourd'hui toutes ces dispositions de dernière volonté, rédigées sur un simple interrogat, sont nulles. (2)

[1] V. le nouveau répertoire, v° *suggestion*, p. 500.

[2] Il en résulte que les muets, ceux même qui ne sont pas privés du sens de l'ouïe, ne peuvent faire un testament par acte public; ils doivent le faire olographe. Mais peuvent-ils faire un testament mystique? C'est ce que nous examinerons ci-après. V. le répert., au mot *suggestion*, p. 500, col. a, in fin.

411. Mais lorsqu'il est dit dans un testament qu'il a été dicté, si l'on voulait prouver qu'il a été rédigé d'après un interrogatoire suivi de simples *oui* ou *non*, il faudrait prendre la voie de l'inscription en faux, toujours périlleuse, toujours difficile : car on n'admet pas ordinairement à la confection d'un testament d'autres témoins que ceux qui le signent, et qui sont rarement disposés à déposer contre la teneur des actes qu'ils ont signé.

412. On a même douté qu'ils pussent y être admis; une foule d'anciens arrêts ont jugé la négative. On en trouve cependant un du parlement de Flandre, du 26 juin 1694, qui jugea le contraire, d'après la doctrine du président Fabre, (1) dont les raisons extrêmement pressantes ont acquis un nouveau degré de force depuis la publication de la loi du 3 brumaire an 4, et du Code d'instruction criminelle du 17 novembre 1808. Ces deux lois

(1) Dans son Code, tit. 4, *ad legem Corneliam de falsis*, def. 3. *Debet plus credi notario et publico instrumento, quam testibus instrumentariis adversus notarii et instrumenti fidem testificantibus, quamdiù instrumenti fides solemni accusatione falsi non labefactatur. Sed post institutam accusationem solemnemque inscriptionem, cum vix nisi per testes falsitas probari possit, magis est ut testibus instrumentariis quam notario vel instrumento credatur, si vel omnes vel majori ex parte ab instrumenti scripturâ dissentiant.* V. aussi Mathieu sur la question 504 de Guy Pape, et Vedel sur Catellan, Liv. 2, ch. 10.

ont déterminé d'une manière positive les personnes dont les dépositions ne peuvent être reçues en matière criminelle, et les témoins instrumentaires qui ont signé un acte ne sont point de ce nombre. Il est du moins certain qu'ils peuvent être entendus, et que leurs dépositions suffisent pour motiver des poursuites ultérieures, à l'effet de constater le faux du testament. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la cour de cassation, du 1^er^ avril 1808, qui cassa un arrêt par lequel la cour criminelle spéciale du département du Gard s'était déclarée incompétente, par le motif, entre autres, que les témoins instrumentaires ne peuvent être admis à déposer contre la teneur des actes qu'ils ont signé.

La cour de cassation considéra ce moyen comme contraire aux principes de la législation actuelle, et l'arrêt fut cassé, par le motif, entre autres, que les témoins, en matière de faux, comme en toute autre matière criminelle, ne sont responsables que *dans les cas prévus et spécifiés* taxativement par l'art. 358 de la loi du 3 brumaire an 4, et que c'est lors du jugement du fond seulement que la foi due aux témoins instrumentaires de l'acte argué de faux peut être appréciée; mais que leurs dépositions sont suffisantes pour établir

la prévention qui détermine la compétence des cours spéciales. (1)

413. Le mot *dicter* est un terme technique impossible à remplacer par un seul mot, parce qu'il n'a point de synonime identique; mais il peut être remplacé par une périphrase, qui présente absolument le même sens; c'est ainsi du moins que l'a décidé la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 17 juillet 1806, (2) qui a jugé que la déclaration que le testament avait été *prononcé* par le testateur, et *écrit* par le notaire *à mesure que le disposant prononçait*, (3) équivaut à la mention qu'il a été *dicté*.

Cependant on trouve dans Ricard un arrêt de 1604, qui annula un testament, parce qu'au lieu des mots *dicté et nommé*, exigés par la coutume d'Orléans, les notaires avaient dit

(1) V. le nouveau répertoire, *vo témoin instrumentaire*, p. 556.

(2) Sirey, an 1806, *sup.*, p. 191.

(3) Les auteurs de la jurisprudence du Code, p. 356, proposent une espèce où le notaire n'avait pas dit que le testateur avait *prononcé*, mais seulement : « Nous notaire avons écrit de notre » *propre main*, *mot à mot*, ses intentions et déclarations, ainsi qu'il suit, etc. » Ils pensent que le testament était nul, et je le pense comme eux. On n'y trouve point la mention *expresse* qu'il a été dicté : il peut avoir été écrit *mot à mot* sur des interrogats, ou sur un modèle écrit. Cependant M. Grenier, t. I, p. 414, n. 235, est d'une opinion contraire.

que le testament avait été proféré par la bouche du testateur, et que les notaires l'avaient rédigé par écrit en la manière qui en suit. Le motif fut que les mots *proféré par sa propre bouche*, n'emportent pas absolument la même signification que ceux-ci, *dicté*, *nommé*.

La décision de la cour de Paris nous paraît plus raisonnable, et la seule à suivre. Il y a même apparence que l'arrêt de 1604 eût été rendu dans un autre sens depuis l'ordonnance de 1735, dont l'art. 23 portait « qu'il n'était pas nécessaire de se servir *précisément* de ces termes *dicté*, *nommé*, etc., et autres requis par les coutumes. »

414. Mais enfin les arrêts n'étant point une règle obligatoire, il ne faut pas se reposer sur leur décision. Il n'est pas impossible que d'autres cours fussent de l'avis du tribunal de première instance de Paris, qui avait annulé le testament, parce que les mots *prononcé* par le testateur, et *écrit à mesure qu'il prononçait*, ne lui paraissaient pas remplir exactement l'intention du législateur. Il y a toujours imprudence et danger extrême à s'écarter des termes employés par la loi ; c'est exposer les légataires à un procès presque infaillible et toujours douteux.

415. Car, quoique le Code n'ait entendu rétablir aucune de ces expressions de rigueur appelées *sacramentelles*, parce qu'elles étaient nécessaires sous peine de la nullité prononcée par la loi qui les consacrait en quelque manière, aucune de ces formules scrupuleuses abolies par l'art. 23 de l'ordonnance de 1735, (1) quoiqu'il soit permis d'employer des termes parfaitement identiques ou de même signification, des termes qui satisfassent à l'intention de la loi *adæquatè et identicè*, en sorte qu'on ne puisse se figurer aucune espèce de différence entre l'expression désirée par la loi et l'expression employée; (2) néanmoins, comme les tribunaux sont les seuls juges de cette identité, s'il existe le moindre doute, on voit, en parcourant le recueil de leurs arrêts, qu'ils prononcent presque toujours contre la validité des testamens; et comme il n'y a pas de loi violée, quand il est décidé qu'une expression ne rend pas le sens de la loi, le recours en cassation n'est presque jamais fondé.

416. Il n'est point de subtilités qu'on n'imagine

(1) V. d'Aguesseau, lettre du 30 septembre 1742, au parlement de Grenoble.

(2) Merlin, dans ses conclusions sur l'arrêt du 10 thermidor an 13; Sirey an 13, pag. 375, et sur l'arrêt du 19 frimaire an 14; Sirey, an 1806, p. 156; l'arrêt de la cour de cassation du 19 frimaire an 14.

pour attaquer les testamens dans lesquels le notaire ne s'est pas littéralement et scrupuleusement attaché aux expressions de la loi. On a soutenu qu'il ne suffisait pas d'exprimer que le testament a été *dicté*; qu'il faut encore, sous peine de nullité, ajouter qu'il a été dicté *au notaire*, s'il n'y en a qu'un; qu'il ne suffisait pas de dire qu'il a été dicté à l'un des notaires, lorsqu'il y en a deux, si la dictée n'a pas été adressée *aux deux notaires.*

Un testament portait : « Dicté par le tes- » tateur, écrit par moi notaire, etc. » On soutint que le testament était nul, parce qu'il n'annonçait pas que c'était au notaire qu'il avait été dicté.

Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 25 juin 1806, (1) proscrivit cette chicane, en décidant que ces mots dicté par le testateur ont une corrélation naturelle, qui ne permet pas de concevoir raisonnablement que la dictée a été faite à un autre qu'au notaire qui a écrit.

Un autre testament portait qu'il avait été *dicté* et *nommé*, en présence des témoins, du citoyen Coynac, (l'un des notaires) *à moi* notaire tenant la plume, et écrivant, etc. On l'argua de nullité, parce que, disait-on, la dictée n'était adressée qu'à l'un des notaires

(1) Sirey, an 1807, supplément, p. 18.

et non pas aux deux, comme l'exige l'art. 972. Un arrêt de la cour de cassation, rendu le 19 août 1807, sur les conclusions de M. Merlin, confirma l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers, qui avait jugé le testament valide. Le motif fut que les deux notaires attestant collectivement que le testament avait été dicté en leur présence, cet arrêt avait saisi le véritable sens de l'art. 972. (1)

ARTICLE II.

De l'écriture du testament par le notaire.

SOMMAIRE.

417. *L'acte doit être écrit par le notaire, tel qu'il a été dicté.*

418. *Les dispositions peuvent être conçues à la troisième personne.*

419. *Il n'est pas nécessaire que le notaire emploie les mêmes termes que le testateur.*

420. *Le testament est valide, quoiqu'il soit dit que le testateur a prié les notaires de le* rédiger *par écrit.*

421. *Il n'est pas nécessaire de mentionner précisément qu'il a été écrit* tel qu'il a été dicté.

422. *Il ne peut être écrit par le clerc du notaire: peut-il l'être alternativement par les deux notaires?*

(1) V. le répertoire de jurisprudence, v° *testament*, p. 712 et suiv.; Sirey, an 1807, p. 428.

423. *Il ne suffit pas qu'il soit écrit par le notaire, s'il n'en est pas fait mention expresse.*

424. *Difficulté de remplacer par les équivalens la mention que l'acte a été* écrit *par le notaire.*

425. *Mais cette mention peut être faite au commencement de l'acte.*

417. La seconde formalité exigée pour la validité d'un testament, est qu'il soit écrit *tel qu'il a été dicté*, et qu'il *soit écrit par l'un des notaires* ou *par le notaire*, s'il n'y en a qu'un.

418. Mais les dispositions d'un testament peuvent être conçues à la troisième personne, sans qu'on puisse en inférer qu'il n'a pas été écrit tel qu'il a été dicté; car il est très-possible que le testateur dicte à la troisième personne aussi bien qu'à la première. On trouve dans les nouveaux recueils (1) plusieurs arrêts des cours d'appel, qui ont confirmé des testamens où l'on n'avait fait parler le testateur qu'à la troisième personne; et la cour de Poitiers ayant au contraire annulé, par ce motif, le testament de la femme

(1) V. le recueil de jurisprudence du Code civil, 3e volume, p. 236 et 421.

Audonnet, son arrêt fut cassé le 18 janvier 1809. (1)

419. Au reste, le notaire n'est pas précisément astreint à se servir des mêmes termes que le testateur; il est seulement obligé de rendre exactement le sens des dispositions que ce dernier lui dicte. C'est ainsi que les diverses lois, qui ont exigé la dictée, ont toujours été entendues. (2) C'est aussi de cette manière qu'il faut entendre la disposition de l'art. 972, qui porte que le testament doit être écrit tel qu'il a été dicté. C'est l'identité des pensées, et non celle des choses, qu'exige le législateur. Il ne faut donc pas induire de cette disposition que le notaire doive écrire mot pour mot ce qu'on lui dicte : ce qui serait impossible en plusieurs cas; par exemple, lorsque le testateur ne sait pas le français, il peut dicter son testament dans sa langue, tandis que le notaire doit le rédiger en français, ainsi que l'a décidé un arrêt de la cour de cassation, du 4 mai 1807. (3)

[1] V. le nouveau répertoire, v° *testament*, p. 699; Sirey, an 1809, p. 129.

[2] V. Malleville, t. 2, p. 438 et 439; Grenier, t. 1, p. 417.

(3) V. Sirey, an 1807, p. 224, et le supplément, p. 19, où n trouve une dissertation sur ce point, et sur les mots *tel qu'il a été dicté.*

Car, quoiqu'il soit ordonné, par l'arrêté du gouvernement du 4 prairial an 11, que tous les actes seront écrits en français dans les départemens réunis, comme plusieurs habitans de ces pays ignorent la langue française, il a été décidé que le testateur n'est point obligé de dicter en français, mais seulement que le notaire est tenu de rédiger le testament en cette langue. (1) Cette observation peut s'appliquer à plusieurs habitans des départemens de la Basse-Bretagne.

420. Le principe que la loi exige du notaire l'identité des pensées du testateur, et non celle de ses paroles, a fait confirmer par la cour de cassation, le 3 décembre 1807, (2) un arrêt de la cour de Poitiers, qui avait jugé valide un testament dans lequel il était dit que la testatrice avait prié les notaires de vouloir bien le rédiger par écrit; ce qu'ils avaient fait.

421. De là vient encore qu'il n'est pas nécessaire de mentionner précisément que le notaire a écrit le testament *tel qu'il a été dicté.* La double énonciation que le testateur a dicté et

(1) Lettre du grand-juge, adressée au procureur-général près la cour d'appel de Bruxelles, le 4 thermidor an 12. V. le nouveau répertoire, v° *langue française.*

(2) Sirey, an 1808, p. 103.

&c

que le notaire a écrit, prouve suffisamment que le testament a été écrit tel qu'il a été dicté, ainsi que l'a jugé la cour de Turin, par un arrêt du 25 avril 1806. (1)

422. Le Code exige que le testament soit écrit par *l'un des notaires*, (2) et non par un clerc ou par une autre main étrangère dont il pourrait se servir. Cette formalité requise, sous peine de nullité, est particulière aux testamens, et la loi sur le notariat, du 25 ventôse an 11, ne l'exige point pour les autres actes notariés, dont la minute peut être écrite par un clerc.

423. Il faut de plus la mention expresse que l'acte a été écrit par le notaire; et, s'il y en a deux, il faut désigner celui qui l'a

[1] Sirey, an 1808, supplément, p. 189. L'arrêt de la cour de cassation, du 3 décembre 1807, contient aussi cette décision au moins implicitement.

(2) Mais peut-il être écrit alternativement par les deux notaires, l'un après l'autre? La loi ne le défend pas. Si elle ordonne que le testament soit écrit par l'un des notaires, c'est pour empêcher qu'il ne soit écrit par un clerc ou par une autre personne étrangère, même par le testateur. Du reste, n'importe lequel des notaires écrive, soit celui qui reste dépositaire de la minute, soit celui qu'on appelle notaire second. Pourquoi donc si l'un se fatigue, l'autre ne pourrait-il pas prendre la plume, et continuer en faisant mention de cette circonstance? Ne serait ce pas outrer la sévérité que de s'attacher *judaïquement* à ces mots, il doit être écrit *par l'un des notaires*, pour en conclure que le testament est nul, s'il est écrit alternativement par les deux notaires?

écrit. Faute de cette mention expresse, le testament serait nul, quand même il serait vrai, quand même il ne serait pas contesté que la minute est en effet écrite de la main du notaire. C'est un point solemnellement décidé par un arrêt de la cour de cassation, rendu *consultis classibus*, sur les conclusions de M. Merlin, le 10 thermidor an 13. (1)

Le légataire condamné adressa contre cet arrêt une réclamation à l'Empereur, qui la renvoya au conseil-d'état, dont l'avis approuvé par l'Empereur, le 31 janvier 1806, fut que la réclamation devait être rejettée. Il est imprimé dans le bulletin des lois, et il a été depuis rendu, le 14 février 1808, par la cour de cassation, un second arrêt conforme au premier. (2)

Les motifs de cette décision sont que l'art. 972 exige impérieusement la mention expresse que le testament a été écrit par l'un des notaires, ou par le notaire s'il n'y en a qu'un. Or, toutes les fois qu'une mention requise par la loi est omise, le testament doit être annulé sans examen ultérieur, parce que la loi, en exigeant cette mention dans le testament

[1] Sirey, an 13, p. 370 et suiv. V. le nouv. répert., v° *testament*, p. 673 et suiv.

(2) V. le nouveau répertoire, *ubi sup.*, p. 680.

même, a nécessairement proscrit toute autre manière de prouver l'accomplissement de la formalité non exprimée. *Quia consuetudo*, dit Dumoulin sur l'art. 69 de la coutume de Sens, *requirit hanc probationem ex ipsomet testamento, et hic non sufficit haberi aliundè, tum propter falsa vitanda et testium facilitatem, et ità judicatum parisiis per arrestum.*

Cette mention, toujours utile, est souvent nécessaire. D'abord, le notaire devant être réputé faussaire s'il mentionne avoir écrit, tandis que réellement il n'aurait pas écrit lui-même, il n'est pas probable qu'il ose se dispenser d'écrire : ensuite, cette mention lue au testateur et aux témoins, ainsi que le reste de l'acte, les avertit que l'écriture du notaire est indispensable ; en sorte que la mention expresse de l'écriture est une double garantie de l'observation de la formalité ; elle est donc habituellement utile.

Elle est nécessaire en plusieurs cas ; car l'écriture en soi-même ne prouve rien que son existence. Si elle est contestée, il faut vérification. Or, à deux milles lieues, dans les colonies, par exemple, cette vérification serait impossible ; et quand elle serait possible, l'expertise n'est qu'une science conjecturale.

424. La mention que le testament a été *écrit* par le notaire, ne peut que très-difficilement être suppléée par *équipollence.* Deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 27 mai 1807, (1) l'autre du 4 février 1808, (2) ont confirmé des arrêts qui avaient jugé que la déclaration que le testament a été *dicté* au notaire, qu'il *l'a fait, passé, dressé, rédigé,* ne peut suppléer au défaut de mention textuelle que c'est lui qui l'a *écrit.*

Sans doute la décision eût été différente, si le notaire avait ajouté, *rédigé de la main de nous notaire, etc.,* parce que ces expressions paraissent *adæquatè et identicè* équivalentes au mot *écrit.*

425. Au reste, il n'est pas nécessaire que la mention que le testament a été écrit par le notaire se trouve à la fin de l'acte; il suffit qu'elle se trouve au commencement, ainsi que l'a décidé un arrêt de la cour de cassation, du 26 juillet 1808. V. le répert., v° *testament,* p. 682, n. 5. Autre arrêt de la même cour, du 18 octobre 1809; Sirey, an 1810, p. 57.

(1) Sirey, an 1807, pag. 342.

(2) *Idem,* an 1808, p. 173.

ARTICLE III.

De la lecture du testament.

SOMMAIRE.

426. *Différence remarquable entre la mention de cette formalité et celle des précédentes.*

427. *Trois points à remarquer concernant la lecture du testament : rigueur de la jurisprudence à cet égard ; la preuve de ces trois points ne peut résulter que d'une énonciation expresse que la lecture a été faite* au testateur en présence des témoins.

428. *Il ne suffit pas de dire qu'il a été lu* au testateur et aux témoins ;

429. *Mais il suffit de dire qu'il a été lu* en présence du testateur et des témoins ; *subtilités de la chicane.*

430. *Si l'énonciation de la présence des témoins à la lecture peut se rapporter à plusieurs membres de la phrase.*

431. *Où peut être placée la mention de la lecture.*

432. *Les additions faites après la mention de la lecture annulent le testament en entier, à moins qu'elles ne contiennent pas de dispositions nouvelles, mais seulement des explications qu'on aurait pu suppléer.*

433. *Mais la mention de la lecture s'applique aux renvois.*

426. Avant de parler de la lecture du testament, il faut observer une différence

remarquable qui se trouve dans l'art. 972, entre la mention de cette formalité et celle des deux précédentes. La première disposition de cet article exige, 1° que le testament soit dicté aux notaires; qu'il soit écrit par l'un d'eux, tel qu'il a été dicté. La disposition finale exige qu'il soit fait *du tout mention expresse;* mais cet article n'exige point qu'il soit spécialement fait mention que les témoins ont été présens à la dictée (1) ou à l'écriture. Il suffit donc, à cet égard, que leur présence au testament soit référée en termes généraux, soit au commencement, soit à la fin de l'acte; car on ne peut ajouter à la rigueur de la loi, ni exiger, outre la relation générale de la présence des témoins, qu'il soit spécialement mention qu'ils étaient présens à la dictée et à l'écriture.

Au contraire, la pénultième disposition de l'art. 972 exige spécialement qu'il soit donné lecture du testament *au testateur en présence des témoins*, et la disposition finale qu'il en soit fait mention expresse. D'où l'on a conclu que la mention générale de la présence des témoins ne suffit pas,

[1] Un arrêt de la cour de cassation, du 13 juillet 1808, Sirey, an 1809, p. 156, l'a ainsi jugé; mais il s'agissait d'un testament fait sous l'empire de l'ordonnance de 1735. Il nous paraît que la décision doit être la même sous l'empire du Code.

et qu'il faut de plus mention spéciale de la lecture au testateur en présence des témoins.

427. Il faut donc, relativement à cette lecture, remarquer trois points essentiels : 1° la lecture de l'acte au testateur ; 2° la présence des témoins à cette lecture ; 3° la mention expresse non seulement de la lecture faite au testateur, mais encore spécialement de la présence des témoins à la lecture.

Les tribunaux se sont montrés d'une sévérité qui peut paraître outrée sur l'observation littérale de ces trois points ; et la cour de cassation a pensé, comme les cours impériales, (1) que la preuve de ces formalités doit résider, non seulement dans la mention expresse prescrite par l'article 972, mais encore qu'elle ne peut résulter de la contexture générale de l'acte du testament, ni des conséquences même nécessaires que présente le rapprochement de ses différentes dispositions. Ainsi il ne suffit pas que la présence des témoins au testament soit référée au commencement et à la fin de l'acte, suivant la formule ordinaire, *fait et passé en présence des témoins ;* l'omission de la mention expresse et spéciale

(1) V. les considérans de l'arrêt de la cour de Bruxelles, du 18 ventôse an 13 ; Sirey, an 13, 2e part., p. 120, et ceux de l'arrêt de la cour de cassation du 19 frimaire an 14 ; Sirey, an 14, p. 292.

de leur présence à la lecture, entraînerait la nullité du testament : c'est par ce motif que fut annulé celui de Meulemberg. Cet acte portait : « Fait et testé..... en présence de..... » témoins ; et après lecture de ce testament, » le testateur a déclaré derechef que c'est sa » volonté. Et ayant demandé à lui testateur » et aux témoins s'ils savaient écrire, le tes- » tateur a déclaré qu'à cause de sa maladie il ne » peut signer, les témoins ont répondu qu'*oui.* »

Il n'est personne qui doute, en lisant cette rédaction, que les témoins fussent présens à la lecture du testament. Cependant la cour de Bruxelles pensa que si l'homme raisonnable était convaincu, ce n'était point assez pour le juge. Ce testament fut annulé par arrêt du 18 ventôse an 13, confirmé par la cour de cassation, le 19 frimaire an 14, (1) sur les conclusions de M. Merlin, par le motif que l'art. 972, « exigeant qu'il soit *donné lecture au tes-* » *tateur en présence des témoins*, et qu'il soit » *fait du tout* mention expresse, ne permet » pas que l'exécution de ces formalités soit » présumée d'après le contexte général du tes- » tament, et sur des périphrases dont l'objet » direct est étranger à la formalité de la lec- » ture, et attendu que la loi et la raison

(1) V. Sirey, an 14-1806, p. 155.

» n'admettent d'expressions équivalentes que » celles qui sont synonimes et identiques avec » celles exigées par la loi. » Voyez encore un arrêt de cassation, du 23 mai 1810; Sirey, 1810, p. 232.

428. Cette expression, lecture donnée *au testateur en présence des témoins* ou *les témoins présens*, est devenue presque sacramentelle. Un arrêt de la cour de cassation, du 13 septembre 1809, (1) a décidé qu'elle ne peut être remplacée par la mention que le testament a été lu *au testateur et aux témoins*, parce qu'il ne résulte pas nécessairement de cette énonciation, que la lecture a été donnée au testateur *en présence des témoins.* Il est possible, dit-on, qu'on ait donné séparément lecture au premier et aux derniers.

429. Mais le vœu de la loi est rempli, s'il est dit que le testament a été lu *en présence du testateur et des témoins.* (2)

430. On ne s'est point borné à cette rigueur excessive, qui peut paraître fondée sur la lettre de la loi qu'on doit toujours respecter. On ne s'est plus contenté de la mention expresse de la présence des témoins à la lecture du

(1) Sirey, an 1810, p. 292. . encore un autre arrêt de la même cour, du 6 mai 1812; Sirey, 1812, p. 333.

(2) Arrêt de la cour de cassation, du 18 octobre 1809; Sirey, an 1810, p. 57.

testament. La cupidité, abusant de ces décisions rigoureuses, est allée jusqu'à disputer sur le membre de la période auquel doit se rapporter cette énonciation, et à soutenir que si elle est placée entre la mention de l'écriture faite par le notaire, et la mention de la lecture faite au testateur, le testament est nul, parce qu'alors l'énonciation de la présence des témoins ne doit se rapporter qu'à l'une ou l'autre de ces opérations; ce qu'on ne peut juger que par la ponctuation.

Ainsi on voudrait faire dépendre le sort d'un testament d'un point ou d'une virgule. Un acte portait : « Le présent testament dicté « par le testateur au notaire soussigné, ayant » été par celui-ci écrit de sa main, *lesdits* » *témoins présens*, le même notaire en a ensuite » fait lecture; laquelle lecture le testateur a » déclaré bien entendre, et y persister. »

Cet acte fut attaqué, parce qu'on prétendit que cette phrase incidente, *lesdits témoins présens*, ne se rapportait point à ce qui suit, mais à ce qui précède; donc il était nul par défaut de mention expresse de la présence des témoins à la lecture. Un premier jugement prononça la nullité. Sous l'appel, on disputa sur la ponctuation. On prétendit, tantôt que la phrase incidente était séparée de ce qui

précède par un point, tantôt qu'elle ne l'était que par un point et une virgule. La cour d'appel de Caen réforma le premier jugement et confirma le testament, par le motif que la phrase incidente se rapportait également à ce qui précède et à ce qui suit. L'arrêt est du 25 juillet 1806. (1)

Malgré la sagesse de cette décision, l'arrêtiste la critique, et soutient que la phrase incidente ne pouvant se rapporter en même tems au premier et au second membre de la période, elle ne peut se rapporter grammaticalement qu'au premier ; d'où il conclut qu'elle manque entièrement au second, et que le testament devait être annulé. Mais les autres cours jugent, comme celle de Caen, que la mention de la présence des témoins, insérée dans une phrase ou à la fin d'une phrase, doit se rapporter à tous les membres de cette même phrase, ou à toutes les phrases incidentes. Un testament portait : « Fait, *lu* au disposant à haute et » intelligible voix, par le notaire soussigné, » clos et arrêté au domicile du disposant, les » jour, mois et an que ci-dessus, *en présence* » *des témoins*, qui ont signé, etc. »

(1) Il est rapporté par Denevers, an 1086, supplément, p. 212 et suivantes. V. L. L. 28, §. 29 et 53, de V. S. Oratio quæ neque conjunctionem neque disjunctionem habet, ex mente pronunciantis vel conjuncta, vel disjuncta accipitur.

Cet acte fut annulé par le tribunal de première instance, parce que les mots *en présence de témoins*, ne suivant pas immédiatement la lecture faite au testateur, on pouvait croire qu'ils ne se rapportaient qu'aux mots *clos et arrêté*. Mais le jugement fut réformé, et avec raison, par la cour de Paris, le 17 juillet 1806. L'arrêt est rapporté par Sirey, an 1806, 2e part., p. 191.

La même cour a rendu un second arrêt, dans les mêmes principes, le 9 août 1811. Le testament portait : « Fait et dicté par la testa- » trice audit notaire, qui a entièrement écrit » le tout de sa main, *en présence* desdits » témoins, *lecture faite* à la testatrice, etc. » Le tribunal de Pontoise eut la sagesse de maintenir ce testament, par le motif que ces mots, *en présence de témoins*, se rapportaient à la mention de la lecture qui les suit, aussi bien qu'à la mention de la dictée et de l'écriture. Ce jugement fut confirmé par la cour impériale de Paris. (1) Voyez encore un arrêt de

(1) Cet arrêt est encore rapporté par Sirey, an 1812, 2e part., p. 35 ; mais il en rend le sens d'une manière très-inexacte, et qui pourrait induireen erreur des lecteurs superficiels. La rubrique porte : *Il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, qu'un testament porte la mention littérale qu'il a été lu en présence des témoins ; il suffit que l'accomplissement de cette formalité résulte de la contexture entière du testament.* Ce n'est point ce qu'a jugé l'arrêt ; et, s'il l'avait jugé, il serait mal rendu. On trouve beaucoup d'autres inexactitudes dans ce recueil.

la cour de Nîmes, du 29 mars 1811; Sirey, 1811, 2e part., p. 364 et suiv.

Ces misérables vétilles grammaticales sont ce qu'on appelle, avec raison, de la chicane. On les cite comme un exemple des moyens qu'un esprit subtil peut imaginer pour servir la cupidité. On les cite encore pour avertir les notaires de prévenir ces difficultés par une rédaction claire et conforme en tout à la lettre de la loi.

431. C'est lorsque le testament est fini qu'on en donne lecture : mais l'art. 972 n'exige point que la mention de cette lecture soit mise à la fin de l'acte. Ainsi, dans quelque endroit qu'elle y soit placée, même au commencement, elle satisfait au vœu de la loi, pourvu que la mention de la lecture, dans la partie du testament où elle se trouve, soit conçue de manière à faire entendre qu'elle porte sur les clauses qui la suivent, comme sur celles qui précèdent. (1)

432. Mais si la rédaction du testament prouve que la lecture s'est bornée à une partie,

(1) V. M. Merlin, dans les conclusions sur lesquelles fut rendu l'arrêt du 4 novembre 1811. Un extrait de ces conclusions a été imprimé dans le Moniteur, du 1er mai 1812, n. 122. Cet extrait a été réimprimé dans le recueil de Sirey, an 1812, 1re partie, p. 178; Ricard, des donations, part. 1, n. 1519.

la mention faite de la lecture de cette partie est insuffisante, et tout le testament est nul. C'est ce qui arrive lorsqu'après la mention de la lecture, le testateur ajoute quelque disposition. Il faut alors donner lecture de cette addition en présence des témoins, et faire mention exprcsse de cette lecture, faute de quoi le testament serait nul en toutes ses dispositions ; car un testament se compose de toutes les dispositions dictées par le testateur, et du procès-verbal rédigé par le notaire. Or, la loi prescrit la lecture, non pas seulement d'une ou de plusieurs parties de l'acte, mais du *testament*. On ne peut donc diviser cet acte, le déclarer valable, quant aux dispositions auxquelles se rapporte la mention de la lecture, et l'annuler pour le surplus. Le testament n'ayant pas été lu en entier, le vœu de la loi n'est pas rempli. C'est sur ces principes que la cour de cassation confirma, le 19 avril 1809, (1) un arrêt de la cour de Turin, qui avait annulé le testament du sieur Danesy, par le motif qu'il n'était point dit que l'on eût donné lecture de l'addition d'un legs de 36 fr. de rente viagère, insérée immédiatement après la lecture du testament, faite au testateur en présence de témoins.

(1) V. Sirey, an 1809, p. 244; le nouveau répertoire, v° *testament*, p. 705. On le jugeait ainsi sous l'ordonnance de 1735.

La cour de cassation a rendu un autre arrêt, dans les mêmes principes, le 13 septembre 1809, et un plus récent du 4 novembre 1811. Ils sont l'un et l'autre rapportés par Sirey, le premier dans le recueil de l'an 1809, p. 432, et le second dans le recueil de 1812, p. 33.

Si les additions dont la lecture n'aurait pas été faite ou mentionnée, au lieu de contenir des dispositions nouvelles, ne contenaient que de simples explications des dispositions précédentes, elles conserveraient toute leur force, loin d'annuler le testament qu'elles expliquent. Ainsi, pour savoir si une addition dont il n'a pas été donné lecture annule l'acte en entier, il faut distinguer :

Ou il s'agit d'une explication que le juge pourrait suppléer d'après des circonstances extrinsèques au testament, et alors l'explication subsiste avec le testament ;

Ou il s'agit d'une explication qui forme une disposition tellement additionnelle à la disposition expliquée, que le juge ne pourrait la suppléer si le testateur l'avait omise, et alors le testament est annulé.

Cette distinction, qui prend sa source dans la loi 21, §. 1, ff. *qui testam. facere poss.*, fut développée par M. Merlin, avec sa profondeur ordinaire, dans ses conclusions citées ci-dessus, note

433. Au reste, la mention de la lecture du testament s'applique aux renvois dont le texte est placé à la fin de l'acte, et conséquemment après cette mention, lorsqu'ils sont approuvés par les parties, ainsi que l'exige l'art. 15 de la loi sur le notariat, parce que les renvois se rapportant à l'endroit de l'acte où les mots qui les composent peuvent être mis, il est nécessaire qu'en lisant l'acte on s'aperçoive des renvois, et qu'on aille à la fin de l'acte pour les lire. Ainsi l'a jugé la cour d'Agen, par un arrêt confirmé par la cour de cassation, le 3 août 1808. (1)

ARTICLE IV.

De la signature du testament.

SOMMAIRE.

434. *Nécessité de la mention de la signature du testateur, et de celles des notaires et témoins ; et de la mention de la déclaration du testateur qu'il ne peut ou ne sait signer.*

435. *Autrefois on exigeait de plus mention de la* réquisition *du notaire.*

436. *La loi du* 8 *septembre* 1791 *exigea de nouveau cette mention.*

437. *Le Code ne l'exige plus, mais il exige la mention spéciale de la* déclaration *du testateur.*

(1) V. le nouveau répertoire, v° *testament*, p. 705 ; Sirey, an 1808, p. 557.

438. *La déclaration de ne savoir* écrire *équivaut-elle à celle de* signer ? *Contrariété des arrêts ; réflexions à ce sujet.*

439. *Nullité du testament, si le testateur qui sait signer a déclaré ne le savoir faire ;*

440. *A moins qu'il n'eût perdu l'habitude de signer.*

441. *La déclaration de ne savoir signer, quand on le sait, n'annule pas les autres actes.*

442. *Quelle doit être la signature. Un surnom suffit-il?*

443. *Des signatures illisibles ou mal formées.*

444. Quid *si le testateur expire au moment de signer?*

445. *Il suffit que la moitié des témoins signe dans les campagnes ; ce qu'on entend par campagnes.*

446. *Pourquoi on exige plus de formalités pour les testamens que pour les contrats.*

447. *Origine de ces formalités.*

448. *Remplissent-elles le but qu'on s'est proposé?*

434. L'ART. 973 veut que le testament soit signé par le testateur. Il ne suffirait même pas que le testateur l'eût signé, il faut que l'acte contienne la mention de sa signature, ainsi que de celle des notaires et des témoins. Cette mention est requise sous peine de nullité, non par le Code qui n'en parle pas, mais par l'art. 14 de la loi sur le notariat, qui exige cette mention généralement dans tous les actes. La signature ne prouve point par elle-même quelle est la main qui a tracé les caractères dont elle est composée ; cette preuve doit résulter de la mention qui en est faite. La

clause que le testament a été *lu au testateur à haute et intelligible voix, en présence des témoins susdits* et soussignés, ne renferme pas la mention de la signature du testateur, parce que le mot *soussignés* ne peut se rapporter qu'aux témoins. (1)

435. Les anciennes ordonnances, celle d'Orléans, art. 84, celle de Blois, art. 63 et 165, exigeaient de plus que les notaires fissent mention de la *réquisition* par eux faite aux parties et aux témoins de signer, et de leur réponse qu'ils ne le savaient faire.

L'ordonnance des testamens, de 1735, se borna, art. 5 et 23, à ordonner qu'en cas que le testateur *déclare* qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention. Depuis cette loi on n'exigea plus qu'il fût fait mention de *la réquisition* ou *interpellation* faite par le notaire, mais seulement de la déclaration du testateur.

436. La loi du 8 septembre 1791 rappela les dispositions des anciennes ordonnances, et voulut que dans les testamens que les notaires recevront à l'avenir, lorsque les testateurs ou les témoins ne sauront ou ne pourront signer, les notaires seront tenus de faire mention formelle de la *réquisition* par eux faite aux

(1) Arrêt de la cour de Turin, du 18 novembre 1811; Sirey, an 1812, 2e partie, p. 375.

testateurs ou aux témoins de signer, et de leur *déclaration* ou *réponse* de ne pouvoir ou de ne savoir le faire, le tout à peine de nullité.

Cette loi a été observée jusqu'à la promulgation du Code; et nous trouvons un arrêt rendu par la cour de cassation, le 3 vendémiaire an 10, qui décida qu'un testament antérieur au Code devait être annulé, lorsqu'on avait omis de faire mention de la réquisition du notaire. (1)

437. L'art. 973 du Code est revenu à l'ordonnance des testamens : il n'exige, comme cette loi, que la *mention expresse* de la *déclaration* du testateur de ne savoir ou de ne pouvoir *signer*, ainsi que de la cause qui l'empêche de *signer*, sans laquelle mention le testament serait nul. (2)

La déclaration qu'il ne sait pas signer satisfait évidemment au vœu de la loi, puisque cette déclaration contient la cause qui l'empêche de *signer*.

Mais remarquez que la mention doit porter spécialement sur la *déclaration*, de la part du testateur, de ne pouvoir ou savoir *signer*. S'il était dit seulement que le testateur n'a su ou pu *signer* par tel motif, le testament

(1) Il est rapporté dans les questions de droit de M. Merlin, v° *signature*, où l'on trouve les conclusions qu'il donna en cette affaire. Il est aussi rapporté par Sirey, an 10, p. 42.

(2) V. Grenier, t. 1, p. 438.

serait nul. Ricard, des donations, part. 1, n. 1525, cite un ancien arrêt qui le jugea ainsi. Le notaire ne doit pas seulement attester le fait, il doit l'attester d'après la déclaration du testateur, 973.

438. Remarquez encore que la prudence exige que la mention porte sur la déclaration de ne savoir *signer*, ou de la cause qui empêche de *signer*. On interprète la loi avec une rigueur tellement subtile, qu'il est douteux que le testament fût jugé valide, s'il portait que le testateur a déclaré ne savoir pas *écrire*, au lieu de dire qu'il ne savait pas *signer*. La raison de douter est, dit-on, que tel sait signer qui ne sait pas écrire, ainsi que l'a observé la cour de cassation, dans un arrêt du 14 août 1807, (1) à l'occasion suivante : Bouveret avait déclaré s'inscrire en faux contre un procès-verbal des commis aux douanes ; et sur la feuille d'audience qui contenait sa déclaration, il était dit qu'il avait déclaré ne savoir écrire : mais depuis il signa ses conclusions et ses moyens de faux. Sa déclaration fut attaquée comme irrégulière, suivant la loi du 9 floréal an 7, qui porte, art. 12, que cette déclaration doit, sous peine de déchéance, être reçue et signée par le juge et par le

(1) Rapporté par Denevers, an 1807, p. 189 du supplément, et par Sirey, an 1808, 1re part., p. 47.

greffier, dans le cas où le déclarant ne saurait *écrire* ni *signer*. La cour criminelle déclara l'inscription régulière; mais l'arrêt fut annulé, par le motif, dit la cour de cassation, « que » de ce que quelqu'un ne sait pas écrire, il » ne s'ensuit pas qu'il ne sache pas signer, » et que Bouveret *savait signer*. »

La cour de Douai a appliqué cette doctrine aux testamens. Celui du sieur Wallez était ainsi terminé : « Et a ledit testateur déclaré » ne savoir *écrire*, de ce sommé. » La cour de Douai annula cet acte, par arrêt du 9 novembre 1809, (1) sur le motif, entre autres, que les mots *écrire* et *signer* n'expriment pas les mêmes idées; et que si la déclaration de savoir écrire contient nécessairement celle de signer, il n'en est pas ainsi de la déclaration contraire.

Il était pourtant évident que, dans cet acte, la déclaration de ne savoir *écrire* était, dans l'esprit du testateur et du notaire, synonime de ne savoir signer, et ne pouvait signifier autre chose, puisqu'elle était la réponse à la sommation du notaire, qui ne pouvait avoir fait au testateur d'autre interpellation que celle de *signer* et non celle *d'écrire* le testament; puisque le testament par acte notarié ne peut être écrit par le testateur.

(1) Rapporté par Denevers, an 1810, p. 11 du supplément.

Aussi la cour de Liège, dans un arrêt du 24 novembre 1806, (1) rejetta la subtilité adoptée par celle de Douai, en confirmant un testament ainsi terminé : « Ayant interpellé » les témoins, ainsi que la testatrice, s'ils » savaient *écrire*, la testatrice a déclaré ne » le savoir *faire*, et les témoins savoir *signer*. » Il était évident qu'en demandant à la testatrice et aux témoins s'ils savaient *écrire*, le notaire n'entendait pas autre chose que savoir *signer*, et les témoins ne s'y méprirent point.

La cour de Bruxelles a rejetté la même subtilité dans un arrêt du 15 mars 1810, (2) en confirmant un testament dans lequel il était dit qu'interpellé de *signer*, le testateur avait déclaré ne savoir *écrire*, par le motif que la déclaration de ne savoir écrire est nécessairement corrélative à l'interpellation de signer, que le notaire avait faite au testateur.

On a essayé de concilier cet arrêt avec celui de la cour de Douai, en disant que, dans l'espèce de ce dernier, le testateur qui avait déclaré ne savoir *écrire*, de ce *sommé*, aurait pu, quoique cela soit, dit-on, peu vraisemblable, répondre autrement, si le

(1) Rapporté dans la jurisprudence du Code civil, t. 8, p. 60.

(2) Rapporté par Denevers, an 1810, p. 102 du sup., et par Sirey, an 1810, 2e part., p. 258.

notaire lui avait demandé s'il savait *signer*, comme porte l'art. 973.

Il nous paraît étrange de fonder les arrêts de Thémis sur des possibilités imaginaires. Un testament portait que la testatrice n'a pu *signer* à cause d'une faiblesse de sa main, de ce faire par le notaire interpellée. Il fut annulé par arrêt de la cour de Limoges, (1) du 17 juillet 1808, parce qu'il ne résultait pas nécessairement des expressions de l'acte que c'était la testatrice qui avait déclaré ne savoir signer, et *qu'il était possible*, dit le considérant, que le notaire eût jugé lui-même de l'impossibilité de signer de la testatrice; qu'ainsi le vœu de l'art. 973 n'était pas rempli.

Du tems de Ricard, (2) on critiqua un testament qui portait que le testateur avait déclaré ne pouvoir, quant à présent, signer à cause de sa maladie. L'acte fut annulé en première instance, parce qu'il ne contenait pas la mention alors nécessaire de la *réquisition* du notaire. Mais le jugement fut réformé par le sage motif que la réponse du testateur supposait, par nécessité, l'interpellation précédente du notaire.

(1) Rapporté par Sirey, an 1808, 2e part., p. 218.

(2) V. le traité des donations, part. I, n. 1526.

Le bon sens et la raison applaudissent à de pareilles décisions. Comment, dans l'espèce de l'arrêt de Limoges, le notaire aurait-il pu juger de la faiblesse de la main de la testatrice, si elle ne s'en était pas expliquée? Mais supposons que cela fût possible, de pareilles possibilités suffisent-elles pour motiver des jugemens qui ne doivent être fondés que sur la raison et le bon sens? Y a-t-il donc une logique particulière pour la jurisprudence? Comment ne s'aperçoit-on pas que de subtilités en subtilités, de possibilités en possibilités, on ne fait plus des formalités établies uniquement pour garantir le testateur des surprises, que des pièges tendus à sa bonne foi et à sa simplicité? *Non sunt pejores laquei quam laquei legum.* Bacon, de justitiâ universali, aph. 53.

Il est certain que les cours de Douai, de Limoges, de Liège et de Bruxelles, ont jugé la même question de deux manières différentes. Laquelle prévaudra? Celle des cours de Bruxelles et de Liège nous paraît plus conforme au bon sens et la raison; mais pour peu que la lettre de la loi s'y prête, les cours s'attachent si facilement aux subtilités qui tendent à faire annuler les testamens, qu'il est impossible de prévoir comment la

jurisprudence se fixera définitivement, ni où les subtilités pourront s'arrêter. Les testamens rapportés par des notaires sont devenus exposés à des critiques si multipliées et si subtiles, leur sort est tellement incertain, qu'il est toujours prudent de les corroborer par un testament olographe, lorsque la chose est possible : c'est le conseil que manquent rarement de donner les avocats les plus instruits.

439. S'il était prouvé que le testateur, qui a déclaré ne savoir signer, le savait faire, et signait habituellement avant et depuis cette déclaration, le testament serait nul, suivant l'art. 973 du Code, qui veut, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 1001, que le testament soit signé par le testateur s'il sait signer. La question se réduit donc au point de savoir si la fausse déclaration du testateur peut couvrir cette nullité. Or, déclarer dans un acte qu'on ne sait pas signer, lorsqu'on le sait faire, c'est, en d'autres termes, déclarer qu'on ne veut pas signer : celui qui dit qu'il ne sait pas signer fait un acte faux et nul. Il est à présumer qu'il a disposé contre son gré, ou plutôt qu'il n'a pas voulu disposer, puisqu'il ne donne point à son acte ce témoignage nécessaire de sa volonté qu'il pouvait lui

donner. Il ne lui imprime point ce sceau de vérité et de liberté qui était entre ses mains, et qui consiste principalement dans la signature de celui qui sait signer : c'est ainsi qu'on l'a constamment jugé sous l'ancienne et sous la nouvelle jurisprudence. (1)

440. Il en serait autrement s'il était prouvé qu'au tems où le testament fut fait, le testateur avait perdu l'habitude de signer; le testament serait alors valide. (2)

441. Il en serait autrement encore des actes synallagmatiques. La partie qui aurait fait une fausse déclaration de ne savoir signer ne pourrait ensuite s'en prévaloir pour se jouer de la bonne foi de l'autre partie, en refusant d'exécuter des obligations authentiquement consenties, comme l'a décidé la cour de cassation, au sujet d'une donation mutuelle entre époux, par arrêt du 30 messidor an 11. (3)

442. La signature doit être celle du nom de famille, qui est le véritable nom du testateur, sauf à y ajouter le surnom. V. ce

[1] V. Merlin, question de droit, 1re édit., v° *signature*, t. 8, p. 369, où il cite jusqu'à sept arrêts qui l'ont ainsi jugé. V. encore l'arrêt de la cour de Grenoble, du 25 juillet 1810; Sirey, an 1811, 2e part., p. 360 et 377.

[2] Merlin, *ubi sup.*, p. 364.

[3] Merlin, *ibid.*, pag. 371.

que nous avons dit au sujet de la signature des testamens olographes.

443. On a souvent, sous l'ancienne jurisprudence, attaqué des testamens, parce que la signature du testateur était mal formée, presqu'illisible et mal ortographiée. Ces attaques ont toujours été sans succès. (1) Il est vrai que, dans les cas des signatures illisibles, les notaires avaient eu la précaution, peut-être nécessaire, d'ajouter que le testateur ayant pris la plume pour signer, n'avait pu former d'autre signature que celle ci-dessus, à cause de sa faiblesse ou de l'agitation de sa main, toujours en présence des témoins qui doivent signer cette addition, de laquelle il doit être fait lecture au testateur en présence des témoins.

444. Après la rédaction du testament achevée, (2) après la mention de la lecture faite au testateur et de sa signature, suivant la formule ordinaire, et a signé avec nousdits notaire et témoins, si le testateur venait à expirer avant d'avoir signé ou même achevé sa signature, comme on en a des exemples, le testament serait nul, malgré le procès-verbal

(1) Merlin, nouveau répertoire, v° *signature*, p.

(2) Merlin, *ibid.*, p.

dressé par les notaires pour constater l'événement et pour assurer qu'il a persévéré jusqu'à sa mort ; c'est sa signature qui donne la perfection au testament.

Mais lorsqu'il a été dit que le testateur a déclaré ne pouvoir ou ne savoir signer, et pourquoi il n'a pu le faire, si le testateur mourait immédiatement après que les témoins et les notaires ont signé, le testament serait valide.

445. Nous avons déjà dit que les notaires et les témoins doivent signer le testament, et qu'il faut faire mention de leur signature. L'art. 974 ajoute néanmoins que, *dans les campagnes*, il suffit qu'un des témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire. Si l'un des témoins qui ne sait pas signer, ou qui signe difficilement, se laissait conduire la main, non seulement la signature serait nulle, mais le notaire serait poursuivi criminellement comme faussaire. V. les questions de droit de M. Merlin, v° *témoin*, §. 2.

Il est nécessaire de faire nominativement mention de ceux qui n'ont pas signé, et la prudence exige de faire aussi mention qu'ils

ont déclaré ne le savoir ou ne le pouvoir faire, et d'ajouter la cause qui les empêche de signer. (1)

Mais que faut-il entendre par *les campagnes* dans le texte de l'art. 974? L'ordonnance de 1735, art. 45, exigeait la signature de tous les témoins dans *les villes et bourgs* fermés. Le Code a rejetté ces expressions, sans doute parce que la plupart des villes de l'intérieur n'ont plus de clôtures. Mais on ne peut guère douter que le même esprit ait dirigé la rédaction du Code, et que tout ce qui n'est pas ville ou bourg doit être considéré comme campagne. Un village ou un hameau dépendant, mais éloigné d'une ville, est considéré comme campagne, parce qu'il serait souvent difficile d'y trouver plusieurs personnes qui sachent signer. Il ne suffirait pas qu'une commune eût une administration municipale pour l'empêcher d'être considérée comme campagne. Un arrêt de la cour de Turin, du 23 mai 1810, a jugé qu'une commune de trois cents habitans, où il y avait une municipalité, pouvait, en ce qui regarde la nécessité de la signature des témoins testamentaires, être regardée comme campagne. Il est vrai

(1) V. Malleville, sur l'art. 974.

que sa population n'était pas réunie, mais divisée en cinq hameaux différens. (1)

Les tribunaux ne devraient pas, se rendre trop rigoureux sur ce point, puisqu'au moyen de la signature de deux témoins sur quatre, le testament se trouve encore avoir pour témoins signataires le même nombre qu'exige la loi pour les contrats, et que, dans les pays coutumiers où les testamens étaient si peu favorisés, la signature de deux témoins avait toujours été suffisante pour assurer la vérité d'un testament.

446. En comparant les formalités compliquées et minutieuses que nous venons d'expliquer, avec les formes simples des contrats, on demande naturellement pourquoi les lois ont exigé des formalités plus multipliées pour les testamens? Il n'est pas difficile, dit un grand magistrat, (2) de concevoir la différence qui produit cette distinction.

« Il est essentiel à la société des hommes » qu'il y ait des contrats ; il n'est pas néces- » saire qu'il y ait des testamens. Jamais un » état, une république, une ville n'a subsisté » sans le secours d'aucun engagement. Il y » a plusieurs états, plusieurs républiques,

(1) V. le recueil de Sirey, an 1811, p. 53.

(2) D'Aguesseau, t. 3, p. 386.

» plusieurs villes, qui *ont refusé* pendant long-
» tems à leurs citoyens *l'autorité* de faire des
» testamens. (1) Les fondemens de la société
» civile, du commerce, du gouvernement
» seraient ébranlés, si l'on rendait les enga-
» gemens difficiles à contracter; au contraire,
» la société, le commerce, le gouvernement
» des états subsisteraient sans testamens.

» La faculté de s'engager est conforme au
» droit naturel, au droit des gens, au droit
» civil. La faculté de tester est une invention
» du droit des gens, autorisée par le droit
» civil; mais cette invention paraît *contraire*
» *au droit naturel*, qui, par la mort, dé-
» pouille les hommes de tous les droits qu'ils
» avaient sur leurs biens. Le contrat est tou-
» jours favorable; le testament est souvent
» odieux. »

Ce n'est qu'une libéralité imparfaite, sou-vent dictée par l'égoïsme. Le testateur se préfère au donataire; il donne ce qu'il ne peut plus retenir; il dispose pour le tems où

[1] Les anciens germains, suivant Tacite, n'avaient point l'usage des testamens. « *Apud quos hæredes successoresque sui unicuique* » *liberi*, et nullum testamentum. » *De morib. german.*, cap. 20. Les hébreux et beaucoup d'autres peuples ignoraient l'usage des testamens. V. la note d'Heineccius dans le commentaire de Vinnius, in instit. de testam. ordin., Liv. 2, tit. 10. V. encore les élémens du droit germanique du même auteur, Lib. 2, tit. 6, §. 141 et seq, et sa dissertation *de testamenti factione germanicâ.*

il n'existera plus. Il ne se dépouille de rien ; il ne dépouille que ses héritiers légitimes.

Les formes requises pour les contrats n'ont d'autre but que d'assurer la preuve de leur existence. Les formalités des testamens tendent de plus, non seulement à garantir le testateur des surprises auxquelles il est plus exposé que ceux qui contractent en pleine santé ou dans la vigueur de l'âge, mais encore à ménager les droits de ses héritiers.

447. Voilà ce qu'on peut dire de plus raisonnable pour défendre les dispositions qui ont soumis la faculté de tester à des formalités si minutieuses et si multipliées ; mais, dans la vérité, plusieurs de ces formalités nous sont venues du droit romain, où elles avaient été introduites par des motifs tout-à-fait étrangers à nos usages ; par exemple, la nécessité d'un nombre de témoins plus grand dans les testamens que dans les contrats, remontait à Rome à une antiquité fort reculée : elle venait de l'ancienne formule des testamens *per æs et libram*, où les cinq témoins appelés pour témoins représentaient les cinq classes du peuple romain, (1) sans l'autorité duquel on ne pouvait faire de testament : il fallait sept

[1] Montesquieu, esprit des lois, Liv. 27, ch. unique, et les antiquités d'Heineccius, Lib. 1, tit. 12, n. 7.

témoins, en y comprenant celui qui tenait la balance, *libripens*, et celui qu'on nommait *antestatus*, qui prenait soin de convoquer et d'interpeller les témoins.

Cette formalité des sept témoins passa en France dans les pays de droit écrit, où l'on suivait le droit romain ; mais dans les coutumes, malgré leur aversion pour les testamens, on n'exigeait pas, pour les dispositions de dernière volonté, un nombre de témoins plus grand que pour les contrats.

Cette différence continua d'exister sous l'empire de l'ordonnance de 1735, qui exigea sept témoins dans les pays de droit écrit, art. 5, et deux notaires seulement ou un notaire avec deux témoins dans les pays de coutume. Art. 23.

La commission chargée de la rédaction d'un projet de Code proposa avec raison, à ce qu'il nous semble, de réduire le nombre des témoins à deux, comme dans les actes ordinaires ; mais la cour d'appel de Bordeaux proposa (1) d'établir que les testamens seraient reçus par deux notaires présens et assistés de deux témoins, ou par un notaire assisté de quatre témoins. Cette proposition fut adoptée, et elle

[1] V. la conférence des observations des tribunaux d'appel, t. 3, p. 403.

a été consacrée par l'art. 971, sans qu'on puisse donner aucune raison précise de cette disposition.

448 Les autres solemnités des testamens, qui consistent dans la mention expresse de certaines formalités, nous sont venues des coutumes, des ordonnances, de la jurisprudence des arrêts.

Le docte et judicieux Ricard doute, avec plusieurs bons esprits, que ces formes minutieuses, toujours requises sous peine de nullité, soient des moyens propres à remplir le but qu'on s'est proposé; c'est-à-dire, à garantir le testateur des surprises, à écarter le soupçon, et à donner à ses dispositions le caractère d'une volonté réfléchie. Ils prétendent que dans l'usage ces formalités, qui ne consistent que dans des mots, ne sont qu'un piège pour les personnes de bonne foi, d'autant qu'elles dépendent uniquement, non de la volonté du testateur, mais du notaire, qui manquant par oubli, par ignorance, ou même par connivence et par mauvaise foi, d'insérer dans le testament un mot exigé par la loi, ou se servant d'un autre qui a une signification un peu différente, est cause que les dispositions d'un testateur, les plus constantes, les

plus réfléchies, souvent même les plus raisonnables et les plus justes, demeurent nulles et sans effet; tandis que l'adroit hérédipète, qui veut supposer un testament ou surprendre le testateur, ne manque jamais de faire observer scrupuleusement les formes qui ne dépendent que du notaire appelé pour recevoir le testament. (1)

ARTICLE V.

Des formalités prescrites par la loi sur le notariat.

SOMMAIRE.

449. *Cette loi est applicable aux testamens par acte public.*

450 *Enonciation du nom et du lieu de la résidence du notaire.*

451. *Enonciation des noms et demeures des témoins, du lieu, de l'année et du jour où l'acte est passé.*

452. *L'énonciation de la demeure du testateur n'est pas requise sous peine de nullité.*

453. *Il ne suffit pas d'énoncer la ville ou la commune, il faut énoncer la maison où l'acte est passé; mais il n'est pas nécessaire d'énoncer s'il l'a été avant ou après midi.*

[1] Ricard, des testamens, part. 1, n. 499 et 500.

449. Outre les formalités prescrites par le Code pour la rédaction des testamens par acte public, la loi du 25 ventôse an 11, concernant l'organisation du notariat, en prescrit d'autres qui sont communes à tous les actes reçus par des notaires, et que l'on a omises dans le Code; omission qui avait fait croire à quelques cours que cette loi n'était point applicable aux testamens. C'était une erreur qui a été proscrite par l'arrêt de la cour de cassation, du 1er octobre 1810, dont nous avons parlé sup., n. 381.

450. L'art. 12 de cette loi porte que tous les actes doivent énoncer le nom et le lieu de résidence du notaire qui les reçoit, à peine de 100 fr. d'amende contre le notaire contrevenant.

451. Il ajoute que les actes doivent également énoncer les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous peine de nullité et de faux, si le cas y échoit.

452. On peut s'étonner que cette loi exige, sous peine de nullité, l'énonciation de la demeure des témoins, et qu'elle n'exige point, sous la même peine, l'énonciation de la demeure des parties contractantes et du testateur. L'art.

11 porte seulement que le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus des notaires, ou leur être attestés par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires; mais cet article n'est point au nombre de ceux d'ont l'inobservation emporte la peine de nullité, suivant l'art. 68.

L'ordonnance de 1539, art. 67, enjoignait aux notaires de mettre dans leurs actes les lieux de demeurance des contractans, et l'ordonnance de Blois, art. 167, leur enjoignait également de déclarer dans leurs contrats et testamens la qualité, demeurance et paroisse des parties. Mais ni l'une ni l'autre de ces lois n'avait attaché la peine de nullité à l'infraction de cette disposition; celle de 1539 prononçait seulement, contre les notaires contrevenans, la privation de leurs offices, et d'une amende arbitraire. Ni la loi du 25 ventôse an 11 ni le Code, n'ont répété cette peine contre le notaire, ni prononcé la peine de nullité contre l'omission de déclaration de la demeure des parties, et les peines ne se suppléent point.

453. Quant au tems et au lieu où les actes sont passés, l'ordonnance de Blois, art. 167, enjoignait au notaire de déclarer « *la maison* où les contrats seront passés, et pareillement

le tems, *avant* ou *après midi*, qu'ils auront été faits. »

Il n'est plus nécessaire d'exprimer si les actes ont été faits *avant* ou *après midi ;* aucune des lois nouvelles ne l'exige : on voit même qu'elles attachent moins d'importance qu'autrefois à cette distinction, puisqu'elles veulent que tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, 2247.

Quant à la maison où l'acte est passé, il est encore aujourd'hui nécessaire de l'indiquer, et ce sous peine de nullité ; car il n'est guère possible de penser qu'en ordonnant d'énoncer *le lieu* où les actes sont passés, la loi sur le notariat ait entendu qu'il suffisait d'énoncer la ville, dont la population peut être immense, ou la commune, qui souvent a plusieurs lieues d'étendue.

ARTICLE VI.

Langue dans laquelle l'acte doit être rédigé.

SOMMAIRE.

454. *Ancien usage d'écrire les actes publics en latin, aboli en 1539 ; ils doivent être rédigés en français.*

455. *La loi du* 2 *thermidor an* 2 *ajouta la peine de prison contre les contrevenans, et étendit ses dispositions aux actes sous seing privé; mais son exécution fut suspendue.*

456. *Dispositions de l'arrêté du gouvernement du* 24 *prairial an* 11, *à cet égard.*

457. *Réponse du grand-juge aux notaires de Bruxelles, qui crurent impossible de les accorder avec l'art.* 972 *du Code.*

458. *Arrêt de la cour de cassation, conforme aux principes établis dans cette lettre.*

459. *Aucune loi ne prononce la nullité des actes publics rédigés dans une autre langue.*

460. *A plus forte raison le testament olographe, écrit dans la langue du testateur, est valide.*

454. Il a été long-tems d'usage en France d'y rédiger en latin les actes concernant les dernières volontés et les conventions des particuliers, ainsi que tous les actes de procédure. La difficulté d'entendre cette langue et de l'interpréter, occasionnait beaucoup de procès. Ce fut pour obvier à cet inconvénient que l'ordonnance de 1539, art. 10 et 11, ordonna que dorénavant « tous arrêts, ensemble toutes autres procédures, enquêtes, *contrats*, commissions, sentences, *testamens* et autres quelconques, actes et exploits de justice, ou qui en dépendent, fussent prononcés, enregistrés et

délivrés aux parties en langage *maternel* français, et non autrement. » La loi dit en langage *maternel* français, pour exprimer que les actes ne doivent pas être rédigés dans l'idiome particulier à quelques provinces.

Cette sage disposition fut répétée dans plusieurs de nos anciennes lois, dont on peut voir la série dans le nouveau répertoire de M. Merlin, au mot *langue française.*

455. Un décret de la convention nationale, du 2 thermidor an 2, répéta les dispositions de ces lois, et voulut de plus, art. 2, qu'après le mois qui suivrait sa publication, il ne pût être enregistré aucun acte, *même sous seing privé*, s'il n'est écrit en langue française. Les art. 3 et 4 prononcèrent non la nullité des actes, mais la peine de six mois de prison contre les fonctionnaires ou officiers publics, etc., qui dresseraient, écriraient, souscriraient ou enregistreraient des actes quelconques conçus en idiomes ou langues autres que la française.

Mais l'exécution de cette loi, qui excita beaucoup de réclamations, fut suspendue par une autre loi du 16 fructidor de la même année, jusqu'à ce qu'il eût été fait un nouveau rapport sur cette matière.

456. Ce nouveau rapport n'ayant point été fait, le sursis à l'exécution avait le même effet

qu'une abrogation formelle. Le gouvernement fit cesser les inconvéniens qui pouvaient en résulter, par un arrêté du 24 prairial an 11, qui ordonna, art. 1^er^, que dans un an, à compter de la publication du présent arrêté, les actes publics, dans les départemens de la ci-devant Belgique et autres réunis à la France, où s'était maintenu l'usage de dresser lesdits actes dans la langue de ces pays, seraient tous écrits en langue française.

L'art. 2 permet néanmoins aux officiers publics de ces pays d'écrire à mi-marge de la minute française la traduction en idiome du pays, lorsqu'ils en seront requis par les parties.

L'art. 3 porte que les actes sous seing privé pourront, dans ces départemens, être écrits dans l'idiome du pays, à la charge par les parties qui présenteront des actes de cette espèce à la formalité de l'enregistrement, d'y joindre à leurs frais une traduction française desdits actes, certifiée par un traducteur juré.

Le délai d'un an accordé par l'art. 1^er^ de cet arrêté a été, à l'égard de certains pays, prorogé ou modifié par différens décrets indiqués dans le nouveau répertoire, v° *langue française.*

457. Les notaires de Bruxelles crurent qu'il était impossible d'accorder cet arrêté avec l'exécution littérale de l'art. 972 du Code, qui veut que le testament soit écrit par le notaire, *tel qu'il a été dicté* par le testateur. Ils fondèrent sur ce motif une demande en rapport de l'arrêté du 24 prairial an 11; mais elle fut rejettée, et le grand-juge leur répondit, le 4 thermidor an 12, que « la loi ne met » aucun obstacle à l'exécution de cet arrêté, » lorsqu'elle dit, art. 972, que le testateur » dictera son testament, elle ne dit point que » ce sera en français. On ne peut forcer quel- » qu'un de parler une langue qu'il ne sait » point; le notaire est seulement tenu de rédi- » ger le testament en langue française. Rien » n'empêche qu'il n'en fasse une traduction » en flamand à mi-marge; l'arrêté même » du 24 prairial l'y autorise, art. 2, mais cette » traduction n'aura pas l'autorité de la rédac- » tion française. » Cette lettre est rapportée dans le nouveau répertoire, v° *langue française.*

458. La cour de cassation a suivi ces principes dans un arrêt du 4 mai 1807, rapporté au même endroit, en rejettant le pourvoi contre un arrêt de la cour de Liège, qui avait confirmé le testament de Marie-Josephine Scheins, dicté en allemand et écrit en français par le

notaire, qui en avait verbalement traduit les dispositions en allemand, pour en donner lecture à la testatrice.

Ces principes peuvent trouver leur application dans notre bonne Basse-Bretagne.

459. Avant de terminer cet article, il faut observer que l'exécution de la loi du 2 thermidor an 2 ayant été suspendue indéfiniment, sans que jamais elle ait été remise en vigueur, il n'existe ni peine contre les notaires qui contreviendraient aux dispositions de l'arrêté du 24 prairial an 11, ni nullité prononcée contre les actes publics ou testamens rédigés en une autre langue qu'en français; car ni les nullités ni les peines ne peuvent se suppléer.

460. S'il n'y a pas de nullité prononcée contre les testamens publics rédigés dans une autre langue que la française, il ne peut, à plus forte raison, y avoir aucun doute que les testamens olographes peuvent être, par le testateur, rédigés dans la langue qui lui est la plus familière.

§. III.

Du testament mystique ou secret.

SOMMAIRE.

461. *Définition du testament mystique ou secret.*
462. *Sa comparaison avec le testament olographe, ses formalités.*
463. *Il faut la double formalité de la clôture, et d'un sceau avec empreinte.*
464. *L'acte de suscription et le testament sont deux actes différens.*
465. *Les légataires et leurs parens peuvent être témoins dans l'acte de suscription.*
466. *Ils peuvent servir de scribes au testateur et écrire le testament.*
467. *Le notaire gratifié dans le testament peut recevoir l'acte de suscription.*
468. *L'acte de suscription doit être revêtu de toutes les formalités des actes notariés.*
469. *Le testament serait nul, comme mystique, s'il n'était ni clos ni cacheté.*
470. *Il n'est pas nul, si le testateur en donne lecture; le secret n'est établi qu'en sa faveur.*
471. *Ce que doit contenir l'acte de suscription.*
472. *La mention formelle de la présentation par le testateur n'est pas indispensable.*
473. *Il faut un témoin de plus, si le testateur déclare qu'il n'a pas signé le testament.*
474. Quid *s'il a signé le testament, et qu'il ne puisse signer l'acte de suscription?*

475. *Il n'est pas nécessaire que le testament mystique soit daté.*

476. *Comment celui qui ne peut parler peut faire un testament mystique.*

477. *Les muets peuvent faire un testament olographe.*

478. *Ceux qui ne savent ou ne peuvent pas lire, ne peuvent faire un testament mystique.*

479. *Peut-on prouver par témoins que le testateur ne savait ou ne pouvait lire?*

480. *La nullité de la suscription n'annule pas le testament, s'il peut valoir comme olographe.*

481. *Le notaire doit écrire l'acte de suscription; il n'est pas nécessaire de faire mention que c'est lui qui l'a écrit.*

482. Quid *de la mention de la lecture de l'acte de suscription?*

483. *S'il suffit que la moitié des témoins signent l'acte de suscription dans les campagnes.*

484. *Il faut faire mention des signatures.*

485. *Toutes les opérations du testament doivent être faites sans divertir à d'autres actes.*

461. Le testament mystique ou secret est celui que le testateur qui sait lire, écrit ou fait écrire par une autre personne, et présente ensuite clos et cacheté à un notaire et à six témoins au moins, ou qu'il fait clorre et cacheter en leur présence, afin qu'ils attestent la déclaration qu'il leur fait que ses dernières volontés sont contenues dans l'acte qu'il leur présente.

462. Le testament olographe est aussi secret, quand le testateur le veut, puisqu'il peut le garder sans en donner connaissance à personne, ou le déposer cacheté, soit chez un ami, soit chez un notaire. Ce dépôt n'a besoin d'aucune solemnité; il suffit que le testament se retrouve à la mort du testateur entièrement écrit, daté et signé de sa main.

Mais le testament mystique peut être entièrement écrit par une main étrangère; il peut même n'être pas signé. Ce qui assure que cet acte contient la volonté du testateur est, 1° la déclaration qu'il fait au notaire, en présence des témoins, que le contenu dans le papier qu'il présente est son testament écrit et signé de lui, s'il l'a écrit et signé, ou écrit par un autre et signé de lui, ou enfin écrit par un autre et non signé de lui.

Si le testateur a signé le testament, six témoins suffisent; il en faut sept s'il ne l'a pas signé, et il doit être fait mention dans l'acte de suscription de la cause pour laquelle ce témoin a été appelé;

2° L'acte de déclaration que le notaire écrit sur le papier du testament ou sur le papier servant d'enveloppe, et qu'on appelle par cette raison acte de suscription;

3° La clôture du testament que le testateur

doit présenter clos et scellé, c'est-à-dire cacheté, ou qui doit être clos et cacheté en présence du notaire et des témoins, de manière qu'on ne puisse, sans briser l'enveloppe ou rompre le cachet, retirer le testament pour lui en substituer un autre.

463. Le Code laisse à la prudence du testateur la manière de clorre et de sceller son testament. (1) Mais il faut bien remarquer que l'art. 976 exige la double formalité de la clôture et du scel : le vœu de la loi ne serait donc plus rempli, et le testament serait nul, s'il était seulement clos et scellé sans aucune *empreinte* de sceau ou de cachet. Ainsi l'a jugé la cour de Douai, dont l'arrêt fut confirmé par la cour de cassation, qui rejetta le pourvoi le 7 août 1810. (2)

464. Pour mieux entendre les formalités du testament mystique, qui sont détaillées dans les art. 976, 977, 978 et 979, il faut les comparer à celles du testament par acte public. Remarquons d'abord que l'acte de suscription et le testament sont deux actes différens. Le premier est un acte public reçu par le notaire

[1] Sur la manière de clorre et sceller les testamens mystiques, voyez Furgole, des testamens, ch. 2, sect. 3.

[2] V. Deneyers, an 1810, p. 377; Sirey, an 1810, p. 353.

en présence des témoins ; le second est un acte secret dont les dispositions sont ignorées ou censées l'être du notaire et des témoins. Ils ne sont point témoins du testament, mais de la présentation du testament, et de la déclaration faite par le testateur que le papier qu'il présente contient son testament ; en un mot, de l'acte de suscription (1) qui est reçu et écrit par le notaire, mais qui ne contient aucune disposition.

465. De là plusieurs différences entre les formalités des testamens par acte public et celles des testamens mystiques : par exemple, l'art. 975 n'a prononcé contre les légataires ou héritiers institués et leurs parens la prohibition d'être témoins, que dans les testamens par acte public. (2) Ainsi l'acte de suscription n'en est pas moins valide, quoique le testament contienne des dons en faveur des témoins et même en faveur du notaire, qui ignorent ou qui sont censés ignorer ce que contient le testament.

[1] C'est ce que dit l'art. 977. Si le testateur n'a pu signer le testament, il sera appelé *à l'acte de suscription* un témoin de plus.

[2] L'ordonnance de 1735, art. 23, défendait aux héritiers institués ou substitués d'être témoins dans les actes de suscription des testamens mystiques, et elle le permettait aux légataires ; cette distinction est rejettée par le Code. V. Malleville sur l'art. 975 ; Grenier, t. 1, p. 481.

466. Les légataires, à quelque titre et sous quelque dénomination qu'ils le soient, peuvent servir de scribes au testateur, qui fait écrire son testament par une main étrangère : aucune loi ne le leur défend. Le Code exige que le testateur sache lire pour faire un testament mystique, afin qu'il puisse s'assurer qu'il a été écrit tel qu'il l'a dicté. Le testateur est présumé l'avoir lu après qu'il a été écrit ; il l'adopte en le présentant au notaire et aux témoins. Le testament devient alors l'ouvrage propre de sa volonté, de la même manière que s'il l'avait écrit lui-même.

467. Mais on demande si le notaire, après avoir écrit comme personne privée un testament qui contient des dispositions en sa faveur, peut recevoir l'acte de suscription, et si les légataires qui auraient écrit le testament peuvent être témoins du même acte de suscription ? Aucune loi ne le défend ; et suivant le principe que la loi valide ce qu'elle n'annule pas, (1) cette circonstance ne peut suffire pour

(1) Loi du 22 ventôse an 2, réponse à la 55e question. Le principe a été confirmé par la cour de cassation, dans un arrêt du 8 avril 1806, qui considéra comme valide un testament non seulement écrit, mais encore signé par le notaire rapporteur de l'acte de suscription, et cela par la considération que nulle loi ne défend aux notaires d'écrire et de signer les testamens mystiques. V. le nouveau répertoire, v° *testament*, p. 723.

faire annuler un testament; car on ne peut suppléer des nullités que la loi ne prononce pas. Il est même très-possible que les légataires ou le notaire qui ont écrit un testament, ignorent ce que contient celui qui leur est présenté ; car le testateur peut en avoir substitué un autre à celui qu'il leur avait dicté.

468. Au reste, l'acte de suscription devant être reçu par un notaire, doit être revêtu de toutes les formalités requises par la loi sur le notariat, du 25 ventôse an 11 ; et par conséquent les clercs ni les serviteurs des notaires n'y peuvent être témoins.

469. Si le testament n'était ni clos ni cacheté, mais seulement plié, il semble qu'il devrait être déclaré nul, (1) quoique l'acte de suscription fût écrit sur le repli du même papier, de manière qu'il fût impossible de changer le testament. L'art. 1001 veut que les formalités auxquelles les divers testamens sont assujettis, soient observées sous peine de nullité. Or, la clôture du testament est une des formalités prescrites par l'art. 976, et cette formalité est fondée en raison. Si le testament

[1] Furgole est d'une opinion contraire, et il se fonde sur la loi 21, cod. de testam.; mais c'est dans les dispositions du Code qu'il faut puiser la décision. V. Grenier, t. 1, p. 476.

est écrit d'une main étrangère, la clôture est nécessaire pour qu'on n'y fasse pas des changemens ou des additions : mais s'il était entièrement écrit, signé et daté par le testateur, il serait valide comme testament olographe. V. ci-après, n. 480.

470. Si le testateur donnait connaissance au notaire et aux témoins de la teneur du testament, si même il en était donné lecture, ce ne serait pas un motif pour le critiquer. La loi dispense le testateur de faire connaître ses dispositions, mais elle ne le lui défend pas : c'est en sa faveur que le secret est établi. (1)

471. L'acte de suscription doit faire mention non seulement de la présentation du testament faite par le testateur au notaire et aux témoins, mais encore de sa déclaration que le papier qu'il présente contient son testament, et qu'il l'a écrit et signé, ou qu'il est écrit par un autre, et qu'il l'a signé ou ne l'a pas signé. La mention de cette déclaration est requise sous la peine de la nullité prononcée par l'art. 1001. Le fait de la signature du testament par le testateur n'est pas suffisant ; il faut encore qu'il déclare avoir

(1) V. Merlin, dans le nouveau répertoire, v° *testament*, p. 718, et les notes de Bannelier sur les *traités de droit français* de Davot, t. 5, p. 55 et 56.

signé. La preuve de cette déclaration ne peut résulter que de l'acte de suscription, et le silence de cet acte sur ce point important suffit pour annuler le testament, (1) à moins qu'il ne pût valoir comme testament olographe.

472. Quant à la mention que le testament a été présenté ou remis, car l'expression est indifférente, (2) par le testateur au notaire et aux témoins, il n'est pas nécessaire qu'elle soit spécialement exprimée; il suffit qu'elle résulte des faits constatés par l'acte de suscription, ainsi que l'a décidé la cour de cassation, dans un arrêt du 8 avril 1806, (3) à l'occasion d'un testament mystique, dont l'acte de suscription portait que le testateur avait déclaré que ce qui est contenu *dans la présente feuille servant d'enveloppe, est son testament clos.* Il n'était point dit par qui la

(1) Ainsi jugé par la cour de Turin, le 1er février 1806. V. le recueil de Sirey, an 1806, p. 99 et 100.

[2] Comme l'a pensé la cour de cassation, dans un arrêt du 7 avril 1807. Les considérans portent que le vœu de la loi est rempli, lorsqu'il est dit dans l'acte de suscription que le testateur a *remis*, au lieu de *présenté*, son testament au notaire *en présence* des témoins, au lieu de au notaire *et aux témoins*, comme dit l'art. 976. V. le nouv. répert., v° *testament*, p. 711 et 713.

[3] V. le nouv. répert., *ubi sup.*, p. 723. La requête en cassation avait été admise sur les conclusions de M. Merlin: elle fut rejettée par la section civile, sur les conclusions de M. Daniels.

feuille avait été présentée ; mais il était dit que le testateur l'avait *cachetée en trois endroits du cachet de ses armes, sur cire rouge flamboyante.* Ce testament fut attaqué, parce qu'il n'était pas dit formellement que c'était le testateur qui eût présenté le testament au notaire, et qu'il *était possible* qu'il eût été remis par une autre personne. Mais la cour suprême considéra que le testateur ayant cacheté son testament en présence du notaire et des témoins, il en résultait que cet acte avait passé directement du testateur au notaire, et par conséquent qu'il avait été présenté par le testateur lui-même, comme l'exige l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, d'où a été tiré l'art. 976 du Code.

Mais il faut qu'il résulte clairement de l'acte de suscription que la présentation a eu lieu. Un acte de suscription portait : « Aujourd'hui... » devant... notaire soussigné, et en présence » des six témoins ci-après dénommés, est » comparue demoiselle..., laquelle a déclaré » que, sous cette enveloppe, se trouvait son » testament mystique ou secret, qu'elle a fait » écrire, mais qu'elle a lu et signé de sa main, » comme contenant ses dernières dispositions » qu'elle entend être exécutées ; pourquoi

» elle l'a fait mettre sous cette enveloppe et » cacheter, pour laisser le paquet à la garde » dudit notaire; dont acte requis et octroyé, » etc. » La cour impériale de Douai déclara nul cet acte de suscription, par le motif, entre autres, qu'il ne contenait pas que la testatrice eût présenté son testament au notaire et aux témoins. On se pourvut contre cet arrêt; mais le pourvoi fut rejetté par arrêt du 7 août 1810, rapporté par Denevers, an 1810, p. 377, sur ce que, loin d'être en contradiction avec l'article 976 du Code, l'arrêt attaqué en contient une juste application, parce qu'il n'est pas seulement fondé sur l'absence d'une mention non expressément exigée, mais sur le fait que la présentation du testament par la testatrice elle-même, aux notaires et aux témoins, ne résultait pas des termes de l'acte de suscription.

473. Si le testateur déclare qu'il n'a pas signé son testament, il doit être appelé un témoin de plus à l'acte de suscription, et il doit être fait mention de la cause pour laquelle il est appelé, 977.

474. Si le testateur avait signé le testament, et que, par un empêchement survenu depuis, il ne pût signer l'acte de suscription, il doit

être fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans que l'art. 977 exige que le nombre des témoins soit augmenté en ce cas

475. L'art. 976 n'exige point que le testament mystique soit daté; il prend date de l'acte de suscription : et comme on ne peut suppléer une nullité que la loi n'a pas prononcée, le testament mystique, fait par un autre qu'un muet, ne peut être annulé faute de date, ainsi que l'a pensé la cour de cassation, dans un arrêt de rejet du 14 mai 1809. (1) L'art. 38 de l'ordonnance de 1735 exigeait que le testament mystique fût daté; mais cette loi est abrogée.

476. Si l'art. 979 du Code porte que celui qui ne peut parler peut faire un testament mystique, à la charge que le testament sera entièrement *écrit*, *daté* et *signé* de sa main, c'est un cas particulier; c'est comme si la loi avait dit que celui qui ne peut parler ne peut faire qu'un testament olographe, lequel peut être revêtu des formes du testament mystique. Le testateur doit le présenter au notaire et aux témoins, et écrire, *en leur présence*, que le papier qu'il présente est son testament; après quoi le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il doit être fait mention que

[1] Rapporté dans le nouv. répert., v° *testament*, p. 724--728.

le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins. Il faut observer au surplus les autres formalités prescrites par l'art. 976.

477. Mais il ne faut pas induire de la rédaction singulière de l'art. 979, que celui qui ne peut parler ne puisse pas faire un simple testament olographe; ce n'est point là l'esprit du Code. Cet article est copié sur l'article 12 de l'ordonnance de 1735. Cette loi avait divisé les formalités des testamens en deux chapitres; le premier contenait les formalités des testamens, dans les pays de droit écrit; le second, les formalités des testamens dans les pays de coutume.

Dans les pays de droit écrit, les testamens olographes n'étaient reçus que dans le seul cas des testamens faits en faveur des enfans et descendans. (1)

D'un autre côté, les muets qui savaient écrire ne pouvaient faire un testament nuncupatif : ils auraient donc été privés de la faculté de tester, s'ils n'avaient pu faire un testament mystique. L'art. 12 le leur permit, en exigeant néanmoins que le testament fût entièrement écrit, signé et daté de sa main.

[1] V. l'art. 16, et Furgole, des testamens, ch. 2, sect. 2, n. 19 et suiv.

Le testament qui n'eût pas été valide comme olographe, en pays de droit écrit, était valide par la forme du testament mystique.

Mais dans les pays de coutume, où l'on ne connaissait que deux espèces de testamens, les olographes, entièrement écrits, datés et signés de la main du testateur, et les solemnels reçus par deux notaires, ou par un notaire accompagné de deux témoins, on n'avait point interdit aux muets, qui savent écrire, la faculté de faire un testament olographe. C'eût été les réduire à l'impuissance de tester, puisqu'ils ne pouvaient faire de testamens solemnels.

Sous l'empire du Code, toute personne qui sait écrire peut faire un testament olographe, excepté celles que la loi en déclare incapables, 902-970. Or, il n'y a sur ce point aucune incapacité contre les muets; ils peuvent donc, comme toute autre personne, faire un testament olographe. (1)

478. L'art. 978 défend à ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, et par conséquent aux aveugles, de faire des dispositions dans la forme des testamens mystiques; parce que ne pouvant s'assurer par eux-mêmes que leurs scribes aient fidèlement rendu leurs volontés,

(1) Pothier, des donations testamentaires, ch. 3, §. 3; Grenier, t. 1, p. 505.

ce serait ouvrir la porte aux plus grands abus. Le testament n'en serait pas moins nul, si le le testateur, qui ne savait ou ne pouvait lire, avait approuvé l'écriture ou signé le testament, parce qu'on a l'exemple d'aveugles qui écrivent plusieurs mots, et qui signent machinalement, lorsqu'ils ont surtout précédemment joui de l'avantage de la vue.

479. Mais peut-on prouver par témoins que le testateur n'avait jamais su lire, ou qu'il était devenu aveugle au point de ne pouvoir absolument plus lire? Ce sont des faits dont il ne paraît pas que la preuve testimoniale puisse être refusée lorsqu'ils sont précis, et comme l'on dit *pertinens*, tels que ceux que l'on vient de poser; (1) mais on ne devrait pas admettre la preuve de faits vagues, tels, par exemple, que l'offre de prouver que le testateur ne peut plus lire l'écriture.

480. Un testament olographe, entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, ne devient pas nul, lorsqu'ayant été revêtu des formalités du testament mystique, l'acte

(1) V. deux arrêts rendus, l'un par le parlement de Grenoble, le 8 juillet 1777, l'autre par le parlement de Bordeaux, le 21 août 1778, rapportés dans le nouveau répertoire, v° *testament*, p. 711 et 712.

de suscription se trouve annulé par un vice de forme. L'art. 970, qui porte que le testament olographe n'est point valable, s'il n'est écrit, daté et signé de la main du testateur, ajoute qu'il *n'est assujetti à aucune autre forme.* Il en résulte que les autres formalités qu'on peut ajouter à ce testament sont surabondantes. Or, ce qui abonde ne vicie pas, (1) *abundans cautela non nocet* : le testament et l'acte de suscription sont deux actes différens. Comment la nullité du dernier pourrait-elle entraîner la nullité du second, si celui-ci est valide par lui-même? On ne peut suppléer une nullité que la loi n'a pas prononcée. Il est tellement reçu, en jurisprudence, que les vices de formalités d'un acte public n'annulent point les écrits privés qui s'y trouvent joints, qu'un acte notarié, annulé par un vice de forme, conserve la force d'un écrit sous signatures privées, s'il est souscrit de toutes les parties, art. 68 de la loi sur le notariat, du 25 ventôse an 11; à plus forte raison la nullité de l'acte de suscription, qui est un acte entièrement séparé du testament, et qui même est ordinairement écrit sur un autre papier, ne

[1] V. L. L. 81 et 94, ff. de R. J. Bronchorst; Brederodius, in verbo *abundentia.*

peut entraîner la nullité du testament olographe. (1)

481. L'art. 978 veut que le notaire dresse l'acte de suscription, l'art. 979 qu'il *l'écrive.* Cet acte pourrait donc être annulé s'il était écrit par un autre que par le notaire ; mais on ne trouve aucune disposition (2) qui exige que l'acte contienne la mention qu'il a été écrit par le notaire, comme l'art. 972 l'exige à l'égard du testament public. L'omission de cette mention ne doit donc pas entraîner la nullité de l'acte de suscription.

482. On peut en dire autant de la mention que la lecture a été donnée au testateur *en présence* des témoins. Cette mention n'est exigée par aucun des articles relatifs aux formes du testament mystique, comme elle est exigée pour le testament public. Dans ce dernier, il est nécessaire que le testateur entende la lecture du testament qu'il a dicté, pour s'assurer que le notaire s'est conformé à ses volontés, que celui ci les a fidèlement exprimées dans sa rédaction ; de plus, la

(1) Telle est aussi l'opinion de M. Merlin, dans ses questions de droit, v° *testament*, §. 5, M. Grenier, t. 1, p. 488, n. 276, semble d'une opinion contraire ; on peut voir ses raisons et les peser.

[2] Grenier, *ibid.*, p. 484, n. 271.

lecture doit être faite en présence des témoins pour éviter les surprises. Il ne peut y en avoir aucune dans l'acte de suscription, qui ne contient point les volontés du testateur. L'art. 13 de la loi sur le notariat veut, à la vérité, que tout acte notarié contienne la mention que la lecture en a été faite aux parties; mais la contravention à cet article n'opère point la nullité de l'acte; (1) elle soumet seulement le notaire contrevenant à 100 fr. d'amende.

483. Suivant l'art. 974, lorsque le testament par acte public est passé dans les campagnes, il suffit que la moitié des témoins signent. M. Malleville a pensé qu'il doit en être de même des témoins de l'acte de suscription d'un testament mystique. Cette opinion n'a point été suivie, (2) quand la question s'est présentée devant les tribunaux. La cour d'appel de Liège, par un arrêt du 29 mai 1806, a jugé nul un acte de suscription fait à la campagne, parce qu'un des témoins n'avait pas signé. On trouve un arrêt pareil rendu par la cour de Bordeaux, le 12 avril 1808. (3) Enfin un

(1) V. l'art. 68 de la même loi.

(2) Grenier, t. 1, p. 488.

(3) Ces deux arrêts sont rapportés par Sirey; le premier dans le recueil de l'an 1806, 2e part., p. 173; le second dans le recueil de l'an 1808, 2e part., p. 158.

arrêt de la cour de cassation, du 20 juillet 1809, rapporté par Denevers, an 1809, p. 257, ne laisse plus douter que l'art. 974 ne s'applique qu'aux testamens par acte public.

484. D'après l'art. 14 de la loi sur le notariat, du 25 ventôse an 11, il ne suffit pas que les signatures des témoins et du testateur soient apposées à l'acte de suscription; il faut qu'il en soit fait mention, sous peine de nullité, comme dans les testamens par acte public.

485. Enfin toutes les opérations relatives au testament mystique, depuis et compris la présentation au notaire et aux témoins, doivent être faites de suite et sans divertir à d'autres actes, 976; c'est-à-dire, sans qu'il puisse être fait d'autres actes dans l'intervalle. C'est une formalité que le droit romain et l'ordonnance de 1735 exigaient également pour les testamens nuncupatifs, mais que le Code Napoléon a rendue particulière au testament mystique. (1)

(1) V. Grenier, t. 1, p. 432 et 477.

Section II.

Des régles particulières sur la forme de certains testamens.

Ces testamens sont les testamens militaires, les testamens faits en tems de peste ou dans le cours d'un voyage maritime, et enfin les testamens faits en pays étranger.

Nous n'avons à cet égard rien à ajouter aux dispositions du Code, qui sont suffisamment claires. On peut, au surplus, consulter le nouveau répertoire, v° *testament*; on y trouvera sect. 2, §. 3, art. 8, un savant plaidoyer de M. Merlin, sur la question de savoir si les ambassadeurs et autres ministres peuvent, dans les pays étrangers où ils exercent leur mission, tester dans la forme autorisée par la loi de leur domicile; si le ministre public qui, pour l'exercice de sa mission, est adjoint à une armée agissante, peut tester militairement, etc.

Section III.

Des institutions d'héritier et des legs en général.

SOMMAIRE.

486. Ancienne différence des institutions d'héritier et des legs; le droit romain n'appelait les parens qu'à défaut d'héritiers testamentaires.

487. *Dans le droit français, la loi seule faisait les héritiers.*

488. *Comment les testamens s'introduisirent chez les peuples d'origine germanique.*

489. *Le droit des fiefs empêcha les institutions d'héritier de s'introduire.*

490. *On ne permit que des legs dans les pays de coutume.*

491. *Quelques coutumes permettaient, en certains cas, de faire un légataire universel, mais non un héritier.*

492, *Dans les pays de droit écrit, les héritiers testamentaires étaient saisis de préférence même aux parens légitimaires.*

493. *Dans les pays de coutume, les institutions d'héritier n'étaient que des legs.*

494. *Dans les principes du Code, il faut distinguer : les héritiers directs sont seuls héritiers, ont seuls la saisine, avant la délivrance des legs ; mais après la délivrance, les héritiers institués ou légataires universels* hæredis loco habentur.

495. *S'il n'y a que des collatéraux, les héritiers institués ou légataires universels seuls héritiers ont même contre ces parens la saisine légale, en vertu de la règle,* le mort saisit le vif.

496. *Quoique tenus à demander au président l'envoi en possession, si le testament est olographe ou mystique.*

497. *Caractère de cet envoi ; il differe de la délivrance : les héritiers du sang n'y sont point appelés.*

498. *Mais ils peuvent s'y opposer. Qui doit alors avoir la possession provisoire ?*

499. *C'est l'héritier institué, si le testament paraît régulier dans la forme ; c'est l'héritier du sang, si l'acte présente des vices de forme apparens.*

500. Quid *si les héritiers du sang se bornaient à déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture ?*

501. *Le testament mystique est authentique, et ne peut être attaqué que par inscription de faux.*

502. *Le testament olographe est un acte privé sujet à la vérification d'écriture.*

503. *Mais après que l'héritier institué a été envoyé en possession, l'héritier du sang ne pouvant venir que par voie d'action, est chargé de la preuve et de la vérification.*

504. *Il peut, quel que soit le testament, faire apposer les scellés et demander l'inventaire; et pourquoi?*

486. Il y avait à Rome, et en France dans les pays régis par le droit romain, une grande différence entre les institutions d'héritier et les legs. (1) L'héritier institué représentait la personne du défunt; il prenait dans la société la place que celui-ci laissait vacante; il succédait à ses droits, à ses charges, à ses engagemens; en un mot, il le *représentait.*

Le legs n'était qu'un don particulier ou un don de quotité, mais qui devait être délivré par l'héritier institué. *Legatum est donatio quædam à defuncto relicta ab hærede præstanda.* (2) On ne pouvait même, dans l'ancien

(1) Sur cette différence, voyez ce que nous avons dit t. 4, n. 492 et 497.

(2) Instit. de leg., §. 1. Est delibatio hæreditatis quâ testator ex eo quod universum hæredis foret, alieni quid collatum velit. L. 116, princ., ff. de leg. 1; junge Vinn., in §. 1, instit. de legat.

droit, faire des legs sans instituer un héritier. Si l'institution manquait, si elle était nulle, les legs devenaient caducs ; l'héritier légitime n'était point obligé de les acquitter. Le testateur ne pouvait commander qu'à l'héritier qu'il instituait, et non pas à l'héritier du sang qui ne tenait son droit que de la loi. (1)

Le droit éminent de se nommer un successeur, c'est-à-dire, celui qui doit nous représenter dans la société, était, comme nous l'avons déjà observé sup., n. 344, considéré comme une branche particulière de la puissance législative, que chaque père de famille exerçait par délégation de la loi : ce n'était qu'au défaut d'héritier testamentaire que les héritiers du sang étaient appelés. *At si intestatus moritur cui suus hæres nec escit, proximus agnatus familiam habeto*, disait la loi des douze tables.

487. Dans la législation française, au contraire, ce droit n'était pas donné aux particuliers ; la loi seule faisait les héritiers ; elle n'en connaissait point d'autres que celle du sang. Dieu seul, disent d'anciens auteurs, (2)

(1) Vinnius in §. 10, instit. de fideicomm. hæredit. in verbo legatum ex testamento.

(2) Glanville cité par de Laurière, sur l'art. 299 de la coutume de Paris et sur les règles de Loisel, Lib. 2, tit. 4, reg. 5.

et non la volonté de l'homme, peut faire des héritiers.

488. Ce principe remonte fort loin. Les testamens n'étaient point usités chez les germains (1) ni chez les nations d'origine germanique, dont nous sommes descendus : elles ne reçurent l'usage des testamens qu'en se répandant dans les provinces autrefois soumises à la domination des romains. On sait que les vainqueurs laissèrent vivre les vaincus sous la loi romaine. Les gaulois continuèrent donc de faire des testamens, comme cette loi les y autorisait ; et les vainqueurs, familiarisés avec cette institution, finirent par les imiter. (2) Ils y furent vivement excités par les papes et par les évêques, qui regardaient les testamens comme la source la plus abondante des largesses faites aux pauvres et à l'église. (3)

(1) Tacite, *de moribus german., cap. 20*; Heinecc., *element. juris german., Lib. 2, §§. 141, 158, 174, 175, 1778, et ejusdem dissertat. de testamenti factione jure germanico.*

(2) Heinec., element. jur. germ., §. 175.

(3) Heinecc., ubi sup., §§. 158 et 178 ; de Laurière, sur le glossaire de Ragueau, au mot *exécuteur testamentaire* ; et sur les établissemens de Saint-Louis, ch. 89, p. 178 du premier volume des ordonnances du Louvre ; Houard sur Littleton, p. 280 et 360. De là les formules d'exécration ajoutées aux testamens, l'excommunication prononcée contre ceux qui refusaient de les exécuter, etc. C'est de là que la connaissance des testamens fut attribuée aux juges ecclésiastiques.

489. Mais l'introduction des fiefs, qui paraissent d'origine germanique, (1) empêcha toujours de recevoir les testamens tels qu'ils étaient dans le droit romain. Les lois féodales défendaient au vassal de disposer de son fief par testament; (2) c'eût été causer du préjudice aux seigneurs, à qui les terres devaient revenir par droit de retour ou déshérence. La faculté d'instituer un héritier, ou de donner par testament l'universalité de sa succession, ne put donc avoir lieu que dans les pays de droit écrit, où elle se trouvait établie dès le tems des romains, et où le droit féodal avait jetté des racines moins profondes. (3)

490. Dans les pays de coutume, entièrement asservis à la féodalité, jamais il ne fut permis de disposer de l'universalité de ses biens. Il paraît que c'est du droit féodal que venaient les propres, d'où étaient dérivées les réserves coutumières.

Quoi qu'il en soit, les legs furent permis

(1) Heinecc., ubi sup., Lib. 1, §. 66 in notâ.

(2) *Sequitur de successione feudi videre. Si quis igitur decesserit filiis et filiabus superstitibus succedant tantum filii æqualiter, vel nepotes ex filio loco sui patris : nullâ ordinatione defuncti in feudo manente vel valente. Feud. Lib. 1, tit. 8, in princ.*

[3] Toutes les terres y étaient réputées en franc-aleu. V. Argou, t. 1, p. 156.

dans les pays de coutumes ; mais on n'y reconnut jamais d'autres héritiers que ceux du sang. On y établit pour maxime, qu'*institution d'héritier n'a point de lieu*; (1) c'est-à-dire, comme s'explique la coutume de Poitou, art. 272 et 273, qu'on ne peut instituer héritier un étranger au préjudice des vrais héritiers, qui sont les héritiers du sang, et qu'on ne peut empêcher les héritiers d'être saisis des biens que possédait le défunt au tems de son décès.

491. Il y avait des coutumes, comme celle de Paris, art. 292, qui permettaient de donner par testament tous les biens meubles, tous les acquêts immeubles, et même le *quint* ou la cinquième partie des propres, c'est à-dire, des immeubles venus de succession : la réserve coutumière ne portait que sur les quatre *quints* des propres. Dans ces coutumes, le testateur, qui n'avait point de propres, pouvait donner tous ses biens par testament. Il pouvait donc faire un légataire universel, mais il ne pouvait pas faire un héritier, quand même il aurait donné ce nom au légataire universel. C'était toujours l'héritier du sang qui était saisi de plein droit de

(1) Coutume de Paris, art. 299; Loisel, règles du droit français, Liv. 2, tit. 4, règle 5, et ibi de Laurière.

tous les biens de la succession, en vertu de la règle le mort saisit le vif. C'était toujours l'héritier du sang qui représentait la personne du défunt, et sur la tête de qui reposaient toutes les actions actives et passives de la succession. Ainsi le légataire, même universel, était obligé de demander la délivrance de son legs aux héritiers légitimes, même collatéraux, qui, avant de consentir à son exécution, avaient le droit d'examiner les dispositions d'un testament qui les privait de la totalité de la succession. (1)

492. A l'époque où le Code parut, la France était donc divisée entre deux usages absolument opposés. Dans les pays de droit écrit, c'était en premier ordre la volonté de l'homme qui faisait les héritiers; les institutions d'héritier étaient le droit commun : les héritiers du sang n'étaient appelés qu'en second ordre, et seulement à défaut d'héritiers testamentaires; ces derniers étaient saisis de plein droit de la succession. La présence même ou le concours des légitimaires ne faisait point cesser cette saisine. (2) Les légitimaires n'avaient à exercer qu'une action en partage. (3)

(1) V. le nouv. Dénisart, v° *délivrance*, §. 1, n. 2.

(2) Bigot, exposé des motifs, p. 303.

(3) Domat, Liv. 3, tit. 4, sect. 3, p. 2, p. 458.

493. Dans les pays de coutume, au contraire, la loi seule faisait les héritiers; elle n'en connaissait point d'autres que ceux du sang. L'institution d'héritier était proscrite, ou n'avait que la force d'un legs, quand même ce legs eût emporté tous les biens du défunt. Les héritiers du sang étaient seuls saisis, seuls représentans de la personne du défunt. Ainsi, point d'héritiers testamentaires.

494. Entre ces deux législations opposées, le Code a pris un parti mitoyen, (1) qui dérive des principes adoptés sur la disponibilité des biens. Celui qui a des descendans ou des ascendans ne peut disposer par testament que d'une partie de ses biens : en ce cas, les héritiers du sang sont les seuls héritiers, les seuls saisis par la loi avant la délivrance des legs. Il n'a paru ni juste ni convenable de diviser la saisine légale, pour y faire participer des étrangers appelés seulement par la volonté du défunt. La disposition de la loi l'emporte sur la volonté de l'homme.

Inutilement dirait-on que si le défunt a disposé de l'universalité de ses biens, les légitimaires n'ont que le droit de faire réduire

[1] Bigot, *ubi sup.*, p. 204. Cette distinction raisonnable entre le cas où il y a des héritiers qui ont une réserve et celui où il n'en existe pas, est due à M. Cambacérès. V. le procès-verbal des conférences, séance du 27 ventôse an 11, t. 6, pag. 636.

les dons excessifs ; il faut distinguer les donations entre vifs des donations testamentaires.

Dans les donations entre vifs, le donataire est propriétaire des biens donnés avant la mort du donateur et dès le moment du contrat, sous la condition seulement des réductions ou des révocations éventuelles ordonnées par la loi : ainsi l'héritier légitimaire est obligé de venir par voie d'action ; le donataire conserve la possession pendant la litispendance.

Il en est autrement des dons testamentaires même universels. Les héritiers légitimaires étant seuls saisis par la loi, le légataire universel est, comme le légataire particulier, obligé de leur demander la délivrance des biens compris dans le legs, 1004 ; et s'il s'élève des contestations entre eux, les légitimaires continuent d'avoir la saisine pendant la contestation.

La volonté du testateur serait impuissante pour les dépouiller de cette saisine ; (1) elle est la même, soit qu'il ait disposé sous la dénomination d'institution d'héritier, soit sous celle de legs ou sous toute autre ; ces dénominations sont indifférentes, 1002. La loi ne règle point l'effet des dispositions testamentaires sur des dénominations qui n'en peuvent

[1] V. le répert., v° *légataire*, §. 5, n. 8, p. 702.

changer la nature ; elle le règle d'abord sur la qualité des héritiers du sang : elle veut que les descendans et les ascendans soient seuls saisis de la succession, de préférence au légataire universel ou héritier testamentaire, qui ne peut, respectivement à eux, être qu'improprement appelé tel.

Mais à l'égard de toutes personnes autres que les légitimaires, c'est-à-dire les descendans et les ascendans, il conserve la qualité et les droits de légataire universel ou d'héritier testamentaire, même contre les autres héritiers du sang, qui, sans sa présence, concourraient avec les légitimaires. Par exemple, le défunt a laissé pour successibles sa mère et ses frères et sœurs, et institué un héritier testamentaire ou un légataire universel de tous ses biens ; la mère seule est saisie respectivement à l'héritier testamentaire ou légataire universel. Il est obligé de lui demander la délivrance, mais il est saisi vers les frères et sœurs qu'il exclut. Il est saisi vers les légataires particuliers qui doivent s'adresser à lui pour lui demander la délivrance de leurs legs, qu'il recueille par droit d'accroissement, en cas de renonciation ou de caducité, comme nous le verrons dans la suite. Enfin, il est saisi à l'égard des créanciers de la succession,

qui ont contre lui une action directe et personnelle comme représentant le défunt, outre l'action hypothécaire comme possesseur des biens.

495. Si le testateur n'a ni descendans ni ascendans, il peut disposer de l'universalité de ses biens sans aucune réserve : en ce cas, les héritiers du sang ne sont appelés à la succession qu'en second ordre, et seulement à défaut de testament. Le testateur peut alors se nommer un successeur ou représentant universel ; en un mot, un héritier proprement dit. Si l'on prétendait que, dans ce cas, l'héritier testamentaire ou légataire universel n'est qu'un successeur aux biens, et non le représentant de la personne du défunt, il faudrait dire que ce dernier demeure sans représentant ; car certainement ses parens ne le représentent point, puisqu'ils ne sont pas ses héritiers.

Sous quelque nom que ce successeur soit nommé, la loi le déclare saisi de *plein droit de toute la succession par la mort du testateur*, 1006, sans qu'il *soit tenu de demander la délivrance* aux héritiers du sang, qui sont exclus par sa présence, et qui ne sont appelés qu'à son défaut. En un mot, les héritiers et les légataires universels succèdent à l'univer-

salité des droits actifs et passifs de l'hérédité; ils sont donc héritiers dans le sens légal de ce mot : *Hi qui in universum jus succedunt hæredis loco habentur.* L. 128, §. 1, de R. J. La loi leur défère de plein droit la saisine légale, 1006, comme, à leur défaut, elle la défère aux héritiers du sang par l'art. 724. Comment donc nier qu'ils représentent la personne du défunt?

496. Ils ont cette saisine, lors même qu'ils sont institués par un testament olographe ou par un testament mystique. Seulement, en ces cas, le testament doit être présenté au président du tribunal de première instance, qui dresse procès-verbal de la présentation, de l'ouverture, s'il est cacheté, et de l'état de l'acte, dont il ordonne le dépôt entre les mains d'un notaire par lui commis, 1007.

497. Après le dépôt du testament olographe ou mystique, s'il contient un legs universel, le légataire est tenu, il est vrai, de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête, à laquelle est joint l'acte de dépôt, 1008; mais la nécessité de cet envoi en possession n'empêche pas la saisine de droit déférée par le Code à l'héritier testamentaire (1) ou légataire

(1) Sur la différence de l'envoi en possession et de la délivrance, voyez inf., n. 565.

universel : *Saisina juris potiùs quam facti.* (1). Cet envoi en possession n'est point un jugement de délivrance ; les parens qui succéderaient à défaut de testament n'y sont point appelés. C'est une simple ordonnance de forme, non pas du tribunal, mais du président, chargé par la loi d'imprimer au testament le caractère de publicité qui lui manque, l'exécution parée qu'il n'avait pas. (2)

498. Quoique le Code n'ordonne point d'appeler à cet envoi en possession les parens qui succéderaient au défaut de l'héritier institué ou légataire universel, ils peuvent s'y opposer ; et alors, suivant les lois romaines, le juge peut accorder la possession provisoire à celui dont le droit lui paraîtra le plus apparent. L. 3, C. de edict. divi Adriani toll., lib. 6, tit. 33.

499. Mais pour guider le juge et prévenir l'arbitraire, elles font une distinction pleine de sagesse et de raison. Si le testament paraît au premier aspect, *in primâ figurâ*, revêtu de toutes les solennités extérieures, si l'héritier du sang ne lui reproche que des vices intrinsèques, comme l'incapacité du testateur,

(1) V. ce que j'ai dit sur la maxime le mort saisit le vif, t. 4, pag. 93.

[2] V. Grenier, t. 1, p. 525, n. 295.

du légataire ou des témoins, le juge doit ordonner l'exécution provisoire du testament, et mettre l'héritier institué en possession de l'hérédité, sans nuire ni préjudicier aux droits de l'héritier légitime ; car l'envoi en possession, ordonné par l'art. 1008, ne peut jamais leur préjudicier.

Au contraire, le juge doit accorder la possession provisoire à l'héritier légitime, si le testament présente des vices de forme apparens, si l'acte de suscription n'avait pas le nombre de témoins prescrit par la loi, si les cachets n'avaient pas été trouvés entiers, si le testament paraissait rayé, révoqué, etc.

Le bon sens, dit M. Merlin, questions de droit, v° *légataire*, §. 2, indique le motif de cette distinction. Lorsqu'on attaque un testament par un vice de forme extrinsèque, la volonté du testateur est incertaine, puisqu'il est incertain si l'on a observé les formalités qui peuvent seules constater cette volonté aux yeux de la loi. C'est pour cela que la loi, au lieu d'ordonner au juge d'accorder la possession provisoire à l'héritier institué, le laisse le maître de l'accorder, soit à l'héritier institué, soit à l'héritier légitime, *suivant que le vice de forme est plus ou moins apparent* : c'est toujours M. Merlin qui parle.

Mais quand il n'y a aucun vice de forme dans le testament, la volonté du testateur est légalement certaine ; la loi n'en demande pas davantage pour l'exécution provisoire du testament. On a beau alléguer alors des incapacités ou autres vices intrinsèques, la loi veut que le juge s'en tienne provisoirement au titre, en attendant qu'on examine si ces vices sont réels.

500. Si les héritiers du sang se bornaient à déclarer, suivant l'art. 1323, qu'ils ne reconnaissent ni l'écriture ni la signature du testament, devrait-on leur adjuger la possession provisoire ? Il faut distinguer entre le testament mystique et le testament olographe.

501. Le testament mystique, revêtu de toutes les formalités prescrites, devient, par l'acte de suscription rédigé par un notaire sur l'enveloppe, en présence de témoins et signé par le testateur, une pièce authentique, lorsqu'il est reconnu par le procès verbal d'ouverture que le papier et l'enveloppe qui le renferme sont restés intacts, ainsi que le sceau, et qu'il n'y a pas eu moyen d'y substituer un autre testament sans fracture ; il en résulte que le testament n'est plus sujet à vérification d'écriture ou de signature, qu'il ne peut être argué

que par inscription de faux, ainsi que l'a très-bien jugé la cour impériale de Bruxelles, par un arrêt du 23 mars 1811, rapporté par Sirey, an 1812, 2^e^ part., p. 94.

S'il existait une plainte en faux principal contre le testament, l'exécution en serait suspendue par la mise en à accusation ; et en cas d'inscription de faux incident, les tribunaux peuvent, suivant la gravité des circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. Article 19 de la loi sur le notariat.

502. Quant au testament olographe qui, par sa nature, est un acte sous seing privé, comme tout acte sous seing privé est sujet à la vérification en justice, lorsque l'écriture et la signature n'en sont pas reconnues, 1223-1224, les héritiers du sang peuvent empêcher l'envoi en possession, et arrêter l'exécution du testament, en déclarant qu'ils ne connaissent pas l'écriture ni la signature, parce que le procès-verbal de l'ouverture et de l'état du testament, et son dépôt chez un notaire, attestent bien qu'un acte a été remis comme testament olographe ; mais ils n'assurent point que l'acte soit écrit, daté et signé de la personne à

laquelle le testament est attribué. (1) L'existence du testament étant incertaine jusqu'à la vérification, il ne s'agit point d'ôter la provision à l'acte, mais de savoir s'il en existe un. La preuve est donc à la charge de l'héritier institué ou légataire universel. C'est à lui de faire vérifier l'écriture et la signature du testateur; en un mot, de prouver que le titre qu'il présente est vrai.

503. Il en est autrement si l'héritier institué a été envoyé en possession en vertu de l'art. 1008, sans opposition de la part des héritiers du sang. Il a dans ce cas, en sa faveur, et titre déclaré exécutoire et possession; il a de plein droit la saisine légale; il ne peut perdre cette prérogative que par l'anéantissement de son titre; en un mot, il n'a rien à demander aux héritiers du sang. S'ils veulent attaquer son titre, ils sont obligés de venir par voie d'action, et par conséquent de prouver que leur demande est fondée. C'est donc sur eux que tombe le fardeau de la preuve; c'est à eux de prouver que le testament n'est pas écrit ou signé par le testateur, et de faire

[1] Arrêt de la cour de Bruxelles, du 21 juin 1810, rapporté par Sirey, an 1811, 2e part., p. 49 et 50. Autre arrêt de la cour de Turin, du 18 août 1810, *ibid.*, p. 149 et suiv.

vérifier l'écriture de la signature. (1) Il est donc extrêmement important pour les héritiers du sang de s'opposer avant que l'héritier institué soit envoyé en possession ; car, après cet envoi, la provision lui appartient en vertu de son titre, (2) comme s'il était institué par un testament public et authentique.

504. Au reste, la saisine déférée à l'héritier testamentaire ou au légataire universel institué, soit par un testament solemnel ou public, soit par un testament mystique, soit par un testament olographe, n'empêche point les héritiers du sang de requérir l'apposition du scellé et l'inventaire des effets, titres et papiers de la succession. (3) Cette mesure conservatoire ne porte aucune atteinte à la saisine établie par l'art. 1006, puisqu'elle ne dépouille point l'héritier testamentaire de la possession des effets inventoriés après la confection de l'inventaire ; elle ne tend qu'à la conservation

(1) C'est ce qu'a jugé la cour impériale de Caen, le 4 avril 1812. V. *Sirey*, an 1812, pag. 336.

(2) Doit-on accorder aux légataires particuliers l'exécution provisoire de leurs legs? V. le nouveau répertoire, v° *légataire*, §. 6, n. 22.

(3) Ainsi jugé par deux arrêts de la cour de Bruxelles, des 28 novembre 1810 et 9 mars 1811, rapporté par Sirey, an 1811, 2e part., p. 255 et 264. Arrêt de la cour de Nîmes, du 27 décembre 1808, *ibid.*, p. 240.

des droits éventuels des parties, et elle est nécessaire pour s'assurer qu'il n'existe point d'acte révocatoire ni de testament postérieur; autrement le légataire universel demeurerait le maître d'anéantir les dispositions ultérieures qui pourraient se trouver dans les papiers du testateur. Enfin cette mesure est autorisée par l'art. 909 du Code de procédure, qui porte que l'apposition des scellés pourra être requise par tous ceux *qui prétendront* droit dans la succession.

SECTION IV.

Du legs universel.

SOMMAIRE.

505. *Définition.*

506. *Le droit originaire ou éventuel à la totalité des biens, forme le caractère du legs universel.*

507. *Le concours d'un légitimaire n'ôte point au legs le caractère d'universel.*

---

505. « LE legs universel est la disposition » testamentaire par laquelle le testateur donne » à une ou plusieurs personnes (*conjointe-* » *ment*) l'universalité des biens qu'il laissera » à son décès. » 1003.

Nous ajoutons *conjointement ;* car si tous les biens étaient légués séparément à plusieurs personnes, ce ne serait plus un legs universel. Je lègue à Pierre la moitié des biens que je laisserai à mon décès, et à Paul l'autre moitié. Pierre et Paul ne sont pas légataires universels, parce que le testateur n'a voulu donner à aucun d'eux l'universalité de ses biens : aucun d'eux n'a le droit de prétendre, même éventuellement, à cette universalité. Si l'un des legs devenait caduc, si l'un des légataires renonçait, la moitié des biens reviendrait à l'héritier du sang.

Il en serait autrement si le testateur avait légué conjointement à Pierre et à Paul, par une seule et même disposition, l'universalité de ses biens, sans en faire la division entre eux ; *je donne tous mes biens à Pierre et à Paul :* car alors le testateur a voulu que l'un des légataires, à défaut de l'autre, eût la totalité des biens. Si l'un des légataires prédécédait ou renonçait, la totalité des biens appartiendrait à l'autre par droit d'accroissement, suivant l'art. 1044.

506. C'est donc le droit originaire ou même éventuel à l'universalité des biens du testateur qui forme le véritable caractère du legs

universel. Il conserve ce caractère, quoiqu'il soit sujet à des réductions ou à des charges, quand même les charges épuiseraient la totalité des biens; ce qui peut arriver, lorsque le testateur, après avoir institué un héritier testamentaire ou légataire universel, épuise sa fortune en legs particuliers ou à titre universel. (1)

507. Le concours d'un héritier légitimaire n'ôte point à la disposition testamentaire le caractère de legs universel qu'elle avait primitivement dans l'intention du testateur, si, par exemple, après avoir légué tous ses biens à un héritier testamentaire ou légataire universel, il laisse en mourant un ascendant pour héritier. Le légataire universel n'a point, il est vrai, la saisine légale; il est obligé à demander la délivrance de son legs; mais après cette délivrance obtenue, il demeure légataire universel, comme on le voit par l'art. 1009. Il l'est, en effet, à l'égard de toute autre personne que le légitimaire, comme nous l'avons vu dans la section précédente. Il l'est même, sous un rapport très-important, à l'égard du légitimaire, à l'exclusion duquel il recueille, par droit d'accroissement, les

[1] Bigot, exposé des motifs, t. 4, p. 306 in fin.

legs caducs ou répudiés. En un mot, la présence du légitimaire ne fait perdre au légataire universel que la prérogative de la saisine légale antérieurement à la délivrance.

SECTION V.

Des legs à titre universel, des legs particuliers, et en général de ce qu'on peut léguer.

SOMMAIRE.

508. *Ce qu'on peut léguer en général.*
509. *Ce qui constitue un legs à titre universel.*
510. *Tout autre legs n'est qu'à titre particulier. Conséquences.*
511. *Il peut exister un legs universel, et un ou plusieurs legs à titre universel.*
512. *Si le testament commence par un legs à titre universel, le don du surplus des biens n'est pas universel.*
513. Secùs *si, après un legs particulier, le testateur donne le surplus ou le restant de ses biens.*
514. *Ce que peuvent comprendre les legs particuliers.*
515. *Nullité du legs de la chose d'autrui,*
516. *Mais non des choses indéterminées qui ne se trouvent pas dans la succession.*
517. *Du legs d'une chose appartenant à l'héritier.*
518. *Du legs de faits.*
519. *Du legs par lequel l'héritier est chargé de vendre ou d'acheter.*

508. Le testateur peut, sauf les réserves affectées aux héritiers directs, s'il y en a, léguer toutes les choses qui lui appartiennent ou qui lui appartiendront à son décès, à l'exception des droits attachés à sa personne, et qui ne passent point à ses héritiers, comme l'usufruit, l'usage, etc.

Il peut léguer non seulement la propriété de ses biens, mais le simple usage, la simple possession ou jouissance des droits réels ou personnels sur iceux, tels que des servitudes, une hypothèque, un usufruit, etc.

Il peut léguer ou l'universalité de ses biens; c'est le legs universel dont nous avons parlé dans la section précédente.

509. Il peut léguer à une ou plusieurs personnes, soit en propriété, soit en usufruit seulement, 612, une quote part de ses biens, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier : c'est ce que l'art. 1010 appelle legs à titre universel.

510. Il ajoute que *tout autre legs* ne forme qu'une disposition *à titre particulier.*

Ainsi, dans le sens du Code, les legs de tous les prés, de tous les bois, de toutes les

vignes ou de tous les meubles meublans, n'est pas un legs à titre universel, puisqu'il ne comprend pas une quotité *fixe*. Il en est de même du legs de tous les meubles existans dans telle maison, de tous les immeubles situés en tel département : il en est encore de même du legs d'une succession échue au testateur ; ce n'est qu'un legs particulier, quelque considérable qu'elle puisse être. (1)

511. Il peut exister en même tems un légataire universel et un ou plusieurs légataires à titre universel, comme on le voit par l'art. 1011 : c'est ce qui arrive lorsque le testateur, après avoir institué un héritier ou légataire universel de tous ses biens, lui impose la charge d'en donner une quotité à un ou plusieurs autres légataires. Par exemple, j'institue Titius mon héritier ou mon légataire universel ; néanmoins je veux qu'il partage mes biens avec Mevius, ou qu'il donne la moitié de mes biens à Mevius : ou, simplement, j'institue Titius mon légataire universel ; je lègue à Mevius la moitié ou le quart de mes biens : c'est ce que les romains appelaient un

(1) M. Grenier, t. 1, p. 511, croit que le legs ne serait qu'à titre particulier, quand même la succession léguée formerait la totalité de la succession du testateur au moment de son décès. Cette opinion peut souffrir des difficultés ; car alors le legs comprendrait l'universalité des biens laissés par le testateur.

legs de partition. *Legatum partitionis*, *legatarius partiarius.* (1)

512. Mais si le testateur commençait par faire un legs *à titre universel*, et donnait ensuite le restant de tous ses biens à un autre légataire, ce ne serait qu'un legs à titre universel, et non pas un legs universel. (2) Si le premier legs devenait caduc, s'il était répudié, les biens accroîtraient à l'héritier du sang, et non pas au second légataire, à qui le testateur n'a donné aucun droit sur la portion premièrement léguée.

513. Si, au contraire, le testateur faisait d'abord un legs particulier, et donnait ensuite le surplus ou le restant de ses biens à un

(1) *Si vel singulæ res legari possunt, ità universarum quoque summæ legari potest : ut puta Mœvius heres meus, cum Titio hæreditatem meam partito, dividito : quo casu dimidia pars bonorum legata videtur. Potest autem et alia pars velut tertia, vel quarta legari quæ species partitio appellatur.* Ulp. fragm., tit. 24, §. 25, et ibi Schulting.

Qui ex fideicommisso recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat ; id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur, quæ species legati partitio vocabatur ; qui cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Inst. de fideicomm. hæred., §. 5.

(2) Bigot-de-Préameneu, exposé des motifs, édit. de Didot, t. 4, p. 407. Par exemple, je donne la moitié ou le quart de mes biens à Primus, je donne le surplus à Secundus ; c'est comme si le testateur avait dit : Je donne la moitié de mes biens à Primus et l'autre moitié à Secundus. En ce cas, il n'existe entre les deux légataires qu'une action de partage, *communi dividundo*.

autre légataire; par exemple, je lègue à Secundus le fonds Cornelien, et le surplus ou le restant de mes biens à Primus. Ce dernier legs serait universel, parce qu'il est censé que je n'ai voulu restreindre le legs de tous mes biens que j'ai fait à Primus qu'en faveur de Secundus, et dans le cas seulement où celui-ci recueillerait son legs particulier. (1)

514. Les legs particuliers peuvent comprendre ou des corps certains et déterminés, comme telle maison, telle métairie, ma bibliothèque, les biens que je possède en tel lieu, ou des choses indéterminées, comme un cheval, un vase de telle espèce, une quantité de denrées, une somme d'argent.

Le legs particulier peut encore comprendre des choses futures, comme la récolte qui sera faite dans telle métairie après la mort du testateur; d'où il suit qu'il peut léguer des choses qu'il ne pourrait pas vendre, comme ses blés en vert, comme nous le verrons dans le titre des obligations.

Il ne peut léguer la chose d'autrui, mais il peut léguer des fruits; c'est-à-dire, obliger

(1) V. Pothier, des donations testamentaires, ch. 6, sect. 5, §. 1, p. 386. Nous en reparlerons inf., sect. 8, en traitant de la caducité et du droit d'accroissement.

son héritier à faire ou à ne pas faire une chose, pourvu qu'elle soit possible, licite, et que le légataire y ait intérêt.

515. Suivant le droit romain, le testateur pouvait léguer la chose d'autrui, (1) pourvu qu'il n'ignorât pas qu'elle ne lui appartenait point. *Non solum autem testatoris vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ità ut hæres cogatur redimere eam et præstare, vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare....; quod intelligendum est si defunctus sciebat alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset alienam rem esse non legasset.* §. 4, instit. de leg., Lib. 2, tit. 20. C'était au légataire de prouver que le testateur savait que la chose était à autrui.

Notre Code a suivi d'autres principes. L'art. 1021 déclare nul le legs de la chose d'autrui, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas.

516. Mais cette disposition ne peut s'appliquer qu'au legs d'un corps certain et déterminé, appartenant à quelqu'un ; par exemple, le champ, la pendule de mon voisin, et non pas aux legs de choses indéterminées, tel

(1) V. les réflexions de Barbeirac à ce sujet, dans ses notes sur Puffendorff, droit de la nature et des gens, Liv. 3, ch. 7, §. 10 note 7.

que le legs d'une pendule, d'un diamant de telle valeur, le legs des ordonnances du Louvre, etc.; car alors, quoique ces objets ne se trouvent pas dans la succession du testateur, l'héritier n'en sera pas moins obligé ou de les acheter pour les donner, ou de payer au légataire la somme nécessaire pour les acquérir. Il en serait de même du don d'une terre de 30,000 fr., sans la désigner, quoiqu'il ne s'en trouvât point de telle dans la succession. Par exemple, si le testateur, sachant que Titius a le dessein de vendre une terre qui convient à Paul, léguait à ce dernier, non pas la terre de Titius, ce legs serait nul, mais une terre de 30,000 fr., prix qu'il sait que Titius met à la terre qu'il veut vendre. Un legs pareil se réduit à celui d'une somme pour acheter tel objet.

517. On peut demander si la nullité prononcée contre le legs de la chose d'autrui, doit s'étendre au legs de la chose appartenant à l'héritier; car les lois romaines font deux classes différentes de la chose de l'héritier et de celle d'autrui. Non solam testatoris *vel hæredis res*, sed etiam *aliena* legari potest. Inst. de legat., §. 4. Il existe en effet une grande différence entre ces deux espèces de legs. En léguant la chose d'autrui, je lègue une chose

qu'il n'est pas au pouvoir de mon héritier de donner, à moins que le propriétaire de la chose ne consente à la vendre. En léguant une chose qui appartient à mon héritier, je ne lègue que ce qu'il peut donner, tout aussi bien que les effets de ma succession. Il n'a pas besoin de la racheter pour la donner; et, par cette raison, les lois romaines déclaraient le legs valide, sans examiner si le testateur avait ou n'avait pas su que la chose ne lui appartenait point. (1)

Or, le Code ne défend point de léguer la chose de l'héritier, comme il défend de léguer la chose d'autrui. Nous pensons, par ces motifs, que ce legs est valide sous l'empire du Code, quoique le legs de la chose d'autrui soit nul. Il n'y aurait même aucun doute, si la chose léguée appartenait à l'héritier institué ou au légataire universel. J'institue Paul mon héritier ou mon légataire universel; je veux qu'il donne sa maison de tel endroit à Charles, ou je lègue à Charles la maison que

(1) L. 67, §. 8, ff. de legatis 2o. *Si rem tuam quam existimabam meam, te hærede instituto, Titio legem; non est Neratii Prisci sententiæ, nec constitutioni locus, quâ cavetur non cogendum præstare legatum hæredem. Nam succursum est hæredibus, ne cogerentur redimere quod testator suum existimans reliquit. Sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis, et onerandis hæredibus faciliores voluntates; quod in hâc specie non evenit, cum dominium rei sit apud hæredem.*

Paul possède en tel endroit. Il est évident que le second legs est une condition ou une charge du premier. C'est comme si le testateur avait dit : J'institue Paul mon héritier, à condition qu'il donnera sa maison de tel endroit à Charles.

Quoique la raison de décider soit moins évidente, si le testateur lègue une chose appartenant à son héritier légitime, parce que c'est de la loi que celui-ci tient son droit héréditaire, néanmoins, comme le testateur pouvait le priver de tout ou de partie de la succession, en disposant de ses biens en faveur du légataire ou d'une autre personne, il nous semble que le legs d'une chose appartenant à l'héritier légitime, n'est pas moins valide que le legs de la chose appartenant à l'héritier institué. Il est du moins certain que le legs serait valide, s'il était conçu en forme de condition. Je veux que Paul, mon héritier, donne sa maison à Charles, et, s'il ne la donne pas, je donne à celui-ci tous mes biens, ou telle partie de mes biens. Cette forme de léguer est plus sage, et la prudence exige qu'on l'emploie de préférence dans tous les cas, pour prévenir les difficultés qui peuvent s'élever au sujet d'une question sur laquelle la jurisprudence n'est pas fixée, et qui peut être envisagée de diverses manières.

518. Nous verrons dans le titre trois, que les obligations consistent à donner, à faire ou à ne pas faire. Les faits peuvent aussi être l'objet ou la matière d'un legs; c'est-à-dire, que le testateur peut obliger son héritier ou son légataire à faire ou à ne pas faire une chose, pourvu que le légataire y ait intérêt. Justinien, dans ses institutes, §. 21, de legat., en donne pour exemple le legs par lequel je condamne mon héritier à rebâtir la maison de Titius, ou à payer ses dettes.

Pothier, des donations testamentaires, ch. 4, art. 1^er^, §. 6, en donne d'autres exemples: Lorsque je charge mon héritier de blanchir le mur de sa maison, afin d'éclairer celle de Pierre qui est située au vis à vis; lorsque je charge mon héritier de ne point louer à des serruriers ou autres ouvriers sa maison voisine de celle où loge Pierre, tant que Pierre y demeurera.

519. Le jurisconsulte Caïus nous dit encore, L. 66, ff. de leg. 1°, que le testateur peut imposer à son héritier l'obligation de vendre ou d'acheter pour l'utilité du légataire. On regarde comme utile, dit-il, le legs par lequel le testateur ordonne à son héritier d'acheter ou de vendre à juste prix; car il est possible

que le légataire, de qui le fonds doit être acheté par l'héritier, se trouve dans la nécessité de vendre, et qu'il ne trouve pas d'acheteur; et réciproquement le légataire peut avoir intérêt d'acquérir l'héritage que le défunt lui a donné le droit d'acheter, et que l'héritier ne lui eût pas vendu sans l'ordre du testateur. (1)

Si le prix de la vente ou de l'achat est déterminé par le testament, l'héritier est obligé de s'y tenir. L 49, § 9, ff. de legatis 1°.

Si le prix n'est pas déterminé, on présume que le testateur a entendu parler d'un prix raisonnable; et si les parties n'en conviennent pas, il est fixé par des experts.

Ces décisions raisonnables n'ont rien qui ne soit conforme aux intentions du Code, et il nous paraît qu'elles doivent être suivies comme dans l'ancienne jurisprudence. (2)

(1) *Et si æquo pretio emere vel vendere jusserit hæredem suum testator, adhùc utile legatum est. Quid enim, si legatarius, à quo emere fundum heres jussus est, cum ex necessitate eum fundum venderet, nullum inveniret emptorem? Vel ex diverso, quid, si legatarii magni interesset, eum fundum emere, nec aliter hæres venditurus esset, quàm si testator jussisset?* L. 66, ff. de legatis 1°.

(2) V. M. Merlin, dans le nouveau répertoire, au mot *legs*, sect. 3, §. 5.

SECTION VI.

De l'effet des legs, des droits et actions qu'ils confèrent aux légataires, des charges auxquelles ils les soumettent, comment ils y contribuent.

SOMMAIRE.

520. *La propriété est transférée par l'effet du legs dès l'instant de la mort du testateur, mais non la saisine ou droit de possession, hors un seul cas.*

521. *Actions des légataires d'une chose indéterminée.*

522. *Ils peuvent avoir trois actions, la personnelle, l'hypothécaire et la réelle.*

523. *D'où naît l'action personnelle ou action en délivrance.*

524. *L'objet de cette action est la délivrance de la chose léguée.*

525. *Le débiteur du legs ne peut s'acquitter qu'en donnant la chose même qui a été léguée.*

526. *Le legs fait à un hospice, en argent, ne peut être acquitté en rentes sur l'etat.*

527. *Si le legs est une chose indéterminée, le choix appartient au débiteur, qui ne peut donner la plus mauvaise.*

528. *Il appartient au légataire quand il paraît que telle a été la volonté du testateur;*

529. *Mais il ne doit pas choisir la plus précieuse.*

530. *Dans le concours d'un héritier avec un légataire universel ou à titre universel, le premier doit désigner la lotie qu'il veut donner.*

531. *La chose léguée doit être délivrée avec ses accessoires: quels ils sont.*

532. *Le legs fait au créancier ou au domestique n'est pas censé fait en compensation.*
533. Quid *du legs fait à une fille avant de la doter par son contrat de mariage?*
534. *Des augmentations survenues à la chose léguée depuis le testament.*
535. *Des acquisitions y annexées.*
536. *Des détériorations survenues à la chose léguée.*
537. *Le légataire est obligé de souffrir l'hypothèque créée sur le fonds légué, ainsi que l'usufruit et les servitudes;*
538. *Mais il n'est pas obligé d'acquitter la dette hypothéquée,*
539. *Ni même les rentes perpétuelles ou ci-devant foncières, dues sur l'héritage légué.*
540. *Le légataire est obligé à demander la délivrance, sans pouvoir en être dispensé par le testateur.*
541. *Il en est dispensé si la chose se trouvait en sa possession,*
542. *Ou s'il s'agit d'un legs mobilier fait à l'exécuteur testamentaire ayant la saisine.*
543. *L'héritier légataire doit la demander à ses cohéritiers.*
544. *Le légataire qui n'aurait pas demandé la délivrance, est obligé au rapport des fruits et intérêts.*
545. *De quel jour les légataires ont droit aux fruits.*
546. *L'héritier ne peut, avant la délivrance, vendre les choses léguées.*
547. *Où doit être portée la demande en délivrance.*
548. *Où la délivrance doit être faite.*
549. Quid *si le légataire est évincé après la délivrance?*
550. *A qui doit être faite la demande en délivrance.*
551. Quid *s'il n'y a que des héritiers irréguliers?*
552. *Du concours d'un héritier légitimaire et d'un légataire universel avec d'autres légataires à titre universel ou particulier.*

553. *Quand la délivrance peut être demandée à l'exécuteur testamentaire.*

554. *Elle devrait être demandée au légataire particulier chargé d'acquitter un autre legs.*

555. *L'action en délivrance n'est pas solidaire, à moins que le testateur ne l'ait ordonné.*

556. *Les héritiers ou débiteurs des legs en sont-ils tenus au-delà de ce qu'ils recueillent?*

557. *Le légataire universel, en concours avec un légitimaire, est seul tenu d'acquitter les legs sans pouvoir retenir la quarte falcidie.*

558. *Si les biens sont insuffisans, quels legs doivent être acquittés de préférence?*

559. *Les héritiers naturels et les légataires à titre universel contribuent suivant leur émolument; exceptions à ce principe.*

560. *Les légataires particuliers ne contribuent qu'aux legs dont ils sont chargés.*

561. *De la contribution des héritiers institués et légataires aux dettes de la succession; renvoi.*

562. *Des frais de la demande en délivrance et de ceux d'enregistrement.*

563. *Chaque legs peut être enregistré séparément.*

564. *Comment doit être introduite l'action en délivrance.*

565. *Sa différence de l'envoi en possession qui appartient à la jurisdiction volontaire.*

566. *Si les testamens emportent exécution parée.*

567. *De l'action hypothécaire; sur quoi elle est fondée.*

568. *L'hypothèque ne s'étend qu'aux biens échus au débiteur du legs.*

569. *Comment les légataires peuvent conserver leur hypothèque.*

570. *Privilège sur les meubles, en demandant la séparation des patrimoines.*

571. *Les légataires n'ont d'hypothèque que sur les biens de la succession, non sur ceux de l'héritier.*

572. *De l'action réelle contre les tiers possesseurs.*

573. *Le légataire ne peut, avant la délivrance, exercer contre un tiers l'action possessoire.*

574. *Il doit, s'il agit avant d'avoir obtenu la délivrance, appeler l'héritier à l'instance de révendication.*

520. Il est de la nature des testamens de ne produire aucun effet pendant la vie du testateur, qui reste toujours maître de changer, de révoquer ou de supprimer (1) son testament; mais dès l'instant de sa mort, le testament produit son effet, et transmet aux légataires la propriété des biens légués, lorsqu'ils consistent en corps certains et déterminés appartenant au testateur. Il faut en excepter les legs conditionnels, dont la disposition ne doit être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas avant le décès du légataire, 1040. Cette propriété est transférée aux légataires de plein droit, sans aucun fait de leur part, de manière qu'ils la transmettent à leurs héritiers ou ayant cause, s'ils meurent avant d'avoir accepté le legs, quand même ils en auraient ignoré l'existence.

[1] V. ci-après sect. 8, §. 1, art. 2 de la révocation tacite.

Mais si la propriété est transférée de plein droit aux légataires, il n'en est pas ainsi du droit de possession, qu'ils sont ordinairement obligés de demander à l'héritier, suivant la nature des legs que les lois définissent une donation qui doit être délivrée par l'héritier, *donatio à defuncto relicta et ab hærede præstanda.* §. 1, inst. de legatis.

Le légataire ne peut donc se mettre en possession de son autorité privée; il n'a point la saisine de son legs, hors un seul cas, celui d'un légataire universel ou héritier testamentaire institué dans un testament public par un testateur qui n'a pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi. Dans ce cas unique, le légataire universel ou héritier institué est saisi de plein droit par la mort du testateur, en vertu de la règle le mort saisit le vif, sans être tenu de demander ni délivrance aux héritiers du sang, ni envoi en possession à la justice.

521. Si le legs ne consiste qu'en choses indéterminées ou alternatives, en sommes d'argent, etc., il donne au légataire, contre les héritiers ou autres débiteurs du legs, une action personnelle pour les contraindre à l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profitent dans la succession,

1017.

Il donne de plus au légataire une action hypothécaire sur les immeubles de la succession, 1017, et même un privilège sur les meubles, au moyen de la séparation des patrimoines qu'il peut demander pendant trois ans, afin d'être payé de préférence aux créanciers de l'héritier débiteur du legs, 878, 880, 2111. Ces droits et actions passent de plein droit aux héritiers du légataire, s'il meurt avant de les avoir exercés ou même connus.

522. Ainsi les légataires peuvent avoir trois actions : l'action personnelle, l'action hypothécaire et l'action réelle, ou action en révendication de la chose léguée.

523. L'action personnelle ou l'action en délivrance naît de l'obligation que les héritiers ou autres débiteurs de legs contractent envers les légataires, en acceptant la succession ou la disposition grevée de la prestation de quelques legs. Nous examinerons quel est l'objet de cette action, où elle doit être portée, contre qui et comment elle doit être exercée.

524. L'objet de l'action personnelle accordée au légataire est la délivrance ou la mise en possession de la chose même qui a été léguée.

Il est de principe qu'un créancier ne peut être contraint de recevoir une chose au lieu d'une autre, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande, 1243. Tout débiteur doit remplir ses obligations dans leur forme spécifique. Un legs ne peut donc être acquitté que par la prestation réelle et effective de la chose même que le testateur a léguée. (1)

525. Ainsi l'héritier ne peut forcer le légataire d'une somme de deniers à prendre en paiement des biens de la succession, pas même lorsque le testateur n'a pas laissé cette somme en nature. C'est à l'héritier de se la procurer, soit en vendant des biens de la succession, soit des siens propres, soit de toute autre manière qu'il voudra. L. 12, ff. de legat. 2°.

Par la même raison, il n'est pas au pouvoir de l'héritier de substituer le paiement d'une valeur numéraire à la délivrance d'une espèce léguée. L'affection particulière de l'héritier pour des choses précieuses, n'est pas un motif suffisant pour l'autoriser à les retenir, et à en donner l'estimation au légataire. L. 71, §. 4, ff. de legatis 1°.

(1) *Ex his apparet cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum præstandum quod relictum est.* L. 11, §. 17, ff. de legat. 3°.

526. C'est sur ces principes que, par un arrêt du 8 fructidor an 13, rendu dans l'intérêt de la loi, sur les conclusions de M. Merlin, la cour de cassation a décidé qu'un legs de 80,000 fr., fait à un hospice, ne pouvait être acquitté en rentes sur l'état par l'héritier, quoique par les lois existantes l'hospice fût obligé de colloquer cette somme en rentes sur l'état. V. le nouveau répertoire, v° *legs*, sect. 5, §. 2, p. 300 et suivantes.

527. Si le legs est d'une chose indéterminée, *l'héritier n'est pas obligé* de la donner de la meilleure qualité, comme aussi il ne peut l'offrir de la plus mauvaise. (1) C'est le texte précis de l'art. 1022, d'où l'on peut conclure que régulièrement le choix appartient à l'héritier, à moins que le testateur n'en ait autrement ordonné, et qu'il faut appliquer aux testamens, aussi bien qu'aux contrats, la disposition de l'art. 1190, qui porte que le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier. L'héritier est considéré comme débiteur, en ce qui concerne la délivrance des legs.

Le droit romain établit aussi pour maxime

[1] *Legato generaliter relicto, veluti hominis, cassius scribit id esse observandum ne optimus, vel pessimus accipiatur.* L. 37, ff. de legat. 1°. V. aussi le nouveau répertoire, v° *option de legs.*

générale, relativement aux contrats, que le choix appartient au débiteur, *promissoris electio est;* (1) mais, à l'égard des testamens, on y trouve des contrariétés (2) que l'on ne concilie qu'en distinguant les différentes formules du legs, *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modò*, *per præceptionem.* (3) Le testateur était présumé avoir donné le choix à celui auquel il adressait la parole; à l'héritier, si le testament portait: *Hæres meus dato, damnas esto dare, etc.;* au légataire, s'il portait: Lucius Titius *capito, sumito, præcipito.* Cette interprétation était conforme au sens naturel des mots.

Comme, dans notre usage, on n'emploie le plus souvent qu'une formule qui ne peut servir à manifester l'intention de favoriser l'héritier ou le légataire: *Je donne et lègue*, ou, à la troisième personne, *donne et lègue*; si d'autres considérations ou circonstances ne déterminaient pas la volonté du testateur en faveur du légataire, on s'en tenait, dans notre jurisprudence française, à la règle que le choix

(1) Instit. de act., §. 33, versic. *huic autem*; L. 10, §. 6, ff. de jure dot.

(2) V. Domat, 2e part., Liv. 4, tit. 2, sect. 7, p. 481; et Liv. 3, tit. 1, sect. 7, n. 6, p. 422.

(3) Sur ces espèces de legs, v. les fragmens d'Ulpien, tit. 24, §. 2, et ibi Schulting; les antiquités d'Heineccius.

appartient au débiteur, et l'on déférait ce choix à l'héritier qu'on présumait avoir été plus considéré (1) par le testateur, et qui tient lieu de débiteur, comme le légataire de créancier ;

528. A moins, ajoute Domat, que le legs ne soit conçu d'une manière qui laisse le choix au légataire. C'est ce qui arrive lorsqu'au lieu de la formule ordinaire, le testateur dit : *Titius prendra* un de mes vases d'argent, *scyphum*. Cette expression annonce que l'intention a été de déférer le choix au légataire, puisque le sens naturel des mots le lui donne. (2) Le légataire peut choisir celui des vases qu'il voudra, et prendre le meilleur, comme l'héritier peut donner le plus mauvais, si le testateur a dit : *Mon héritier donnera.* Les conséquences opposées que produisent ces deux formules si différentes, sont parfaitement d'accord avec les principes du Code, qui ne défère le choix au débiteur que lorsqu'il n'a pas été déféré au créancier.

529. Mais, dans l'un et l'autre cas, si le

(1) Domat, *ubi sup.*

(2) Bourjon, t. 2, p. 281, édit. de 1746 ; Ricard, des donations, part. 1, ch. 4, n. 150 et suiv.

legs était de choses *indéterminées*, (1) qui, dans la même espèce, peuvent être de différentes qualités, bonnes ou mauvaises, comme des chevaux, des tapisseries, etc., l'héritier comme le légataire ne doivent pas abuser de la liberté du choix, et l'un donner la plus mauvaise, l'autre prendre la meilleure. Art. 1022, L. 37, ff. *de leg.* 1°. Le choix doit être circonscrit entre les choses de qualité médiocre.

530. En appliquant ces principes au legs à titre universel, par exemple, au legs du quart des biens, il nous paraît qu'il faut en conclure, si le testament ne porte rien de contraire, que le choix doit appartenir à l'héritier qui ne peut, à la vérité, délivrer arbitrairement les biens qu'il lui plaira donner au légataire, mais qui, après avoir fait faire, contradictoirement avec ce dernier, le prisage et les loties des biens, tant mobiliers qu'immobiliers, peut lui désigner ou lui délivrer celle des lotíes qu'il voudra, et conserver les autres sans les tirer au sort.

Il nous paraît encore qu'il en est de même du cas où le legs universel se trouve réduit par

(1) Mais qu'est-ce qu'une chose indéterminée? V. ce que nous disons dans le 6e volume, titre des contrats ou des obligations conventionnelles, ch. 2, sect. 3. V. aussi le nouveau répertoire, vo *legs*, sect. 4, §. 3, n. II, p. 331.

la présence d'un héritier légitimaire, auquel le légataire est obligé de demander la délivrance. La loi donne la préférence au premier, puisqu'elle le déclare saisi de toute la succession ; et qu'elle veut que ce soit de sa main que le légataire reçoive la délivrance de son legs. Si le sort devait décider des portions qui appartiendront à chacun d'eux, on ne pourrait pas dire que la délivrance de la portion du légataire fût faite par l'héritier. (1)

1 Domat, 2e partie, Liv. 3, tit. 3, sect. 3, n. 2, p. 458, dit que si l'héritier institué et le légataire ne conviennent pas entre eux des biens héréditaires que le dernier doit avoir, « il » faut faire un partage, et *donner* pour la légitime des biens qui » en tiennent lieu : car la légitime étant une part de l'hérédité, » la demande d'une légitime est une véritable *demande en partage*, » qui doit être faite suivant les règles des partages. »

Mais remarquez que Domat écrit ceci dans les principes du droit romain, suivant lequel l'héritier institué était saisi, malgré la présence d'un légitimaire.

Lebrun, des successions, Liv. 2, ch. 3, sect. 12, n. 1, p. 287, dit que la querelle d'inofficiosité se réduit dans notre usage « à » une simple demande de légitime *qui s'intente contre l'héritier* » *institué*... C'est pour cela que, dans son exécution, l'on *pro-* » *cède par jet de lots*, afin d'égaler le légitimaire, à proportion » de son droit, à ceux qui lui fournissent sa légitime. »

Les principes du Code sont tout autres. Ce n'est plus le légitimaire que la loi déclare saisi, et qui doit venir par voie d'action contre l'héritier institué ; c'est le dernier qui doit, non pas lui former l'action de partage, mais lui demander *la délivrance* de son legs comme un légataire particulier. S'il faut un prisage, ce n'est que pour connaître ce qui revient à l'héritier institué ; s'il faut des loties, c'est pour empêcher l'héritier du sang d'abuser du choix qui lui est déféré : mais les loties faites, il doit désigner ou délivrer celle qui appartient au légataire universel.

531. La chose léguée doit être délivrée avec les accessoires nécessaires, 1018, tels que les meubles attachés au fonds à perpétuelle demeure, 535-536, les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, 1064.

Le legs d'une maison comprend celui du jardin qui en dépend, (1) quoiqu'il soit séparé par un chemin ou par une rue. (2)

On trouvera de plus amples détails sur ce qui est compris dans un legs ou sur son étendue, en consultant le droit romain, Ricard, Domat, Lacombe, v° *legs*; le nouveau Dénisart, v° *accessoire*; Pothier, des donations testamentaires, ch. 5, sect. 3, §. 8; Grenier, des donations, t. 1, p. 552, et surtout le répertoire, v° *legs*.

532. L'art. 1023 tranche une question qui faisait naître des difficultés dans l'ancienne jurisprudence. Il porte que « le legs fait au » créancier n'est pas censé fait en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages. » Si donc je lègue 3000 fr. à Paul, à qui je devais pareille

[1] Domat, Liv. 3, tit. 1, sect. 6, n. 14; le nouveau répert., v° *legs*, sect. 4, §. 3, n. 15.

[2] Arrêt du 15 juin 1712; journal des audiences, t. 6, p. 251; le répertoire, *ubi sup.*

somme qu'il m'avait prêtée, il lui sera dû 6000 fr. par ma succession.

535. Doit-on faire une exception à cet article dans l'espèce suivante : J'ai légué à ma fille 20,000 fr. par préciput. Depuis mon testament fait je la marie, et je lui donne en dot 20,000 fr. par préciput, sans parler de mon testament. Peut-elle, outre sa dot, exiger à ma mort le legs de 20,000 fr. contenu dans mon testament que je n'ai pas révoqué ?

M. Malleville distingue ; il pense qu'elle le peut, si la constitution de dot a suivi le testament, et qu'elle ne le peut pas si, comme dans l'espèce proposée, la constitution de dot est antérieure au testament. Il fonde son opinion sur la loi 11, Cod. de leg.

Cette distinction nous paraît sans fondement, parce que le testament, à quelque époque qu'il soit fait, ne prend sa force qu'à la mort du testateur, qui, jusqu'au dernier moment, était libre de le révoquer. Quant à la loi romaine, elle n'a plus aucune autorité en France, dès qu'elle n'est plus d'accord avec nos principes.

Il nous semble que le legs fait à la fille ne doit pas plus se confondre avec sa dot, que le legs fait à un étranger ne se confond avec

sa créance, à moins qu'il n'y eût des circonstances assez fortes pour décider autrement; car remarquez que l'art. 1023 dit que le legs n'est pas *censé* fait en compensation de la créance. Cette présomption peut cesser par les circonstances; par exemple, si un testament antérieur au mariage de la fille lui donnait 20,000 francs par préciput pour aider à la marier et lui tenir lieu de dot, et que depuis ce testament le père mariât sa fille, en lui donnant réellement 20,000 fr. en dot par préciput, il serait clair que les deux dons se confondent; et quoique le testament n'eût pas été révoqué, la fille ne pourrait exiger le legs qu'il contenait, et dont elle a été payée d'avance.

534. Si la chose léguée a reçu des augmentations naturelles, le légataire en profite. Quant à celles qui sont provenues du fait du donateur, on distingue: le légataire d'un immeuble a droit à tous les embellissemens et à toutes les constructions faites par le testateur sur le fonds légué depuis le testament, 1019.

535. Il n'en est pas de même des acquisitions faites depuis la même époque, et qui ont augmenté l'étendue du fonds légué; elles ne sont pas censées faire partie du fonds, quand même elles y seraient contiguës, à

moins que le fonds ne soit enclos, et qu'elles n'aient servi à en augmenter l'enceinte, 1019. (1) Ainsi une pièce de terre acquise depuis le testament, et réunie à la métairie léguée, ne ferait point partie du legs sous l'empire du Code, (2) à moins qu'elle n'eût été incorporée à une autre et renfermée dans la même enceinte, en abattant les fossés qui les séparaient avant l'acquisition, pour n'en plus faire qu'une seule pièce de terre.

536. Si la chose léguée se trouvait diminuée ou détériorée depuis le testament, soit naturellement, soit par le fait du testateur, la perte tombe sur le légataire; (3) et si elle a totalement péri pendant la vie du testateur, le legs devient caduc, 1042.

Si la perte ou la détérioration n'était survenue que depuis la mort du testateur, mais sans le fait ou sans la faute de l'héritier, il serait libéré; il ne serait même pas tenu de

(1) Un héritage est censé clos, suivant la loi du 6 octobre 1791, sect. 4, art. 6, lorsqu'il est entouré de murs, ou lorsqu'il est exactement fermé et entouré de palissades, ou de treillages, ou d'une haie vive, ou d'une haie sèche, ou de toute autre manière de faire des haies en usage dans chaque localité, ou d'un fossé de quatre pieds de large à l'ouverture et deux pieds de profondeur.

(2) *Secùs* dans l'ancienne jurisprudence. V. Pothier, des donations testamentaires, p. 325. Il suivait les principes du droit romain, réformés par l'art. 1019.

[3] Pothier, *ubi sup.*

la perte arrivée depuis qu'il a été mis en demeure de faire la délivrance, s'il pouvait prouver que la chose eût également péri chez le légataire, 1042. (1)

537. La chose ne devant être délivrée que dans l'état où elle se trouve à la mort du testateur, il en résulte que si, à cette époque, elle se trouvait, antérieurement ou postérieurement au testament, hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle était grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur, 1020.

Cet article déroge en ce point aux lois romaines, qui voulaient que l'héritier eût dégagé de l'hypothèque ou de l'usufruit la chose léguée, pour la délivrer libre au légataire, (2) pourvu que le testateur eût connaissance que la chose était engagée, parce qu'on présumait que telle était l'intention du testateur. Notre Code présume, au contraire, que le testateur n'a voulu léguer la chose que dans l'état où elle se trouverait à son décès.

(1) Cette disposition finale de l'art. 1042 est conforme à l'art. 1302, tiré de Pothier, des oblig., n. 143.

(2) Pothier, pag. 319 et suiv.

Si elle se trouve grevée d'un usufruit, le légataire est obligé de laisser jouir l'usufruitier ; le legs se réduit à la nue propriété : il est également obligé de souffrir toutes les autres servitudes, quand même elles seraient établies en faveur de l'héritier. (1) L'art. 1020 ne fait aucune distinction entre le cas où l'usufruit de la chose léguée appartient à l'héritier ou à un étranger.

538. Mais remarquez qu'en obligeant le légataire particulier à supporter l'hypothèque existante sur les fonds légués, l'art. 1020 ne le charge point d'acquitter les dettes auxquelles ils sont affectés ; ce sont toujours les héritiers ou successeurs à titre universel qui en demeurent débiteurs. S'il était forcé d'acquitter ces dettes par suite de l'action hypothécaire, ou s'il voulait se dégager de l'hypothèque en les payant volontairement, il serait, suivant l'art. 874, subrogé aux droits du créancier contre les héritiers. Il y a sur ce point une disposition précise en faveur de l'usufruitier à titre particulier dans l'art. 611, dont la disposition doit être étendue à tous les légataires particuliers, parce qu'il y a même raison de décider. S'il s'agissait d'une dette exigible, il en aurait répétition à l'expiration du terme ;

(1) Pothier, pag. 322.

s'il avait remboursé une rente perpétuelle, il pourrait forcer les héritiers ou autres successeurs à lui en continuer le paiement jusqu'au remboursement du capital : ainsi les art. 874 et 1020 sont dans un parfait accord. (2)

539. Les rentes perpétuelles, celles mêmes qu'on appelait autrefois foncières, n'étant plus un droit réel, et n'affectant plus l'héritage qu'à titre d'hypothèque, il paraît que le légataire du fonds qui leur est affecté n'est point obligé de les acquitter, mais seulement de souffrir l'hypothèque. C'est ce qui nous semble résulter nécessairement du changement qui s'est opéré dans la nature des rentes. Voyez ce que nous avons dit tom. 3, pag. 22 et 83 Les rentes ne sont plus aujourd'hui que des créances hypothécaires; elles ont perdu le caractère de réalité qui les attachait à l'héritage dont elles étaient une délibation. M. Grenier, qui enseigne t. 1, p. 539, qu'elles sont à la charge du légataire du fonds sur lequel elles sont hypothéquées, n'a pas fait assez d'attention au changement arrivé dans la législation. Il résulte de ce changement qu'il faut appliquer aujourd'hui aux rentes foncières devenues

[1] M. Malleville a cru trouver de l'opposition ou même une antinomie entre ces deux articles; il a été solidement réfuté par M. Merlin, dans le nouveau répertoire, v° *légataire*, p. 737.

meubles et rachetables, l'ancienne doctrine suivant laquelle le légataire n'était chargé que des rentes qui *tenaient nature du fonds sur lequel elles étaient assises.* V. Merlin, dans ses questions de droit, v° *légataire*, §. 3, et les auteurs qu'il cite.

540. L'action personnelle ou en délivrance n'est pas seulement un droit accordé aux légataires, c'est de plus un devoir que la loi leur impose. Ils doivent recevoir leurs legs de la main de l'héritier ou de la justice; car ils n'ont pas le droit de possession ou la saisine des biens légués, hors le cas unique dont nous avons parlé n° 495 et 520.

Le testateur lui-même ne pourrait donner au légataire la saisine des biens légués, ni le dispenser de la demande en délivrance. (1)

541. Il y a cependant quelques cas où le légataire est dispensé de cette demande. Si la chose léguée se trouvait, au jour de l'échéance du legs, dans la possession du légataire, à

(1) Pothier, des donations testamentaires, ch. 5, sect. 2, § 2, p. 303. Ne faudrait-il point faire une exception à ce principe, dans le cas où il n'existe que des collatéraux? Pourquoi le testateur, qui peut instituer un héritier testamentaire, ne peut-il pas dispenser le légataire d'un corps certain de la demande en délivrance, et ordonner qu'il pourra se mettre de lui-même en possession? *Non debet cui plus licet quod minùs est non licere.* L. 21, ff. de R. J.

qui le défunt l'aurait confiée à quelque titre que ce fût, par exemple, à titre de dépôt, de louage, de prêt, etc., le légataire pourrait la retenir sans être obligé d'en demander la délivrance; (1) d'où résulte que si le legs consistait dans la remise d'une dette, le légataire serait dispensé de demander la délivrance. (2)

542. Si le légataire d'une chose mobilière était nommé exécuteur testamentaire, et que le testateur lui eût donné la saisine de son mobilier, comme l'y autorise l'art. 1026, il ne serait point obligé à demander la délivrance de son legs.

543. Le légataire par préciput étant lui-même saisi de la succession comme ses cohéritiers, est-il néanmoins tenu de leur demander la délivrance, sous peine de perdre les fruits? Les opinions sont divisées sur cette question. (3) Ainsi la prudence exige que l'héritier légataire forme la demande en délivrance, pour prévenir les difficultés.

544. Si les légataires qui doivent demander la délivrance se mettaient en possession des

(1) Pothier, *ubi sup.*; Grenier, t. 1, p. 531 et 532.

(2) V. le nouveau répertoire, v° *légataire*, §. 5, n. 9.

(3) Grenier, t. 1, p. 533.

choses léguées de leur autorité privée, ce serait une voie de fait qui donnerait à l'héritier le droit de leur faire rapporter les fruits et payer les intérêts des sommes dont ils se seraient emparés. (1)

545. Car quoique, dans tous les legs purs et simples, le légataire ait un droit acquis à la propriété de la chose léguée du jour de la mort du testateur, 1014, il n'a pas toujours droit aux fruits à compter de la même époque. Il faut distinguer les légataires universels ou à titre universel, des légataires particuliers. Suivant l'art. 1005, quoique le légataire universel soit obligé de demander la délivrance aux héritiers légitimaires, il a néanmoins la jouissance des biens compris dans le testament, à compter du jour du décès du testateur, si la demande en délivrance a été faite dans l'année depuis cette époque; sinon cette jouissance ne commencera que du jour de la demande formée en justice, ou du jour que la délivrance aura été volontairement consentie.

L'art. 1011, qui assujettit les légataires à titre universel à demander la délivrance, n'ayant aucune disposition particulière sur l'époque à laquelle leur jouissance doit remonter, il paraît qu'il faut leur appliquer la

(1) Potbier, *ubi sup.*, p. 303, 304 et 333; Grenier, t. 1, p. 534.

disposition de l'art. 1005, relative aux légataires universels, et qu'ils ont également la jouissance, à compter de la mort du testateur, si leur demande en délivrance a été faite dans l'année.

Mais l'art. 1014 contient une disposition spéciale pour les légataires particuliers; il veut qu'ils ne puissent prétendre les fruits ou les intérêts de la chose léguée qu'à compter du jour de la demande en délivrance, ou du jour qu'elle a été volontairement consentie, sans distinguer si la demande a été formée dans l'année.

Néanmoins les intérêts ou les fruits de la chose léguée courent au profit du légataire, à compter du jour du décès, et sans qu'il ait formé sa demande, dans les deux cas suivans :

1° Lorsque le testateur a déclaré sa volonté à cet égard, d'une manière claire et sans équivoque ;

2° Lorsqu'une rente viagère ou pension aura été léguée *à titre d'alimens*, 1015.

546. L'héritier, quoiqu'ayant la saisine légale de la succession avant la délivrance, ne pourrait vendre les choses léguées dont il n'a pas la propriété. (1) Ainsi la vente qu'il aurait

(1) V. Grenier, t. I, p. 534, n. 306.

faite n'empêcherait point le légataire d'exercer son action de vendication contre les tiers-acquéreurs qu'il trouverait en possession, quand même il s'agirait d'une chose mobilière; car on ne peut appliquer à ce cas la disposition de l'art. 1141. *Junge*, art. 2279.

547. C'est devant le tribunal civil du lieu où la succession est ouverte que doivent être portées les actions en délivrance des legs, suivant l'art. 59 du Code de procédure. C'est aussi dans ce lieu que le legs doit être délivré et le paiement fait, si le testateur n'en a ordonné autrement. (1)

548. Si le legs était d'un corps certain, il devrait être délivré dans le lieu même où il se trouvait au moment de la mort du testateur, à moins que l'héritier ne l'eût transporté ailleurs sans fraude. L. 47, ff. de légat. 1°.

549. Si, après la délivrance, le légataire était évincé de la chose léguée, parce que le testateur n'en était pas propriétaire, il n'aurait aucune action en garantie contre l'héritier, si le legs était d'un corps certain, (2) parce que le legs de la chose d'autrui est nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne

(1) V. le nouveau répertoire, v° *légataire*, p. 720, n. 21.

(2) L. 77, §. 2, ff. de légat. 2°. Le nouv. répertoire, v° *légataire*, §. 6, n. 25, p. 722.

lui appartenait pas, 1021 ; mais si le legs était alternatif ou d'une chose générique, l'éviction donne ouverture à une action en garantie. (1)

550. La demande en délivrance doit être faite aux débiteurs du legs, et d'abord, s'il en existe, aux héritiers directs en faveur de qui la loi fait une réserve, et qui, dans tous les cas, ont la saisine de préférence même aux héritiers institués ou légataires universels.

A leur défaut, au légataire universel ou héritier testamentaire, s'il en existe, et ce quand même les legs à titre universel ou particulier absorberaient tous les biens, parce que le titre de légataire universel n'en couvre pas moins toute la succession.

A défaut d'héritier testamentaire, aux héritiers collatéraux, suivant l'ordre dans lequel ils sont appelés par la loi, 1011.

Si les héritiers ne se présentent point, il faut néanmoins, s'ils sont connus, s'adresser à eux pour leur demander la délivrance et les forcer à prendre qualité; s'ils renoncent, ou s'ils ne sont pas connus, il faut faire nommer un curateur à la succession vacante. Art. 811 et 812.

(1) La loi 39, §. 3, ff. de légat. 30, le décide expressément.

551. S'il n'y avait que des héritiers irréguliers, tels que des enfans naturels, l'époux survivant ou l'état, il faut distinguer; s'ils ne s'étaient point encore fait envoyer en possession de la succession par la justice, 724, il faudrait faire nommer un curateur aux biens vacans; mais s'ils avaient demandé et obtenu l'envoi en possession, ce serait à eux qu'il faudrait demander la délivrance des legs.

552. L'art. 1011 passe sous silence le cas du concours d'un héritier légitimaire et d'un légataire universel, avec d'autres légataires à titre universel ou particulier. Nul doute que le légataire universel soit obligé de demander la délivrance de son legs au légitimaire; mais après cette délivrance, il est obligé d'acquitter tous les legs, conformément à l'art. 1009. Le légitimaire n'y contribue point, parce que sa réserve ne peut éprouver de réduction. Il n'a donc aucun intérêt d'examiner ni de contester le droit des autres légataires. Si l'un de leurs legs devenait caduc, il accroîtrait au légataire universel. Ainsi il paraît que c'est à ce dernier que les autres légataires doivent demander la délivrance, puisque lui seul doit acquitter les legs, puisque lui seul a intérêt d'examiner les titres des autres légataires.

Mais si le légataire universel négligeait de demander la délivrance ou tardait à la demander, les légataires particuliers, qui n'ont droit aux fruits que du jour de leur demande, pourraient demander la délivrance à l'héritier légitime, sauf ensuite l'action du légataire universel, si la délivrance avait été accordée par connivence et en fraude de ses droits.

553. S'il s'agissait de legs mobiliers, et que le testateur eût nommé un exécuteur testamentaire, auquel il eût donné la saisine de tout son mobilier, suivant l'article 1026, le légataire pourrait, pendant l'année que dure cette saisine, (1) s'adresser à l'exécuteur testamentaire chargé de payer ces espèces de legs, 1027-1031 : car, quoique les héritiers soient les vrais débiteurs du legs, l'exécuteur testamentaire, en acceptant cette fonction, et en se mettant en possession du mobilier, accède à l'obligation des héritiers, et s'oblige tacitement envers les légataires à payer les legs jusqu'à la concurrence des biens dont il est saisi. Nous verrons dans la section suivante la conduite qu'il doit tenir en ce cas. Mais le légataire d'un legs mobilier peut aussi diriger son action contre les héritiers qui devraient

(1) Furgole, des testamens, ch. 10, sect, 4, n. 7.

mettre en cause l'exécuteur testamentaire, (1) si la saisine des meubles lui avait été donnée.

554. Enfin la demande en délivrance devrait être dirigée contre le légataire à titre universel ou particulier, qui serait lui-même chargé de la prestation d'un autre legs particulier.

555. Dans tous les cas, l'action personnelle en délivrance ne doit être dirigée contre chacun des héritiers ou débiteurs du legs, qu'au prorata de la part et portion dont ils profitent dans la succession, 1017. Cette action n'est point solidaire, à moins que le testateur ne l'ait ainsi ordonné : car, comme il peut charger l'un de ses héritiers ou légataires d'acquitter seul un legs, il peut, à plus forte raison, donner au légataire le droit d'agir solidairement contre cet héritier ou légataire, sauf le recours de celui-ci contre les autres. (2)

556. Mais les héritiers ou autres débiteurs des legs en sont-ils tenus indéfiniment au-delà des forces de l'hérédité ou de ce dont ils profitent dans la succession ?

Il faut distinguer d'abord les héritiers des

(1) Pothier, des donations testamentaires, ch. 5, sect. 3, art. 1, §. 1, p. 307 et suiv.; le nouveau répertoire, v° *légataire*, p. 702, n. 8; Grenier, t. 1, p. 588, n. 338.

(2) V. le nouv. répert., v° *légataire*, § 6, n. 9, p. 712.

autres débiteurs des legs; il faut distinguer ensuite les héritiers bénéficiaires des héritiers purs et simples, et entre ces derniers les héritiers directs, qui ont une réserve légale, des collatéraux, qui n'en ont point; enfin il faut distinguer les héritiers directs, qui ont fait inventaire, de ceux qui ne l'ont point fait.

Les héritiers bénéficiaires, directs ou collatéraux, qui ont rempli exactement les formalités prescrites, ne sont jamais tenus des dettes de la succession, ni à plus forte raison des legs au-delà des forces de l'hérédité: c'est pour les en dispenser qu'a été établi le bénéfice d'inventaire.

Les héritiers collatéraux, qui ont fait acte d'héritier pur et simple, sont indéfiniment tenus de payer toutes les dettes de la succession, et même tous les legs au-delà des forces de l'hérédité, quand même ils auraient fait faire l'inventaire des biens qui la composent. (1)

Les héritiers directs, en faveur de qui la loi fait une réserve, ne sont point tenus d'acquitter les legs, en ce qu'ils excèdent la portion disponible, lorsqu'ils ont fait inventaire, parce qu'ils sont autorisés à faire réduire les legs, et qu'ils sont en état de prouver l'excès.

[1] V. le nouveau répertoire, v° *légataire*, n. 6, pag. 710.

Mais s'ils se sont mis en possession des biens sans faire inventaire, sont-ils irrévocablement déchus de la demande en réduction, et tenus indéfiniment aux legs? C'est une question qui partage les opinions des jurisconsultes, et que nous avons examinée sup., p. 189, en traitant des fins de non recevoir qu'on peut opposer à la demande en réduction. Nous avons embrassé l'opinion de Ricard, adoptée par Lebrun, Renusson et Pothier, qui pensent que l'héritier direct n'est pas déchu, et qu'à défaut d'inventaire; les légataires qui refusent de s'en tenir à sa déclaration peuvent faire constater les forces de la succession par les enquêtes de commune renommée.

Quant aux légataires universels ou héritiers testamentaires, il faut encore distinguer; s'ils sont en concours avec un légitimaire, ils ne sont pas saisis, ils ne sont que des successeurs aux biens, et, en cette qualité, ils ne sont tenus ni des dettes ni des legs au-dessus de la valeur des biens qu'ils ont reçus de la main de l'héritier.

Au contraire, s'il n'existe point de légitimaire, les héritiers universels sont de véritables héritiers testamentaires qui représentent la personne du défunt, et qui sont indéfiniment tenus aux dettes et aux legs, si, comme ils

en ont la faculté, (1) ils n'ont point usé du bénéfice d'inventaire; car ils n'ont point de réserve à réclamer comme les héritiers directs.

Enfin, les légataires à titre universel ne peuvent jamais être tenus aux dettes et charges de la succession au-delà de ce dont ils profitent.

557. S'il y a un héritier institué ou légataire universel, et point de légataire à titre universel, il est seul tenu d'acquitter tous les legs particuliers, quand même il serait en concours avec des héritiers légitimaires, 1009, parce que leur réserve doit demeurer intacte.

Il est tenu de les acquitter tous, quand même ils épuiseraient le restant des biens après le prélèvement de la réserve. La loi présume que l'intention du testateur a été de donner la préférence aux legs particuliers. (2)

Le droit romain, qu'on suivait en France dans les pays de droit écrit, et qui fut consacré par l'ordonnance de 1735, article 56, accordait à l'héritier institué le droit de retenir un quart sur les legs particuliers, lorsqu'ils absorbaient tous les biens de la succession;

(1) Merlin, d'après Chabot, nouveau répertoire, v° *légataire* p. 733.

(2) Bigot-de-Préameneu, exposé des motifs, t. 4 édit. de Didot.

c'est ce qu'on appelait la quarte falcidie. Cette retenue, qui n'était pas admise dans les pays de coutume, ne l'est plus, sous l'empire du Code, ni en faveur des héritiers institués, ni en faveur des légataires universels : (1) ils ne peuvent rien retenir sur les biens avant d'avoir payé tous les legs, même ceux à titre universel. Si le testateur avait commencé par instituer un légataire universel, et ensuite quatre autres légataires à chacun desquels il eût chargé le premier de donner le quart de ses biens, le légataire universel ne serait qu'une espèce d'exécuteur testamentaire, qui ne retirerait d'autre avantage de son legs que la saisine, s'il n'y avait point d'héritiers légitimaires, et l'accroissement éventuel de ceux des autres legs qui pourraient devenir caducs.

558. Si les biens ne suffisaient pas pour acquitter les legs particuliers, les legs d'un corps certain devraient d'abord être prélevés, parce qu'ils ont en leur faveur une disposition spéciale du testateur. Le surplus des biens serait réparti au marc le franc, 926, entre les légataires dont les legs ne consistent qu'en sommes d'argent. Tous doivent souffrir un retranchement proportionné à leur valeur; il n'y a point de préférence à prétendre, sur

[1] *Ibid.* V. aussi ce que nous avons dit *sup.*, p. 182, n. 159.

le fondement qu'un legs serait écrit avant un autre. *Nec enim ordo scripturæ spectatur, sed potius ex jure sumitur id quod agi videtur.* L. 6, ff. de solut. On présume que l'intention du testateur a été que la condition des légataires fût égale. Si le testateur, qui ne laisse que 30,000 fr., avait néanmoins légué 30,000fr. à Titius, 20,000 fr. à Seius, et 10,000 fr. à Mevius, le premier aurait 15,000 fr., le second 10,000 fr., et le troisième 5000 fr. (1)

Mais le testateur est toujours le maître d'ordonner que tel legs sera acquitté de préférence aux autres, et sa volonté fait la règle; il n'est même pas nécessaire qu'elle soit toujours expresse. Elle peut quelquefois résulter de la nature du legs, ou d'autres circonstances. Par exemple, on pensait, sous l'ancienne jurisprudence, que les legs de restitution devaient être acquittés avant les legs de libéralité, et cette préférence est parfaitement juste; car si la somme léguée par forme de restitution était réellement due par le testateur, la justice rigoureuse exige qu'elle soit acquittée avant les libéralités; *nemo liberalis nisi liberatus.* Si elle n'était pas due, le testateur, en léguant

[1] L. 80, ff. de legatis 1°, *is qui sola triginta* reliquerat, Titio triginta legavit, Seio viginti, Mævio decem. Massurius Sabinus probat Titium quindecim, Seium decem, Mævium quinque consecuturos.

de cette manière, a suffisamment indiqué la préférence qu'il voulait donner à un legs pareil.

Mais le legs de restitution n'a pas toujours la force de placer au nombre des créanciers le légataire qui n'a d'autre titre justificatif que le testament. Voyez ce que nous disons inf., à l'article de la révocation expresse des testamens.

S'il y avait un légataire à titre universel, et des légataires à titre universel en concurrence avec des légataires particuliers, ces derniers legs seraient d'abord acquittés, et les légataires à titre universel y contribueraient avec le légataire universel, 1012. (1) Si les biens étaient insuffisans, les legs à titre universel seraient acquittés avant le legs universel, comme nous l'avons déjà dit.

559. S'il y a des héritiers *naturels*, c'est-à-dire des héritiers du sang en concours avec des légataires à titre universel, ils sont tenus les uns et les autres d'acquitter les legs particuliers par contribution au marc le franc, ou *pro modo emolumenti*, 1013, à moins que la nature des dispositions testamentaires n'indique que les legs particuliers doivent n'être supportés que par les uns ou par les autres. Par exemple, je lègue le fonds Cornelien à

(1) Grenier, t. 2, p. 366.

Titius, et tous mes meubles à Mevius; celui-ci ne contribuera point au legs du fonds Cornelien, qui sera distrait des immeubles recueillis par l'héritier du sang. Au contraire, si je donne tous mes meubles et effets mobiliers à Pierre et mon argenterie à Paul, le legs de l'argenterie sera distrait des meubles, sans que l'héritier du sang y contribue.

Mais si, après avoir légué tous mes meubles à Pierre, je léguais une somme de 1000 fr. à Paul, les héritiers du sang, qui recueillent les immeubles, contribueraient au legs *pro modo emolumenti.* Ils n'y contribueraient point si, au lieu d'une somme indéterminée, j'avais légué à Paul la somme de 1000 fr. qui m'est due par Caïus.

560. Les légataires particuliers ne contribuent qu'à l'acquit des legs dont ils sont chargés par le testateur.

561. Quant à la manière dont les héritiers institués ou légataires universels et les légataires à titre universel contribuent aux dettes de la succession, voyez ce que nous avons dit au titre des successions, t. 4, p. 500 et suivantes.

562. Les frais de la demande en délivrance

sont à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter une réduction de la réserve légale, 1016.

Au contraire, les frais d'enregistrement et de testament sont dus par le légataire, le tout à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par le testament.

563. Mais chaque legs peut être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayant cause, 1016.

Ainsi chaque légataire, quelque modique que soit son legs, peut faire enregistrer le testament sans payer d'autres droits proportionnels que ceux auxquels son legs donne ouverture. Autrefois on pensait que l'enregistrement était indivisible; en sorte que l'homme pauvre, gratifié d'un legs modique, pouvait se trouver dans l'impossibilité de demander son legs, faute de moyens suffisans pour faire l'avance de l'enregistrement du testament.

564. L'action en délivrance doit être introduite dans la forme prescrite pour toutes les affaires civiles, c'est-à-dire, par une citation préalable en bureau de paix, suivie d'une assignation devant le tribunal civil du lieu où la succession est ouverte, suivant l'art. 59 du Code de procédure.

Le tribunal ne peut valablement ordonner la délivrance que sur une demande formée contre les héritiers débiteurs du legs. La délivrance accordée sans leur concours ne donnerait pas au légataire le droit de s'approprier les fruits de la chose léguée ; il serait obligé de les rapporter à l'héritier, (1) jusqu'au jour de la demande ou du jugement en délivrance.

565. Ce jugement, qui appartient essentiellement à la jurisdiction contentieuse, diffère donc de la simple ordonnance d'envoi en possession, rendue par le président du tribunal, dans le cas des art. 1006 et 1008 ; c'est-à-dire, lorsqu'il y a un légataire universel ou un héritier testamentaire institué par un testament olographe ou mystique, de la part d'un testateur qui ne laisse point d'héritiers directs. Cette ordonnance appartient par sa nature à la jurisdiction volontaire, (2) puisque les héritiers n'y sont point appelés. L'affaire ne devient contentieuse que dans le cas où les héritiers s'opposent à l'envoi en possession, et alors elle doit être renvoyée à l'audience du tribunal.

(1) Pothier, des donations testamentaires, ch. 5, sect. 2, §. 2, p. 304.

(2) V. l'excellent traité de l'autorité judiciaire, par M. Henrion-de-Pansey, p. 142, 2e édit.

566. Mais le légataire peut-il, lorsqu'il tient son droit d'un testament public et solemnel, procéder par un commandement dans lequel il demande la délivrance à l'héritier, et en cas de refus user de la voie d'exécution parée, comme on le pratique à l'égard des contrats? Car enfin, il est propriétaire de la chose léguée dès l'instant de la mort du testateur, et il l'est en vertu d'un titre authentique.

Quelques auteurs ont soutenu l'affirmative sous l'ancienne jurisprudence, et leur opinion avait été suivie par des arrêts du parlement de Bordeaux. (1)

D'autres auteurs pensaient au contraire que le légataire ne peut procéder par voie de saisie, avant d'avoir obtenu un jugement qui ordonne la délivrance. Cette dernière opinion, suivie par plusieurs parlemens, est la plus régulière, la seule qui nous paraisse devoir être suivie sous l'empire du Code. Le droit de conférer aux testamens l'exécution parée, c'est-à-dire, de commander à la force publique de les mettre à exécution, n'appartient qu'au pouvoir judiciaire, puisque tous les légataires sont soumis à demander soit la délivrance, soit l'envoi en possession, hors le seul cas où le testateur,

[1] V. le nouv. répert., v° *légataire*, §. 6, n. 19, p. 719.

qui ne laisse point d'héritiers directs, a institué un légataire universel dans un testament par acte public : car alors le légataire universel ayant la saisine légale, en vertu de l'art. 1006, sans être obligé de demander ni délivrance ni envoi en possession, le testament est mis à exécution sur l'expédition en forme délivrée par le notaire-rapporteur, et revêtue de la formule exécutoire, au nom de l'Empereur, *mandons et ordonnons*, etc. Hors ce cas unique, le légataire même universel ne peut agir par voie d'exécution parée, qu'après avoir obtenu soit la délivrance, soit l'envoi en possession.

567. Outre l'action personnelle pour la délivrance de leurs legs, les légataires ont aussi, quand même le testament serait olographe, (1) une hypothèque sur les biens que les héritiers ou autres débiteurs des legs ont recueilli de la succession du testateur, et non sur les autres biens des mêmes héritiers.

Cette hypothèque est établie par l'art. 1017, qui porte que les héritiers du testateur ou autres débiteurs d'un legs seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profitent dans la succession.

(1) Pothier, pag. 338; le nouv. répert., v° *légataire*, §. 6, n. 15, p. 717; Grenier, t. 2, p. 160 et 163.

« Ils en seront tenus hypothécairement » *pour le tout*, (1) jusqu'à concurrence de » la valeur des immeubles de la succession » dont ils sont détenteurs. »

Ainsi voilà une hypothèque légale, ou, comme l'appelle l'art. 2111, un privilège établi en faveur des légataires, contre les héritiers et autres *débiteurs* du legs, et détenteurs des immeubles de la succession affectés au paiement du legs.

568. Remarquez que cette hypothèque n'est établie que contre les héritiers *débiteurs du legs;* car il peut arriver que le testateur charge un de ses héritiers, ou même un légataire, d'acquitter seul un legs. Alors le paiement de ce legs ne regarde que celui qui en est débiteur, et le légataire n'a point d'hypothèque sur les biens de la succession échus aux autres héritiers ou légataires.

Mais il peut exercer son action hypothécaire contre les tiers possesseurs des biens affectés au paiement de son legs.

569. Pour conserver leur hypothèque privilégiée, les légataires sont obligés de prendre,

[1] Le Code tranche ici d'un seul mot tous les doutes qui s'étaient élevés dans l'ancienne jurisprudence, sur le point de savoir si les légataires pouvaient exercer l'action hypothécaire solidairement contre un seul héritier, sauf le recours de celui-ci contre les autres. V. le nouv. répert., v° *légataire*, sect. 6, n. 9, p. 712.

aux différens bureaux de la conservation des hypothèques où les immeubles sont situés, des inscriptions sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession, 2111.

Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentans au préjudice des légataires.

Si les créanciers hypothécaires de l'héritier faisaient, pendant ce délai, inscrire leurs créances sur les mêmes biens, cette inscription ne produirait aucun effet à l'égard des légataires qui auraient fait inscrire leur droit dans les six mois; ceux-ci pourraient toujours demander que les biens de la succession qui leur sont affectés fussent séparés du patrimoine de l'héritier.

Si les créanciers de ce dernier n'étaient pas hypothécaires, ou s'ils n'avaient pas inscrit leurs créances, le légataire, quoiqu'il n'eût pas pris d'inscription dans les six mois, conserverait contre eux le privilège de la séparation des patrimoines; il le conserverait également, par une inscription postérieure à ce délai, contre les créanciers de l'héritier qui ne seraient pas inscrits avant eux. (1)

[1] V. ce que nous avons dit au titre des successions, p. 536.

570. Enfin les légataires ont, pendant trois ans, le privilège de demander que les meubles de la succession soient séparés de ceux de l'héritier, afin d'être payés de préférence aux créanciers de ce dernier, 878, 880, 2111.

571. Ce n'est, au reste, que sur les biens de la succession que les légataires ont une hypothèque : ils n'en peuvent acquérir une sur les biens de l'héritier que par le jugement qui le condamne à les payer, ou par un acte notarié dans lequel il affecterait certains biens à la prestation du legs. (1)

572. Enfin l'action réelle, que les légataires peuvent exercer, naît du droit de propriété qui leur est acquis de plein droit du jour du décès du testateur, 1014. Il en résulte que, si le legs est d'un corps certain ou d'une chose déterminée, les légataires ont l'action de revendication, qui appartient à tout propriétaire contre ceux qu'il trouve en possession d'une chose qui lui appartient.

Le tiers possesseur, contre lequel cette action serait dirigée, ne pourrait pas leur opposer le défaut de délivrance de la part de l'héritier; ce serait excepter du droit d'un tiers.

573. Mais à l'exception de l'héritier institué ou légataire universel, dans le cas où la saisine

(1) Pothier, p. 340; le répert., v° *légataire*, p. 717, n. 16.

lui est déférée, les autres légataires n'ayant point la saisine ne pourraient, avant d'avoir obtenu la délivrance, exercer l'action possessoire contre un tiers, parce qu'ils seraient hors d'état de prouver leur possession.

574. Malgré le jugement qui condamnerait un tiers possesseur à délaisser la chose léguée au légataire, il n'aurait droit aux fruits que du jour de la demande en délivrance, 1014; et il devrait les rapporter (1) aux héritiers légitimes ou testamentaires, des mains desquels il doit recevoir son legs. Il ne suffit pas qu'il le reçoive des mains d'un tiers possesseur, même avec le concours de la justice; il faut que l'héritier intervienne dans la délivrance. Le légataire qui veut exercer l'action de revendication contre un tiers possesseur, avant d'avoir obtenu la délivrance, doit donc, pour son propre intérêt, mettre l'héritier en cause pour voir dire que le jugement qui interviendra tiendra lieu de délivrance. Le légataire ne peut valablement obtenir cette délivrance du juge que sur une demande contradictoire avec l'héritier. (2)

(1) V. le nouv. répert., v° *légataire*, §. 5, n. 17, p. 707; Pothier, des donations testamentaires, p. 304 et 333.

(2) Pothier, *ubi sup.*, p. 337; le nouv. répert., v° *légataire*, §. 5, n. 10, p. 703.

SECTION VII.

Des exécuteurs testamentaires, et des formalités nécessaires pour assurer l'existence et la conservation des testamens.

SOMMAIRE.

575. *Devoirs des juges de paix qui trouvent un testament dans la maison d'un défunt.*

576. *Motifs qui firent introduire les exécuteurs testamentaires.*

577. *Il peut y en avoir plusieurs ; leurs fonctions sont un mandat.*

578. *Ceux qui ne peuvent s'obliger, la femme mariée, le mineur ne peuvent l'être ; et pourquoi.*

579. *Précautions à prendre par l'héritier, s'il veut attaquer quelques dispositions d'un testament dont il est nommé exécuteur.*

580. *Les incapables de recevoir peuvent être exécuteurs testamentaires.*

581. *Le testateur peut donner la saisine de son mobilier à l'exécuteur testamentaire.*

582. *Cette saisine de fait n'empêche point la saisine légale de l'héritier, qui peut offrir une somme suffisante pour payer les legs mobiliers, afin d'empêcher la saisine de l'exécuteur.*

583. *Devoirs de l'exécuteur testamentaire.*

584. *C'est à lui de nommer le notaire qui doit faire l'inventaire.*

585. *S'il a la saisine, il doit recevoir le prix de la vente des meubles.*

586. *Il peut recevoir le remboursement des rentes.*

587. *Peut-il recevoir les revenus qui échoient dans l'année de la saisine?*

588. *Il peut et doit suivre le recouvrement des créances mobilières.*

589. *Comment il doit payer les legs.*

590. Quid *si la succession est vacante?*

591. *S'il peut payer les dettes de la succession.*

592. *S'il peut poursuivre les recélés des héritiers.*

593. *Il peut les faire assigner, pour les contraindre à exécuter le testament.*

594. *Sa saisine finit un an après qu'il a eu connaissance du testament;*

595. *Mais il continue de veiller à l'exécution du testament.*

596. *Ses pouvoirs expirent par sa mort; exception.*

597. *Compte qui doit être rendu à l'expiration de sa saisine.*

598. *Du cas où il y a plusieurs exécuteurs testamentaires.*

599. *A qui le compte doit être rendu, en quelle forme.*

600. *Il ne peut rien prétendre pour honoraire ou salaire.*

601. *Mais il peut se faire assister par un mandataire salarié, consulter, etc.*

602. *Du présent fait par reconnaissance aux exécuteurs testamentaires.*

603. *Où le compte doit être rendu.*

604. *Si le testateur peut dispenser l'exécuteur testamentaire de l'inventaire et du compte.*

605. *La simple dispense du compte n'est pas absolue.*

606. *Le testateur ne peut laisser son mobilier à la disposition de l'exécuteur testamentaire.*

575. Les lois ont établi différentes précautions pour assurer l'existence, la conservation et l'exécution des testamens. La minute des testamens par acte public est conservée par le notaire, pour en délivrer des expéditions à ceux que les dispositions peuvent regarder.

Quant aux testamens olographes ou mystiques qui peuvent se trouver chez le défunt, le juge de paix, avant d'apposer le scellé, doit en faire la perquisition sur la réquisition de toute partie intéressée, 917, C. P.

S'il trouve un testament ou autres papiers cachetés, il doit en constater la forme extérieure, le sceau et la suscription, s'il y en a; parapher l'enveloppe avec les parties présentes, la faire signer, si elles le savent ou le peuvent faire, et indiquer le jour et l'heure où le paquet sera par lui présenté au président du tribunal de première instance. Il fait mention du tout dans son procès-verbal, qui doit être signé des parties, sinon il doit être fait mention de leur refus, 916, C. P., ou de la cause qui les empêche de signer.

Aux jour et heure indiqués, sans qu'il soit

besoin d'aucune assignation, les paquets trouvés cachetés sont par le juge de paix présentés au président qui en fait l'ouverture, en constate l'état par un procès verbal, et en ordonne le dépôt entre les mains d'un notaire par lui commis, 918, C. P.; 1007, C. N.

Si le testament est trouvé ouvert, le juge de paix en constate l'état, et se conforme pour le surplus aux dispositions ci-dessus, 920, C. P.

Si l'acte de suscription annonce un testament mystique, les mêmes formalités doivent avoir lieu, sauf que l'ouverture ne peut se faire qu'en présence de ceux des notaires et témoins signataires de l'acte qui se trouvent sur les lieux, ou eux dûment appelés.

L'existence des testamens et leur conservation une fois assurées, c'est naturellement aux héritiers de les faire exécuter, parce qu'ils sont saisis de plein droit de tous les biens de la succession; et pour les y contraindre, les légataires ont les différentes actions dont nous avons parlé.

576. Mais comme il y a souvent dans les testamens des dispositions dont l'exécution dépend de la seule bonne foi des héritiers, (1)

[1] L. 37, ff. de ann. leg. Domat, p. 446, Liv. 3, tit. 1, sect. 11; par exemple, l'obligation d'élever un monument au testateur.

et que ces derniers manquaient quelquefois à s'y conformer, les testateurs choisirent des personnes de confiance, qu'ils chargèrent de veiller à l'exécution de leurs dernières volontés : c'est ce qu'on appelle des exécuteurs testamentaires. (1) On trouve dans le droit romain des traces de cet usage, (2) qui devint presque général après l'introduction du christianisme, parce qu'il y eut alors beaucoup de legs pieux dont les héritiers s'acquittaient avec peu de fidélité. L'institution des exécuteurs testamentaires passa dans nos coutumes, dont les dispositions sur ce point, comme sur tant d'autres, étaient extrêmement différentes.

577. En conservant l'usage des exécuteurs testamentaires, le Code Napoléon a réglé leurs droits et leurs devoirs d'une manière uniforme. Le testateur peut en nommer un ou plusieurs, s'il le juge à propos, 1025. C'est un mandat

[1] Sur l'origine et les progrès des exécuteurs testamentaires, voyez le glossaire du droit français, par de Laurière, au mot *exécuteurs testamentaires ;* et le même auteur, sur l'art. 297 de la coutume de Paris ; Blackstone, t. 2, p. 503 et suiv. V. aussi Domat, *ubi sup.* ; Pothier, des donations testamentaires, p. 276 et suiv. ; Furgole, des testamens, t. 4, p. 142 et suiv. de l'édit. in-4°.

[2] Domat, *ubi sup.*, n. 2. « *Quibus testatores bonâ illorum* » *existimatione moti, testamentarias de rebus suis præscriptiones committunt.* Nov. 68, imp. Leonis. *Junge* Furgole, t. 4, ch. 10, sect. 4, n. 11, p. 152.

qu'il leur donne, (1) et qu'ils ne sont point obligés d'accepter; mais s'ils l'acceptent, (2) ils sont tenus de rendre compte de leur gestion comme tout mandataire; ils contractent en cette qualité toutes les obligations attachées au mandat.

578. Celui qui ne peut s'obliger ne peut donc être exécuteur testamentaire, 1028. Ainsi la femme mariée ne peut accepter la fonction d'exécuteur testamentaire que du consentement de son mari, si elle est en communauté; et, si elle est séparée de biens, elle peut, sur le refus de son mari, se faire autoriser par la justice à l'accepter, 1029.

Le mineur ne peut être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur, 1030.

Ces deux articles sont des exceptions à l'art. 1990, qui porte que les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires, mais que le mandant n'a d'action contre

[1] Furgole, ch. 10, sect. 4, n. 13 et suiv.; le nouveau Dénisart, au mot *exécut. testam.*, §. 4, n. 1, p. 221 et 230.

[2] Celui qui a accepté et commencé à gérer la charge d'exécuteur testamentaire, peut-il s'en désister avant l'expiration de sa gestion, en rendant compte pour le tems qu'elle aurait duré? Oui, suivant le nouveau Dénisart, au mot *exécution testamentaire*, p. 209. Non, suivant Furgole, ch. 10, sect. 4, n. 21. Je crois que Furgole a raison. V. Valin, sur la coutume de la Rochelle, art. 68, n. 8. V. Grenier, t. 1, p. 577.

eux que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs et des femmes mariées.

Ces exceptions sont justes. Les exécuteurs testamentaires diffèrent des mandataires ordinaires, en ce que ces derniers doivent rendre compte à celui qui les a nommés, et qui doit s'imputer de les avoir choisis.

Au contraire, les exécuteurs testamentaires sont des mandataires nécessaires, respectivement à l'héritier qui n'a point participé à leur nomination, et qui ne peut les empêcher de remplir la commission que leur a donnée le testateur. On a donc voulu, avec raison, que ce dernier ne pût nommer un exécuteur incapable de s'obliger.

579. Toute autre personne peut être exécuteur testamentaire, même l'un des héritiers ou légataires; mais l'héritier qui voudrait attaquer le testament devrait refuser l'exécution testamentaire, ou ne l'accepter qu'avec réserves expresses, s'il voulait en attaquer seulement quelques dispositions. (1)

580. Les personnes incapables de recevoir un legs peuvent néanmoins être nommées exécuteurs testamentaires, et le testateur peut

[1] Nouveau Dénisart, au mot *exécution testamentaire*, §. 1, n. 6.

alors leur faire un présent modique pour les récompenser de leurs soins. (1)

581. Le testateur peut donner à ses exécuteurs testamentaires la saisine de tout ou seulement d'une partie de son mobilier; mais s'il ne la leur a pas donnée, ils ne peuvent l'exiger, 1026.

582. Cette saisine n'empêche point celle de l'héritier du sang ou de l'héritier institué, dans les cas où ce dernier est saisi. C'est toujours l'héritier qui est le véritable possesseur, lui seul est saisi comme propriétaire. L'exécuteur testamentaire ne possède que comme sequestre, et au nom de l'héritier et du légataire universel, (2) qui peuvent faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires une somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers, ou *en justifiant de ce paiement*, art. 1027, et ce quand même le testateur aurait chargé l'exécuteur testamentaire de vendre tous ses biens. (3)

[1] Nouveau Dénisart, n. 7; Pothier, p. 280; Grenier, t. 1, p. 586.

[2] C'est l'observation de Dumoulin sur l'art. 95 de l'ancienne coutume de Paris, n. 10 et 11. « *Hæc consuetudo non facit quin* » *hæres sit saisitus ut dominus, sed operatur quod executor potest* » *ipse manum ponere et apprehendere..., et etiam executor non est* » *verus possessor, et nisi ut procurator tantum.* »

[3] Arrêt de la cour impériale de Bruxelles, du 16 mars 1811. Sirey, an 1812, 2e partie, p. 41.

583. Après avoir fait assurer l'existence et la conservation du testament, en suivant les formes ci-devant indiquées, l'exécuteur testamentaire doit en donner connaissance aux héritiers; et il doit faire apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absens. Art. 1031. Il doit faire faire, en présence des héritiers présomptifs ou eux dûment appelés, l'inventaire des biens de la succession, et provoquer la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisans pour acquitter le legs. Art. 1031.

Enfin les exécuteurs testamentaires doivent veiller à ce que le testament soit exécuté, et ils peuvent, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité, 1031.

584. Dans l'ancienne jurisprudence, le droit de nommer les officiers qui doivent faire l'inventaire, la prisée et la vente, appartenait à l'exécuteur testamentaire (1) qui avait la saisine de droit, quoique le testateur ne la lui eût pas donnée. Si les héritiers n'approuvaient pas son choix, ils pouvaient nommer un second notaire et un second priseur pour

(1) V. le nouveau Dénisart, au mot *exécution testamentaire*, §. 5, n. 7 et 10. Deux arrêts l'ont ainsi jugé.

opérer conjointement avec ceux qu'avait nommés l'exécuteur testamentaire.

Sous l'empire du Code, il paraît que le même droit appartient aux exécuteurs testamentaires, soit que le testateur leur ait ou non donné la saisine; car l'art. 1031 les charge de faire apposer les scellés, de faire faire l'inventaire et de provoquer la vente du mobilier, sans distinguer si, ou non, la saisine leur a été donnée; et l'art 1026 a prévu qu'ils pouvaient n'être pas saisis. (1)

585. Si la saisine a été donnée à l'exécuteur testamentaire, c'est à lui que doit être remis le prix de la vente du mobilier, (2) ainsi que l'argent trouvé lors de l'inventaire, car il peut se mettre de lui-même en possession des biens dont le testateur lui a donné la saisine. C'est du testament où il est nommé qu'il tient ses pouvoirs; et pour les exercer, ainsi que pour intenter les actions, il n'a pas besoin de se faire autoriser ou confirmer par le juge. (3)

586. Dans l'ancienne jurisprudence, où les rentes perpétuelles étaient immeubles, l'exécuteur testamentaire ne pouvait recevoir le

(1) V. Malleville, sur l'art. 1031; *junge* Grenier, t 1, p. 519.

(2) Le nouveau Dénisart, p. 229, n. 20.

[3] Furgole, ch. 10, sect. 4, n. 42.

remboursement des rentes, si ce n'était dans les coutumes où la saisine s'étendait aux immeubles. (1) Sous l'empire du Code, où toutes les rentes, même celles qu'on appelait foncières, sont déclarées meubles, le remboursement du capital pourrait en être valablement fait à l'exécuteur testamentaire, pendant que dure sa saisine, parce que lui seul est autorisé pendant ce tems à recevoir le prix du mobilier ; mais il serait plus sûr pour le débiteur de faire le remboursement en présence de l'héritier, et de son consentement.

587. Comme le testateur ne peut donner la saisine que du mobilier existant à son décès, 1026, on peut dire qu'en droit rigoureux, *stricto jure*, l'exécuteur testamentaire, qui doit recevoir les revenus des biens et les arrérages de rentes échues jusqu'au décès du testateur, est sans qualité pour recevoir ceux qui sont échus depuis pendant l'année que dure sa saisine. (2)

Cependant il était autrefois d'usage que le paiement des fruits échus depuis l'ouverture de la succession était fait valablement, pendant leur gestion, aux exécuteurs testamentaires, qui n'éprouvaient pas plus de difficulté

[1] *Ibid.*, p. 228, n. 13.

(2) V. Furgole, ch. 10, sect. 4, n. 40 ; le nouveau Dénisart » p. 229, n. 19.

à cet égard dans les caisses publiques que de la part des particuliers. Cet usage semble devoir être maintenu sous l'empire du Code Napoléon.

588. L'exécuteur testamentaire, saisi de tout le mobilier, peut, dans l'année de sa gestion, poursuivre le recouvrement des créances mobilières de la succession, sans le concours de l'héritier ; (1) il répondrait même de celles qui viendraient à se perdre par sa faute.

589. Il doit employer les deniers qu'il a reçus à acquitter les legs mobiliers ; mais il ne doit le faire qu'avec le consentement des héritiers, ou en vertu d'un jugement rendu contre eux, et dont il n'y a pas d'appel.

Quand des légataires forment contre l'exécuteur testamentaire une demande en délivrance de legs, sans la diriger en même tems contre l'héritier, il doit dénoncer la demande à ce dernier, principalement intéressé à discuter si le legs est valide ou non. (2)

(1) Le nouveau Dénisart, *ibid.*, n. 17; Valin, sur l'art. 68 de la cout. de la Rochelle, n. 59 et 60.

(2) Le nouveau Dénisart dit que l'exécuteur testamentaire doit soutenir les légataires non recevables, jusqu'à ce qu'ils aient mis l'héritier en cause. L'opinion de Furgole, que je suis, me paraît plus conforme aux principes.

Quoiqu'obligé par devoir d'exécuter les volontés du défunt, il doit attendre le consentement des héritiers, parce qu'il peut arriver que les demandes formées entament leurs droits ou soient en elles-mêmes mal fondées. En s'en rendant seul le juge, il s'exposerait à une garantie envers les héritiers, qui seraient bien fondés à ne pas allouer dans son compte les sommes employées à acquitter des legs qu'ils auraient pu faire annuler ou réduire.

Comme l'exécuteur testamentaire n'a aucun motif pour attaquer un legs, il doit déclarer s'en rapporter à la justice, et offrir de le délivrer au légataire, pourvu que ce dernier le fasse ainsi ordonner avec la partie intéressée.

S'il y a des légataires universels qui aient obtenu la délivrance de leurs legs, l'exécuteur testamentaire peut se contenter de leur consentement, pour délivrer les legs particuliers qui doivent être acquittés sur les legs universels. L'héritier est alors sans intérêt, puisque, dans le cas où les legs particuliers seraient déclarés nuls ou caducs, ils accroîtraient aux legs universels.

590. Si la succession est vacante, l'exécuteur testamentaire doit y faire nommer un curateur, et faire ordonner, contradictoirement

avec lui, la délivrance des legs avant de les acquitter.

591. Le paiement des dettes de la succession ne regarde point l'exécuteur testamentaire, à moins qu'il n'en ait été expressément chargé par le testateur : il ne peut donc entrer dans les contestations qui s'élèvent à l'occasion de ces dettes. S'il soupçonnait l'héritier de passer des condamnations collusoires pour empêcher l'exécution du testament, il pourrait seulement en prévenir les légataires, qui auraient droit de se pourvoir contre les jugemens, et de les faire déclarer collusoires.

Si l'exécuteur testamentaire était spécialement autorisé à payer les dettes, il ne devrait le faire que du consentement des héritiers, ou en vertu d'un jugement rendu contre eux, et contre lequel ils ne se seraient pas pourvus.

Mais quoique l'exécuteur testamentaire ne soit pas chargé de payer les dettes, comme il est saisi de l'argent comptant et du mobilier, il est d'usage qu'il acquitte les frais funéraires, les frais de maladie, de scellés, d'inventaire et de vente; en un mot, toutes les dettes de préférence, sans l'acquit desquelles il ne serait pas libre de payer les legs.

592. Si l'exécuteur testamentaire soupçonnait des recélés de la part des héritiers, il

pourrait en former sa plainte et les poursuivre. (1)

593. Si l'argent trouvé, le prix de la vente et le produit des crédits ne suffisent pas pour acquitter les legs, il peut faire assigner l'héritier, pour voir ordonner qu'il sera tenu de fournir les sommes qui manquent pour achever l'accomplissement du testament ; et, en cas de refus, qu'il sera vendu des immeubles de la succession jusqu'à due concurrence. (2) C'est ce qu'enseignent les jurisconsultes antérieurs au Code Napoléon, et c'est aussi ce qui paraît résulter de l'art. 1031, qui charge l'exécuteur testamentaire de veiller à ce que le testament soit exécuté.

594. Afin que l'héritier ne soit pas trop long-tems privé de la jouissance des biens, l'art. 2026 veut que la saisine de l'exécuteur testamentaire finisse par l'expiration de l'an et jour, à compter du décès du testateur ; mais cela ne doit s'entendre que du cas où il a eu dès ce moment connaissance du testament, et où il a pu se mettre en possession du mobilier. Si on lui fait des contestations, l'année ne court que du jour qu'elles ont été terminées.

(1) V. le nouveau Dénisart, au mot *exécution testamentaire*, p. 225, §. 5, n. 8.

(2) Furgole, ch. 10, sect. 4, n. 41 et n. 38 ; le nouveau Dénisart, p. 227, n. 12.

Telle était l'ancienne jurisprudence (1) sous l'empire de la coutume de Paris, qui, comme le Code Napoléon, ne faisait durer la saisine que pendant l'an et jour du trépas du défunt. Art. 297.

Mais lorsque l'exécuteur testamentaire a été ou pu être saisi des biens de la succession, il ne peut, après l'an et jour révolus, demeurer en possession ou s'y mettre, quoique le testament n'ait pas été ou n'ait pu encore être exécuté, pour quelque cause que ce soit. (2)

595. L'exécuteur peut seulement continuer de veiller à ce que le testament soit exécuté, comme dans le cas où il n'a pas la saisine.

596. Cette saisine, et tous les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, expirent par sa mort, comme ceux de tout mandataire, et ne passent point à ses héritiers. Art. 1032.

Néanmoins, si dans le choix de son exécuteur testamentaire, le défunt avait considéré la qualité de la personne plutôt que l'individu; par exemple, s'il avait nommé le procureur-impérial près tel tribunal, le doyen des notaires de telle ville, le curé de telle paroisse, etc., les pouvoirs passeraient à la personne qui remplacerait l'individu décédé; car, en ce cas,

(1) V. le nouveau Dénisart, §. 3, n. 2, p. 213 et 214; Grenier, t. 1, p. 579; Pothier, p. 295 et 296 et Dumoulin, art. 95, n. 16.

(2) Pothier, *ubi sup;*

l'exécution était confiée moins à l'individu, alors revêtu de telle qualité, qu'à sa qualité qui ne meurt point, et qui passe à un autre après lui. Le testateur peut aussi autoriser l'exécuteur testamentaire à se nommer un substitut; car c'est un mandat, et non une disposition qui ne peut être faite à l'arbitrage d'un tiers.

597. Après l'expiration de la saisine, l'exécuteur testamentaire est tenu, ou ses héritiers pour lui, de rendre le compte de sa gestion, et d'en remettre le reliquat, soit que les opérations relatives à sa gestion soient ou non terminées. Il ne peut rester plus long-tems détenteur du mobilier, quand même il y aurait encore des legs à acquitter; et l'héritier ne peut être obligé de donner caution pour en garantir l'exécution, comme le pensaient plusieurs auteurs sous l'ancienne jurisprudence. (1) C'est aux légataires à pourvoir à leur sûreté, suivant les différens moyens que la loi leur donne.

598. S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul peut agir au défaut des autres, et ils sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux

[1] Le nouveau Dénisart, p. 234; Pothier, 297.

ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée. Art. 1033.

599. C'est aux héritiers ou aux légataires universels que les exécuteurs testamentaires doivent rendre leur compte : si la succession était vacante, il serait rendu au curateur aux biens.

Il doit, comme tout autre compte, être divisé en recettes et dépenses, dans la forme que nous avons expliquée pour les comptes de tutelle. L'exécuteur testamentaire porte en dépense les frais faits pour l'apposition des scellés, pour l'inventaire, la vente, le compte, et tous les autres frais et dépenses relatifs à ses fonctions, art. 1034; tout ce qu'il a été obligé de payer aux légataires ou aux créanciers de la succession; la dépense des contestations dans lesquelles il a été partie, à moins qu'il n'y ait été personnellement condamné.

600. Mais il ne peut rien prétendre pour honoraire des soins qu'il s'est donné. L'exécution testamentaire est un service d'ami; c'est un mandat qui, de sa nature, est gratuit. (1)

601. Mais il peut, aux frais de la succession, se faire assister par un notaire, par un

(1) Pothier, p. 294. V. Furgole, cap. 10, sect. 4, n. 69, t. 4, p. 171. Les frais de compte sont supportables par l'oyant, mais le comptable doit en faire l'avance. Furgole, p. 173.

avoué ou autre mandataire salarié, à l'apposition de scellés, à l'inventaire et à la vente: il peut, pour sa conduite dans les affaires qui se présentent, prendre des consultations dont l'honoraire doit être alloué dans son compte.

602. Il est même d'usage que le testateur fasse par son testament un présent à l'exécuteur testamentaire, en reconnaissance des soins qu'il se donnera; (1) et ce présent, lorsqu'il est modique, ne peut être refusé par l'héritier, sous prétexte que l'exécuteur testamentaire est incapable de recevoir. (2)

Dès que l'exécuteur testamentaire a accepté sa mission, et fait ce qu'il était en lui pour la remplir, les héritiers ne peuvent lui contester le présent ou le legs qui y était attaché. S'il décède dans le cours de sa gestion, le legs ou le présent est dû à ses héritiers. (3) Il peut porter ce legs dans la dépense de son compte, (4) sauf la réduction au marc le franc, dans

(1) Pothier, p. 294 et 295; le nouveau Dénisart, *ubi. sup.*, §. 4.

(2) Pothier, p. 280. Grenier, t. 1, p. 587, dit que l'opinion de Pothier n'est pas sans difficulté, parce que la détermination de ce qui serait modique ou non deviendrait arbitraire. Je préfère le sentiment de Pothier.

(3) Le nouveau Dénisart, p. 221, n. 3; Pothier, p. 295.

[4] Le nouveau Dénisart, p. 222, n. 6; Furgole, t 4, p. 164, chap. 10, sect. 4, n. 47.

le cas où il n'y aurait pas de deniers suffisans pour payer tous les autres legs particuliers.

Lorsque le testateur, en nommant plusieurs exécuteurs testamentaires, leur a légué conjointement une somme à partager entre eux, la portion de ceux qui refusent la charge de l'exécution accroît à ceux qui acceptent. (1)

603. Suivant le droit romain, le comptable devait rendre son compte devant le juge du lieu où il avait fait sa gestion. (2) Suivant l'ordonnance de 1667, tit. 29, art. 2, il devait le rendre par devant le juge qui l'avait nommé, ou par devant le juge de son domicile, s'il n'avait pas été nommé par justice.

Ainsi, dans l'ancienne jurisprudence, c'était devant le juge de son domicile que l'exécuteur testamentaire devait rendre son compte, lorsqu'il le rendait en justice. (3)

Il paraît aujourd'ui que, suivant l'art. 59 du Code de procédure, le compte de l'exécuteur testamentaire doit être rendu devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte, et où doivent être portées toutes les

(1) Le nouveau Dénisart, p. 222, n. 4.

(2) L. 1, Cod. ubi de ratiociniis agi oportet.

(3) V. Furgole, t. 4, p. 169, et le nouveau Dénisart, p. 233, n. 6.

demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort.

604. On a demandé si le testateur peut dispenser l'exécuteur testamentaire de faire inventaire et de rendre compte. (1)

Il est d'abord certain que si l'exécuteur testamentaire est incapable de recevoir, il ne peut être dispensé de l'inventaire et du compte.

Il est encore certain que cette dispense ne peut avoir lieu s'il existe des héritiers légitimaires, parce qu'alors il deviendrait impossible de connaître si les legs sont excessifs.

Mais dans les autres cas, on ne voit pas de raisons suffisantes pour rejetter la disposition par laquelle le testateur dispenserait son exécuteur testamentaire de faire l'inventaire des meubles dont il lui donne la saisine, et d'en rendre compte, puisqu'il pouvait les lui donner, et que la dispense de l'inventaire et du compte est un moindre avantage. *Non debet cui plus licet quod minùs est non licere.* L. 21, ff. de R. J.

Telle est aussi l'opinion de Ricard; néanmoins Pothier est d'une opinion contraire. Sa raison est que l'exécuteur testamentaire

[1] V. Pothier, p. 292 et 294; le nouveau Dénisart, p. 223, n. 6; Grenier, t. 1, p. 587; Ricard, des donations, part. 2, ch. 2, gloss. 7, n. 86 et suiv.; Furgole, des testamens, t. 4, p. 168, n. 57, et t. 2, p. 109.

tenant la saisine des meubles de la loi, et non du testateur, il ne peut l'avoir que sous les conditions imposées par la loi.

Mais cette raison est sans force sous l'empire du Code, où, à la différence de l'ancienne jurisprudence, l'exécuteur ne tient sa saisine que du testateur et non de la loi. Il semble donc aujourd'hui que le testateur, qui seul donne la saisine de son mobilier à l'exécuteur qu'il choisit, et qui, d'un autre côté, peut lui donner le même mobilier, peut, à plus forte raison, le dispenser de faire inventaire et de rendre compte.

On objecte (1) que cette dispense causerait des embarras dans le cas où il pourrait y avoir lieu à la réduction proportionnelle des legs ; mais cette raison n'est pas concluante : cet embarras ne regarderait que l'exécuteur testamentaire. S'il faisait la faute de s'emparer du mobilier sans inventaire, lorsqu'il est douteux que les biens soient suffisans pour payer tous les legs, il pourrait, suivant les circonstances, et s'il y avait soupçon de fraude, s'exposer à voir dire qu'il est censé avoir trouvé dans ce mobilier des valeurs suffisantes pour acquitter tous les legs mobiliers.

On objecte encore que la loi n'a point fait

(1) Grenier, *ubi sup.*

d'exception, lorsqu'elle a soumis les exécuteurs testamentaires en général à l'obligation de faire inventaire et de rendre compte.

La réponse est que la loi ne s'est point occupée du cas où il en serait dispensé par le testateur : *Provisio hominis tollit provisionem legis.*

Malgré ces raisons qui nous paraissent décisives, la grande autorité des auteurs qui ont embrassé l'opinion contraire, peut répandre du doute sur cette question.

Le doute cesserait si le testateur avait légué à l'exécuteur testamentaire le reliquat de ce qu'il pourrait devoir, ou s'il l'avait dispensé de payer le reliquat, ou défendu à l'héritier de l'exiger; (1) car ces deux dernières dispositions contiennent un legs implicite.

605. Mais s'il l'avait simplement dispensé de rendre compte, cette dispense ne serait pas considérée comme absolue, et le dispenserait seulement de répondre des négligences qu'il aurait pu commettre. C'est l'opinion de Pothier, (2) par argument de la loi 5, §. 7, ff. de adm. test. L'exécuteur n'en serait donc pas moins obligé de rendre un compte, dans lequel

(1) Furgole, ch. 7, sect. 2, n. 115 in fin.

2 Des donations testamentaires, ch. 5, sect. 1, art. 2, §. 3, pag. 394.

les héritiers ou légataires seraient tenus de s'en rapporter à sa parole et à sa bonne foi, comme l'énoncent quelquefois les testamens.

606. On pensait assez généralement, avant la publication du Code, que le testateur pouvait laisser à la disposition de l'exécuteur testamentaire l'emploi des meubles et des deniers qui restaient en ses mains après l'exécution du testament, (1) parce qu'on regardait comme permis de léguer des sommes dont on laissait la distribution à faire par l'exécuteur testamentaire aux personnes qu'il jugeait à propos. Mais il ne paraît pas que cette opinion, en faveur de laquelle on citait plusieurs arrêts, puisse être reçue aujourd'hui que nous tenons pour maxime que « toute disposition faite à » une personne incertaine, et laissée à la volonté » d'un tiers, ne peut avoir aucun effet. » Maxime conforme à la pureté des principes. (2)

[1] Furgole, ch. 10, n. 51 et 52; Grenier, t. 2, p. 217; le nouveau Dénisart, v° *exécuteur testamentaire*, p. 230; Duparc-Poullain, principes du droit, t. 7, p. 131.

[2] Ainsi l'a pensé la cour de cassation, dans un arrêt du 12 août 1811, rapporté par Sirey, an 1811, p. 357 et suiv. V. ce que nous avons dit *sup.*, fol. 54 vers.

SECTION VIII.

De la révocation des testamens, de leur caducité et du droit d'accroissement, de leur annulation ou rescision.

SOMMAIRE.

607. *Division de la section.*

607. LES testamens peuvent être révoqués par le testateur ou par la disposition de la loi; ils peuvent devenir caducs ou inutiles, lorsque, sans être nuls ou viciés dans leur principe, ils sont accidentellement privés de leur effet par quelque événement qui en empêche l'exécution, et alors il faut savoir à qui appartiennent les objets légués par les dispositions caduques. Enfin les testamens peuvent être annulés pour vices de forme, ou rescindés pour d'autres causes. Cette section se divise donc naturellement en quatre paragraphes:

Le premier, de la révocation des testamens par le fait du testateur;

Le second, de leur révocation par la disposition de la loi;

Le troisième, de leur caducité et du droit d'accroissement;

Le quatrième, de leur annulation et rescision.

§. Ier.

De la révocation des testamens par le fait du testateur.

PRINCIPES GÉNÉRAUX.

SOMMAIRE.

608. *Le testateur ne peut s'interdire la liberté de révoquer son testament,*

609. *Excepté dans le cas des dispositions contractuelles.*

610. *Le testateur qui ne révoque pas est censé persévérer jusqu'à la mort,*

611. *Quel que soit le tems écoulé entre le testament et la mort.*

612. *Exception à l'égard des testamens privilégiés.*

613. *On peut avoir plusieurs testamens, comme on peut avoir plusieurs codicilles, suivant le droit romain.*

614. *La révocation est expresse ou tacite, générale ou particulière.*

608. Les dispositions testamentaires ne conférant aucun droit aux légataires pendant la

vie du testateur, dont la volonté est ambulatoire jusqu'à la mort, (1) il est toujours en son pouvoir de les révoquer par sa seule volonté légalement manifestée; il ne peut s'interdire, ni même gêner la liberté d'user en tout tems de cette faculté. *Nemo potest sibi testamento eam legem dicere ut à priore ei recedere non liceat.* L. 22, ff. de legat. 3°. Pothier, des donations testamentaires, p. 357, ch. 6, sect. 2, §. 3.

On avait autrefois imaginé d'insérer dans les testamens des clauses par lesquelles le testateur déclarait que sa volonté était qu'aucun autre testament qu'il pourrait faire dans la suite ne fût exécuté, à moins qu'il ne contînt telle sentence qu'il indiquait; c'est ce qu'on appelait des clauses révocatoires. On les regardait comme des précautions que prenaient, contre l'effet de la séduction, ceux qui craignaient de ne pouvoir résister à des impulsions étrangères, et de faire dans la suite quelque chose contre leur volonté. (2) L'art. 26 de l'ordonnance de 1735 abrogea l'usage de ces clauses, et voulut qu'elles fussent regardées comme de nul effet, en quelques termes qu'elles fussent conçues.

(1) L. 4, ff. de adim. legat.

(2) V. Sallé, sur l'art. 76 de l'ordonnance des testamens; Furgole, ch. 11, n. 30.

Ces clauses, qui ne servaient qu'à enfanter des procès, seraient également sans effet sous l'empire du Code, quoiqu'il n'en parle point. Il suffit qu'elles gênent la liberté du testateur, et qu'elles ne soient autorisées par aucune loi.

609. Le principe que personne ne peut s'interdire la faculté de tester, ne souffre d'exception que dans le cas des institutions contractuelles, dont parlent les art. 1082 et suivans, et dont nous traiterons ci-après, chap. 8.

610. Si le testateur n'a point usé de la faculté de révoquer, il est censé avoir persévéré dans la même volonté jusqu'à sa mort. Un testament légalement fait continue de subsister, jusqu'à ce qu'il soit révoqué ou devenu caduc. *Testamentum jure factum eo usque valet donec rumpatur irritum-ve fiat.* (1)

611. Le long tems qui s'est écoulé depuis le testament jusqu'à la mort du testateur, les événemens d'où l'on voudrait induire ou présumer un changement de volonté, ne suffiraient pas pour faire annuler un testament revêtu des formes légales. Le testateur étant toujours le maître de révoquer ou de changer son testament, on présume qu'il a persévéré

[1] Princ. instit. quibus modis testamenta infirmentur. Furgole, ch. 11, n. 8.

jusqu'à la mort dans les mêmes dispositions, lorsqu'il n'a rien fait qui les détruise, et qu'il ne les a pas changées, quoiqu'il fût libre de le faire.

612. Il y a cependant une exception à ce principe relativement aux testamens militaires ou faits en tems de peste, qui, lorsqu'ils ont été faits dans la forme privilégiée, doivent être revêtus des formes ordinaires, dans les six mois après que le testateur est revenu dans un lieu où il a la liberté d'employer les formes ordinaires, ou après que les communications ont été rétablies avec le lieu où le testateur se trouvait, en cas de peste ou de maladie contagieuse, 984-987.

Les testamens faits sur mer, conformément à l'art. 988, doivent aussi être refaits trois mois après que le testateur est descendu à terre, 996.

613. Un premier testament n'est point censé révoqué par un second, à moins que ce dernier ne contienne la révocation expresse ou tacite du précédent. Deux testamens peuvent exister ensemble en tout ce qu'ils n'ont pas de contraire; ce n'est que le point sur lequel il y a changement qui se trouve anéanti. En ceci nos principes s'écartent du droit romain, suivant lequel on ne pouvait décéder avec deux

testamens valables ; l'un était incompatible avec l'autre ; le second annulait nécessairement le premier. Mais on pouvait faire plusieurs codicilles, qui tous étaient exécutés en ce qui n'était pas contraire aux précédens. (1) C'est cette dernière disposition que le Code a étendu à tous les testamens indistinctement, par l'art. 1036. « Les testamens qui ne révoqueront » pas d'une manière expresse les précédens, » n'annuleront dans ceux-ci que celles des » dispositions y contenues qui se trouveront » incompatibles avec les nouvelles, ou qui » seront contraires. »

614. La révocation des testamens par le fait du testateur est donc expresse ou tacite, générale ou particulière.

Elle est expresse, lorsque le testateur a déclaré formellement par écrit qu'il révoque son testament, ou qu'il révoque tel legs ou telle disposition particulière ;

Tacite, lorsqu'elle résulte d'une autre disposition du testateur, ou d'un fait qui suppose un changement de volonté.

Elle est générale, lorsque toutes les dispositions d'un testament sont révoquées ;

(1) Pothier, des testamens, ch. 6, sect. 1 ; le nouv. répert., v° *révocation*, p. 530 et 564.

Particulière, lorsqu'elle ne tombe que sur quelques-unes des dispositions, sans toucher aux autres.

ARTICLE PREMIER.

De la révocation expresse.

SOMMAIRE.

615. *Comment la révocation devrait s'opérer.*

616. *Dans le droit romain, les institutions d'héritier ne pouvaient être révoquées qu'en suivant les formalités nécessaires pour les testamens solemnels, suivant la règle,* nihil tam naturale est, *etc.*

617. *Par la même raison, les legs étaient révoqués par la seule volonté du testateur, prouvée par témoins.*

618. *En France, dans les pays de droit écrit, on suivait la règle,* nihil tam naturale, *etc.*

619. *Dans les pays de coutume, les legs étaient révoqués par la seule volonté consignée dans un écrit même privé.*

620. *La commission proposa d'appliquer à tous les testamens la règle* nihil tam naturale, *etc.*

621. *Cette proposition fut rejettée par le conseil-d'état,*

622. *Qui décida qu'un second testament, nul dans la forme, suffit pour révoquer les précédens.*

623. *Rédaction de l'art.* 1035, *dans le sens de cette décision.*

624. *Addition qui rendit cet article obscur, quoiqu'on n'eût pas l'intention d'en changer le sens; c'est d'où est venue la division des opinions.*

625. *La question discutée devant la cour de cassation, mais non décidée.*

626. *Examen et réfutation de l'opinion de ceux qui pensent qu'un testament imparfait ne suffit pas pour révoquer les précédens.*

627. *De l'indivisibilité des actes, et que l'on peut mêler dans un testament des actes d'une autre espèce.*

628. *Donc la clause de révocation subsiste, lorsque le testament nul est revêtu des formes nécessaires aux actes notariés.*

629. Quid *si la révocation était manifestée par des faits et non par des paroles?*

630. Quid *si le testament est nul par l'incompétence du notaire?*

631. *Si le testament mystique, dont l'acte de suscription est nul, suffit pour révoquer les précédens.*

632. *Du testament olographe irrégulier et nul.*

633. *De la révocation contenue dans un acte privé, écrit, daté, signé par le testateur.*

634. *La révocation ne s'étend pas aux dispositions répétées dans le second testament nul.*

635. *Comment on peut faire revivre un testament révoqué.*

636. *Quelle est la force des reconnaissances consignées dans un testament révoqué ou nul.*

637. *Si cette reconnaissance peut être révoquée.*

615. La première question qui se présente est de savoir dans quelle forme doit être faite la révocation expresse. Si l'on ne suivait que

la simple raison, on dirait que les testamens ne tirant leur force que de la volonté du testateur, la révocation doit s'opérer toutes les fois que le changement de volonté est constaté d'une manière non équivoque par l'un des genres de preuve reçus en justice.

616. Cependant le droit romain distinguait entre les institutions d'héritier et les legs et fidéicommis. Les institutions d'héritier ne pouvaient être révoquées par la simple volonté du testateur, même authentiquement prouvée, *nudâ voluntate ;* elles ne pouvaient l'être que par un autre testament solemnel. §. 7, instit. *quibus modis testamenta infirmentur.*

La véritable raison de cette disposition, comme l'a fort bien observé Ricard, (1) est que les testamens étaient à Rome considérés comme des lois particulières qui dérogeaient à la loi des successions *ab intestat*, laquelle n'avait de force qu'à défaut de testament; tellement que le testateur ayant une fois établi la loi qui devait régler l'ordre de sa succession, cette loi ne pouvait être révoquée que par une autre loi solemnelle; *lex lege tollitur.* On appliquait donc aux testamens la règle générale, que pour les révoquer il fallait employer les mêmes formalités que pour leur

(1) Des donations, 3e part., n. 121.

donner l'existence : *Omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt.* L. 100, ff. de R. J.

616. A l'égard des legs et des fidéicommis, on suivait également la règle que, pour les révoquer, il fallait les mêmes formalités que pour leur donner l'existence : *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est.* L. 35, ff. de R. J.

Mais comme on pouvait les faire sans aucune sorte de solemnité, *in epistolâ vel libello, imò etiam nutu*, L. 22, C. de fideicommissis, et qu'ils pouvaient être révoqués sans détruire la loi du testament, la simple volonté du testateur suffisait pour les révoquer, (1) de quelque manière qu'elle eût été manifestée, soit par écrit, soit par des paroles, soit par des faits ou même par des conjectures, et le changement de volonté pouvait être prouvé par témoins. (2)

617. Et comme en France, dans les pays de droit écrit, on ne pouvait faire des legs ou des fidéicommis qu'en suivant les formes prescrites par l'ordonnance de 1735, on

(1) L. 3, §. ult., ff. de adim. vel transf. legat.; Donellus, comment. jur. civilis, Lib. 8, ch. 17, n. 10 et seq.

(2) Brunneman, in L. 27, Cod. de fideicomm.; Heineccius, elem. jur. civ., §. 643.

concluait, d'après la règle *nihil tam naturale, etc.*, qu'on ne pouvait les révoquer que par l'emploi des mêmes formes qui leur avaient donné l'être, c'est-à-dire, par une déclaration faite devant cinq témoins, y compris le notaire. (1)

618. Dans les pays de coutume, au contraire, où les testamens, loin d'être considérés comme des lois, ne différaient en rien des codicilles, et où d'ailleurs les règles du droit romain n'avaient point force de lois, et n'étaient suivies que comme raison écrite, la révocation des testamens n'était assujettie à aucune forme.

La simple volonté du testateur, consignée dans un acte même privé, soit écrit, soit simplement signé du testateur, suffisait pour opérer la révocation qu'on ne pouvait néanmoins prouver par témoins; il serait trop dangereux de faire dépendre de leur témoignage les dernières volontés d'un testateur. (2) Cette jurisprudence paraît en tout conforme à la raison.

619. Cependant la commission chargée de la rédaction du projet de Code proposa de

(1) Merlin, quest. de droit, v° *révocation des testamens*, p. 106, 1re édition; Furgole, des testamens, ch. 12, n. 10.

(2) Pothier, des donations testamentaires, ch. 6, sect. 2, §. 1, p. 547; Bourjon, droit commun de la France, chapitre de la révocation des testamens, n. 4.

rétablir et d'appliquer à toutes les donations testamentaires indistinctement, la règle qu'elles ne peuvent être révoquées qu'en employant les formes nécessaires pour leur donner l'existence. L'article proposé portait :
« Les donations testamentaires ne peuvent
» être révoquées en tout ou partie, que par
» une déclaration du changement de volonté,
» faite *dans l'une des formes* dans lesquelles
» peuvent être faites les donations à cause
» de mort. »

620. Mais dans la séance du 27 ventôse an 11, t. 6 des conférences, p. 641, M. Tronchet observa qu'il doit suffire d'une déclaration devant notaire : cet amendement fut adopté. Ainsi on rejetta la proposition d'appliquer aux testamens la règle du droit romain, *nihil tam naturale est, etc.*

621. M. Berlier observa encore que, dans les articles proposés, on ne trouve point de disposition sur la question très-controversée de savoir si un premier testament est révoqué par un second qui se trouve nul dans la forme.

M. Tronchet dit que le second testament, quoique nul, annonce néanmoins, de la part du testateur, un changement de volonté dont

l'effet est d'anéantir le testament. Le conseil adopta cette observation, et *décida* qu'elle serait convertie en disposition. T. 6, p. 643.

622. Dans la séance suivante, tenue le 3 germinal an 11, six jours seulement après la précédente, M. Bigot-de-Préameneu présenta une nouvelle rédaction du titre des donations, faite, dit-il, *d'après les amendemens adoptés dans les séances des... et 27 ventôse...*, p. 663 du procès-verbal des conférences. Cette rédaction portait, art. 146, « que les testamens ne pourront être révoqués » en tout ou en partie, que par un acte au- » thentique portant déclaration du change- » ment de volonté. »

M. de Préameneu pensait donc qu'il résultait de cette rédaction qu'un acte imparfait comme testament, par exemple, parce qu'il n'y avait que trois témoins au lieu de quatre, n'en a pas moins la force de révoquer les précédens, lorsqu'il contient déclaration du changement de volonté, parce qu'en effet il n'en reste pas moins un acte authentique, suivant la loi sur le notariat, qui n'exige que deux témoins.

623. Mais les conférences tenues avec le tribunat occasionnèrent un changement et

une addition qui, en passant dans l'article 1035, y ont répandu une obscurité qui n'existait point dans la rédaction présentée par M. Bigot-Préameneu. Cet article est ainsi conçu:

« Les testamens ne pourront être révoqués » en tout ou en partie, que par un *testament* » *postérieur* ou par un acte *devant notaires*, » portant déclaration du changement de » volonté. »

Le tribunat donna pour motif de cette addition, qu'un testament, *même olographe*, postérieur, doit suffire pour révoquer un premier testament par acte public; ce qui ne résultait pas de la rédaction présentée.

Le motif du changement, *acte devant notaire* au lieu *d'acte authentique*, fut la crainte que l'on eût induit de ces dernières expressions que l'acte portant déclaration du changement de volonté pouvait être fait devant *tout officier public quelconque*, par exemple, un juge de paix, un greffier, etc.

On n'eut donc point l'intention (1) de s'écarter de la décision prise par le conseil-

(1) « Dans tout cela, dit M. Grenier, alors membre du » tribunat, on était animé de cet esprit que la déclaration d'un » changement de volonté pouvait résulter de tout acte qui aurait en » lui-même la forme probante. » Traité des donations, t. 2, pag. 228 et 229, n. 342, 1re édition.

d'état, le 27 ventôse an 11; mais on ne s'aperçut pas que la nouvelle rédaction proposée par le tribunat, et insérée dans l'art. 1035, pouvait, contre l'intention des rédacteurs, en altérer le sens ou le rendre obscur; il n'en résultait plus aussi clairement que de la rédaction présentée par M. Bigot, le 3 germinal, qu'un testament imparfait passé devant notaire révoque les précédens, lorsque les formes requises pour les actes ordinaires y ont été observées. Cependant la nouvelle rédaction de l'art. 1035 ne dit pas non plus le contraire; elle laisse la question indécise; elle fait renaître le doute sagement résolu par la décision du conseil, pour éteindre les anciennes controverses: il en est arrivé que les opinions se sont divisées dès le principe.

Plein de la décision du conseil-d'état, qu'on n'a point eu l'intention de rapporter, et qui se trouvait fondue dans la rédaction de M. de Préameneu, M. Malleville a continué de la trouver comprise dans l'art. 1035, comme il l'enseigne dans son analyse raisonnée.

M. Jaubert, au contraire, qui n'avait point assisté aux conférences du conseil-d'état, et qui était imbu des maximes du droit romain, crut que le silence de l'art. 1035 laissait subsister ces maximes suivies à Bordeaux,

où il avait professé le droit romain avec honneur. Il énonça donc cette opinion dans son rapport au tribunat : « La révocation, » dit-il, peut avoir lieu par un testament » postérieur, pourvu qu'il soit revêtu de » toutes les formes prescrites, et que, con- » sidéré en lui-même, il puisse recevoir son » exécution. »

On trouve la même contrariété dans les arrêts des cours d'appel. Celle de Bruxelles a suivi l'opinion de M. Malleville, dans un arrêt du 22 juillet 1807, rapporté dans le nouveau répertoire, v° *révocation de codicille*, pag. 534.

Celle de Turin, attachée aux maximes du droit romain, a suivi l'opinion de M. Jaubert, dans un arrêt du 4 avril 1807, rapporté au même endroit. Il a depuis été rendu d'autres arrêts qu'il est inutile de rapporter, parce qu'ils ne peuvent fixer la jurisprudence.

624. Enfin la question fut discutée par occasion devant la cour de cassation, lors de l'arrêt rendu le 4 novembre 1811, au sujet du testament de Nicolas-Joseph Brissy ; mais elle ne fut point décidée. Voici l'espèce de cet arrêt.

Le 24 juillet 1806, le sieur Brissy fit un testament par lequel il disposa de tous ses biens

par des legs particuliers. Le 25 août suivant, nouveau testament par lequel, après avoir fait plusieurs legs particuliers, il donna tous ses immeubles à sa femme, en remplacement de ses propres vendus. Après la lecture de ces dispositions, faite en présence des témoins, le testateur déclara *révoquer* ses précédens testamens; mais il ne fut point donné lecture de cette clause en présence des témoins, du moins on n'en fit pas mention.

Sur la demande des héritiers, la cour de Douai annula ce testament, par arrêt du 4 juillet 1809.

La veuve et les légataires du sieur Brissy se pourvurent en cassation, et proposèrent trois moyens :

1° Ils soutinrent qu'il importe peu que la mention de la lecture se trouve au commencement, au milieu ou à la fin de l'acte, et qu'ainsi la cour de Douai avait créé arbitrairement une nullité en annulant le testament, sous prétexte que la mention de la lecture y est suivie d'une clause de révocation.

Ce moyen eût été sans réplique, disait M Merlin, qui portait la parole en cette affaire, si la mention de la lecture avait été conçue de manière à faire entendre qu'elle portait sur les clauses qui suivent comme sur celles

qui précèdent ; mais c'est ce qui n'existait pas. La question que présentait ce premier moyen se réduisait donc à savoir si un testament est nul pour le tout par le défaut de lecture des dispositions ajoutées après la lecture des premières : or, cette question n'était plus douteuse ; elle était décidée par plusieurs arrêts de la cour de cassation, qui ont fixé la jurisprudence. V. ci-dessus n° 432. Ce premier moyen devait donc être rejetté.

Le second était tiré de l'art. 1035 du Code, qui porte que les testamens pourront être révoqués par un acte devant notaire, etc. Or, les demandeurs en cassation soutenaient que la clause de révocation, insérée dans le testament du sieur Brissy, était un acte notarié, valable nonobstant le défaut de lecture ; et si elle était valable, comment les dispositions qui la précèdent, et qui sont revêtues de toutes les formalités testamentaires, ne seraient-elles pas également valables ? Comment cette clause pourrait-elle vicier ces dispositions, et leur communiquer une nullité dont elle n'est pas entachée ?

Mais M. Merlin observa fort bien qu'en supposant qu'un testament nul, qui en révoque un précédent, puisse valoir, quant à cette clause, comme simple acte devant notaires,

le second moyen de cassation des demandeurs n'en était pas mieux fondé ; car il ne s'agissait pas de savoir si le premier testament du sieur Brissy était dûment révoqué, mais plutôt de savoir si son second testament était valable. Or, pour qu'il fût valable, il fallait qu'il eût été lu en entier au testateur ; et la clause de révocation faisait partie du testament, puisque le juge n'aurait pu la suppléer si le testateur l'avait omise. (1) Ainsi, dès-lors qu'elle ne lui avait pas été lue, il était clair que son testament ne lui avait pas été lu en entier. Le second moyen de cassation n'était donc pas fondé.

Le troisième consistait à dire que la clause de révocation était inutile et surabondante, parce qu'elle n'était pas une disposition nouvelle, mais une explication des précédentes. Or, le défaut de lecture d'une clause inutile et surabondante ne peut vicier un testament.

En discutant ce moyen, M. Merlin prouva que la clause de révocation n'était point une explication du testament, mais une disposition nouvelle qui ne pouvait être insérée dans le second testament, avant sa signature et

(1) V. les conclusions de M. Merlin dans cette affaire, et ce que nous avons dit *sup.*, n. 432.

après sa lecture, qu'à la charge d'être lue elle-même au testateur. En conséquence, le pourvoi fut rejetté par arrêt du 4 novembre 1811. (1)

Cet arrêt n'a donc ni décidé ni pu décider que la clause de révocation d'un premier testament, insérée dans un second nul dans la forme, est également annulée, et laisse subsister le premier testament, quoique l'acte de révocation soit revêtu des formalités nécessaires à la validité des actes notariés ordinaires ; car il ne s'agissait pas de savoir si le premier testament du sieur Brissy était ou non révoqué.

Mais à l'occasion du second moyen de cassation, M. Merlin discuta la question qui nous occupe, et fit valoir avec beaucoup de force l'opinion qu'il avait embrassée depuis long-tems, dans le répertoire de jurisprudence, v° *révocation de legs*, et soutint que la clause de révocation d'un premier testament insérée dans un second, nul comme testament, mais revêtu des formes nécessaires pour la validité des actes notariés ordinaires, n'a pas la force de révoquer les legs contenus dans le premier. (2) Une autorité aussi imposante m'a

(1) Rapporté par Sirey, an 1812, p. 33 et suiv.

(2) On trouve même dans les considérans de l'arrêt une énonciation qui pourrait paraître favorable à la même opinion. « Attendu

d'abord effrayé ; mais les raisons que donne M. Merlin n'ayant pu me convaincre, j'ai cru qu'il était de mon devoir d'exposer les miennes, et de les soumettre à son jugement ultérieur et à celui des magistrats.

625. Il fonde son opinion sur la présomption que la révocation contenue dans un testament imparfait n'est que conditionnelle, et que le testateur n'a voulu qu'elle eût son effet que dans le cas où le second testament serait exécuté, *si posterius valiturum sit.* Cette présomption est établie sur la loi 18, ff. de legat. 3°, où le jurisconsulte Pomponius propose l'espèce suivante :

Si, après avoir fait un testament régulier dans lequel je vous ai fait un legs par fidéicommis, j'en fais un second imparfait, *non*

qu'il résulte du testament du sieur Brissy, que la lecture qui lui en fut donnée ne porte pas sur la révocation de ses dispositions antérieures ;

« Attendu que cette révocation devenait nécessaire, dès que le testament qui la contenait ne renfermait pas des dispositions incompatibles avec celles du précédent testament ; *et que du moment qu'elle était faite par acte testamentaire, elle devait être revêtue de toutes les formalités des dispositions à cause de mort.* »

Mais cette énonciation avait pour but de prouver, non pas que la clause de révocation était nulle, puisque ce n'était pas ce qu'il s'agissait de savoir, mais de prouver que la clause faisant partie du testament, la lecture devait en être donnée au testateur, sous peine de nullité du testament en entier.

jure factum, dans lequel, ou je vous fais un legs *autre que le premier*, ou *je ne vous en fais aucun*; il faut voir, dit Pomponius, « si mon intention n'a pas été de vous priver du premier legs, puisque les fidéicommis peuvent être révoqués par la seule volonté, *nudâ voluntate*. Mais il est difficile de le décider ainsi, dit-il, *sed vix id obtinere potest*: car *peut-être* n'ai-je voulu m'écarter du premier testament que dans le cas où le second serait valide. *Fortassis ideò quod ità demùm à priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit.* Or, quand les mêmes héritiers institués dans les deux testamens auraient recueilli la succession en vertu du premier, le fidéicommis ne serait pas dû en vertu du second.

Remarquons d'abord que Pomponius ne parle ici que d'une révocation tacite, qui laisse douteuse la volonté de révoquer, et non pas d'une révocation expresse, qui exclut toute incertitude sur le changement de volonté. Je vous ai légué 1000 fr. dans un premier testament; j'en fais un second dans lequel je ne vous donne plus rien, mais je ne déclare pas révoquer le premier. Il faut voir, dit Pomponius, quelle a été mon intention. Il est possible que je n'aie voulu révoquer le précédent testament, que sous la condition que

le second serait valide; il se décide pour cette possibilité. Il est donc certain que, dans l'espèce de cette loi, il s'agissait d'une révocation tacite.

Notre Code est allé plus loin que Pomponius, en décidant, art. 1036, que les testamens postérieurs, qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédens, n'annuleront dans ceux-ci que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les autres, ou qui y seront contraires; parce qu'en ne manifestant pas un changement de volonté, le testateur est présumé avoir persévéré dans ses précédentes dispositions.

Mais lorsqu'il a purement et simplement manifesté un changement de volonté d'une manière expresse, on ne peut, sans choquer la raison, supposer qu'il a voulu subordonner ce changement à une condition qu'il n'a point exprimée. Aussi les interprètes ont remarqué que les lois romaines n'ont point appliqué au cas d'une révocation expresse et absolue, la présomption d'une condition que Pomponius n'a proposé d'appliquer qu'aux révocations tacites, qui laissaient incertain le changement de volonté.

Dans la Loi 36, §. 3, ff. *de testamento militis*, Paul propose le cas d'un vétéran qui,

pendant qu'il servait, avait fait un testament solemnel, *jure communi.* En mourant il déclara qu'il voulait annuler son testament, et mourir *intestat.* Mais cette déclaration ne fut point revêtue des solemnités exigées pour la validité des testamens : ainsi les institutions d'héritier conservaient leur force, suivant les principes du droit romain, comme nous l'avons dit sup., n. 616. *Hæredum institutiones in eodem statu mansisse placuit*, dit le jurisconsulte Paul. Quant aux legs, si les légataires en font la demande, elle doit être repoussée par exception : *Legata verò petentes exceptione doli mali secundum jus commune summoveri.* La raison qu'en donnent les interprètes, c'est que les legs peuvent être révoqués par la volonté seule, *nudâ voluntate.*

Le même jurisconsulte Paul propose, dans la Loi 24, §. 1^er^, ff. *de adimendis legatis*, le cas d'un père qui avait légué à sa fille des jardins avec leurs accessoires, *hortos instructos.* Il donne ensuite à son épouse, par donation entre vifs, quelques-uns des esclaves attachés à la culture de ce jardin. Il en résultait, par le fait, une révocation expresse de partie du legs fait à la fille. Paul décide que cette dernière volonté doit l'emporter sur le legs, et que lors même que la donation serait nulle,

le legs n'en serait pas moins diminué. *Posterior voluntas filiæ legato potior erit; sed et si non valeat donatio, tamen minuisse filiæ legatum pater intelligitur.*

On a opposé ces lois et quelques autres, en forme d'objection, contre la Loi 18, ff. *de legatis* 3°. Les interprètes les concilient, en observant qu'il s'agit dans cette dernière d'une révocation *tacite* qui laissait le changement incertain, et dans les autres d'une révocation *expresse*, manifestée par des paroles ou des actions. C'est la réponse de Godefroi sur la loi 18, ff. *de legatis* 3°, et après lui de Struve. (1) *Respondet ipse Gothofredus*, dit-il, *quod scilicet in textibus oppositis de aliis agatur casibus, quibus nimirum* CONSTAT *testatorem circà fideicommissa omninò mutasse voluntatem. In hâc autem lege* 18, NON ITA CONSTAT *de voluntate mutatâ, cum nihil contrarii in testamento posteriori habeatur.*

Furgole, qui examine notre question dans son traité des testamens, ch. 11, n. 42, y professe d'abord la même doctrine, et répond, comme Godefroi et Struve, que les lois citées et d'autres qu'il y ajoute, s'appliquent aux cas où il y a un changement de volonté *absolue*,

(1) Dans son ouvrage qui a pour titre : *Gothofredi immò*, etc., édit. de Francfort, 1695, p. 255.

qui se rapporte spécialement aux legs, mais qu'il en est autrement de la loi 18 *de legatis* 3°. On est donc surpris qu'il finisse par n'être plus d'accord avec ses principes, et par en tirer une conséquence qui leur est contraire, quand il ajoute : « Et nous croyons, avec Bartole, sur la loi 18 *de legatis* 3°, que les legs et les autres dispositions contenus dans le premier testament doivent subsister nonobstant le second testament imparfait et nul, quoique le second renferme *la clause expresse de révocation* des précédens testamens, parce que cette clause de révocation ne peut avoir d'effet qu'autant que le second testament, qui la renferme, se trouve valable et revêtu des formalités extérieures. »

Il faut le dire, l'exactitude de cet auteur, que l'on accuse d'avoir eu plus d'érudition que de jugement, (1) est ici pleinement en défaut ; et Bartole qu'il cite, apparemment sur parole, enseigne positivement le contraire de ce qu'il lui fait dire. Bartole, dont l'autorité est d'un si grand poids, soutient, comme Godefroi et Struve, que les legs révoqués par un testament invalide *ne sont pas dus*, lorsque la révocation est expresse,

(1) V. Camus, 4e lettre sur la profession d'avocat.

quandò legatum expressè adimitur. Il commence par donner le sommaire de la loi, (1) en disant que le legs fait par un testament solemnel n'est pas censé révoqué *tacitement* par un testament qui n'est pas solemnel. *Legatum relictum in voluntate solemni, per voluntatem minùs solemnem non intelligitur tacitè revocatum. Hoc dicit.*

Il rappelle ensuite, en forme d'objection, les lois qui prouvent que les legs faits par fidéicommis, dans un premier testament, ne sont pas dus, quoique le second testament ne soit pas valide. *Oppono secundùm Dynum quod fideicommissum relictum in primo testamento non debetur, licet sequens voluntas sit invalida.* L. et si transf. de adim. legat., etc., etc.

Bartole répond que ces lois parlent des cas où la révocation est expresse. *Respondeo leges contrariæ loquuntur quandò legatum expressè adimitur.* Dans ce cas, ajoute-t-il, le legs n'est pas dû, quoiqu'il ne soit révoqué que par un testament inutile. *Undè licet adimatur in voluntate inutili, non tamen debetur.*

Mais *ici*, continue Bartole, c'est-à-dire, dans le cas de la loi 18 *de legatis* 3°, quand

(1) In secundam partem infortiati Bartoli commentaria. Basileæ, 1488, pag. 154.

le testateur révoque *tacitement* par un second testament, il est censé ne vouloir révoquer qu'autant que le second testament est valide. *Sed hic quandò tacitè adimit condendo aliam voluntatem, tunc ità demum videtur velle revocare, si sequens voluntas valuerit.*

Ainsi l'opinion de Bartole est bien décidément contraire à celle que lui prête Furgole. Bartole, comme les interprètes qui l'ont précédé et comme ceux qui l'ont suivi, fait une distinction fondée sur les lois et sur la raison.

Si le second testament révoque le premier d'une manière expresse et absolue, soit par des paroles, soit par le fait, les legs ne sont pas dus, quand même le second testament serait imparfait et nul par vice de forme.

Si la révocation n'est que tacite, et laisse douteux le changement de volonté, les legs du premier testament ne sont pas révoqués par un second testament imparfait et nul.

L'annotateur de Bartole avertit que c'est aussi l'opinion d'Imola et de Paul de Castres, (1) qui avaient précédé ce savant interprète; ceux qui l'ont suivi enseignent la même doctrine : nous avons déjà cité Godefroi et

(1) Paul de Castres, de qui Cujas disait, *qui non habet Paulum de Castro, tunicam vendat et emat.*

Struve. Vinnius, le meilleur commentateur des institutes, dit, au commencement du titre *de ademptione legatorum : Omninò assentior Bartolo posse legatarium oppositâ exceptione doli summoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur.* Il cite plusieurs auteurs qui sont de la même opinion.

Si, du droit romain et de ses interprètes, nous passons au droit français, on trouve dans le journal du palais, t. 2, p. 709, un arrêt du 29 décembre 1687, qui a jugé qu'en pays coutumier un second testament déclaré nul peut néanmoins révoquer un premier testament.

Pothier, dont la doctrine a eu tant d'influence sur la rédaction du Code ; Pothier, dont la commission n'a fait souvent que copier des passages pour les réduire en articles de lois, dit, dans son traité des donations testamentaires, ch. 6, sect. 2, §. 1, p. 347, que, « quoiqu'un second testament, qui contient une clause de révocation, ne soit pas revêtu des formalités nécessaires pour le rendre valable, il doit au moins être valable pour cette clause de révocation, qui n'est point assujettie à ces formalités. »

Enfin, si nous laissons les autorités à part pour n'écouter que la raison, ne nous dit-elle pas que, s'il est convenable et sage d'établir des formes solemnelles pour rendre certaine et garantir des surprises la volonté du testateur qui déroge à la loi des successions, ces formes ne sont plus nécessaires lorsque, par un changement de volonté, le testateur revient à la loi commune; qu'il suffit que ce changement soit bien prouvé; et que l'équité répugne à faire revivre, contre le vœu prononcé du testateur, une volonté révoquée dans un acte, qui ne perd sa force que par un défaut de forme qu'il n'a pas connu, et qui ne peut lui être imputé?

Nous avons vu sup., n. 621, que cette doctrine, fondée sur la raison, avait triomphé au conseil-d'état, qui, dans sa séance du 27 ventôse an 11, arrêta que la motion de M. Berlier serait convertie en disposition. Nous avons vu qu'elle le fut en effet par M. Bigot-de-Préameneu; mais qu'une addition, proposée et adoptée par un motif tout-à-fait étranger à la question, avait répandu de l'obscurité sur l'art. 1035. On ne peut donc guère douter que si la question était présentée au conseil-d'état, aujourd'hui investi du droit d'interpréter la loi, il l'interpréterait dans le sens de sa décision du 27 ventôse an 11, qu'on n'eut jamais

l'intention de changer, et qu'on ne pourrait même changer sans faire une disparate avec l'art. 1037, qui porte que la révocation faite dans un testament postérieur a tout son effet, quoique cet acte reste sans exécution par *l'incapacité de l'héritier institué*, ou par le refus de le recueillir. (1) Il y a analogie frappante entre le cas d'un legs révoqué par un testament nul dans la forme, et le cas d'un legs révoqué par un testament resté sans exécution par l'incapacité du légataire; dans l'un comme dans l'autre cas, le changement de volonté du testateur est également certain.

On a demandé pourquoi cet article 1037 n'ajoute pas qu'il en sera de même si le testament est nul dans la forme; qu'un testament nul dans la forme vaudra quant à la clause révocatoire.

La réponse est facile; c'est qu'on croyait l'avoir dit suffisamment dans l'art. 1035, dont la rédaction n'a été rendue obscure que par l'addition adoptée depuis.

627. Mais, dit-on, (2) l'acte qui contient

(1) Ce qui est conforme au droit romain. V. Domat, 3e part., Liv. 3, tit. 1, sect. 5, n. 3.

(2) C'est une objection de M. Grenier qui, dans la 1re édition de son traité des donations, avait soutenu l'opinion que nous défendons, et qui l'a rétractée dans sa seconde édition, t. 1, p. 596.

la révocation est indivisible ; et s'il est nul comme testament, il est nul pour le tout. La forme des actes ne souffre pas de division ; elle doit être accomplie dans tous les points, sans quoi l'acte est nul dans toutes ses parties, parce que, disent les anciens docteurs d'où cette maxime est tirée, *forma dat esse rei ; forma est de genere individuorum, et quælibet mutatio in formâ mutat totum.* (1)

Nous répondons que cette maxime n'est vraie, comme on peut le voir par les exemples de son application donnés par les docteurs, que dans les cas où un acte n'a qu'une seule forme, qui alors ne peut admettre de séparation, *quæ separationem non admittunt in totum vitiantur.* (2) Elle est fausse, elle est rejettée dans notre législation, lorsqu'il existe dans l'acte deux formes distinctes qui peuvent être séparées. On suit alors la règle *utile per inutile non vitiatur.* (3) La nullité d'une des

(1) V. Leprêtre, centurie 1, chap. 45, et les auteurs qu'il cite.

(2) V. Dantoine sur la règle 37, *de regulis juris in sexto.*

(3) Sur laquelle, outre Dantoine et Leprêtre ci-dessus cités, v. les commentateurs du droit canonique ; Dumoulin, §t. 3, ope., p. 60 et 61 ; la loi 1, §. 5, ff. de v. obl. V. Domat, 2e part., Liv. 3, tit. 1, sect. 5, à la note. Il établit, comme principe d'équité, que lorsqu'il s'agit de la validité d'un acte où sont comprises deux choses qui ont entre elles quelque liaison, si l'une des deux ne peut subsister, l'acte ne laisse pas de valoir pour celle qui peut subsister sans l'autre,.. Il n'y a que les actes,

formes n'entraîne pas la nullité de l'autre. C'est ainsi que, suivant l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, un acte, nul comme acte notarié, est valable comme écrit sous seings privés, s'il est signé de toutes les parties, parce qu'il existe dans un pareil acte deux formes distinctes et séparables. C'est ainsi, par identité de raison, qu'un testament public, nul par l'incapacité d'un des témoins, peut et doit valoir comme acte révocatoire des précédens testamens, parce qu'on y distingue deux formes différentes et séparables; celle des testamens, qui exige quatre témoins; celle des actes notariés, qui n'en exige que deux, et qui suffit, suivant le Code, pour un acte de révocation, 1035.

Ce principe, que la nullité de l'une des formes d'un acte n'entraîne point la nullité des choses qui peuvent subsister sous l'autre forme, est applicable aux actes testamentaires. Les auteurs enseignent qu'on peut mêler dans un testament un acte d'une autre espèce, telle qu'une donation, la reconnaissance d'un

dont aucune partie ne peut subsister que par la validité du tout ensemble, qui soient annulés pour le tout par la nullité de quelque partie... ; car c'est l'esprit des lois de donner à toutes sortes d'actes tout l'effet qu'ils peuvent avoir raisonnablement. C'est de ces principes qu'a été tirée la règle du droit canonique, *utile non debet per inutile vitiari.* Cap. 37, de reg. jur. in 6.

prêt, etc., et que ce mêlange ne nuit point à leur validité. Cette doctrine, solidement établie par M. Merlin dans ses questions de droit, v° *succession future*, fut reconnue par la cour de cassation, dans son arrêt rendu, au rapport de M. Gandon, notre illustre compatriote et ami, le 30 messidor an 11, et rapporté au même endroit. On lit dans le considérant : « Quoique, suivant les principes du droit, (1) les testamens doivent être faits d'un seul contexte, cependant l'intervention d'un tiers ne les vicie pas, lorsqu'elle a pour objet les choses mêmes, ou quelques-unes des choses dont le testament dispose. »

Cette doctrine était également consacrée sous l'ancienne jurisprudence, par le sentiment des auteurs, (2) et par les arrêts des parlemens.

(1) Il s'agissait d'un testament fait sous l'ancienne législation, qui exigeait que les testamens fussent faits *uno contextu*. C'est pour cela que l'arrêt ajoute, lorsque l'intervention a pour objet des choses dont le testament dispose. Aujourd'hui il n'y a plus que les formalités du testament mystique qui doivent être faites *uno contextu*, sans divertir à d'autres actes.

(2) Elle est parfaitement expliquée par Ricard, des donations, 3e part., n. 107. « En me tenant à mon ordinaire aux principes, dit-il, je ne fais pas de difficulté qu'en général il ne puisse être mêlé dans un testament une autre espèce de contrat, laquelle, étant accomplie dans sa forme, ne suivra point la nature du testament, mais celle qui lui est propre : comme si un testateur, faisant son testament, y mêle une clause qui emporte une donation entre vifs, et qui en ait toutes les qualités et solemnités nécessaires, je dis que cet acte, *à l'égard de cette clause*, demeurera *irrévocable*, parce qu'elle

On en trouve un du parlement de Rouen, rendu le 8 août 1725, qui jugea qu'un acte de donation entre vifs peut en même tems contenir des donations testamentaires, si les formalités prescrites pour l'une et l'autre espèce d'acte sont observées. Il est rapporté dans le nouveau Dénisart, t. 7, p. 18.

Supposons maintenant qu'en faisant un second testament, je commence par révoquer expressément le précédent, dans lequel j'avais institué Caïus; j'institue ensuite Titius mon légataire universel, et je finis par lui faire donation entre vifs du fonds Cornelien, donation qu'il accepte par le même acte; mais il se trouve que l'un des quatre témoins est incapable. L'acte est nul comme testament; cependant la donation du fonds Cornelien n'en sera pas moins valide, suivant la doctrine ancienne et nouvelle, parce que cette doctrine est accomplie dans sa forme, et que l'acte est revêtu de toutes les formalités nécessaires aux actes notariés. Oserait-on bien soutenir que la clause de révocation, qui forme aussi un acte séparé revêtu des formes nécessaires pour

contient en soi un acte séparé, et qui, pour être engagé dans le corps d'un autre, n'en emprunte point la nature, rien n'empêchant que nous ne puissions mêler ensemble des actes de qualités différentes, sans que les unes détruisent les autres; et ainsi il est hors de difficulté qu'un testateur, en faisant son testament, peut contracter une obligation, et reconnaître les dettes desquelles il est tenu. »

sa validité, est néanmoins nul, parce qu'il est inséré dans un testament, et que Caïus, malgré mon changement de volonté manifesté d'une manière expresse, recueillera malgré moi le legs que je lui ai fait dans mon précédent testament?

628. Nous pensons donc qu'il faut tenir pour maxime, avec le conseil-d'état, que la révocation contenue dans un second testament, nul comme testament, n'en révoque pas moins les précédens, lorsque l'acte est revêtu des formalités nécessaires aux actes notariés ordinaires.

629. Si le second testament imparfait ne révoquait pas le premier en paroles expresses, mais d'une manière tacite, par des dispositions absolument contraires à celles du premier, comme nous le verrons dans l'article suivant, il nous semblerait qu'il n'en devrait pas moins opérer la révocation du précédent; car, quoique manifestée par un fait au lieu de l'être par des paroles, elle n'en est pas moins expresse, et la révocation tacite, une fois prouvée, n'a pas moins de force que la révocation verbalement exprimée. Or, dans le cas proposé, la révocation tacite se trouve prouvée par un acte notarié. Cependant Bartole est d'une opinion contraire, comme nous l'avons vu *sup.*

630. Mais si le testament était nul par l'incompétence du notaire, ou par l'inobservation d'une formalité qui entraîne la nullité des actes notariés, comme alors il ne pourrait valoir que comme écrit sous signature privée, il n'aurait pas la force d'opérer la révocation du premier testament, puisque l'art. 1035 exige un acte notarié.

631. Si l'acte de suscription d'un testament mystique était nul, le testament n'étant point un acte notarié, ne pourrait révoquer les précédens.

632. Il en serait de même du testament olographe annulé pour n'être pas entièrement écrit ou daté par le testateur.

633. Mais la révocation serait opérée par un acte sous seing privé, entièrement écrit, signé et daté par le testateur, et dans lequel, sans faire d'autres dispositions, il déclarerait seulement révoquer ses précédens testamens. Cet acte serait un testament olographe, quand même il ne contiendrait pas d'autres dispositions : « car on peut dire, comme l'observe » Domat, de celui qui révoque son testament » sans en faire d'autre, qu'il institue pour héri- » tier celui qui doit lui succéder *ab intestat*, » non par une institution expresse en termes,

» mais tacite dans l'expression et expresse » dans l'intention. » (1) C'est comme s'il disait: Je donne à mes héritiers légitimes ce que je donnais à Titius dans mon testament.

634. Il faut remarquer que la clause de révocation contenue dans un testament imparfait, ne s'étend pas aux dispositions du précédent qui s'y trouveraient répétées en faveur des mêmes légataires. Il n'y a point alors le changement de volonté exigé par l'art. 1035; il y a au contraire persévérance. (2) Si ces

1 Domat, Liv. 3, tit. 1, sect. 5, n. 12, à la note; Furgole, des testamens, ch. 11, n. 98; Voët, *in pandectas*, Lib. 28, tit. 3, n. 1; Barry, *de successionibus*, Lib. 10, tit. 1, n. 35. *Talibus verbis*, dit ce dernier auteur, *censebitur fecisse aliud testamentum, et in eo instituisse suos hæredes legitimos.* Bartole l'avait dit avant eux sur la loi 18, *de legatis* 3°, *n.* 3. *Tunc videtur instituere venientes ab intestato.*

[2] C'est alors qu'il est évident que la révocation est conditionnelle, *si posterius valiturum sit.* Ainsi l'a décidé la cour de cassation, en confirmant un arrêt de la cour de Douai, dont voici l'espèce : La demoiselle Losée fit, le 21 floréal an 10, un testament où elle institua le sieur Legros pour son héritier universel. Elle en fit un second le 27 germinal an 13, où elle institua également le sieur Legros; mais elle fit quelques changemens dans ses autres dispositions, et déclara révoquer tous les testamens antérieurs. Legros entra en possession des biens en vertu de ce second testament; mais il fut annulé par le tribunal de Valenciennes, pour défaut de mention de la dictée et de la lecture en présence des témoins.

Sous le cours de l'appel qu'il interjetta, Legros produisit un testament antérieur, et demanda subsidiairement qu'il fût exécuté, en cas que le second fût annulé. Par arrêt du 26 février 1809,

dispositions étaient augmentées ou diminuées, au premier cas, l'augmentation serait nulle par l'imperfection de l'acte comme testament; au second cas, la modification de ses dispositions diminuées subsisterait, parce que l'acte serait valide comme révocation, et que le testateur peut ne révoquer qu'une partie de ses dispositions. Art. 1035.

635. Lorsqu'un premier testament a été révoqué par un second, si le testateur veut faire revivre le premier, en déclarant sa volonté par un troisième testament, il n'est pas nécessaire que le premier soit transcrit dans le troisième, ni qu'il en soit donné lecture,

la cour d'appel de Douai confirma le jugement en ce qui touche la nullité du second testament; mais vu celui du 21 floréal an 10, qui lui parut valable, elle débouta les héritiers de leur demande en délaissement des biens. La cour de cassation confirma cet arrêt, par le motif que la cour de Douai n'avait pas établi en principe que la clause révocatoire d'un précédent testament était nécessairement annulée par l'annulation du testament qui la contenait; mais qu'elle a vu dans la révocation insérée dans le testament de l'an 13, une révocation purement conditionnelle et non pas absolue; et qu'en la jugeant ainsi, elle n'a violé aucune loi, et n'a fait qu'user du pouvoir d'interpréter les actes, et de prononcer sur les questions de volonté. Cet arrêt est rapporté par Sirey, an 1810, première partie, p. 127 et suiv.

V. aussi deux arrêts des cours d'appel de Poitiers et de Pau, des 29 août 1806 et 3 décembre 1808; Sirey, an 1809, 2e partie, p. 105; et deux arrêts de la cour de Limoges, l'un du 8 juillet 1808; Sirey, an 1808, 2e part., p. 234, et l'autre du 23 mars 1809; Sirey, an 1809, 2e part., p. 300.

pourvu que ce dernier acte soit, comme le premier, revêtu des formes nécessaires pour la validité du testament. Un arrêt de la cour impériale de Rennes l'avait ainsi jugé, le 29 avril 1809, et la cour de cassation a rejetté le pourvoi contre cet arrêt, le 4 décembre 1811, (1) par la raison qu'aucune disposition du Code ne défend à un testateur de faire revivre un testament révoqué, pourvu que l'acte, qui lui rend l'existence, soit lui-même revêtu des formalités prescrites par la loi.

636. Nous avons vu que l'on peut insérer dans un testament des actes d'une autre espèce, tels qu'une obligation, la reconnaissance d'une dette, etc.; on demande quelle est la force de ces reconnaissances? Cette question a été diversement résolue par les auteurs qui ont cherché des raisons de décider dans les lois romaines, d'où ils ont tiré des conséquences opposées. Il faut examiner d'abord quelle est la force de ces reconnaissances contre les héritiers du testateur, lorsqu'il ne les a point révoquées.

Il faut distinguer : si elles sont faites en faveur d'une personne incapable de recevoir, elles sont suspectes de fraude, et sont consi-

(1) L'arrêt est rapporté par Sirey, an 1812, p. 129.

dérées comme un legs déguisé. (1) On présume que le testateur a cherché un prétexte pour voiler un legs qu'il ne pouvait faire. La reconnaissance est donc insuffisante, quelque circonstanciée qu'elle soit; et quoique la cause de la dette y soit exprimée, la dette est présumée supposée, suivant la maxime, *qui non potest dare non potest confiteri.* (2) Celui qui ne peut donner ne peut reconnaître.

Mais ce soupçon de fraude n'est qu'une simple présomption qui cède à la preuve contraire : elle est d'ailleurs affaiblie par cette autre présomption que personne n'est présumé se reconnaître débiteur, quand il ne l'est pas. Ainsi la reconnaissance faite dans un testament en faveur d'un incapable forme un commencement de preuve écrite, qui fait admettre la preuve testimoniale sur la réalité de la créance, comme l'enseigne Ricard. (3)

Si le testament avait été révoqué par le testateur, la reconnaissance qui s'y trouvait

(1) *In dubio præsumitur testator quæsiisse prætextum legato.* Cujac, in L. 88, §. 10, ff. de legatis 2°; Furgole, des testamens, ch. 11, n. 48; L. 27, ff. *de probat.*; L. 37, §. 6, ff. *de legat.* 3°; Danty sur Boiceau, ch. 16, p. 350.

(2) Danty, *ibid.*

(3) Des donations, part. 1, ch. 3, sect. 16, n. 762 et 774, et part. 3, n. 114; Duparc-Poullain, principes du droit, tom. 9, p. 307.

contenue serait également révoquée, et n'aurait même pas la force d'un commencement de preuve par écrit, parce qu'elle n'est considérée que comme un legs, et que ce serait, contre toute raison, donner à une reconnaissance révoquée la même force qu'à une reconnaissance dans laquelle le testateur a persévéré jusqu'à la mort.

Cette persévérance se rencontre également dans un testament non révoqué, mais nul par quelque vice de forme. (1) Un pareil testament, s'il était souscrit du testateur, devrait former un commencement de preuve par écrit de la reconnaissance qui s'y trouve contenue, parce que la signature du testateur n'étant pas révoquée, est un acte écrit émané de lui, qui rend le fait vraisemblable.

Il en serait de même si l'acte nul comme testament était d'ailleurs revêtu des formalités nécessaires pour la validité des actes notariés ordinaires. Dans ce cas, quoiqu'il ne fût pas souscrit du testateur, il devrait également former un commencement de preuve par écrit; car la reconnaissance qui s'y trouve consignée n'a pas besoin d'être revêtue des formalités testamentaires.

(1) Duparc-Poullain, *ubi sup.*

Ce que nous venons de dire doit s'appliquer au cas d'une reconnaissance de devoir, qui excède la portion dont le testateur pouvait disposer en faveur d'une personne capable. La reconnaissance vaudrait comme legs jusqu'à concurrence de la portion disponible, et serait nulle pour le surplus, à moins que le créancier prétendu ne prouvât par ailleurs la réalité de la dette. On présume que le testateur a voulu frauder la loi par une reconnaissance simulée. C'est l'espèce de la loi 27, ff. *de probationibus*, dans laquelle un testateur, après avoir disposé, en faveur d'un légataire, de tout ce qu'il lui était permis de donner, ajoute qu'il veut qu'on paie à ce légataire d'autres sommes dont il se reconnaît débiteur envers lui, pour les causes qu'il déclare dans son testament. Le jurisconsulte Scevola répond que le légataire ne pourra demander ces sommes qu'en prouvant qu'elles lui sont réellement dues : car, dit-il, le testateur paraît avoir ajouté ces sommes en fraude de la loi, et pour donner au légataire au-delà de ce que celui-ci pouvait recevoir. (1)

Mais cette reconnaissance forme un commencement de preuve par écrit, qui fait admettre la preuve testimoniale. (2)

(1) V. Ricard, part. 1, n. 762 et 764, et part. 3, n. 114; Danty, p. 355.

(2) Ricard, part. 1, n. 764.

Lorsque la reconnaissance de devoir, insérée dans un testament non révoqué, n'excède point la portion disponible, et qu'elle est faite en faveur d'une personne capable, elle fait preuve complette contre les héritiers du testateur, qui n'avait aucun motif pour cacher son legs sous le voile d'une reconnaissance fausse. Elle fait preuve, lors même que la cause de la dette n'est pas exprimée; (1) car personne n'est présumé se reconnaître débiteur quand il ne l'est pas. Cette reconnaissance oblige donc les héritiers du testateur, à moins qu'ils ne puissent prouver qu'il ne devait rien; par exemple, s'ils avaient recouvré une quittance. (2)

637. Mais il y a une très-grande différence entre la reconnaissance d'une dette faite dans un acte entre vifs, irrévocable de sa nature, destiné à servir de titre au créancier, et la reconnaissance consignée dans un testament essentiellement révocable, et qui n'est fait pour servir de titre à personne pendant la vie du testateur. Il est possible qu'il ait eu des motifs pour masquer un legs sous la forme de la reconnaissance d'une dette, et,

[1] *Argumento*, art. 1132.

[2] V. Danty sur Boiceau, ch. 16, n. 6; L. 1, C. *de falsâ causâ adjectâ legato*, Lib. 6, tit. 44.

dans ce cas, il doit être libre de révoquer sa disposition. Si elle était jugée irrévocable, ce serait introduire un moyen facile de rendre les legs irrévocables, en leur donnant la forme de la reconnaissance d'une dette. Il faut donc qu'elle puisse être révoquée, et alors elle n'a plus la même force qu'une reconnaissance dans laquelle le testateur a persévéré. (1)

D'un autre côté, on ne doit pas présumer le déguisement de la reconnaissance faite dans un acte aussi sérieux (2) qu'un testament, lorsque le testateur n'avait aucun motif pour déguiser ses volontés et pour cacher la vérité. Il est donc au moins vraisemblable que la dette reconnue dans un testament révoqué est réelle, et cette vraisemblance doit former un commencement de preuve par écrit; car le Code appelle ainsi tout acte par écrit émané du débiteur, et qui rend vraisemblable le fait allégué, 1347 : d'où il résulte que le créancier

(1) Ainsi elle ne doit pas faire preuve entière, comme l'a jugé un arrêt du 8 mars 1659, rapporté dans le journal du palais, t. 2, p. 963, et d'autres arrêts rapportés par Cambolas, Liv. 1, ch. 36, et Liv. 2, ch. 20. V. Furgole, t. 4, p. 210, édit. in-4°

(2) On présume que celui qui fait cette déclaration dans un testament où il rend compte à Dieu, au monde et à soi-même de toute sa vie, est sincère, et qu'il l'a faite pour la décharge de sa conscience. Danty sur Boiceau, ch. 16, n. 16.

doit être reçu, comme l'enseignaient nos anciens auteurs, (1) à prouver même par témoins la dette reconnue dans un testament révoqué.

Si le testateur avait voulu que la reconnaissance insérée dans son testament servît de titre au créancier ; par exemple, s'il l'avait fait intervenir au testament, pour qu'il n'ignorât point cette reconnaissance et pour l'accepter ; s'il avait ordonné qu'il en fût délivré une expédition au créancier absent ; si, enfin, il lui avait remis un double de son testament olographe pour lui servir de titre, et que cette remise fût exprimée dans le testament, il semble que, dans ces cas, le testateur ne pourrait révoquer sa reconnaissance qui subsisterait malgré la révocation du testament, suivant l'opinion de plusieurs auteurs, (2) à moins que l'héritier ne prouvât que la dette n'est pas réelle. Pothier, des donations testamentaires, ch 6, sect. 2, §. 3, p. 359.

Hors ce cas, la reconnaissance d'une dette insérée dans un testament ne serait pas un titre en vertu duquel le créancier reconnu

(1) Ricard, des donations, part. 3, n. 114 ; Danty, *ubi sup.*, n. 11 ; Furgole, ch. 11, n. 48 ; Duparc-Poullain, t. 9, p. 307.

(2) Cités par Danty, *ubi sup.*, nº 10, in fin. Cependant cet auteur n'admet pas cette opinion qui nous paraît raisonnable, et qui est admise par Pothier.

pût agir contre le testateur. (1) Il ne pourrait pas se faire délivrer une expédition du testament; et s'il s'était emparé soit du testament olographe, soit de l'expédition du testament public, sans le consentement du testateur, celui-ci pourrait le faire condamner à remettre cette pièce ; mais le créancier pourrait faire interroger le testateur sur faits et articles, pour prouver qu'il a reconnu la dette. (2)

Si le testament qui contient la reconnaissance d'une dette en faveur d'une personne capable est nul, il faut distinguer : s'il est souscrit par le testateur, il semble qu'en ce qui concerne la reconnaissance, il doit faire preuve entière; car cette reconnaissance pouvait être faite par acte sous seing privé. Or, suivant l'art. 68 de la loi sur le notariat, un acte notarié, quoique nul, vaut comme écriture privée, s'il est signé par les parties.

Si le testament, sans être signé par le testateur, était revêtu des formes requises pour la validité des actes notariés ordinaires, mais nul par l'omission de quelque formalité exigée pour la validité des testamens, il semble encore que la reconnaissance contenue dans

(1) Valère-Maxime, Lib. 8, ch. 2, n. 2.

(2) Danty sur Boiceau, ch. 16, n. 16, et les auteurs qu'il cite.

un pareil testament devrait subsister ; car, pour être valide, elle n'avait besoin que des formalités requises pour les actes notariés ordinaires.

Cependant Duparc-Poullain, notre savant compatriote et notre maître, (1) n'accorde que la force d'un commencement de preuve par écrit à la reconnaissance contenue dans un testament nul dans la forme et souscrit du testateur. Mais il nous semble qu'une pareille reconnaissance, dans laquelle le testateur a persévéré, sans se douter de la nullité du testament, doit avoir plus de force que celle qui est contenue dans un testament révoqué, et à laquelle néanmoins il accorde, ainsi que tous ceux qui ont écrit sur cette matière, la force d'un commencement de preuve écrite. On voit, même en lisant cet auteur avec attention, que c'est à la reconnaissance faite en faveur d'un incapable dans un testament nul qu'il accorde la force d'un commencement de preuve écrite, comme nous l'avons dit ci-dessus. Nouvelle raison pour donner plus de force à la reconnaissance faite en faveur d'une personne capable.

[1] Principes du droit, t. 9, p. 306.

ARTICLE II.

De la révocation tacite.

SOMMAIRE.

638. *Définition de la révocation tacite.*
639. *Les dispositions incompatibles ou contraires sont seules révoquées par les testamens postérieurs.*
640. *Le silence gardé sur les précédens legs ne les annule pas.*
641. *Le legs d'une partie de ce qu'on avait légué emporte révocation du surplus.*
642. *Le legs des intérêts révoque celui du capital.*
643. *Le legs d'une espèce révoque celui d'une autre espèce.*
644. *De la translation du legs.*
645. *Du legs d'une chose déjà léguée à une autre personne ou à plusieurs.*
646. *De l'institution d'un héritier sans révoquer expressément l'institution précédente.*
647. *Pour opérer la translation, il faut que la personne à qui le legs a été ôté soit la même que celle à qui il était donné.*
648. *La révocation tacite a son effet, quoique le testament reste sans exécution.*
649. Quid *si le second legs est conditionnel?*
650. *L'aliénation même nulle de la chose léguée emporte révocation.*
651. *Ainsi que l'aliénation par acte sous seings privés.*
652. *La création d'une hypothèque sur l'objet légué ne révoque pas le legs.*

653. De l'aliénation sous condition suspensive.
654. La cessation de la cause finale ou motif déterminant fait présumer la révocation du legs : exemples.
655. Quand l'inimitié la fait présumer.

638. La révocation tacite est, comme nous l'avons dit, celle qui résulte soit de faits, soit de dispositions du testateur, qui indiquent ou supposent, de sa part un changement de volonté. Nous examinerons d'abord la révocation tacite qui résulte des dispositions postérieures.

639. Suivant la règle établie par l'art. 1036, ces dispositions n'annulent dans les précédentes que celles qui se trouvent incompatibles avec les nouvelles, ou qui y sont contraires. Ainsi on peut décéder avec deux, trois testamens ou plus, tous également valides, et qui doivent tous être exécutés, en ce qu'ils ne sont pas contraires.

Mais aussitôt qu'il y a incompatibilité ou contrariété entre les dispositions, les précédentes sont annulées. *In legatis, novissimæ scripturæ valent.* L. 12, §. 3, ff. de legat. 1°.

En ne traçant aucunes règles pour distinguer quand il y a incompatibilité ou contrariété entre les dispositions de deux testamens, le

Code s'en est reposé sur la prudence et sur la sagacité des magistrats, qui trouveront des guides sûrs dans les règles de décision que nous a laissées le droit romain. (1)

640. Si, après avoir légué le fonds Cornelien à Titius, je fais un second testament dans lequel, sans révoquer le précédent, je ne lui lègue plus rien, le premier legs n'est pas révoqué, et les deux testamens doivent être exécutés, parce qu'ils n'ont rien de contraire.

641. Mais si, dans le second testament, je ne lègue plus à Titius qu'une partie de ce que je lui avais légué dans le premier, le legs est tacitement révoqué pour le surplus, (2) parce que la dernière disposition est contraire à la première.

642. Si, après avoir légué à mon débiteur la remise de la somme qu'il me doit, je déclare par un second testament lui faire remise de tous les intérêts qu'il me devra au jour de ma mort, je suis censé avoir révoqué le premier legs; (3) il y a contrariété entre les deux legs. *Novissima scriptura valet.*

643. Si, après avoir légué le fonds Cornelien à Titius, dans un premier testament, je lui

[1] V. ce que nous avons dit t. 1, p. 89.

[2] L. 20, de instructo vel instrum. legato; Pothier, p. 350.

[3] L. 28, §. 5, ff. de liberatione legatû; Pothier, *ibid.*

lègue cent écus dans un second, le premier legs est tacitement révoqué, car il y a contrariété dans les deux legs, et c'est la dernière volonté du testateur qu'il faut observer. On pourrait dire qu'il n'y a pas de contrariété entre ces deux legs, qui peuvent subsister l'un et l'autre, puisque le testateur pouvait donner et le fonds Cornelien et les cent écus à Titius; mais on ne présume pas que le testateur ait voulu faire les deux legs cumulativement, lorsqu'il ne s'en est pas expliqué; on présume plutôt qu'il a voulu que le second remplaçât le premier. « *Si pro fundo decem legentur, quidam putant non esse ademptum prius legatum, sed verius est ademptum esse. Novissima enim voluntas servatur.* » L. 6, §. 2, ff. de adimendis legatis.

644. Comme le testateur peut révoquer simplement le legs qu'il avait fait à une personne, il peut aussi le transférer à une autre; et cette translation peut faire naître des difficultés, lorsque la révocation des précédens testamens n'est point exprimée dans le dernier.

645. Si le second testament lègue à Titius ou à plusieurs personnes une chose déterminée, qui avait été léguée à Mevius par un précédent testament, ce premier legs est-il révoqué? Il faut distinguer, et rechercher

quelle a été l'intention du testateur. *Voluntas facit quod in testamento scriptum valeat.* L. 12, §. 3, in fine, ff. de legatis 1°.

Si rien n'annonce qu'il ait eu la volonté de révoquer le premier legs, ils subsisteront tous les deux; car on peut sans contrariété léguer la même chose à deux ou à plusieurs personnes, soit par le même testament, soit par deux testamens qui peuvent subsister ensemble; mais si l'un des testamens devient caduc, il n'accroîtra pas à l'autre, 1045, comme nous le verrons bientôt. Si les deux legs sont recueillis, les légataires partageront par portions viriles.

Si l'un des legs était fait conjointement à plusieurs personnes, elles n'auraient ensemble qu'une seule part. *At si conjuncti disjunctivè commixti sint, conjuncti unius personæ potestate funguntur.* L. 34, ff. *de legatis* 1°.

646. Si, après avoir institué Pierre mon héritier ou mon légataire universel par mon premier testament, j'en fais un second où j'institue Paul, le premier était révoqué de plein droit, suivant le droit romain, parce que deux testamens ou deux institutions d'héritier ne pouvaient exister ensemble. Il en est autrement sous l'empire du Code, suivant lequel les testamens postérieurs, sans excepter ceux

qui contiennent une institution d'héritier, ne révoquent que les dispositions incompatibles avec les nouvelles, ou qui y sont contraires. Or, il n'y a point d'incompatibilité à instituer deux ou plusieurs héritiers ou légataires universels qui partagent la succession; il faut seulement observer que ces héritiers ou légataires universels, n'étant point institués conjointement, ne jouissent pas du droit d'accroissement, et ne peuvent plus être considérés que comme des légataires à titre universel, qui n'ont pas la saisine, et qui sont obligés de demander la délivrance à l'héritier du sang.

Dans le cas que nous venons de poser, s'il paraît que l'intention du testateur a été de révoquer le premier legs ou le premier testament, le second seul subsiste. *Si quidem evidentissimè apparuerit, ademptione à priore legatario factâ, ad secundùm legatum testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet : sin autem hoc minimè apparere potest, pro virili portione omnes ad legatum venire.* L. 33, ff. de legatis 1°.

Par exemple, si, après avoir institué Pierre dans le premier testament, j'institue Paul dans le second pour mon *seul* et unique héritier ou légataire universel.

647. Il faut, pour opérer la translation, que

la personne à qui le legs est ôté soit la même que celle à qui il avait été laissé. Si le testateur, après avoir légué une somme au fils de Pierre, déclare qu'il prive Pierre du legs dont il a gratifié son fils, le legs n'est pas révoqué, L. 21, ff. *de adim. legatis*; mais Pierre, le cas arrivant, n'y pourra rien prétendre en vertu de la puissance paternelle.

J'ai fait un legs à la femme; je déclare ensuite en priver le mari : le legs subsiste en faveur de la femme, mais il n'entrera point dans la communauté des deux époux.

648. La révocation expresse ou tacite, faite dans un testament postérieur, a tout son effet, quoique le nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de le recueillir, 1037, L. 34, ff. de legatis 1°; et, à plus forte raison, si le testament restait sans effet par l'indignité de l'héritier institué ou du légataire.

649. Si néanmoins le second legs avait été fait sous condition, le testateur serait présumé n'avoir voulu révoquer le premier que sous cette condition, à moins qu'il ne parût, par quelques circonstances, que l'intention du testateur a été de révoquer le premier legs purement et simplement. (1)

(1) *Quod si alii legetur sub conditione, quod alii purè datum est : non plene recessum videtur à primo, sed ità demum, si conditio*

650. Toute aliénation, à quelque titre que ce soit, des choses que le testateur avait léguées, même l'aliénation par vente, avec la faculté de rachat ou par échange, emporte la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, 1038, mais il subsiste pour le surplus. Si donc le testateur n'a aliéné que l'usufruit de la chose léguée, le legs subsiste pour la nue propriété.(1)

L'aliénation de tous les biens présens du testateur, n'emporte pas la révocation d'un legs universel ou à titre universel, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la cour de cassation, du 7 mai 1808, rapporté par Sirey, an 1808, p. 355.

La révocation du legs n'en serait pas moins effectuée, si l'objet était rentré dans la main du testateur en vertu d'une clause de réméré ou par quelqu'autre événement, ou si l'aliénation était nulle, 1038, pour quelque cause que ce fût. Ainsi le legs serait révoqué, si une femme vendait ou donnait, sans l'autorisation de son mari, la chose qu'elle a léguée.

On pensait autrefois que l'aliénation de la chose léguée, faite contre le gré du testateur,

sequentis extiterit. Cæterum si hoc animo fuerit testator, ut omnimodò recessum à primo putaverit, dicendum erit à primo ademptum legatum. L. 7, ff. *de adimendis legatis.* Pothier, p. 352; le répertoire, v° *révocation*, p. 550.

(1) Pothier, des donations testamentaires, p. 349 et 350.

ne renfermait pas la révocation tacite du legs. Aujourd'hui *toute aliénation*, même l'aliénation par expropriation forcée, opère la révocation du legs.

651. L'art. 1038 n'excepte point l'aliénation par acte sous seings privés, et l'on ne peut faire une exception qui n'est pas dans la loi. Ainsi la révocation tacite peut s'opérer par un acte sous seings privés, quoique l'art. 1035 exige un acte notarié pour la révocation expresse. C'est une disparate qu'on eût évitée, en adoptant la jurisprudence raisonnable des pays de coutume, où la révocation des testamens s'opérait par la seule volonté du testateur, manifestée même par un acte sous seings privés, en quelque forme qu'il fût, pourvu qu'il fût signé de sa main. V. Pothier, des donations testamentaires, ch. 6, sect. 2, §. 1, p. 347.

652. Mais, suivant l'art. 1020, le legs n'est pas révoqué, quoique la chose léguée ait été, postérieurement au testament, grevée d'hypothèque par le testateur; car cette hypothèque n'est point incompatible avec la volonté de donner après sa mort la propriété de la chose.

Le legs n'est point encore révoqué, si la testatrice se constitue en dot les choses qu'elle

avait léguées, car il n'y a point là d'aliénation. (1)

653. Si l'aliénation avait été faite sous une condition suspensive, le testateur serait présumé n'avoir voulu révoquer le legs que sous cette condition, à moins que quelques circonstances ne fissent connaître qu'il a voulu le révoquer absolument. On le pensait ainsi dans l'ancienne jurisprudence, d'après la Loi 7, ff. *de adimendis legatis*, (2) et cette décision n'a rien de contraire au Code; car l'aliénation étant suspendue, elle n'existe que par l'événement de la condition.

654. La cessation du motif qui avait déterminé le testateur à faire un legs, en fait présumer la révocation.

Ce principe, fondé en raison, nous conduit à une distinction importante, qui s'applique à la validité des legs aussi bien qu'à leur révocation. La raison de décider est la même dans l'un et l'autre cas.

En général, la fausseté de la cause ou du motif n'annule ni le legs ni la révocation du legs. *Legato falsa causa adjecta non nocet*, §. 31, instit. de legatis. Je lègue 1000 fr. à

[1] Arrêt du 5 décembre 1639, dans Bardet.

[2] Pothier, p. 352.

Mevius, parce qu'il a eu soin de mes affaires pendant mon absence. Le legs est valide, quoique Mevius n'ait pas fait mes affaires, à moins que la cause n'ait été énoncée conditionnellement ; *sed si conditionaliter enunciata fuerit causa, aliud juris est : veluti hoc modò, Tilio si negotia mea curaverit do, lego.* V. Pothier, des donations testamentaires, ch. 1, sect. 2, art. 1, §. 3, p. 181.

La raison de cette disposition est qu'alors il est prouvé que le testateur n'eût pas fait le legs, s'il avait connu la fausseté de la cause : car c'est un principe général qu'un acte est nul toutes les fois qu'il est prouvé que celui qui l'a fait n'y eût point consenti, s'il avait connu la fausseté du motif qui l'a déterminé à le faire. Les lois romaines font aux legs une juste application de ce principe ; elles repoussent, en ce cas, le légataire par l'exception de dol. *Falsam causam legato non obesse verius est*, dit Papinien, *quia ratio legandi legato non cohæret, sed plerumque doli exceptio locum habet, si probetur alias legaturus non fuisse.* L. 72, §. 6, de condit. et demonstr.

Il faut donc distinguer entre la cause simplement impulsive qui n'annule ni le legs ni la révocation du legs, parce que la volonté peut subsister sans elle, *quia legato non*

cohæret, et la cause finale et déterminante, (1) à défaut de laquelle il n'y a ni volonté ni consentement.

La difficulté est de discerner quand la cause est finale et déterminante, ou simplement impulsive. La question est, par sa nature, abandonnée à la sagacité et à la prudence des magistrats. Les règles qu'ont voulu donner sur ce point quelques jurisconsultes, ne sont rien moins que certaines; (2) on ne peut donc que donner quelques exemples pour servir de guides.

Pactumeius Androsthènes avait, dans un premier testament, institué sa nièce, dont le père avait été tué; le bruit courut qu'elle avait aussi péri avec lui. Frappé de cette nouvelle, Pactumeius fit un second testament, dans lequel il disait: Puisque je n'ai pu avoir les héritiers que je désirais, j'institue Novius Rufus. La nièce s'adressa à l'Empereur, et demanda la nullité du testament, qui fut

(1) Il faut même remarquer qu'on ne distingue pas si la fausseté de la cause consiste dans une erreur de fait ou de droit, parce que, dans l'un et l'autre cas, il y a également défaut de volonté. D'Olive, questions notables de droit, Liv. 5, ch. 17, rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, qui l'a ainsi jugé; ce qui est conforme à la raison. V. ce que nous disons dans le 6e vol., sur l'erreur de droit, et Furgole, des testamens, ch. 5, sect. 1, n. 8 et suiv.

(2) Comme l'a fort bien remarqué M. Merlin, nouv. répert., v° *legs*, sect. 2, §. 2, n. 14, p. 308.

jugée conformément à la volonté du testateur, malgré le principe que la cause fausse n'annule point le legs. *L. ult., ff. de hæred. instituendis.*

Voici un autre exemple également tiré des lois romaines. Un testateur lègue un fonds à l'un de ses héritiers par préciput et hors part, et à l'autre, aussi part préciput, une somme égale à la valeur du fonds légué au premier. Il aliène le fonds légué, et par-là révoque tacitement le legs fait au premier héritier. La loi 25, ff. *de adim. legat.*, décide que le legs fait au second est aussi révoqué, parce qu'il était évident que le testateur n'avait eu en vue que d'établir une égalité parfaite entre ses deux héritiers.

Si, dans cette espèce, le testateur avait trois ou quatre héritiers au lieu de deux seulement, la révocation du premier legs, par l'aliénation du fonds légué, ne devrait pas entraîner la révocation du second; car alors il ne serait plus évident que le testateur n'a fait le second legs que pour établir l'égalité entre les deux légataires.

Un testateur avait fait un legs à une personne, pour la récompenser du soin dont il la chargeait d'accompagner son corps dans sa patrie, s'il mourait en province. Par son codicille, il chargea ses héritiers de l'inhumer dans le tombeau de sa famille: la loi 30, §.

2, ff. *de adim. legatis*, décide que le legs est révoqué.

On peut en conclure que le legs fait à celui qui est nommé exécuteur testamentaire dans un premier testament, est révoqué ou transféré, si le testateur nomme dans la suite un autre exécuteur testamentaire, ou n'en veut plus avoir. Pothier, des donations testamentaires, pag. 355 et suiv.

Le legs fait à la personne qui serait au service du testateur au moment de son décès est transféré, lorsque, dans l'intervalle du testament à la mort, le testateur a changé de domestique. Le parlement de Paris s'attacha à ce principe dans une espèce où la translation était bien peu favorable. Jarry de Loiré, âgé de quatre-vingt-cinq ans, avait à son service Antoinette, femme Cornu. Il fit un testament olographe, par lequel il donna 1600 fr. à la personne qui se trouverait à son service le jour de son décès. Deux ans après il devint paralytique, et fut interdit. Son curateur congédia la femme Cornu, et la remplaça par le nommé Mussy. A la mort du testateur, elle réclama le legs, parce qu'elle n'avait pas été congédiée par le testateur, mais par son curateur. Le parlement de Paris jugea, le 26 mars 1779, que le legs avait été

transféré, et qu'il appartenait à Mussy. V. le nouveau répertoire, v° *révocation de legs*, §. 2, p. 455.

Enfin, voici un dernier exemple, dans une espèce récemment jugée, d'une révocation annulée pour fausseté de la cause qui avait déterminé la testatrice. La demoiselle Wielant avait institué sa nièce Wielant, dame Handel, par deux testamens consécutifs. Par un troisième du 18 juin 1810, elle révoqua cette institution, *et ce*, disait elle, *pour l'avantage que ma nièce a reçu pour sa quote part, par ma renonciation à la succession de feu mon frère.*

Dans le fait, la testatrice avait renoncé à la succession de son frère depuis les deux premiers testamens dans lesquels elle instituait sa nièce. Mais après la mort de la tante, la nièce soutint et offrit de prouver qu'elle n'avait réellement retiré aucun avantage de cette renonciation, et elle en conclut que la révocation portait sur une fausse cause. Le tribunal de Bruxelles ordonna une vérification préalable sur le point de savoir si la renonciation de la tante à la succession de son frère avait réellement, comme elle se l'était imaginé, procuré des avantages à la nièce. Ce jugement fut confirmé par arrêt de la cour

impériale de Bruxelles, du 10 juin 1812, par le motif que la règle, *fausse cause ne vicie point le legs*, doit disparaître, et qu'il faut s'attacher à l'exception qui veut que, quand il paraît par les circonstances que la volonté du testateur a été de faire dépendre le legs de la vérité du fait qu'il déclare, le legs ne subsiste pas si le fait est faux. Sirey, an 1812, 2^e^ part., p. 60.

Nous finissons par remarquer que la fausseté de la cause déterminante peut être prouvée par témoins, comme l'enseigne Furgole, (1) et après lui M. Merlin, nouveau répertoire, v° *legs*, sect. 2, §. 2, n. 14 in fine, p. 308.

655. L'inimitié survenue entre le testateur et le légataire suffisait pour faire présumer la révocation du legs, mais non des institutions d'héritier, suivant le droit romain. L'art. 1046 du Code n'admet la présomption d'inimitié, à l'effet d'opérer la révocation, soit des institutions d'héritier, soit des legs, qu'en deux cas : le premier, lorsque l'institué ou légataire *a attenté à la vie du testateur ;* le second, lorsqu'il s'est rendu coupable envers lui *de sévices, délits ou injures graves.* Nous avons parlé de cette révocation sup., pag. 339 et suiv.

(1) Des testamens, ch. 5, sect. 4, n. 11.

Si la demande en révocation est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit, 1047.

ARTICLE III.

De la révocation du testament par la rature, par la lacération de l'acte ou la rupture des sceaux. (1)

SOMMAIRE.

656. *Pourquoi le Code garde le silence sur cette matière.*
657. *La lacération ou la rature d'un testament, faite à dessein, est une révocation.*
658. *Distinction entre les testamens olographes ou mystiques, et le testament par acte public.*
659 *Le testateur peut en retirer la minute et l'anéantir.*
660. *Il peut y rayer quelques dispositions.*
661. Quid *si la minute se trouve raturée sans savoir par qui?*
662 *Du testament olographe raturé; distinction.*
663. *Quand les ratures sont présumées faites par le testateur ou par un tiers*
664. *De la lacération de l'enveloppe du testament mystique, et de la rupture des sceaux.*
665 *Quand elle est présumée faite par le testateur.*

(1) V. le titre du digeste *de his quæ in testamento delentur*; Furgole, des testamens, ch. 11, n. 80 et suiv.

666. *Peut-on prouver par témoins la perte ou la destruction d'un testament? Faut-il de plus prouver qu'il était régulier?*

667. *Le testateur peut-il autoriser un tiers à supprimer son testament, dans le cas de tel événement?*

656. Le Code a gardé le silence sur ces manières de révoquer un legs ou un testament, sans doute parce que la décision dépend le plus souvent des circonstances, et demeure par conséquent abandonnée à la sagacité du magistrat. On trouve dans le droit romain des principes qui peuvent servir de guides, pourvu qu'on les applique avec lumière et choix, autrement ils pourraient égarer.

657. On ne peut douter que la lacération d'un testament, la rature de tout ou partie de ce qu'il contient, lorsqu'elles sont faites à dessein par le testateur, *consultò*, n'emportent une révocation tacite de tout le testament, ou au moins des dispositions effacées; mais il y a des distinctions à faire.

658. Il faut d'abord distinguer les testamens olographes ou mystiques du testament par acte public. Si le testateur a rayé ou effacé, brûlé ou déchiré l'expédition qu'il s'était fait délivrer par le notaire conservateur de la minute,

cette rature, cet anéantissement ne peuvent avoir l'effet de révoquer le testament en tout ou en partie, lorsque la minute reste intacte.(1) Le testateur sachant qu'il existe une minute de son testament, ne doit pas, s'il veut le révoquer, se contenter de rayer ou d'anéantir l'expédition; en le faisant, il n'est pas censé avoir révoqué.

659. Mais il peut retirer, pour l'anéantir, la minute dont le notaire est dépositaire, en lui donnant une décharge en marge de son répertoire. Cette doctrine, étayée d'un ancien arrêt rapporté par Soesve, et enseignée par Pothier, Bourjon, etc., (2) nous paraît conforme aux vrais principes. Le testament appartient au testateur et n'appartient qu'à lui, puisqu'il ne peut être un titre pour personne; il peut donc l'anéantir au lieu de le révoquer par écrit. Il peut souvent avoir des raisons d'un très-grand poids pour empêcher qu'il ne reste aucunes traces de ce qu'il contenait.

Cependant M. Grenier (3) s'est élevé contre cette doctrine, par la raison, 1° que l'art. 20

(1) V. Voët in pandectas, Lib. 28, tit. 4, n. 1, *in fine*, *et ibi Laudatos*; Antonius Faber, Cod. Lib. 6, tit. 5, defin. 30.

(2) Pothier, des donations testamentaires, p. 298; Bourjon, droit commun de la France, t. 2, p. 202, n. 3, à la note.

(3) Des donations, t. 1, p. 495 et suiv.

de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, oblige les notaires à garder minute des actes qu'ils reçoivent; 2° que les testamens doivent être portés sur leurs répertoires; 3° que l'art. 1035 du Code dit que les testamens ne peuvent être révoqués que par un autre testament, ou par un acte devant notaire, portant déclaration du changement de volonté.

Ces raisons nous paraissent insuffisantes pour revenir contre l'ancienne doctrine. 1° L'art. 20 de la loi sur le notariat ne fait que rappeler un ancien principe qui contient beaucoup d'exceptions. L'article cité donne plusieurs exemples de ces exceptions, mais il ne les donne pas tous : sa disposition n'est pas limitative; il suffit de le lire pour en être convaincu.

2° Les notaires sont obligés de porter sur leur répertoire, même les actes dont ils remettent la minute aux parties. (1)

3° L'art. 1035 du Code ne s'applique qu'aux révocations expresses consignées par écrit, et non pas aux révocations tacites : l'auteur le reconnaît, puisqu'il enseigne, p. 602, qu'un testament bâtonné ou biffé par le testateur est tacitement révoqué.

(1) V. le nouv. répert., v° *répertoire*.

L'auteur va jusqu'à soutenir que le testateur ne pourrait retirer son testament mystique déposé chez le notaire-rapporteur de l'acte de suscription; et, pour être conséquent, il faut en dire autant du testament olographe déposé chez un notaire, s'il existe un acte de dépôt; ce qui paraît inadmissible. Si j'ai déposé chez un notaire un acte quelconque, j'ai toujours le droit de retirer mon dépôt.

Le testateur peut certainement garder son testament mystique après la rédaction de l'acte de suscription; il ne peut être contraint de le remettre au notaire; il peut le confier à un ami, ou le conserver chez lui. Tel était l'usage à Rome, (1) d'où nous est venu l'usage des testamens mystiques. De là était née la question décidée par Justinien, L. 30, Cod. *de testamentis*, de savoir si le testateur était censé avoir révoqué son testament, lorsqu'il avait rompu les sceaux ou les filets de l'enveloppe. (2)

[1] V. les antiquités d'Heineccius, Lib. 2, tit. 10, n. 11.

(2) Il est à croire que M. Grenier, qui prétend que le testateur ne peut retirer la minute de son testament, n'irait pas jusqu'à soutenir qu'il n'est pas en droit de se le faire représenter. Or, je suppose qu'il s'en ressaisisse, qu'il le déchire ou le rature au moment où le notaire le lui présente, qu'en résultera-t-il? S'il refusait d'en donner une décharge au notaire, celui-ci devrait, pour sa sureté, rapporter un procès-verbal; mais ce procès-verbal

Rien n'empêche le testateur, en France, de conserver son testament mystique, ou de le confier à un ami de préférence au notaire. L'article 916 du Code de procédure suppose évidemment que le testament mystique peut se trouver chez le testateur. Il porte que « si, » lors de l'apposition des scellés, il est trouvé » *un testament* ou autres papiers cachetés, le » juge de paix en constatera la forme exté- » rieure, *le sceau et la suscription*, s'il y » en a; qu'il paraphera *l'enveloppe* avec les » parties présentes, etc. »

M. Grenier fait d'inutiles efforts pour essayer de prouver que ce texte si précis ne s'applique point aux testamens mystiques. Pour être convaincu qu'il se trompe, il suffit de rapprocher cet article de l'article 976 du Code Napoléon. Si le législateur n'avait pas entendu parler des testamens mystiques dans l'art. 916 du Code de procédure, il n'aurait pas employé les termes techniques qu'il emploie dans le Code Napoléon, pour expliquer les formalités de ces sortes de testamens.

Si, au lieu de le conserver chez lui, le testateur le confie au notaire, comment celui-ci

ne pourrait jamais produire, contre le testateur, d'autre effet que de l'empêcher, lui ou ceux qui y auraient intérêt, de redemander la minute du testament porté sur le répertoire du notaire.

pourrait-il refuser de rendre le dépôt quand le testateur le lui demande ?

Il nous paraît donc que le testateur peut toujours retirer la minute de son testament des mains du notaire, qui en est dépositaire, en donnant décharge en marge du répertoire.

660. Si, au lieu d'emporter cette minute et de l'anéantir, le testateur se bornait à rayer une ou deux dispositions, le notaire devrait en rapporter procès-verbal ; et alors, comme il serait prouvé que les ratures ont été faites par le testateur et à dessein de révoquer, les dispositions rayées demeureraient révoquées, (1) à moins que le testateur ne fût en démence lorsqu'il les a rayées. L. ult., ff. de injust. rupt. irrit. testamento.

661. Si la minute conservée chez le notaire se trouvait raturée sans qu'il fût constaté que les ratures ont été faites par le testateur, elles seraient présumées faites par hasard, imprudence ou malice, contre l'intention du testateur, et le testament n'en aurait pas moins son effet, si ce qui reste lisible suffisait pour expliquer les dispositions du testateur : mais s'il y avait quelque clause tellement effacée qu'on ne pût lire assez pour la faire entendre,

(1) Domat, Liv. 3, tit. 1, sect. 5, n. 21.

l'impossibilité de savoir ce qu'elle contenait en empêcherait l'exécution. (1)

Néanmoins on pourrait, suivant les circonstances, admettre le notaire et les témoins à déposer sur ce que contenait la clause effacée. (2)

662. S'il s'agit d'un testament olographe, il faut encore distinguer si, lors du décès du testateur, l'acte se trouve en sa possession ou dans celle d'un tiers.

S'il se trouve dans les papiers du testateur un testament olographe entièrement raturé, il est considéré comme annulé ou même comme n'ayant point existé : car l'époque des ratures étant ignorée, on peut croire qu'elles ont été faites au moment même où a été écrit le testament, qui pouvait n'être qu'un projet sur lequel le testateur n'avait pas encore pris sa dernière résolution ; et, par cette raison, un pareil acte trouvé dans les papiers du testateur ne pourrait opérer la révocation d'un premier testament de date antérieure, comme le décide fort bien Ricard. (3)

Si la date ou la signature d'un testament

(1) Domat, *ubi sup.*, n. 22.

(2) Ibid., à la note.

(3) Part. 3, n. 76.

ographe trouvé chez le testateur étaient rayées, le testament serait censé révoqué en entier, à moins qu'il ne fût prouvé que la rature n'a pas été faite par le testateur, mais par accident, comme dans l'espèce de l'arrêt rendu par le parlement de Paris, le 6 juin 1764, rapporté dans le nouveau répertoire, v° *testament*, sect. 2, §. 1, n. 6, p. 661. La demoiselle Benoise avait fait un testament ographe, à la suite duquel elle avait mis un codicille qui ajoutait quelque chose au testament, et au surplus le confirmait. La date du testament avait, par accident, éprouvé une légère altération : le bout du papier qui la contenait avait été déchiré; en sorte qu'après les mots *fait à Paris*, on voyait distinctement les chiffres 30, ensuite quelques restes de lettres dont l'une paraissait former le haut d'un X, en sorte qu'on pouvait présumer qu'il y avait eu décembre; et ce qui le faisait croire, c'était qu'au bas de la troisième page, et au commencement d'une ligne non achevée, se trouvaient écrits, d'une main étrangère, les mots 30 décembre : du reste, le codicille était écrit, daté et signé de la testatrice. Malgré l'altération de la date du testament, il fut jugé valide.

Quant aux ratures qui se trouvent dans le

corps du testament olographe, on n'y doit avoir aucun égard, lorsque les lignes ou les mots effacés n'intéressent point la substance des dispositions. Les ratures approuvées ou non par le testateur sont indifférentes, puisque tout l'essentiel subsiste sans elles. (1)

Mais s'il y a une ou plusieurs dispositions rayées, celles-là seules sont censées révoquées, et les autres dispositions subsistent, suivant la doctrine du droit romain et des auteurs français; (2) ce qui nous paraît conforme à la raison et à l'esprit du Code, puisqu'un testament peut n'être révoqué qu'en partie, et que la rature d'une ou deux dispositions ne suppose pas la volonté de révoquer les autres.

Cependant un arrêt du 23 août 1743 (3) jugea qu'un testament dans lequel le testateur avait rayé trois dispositions, devait rester sans exécution pour la totalité, comme étant imparfait, par le motif qu'il était à présumer que le testateur n'avait point encore arrêté sa

(1) Duparc-Poullain, principes du droit, t. 7, p. 37; arrêt du juillet 1716.

(2) L. 2 et L. 3, ff. de his quæ in testamento delentur; Voët, *ibid.*, n. 3; Furgole, ch. 11, n. 83.

(3) Rapporté par Dénisart, v° *testament*, n. 37; Duparc-Poullain, t. 7, p. 36.

dernière pensée, ni les changemens qu'il avait commencé de faire.

Cette décision paraît un peu rigoureuse, en ce qu'aucune loi n'ordonne que les ratures ou interlignes d'un testament olographe soient approuvées par le testateur : mais, dans cette matière, tout dépend des circonstances. C'est au magistrat de les peser, et de prononcer si elles suffisent pour indiquer un changement de volonté de la part du testateur.

Ce changement ne pourrait être présumé si le testateur avait approuvé les ratures ; il suffirait même qu'elles le fussent en général, sans déterminer le nombre des mots rayés. (1)

Ce qu'on vient de dire ne s'applique qu'aux cas où les ratures ont été faites par le testateur de dessein prémédité. Si elles ont été faites par mégarde ou par une tierce personne, elles ne nuisent point à la validité du testament, pourvu qu'on puisse lire les mots rayés.

663. Elles sont présumées faites par le testateur, si le testament s'est trouvé parmi ses papiers. (2) Elles sont présumées faites sans son ordre et par un tiers, si le testament s'est

(1) Arrêt du 27 juin 1760, rapporté par Dénisart, *ubi sup.*, n. 41.

(2) Furgole, ch. 11, n. 80; Mantica, de conjecturis ultim. volunt., Lib. 2, tit. 1; Voët in pandectas, tit. de his quæ in testum delentur, n. 4.

trouvé chez une autre personne, (1) à moins qu'il n'eût été déposé cacheté par le testateur, ou que d'autres indices n'annoncent que les ratures ont été faites par le testateur; car, il faut le répéter, les circonstances influent nécessairement beaucoup sur la décision de ces questions. *De his quæ interleta, sive suprascripta dicis, non ad juris solemnitatem, sed ad fidei pertinent quæstionem, ut appareat utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsultò deleta sint, an ab aliquo falsò hæc fuerint commissa.* L. 12, C. de testam. (2)

664. Quant aux testamens mystiques, s'ils se trouvaient entièrement écrits, datés et signés du testateur, il nous paraît que la lacération de l'enveloppe, la rupture des cachets ou des rubans qui servaient à renfermer l'acte, ne peuvent en opérer la révocation, quand même la rupture et la lacération seraient faites par le testateur; car l'acte conserve la force d'un testament olographe, que le testateur n'a point voulu lui ôter, puisqu'il l'a laissé intact. S'il

(1) Les mêmes auteurs, *ibid.*

(2) Si la rature d'un testament était faite pendant la communication faite à la partie adverse, les mots rayés ou effacés devraient être rétablis, sur le serment de la partie intéressée à faire valoir la disposition effacée. Mornac, sur la Loi 42, ff. *ad legem aquiliam*, rapporte un arrêt qui l'a ainsi jugé.

a ouvert l'enveloppe, il est à présumer que c'était pour s'assurer s'il n'avait rien à changer à ses dispositions.

Mais si le testament mystique n'a pas la forme olographe, la seule lacération de l'enveloppe et la rupture des cachets, faites par le testateur, en opèrent la révocation. (1)

Cependant, s'il existait deux originaux du testament mystique, car rien n'empêche un testateur d'en faire plusieurs, la lacération ou l'ouverture que le testateur ferait de l'un des exemplaires ne révoquerait pas l'autre.

La loi dernière, ff. *de his quæ in testam. delentur*, admettait en ce cas les héritiers légitimes à prouver que le testateur, en ouvrant ou déchirant l'un des testamens, avait eu la volonté de les révoquer tous les deux, et de mourir intestat. L'admission de la preuve testimoniale, en ce cas, peut souffrir bien des difficultés dans nos principes. Si la lacération de l'un des exemplaires semble être un commencement de preuve, ce n'est point un commencement de preuve par écrit, comme l'exige l'art. 1347. Il peut même, et c'est le cas le plus ordinaire, n'exister qu'une présomption que cette lacération a été faite par

(1) L. 30, Cod. de testam.; L. 22, §. 3, ff. qui testamenta facere possunt, L. 1, §. 10 et 11, ff. *de bonorum possessione secundum tabulas.*

le testateur. Cependant il serait bien étonnant que l'on fût en France plus rigoureux sur ce point que les romains, qui attachaient aux testamens beaucoup plus d'importance que nous.

665. S'il était constaté que la lacération des sceaux ou l'ouverture du testament mystique a été faite par un tiers, sans la participation du testateur, qu'elle a eu lieu par accident, force majeure, par un événement indépendant de la volonté du testateur, la loi 30, Cod. *de testam.*, décide qu'alors le testament est valide, et, dans ce cas là même, il n'en conserve pas moins toute sa force, quoique le testateur ait eu connaissance de cet événement, quoiqu'il ne s'en soit pas plaint, et qu'il n'ait déclaré, par aucun acte postérieur, persister dans ses dispositions testamentaires. La cour de cassation l'a ainsi décidé dans une espèce qui paraissait favorable à la révocation. Le prêtre Gisbert avait institué ses deux petites nièces pour héritières universelles par un testament mystique. Il se réfugia en Espagne, fut inscrit sur la liste des émigrés, et encourut par conséquent la mort civile. Ses héritiers firent, par ce motif, annuler son testament par un jugement de première instance, qui ne fut ni

exécuté ni même signifié. De retour en France, le prêtre Gisbert fut réintégré dans ses biens en l'an 8. Il alla demeurer chez ses petites nièces, qui, vraisemblablement, l'instruisirent de ce qui s'était passé à l'égard de son testament. Il ne s'en plaignit point, et mourut en mars 1808, sans avoir déclaré ni révoquer ni confirmer son testament. Il avait, deux jours avant sa mort, déclaré, par acte notarié, faire remise à ses nièces du revenu de ses biens dont elles avaient joui pendant sa déportation; ce qui paraissait inconciliable avec la pensée que ces mêmes nièces fussent ses héritières universelles.

La cour d'appel de Toulouse annula le testament, par le motif que le testateur ayant connu l'ouverture du testament sans s'en plaindre, se l'était appropriée. Mais cet arrêt fut cassé le 2 mai 1812, par le motif que la loi 30, Cod. *de testam.*, ne permet pas que l'ouverture d'un testament mystique, faite par un tiers sans la participation du testateur, puisse nuire à l'effet du testament; que l'art. 1035 du Code Nap. ne permet pas qu'un testament puisse être révoqué autrement que par un testament postérieur ou par une déclaration faite devant notaire du changement de volonté; que l'arrêt attaqué, en

prenant le silence du testateur, qui a su que son testament était ouvert, pour une révocation de cet acte, a contrevenu à l'art. 1035 du Code Napoléon;

Attendu enfin que le testament était resté déposé chez un notaire, et qu'on n'élevait aucun doute sur son identité : (1) car, s'il était impossible de prouver l'identité du testament, la volonté du testateur restant incertaine ne pourrait avoir son exécution.

Si le testament mystique s'est trouvé ouvert chez le testateur, on présume que c'est par lui que l'ouverture a été faite. S'il était déposé chez un notaire ou chez un tiers, il n'est pas à présumer que la lacération de l'enveloppe ait été faite par le testateur, et le testament n'en aurait pas moins son exécution, si l'identité était prouvée par les circonstances. Si elle ne l'était pas, si elle était douteuse, le testament ne pourrait être exécuté, sauf la responsabilité du notaire, s'il y avait lieu.

666. Mais peut-on admettre la preuve par témoins de la perte ou de la destruction d'un testament par force majeure? Et, dans ce cas, suffit-il, pour assurer l'effet du testament détruit, que les témoins en rappellent

(1) L'arrêt est rapporté par Denevers, an 1812, pag. 545 et suiv.

la teneur, ou faut-il de plus qu'il résulte de leur témoignage que l'acte était revêtu de toutes les formalités requises par la loi?

Ces deux questions ont été présentées à la cour de cassation, en 1807, dans l'espèce d'un testament qui avait péri, depuis la mort du testateur, dans l'incendie général de la ville de Saint-Claude, le 1^er^ messidor an 7. Les légataires demandèrent la délivrance du legs, et en cas de dénégation, à prouver par témoins l'existence du testament.

Ils furent admis à la preuve; mais les premiers juges trouvèrent qu'il ne résultait pas de l'enquête que le testament eût été fait avec toutes les formalités légales, et rejettèrent, par ce motif, la demande du légataire.

La cour d'appel de Besançon, au contraire, jugea que dès-lors qu'on prouvait qu'il avait existé un testament qui avait péri par force majeure, c'était le cas d'appliquer la maxime tirée de la loi 30, de v. obl. : *Omnia censentur solemniter acta.*

Dans l'instance en cassation, il fut soutenu, 1° que l'admission de la preuve par témoins de l'existence d'un testament était contraire à la loi; 2° qu'on avait fait une fausse application de la maxime *omnia censentur solemniter acta.* Ce dernier moyen fut accueilli, et l'arrêt

de la cour de Besançon fut cassé le 10 février 1807, (1) par la considération que si, d'après la procédure, « la cour de Besançon a pu » regarder l'existence du testament comme » suffisamment prouvée, elle n'a pu, (en » reconnaissant l'insuffisance des dépositions » des témoins, pour prouver l'accomplisse- » ment de toutes les formalités requises pour » la validité d'un pareil acte,) ordonner » l'exécution du même testament, sans violer » ouvertement les articles 5 et 47 de l'ordon- » nance de 1735, (suivant laquelle l'affaire » devait être jugée ;) que la loi 30, de v. obl., » n'a aucun rapport aux actes de dernière » volonté, ni même au cas où il s'agit de la » perte fortuite d'un titre ; qu'ainsi ladite » cour d'appel, en s'appuyant de cette loi » pour couvrir le défaut des formalités dudit » testament, en a fait une fausse application. »

La cour de cassation ne prononça pas sur la première question, savoir si l'on peut prouver par témoins qu'un testament a péri par force majeure : cependant l'affirmative semble résulter du dispositif de son arrêt. L'article 1348, n. 4, du Code Napoléon, admet la preuve testimoniale dans les cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve

(1) L'arrêt est rapporté dans le nouveau répertoire, v° *preuve*, sect. 2, §. 3, art, 1, n. 27, p. 650.

littérale par suite d'un cas fortuit, imprévu ou résultant d'une force majeure. Or, les héritiers sont débiteurs des legs, 1017, et les légataires en sont créanciers. Il paraît donc qu'on doit leur appliquer la disposition de l'art. 1348, quoique placé au titre des contrats et des obligations conventionnelles.

La preuve testimoniale de la suppression d'un testament serait admise, à plus forte raison, si les héritiers ou autres personnes intéressées à la suppression du testament l'avaient eux-mêmes déchiré, brûlé ou supprimé, de quelque autre manière que ce soit. Dans ce cas là même, il suffirait au légataire de prouver l'existence, le contenu et la destruction du testament, sans être tenu de prouver en même tems que l'acte était revêtu des formes légales. Les héritiers ou autres personnes intéressées à la supprimer ne seraient ni admissibles ni recevables à rejetter sur le légataire la preuve de la régularité du testament, qui a été détruit par les personnes intéressées à sa destruction et à son anéantissement. Cette circonstance suffit pour justifier la présomption de droit qu'il était revêtu des formes nécessaires pour sa validité. Ainsi l'a décidé, avec raison, un arrêt de la cour de cassation, du 1^er^ septembre 1812, rapporté par Denevers, an 1813, p. 17 et suiv.

Si, au lieu de demander la preuve testimoniale, le légataire déférait aux héritiers ou autres personnes intéressées à la suppression du testament, le serment décisoire sur le fait de savoir s'ils n'ont pas supprimé le testament, cette demande devrait être admise, et les héritiers ne pourraient refuser d'être constitués juges dans leur propre cause.

Bien plus, par arrêt du 13 avril 1808, rapporté par Sirey, an 1809, 2e part., p. 77 et suiv., la cour d'appel de Turin a jugé qu'on pouvait déférer le serment aux héritiers légitimes, sur le fait de savoir s'il n'était pas vrai qu'ils avaient détourné le défunt de faire un testament, en lui promettant d'exécuter ses volontés, sans qu'il fût besoin de les rédiger par écrit; et qu'en ce cas ils doivent être condamnés, par forme de dommages et intérêts, à une somme égale à celle dont ils ont frustré le légataire : ce qui est conforme au grand principe d'équité, que tout fait de l'homme qui cause du dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, 1382.

667. L'arrêt de la cour de cassation, du 1er septembre 1812, que nous venons de citer, décide qu'un testateur ne peut donner verbalement, au dépositaire de son testament, le

pouvoir de le détruire après sa mort, dans le cas de tel événement. Un pareil mandat est illégal et nul ; et si le testament est supprimé en exécution de ce mandat, le légataire peut en demander l'exécution, lors même qu'il n'a d'autres preuves de l'existence et de la destruction de l'acte que les aveux du dépositaire et des personnes intéressées à le détruire, et que l'on peut faire interroger sur faits et articles, ou leur déférer le serment.

§. II.

De la révocation des testamens par la disposition de la loi.

SOMMAIRE.

668. *La mort civile révoque les testamens.*
669. *La survenance d'enfans ne les révoque pas ;*
670. *Quand même le testateur eût ignoré la grossesse de son épouse.*

668. La loi révoque les testamens de ceux qui ont encouru la mort civile. L'art. 25 du Code veut qu'alors leurs biens soient dévolus de la même manière que s'ils étaient morts naturellement *et sans testament.* C'est le seul (1)

(1) Domat, p. 411.

changement d'état qui puisse dans nos mœurs rompre un testament ; c'est le seul cas où les testamens soient révoqués de plein droit.

669. La survenance d'enfans, qui opère de plein droit la révocation des donations entre vifs, n'opère point celle des donations testamentaires. (1) Dans le premier cas, la loi vient au secours du donateur imprévoyant : elle présume qu'il n'aurait pas donné, s'il avait senti les douceurs et les devoirs de la paternité. S'il survient des enfans, elle révoque des dons qu'il s'était mis imprudemment dans l'impuissance de révoquer.

Mais le testateur n'a pas besoin du secours de la loi ; il est toujours le maître de révoquer son testament. S'il ne l'a pas révoqué depuis qu'il est devenu père, il est censé avoir persévéré dans les mêmes dispositions, malgré le changement survenu dans sa famille.

670. Il est pourtant un cas où le secours de la loi paraît nécessaire ; c'est celui d'un testateur qui n'avait point d'enfans, et qui meurt ignorant la grossesse de son épouse. On peut alors présumer qu'il eût révoqué son

(1) Furgole, question 12, sur l'ordonnance de 1731 ; Ricard, part. 3, n. 151 ; Malleville, sur l'art. 1035, t. 2, p. 485, v° *tamen* ; Furgole, des testamens, ch. 11, n. 10, t. 4, p. 191.

testament avant de mourir, s'il avait su qu'il lui surviendrait un enfant, comme on présume que le donateur n'eût point donné entre vifs, s'il avait prévu qu'il deviendrait père. Les raisons pour le présumer sont les mêmes dans l'un et l'autre cas.

Cependant le Code n'a point ordonné la révocation des testamens par la naissance d'un enfant posthume ignorée du testateur; il a gardé le silence sur ce cas très-rare, et l'on ne peut pas dire que ce soit par oubli : car, sous l'ancienne jurisprudence, dans les pays de droit écrit où l'on suivait le droit romain, les testamens étaient annulés par la naissance d'un enfant, *agnatione sui hæredis ;* (1) et, dans les pays coutumiers, la jurisprudence des arrêts, attestée par plusieurs auteurs, (2) prononçait la révocation des testamens, lorsque le testateur avait ignoré qu'il dût avoir un enfant, ou même que l'ayant su, il n'avait pas eu le tems de révoquer ou de supprimer son testament. En n'adoptant pas cette jurisprudence, le législateur est censé l'avoir rejettée. (3)

(1) Domat, 2e part., Liv. 3, tit. 1, sect. 5, n. 6 et 15.

(2) Pothier, des donations testamentaires, p. 342 et 343; Grenier, t. 2, p. 224 et suiv., *et ibi laudatos.*

(3) V. une exception dans l'art. 1049, que nous expliquerons ci-après.

§. III.

De la caducité des dispositions testamentaires et du droit d'accroissement.

ARTICLE PREMIER.

De la caducité des legs.

SOMMAIRE.

671. *Ce qu'on entend par caducité, et quand elle a lieu.*
672. *Point de caducité par le prédécès du légataire, si le legs est fait au légataire ou à ses héritiers.*
673. *Si le légataire meurt avant l'accomplissement de la condition, il faut distinguer si la* disposition *était suspendue, ou seulement l'*exécution.
674. *Le terme incertain équivaut à une condition.*
675. *Articles* 1040 *et* 1041.
676. *La question de savoir s'il y a terme ou condition abandonnée à la prudence des juges.*

671. On appelle *caduques*, dans le sens du Code, les dispositions testamentaires accidentellement *déchues* ou privées de leur effet pour autres causes qu'un vice qui les annule dans leur principe.

Ainsi les dispositions testamentaires *tombent*

ou deviennent caduques, 1° si le légataire décède avant le testament, 1039; 2° s'il refuse d'accepter le legs, 1043; 3° s'il ne peut le recueillir pour cause d'incapacité, 1043; 4° si la chose léguée a totalement péri, soit avant la mort du testateur, soit depuis, sans la faute de l'héritier ou autre débiteur du legs; 5° faute d'accomplissement, pendant la vie du légataire, de l'événement sous la condition duquel la disposition a été faite, 1040.

672. La caducité, dans le premier cas, est fondée sur le principe que les legs sont personnels, et que le testateur n'a considéré, en donnant, que la personne du légataire et non celle de ses héritiers, à la différence des conventions dans lesquelles celui qui stipule est toujours présumé stipuler pour lui et pour ses héritiers. Il n'y aurait donc pas de caducité si le legs avait été fait au légataire et à ses héritiers, (1) ni s'il paraissait, par les circonstances, que le legs eût été fait au titre dont l'individu était revêtu, plutôt qu'à sa personne; par exemple, au directeur d'un hospice, au curé ou vicaire d'une paroisse, etc. (2)

673. Si le légataire meurt avant l'accomplissement de la condition, il n'y a point de

(1) V. un arrêt du 25 juin 1671, dans le journal du palais.

(2) V. Pothier, des donations testamentaires, ch. 6, sect. 3, §. 1, p. 363.

caducité, si la condition ne faisait que suspendre l'exécution de la disposition, et non la disposition elle-même, 1040-1041; car il y a deux choses à distinguer dans toute donation testamentaire ou autre, *la disposition* et *l'exécution.* (1) Quoique l'exécution soit suspendue par un événement ou par une condition, la disposition n'en est pas moins irrévocable, n'en donne pas moins au donataire un droit transmissible à ses héritiers, s'il meurt avant l'événement ou la condition qui suspendait l'exécution.

Au contraire, si la disposition est elle-même suspendue par l'événement d'une condition, il faut distinguer les donations entre vifs des donations testamentaires. Dans les premières, comme dans tous les actes entre vifs, la condition peut s'accomplir utilement après la mort du donataire, qui transmet l'espérance à ses héritiers, s'il meurt avant l'accomplissement de la condition; *inst. de v. obl.*, §. 4, parce que celui qui stipule est toujours censé stipuler pour lui ou pour ses héritiers. Dans les secondes, la condition ne peut s'accomplir utilement après la mort du légataire : *intercidit legatum si ea persona decesserit cui legatum est sub conditione.* L. 59, ff. *de condit.*

(1) V. ci-dessus, p. 308, note 1.

et demonstr., parce que le legs n'étant censé fait qu'à la personne du légataire, l'espérance qu'il en profiterait s'est évanouie par son décès, et par conséquent il ne peut la transmettre à ses héritiers, en faveur de qui le legs n'a point été fait.

Ainsi l'existence des dispositions testamentaires faites sous condition est doublement incertaine : car, 1° elles n'auront pas existé, elles seront caduques, si la condition ne s'accomplit pas ; 2° elles n'auront point encore existé, elles seront caduques, quoique la condition s'accomplisse, si le légataire meurt avant l'accomplissement.

674. C'est de là que vient la règle qu'à l'égard des testamens, le terme ou le jour incertain équivaut à une condition. (1) *Dies incertus conditionem in testamento facit.* L. 75, ff. *de condit. et demonstr.* Règle qui s'applique non seulement au cas où il est incertain si le jour donné pour terme arrivera ; par exemple, je donne à Titius lorsqu'il aura vingt-un ans, mais au cas même où il est certain que le jour arrivera, lorsqu'il est incertain s'il arrivera du vivant du légataire : par exemple, je

(1) Comme nous l'avons dit sup., p. 47. V. aussi Pothier, des donations testamentaires, chap. 5, sect. 2, §. 1, p. 279 ; et traités des obligations, numéros 203 et 208.

lègue 10,000 fr. à Titius, lorsque Mevius mourra. (1) Il est certain que Mevius mourra, mais il est incertain si Titius lui survivra; et s'il ne survit pas, le legs deviendra caduc.

Je veux que mon fils, lorsqu'il mourra, donne 1000 fr. à Paul, ou je donne 1000 fr. à Paul à la mort de mon fils. Papinien, L. 79, §. 1, de condit. et demonst., décide que ce legs est conditionnel : car, quoiqu'il soit certain que mon fils mourra, il est incertain si Paul lui survivra. L'incertitude de sa survie fait dégénérer le jour certain en condition.

Au contraire, je charge mon fils de donner le fonds Cornelien à Paul, lorsque ce dernier mourra. La disposition de ce legs est pure et simple; l'exécution ou l'exigibilité en est seulement suspendue : le legs passe aux héritiers de Paul. *Purum est legatum*, dit le même Papinien, *ibid. in principio, quia non conditione sed morâ suspenditur, non potest enim conditio non existere.* La propriété est acquise à Paul, quoiqu'il ne puisse exiger la délivrance de son vivant. Il peut donc vendre et hypothéquer la propriété qui lui appartient, et à laquelle l'usufruit se réunira à sa mort; car

(1) Je puis avoir, pour mettre cette condition à mon legs, un motif très-plausible : par exemple, si mon fils doit hériter de Mevius, il ne sera pas gêné de payer la somme de 10,000 fr.

ce legs se réduit à celui-ci : Je lègue à Paul la propriété du fonds Cornelien, et l'usufruit à mon fils et à ses héritiers pendant la vie de Paul.

Je donne à Paul 3000 fr. qui lui seront comptés le jour de sa majorité. Il n'y a là qu'un terme et non une condition. Si Paul meurt avant d'avoir atteint sa majorité, le legs est transmis à ses héritiers, qui pourront l'exiger au tems où Paul eût atteint vingt-un ans.

675. Ces principes fondés sur la raison sont consacrés par les articles 1040 et 1041, qui portent : « Toute disposition testamentaire, faite sous une condition dépendante d'un événement incertain, et telle que, *dans l'intention du testateur*, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition, » 1040.

La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué ou le légataire d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers, 1041.

976. Mais la question de savoir si le testateur a voulu établir un terme ou une condition peut souvent être douteuse : par exemple, je donne

à Paul lorsqu'il aura acquis sa majorité; on peut demander si j'ai voulu établir une condition ou un terme. C'est une question d'intention qui dépend beaucoup des circonstances; elle est abandonnée à la sagacité et à la prudence des juges, par les articles 1040 et 1041. *Voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est.* L. 7, C. *de fideicomm.* Le testateur qui veut prévenir toute interprétation arbitraire doit avoir soin d'expliquer sa volonté sans équivoque. Il n'y en n'aurait point si j'avais dit : Je donne à Paul s'il parvient à sa majorité, ou je donne à Paul une somme de... qui lui sera comptée le jour de sa majorité. C'est aux notaires surtout qu'il faut recommander de mettre de la clarté dans leurs rédactions.

ARTICLE II.

Qui recueille les legs caducs, et du droit d'accroissement.

SOMMAIRE.

677. *Ceux qui auraient acquitté le legs, le recueillent s'il devient caduc.*

678. *Ce sont ordinairement les héritiers* ab intestat.

679. *C'est le légataire universel ou héritier institué, lorsqu'il y en a un.*

680. *Les légataires à titre universel ne profitent point de la caducité des legs partiaires.*

681. *Ils profitent de la caducité des legs particuliers.*

682. *Les légataires même à titre particulier profitent de la caducité des legs qu'ils auraient été chargés d'acquitter. Exemples.*

683. *Du droit d'accroissement.*

684. *Les légataires peuvent être conjoints de trois manières.*

685. *Les légataires conjoints par la chose seulement, sont aussi appelés disjoints.*

686. *On présume que le testateur a voulu leur donner un droit égal,*

687. *A moins qu'il n'y en ait entre eux de conjoints par les paroles.*

688. *Entre légataires conjoints par la chose seulement, le droit d'accroissement n'a pas lieu, si l'objet légué peut être divisé sans détérioration.*

689. *Les légataires conjoints par la chose et par les paroles jouissent du droit d'accroissement, quand même l'objet légué pourrait être divisé commodément,*

690. *A moins que le testateur n'ait assigné la part de chacun d'eux.*

691. *Il faut distinguer si l'assignation se trouve dans la* disposition *ou dans* l'exécution.

692. *L'assignation de parts inégales n'empêcherait pas le droit d'accroissement, si elle était faite dans la clause* d'exécution.

693. *A qui appartient la portion des légataires conjoints en nom collectif.*

694. *Comment les colégataires partagent la portion qui leur accroît.*

695. *L'accroissement se fait* volentibus, non invitis.

696. Quid *si le legs est fait purement et simplement à l'un, et à l'autre conditionnellement?*

697. *Si j'ai répudié ma part du legs, et que je devienne héritier de mon colégataire, je pourrai accepter le tout.*

698. *Le droit d'accroissement cesse par l'acceptation du legs; l'indignité n'y donne point ouverture.*

699. *Si l'accroissement cesse dans le cas d'un usufruit légué conjointement, lorsque l'un des colégataires meurt après avoir accepté.*

700. *Du cas où la propriété est léguée à l'un, l'usufruit à l'autre.*

677. Sur la question de savoir qui doit recueillir les biens contenus dans les legs caducs, il existe une règle générale fondée sur la nature des choses et sur la volonté du testateur. Le droit de profiter de la caducité des legs est attaché à la charge de les acquitter, dans le cas où ils ne seraient pas caducs. Il est naturel que ceux qui doivent supporter la charge de ces legs en retirent aussi les avantages éventuels. C'est une charge de moins qu'ils ont à supporter, plutôt qu'un avantage qui leur revient. *Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda.* L. 10, ff. de R. J.

Ainsi tous les héritiers ou les légataires, à

quelque titre que ce soit, profitent de la caducité d'un legs dans la même proportion qu'ils auraient contribué à l'acquitter.

678. Les héritiers *ab intestat* supportent seuls la charge des legs particuliers, lorsqu'il n'existe pas de légataire universel ou à titre universel ; ils profitent donc seuls de la caducité de ces legs.

679. S'il y a un légataire universel ou héritier institué, il est mis par la volonté du testateur dans la place de l'héritier, du moins quant à tous les biens disponibles. C'est lui qui acquitte seul tous les legs, quand même il serait en concours avec un héritier légitimaire, 1009. C'est donc le légataire universel qui recueille seul tous les legs caducs, (1) même à l'exclusion du légitimaire, qui n'a rien à prétendre au-delà de sa réserve.

Il ne faut même pas distinguer le cas où le testateur aurait commencé par faire un legs universel et ensuite des legs particuliers ; par exemple, je lègue à Primus l'universalité de mes biens, je lègue à Secundus une somme de 10,000 f., du cas où le testateur a commencé par un legs particulier, et fait ensuite un legs uni-

(1) Arrêt de la cour de cassation, du 10 juillet 1809. Sirey, an 1809, p. 303.

versel : Je lègue à Secundus le fonds Cornelien, je lègue à Primus *le surplus de mes biens.*

Dans ce second cas comme dans le premier, si le legs fait à Secundus devient caduc, il est recueilli par Primus et non par l'héritier du sang; car ces expressions, *le surplus de mes biens*, doivent s'entendre en ce sens : Le surplus de ce qu'aura Secundus; et non pas dans ce sens restrictif : Je ne donne à Primus que le surplus de ce qui est exprimé dans la première disposition. Il est censé que je n'ai voulu restreindre le legs universel que j'ai fait à Primus qu'en faveur de Secundus, et dans le cas où celui-ci recueillerait son legs particulier. Telle est l'intention ordinaire de tous ceux qui font des legs universels, comme l'a fort bien remarqué Pothier, des dispositions testamentaires, ch. 6, sect. 5, §. 1, p. 386.

680. Au contraire, si le testateur avait d'abord fait un legs à titre universel, et donné, par exemple, à Primus le quart de ses biens, et ensuite le surplus ou le restant de ses biens à Secundus, celui-ci ne serait comme Primus qu'un légataire à titre universel. C'est comme si le légataire avait dit : Je donne le quart de mes biens à Primus, et les trois autres quarts à Secundus. Si l'un des legs devenait

caduc, l'autre ne le recueillerait pas ; v. sup., n. 512 : il appartiendrait en entier à l'héritier légitime, parce que les légataires partiaires ou de quotité ne peuvent jamais avoir droit qu'à la même quotité que leur a léguée le testateur, et qui n'est point augmentée par la caducité des autres legs partiaires.

681. Mais ces mêmes légataires, soit que le testateur ait divisé entre eux toute son hérédité, soit qu'ils se trouvent en concours avec des héritiers légitimes ou institués, profitent de la caducité des legs particuliers, par la raison que, s'il n'y avait point de caducité, ils seraient tenus de les acquitter par contribution avec les héritiers *naturels*, 1013, (1) ou institués.

(1) La rédaction de cet article est trop générale ; il y a plusieurs cas où le légataire à titre universel et l'héritier du sang ne sont pas tenus d'acquitter les legs particuliers par contribution. Par exemple, le testateur lègue à Titius tout son mobilier, et à Mevius le fonds Cornelien ; Titius ne contribue point au second legs.

Le testateur a légué tout son mobilier à Titius, ensuite il lègue à Mevius une somme de 10,000 fr. qu'il a placée sur la banque. Ce second legs est tout entier à la charge du légataire à titre universel de tout le mobilier, comme aussi il profite seul de la caducité.

Ainsi, à la règle générale énoncée par l'art. 1013, que le légataire à titre universel acquitte les legs particuliers par contribution avec les héritiers naturels, il faut ajouter l'exception : « A moins qu'il ne paraisse, par la nature du legs ou par les circonstances, que le testateur a voulu que ces legs fussent seulement à la charge soit des légataires universels, soit des héritiers naturels.

682. Par la même raison, les légataires à titre universel, qui ne sont pas légataires partiaires ou de quotité, et même les légataires à titre particulier, doivent profiter de la caducité des legs qu'ils auraient été chargés d'acquitter, ou à l'acquit desquels ils auraient été obligés de contribuer, comme il arrive toutes les fois que les biens contenus dans un second legs ne sont qu'une partie ou une délibation de ceux qui étaient contenus dans le premier; de manière que, sans le second legs, le légataire eût recueilli les biens qui le composent.

Par exemple, si, après avoir légué tout son mobilier à Titius, le testateur en léguait un quart à Mevius, ou seulement un meuble précieux, ou bien une somme d'argent qui faisait partie de son mobilier, tel qu'un crédit désigné, ou une somme déposée dans son secrétaire, ou à prendre sur l'argent qu'il laissera à son décès;

Si, après avoir légué une terre ou une métairie à Titius, il lègue à Mevius une pièce de terre, un bois qui en dépendent;

Enfin, si le testateur chargeait spécialement un de ses légataires d'acquitter un autre legs, (1) comme de payer une somme à une autre personne.

(1) Pothier, des donations testamentaires, ch. 6, sect. 5, §. 1, p. 386.

Dans tous ces cas, la caducité du second legs profite au légataire chargé de l'acquitter, parce que ce second legs n'étant en effet qu'une délibation du premier, il est naturel de présumer que le testateur ayant déjà, par une première disposition, distrait de sa succession les biens contenus dans la seconde, a voulu qu'au défaut du second légataire, le premier les recueillît de préférence aux héritiers du sang ou au légataire universel.

683. C'est sur les mêmes principes qu'est fondé le droit d'accroissement dont parle l'art. 1044. Ce droit, qui passait avec raison pour la matière la plus subtile et la plus épineuse du droit romain, (1) est réduit par le Code à des principes assez simples.

684. Il faut d'abord savoir que les legs peuvent être faits conjointement de plusieurs manières, c'est-à-dire, qu'on distingue trois manières d'appeler dans un testament plusieurs personnes à recueillir la même chose. Les légataires peuvent être conjoints, 1° par

(1) Vinnius sur les institutes, au titre *de legatis*, §. 8; sur le droit d'accroissement, voyez Pothier, *ubi sup.*, §. 3, p. 391; Domat, part. 2, Liv. 3, tit. 1, sect. 9; Grenier, des donations, t. 1, p. 604; le nouveau répertoire, le nouveau Dénisart, v° *accroissement*; les commentateurs du droit romain, Majansius, t. 2, disput. 38, p. 59; Heinecc., elem. juris civ., §. 625, *et ejusdem reci ationes.*

la chose seulement, *re tantum* ; 2° par la chose et par les paroles, c'est-à-dire, par la contexture de la phrase, *re et verbis* ; 3° par les paroles seulement et non par la chose, *verbis tantum.*

Ils sont conjoints par la chose seulement, lorsque la même chose est léguée à deux ou plusieurs personnes par des phrases distinctes et séparées, *re conjuncti videntur non etiam verbis cum duobus eadem res legatur.* L. 89, ff. de legat. 3°. (1) Par exemple, je lègue à Paul le fonds Cornelien, je lègue à Pierre le même fonds Cornelien.

685. Les légataires, ainsi conjoints par la chose, sont aussi appelés *disjuncti*, par opposition à ceux qui sont conjoints dans la même phrase. (2)

686. Ces legs bisarres et moins usités parmi nous, où le testateur explique ordinairement ses dispositions, étaient fréquens à Rome, où on les avait interprétés diversement dans les différens âges de la jurisprudence. (3) Sous Justinien, on en vint à l'interprétation qui paraît la plus raisonnable, et qui est suivie

(1) V. Furgole, ch. 9, n. 14, t. 3, p. 288.

(2) V. Heinecc. in inst., §. 628 ; le titre de leg. in inst., §. 8 ; Pothier, p. 388.

(3) V. Furgole, ch. 9, n. 14, p. 288.

dans notre droit français. (1) On présume que le testateur a voulu donner aux légataires un droit égal dans la chose donnée, et ils doivent la partager par portions égales, s'ils sont tous existans et capables, et qu'ils veuillent accepter le legs ; (2)

687. A moins que, parmi les légataires, il n'y en ait qui soient conjoints par les paroles. Par exemple, je lègue le fonds Cornelien à Paul et à Jacques ; je lègue le fonds Cornelien à Pierre : car alors Paul et Jacques ne sont considérés que comme une seule personne, et ne prennent qu'une part entre eux. *Si conjuncti disjunctis commixti sunt, conjuncti unius personæ vice funguntur.* L. 34, ff. de leg. 1. (3)

688. Si la part qu'aurait eue l'un des légataires, conjoints par la chose seulement, devenait caduque, l'autre la recueillait par droit d'accroissement sous l'ancienne jurisprudence. On présumait que telle avait été la volonté du testateur, qui, quoique par des dispositions séparées et distinctes, avait

(1) Furgole, *ubi sup.* ; Pothier, ch. 6, sect. 5, §. 2, p. 387.

(2) Cela résulte clairement de l'art. 1045, qui donne le droit d'accroissement si la chose n'est pas susceptible d'être divisée ; donc, si elle peut être divisée, il y a partage entre les deux légataires.

(3) Pothier, p. 387 et suiv., ch. 6, sect. 5, §. 2, *quem vide omninò.*

appelé chacun des légataires à recueillir la totalité de la chose.

L'art. 1045 admet aussi le droit d'accroissement en faveur des légataires conjoints par la chose seulement, *re tantùm*; mais ne l'admet que dans les cas où la *chose n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration.* Sur quoi nous devons remarquer que l'art. 1045 ne dit pas, comme les articles 827 et 824 : *Si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément.*

Ainsi la simple incommodité d'un partage suffit pour autoriser les copartageans à provoquer la licitation, mais elle ne suffit pas pour donner le droit d'accroissement aux légataires conjoints par la chose seulement; il faut de plus que la chose ne puisse être *divisée* ou partagée sans détérioration. Mais entend-on par détérioration une simple diminution de valeur? Il paraît que cette question est abandonnée à la prudence du juge.

Cette limitation mise par le Code au droit d'accroissement, accordé autrefois sans distinction aux légataires conjoints par la chose seulement, est conforme à la raison. Il ne paraissait pas juste de leur supposer, dans l'intention du testateur, des droits aussi

étendus qu'aux légataires conjoints par la chose et par les paroles, *re et verbis.*

689. Ces derniers sont ceux à qui le testateur a légué la même chose par une seule et même disposition, c'est-à-dire, par une même phrase : par exemple, je lègue à Pierre et à Paul le fonds Cornelien. L'art. 1044 donne indistinctement le droit d'accroissement aux légataires ainsi conjoints, soit que la chose léguée soit ou non susceptible d'être divisée sans détérioration.

690. Mais ce droit cesse si le testateur, en unissant les légataires dans une seule et même disposition, assigne à chacun d'eux la part qu'il doit avoir dans la chose léguée. Ils sont alors ce qu'on appelle conjoints par les paroles seulement, *conjuncti verbis tantùm.*

Par exemple, je lègue à Pierre, à Paul et à Jean le fonds Cornelien par égales portions ou par tiers. Chaque légataire, n'étant alors donataire que de la portion qui lui a été assignée, n'a aucun droit aux autres portions. Si le testateur a réuni les légataires dans la même phrase, on présume qu'il ne l'a fait que pour abréger, *propter sermonis compendium*, (1) et non pour leur donner le droit

(1) Pothier, p. 401 ; Furgole, p. 289, ch. 9, n. 7; Grenier, t. 1 ; p. 607.

de recueillir les portions qui deviendraient caduques.

691. Cependant il faut bien distinguer si l'assignation des portions se trouve dans la *disposition* même, ou seulement dans l'*exécution*. Dans l'exemple ci-dessus proposé, je lègue à Pierre, à Paul et à Jean le fonds Cornelien par égales portions; la distinction et l'assignation des parties sont dans la disposition même; elles en font partie, elles en sont inséparables : ainsi, dans le principe, chacun n'a droit qu'à la portion qui lui reste assignée.

Au contraire, s'il était dit : Je lègue à Paul, Pierre et Jean le fonds Cornelien, pour le partager entre eux par égales portions, ils restent conjoints *re et verbis* dans le premier membre de la phrase, qui contient la disposition, et qui renferme dans le principe la destination de la totalité en faveur de chacun des légataires. Ils n'ont de parts assignées que dans le second membre, qui est une phrase accessoire unie à la première par la conjonction *pour*, et qui n'est ajoutée que pour déterminer la manière d'exécuter la disposition, sans nuire d'ailleurs aux droits donnés dans le premier membre aux légataires, qui n'en

ont pas moins le droit d'accroissement sur les parts devenues caduques. (1)

D'après ces principes, la cour de cassation, par arrêt du 19 octobre 1808, (2) a cassé un arrêt qui avait jugé que le droit d'accroissement n'avait pas lieu dans un testament où le sieur Delaporte avait institué héritiers, par une même disposition, le sieur Planté et ses deux sœurs, pour faire et disposer de son entière hérédité *par portions égales.*

Cette distinction, qui peut paraître subtile aux esprits peu attentifs, est néanmoins fondée sur la nature des choses. Il existe une différence sensible et très-réelle entre cette formule : j'institue Paul, Pierre et Jean mes héritiers, chacun pour un tiers ou chacun pour une égale portion, et cette autre formule : j'institue Paul, Pierre et Jean mes héritiers, pour partager mes biens par égales portions ou par tiers.

Dans la première, chacun des légataires n'est appelé, dans le principe, que pour un tiers; les parts sont faites dans la disposition. (3)

[1] V. Furgole dans les corrections et additions au ch. 9, n. 15.

[2] Sirey, an 1808, p. 35. V. un autre arrêt du 18 octobre 1809; Sirey, an 1810, p. 57 et suiv., rendu dans les mêmes principes.

[3] Ainsi jugé par la cour d'appel de Turin, le 23 août 1808, dans une espèce où le testateur avait institué pour héritiers Charles Dubois, son frère, *pour une moitié*, et Joseph Dubois, son neveu, *pour une autre moitié*. V. Sirey, an 1809, décis. div., p. 374.

Dans la seconde, chacun est appelé, dans le principe, pour la totalité; les parts ne sont faites que dans la clause d'exécution : c'est la présence des colégataires qui opère le partage, *concursu partes fiunt.*

692. Il paraît donc que le droit d'accroissement ne cesserait pas, si, après avoir institué conjointement plusieurs légataires par une seule et même disposition, le testateur ordonnait, par une clause additionnelle, que le partage de la chose léguée se ferait inégalement. C'est une conséquence des principes qui déterminèrent l'arrêt de la cour de cassation que nous venons de citer.

Il est même des cas où il est nécessaire; pour dissiper toute ambiguité, que le testateur s'explique sur la manière de partager son legs : par exemple, j'institue héritiers Pierre et Paul, mes frères, et les enfans de ma défunte sœur. Si le testateur ne s'explique pas sur la manière dont le partage sera fait entre ses frères et ses neveux, il y aura du doute : car, en général, lorsque plusieurs légataires sont institués par une même disposition, si les uns sont nommés séparément, et les autres compris sous une appellation collective, ces derniers ne prennent qu'une

part pour eux tous. (1) Or, si, pour ne laisser aucun doute sur ses intentions, et après avoir appelé conjointement ses frères et ses neveux, comme nous venons de le dire, le testateur ajoutait qu'il veut que ceux-ci ne prennent

(1) L. 7, ff. de usufruct. accresc.; Pothier, ch. 6, sect. 5, §. 2, pag. 389. Il en serait autrement si le testateur avait appelé conjointement Pierre et Paul, ses frères, et Jacques et Jean, ses neveux. Dans ce cas, Jacques et Jean n'étant point appelés sous une dénomination collective, mais nominativement, le partage devrait se faire par portions viriles. Nul doute, dans les principes du droit romain; mais comme nous admettons la représentation entre les frères et les descendans des frères dans les successions *ab intestat*, on pourrait croire que, dans l'espèce proposée, Jacques et Jean ne doivent avoir qu'un tiers, et que telle a été l'intention du testateur. D'un autre côté, on répondrait que les parts entre colégataires ne se règlent point par les principes des successions *ab intestat*.

Or, si, pour lever le doute, le testateur déterminait le mode du partage, il ne serait pas raisonnable de dire qu'il a voulu détruire le droit d'accroissement.

Autre exemple où ceux qui sont appelés collectivement ont des parts viriles. Je lègue le fonds Cornelien à Pierre et aux enfans qui naîtront de mon frère. Si, depuis le testament, il naît trois enfans, ils partageront avec Pierre par portions viriles et égales, c'est-à-dire, qu'ils auront chacun un quart: car il y a lieu de penser que le testateur les a compris sous une appellation générique, plutôt parce que n'étant pas nés, il ne pouvait les appeler nominativement, que parce qu'il a voulu les réduire à une portion pour eux tous. Pothier, ch. 6, sect. 5, §. 2.

Mais *quid* si je léguais à Pierre, mon frère, et aux enfans qui naîtront de mon frère Paul? Il semble que, dans nos usages, les enfans à naître ne devraient avoir qu'une moitié. Dans tous ces cas, il est prudent de fixer la portion que doit avoir chacun des légataires.

qu'un tiers dans le partage de ses biens, il ne serait pas raisonnable de croire qu'en déterminant ainsi le mode du partage, il a voulu détruire entre ses frères et ses neveux le droit d'accroissement.

693. Mais il faut remarquer (1) que si quelqu'un de ceux qui sont compris dans une disposition sous un nom collectif et générique, et qui en conséquence n'auraient eu qu'une part pour eux tous dans la chose léguée, vient à prédécéder ou à répudier le legs, la part qu'il aurait eue dans la subdivision accroît à ceux qui sont compris avec lui sous le même nom collectif, préférablement aux autres colégataires. Ainsi, dans l'espèce proposée, si l'un des enfans de la sœur prédécédait, son droit accroîtrait aux autres exclusivement à Pierre et à Paul, ses oncles.

694. Observez encore que les colégataires partagent la part qui leur accroît dans la même proportion qu'ils partagent la chose léguée. (2)

Ainsi je lègue tous mes biens à Primus, Secundus, Tertius et aux enfans de Quartus, pour les partager également, de manière que les enfans de Quartus n'y prennent qu'un

(1) Pothier, p. 393.

(2) Pothier, ch. 6, sect. 5, §. 5, pag. 405.

quart. Si Primus prédécède, sa portion accroît également à tous les légataires ; mais les enfans de Quartus n'y auront qu'un tiers.

Si l'un des enfans de Quartus prédécédait, son droit accroîtrait à ses autres frères ou sœurs; Primus, Secundus et Tertius en seraient exclus.

695. Observez enfin que si le testateur avait imposé des charges au colégataire qui prédécède ou qui répudie le legs, ces charges passeraient aux autres colégataires qui voudraient profiter du droit d'accroissement, mais qui pourraient aussi s'en tenir à la part qu'ils ont de leur chef ; car l'accroissement se fait *volentibus et non invitis.*

696. Le droit d'accroissement est suspendu lorsque l'un des colégataires est à tems d'accepter et d'acquérir, parce que celui qui peut accepter fait part, et que sa portion n'est véritablement vacante que quand elle est répudiée, ou quand le colégataire est exclus.

Lorsque la même chose a été léguée conjointement à Pierre et à Paul, mais à Pierre purement et simplement, et à Paul sous condition, si Pierre accepte le legs, et meurt pendant que le legs de Paul était encore en suspens, il transmet néanmoins à son héritier le droit de profiter de la part de Paul par

accroissement, si la condition vient à manquer. L. 26, §. 1, ff. *de condit. et demonst.* : car le droit d'accroissement fait partie du legs fait à Pierre, et que celui-ci a transmis à son héritier. Pothier, *ubi sup.*, ch. 6, sect. 6, §. 3, p. 394.

697. Si j'ai répudié un legs qui m'était fait conjointement avec Paul, de qui je deviens héritier, et qui est mort depuis l'échéance du legs, sans avoir accepté ni répudié, j'ai le droit, en qualité de son héritier, de recueillir le legs en entier, et même la part que j'ai répudiée ; car je succède à tous les droits du défunt, et par conséquent au droit de retenir la part que j'ai répudiée. Pothier, *ubi sup.*, p. 395.

698. Le droit d'accroissement cesse aussitôt que la portion du colégataire est acquise par l'acceptation. (1)

Il s'ensuit que la déchéance prononcée contre un des légataires déclaré indigne, ne donne point ouverture au droit d'accroissement ; car, jusqu'au jugement qui prononce cette déchéance, l'indigne était propriétaire. Sa portion n'a donc jamais été caduque, comme celle d'un incapable ; elle est déférée, après

[1] Furgole, des testamens, ch. 9, n. 122.

le jugement de déchéance, à ceux qui devaient en faire la délivrance, soit à l'héritier du sang, soit au légataire universel. (1)

699. Le principe que le droit d'accroissement cesse aussitôt que la portion du colégataire lui est acquise par son acceptation, souffrait une exception, suivant le droit romain, dans le cas d'un usufruit légué conjointement à plusieurs colégataires. Si l'un d'eux mourait après avoir joui de sa portion, elle accroissait aux autres légataires, au lieu de s'éteindre par consolidation : ce n'était qu'au décès du dernier mourant que l'usufruit se consolidait à la propriété. La loi 1, §. 33, ff. *de usufr. accresc.*, en donne pour motif que l'usufruit est un droit successif qui ne s'acquiert que successivement, à mesure qu'on jouit de la chose. (2) Sous l'empire du Code, où le droit romain n'a plus force de loi, nous pensons que cette décision ne serait pas suivie, (3) car elle n'est fondée que sur une

(1) Furgole, ch. 9, n. 116, p. 336. V. aussi ce que nous avons dit sur l'indignité.

(2) V. Pothier, p. 396. « *Quia ususfructus quotidiè constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur, cum primum itaque non inveniat alterum qui sibi concurrat, solus utetur in totum*, etc. » Ricard, des donations, 3^e^ part., n. 444, 523 et suiv.

(3) C'est l'opinion de M. Grenier, t. 1, p. 611.

pure subtilité. Le droit d'usufruit, comme tout autre droit, s'acquiert pour la totalité au moment de la mort du testateur; toute la différence qui existe entre ce droit et le droit de propriété relativement à l'acquisition, consiste en ce que celui-ci est acquis à perpétuité pour le légataire et ses héritiers ou ayant cause; au contraire, celui-là est borné à la vie du légataire, et ne passe point à ses héritiers.

700. Lorsque l'usufruit a été légué à l'un et la propriété à l'autre, si le legs d'usufruit devient caduc, il se réunit à la propriété. V. Ricard, 3e part., n. 525.

§. IV.

De l'annulation des testamens et de leur rescision.

SOMMAIRE.

701. *Nullité des testamens pour vices de forme ou incapacités; renvoi.*
702. *De l'erreur, de la violence et du dol.*
703. *De la fausseté de la cause finale.*
704. *On n'exige pas des moyens aussi forts contre un testament que contre un contrat.*
705. *Définition de la captation,*
706. *Et de la suggestion.*

707. *Opinion des romains sur la captation et la suggestion.*

708. *Elles n'étaient pas défendues quand elles étaient exemptes de dol et de fraude.*

709. *Elles ne détruisent ni la volonté ni la liberté.*

710. *Ce que les coutumes proscrivaient sous le nom de suggestion.*

711. *Opinion des auteurs qui pensaient que la suggestion, dégagée de dol, annule les testamens, favorisée par l'ordonnance de* 1735 *; abus qui en résultaient.*

712. *Proposition de les proscrire par une disposition* expresse *non adoptée, et pourquoi.*

713. *Il n'y a que la captation et la suggestion frauduleuses qui annulent un testament.*

714. *Arrêts conformes à ce principe.*

715. *Les juges ne peuvent réduire un testament.*

716. *Il est plus difficile d'attaquer un testament olographe.*

717. *Des testamens et donations dits* ab irato.

718. *Il est prudent de ne point exprimer les motifs d'un legs.*

719. *On ne peut plus attaquer une disposition par l'imputation de concubinage.*

701. Les testamens peuvent être annulés, si les formes prescrites pour leur validité n'ont pas été observées. Nous avons vu, en expliquant ces formes, à quel point les tribunaux portent la sévérité à cet égard. L'action en nullité est le plus souvent proposée par voie

d'exception contre l'action en délivrance; elle est suivie de la manière prescrite pour toutes les actions civiles ordinaires, et portée devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. Art. 59, C. P.

Les testamens peuvent encore être annulés pour cause d'incapacité, soit du testateur, soit des légataires. Nous avons parlé de ces incapacités *sup.*, chap. 2, pag. 78, et nous avons fait voir que les testamens peuvent être annulés pour cause de démence du testateur, quoique son interdiction n'ait pas été provoquée de son vivant.

702. Enfin, les vices qui suffisent pour faire annuler les contrats par défaut de consentement suffisent, à plus forte raison, pour faire annuler les testamens qui doivent toujours émaner de la volonté libre du testateur, et qui sont souvent faits dans des momens où le testateur est plus facile à surprendre. Ces vices sont l'erreur, la crainte ou la violence, le dol ou la fraude. (1) Nous en par-

[1] Sur les vices des testamens, voyez Furgole, des testamens, ch. 5, qui traite de la liberté requise pour faire des testamens, et des défauts contraires qui peuvent annuler les dispositions; de la crainte et violence, du dol et de la fraude; de la captation et suggestion; du testament fait sur l'interrogat d'autrui; de l'erreur et de la fausse condition, fausse cause, fausse démonstration et autres semblables. La matière y est traitée avec beaucoup de détail et d'érudition.

lerons dans le sixième volume, en expliquant le chap. 2 du titre des obligations. Nous nous bornerons ici à quelques observations particulières aux testamens.

703. L'erreur annule les testamens comme les contrats, parce qu'elle exclut la volonté; mais ce principe est soumis à beaucoup de modifications et d'explications qu'on peut voir dans Furgole, ch. 5, sect. 4. Les lois romaines ont même établi, en règle générale, que la fausseté de la cause n'annule pas les legs, *legato falsa causa adjecta non nocet*, à moins que la cause ne soit énoncée en termes conditionnels.

Mais la fausseté de la cause annule le legs, lorsqu'il est prouvé que le testateur n'eût pas disposé s'il en eût été instruit. *Si probetur alias legaturus non fuisse.* L. 72, §. 6, ff. *de condit. et demonst.* C'est une maxime fondée sur la raison, et que nous avons développée par des exemples, *sup.*, n. 654. Nous avons fait voir que, lorsque la cause déterminante ou finale est fausse, on ne distingue pas si elle consiste dans une erreur de fait ou de droit. V. Furgole, ch. 5, sect. 4, n. 9.

704. Quant à la crainte et à la violence, il faut observer que les testamens étant souvent

faits dans des tems où le testateur a moins de forces d'esprit et de corps que dans l'état de santé ou dans la vigueur de l'âge, il est plus facile à surprendre ou à intimider. On doit donc, en jugeant si les faits allégués contre le testament suffisent pour l'annuler, considérer non seulement la différence du sexe et de l'âge, 1112, mais encore l'état de santé ou de maladie dans lequel se trouvait le testateur, le genre et la griéveté de la maladie, etc.

En général, on n'exige pas des moyens aussi forts pour annuler un testament que pour rescinder un contrat. On n'exigerait pas une crainte capable d'ébranler un homme courageux, une femme qui a de la fermeté. Il suffit que les faits soient de nature à produire une contrainte capable de porter le testateur à faire ce qu'il ne voulait pas. *Si testator non suâ sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui hæres est institutus, vel à quolibet alio quos noluerit scripserit hæredes.* L. 1, C. *Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.* V. Furgole, ch. 5, sect 1, n. 3.

705. Mais il y a des impressions étrangères qui, sans détruire la liberté du testateur, influent sur sa volonté et la déterminent souvent. Telle est la persuasion opérée par des moyens auxquels on ne peut reprocher ni

violence, ni dol, ni fraude, ni surprise ; l'ascendant d'un esprit fort sur un esprit faible. C'est ce que quelques auteurs ont appelé captation, suggestion : moyen vague dont on avait beaucoup abusé, qui faisait naître beaucoup de procès scandaleux dans les anciens tribunaux ; moyen qu'on cherche à reproduire aujourd'hui, parce que le Code ne l'a pas expressément proscrit.

La captation est l'action de celui qui parvient à s'emparer de la volonté d'un autre, à s'en rendre maître, à la captiver.

La captation s'opère par ces démonstrations d'attachement et d'amitié, par ces soins assidus, par ces complaisances et ces prévenances affectueuses, ces services, ces petits présens officieux ; en un mot, par tous ces moyens qui nous rendent ordinairement agréables aux autres.

La captation est donc louable en elle-même ; elle entretient l'union dans les familles et dans la société ; elle ne devient vicieuse que par l'intention, par le but qu'on se propose, et par l'abus que l'on en fait.

Furgole a remarqué que le mot *captare*, d'où nous vient celui de captation, n'était pas toujours pris en mauvaise part (1) dans le droit romain. Les institutions captatoires y étaient

(1) V. Furgole, des testamens, ch. 5, sect. 3, n. 9.

défendues ; mais cette prohibition ne concernait que les dispositions conditionnelles, qui tendaient à s'attirer à soi-même, ou à une autre personne, des libéralités de même nature que celles que faisait le testateur : par exemple, j'institue Titius en la même proportion dans laquelle il me fera son héritier, ou dans laquelle il instituera Mevius. (1) Au reste, les lois romaines permettaient de s'attirer des libéralités par des caresses, des services, et même par des prières. (2)

706. La suggestion suit la captation ; elle consiste en ce que celui qui est parvenu à captiver la volonté d'un autre use de l'ascendant qu'il a pris sur son esprit pour lui faire faire des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'il n'aurait pas faites s'il avait été abandonné à lui-même.

Le mot suggestion vient du mot latin *suggestio*, dérivé du verbe *suggerere*, qui signifie proprement avertir, inspirer, faire ressouvenir. Suggérer un testament, c'est donc avertir, conseiller, persuader de le faire. (3)

(1) Furgole, *ibid.*, n. 16 ; la nouv. collect., v° *captation*.

(2) Furgole, n. 19.

(3) On commet suggestion à testament, quand l'on demande au testateur s'il ne veut pas instituer un tel son héritier, s'il ne veut pas donner à tel telle chose : *Suggerere enim est indicare, monere.* L'Abbé sur Berry, tit. 18, part. 8.

707. La suggestion, par elle-même, n'a rien de vicieux. Le vice ne peut consister que dans l'intention ou dans les moyens qu'on emploie pour persuader. Les jurisconsultes romains, qui suivaient les austères principes du portique, n'en tenaient pas moins pour maxime qu'il n'est pas défendu de se procurer des libéralités par des soins, des caresses, des complaisances, et même par des prières. (1) La raison qu'en donnent les stoïciens est que les hommes les meilleurs ont besoin qu'on les avertisse du bien qu'ils doivent faire, et qu'ils regretteraient souvent de n'avoir pas fait. (2)

Cependant à Rome, plus que chez aucun autre peuple, on abusait de la captation et de la suggestion; on en avait fait une sorte

(1) Furgole, *ubi sup.*; Domat, 2e part., Liv, 3, tit. 1, sect. 5, n. 25, à la note, et n. 27. « Car les prières, quoique vives, réitérées et importunes, ne sont pourtant que des prières; et, par conséquent, elles sont incapables de produire l'involontaire, » dit Furgole, n. 25.

(2) *Cum dicimus beneficium repeti non oportere, non ex toto repetitionem tollimus; sæpè enim opus est malis exactore, etiam bonis admonitore. Quid ergò, occasionem ignoranti non ostendam, necessitates illi meas non detegam quare nescisse se aut mentiatur aut doleat? Interveniat aliquando admonitio, sed verecunda, quæ non poscat nec in jus vocet. Socrates amicis audientibus : emissem, inquit pallium si nummos haberem, neminem poposcit, omnes admonuit; à quo acciperet ambitus fuit.* Senèque *de beneficiis*, Lib. 7, n. 24, p. 380, edit. Plantin., in-fol., 1652.

d'art, que cultivaient avec fruit une foule d'hommes méprisables, flétris du nom d'hérédipètes. (1) Les poëtes et les moralistes les vouaient au mépris et à l'infamie dont l'opinion publique les couvrait.

708. Mais comme la jurisprudence ne s'occupe que des actions extérieures, et qu'elle ne doit ni rechercher ni juger l'intention des hommes, les viles pratiques des hérédipètes n'étaient réprimées par aucune loi, lorsqu'on n'avait à leur reprocher ni violence, ni dol, ni surprise. On trouve même des lois formelles qui confirment les dispositions provoquées par des soins, des complaisances, et même par des prières; (2) parce qu'enfin, quoique les démonstrations d'une amitié feinte, les attentions, les complaisances soient très-condamnables lorsqu'elles ont pour mobile un sordide intérêt, elles n'ont pas une liaison nécessaire avec le dol ou la fraude. Ces complaisances excessives, si basses, si serviles et

(1) V. les auteurs cités par Furgole, par Heineccius; Bynkershock, dissert. de captatoriis institutionibus, t. 1, p. 361, et omninò Thomasii, dissert. de injusto jure heredipetarum, t. 1. dissert., p. 31. *Arruntium et Aterium et cæteros qui captandorum testamentorum artem professi sunt.* Senec., de benef., Lib. 6, cap. 38.

(2) Furgole, *ubi sup.*, n. 25.

si méprisables, (1) lorsqu'elles partent d'un motif intéressé, s'ennoblissent et deviennent des vertus, lorsqu'elles ont pour principe l'amour conjugal, la piété filiale, le dévouement de la sainte amitié : la jurisprudence ne peut donc réprouver des actions dont elle ne doit pas juger le motif.

709. Posons donc en principe, avec les lois romaines, que la captation et la suggestion simples n'entraînent point la nullité des dispositions testamentaires, parce qu'elles ne détruisent point la liberté du testateur, à moins qu'elles n'aient le dol pour fondement.

710. Plusieurs coutumes de France proscrivaient les testamens faits par suggestion ; mais ce mot y était pris par opposition à l'action de dicter, (2) comme si, au moment de l'acte, il y avait eu auprès du testateur une personne qui lui suggérât les dispositions qu'il devait dicter : car ces coutumes exigeaient, comme le Code Napoléon, que le testateur dictât son testament.

711. Mais plusieurs auteurs allèrent plus loin, et soutinrent que la captation et la suggestion, dégagées de violence, de dol et de

[1] Si énergiquement décrites par Saint Jérôme ; v. Ricard, des donations, part. 3, n. 59.

[2] V. Furgole, *ubi sup.* ; le nouveau Dénisart, au mot *captation*.

surprise, suffisaient pour faire annuler les donations entre vifs ou testamentaires. (1)

L'ordonnance de 1735 parut favoriser cette opinion, quand après avoir ordonné, sous peine de nullité, l'observation des formes qu'elle prescrit, elle ajouta : (art. 47) « Sans » préjudice des autres moyens tirés de la sug- » gestion ou captation desdits actes. » Et comme il n'y avait point de règle certaine sur cette matière, ce moyen vague devint un prétexte pour attaquer tous les testamens auxquels on n'avait à opposer aucun vice réel. De là une foule de procès scandaleux, dans lesquels des héritiers peu délicats cherchaient à flétrir la mémoire de leurs parens descendus dans la tombe, pour disputer les dons qu'ils avaient faits à des légataires dont on ne manquait jamais de noircir plus ou moins grièvement la réputation.

712. Frappés de ces abus, les rédacteurs du projet de Code proposèrent un article qui portait que « la loi n'admet point la preuve » que la disposition n'a été faite que par haine, » colère, suggestion ou captation. »

Le conseil-d'état fut arrêté par la crainte d'encourager la cupidité des hérédipètes; l'article

(1) *Persuadere autem est plus quam compelli, atque cogi sibi parere.* L. 1, §. 3, ff. *de servo corrupto.*

fut supprimé, mais avec regret. « La loi, dit » l'orateur du gouvernement, garde le silence » sur le défaut de liberté qui peut résulter » de la suggestion et de la captation, et sur » le vice d'une volonté déterminée par la » colère ou par la haine..... Peut-être vaudrait-» il mieux, pour *l'intérêt général*, que cette » source de procès ruineux et scandaleux fût » tarie, en déclarant que ces causes de nullité » ne seraient pas admises; mais alors la *fraude* » et les passions auraient cru avoir dans la » loi même un titre d'impunité. Les circons-» tances peuvent être telles que la volonté » de celui qui a disposé n'ait pas été libre, » ou qu'il ait été entièrement dominé par une » passion injuste. »

713. Tel a été le motif du silence de la loi. De là on a demandé si l'action en nullité d'un testament, pour cause de captation et de suggestion, est aujourd'hui supprimée : on pourrait demander, avec plus de raison, quelle est la loi qui l'autorise. Le Code exige que le testateur ait l'esprit sain, que sa volonté soit libre, qu'il n'ait pas été surpris ou induit en erreur : ces principes sont fondés sur la raison. Mais la suggestion, qui ne consiste que dans la simple persuasion, dégagée de

fraude et de dol, ne peut être un moyen d'attaquer un acte, parce qu'elle ne détruit point la liberté, quand même les caresses et les prières seraient vives, pressantes, réitérées et même importunes. (1) Il est permis, dit fort bien M. Malleville, de se procurer des libéralités par des caresses, des services, des prières, des présens; il n'y a que les moyens frauduleux, les calomnies contre les héritiers naturels qui soient réprouvés par la justice et la morale. Dans tous les autres cas, la question se réduit au point de savoir si le testateur était ou n'était point imbécille, (2) si sa volonté était libre.

On peut donc prendre pour certain que la captation et la suggestion ne sont pas des moyens différens du dol, de la fraude, de l'erreur, que la preuve n'en doit être admise que lorsque les faits tendent à prouver le dol; c'est-à-dire, que les dispositions ont été surprises par des inspirations et des suggestions *artificieuses* et frauduleuses. *Quod falsæ et dolosæ suggestiones adhibitæ sunt.* Furgole, *ubi sup.*, n. 26.

714. La cour d'appel de Bruxelles a suivi ces principes par son arrêt du 21 avril 1808, (3) en annulant le testament de la dame Gillion,

(1) Furgole, *ubi sup.*, n. 25.

(2) Tome 2, p. 495.

(3) Rapporté par Sirey, an 1808, 2e part., p. 246 et suiv.; v. aussi Sirey, an 1806, 2e part., p. 158 et suiv.

comme n'étant que le fruit d'une captation et suggestion artificieuses. Il existait en effet, dans cette affaire, une suite d'artifices plus que suffisans pour caractériser le dol, et tels qu'il était impossible de ne pas voir que la testatrice avait été surprise.

La cour de Poitiers, dans un arrêt du 27 mai 1809, (1) a également pensé que les faits de suggestion et de captation sont admissibles, quand ils se rattachent aux faits articulés de démence ou d'imbécillité, et qu'ils en sont une suite. M. le procureur-général Bera, qui porta la parole en cette affaire, y développa les principes d'une manière très lumineuse. Les meilleurs auteurs s'accordent, suivant lui, à dire que la suggestion n'est point capable de vicier un testament, si elle ne porte pas un caractère de dol, de fraude et d'artifice : elle prend ce caractère lorsque, pour forcer la volonté du testateur, on a employé quelques machinations, imaginé quelques fourberies, inventé quelque artifice, à l'aide desquels on l'a trompé, et fait vouloir ce qu'il n'aurait pas voulu faire sans cela. En s'écartant de ces principes, on retombera nécessairement dans l'arbitraire : il faut, pour être admis à la preuve d'une suggestion artificieuse, poser

[1] Sirey, an 1810, 2e part., p. 23 et suiv.

des faits précis, des faits qui caractérisent des machinations, des artifices, des fourberies; en un mot, le dol et la fraude : il faut que ces faits soient prouvés. Des présomptions telles que les définit l'article 1353 du Code Napoléon ne suffiraient pas. Ainsi la cour de cassation, dans un arrêt du 18 octobre 1809, (1) a pensé que le grand âge du testateur, (2) l'importance du legs, l'oubli de sa famille, la qualité des légataires, qui les tenait perpétuellement attachés à la personne du testateur en qualité de domestiques, ne pouvaient être une preuve que le testateur fût en démence, et que le testament lui avait été artificieusement suggéré.

715. Au reste, si les faits prouvés étaient de nature à faire prononcer la nullité du testament pour cause de suggestion artificieuse, les juges ne pourraient, sans excéder leurs pouvoirs, le réduire arbitrairement; ils doivent le confirmer ou l'annuler. (3) La réduction ne peut être prononcée que dans le seul cas où les legs excèdent la portion disponible,

(1) Sirey, an 1810, p. 57.

(2) *Senium quidem ætatis, vel ægritudinem corporis, sinceritatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre.* L. 3, Cod. qui testam. facere possunt.

(3) V. l'arrêt rendu par la cour de cassation, le 22 janvier 1810; Sirey, an 1810, p. 107.

lorsqu'il y a des héritiers en faveur de qui la loi fait une réserve.

716. Nous finirons par une observation importante et fondée sur la raison : c'est qu'il est bien plus difficile d'attaquer un testament olographe qu'un testament notarié. On ne trouve dans celui-ci que la simple signature du testateur ; c'est la seule part que l'acte prouve certainement qu'il y ait eue ; le reste est une présomption. Au contraire, le testament olographe est particulièrement et tout entier l'ouvrage du testateur ; il est entièrement écrit, daté et signé de sa main. Un pareil acte est beaucoup moins exposé aux surprises. Il est difficile de supposer dans un homme faible d'esprit, ou qui agit contre sa volonté, assez de patience, de docilité et de soumission pour écrire de sa main un testament qui contient souvent une longue suite de dispositions. (1)

717. On avait introduit dans les coutumes de France un moyen d'attaquer les testamens et les donations entre vifs, lorsqu'ils étaient faits en haine des présomptifs héritiers. Ce fut l'aversion générale des coutumes pour les donations, qui fit imaginer ce moyen par nos

(1) V. les œuvres de d'Aguesseau, t. 3, p. 368.

anciens praticiens, à l'exemple de la querelle d'inofficiosité inventée par les préteurs romains en faveur des enfans oubliés ou *prétérits*, dans le testament de leurs ascendans, ou même exhérédés injustement. L'art. 199 de notre coutume de Bretagne portait que la donation ne serait pas valable, même pour la portion disponible, si elle était faite *en haine et fraude* des présomptifs héritiers. On appelait dispositions *ab irato* celles qui étaient faites entre vifs ou par testament, par une personne injustement irritée contre une autre; et action *ab irato* la demande formée pour annuler cette disposition. Cette action faisait naître une foule de procès scandaleux, dont la décision, par la nature même de la demande, était presque nécessairement arbitraire.

Le Code garde le silence sur cette action. Faut-il en conclure que les juges n'ont plus le pouvoir d'annuler une donation et un testament, par le seul motif qu'ils leur paraissent dictés par la haine et la colère? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Le projet de Code présentait un article qui portait que la loi n'admet point la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion et captation. Cet article a été omis dans le Code civil. En résulte-t-il que l'action

ab irato doive continuer d'être admise ? Non, certes ; car l'orateur du gouvernement nous avertit que le retranchement de l'art. proposé n'a eu d'autre motif que la crainte de donner aux passions un titre d'impunité écrit dans la loi ; et la loi du 30 ventôse an 12 abroge formellement les coutumes dans toutes les matières dont le Code s'est occupé. Ainsi, d'un côté, le Code permet les donations et les testamens, sans permettre aux juges de créer d'autres nullités que celles qui existent dans la loi ; de l'autre, les coutumes qui autorisaient l'action *ab irato* sont abrogées. Comment donc les juges pourraient-ils admettre cette action sans excéder leurs pouvoirs ? Comment pourraient-ils créer une nullité qui n'est pas prononcée par la loi ?

Pourrait-on répondre qu'un homme dont la haine et la colère ont déterminé les dispositions n'était pas sain d'esprit, et que l'art. 901 porte qu'il faut être sain d'esprit pour faire une donation ou un testament ? Cette objection ne nous paraît pas admissible en jurisprudence, où l'on ne recherche pas quelle est la moralité des actions. Le testament du célèbre lieutenant civil Le Camus fut annulé en 1712, (1) comme dicté par la haine et la

(1) Les circonstances de cette affaire sont rapportées dans le

colère. Qui aurait osé dire que ce magistrat, qui fut jusqu'à sa mort l'oracle le plus sûr de la justice dans la capitale de l'empire, n'était pas néanmoins *sain d'esprit*? Annuler un testament sous un prétexte aussi visiblement faux, ce serait donc imiter les préteurs romains, qui, dans l'impuissance de faire des lois nouvelles, imaginèrent la querelle d'inofficiosité, sous le prétexte, reconnu faux par les jurisconsultes, que le testateur n'était pas sain d'esprit. *Hoc colore inofficioso agitur quasi non sanæ mentis fuerunt ut testamentum ordinarent, et hoc dicitur, non quasi verè furiosus vel demens testatus sit; sed rectè quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si verè furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum.* L. 2, ff. de inoffic. testam.

Faire revivre l'action *ab irato*, ce serait faire renaître cette foule de procès scandaleux dont on s'est plaint avec tant de raison; cette foule de questions indécises sous l'ancienne jurisprudence. Par qui cette action pourrait-elle être intentée? Pourrait-elle l'être par les collatéraux, en faveur de qui la loi ne fait point de réserve? Faudrait-il que les motifs de haine fussent marqués dans l'acte? Quels

dix-huitième tome des causes célèbres de Guyot-Depitaval. Voyez aussi le répertoire et le nouveau Dénisart, au mot *ab irato*.

sont les caractères des faits qui devraient servir de base à l'action ? De quelle manière la haine doit-elle être prouvée ? etc., etc., etc. Plus on y réfléchit, plus on trouve qu'il est sage d'avoir écarté cette action de notre jurisprudence.

Sans doute si, par des insinuations perfides, par des artifices condamnables, on a nourri et fomenté la haine du testateur contre ses héritiers, (1) le testament extorqué par de telles fourberies doit être annulé, mais pour cause de dol et fraude, et non comme fait *ab irato*, puisqu'aucune loi n'annule les donations ou testamens *ab irato*.

718. Cependant le testateur doit s'abstenir, par prudence, d'insérer dans son testament des imputations flétrissantes, des expressions qui décéleraient de la haine ou de la colère contre ses héritiers. Il doit également s'abstenir d'énoncer avec emphase et complaisance les faits qui l'ont porté à faire sa libéralité, lorsque ces faits ne sont pas notoires ou bien prouvés, parce que ses héritiers pourraient, en prouvant la fausseté de ces imputations et de ces faits, prétendre qu'ils ont été le motif déterminant ou la cause finale du testateur, et que, par cette raison, le testament

(1) Comme le scapin du légataire.

doit être annulé : car nous avons vu sup., n° 654, que la cessation ou la fausseté du motif déterminant ou de la cause finale annulent le testament ; *si probetur alias legaturus non fuisse.* Or, la fausseté de la cause, ainsi que l'erreur, peuvent se prouver par tous genres de preuves. V. Furgole, des testamens, ch. 5, sect. 4, n. 11.

719. L'ancienne législation française rejettait les dispositions faites entre personnes qui avaient vécu dans un commerce illicite. On tenait pour maxime que *don de concubin à concubine ne vaut.* Cette prohibition n'existe plus aujourd'hui : toutes personnes, dit l'art. 902 du Code, peuvent disposer et recevoir, excepté celles que la loi en déclare incapables. D'après un texte aussi formel, les juges ne pourraient, sans excéder leurs pouvoirs, faire revivre l'incapacité prononcée par l'ancienne loi ; plusieurs arrêts l'ont ainsi jugé. (1)

Mais les père et mère naturels, qui auraient reconnu leur enfant, ne pourraient se faire réciproquement aucune donation ni legs, parce qu'ils seraient réputés personnes interposées, 911, pour faire passer à l'enfant naturel, qui

(1) Arrêt de la cour de Nîmes, du 29 thermidor an 12, dans la troisième volume de la jurisprudence du Code Napoléon, p. 198; dans Sirey, an 13, *sup.*, p. 35. Arrêt de la cour de Turin, du 7 juin 1809. V. Grenier, des donations, t. 1, p. 293 et suiv.

ne peut rien recevoir directement ni indirectement au-delà de la portion que la loi lui assigne dans les biens de ses père et mère, 908.

CHAPITRE VI.

Des dispositions permises en faveur des petits enfans du donateur ou du testateur, ou des enfans de ses frères et sœurs.

SOMMAIRE.

720. *Ces dispositions sont de vraies substitutions.*
721. *Le Code ne permet pas d'exhéréder ses enfans.*
722. *Division du chapitre.*

720. LES dispositions permises en ce chapitre sont de véritables substitutions, quoiqu'on ait eu la faiblesse (1) de vouloir en éviter le nom, par haine contre les anciennes substitutions. Cependant les abus qu'entraînaient celles-ci ne se retrouvent point dans les nouvelles qui sont admises dans un autre esprit, et qui sont bornées au premier degré.

[1] Malleville, t. 2, p. 502. C'est ainsi, comme nous l'avons vu dans le second Livre, qu'on avait affecté d'éviter l'expression de *servitudes personnelles*, et qu'on avait même essayé de substituer le terme de *services fonciers* à celui de *servitudes réelles*.

721. Il était d'autant plus nécessaire d'admettre ces substitutions, que le Code a rejetté l'exhérédation, autorisée dans l'ancienne législation, lorsque les enfans s'étaient rendus indignes des bienfaits de leurs père et mère. C'est avec regret (1) qu'on leur a vu retirer un pouvoir dont ils abusaient si rarement, un pouvoir si nécessaire pour maintenir la puissance paternelle, pour contenir dans l'obéissance des enfans rebelles ou ingrats. N'est-il pas étonnant qu'un fils, qui s'est rendu indigne de succéder, puisse être exclu de la succession sur la demande d'un collatéral, tandis que la loi refuse au père, magistrat naturel de la famille, le droit de prononcer cette déchéance au profit de ses autres enfans ou de ses petits enfans? Le Code ne laisse plus au père de famille, outragé ou méprisé, d'autre moyen de punir que la privation de la portion disponible; et si la justice ne lui permet pas de faire retomber sur ses petits enfans, nés et à naître, la punition de leur père, il est réduit à l'impuissance de punir, et ne peut ôter à son fils coupable que la seule disposition de ces mêmes biens dont il a mérité d'être privé.

[1] V. Malleville sur ce chapitre.

722. Ce que nous avons à dire sur les substitutions permises par le Code peut se réduire aux points suivans :

1° Quelles sont les personnes qui peuvent substituer, ou grever les biens donnés de la charge de rendre, en faveur de qui; quels biens peuvent être substitués, et par quels actes ?

2° Quel est l'effet des substitutions avant leur ouverture; quelle est la nature et l'étendue des droits du grevé et des appelés ?

3° Quelles sont les obligations du grevé et les charges de sa jouissance ?

4° Quand les substitutions sont-elles ouvertes, ou quand la restitution doit-elle être faite ? Comment s'éteignent les substitutions ?

§. I^er^.

Quelles sont les personnes qui peuvent substituer, ou grever des biens de la charge de rendre, en faveur de qui ; quels biens peuvent être substitués, et par quels actes.

SOMMAIRE.

723. *Quelles personnes peuvent substituer.*
724. *En faveur de qui.*
725. *Ce qu'on entend par* grevés *et* appelés.
726. *Les enfans* au premier degré *du donataire peuvent seuls être appelés.*

727. *Les petits enfans le sont, quand ils sont en concours avec leurs oncles ou tantes.*

728. *Nullité de la donation, si la substitution est limitée à quelques-uns des enfans.*

729. *La clause nulle qui étendrait la substitution aux petits enfans du donataire n'annulerait pas la donation.*

730. *La charge de rendre aux* enfans *ou à mes* petits fils, *s'entend des enfans nés et à naître, des filles et des garçons.*

731. *La portion disponible peut seule être grevée de restitution.*

732. *On peut imposer, comme condition, la charge de rendre les biens déjà possédés par le donataire;*

733. *Mais sauf les droits antérieurement acquis à des tiers.*

734. *On peut donner au fils à condition de rendre même sa légitime.*

735. *Les substitutions peuvent être faites par testamens ou actes entre vifs, sans qu'il soit nécessaire que les appelés acceptent.*

723. Le Code, qui défend les substitutions dans l'art. 896, fait ici une exception en ligne directe en faveur des pères et mères, et non des aïeux et aïeules, (1) et en collatérale en faveur des frères et sœurs. Il leur permet de donner à un ou plusieurs de leurs enfans,

[1] Art. 1048; Jaubert, exposé des motifs, t. 4, p. 361, édit. de Didot.

à un ou plusieurs de leurs frères ou sœurs, à la charge de rendre, 1048-1049.

724. Mais ces dispositions ne sont valables qu'autant que la charge de rendre est au profit des enfans nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe, 1050.

725. On nomme grevés de restitution, ou simplement *grevés*, les donataires chargés de rendre; et appelés à la restitution, ou simplement *appelés*, les enfans à qui les biens doivent être rendus, 1053-1054.

726. Il faut remarquer qu'il n'y a que les enfans nés ou à naître *au premier degré* qui puissent être appelés à la restitution, et non pas les enfans nés ou à naître *au second degré*, c'est-à-dire, les petits enfans du donataire. (1) Si donc tous les enfans du grevé décédaient avant lui, laissant eux-mêmes des enfans, ces derniers se trouvant au second degré *du grevé*, la charge de rendre deviendrait caduque, et le grevé demeurerait propriétaire incommutable et libre des biens donnés, dont il pourrait disposer comme il le jugerait à propos. (2)

(1) L'ascendant, dit M. Jaubert, *ubi sup.*, ne pourra étendre sa prévoyance au-delà des enfans de son fils.

(2) Grenier, des donations, t. 1, p. 620, n. 361. M. Malleville, sur l'art. 1051, t. 2, p. 505, pense que la charge de rendre subsisterait, quand même tous les enfans du premier degré prédé-

727. Mais si le grevé mourait laissant pour héritiers un ou plusieurs enfans au premier degré, et des descendans d'un enfant prédécédé, ces derniers recueilleraient par représentation la portion qu'aurait eue leur père ou leur mère dans les biens substitués, 1051. Le droit des petits enfans prend alors sa source dans leur concours avec les autres enfans du grevé; au lieu que si tous les enfans du grevé décédaient avant lui, la charge de rendre serait caduque, parce que la loi ne valide la substitution qu'en faveur des *enfans* nés ou à naître du donataire. L'exception établie par l'art. 1051, en faveur des descendans de l'enfant prédécédé, est restreinte au cas du concours

céderaient le grevé, s'ils laissaient eux-mêmes des enfans, parce que, dit-il, c'est à sa postérité que le donateur a voulu pourvoir, et il n'y aurait alors qu'un degré.

Cette opinion nous paraît inconciliable avec les art. 1048 et 1049. Il est vrai qu'il n'y aurait alors qu'un degré de substitution; mais ce n'est point des degrés de substitution dont parlent ces articles, c'est du degré des enfans nés ou à naître du donataire grevé.

L'opinion de M. Malleville est conforme à l'ancienne jurisprudence qui admettait les substitutions graduelles, et suivant laquelle les degrés ne se comptaient que par les personnes qui avaient recueilli les biens substitués; art. 30 et 36 de l'ordonnance de 1747. Pothier, des substitutions, sect. 2, art. 4, p. 449. Si donc les enfans du donataire grevé décédaient avant lui, ils n'étaient point comptés pour un degré; les biens substitués passaient directement à ses petits enfans, qui formaient alors le premier degré de la substitution; mais les substitutions graduelles sont proscrites par le Code, même dans le cas des articles 1048 et 1049.

de ces descendans avec un ou plusieurs enfans du grevé.

728. Il faut encore bien remarquer que le Code ne permet les dispositions à la charge de rendre que sous la condition d'une égalité parfaite entre tous les enfans du donataire, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe. Une pareille distinction ne pourrait être faite que dans des vues d'orgueil que la loi réprouve. Le donateur peut, à la vérité, faire un don direct à l'un de ses petits enfans ou de ses neveux plutôt qu'aux autres, pourvu qu'il soit déjà né ou conçu; mais il ne peut charger son fils ou son frère de rendre à l'un de leurs enfans plutôt qu'à l'autre, aux garçons plutôt qu'aux filles. Une pareille disposition serait nulle en totalité; c'est-à-dire que la charge de rendre, limitée à un ou plusieurs enfans, ne serait pas seulement invalide, mais encore la donation directe faite au donataire ou légataire grevé, 1050.

729. Mais si la charge de rendre était au profit de tous les enfans du donataire au premier degré, et qu'après ceux-ci elle fût étendue aux petits enfans; par exemple, je donne à Paul, mon fils aîné ou mon frère, à la charge de rendre à ses enfans nés ou à

naître, et à charge à ceux-ci de rendre aux enfans qui naîtront d'eux ; cette dernière partie de la disposition, qui charge les enfans du donataire de rendre à ses petits enfans, serait nulle ; le surplus subsisterait, parce que le Code n'a point en ce cas prononcé la nullité de toute la disposition, et qu'on ne peut suppléer une nullité : (1) ce serait le cas d'appliquer la maxime, *utile per inutile non vitiatur.*

730. Il n'est pas nécessaire d'exprimer en termes formels que la charge de rendre est au profit de tous les enfans *nés et à naître*, des filles aussi bien que des garçons, des puînés aussi bien que de l'aîné, et, comme dit le Code, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe. Si l'acte portait : Je donne à *Paul*, à la charge de rendre à ses *enfans*, aux enfans *issus de lui*, à mes *petits enfans*, à mes *petits fils* ; la clause n'en serait pas moins valide, (2) parce que ces expressions peuvent aussi bien s'entendre des enfans *à naître* que des enfans *déjà nés*, des *filles* aussi

[1] C'est à ce cas qu'il faut appliquer ce que disait M. Daniels, dans les conclusions qui furent suivies par l'arrêt de la cour de cassation, du 31 mars 1807, que la nullité de la clause de restitution n'opérait pas la nullité de l'institution. V. Sirey, an 1807, première partie, p. 198. Il ne faut donc pas appliquer ici la disposition de l'art. 896.

[2] Arrêt de la cour de cassation, du 31 mars 1807. Sirey, an 1807, p. 193.

bien que des *garçons*. Or, suivant une règle d'interprétation tirée du droit romain, et fondée sur la raison, on doit plutôt entendre une clause dans le sens où elle peut avoir quelque effet, que dans celui où elle n'en pourrait avoir aucun. *Commodissimum est id accipi quo res de quâ agitur in tuto sit.* L. 80, ff. de v. obl. On ne peut présumer que le donateur ait voulu faire une disposition nulle.

731. Il n'y a, suivant les articles 1048 et 1049, que la portion disponible qui puisse être chargée de restitution. Ainsi un père de famille qui a trois enfans ne peut grever de restitution que le quart de ses biens, en le donnant à un ou à plusieurs de ses enfans. S'il donnait à l'un d'eux la moitié de ses biens par préciput, à la charge de rendre aux enfans nés et à naître du donataire, le don ne pourrait pas être réduit; car, outre le quart disponible, le donataire doit avoir le tiers des trois quarts indisponibles. Mais l'enfant donataire pourrait demander, contradictoirement avec le tuteur nommé pour l'exécution, que sa réserve fût distraite et libérée de la charge de restitution. Cela s'observait aussi sous l'ancienne législation. (1)

(1) Pothier, traité des substitutions, sect. 4, art. 1, §. 5, p. 389 et 390.

Car, en général, on ne peut grever le donataire de restitution que jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu. (1) Or, dans l'exemple proposé, l'enfant donataire ne tient réellement de la libéralité de son père que la moitié des biens compris dans la donation ; il tient l'autre moitié de la loi qui en fait la réserve en sa faveur.

Au contraire, un frère donataire pourrait être chargé de rendre tous les biens compris dans la donation, parce que n'y ayant point de réserve établie en sa faveur, tout ce qu'il reçoit provient de la libéralité.

732. Si le donateur n'avait pas grevé de restitution les biens qu'il avait donnés par un premier acte à son enfant, à son frère ou à sa sœur, il pourrait faire une seconde libéralité, sous la condition que les biens précédemment donnés fussent chargés de restitution, aussi bien que ceux compris dans la seconde donation; et si le donateur accepte, il ne lui est plus permis de diviser les deux dispositions faites à son profit, et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même il

(1) Pothier, *ubi sup.*, L. 114, §. 3 in fin. de legat. 1. Placet non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est. Pothier, p. 389.

offrirait de rendre les biens compris dans la première, suivant l'art. 1052. (1)

La disposition de cet article, tiré de l'art. 16 de l'ordonnance des substitutions, est fondée sur le principe que nous pouvons mettre à nos libéralités telle charge et condition que bon nous semble, pourvu qu'elles ne soient contraires ni aux lois ni aux bonnes mœurs, et par conséquent charger le donataire de rendre à ses enfans les biens qui lui appartiennent en vertu d'une précédente donation, sans qu'il puisse en ce cas faire distraire sa réserve de la charge de rendre ; car l'art. 1052 ne fait aucune distinction. (2)

C'est au donataire ou légataire de voir s'il veut, à ces conditions, accepter le don qui lui est offert : mais lorsqu'il l'a une fois accepté, il ne peut plus se soustraire à la charge qui lui est imposée ; il est irrévocablement lié par son acceptation.

Il paraîtrait, par identité de raison, que le donataire pourrait être chargé de rendre à ses enfans non seulement les biens compris dans une première donation, mais encore les biens qu'il aurait acquis d'une autre manière.

(1) C'est aussi la disposition de l'art. 16 de l'ordonnance des substitutions. V. Pothier, sect. 4, art. 1, §. 4 in fine, p. 388.

(2) Grenier, t. 1, p. 622, n. 364.

Ainsi l'enseigne Pothier, traité des substitutions, sect. 4, art. 1, §. 4, p. 388. Mais cela pourrait souffrir des difficultés sous l'empire du Code, dont l'esprit n'est pas d'étendre les substitutions, mais de les restreindre dans les cas précis prévus par la loi. On pourrait donc dire que la quotité qu'on peut grever de restitution tient au droit public, et que la loi ne permet pas de rendre inaliénable, pendant la vie du grevé, une aussi grande masse de propriétés; enfin que l'art. 1052 ne peut être étendu, et que *inclusio unius, est rejectio alterius.*

733. La charge de rendre les biens qui ne sont pas compris dans la seconde donation ne pouvant valoir que comme une condition de cette dernière, elle n'a d'effet que du jour que le donataire l'a acceptée, et sauf les droits antérieurement acquis sur ces biens à des tierces personnes.

734. En partant du principe dont l'art. 1052 n'est qu'une conséquence, on doit dire que le père n'a pas besoin de faire une seconde donation à son fils pour lui imposer la charge de rendre la totalité de sa portion héréditaire en entier, sans distraction de sa réserve; il suffit que cette charge soit la condition d'une première donation. Par exemple, je donne

à Paul, mon fils aîné, par préciput ou hors part, le quart de mes biens, à la condition expresse de rendre à ses enfans non seulement les biens compris dans la présente donation, mais encore tous ceux qui lui reviendront de ma succession.

Ceci n'a rien de contraire à l'art. 1048. (1) Le fils est libre de refuser le don pour ne pas se soumettre à la charge que le donateur y a imposée. Mais s'il accepte, il se soumet volontairement à une condition honnête, à une condition qui n'a rien que de conforme au vœu de la loi. C'est une donation modale ou onéreuse, d'où résulte un engagement réciproque qui ne peut plus être révoqué. (2)

735. Les dispositions à charge de rendre peuvent être faites par des actes entre vifs ou par des actes testamentaires, et elles prennent la nature de l'acte qui les contient.

Si c'est un don entre vifs, la disposition doit être revêtue de toutes les formalités prescrites pour ces sortes d'actes, sauf les exceptions relatives aux donations faites par contrat de mariage. Mais l'acceptation du donataire grevé est suffisante, sans qu'il soit besoin d'une

(1) Jaubert, t. 4, p. 360.

(2) V. *sup.*, n. 284, p. 313.

acceptation particulière de la part des appelés. (1) Le donateur a pu stipuler pour eux, quoiqu'ils ne soient pas parties dans l'acte, parce que, suivant l'art. 1121, on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre.

Il a pu stipuler pour ceux même qui n'étaient pas nés, parce que, quoiqu'il ne puisse donner directement à des enfans qui ne sont pas encore nés et dont la naissance est incertaine, la convention par laquelle le donataire s'oblige à leur remettre éventuellement les biens donnés, ayant un but honnête et conforme au vœu de la loi, il ne peut se dispenser de l'accomplir, ni garder sans injustice des biens qu'il n'a reçus que sous cette condition. Wolff, *jus nat.*, part. 7, §. 1072.

Si c'est par acte testamentaire que le donataire est chargé de rendre, l'acte doit être revêtu de toutes les formalités prescrites pour la validité des testamens.

(1) Pothier, des substitutions, p. 286, sect. 1, art. 1, et p. 293, art. 3. V. aussi les articles 11 et 12 de l'ordonnance de 1731.

§. III.

De l'effet de la charge de rendre, ou des substitutions avant leur ouverture; quelle est la nature et l'étendue des droits du grevé et des appelés.

SOMMAIRE.

736. *Les substitutions sont des donations résolubles sous condition.*

737. *Les appelés n'ont avant l'événement qu'une espérance ou droit éventuel non transmissible.*

738. *Les grevés ont une propriété résoluble, les appelés un droit éventuel qu'on ne peut leur enlever.*

739. *Toutes les actions résident sur la tête du grevé; les jugemens rendus contre lui peuvent être opposés aux appelés.*

740. *Les tiers détenteurs peuvent prescrire contre le grevé.*

741. *La prescription commencée contre lui continue contre les appelés.*

742. *Il peut recevoir les remboursemens forcés.*

743. *Quels soins il doit apporter à la conservation des biens.*

744. *Il ne peut les aliéner ni les hypothéquer.*

745. *Quand la femme du grevé a sur les biens un recours subsidiaire, et à quoi il peut être étendu.*

746. *Les appelés peuvent former tous les actes conservatoires, et agir contre le grevé qui mésuse.*

736. Les dispositions à charge de rendre sont des donations résolubles sous condition, dont la résolution se fait, le cas arrivant, non pas au profit du donateur, comme dans le cas des art. 951 et 952, mais au profit de personnes tierces, c'est-à-dire, au profit des appelés. S'il ne naît point d'enfans, ou s'ils meurent avant l'époque de la restitution, la charge de rendre s'évanouit et devient caduque, (1) suivant la règle établie pour toutes les donations qui ne doivent être exécutées que sous la condition d'un événement incertain, art. 1040; le grevé demeure alors propriétaire incommutable.

Avant l'époque incertaine de la restitution, il est propriétaire à la vérité, autrement il faudrait dire que les biens donnés n'ont point de propriétaire; mais sa propriété est résoluble par l'événement, dont l'arrivée met les appelés dans sa place, et fait passer irrévocablement sur leurs têtes la propriété qui résidait provisoirement sur la sienne.

737. Ils n'ont avant ce tems aucun droit formé sur les biens grevés de restitution, mais une simple espérance qu'ils ne peuvent, hors le cas particulier de l'art. 1051, transmettre à leurs héritiers, et qui néanmoins ne peut

[1] Pothier, *ubi sup.*, p. 445 et 447.

leur être enlevée ni par le donateur ni par le donataire grevé, ni même par leur concours.

C'était autrefois une question (1) de savoir si le donateur pouvait, de concert avec le donataire, dégager celui-ci de l'obligation de rendre, lorsque le substitué n'avait point accepté la substitution à son profit, et n'avait point été partie dans l'acte. Il semblait que la charge de rendre n'étant imposée que par le donateur, le donataire pouvait être dégagé de cette obligation sans le consentement du substitué, qui n'avait encore aucun droit acquis par son acceptation.

L'ordonnance du mois d'août 1747 décida (art. 11) que les substitutions faites par contrat de mariage ou par donation entre vifs, dûment acceptée, ne pouvaient être révoquées ni modifiées par aucune convention postérieure passée entre le donateur et le donataire.

La décision doit être la même sous l'empire du Code; car l'engagement de rendre est contracté par le donataire, non pas envers le donateur, mais envers les appelés. Il existe indépendamment de leur acceptation que la loi n'a pas exigée; ainsi il ne peut être rétracté sans leur consentement. (2)

(1) Pothier, p. 289, sect. 1, art. 2.

(2) Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. L. 75, ff. de R. J.

738. Les droits des grevés et des appelés peuvent donc se réduire aux deux propositions suivantes : 1° Les grevés sont propriétaires des biens chargés de restitution, mais leur propriété est résoluble par l'événement qui donne ouverture à la substitution.

2° Les appelés n'ont pas sur les biens grevés un droit transmissible, mais un simple droit éventuel, une espérance qu'on ne peut leur enlever sans leur consentement.

739. Du principe que le grevé est propriétaire, il s'ensuit que toutes les actions actives et passives qui concernent les biens résident en sa seule personne, *ipsi et in ipsum competunt.* Ainsi les jugemens rendus contre lui, lorsqu'ils ont acquis l'autorité de la chose jugée, peuvent être opposés aux appelés ou substitués, qui ne sont pas reçus à y former opposition. Art. 50, tit. 20 de l'ordonnance des substitutions.

Cette même ordonnance exigeait que les jugemens n'eussent pas été rendus par défaut, et qu'ils eussent été rendus sur les conclusions du ministère public ; faute de quoi les

Objection. L'art. 1121 permet de révoquer la stipulation faite en faveur d'autrui, lorsqu'il n'a pas encore déclaré vouloir en profiter.

Réponse. La loi a dispensé les appelés de l'acceptation.

appelés pouvaient se pourvoir par requête civile, après l'ouverture de la substitution, (1) comme dans le cas de minorité non valablement défendue. On ne trouve sur ce point aucune disposition, ni dans le Code Nap., ni dans le Code de procédure, qui ne mette point, comme le faisait l'ordonnance des substitutions, les causes concernant les substitutions au nombre de celles qui doivent être communiquées au procureur-impérial.

740. Il suit du même principe que les tiers détenteurs des biens peuvent les prescrire contre le grevé, soit par trente ans sans titre, soit par dix ou vingt ans avec titre et bonne foi. Les droits ainsi prescrits contre lui ne revivent point, après l'ouverture de la substitution, (2) en faveur des appelés, sauf leur action en dommages et intérêts contre le grevé.

Ils allégueraient en vain qu'ils étaient mineurs, ou même qu'ils n'étaient pas nés, et qu'ainsi la prescription n'a pu courir contre eux; on leur répondrait que ce n'est pas

(1) Pothier, p. 423, art. 49, 50 et suiv. du tit. 2 de l'ordonnance des substitutions.

(2) Pothier, p. 425 et 447. « Si temporalis actio in hæreditate » relicta fuerit; tempus quo hæres experiri ante restitutam hæreditatem potuit, imputabitur ei cui relicta fuerit. » L. 70, §. fin., ff. Senatus-cons. Trebell.

contre eux qu'a couru la prescription, mais contre le grevé en la personne de qui résidait la propriété. (1)

741. Par la même raison, la prescription commencée contre le grevé continuerait, après l'ouverture de la substitution, à courir contre les appelés s'ils étaient majeurs. (2)

742. Le grevé étant propriétaire, a qualité pour recevoir le remboursement des rentes, art. 1068, et le prix des aliénations forcées : par exemple, le prix d'un héritage licité, parce qu'il ne pouvait être commodément divisé, celui d'un héritage dont le bien public exige le sacrifice ; mais ce prix doit être employé comme nous le verrons bientôt.

743. La propriété du grevé étant résoluble à l'ouverture de la substitution, ils s'ensuit qu'il doit apporter à la conservation des biens les soins d'un bon père de famille : de là naissent plusieurs obligations que nous expliquerons dans le paragraphe suivant.

744. Il s'ensuit encore qu'il ne peut aliéner

(1) M. Grenier, t. 1, p. 641, est d'une opinion contraire à celle de Pothier. Il se fonde sur la maxime, *contrà non valentem agere non currit præscriptio.* L'application de cette maxime n'est pas juste. Les appelés ou le tuteur à l'exécution peuvent interrompre la prescription, comme nous le dirons bientôt. V. Pothier, p. 449.

[2] L. 70, §. fin., ff. ad Senatus-cons. Trebell.

ni hypothéquer les biens grevés, et que les aliénations qu'il aurait faites, et les hypothèques ou autres charges qu'il aurait créées, sont résolubles à l'époque de l'ouverture de la substitution; car il n'a pu transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même. V. le paragraphe suivant, et Pothier, p. 428.

745. La femme du donataire n'a pas même, sur les biens grevés de la charge de rendre, l'hypothèque subsidiaire que la loi lui accorde sur les biens soumis au droit de retour, en cas d'insuffisance des biens libres. Le Code est en ceci plus rigoureux que l'ordonnance des substitutions. (1) L'article 1054 n'accorde ce recours subsidiaire que dans le cas où le testateur ou donateur l'aurait expressément ordonné, (2) et pour le capital seulement des biens dotaux.

[1] Art. 44 et suiv. du titre premier.

[2] M. Malleville sur cet article, et M. Grenier, t. 1, p. 633, observent avec raison qu'en ce cas la femme n'a de recours subsidiaire que pour le capital de sa dot et non pour les intérêts, etc. Mais ils ajoutent que l'auteur de la disposition ne pourrait étendre ce recours aux intérêts de la dot, à la récompense des propres aliénés et autres droits matrimoniaux; ce qui paraît contraire à tous les principes. Le donateur ne peut substituer que la portion disponible; il peut en donner la propriété à l'épouse du grevé; il peut donc, à plus forte raison, lui accorder un recours éventuel et subsidiaire sur ces biens, même pour les intérêts de sa dot, la récompense de ses propres aliénés, etc. Tout

746. Du principe que les appelés ont sur les biens grevés une espérance qu'on ne peut dépend de la volonté du donateur, et de la manière dont il s'est exprimé. S'il s'est borné à donner en général un recours subsidiaire à la femme du grevé, ce recours ne s'étendra qu'au capital de la dot, suivant l'art. 1054. Il est censé qu'il n'a rien voulu de plus. Mais s'il étend spécialement ce recours, tant aux intérêts de la dot qu'aux autres droits matrimoniaux, sa volonté fera la loi; car, loin de le lui défendre, le Code lui permet de donner à la femme du grevé la propriété de tous les biens substitués. Qui peut le plus peut le moins. L. 21, ff. de R. J.

On oppose que l'ordonnance des substitutions de 1747 n'accordait point de recours subsidiaire à la femme sur les biens grevés pour récompense de l'aliénation de ses biens à laquelle elle avait consenti; mais le recours subsidiaire de la femme étant alors établi par la loi même, le législateur l'avait sagement circonscrit, comme l'exigeaient les lois du tems. Il accordait le recours à la femme, tant pour le fonds et capital de la dot, que pour *les intérêts* et fruits, art. 44, tit. 1, tant pour le fonds que pour les intérêts du douaire, art. 45. Il le refusait pour les donations, bagues, joyaux et deuil, art. 48, pour la récompense des biens à laquelle la femme avait consenti, art. 49, et enfin pour l'indemnité des dettes contractées par la femme, art. 50.

Il était nécessaire de régler tous ces points sous une législation où les substitutions passaient d'une génération à l'autre. Sous l'empire du Code, où elles ne s'étendent pas plus loin que la vie du grevé, tous ces détails devenaient superflus. Le Code s'est borné, avec raison, à une seule disposition. Les femmes des grevés n'ont plus de recours subsidiaire établi par la loi; il faut que l'auteur de la substitution le leur accorde: s'il l'accorde en termes généraux, ce recours ne s'étendra qu'au capital de la dot, et non pas aux intérêts, comme sous l'ancienne loi.

Mais si le donateur veut spécialement leur accorder un recours plus étendu, l'art. 1054 ne le lui défend pas; et l'art. 902 porte que toutes personnes peuvent disposer et recevoir, excepté celles que la loi en déclare incapables.

leur enlever sans leur consentement, il s'ensuit qu'ils ont intérêt à la conservation des biens, et par conséquent qu'ils doivent avoir le droit, par eux ou par leur tuteur, de faire tous les actes conservatoires, (1) par exemple, d'interrompre les prescriptions. Ainsi ils pourraient sommer le grevé d'exiger des actes récognitoires des rentiers, dans le cas où les rentes seraient sur le point d'être prescrites, et, sur son refus, agir eux-mêmes contre les débiteurs.

Enfin les appelés ou leur tuteur ont le droit d'agir contre le grevé qui mésuserait des biens substitués, ou pour l'obliger à faire inventaire, art. 1061, comme nous le verrons dans les paragraphes suivans.

§. III.

Quelles sont les obligations du grevé et les charges de sa jouissance.

SOMMAIRE.

747. *Le donateur peut nommer un tuteur pour faire exécuter ses dispositions.*

748. *S'il a négligé de le faire, le grevé doit en faire nommer un.*

749. *Ce tuteur doit veiller à ce que le grevé remplisse ses obligations, qu'on peut réduire à cinq chefs.*

[1] V. Pothier, p. 449, sect. 5, art. 3.

750. *Responsabilité du tuteur nommé à l'exécution.*
751. *Inventaire des biens ; à requête de qui il doit être fait.*
752. *Les immeubles doivent y être compris : procès-verbal de leur état.*
753. *L'inventaire n'est pas nécessaire dans le cas d'une donation entre vifs.*
754. *Qui doit faire faire l'inventaire, si le grevé néglige de le faire.*
755. *Objet de la nomination du tuteur à l'exécution.*
756. *S'il ne comparaît pas à l'inventaire, on procède sur son défaut.*
757. *Le grevé doit faire vendre les meubles, sauf quelques exceptions.*
758. *Il faut appeler le tuteur à cette vente.*
759. *Forme de cette vente.*
760. *Il n'est pas nécessaire de vendre l'argenterie, les rentes, etc.*
761. *Les deniers de la vente doivent être colloqués, et comment.*
762. *Le grevé peut recevoir le remboursement des deniers colloqués.*
763. *Le débiteur qui rembourse ne répond point du défaut de collocation.*
764. *Partage à faire des biens s'ils ne sont pas tous substitués. Le grevé peut garder les meubles et donner les immeubles en partage.*
765. *Les biens libres du grevé ne sont point hypothéqués à la restitution.*
766. *Les ventes d'immeubles faites par le grevé sont résolubles ; et la prescription ne court, en faveur des acquéreurs, que du jour de l'ouverture de la substitution.*
767. *Transcription de la disposition, ou inscription pour empêcher les tiers d'être induits en erreur.*

768. Le défaut de transcription ne peut être suppléé.

769. Les ventes faites depuis sont résolubles, quand même l'appelé serait héritier du grevé ; mais ils doivent rembourser le prix.

770. Les ventes antérieures à la transcription sont valides.

771. Par qui le défaut de transcription ne peut être opposé.

772. Il peut être opposé aux mineurs.

773. Il importe de connaître les charges du grevé.

774. Il doit payer les contributions, et faire les réparations d'entretien.

775. Quid *des grosses réparations, améliorations et constructions?*

776. Des frais de procès, dettes, inventaire, labours et semences.

747. En permettant aux pères et mères, aux frères et sœurs de donner à la charge de rendre, le Code a prescrit les moyens d'assurer l'exécution de ces dispositions et la conservation des biens grevés.

Le donateur ou testateur est autorisé à nommer un tuteur chargé de l'exécution de ses dispositions ; et cette nomination peut être faite, soit par le même acte qui contient la disposition, soit par un acte postérieur, mais en forme authentique. Ce tuteur ne peut se dispenser d'accepter que pour une des causes exprimées au titre des tutelles, 1065.

748. Si le donateur a négligé de nommer un tuteur pour l'exécution de ses dispositions, le grevé ou son tuteur, s'il est mineur, doit en faire nommer un dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition a été connu, art. 1056. Cette nomination doit être faite par le conseil de famille, dans les formes ordinaires.

749. C'est le tuteur nommé qui est chargé de veiller à ce que le grevé remplisse les obligations qui lui sont prescrites pour assurer l'exécution de la disposition et la conservation des biens. Ces obligations se réduisent aux points suivans : 1° constater les biens grevés ; 2° vendre le mobilier quand il y a lieu ; 3° faire l'emploi des deniers ; 4° faire faire la transcription et l'inscription ; 5° jouir en bon père de famille, sans détériorer les biens.

750. Le tuteur nommé pour l'exécution est personnellement responsable, s'il ne s'est pas en tout point conformé aux règles établies pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour l'emploi des deniers, pour la transcription et l'inscription, et en général s'il

n'a pas fait toutes les dispositions nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée. Art. 1073.

Mais le Code n'accorde point sur ses biens une hypothèque légale en faveur des appelés, et on ne peut étendre à ce cas (1) la disposition de l'art. 2121, qui en accorde une aux mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs. Le tuteur nommé pour la restitution n'a point l'administration.

751. Pour constater les biens grevés, l'art. 1058 veut qu'après le décès de celui qui a disposé à la charge de restitution, il soit procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composeront sa succession, excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet inventaire doit contenir la prisée, à juste prix, des meubles et effets mobiliers, des bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, 1064.

Il est fait à la requête du grevé de restitution, dans le délai de trois mois quarante jours fixé au titre des successions, et en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les frais en sont pris sur les biens compris dans la disposition.

1059

(1) Grenier, t. 1, p. 651, n. 391.

752. Le texte de l'art. 1058 suppose que les immeubles grevés de restitution doivent être constatés par l'inventaire, aussi bien que les meubles. La prudence exige même que le grevé en fasse constater l'état par un procès-verbal contradictoire avec le tuteur nommé pour l'exécution, ou lui dûment appelé, faute de quoi il est censé les avoir reçus en bon état. Le tuteur pourrait aussi exiger ce procès-verbal, s'il le jugeait nécessaire pour l'intérêt des appelés.

753. L'art. 1058 ne parle point du cas où la donation serait faite par un acte entre vifs, sans doute parce que les immeubles y sont suffisamment constatés, et même les meubles, au moyen de l'état qu'il est nécessaire d'annexer à l'acte. Dans ce cas, comme dans celui d'un legs particulier, il serait inutile de multiplier les frais sans nécessité.

754. Si le grevé négligeait de faire faire l'inventaire, il doit, sous peine de responsabilité personnelle, y être procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, *en présence* (1) du grevé ou de

(1) *En présence.* Donc c'est en ce cas au tuteur à nommer le notaire et les experts priseurs. Au contraire, si le grevé fait faire l'inventaire dans le délai prescrit, c'est à lui de les nommer. Art. 1059.

son tuteur; (1060) et si le tuteur nommé pour l'exécution négligeait lui-même de faire procéder à l'inventaire, il devrait y être procédé, soit à la diligence des appelés s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur s'ils sont mineurs ou interdits, soit à la diligence de *tout parent* des appelés, majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur-impérial, au tribunal de première instance du lieu où la succession est ouverte. (1061, junct. 1057.)

755. Ainsi le Code n'a négligé aucune des précautions possibles pour faire constater légalement les biens grevés de restitution, sans qu'il en puisse résulter de contestations entre le grevé et ses enfans. C'est toujours le tuteur nommé pour l'exécution qui est son contradicteur légitime. Les enfans seraient gênés dans la défense de leurs droits par le respect qu'ils doivent à leurs pères et mères. Il suffit donc d'appeler le tuteur à l'inventaire, sauf aux appelés, s'ils sont majeurs, à y intervenir s'ils le jugent à propos : la loi ne le leur défend point.

756. Si le tuteur nommé pour l'exécution, quoique dûment appelé, ne comparaissait point au jour fixé pour l'inventaire, il y serait procédé sur son défaut; mais il serait tenu des

dommages et intérêts auxquels pourrait donner lieu l'infidélité de l'inventaire occasionnée par son absence, parce qu'il a manqué à son devoir. (Art. 1073.) (1)

757. Après l'inventaire, le grevé de restitution doit faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles, à l'exception néanmoins de ceux que l'auteur de la disposition l'aurait expressément chargé de conserver en nature, et qui seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution. (1062-1063.) Ordonnance des subst., tit. 8, art. 2; tit. 1, art. 7.

Il en est de même des bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, et qui sont immeubles par destination, suivant l'art. 524. Ils sont censés compris dans les donations entre vifs ou testamentaires desdites terres, et le grevé est seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre une égale valeur lors de la restitution. (1064.) Ordon. des substitutions, tit. 1, art. 6.

758. C'est le grevé qui doit faire vendre les meubles; le Code ne le charge point précisément d'y appeler le tuteur nommé pour l'exécution. Néanmoins, comme l'art. 1073

(1) Furgole, sur l'art. 5 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747; Grenier, t. 1, p. 645.

prononce une responsabilité personnelle contre celui-ci, lorsqu'il ne s'est pas en tout point conformé aux règles établies pour constater les biens, et notamment pour la vente du mobilier, il est clair qu'il a droit d'y assister, et qu'il doit y être appelé; il aurait même le droit de faire assigner le grevé qui négligerait de faire la vente, pour faire ordonner que, faute de la faire dans un délai fixé, il lui sera permis d'y faire procéder.

759. Remarquez que l'art. 1062 exige seulement que la vente soit faite par affiches et enchères, et non en justice. Il n'est donc pas nécessaire de suivre les formes compliquées et dispendieuses du Code de procédure pour la vente des meubles saisis. Il suffit que la vente soit annoncée par des exploits d'affiches aux lieux accoutumés, afin qu'elle soit connue.

760. Au reste, l'obligation de vendre les meubles ne regarde que les choses corporelles qui n'ont pas une valeur fixe et permanente, et qui sont sujettes à augmentation ou diminution, et non celles qui, comme l'argenterie, ont une valeur fixe. (1)

Les meubles incorporels, tels que les rentes

(1) V. Grenier, t. 1, p. 647, n. 388; Furgole, sur l'art. 8, tit. 2 de l'ordonnance de 1747; Duparc-Poullain, principes du droit, t. 1, p. 263, n. 76.

et les crédits, ne doivent pas être vendus : le recouvrement en est laissé au grevé, sauf l'emploi du prix. V. l'art. 1066.

Car il est tenu d'employer tous les deniers comptans grevés de la charge de rendre. L'emploi de ceux qui se sont trouvés lors de l'inventaire, ainsi que le prix de la vente des meubles, doit être fait dans les six mois du jour de la clôture de l'inventaire, 1065; et celui des deniers provenans des effets actifs recouvrés ou des remboursemens de rentes, dans trois mois au plus tard du jour qu'ils auront été reçus, 1066. Mais ces délais peuvent être prolongés, s'il y a lieu.

L'emploi doit être fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, 1068.

Si l'auteur de la disposition n'a point expliqué ses intentions sur l'emploi des deniers, il ne peut être fait qu'en immeubles, ou bien, dit l'art. 1067, *avec privilège sur des immeubles*, c'est-à-dire, qu'ils doivent être libres de toute hypothèque et privilège antérieurs.

Mais la collocation doit être faite au profit de la substitution, et non pas au profit personnel du grevé, en sorte que la substitution ait un privilège sur la somme colloquée, de préférence au grevé ou à ses ayant-cause,

à la sureté duquel privilège l'immeuble est hypothéqué. Ce privilège s'acquiert en référant dans l'acte que la somme provient des deniers chargés de restitution, en vertu d'acte fait tel jour en faveur des enfans du grevé.

761. Mais cette relation n'empêcherait pas l'emprunteur de rembourser avec sureté au grevé, sans faire appeler au remboursement le tuteur nommé à l'exécution ; car le grevé est seul propriétaire avant l'ouverture de la restitution, et, en cette qualité, le Code l'autorise à recevoir non seulement les deniers provenans des effets actifs grevés de restitution, mais même le remboursement des rentes, 1066.

762. L'ordonnance des substitutions ajoutait expressément, tit. 2, art. 15, que les débiteurs ne seraient pas responsables du défaut de remploi ; et cette disposition doit être observée sous l'empire du Code qui, en autorisant le grevé à recevoir, autorise les débiteurs à payer. (1)

763. Si tous les biens compris dans la disposition n'étaient pas soumis à la restitution, il devrait en être fait un partage, et le grevé pourrait demander à conserver, autant à valoir

(1) V. Grenier, t. 1, p. 349.

sur ses droits personnels, et sur le taux du prisage, les meubles sujets à être vendus, et donner des immeubles en ragrandissement. Si le tuteur nommé à l'exécution s'y opposait, la décision dépendrait de la prudence des juges. C'est encore ce qui résulte de l'ordonnance des substitutions, tit. 2, art. 9, et il semble que cette disposition n'a rien de contraire à l'esprit du Code. Au contraire, en donnant des immeubles dans la place des meubles qu'il garde, on évite l'embarras de colloquer le prix de ces meubles.

764. Le Code n'accorde point d'hypothèque légale ou tacite sur les immeubles personnels du grevé pour la restitution des biens. (1) C'est une raison de plus pour observer scrupuleusement les précautions ordonnées pour l'emploi des deniers. Si le grevé négligeait de faire cet emploi, le tuteur nommé à l'exécution pourrait obtenir contre lui des jugemens qui le condamneraient à restituer les deniers pour être colloqués, et il devrait, en vertu de ces jugemens, prendre des inscriptions sur les biens libres du grevé.

765. Le grevé est propriétaire des biens qu'il a reçus à la charge de rendre, ainsi que

(1) L'ordonnance des substitutions, tit. 2, art. 17, en accordait une.

nous l'avons dit : mais sa propriété est résoluble par l'événement incertain qui doit donner ouverture à la restitution ; et comme personne ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même, les aliénations qu'il pourrait faire doivent se résoudre par le même événement, sans que les acquéreurs pussent excepter de la prescription, quelque laps de tems qui se fût écoulé entre la vente et l'ouverture de la substitution, (1) parce que la prescription contre un droit qui dépend d'une condition ne court point jusqu'à ce que la condition arrive, art. 2257.

766. Mais pour empêcher les tierces personnes d'être induites en erreur par la propriété actuelle du grevé, et par le défaut de connaissance que les biens n'étaient pas libres, les lois anciennes exigeaient que les substitutions fussent rendues publiques, non seulement par l'insinuation, mais encore par des publications faites à l'audience, et enregistrées dans les greffes des tribunaux, (2) où l'acte contenant la substitution devait être transcrit en entier, art. 24.

767. A ces publications le Code a substitué la

(1) Pothier, p. 446.

(2) V. art. 18 et suiv. du tit. 2 de l'ordonnance de 1747.

formalité de la transcription et celle de l'inscription. Toutes les dispositions faites à la charge de rendre, par actes entre vifs ou testamentaires, doivent être rendues publiques par la transcription littérale de l'acte sur les registres tenus à cet effet au bureau de la conservation des hypothèques, sous le ressort duquel sont situés les immeubles donnés ou légués; et s'il s'agit de meubles grevés de restitution, dont le prix, comme nous l'avons vu, doit être colloqué par préférence sur des immeubles, la disposition est rendue publique par une inscription prise au bureau sous le ressort duquel sont situés les immeubles affectés au privilège de la restitution, 1069.

Ces transcriptions ou inscriptions doivent être faites à la diligence du grevé ou du tuteur nommé pour l'exécution, 1069.

768. Le défaut de transcription ou d'inscription ne peut être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers-acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de ces formalités, 1071. Art. 33, tit. 2 de l'ordonnance de 1747. Pothier, p. 306.

769. Mais après qu'elles ont été remplies, aucune des personnes, qui contracteraient avec

le grevé, ne peuvent s'excuser sur l'ignorance de la substitution; et toutes les aliénations, même à titre onéreux, toutes les créations d'hypothèque ou autres charges faites depuis la transcription, ne pourraient nuire aux appelés, et se résoudraient à l'ouverture de la restitution, sauf le recours des acquéreurs sur les biens libres du grevé; (1) et cette résolution s'opérerait, suivant l'ordonnance des substitutions, tit. 2, art. 31, lors même que les appelés seraient en même tems héritiers purs et simples du grevé, sans néanmoins qu'en ce cas ils pussent déposséder l'acquéreur qu'après l'avoir remboursé entièrement du prix de l'aliénation, frais et loyaux coûts.

Cette disposition de l'ordonnance des substitutions doit être observée sous l'empire du Code, (2) dont l'esprit est conforme à l'ancienne jurisprudence. L'art. 1599 veut même, en dérogeant au droit romain, que la vente de la chose d'autrui soit nulle, et qu'elle ne

(1) Si le grevé vendait des biens avant d'avoir fait distraire sa légitime, ou avant d'avoir fait partager les biens dont une partie seulement est substituée, les ventes qu'il aurait faites devraient être imputées à valoir à ses droits; et en cas de concours de plusieurs acquéreurs, les premiers seraient préférés. V. Furgole sur l'art. 9, tit. 2 de l'ordonnance des substitutions.

(2) Grenier, t. 1, p. 640.

puisse donner lieu à des dommages et intérêts, que dans le cas où l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui.

Or, celui qui acquiert du grevé ne peut alléguer cette ignorance; et c'est pour cette raison qu'il ne peut opposer aux héritiers du grevé la maxime *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* Il savait ou devait savoir en acquérant, qu'il n'acquérait qu'une propriété résoluble. Les appelés ne rembourseraient pas le prix de la vente, s'ils étaient héritiers bénéficiaires.

770. Si la transcription avait été omise, les appelés qui, après l'ouverture de la restitution, revendiqueraient les biens contre ceux qui les auraient acquis du grevé à titre onéreux, seraient repoussés (1) par l'exception résultant du défaut de transcription et de l'ignorance des acquéreurs ou créanciers.

771. Mais cette exception ne pourrait être proposée par les donataires, légataires ou héritiers de celui qui aurait fait la disposition, ni pareillement par leurs donataires, légataires ou héritiers, 1072. Art. 34 de l'ordonnance des substitutions, tit. 2.

772. Au reste, le défaut de transcription

(1) Pothier, p. 305, sect. 1, art. 4, §. 6.

peut être opposé par les créanciers et tiers-acquéreurs, même aux mineurs ou interdits, sauf leur recours contre le *grevé* et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le testateur se trouveraient insolvables. Art. 1070.

Et si le grevé était mineur, il ne pourrait, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites. Art. 1074.

773. Si les appelés étaient toujours seuls héritiers du grevé, il serait inutile d'examiner quelles sont ses charges ; car prenant sa succession dans l'état où ils la trouveraient, ils confondraient tous les droits en eux-mêmes.

Mais il est possible que le grevé meure laissant une succession obérée qui soit répudiée ou prise sous bénéfice d'inventaire ; dans ces cas les appelés ont à régler leurs droits avec la veuve ou avec les créanciers de la succession : ils peuvent aussi être obligés de les régler avec le grevé lui-même, lorsque l'ouverture de la restitution se fait avant sa mort. Il est donc important de connaître quelles sont les charges de sa jouissance, et ce qu'il peut retenir sur les biens substitués.

774. Il n'est pas douteux qu'il doit payer toutes les contributions ordinaires ou extraordinaires auxquelles les biens sont assujettis ; et comme il doit jouir en bon père de famille, il doit tenir les biens en bon état, et faire toutes les réparations d'entretien : il est censé avoir reçu les biens en bon état, s'il n'a pas fait rapporter de procès - verbal en entrant en jouissance.

775. Quant aux grosses réparations dont parle l'art. 606 du Code, il doit également les faire, sous peine de répondre des détériorations qu'il aurait occasionnées en négligeant de les faire à propos ; (1) sauf à se faire autoriser par justice, contradictoirement avec le tuteur nommé pour la restitution, à faire un emprunt qui sera à la charge des appelés, si leur droit vient à s'ouvrir.

[1] Bourjon, t. 2, p. 133, édit. de 1747, applique à ce cas les règles relatives aux usufruitiers. Il dit que le grevé n'est pas tenu de faire ces réparations, parce qu'elles tombent sur le propriétaire. Il ajoute que l'appelé doit en faire les avances, et que le grevé doit en payer les intérêts. Cette opinion ne paraît pas admissible. Le grevé est propriétaire, et il n'est pas possible de forcer les appelés à des avances, puisque leur droit est incertain. Bourjon ajoute que le grevé, si l'appelé ne veut pas faire les avances, doit être autorisé à faire un emprunt qui sera à la charge des appelés, le cas arrivant. Voilà ce qui tranche la difficulté. Le grevé pourrait aussi se faire autoriser à vendre soit des bois, soit peut-être même des fonds. Au reste, tout doit être contradictoire avec le tuteur nommé pour la restitution. V. Ricard, des substitutions, part. 2, ch. 15, n. 153.

Si le grevé fait l'avance des réparations, il en est dû reprise, à lui ou à ses ayant cause, lors de la cessation de la jouissance, pourvu qu'elles aient été occasionnées par vétusté ou cas fortuit, et non par le défaut d'entretien, car alors il en serait responsable.

A l'égard des impenses, améliorations ou constructions, il faut distinguer entre les impenses nécessaires, utiles ou simplement voluptuaires. (1)

On doit toujours tenir compte au grevé de tout ce qu'il lui en coûte pour les impenses nécessaires, pourvu que le prix n'en soit pas excessif; car si, par sa faute, il avait payé aux ouvriers beaucoup plus qu'il n'était dû, la dépense pourrait être réduite : il doit seul supporter la perte de ce qu'il a trop payé par sa faute.

Mais quand les impenses nécessaires n'auraient pas duré, et auraient péri par cas fortuit ou force majeure; par exemple, une grange reconstruite à neuf, qui aurait été incendiée par le feu du ciel, on ne devrait pas moins lui tenir compte de ce qu'elle aurait coûté, à la différence des impenses utiles, dont le grevé ou ses ayant cause ne peuvent avoir

[1] Pothier, p. 408 et suiv., sect. 4, art. 2, §. 2, traité des substitutions.

reprise indéfiniment, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que l'héritage se trouve être d'un plus grand prix à l'ouverture de la restitution. En ceci la condition du grevé diffère de celle de l'usufruitier, qui ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il aurait faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. Art. 599. La raison de différence consiste en ce que le grevé étant propriétaire, a des droits plus étendus qu'un simple usufruitier, qui ne peut rien faire sans consulter le propriétaire. V. Pothier, du douaire, n. 276.

A l'égard des impenses purement voluptuaires, qui n'augmentent pas la valeur de l'héritage, il n'en est jamais dû compte au grevé, qui peut seulement enlever à ses frais les glaces, tableaux et autres ornemens qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les choses dans leur premier état.

776. Il est encore dû compte au grevé des frais des procès (1) qu'il a été obligé de soutenir pour conserver *la propriété* des biens substitués. Cependant si ces frais étaient modiques, ils seraient considérés comme des charges de la jouissance, ainsi que tous les procès qui n'ont que la possession pour objet.

[1] Pothier, p. 411.

Si la disposition à charge de rendre est à titre universel, par exemple, d'un quart d'une moitié des biens du disposant, il doit être tenu compte au grevé des dettes et charges de la succession qu'il aurait payées, sans déduction des remises personnelles qui lui auraient été faites par les créanciers, (1) et même des sommes qui lui étaient dues par le défunt, et qu'il est censé s'être payées à lui-même en acceptant la disposition; enfin, on doit lui tenir compte des rentes qu'il aurait remboursées et des charges qu'il aurait acquittées.

Il doit également avoir reprise des frais d'inventaire, (art. 1059) de vente, scellés, etc.; mais les frais de transcription et d'inscription sont une charge que le Code lui impose, ainsi que les frais de mutation.

Enfin, lorsque les fruits des biens grevés de substitution se trouvent, au moment de son ouverture, pendans par racines, il doit être tenu compte au grevé ou à sa succession des frais de labours et semences. Pothier, p. 412.

[1] Pothier, p. 406.

§. IV.

Quand les substitutions sont-elles ouvertes, et quand sont-elles éteintes?

SOMMAIRE.

777. *Le droit éventuel des appelés leur est acquis du moment où le grevé acquiert un droit actuel.*

778. *Le droit actuel des appelés est acquis au moment où cesse celui du grevé.*

779. *Il cesse de quatre manières.*

780. *C'est par la mort du grevé que s'ouvre régulièrement le droit des appelés.*

781. *Le donateur peut mettre un terme ou une condition à l'ouverture de leur droit.*

782. *Le grevé peut être déclaré déchu s'il a mésusé,*

783. *Ou s'il n'a pas fait nommer un tuteur à l'exécution.*

784. *La jouissance du grevé cesse par son abdication,*

785. *Qui ne nuit point à ses créanciers ou ayant cause.*

786. *Les biens vendus avant l'abdication ne peuvent être revendiqués avant l'époque de la restitution.*

787. *Les créanciers exercent leurs droits comme s'il n'y avait point eu d'abdication.*

788. *L'abdication ne nuit point aux appelés nés postérieurement.*

789. *Les appelés ni les créanciers du grevé n'acquièrent aucun droit par son refus d'accepter une donation entre vifs.*

790. Secùs *s'il répudiait une donation testamentaire.*

791. *Les droits des appelés s'ouvrent par l'indignité prononcée contre le grevé.*

792. *La disposition s'évanouit par la nullité de l'acte, et par la révocation du testament.*

793. *Le donateur ne peut rétracter la substitution de concert avec le grevé.*

794. *La caducité de la disposition n'emporte pas celle de la substitution.*

795. *Mais si la substitution était conditionnelle, les appelés attendraient l'événement.*

796. *La donation à charge de rendre, faite au frère ou à la sœur, est révoquée, si le donateur laisse des enfans à son décès.*

797. *Différence à cet égard entre la donation pure et simple, et la donation à charge de rendre.*

798. *La charge de rendre s'éteint si les appelés décèdent ou deviennent incapables avant l'époque de la restitution.*

799. *Elle s'éteint par la perte des biens grevés,*

800. *Par la défaillance des conditions,*

801. *Par la renonciation des appelés faite dans les formes requises pour la validité des donations.*

802. *Leur consentement à la vente des biens ne leur ôte pas le droit d'en répéter le prix.*

---

777. Les droits que donne au grevé la disposition faite à la charge de rendre, sont ouverts en sa faveur de la même manière que dans les autres donations entre vifs ou testamentaires. Du moment que ces droits lui sont

acquis, les appelés ont l'espérance ou le droit éventuel de recueillir un jour les biens qui doivent leur être restitués. Mais quelle est l'époque de cette restitution ? Quand leurs droits sont-ils ouverts?

778. C'est, dit l'art. 1055, à l'époque où la jouissance du grevé cesse par quelque cause que ce soit.

779. Cette jouissance peut cesser,

1° Par sa mort naturelle ou *civile*; (1)

2° Par l'arrivée du terme ou par l'accomplissement de la condition fixé par l'auteur de la disposition;

3° Par la déchéance qui serait prononcée contre le grevé pour avoir mésusé;

4° Par son abdication volontaire ou par son abandon anticipé.

780. C'est presque toujours par la mort du grevé que s'ouvrent les droits des appelés. Presque toutes les substitutions étaient faites autrefois sous la condition de rendre à la mort du grevé; et cet usage était si général, qu'il n'était pas besoin d'exprimer cette condition. Elle était sous entendue, (2) et le grevé n'était

[1] Pothier, p. 457; ordonnance des substitutions, tit. 1, art. 24.

[2] S'il n'y a pas de tems marqué pour la restitution, elle ne se fait qu'au moment du décès du grevé. Le silence du testateur fait présumer qu'il l'a ainsi voulu. C'est ce qui résulte naturellement

jamais présumé avoir été chargé de rendre qu'à sa mort. L'usage habituel étant de ne substituer que pour le tems du décès du grevé, il était naturel de croire que l'auteur de la disposition l'avait entendu de la sorte; et nos mœurs n'ayant pas changé sur ce point, c'est encore de cette manière qu'on doit entendre aujourd'hui les dispositions à charge de rendre.

781. Mais le donateur étant maître d'apposer à sa libéralité tel terme ou telle condition que bon lui semble, il peut fixer le tems où la restitution pourra être exigée; par exemple, je donne à Paul, mon fils, à la charge de rendre à ses enfans à leur majorité ou lorsqu'ils se marieront.

Il peut aussi faire dépendre la restitution d'un événement incertain; par exemple, je donne à Paul, mon fils, à la charge de rendre à ses enfans, si tel navire arrive à bon port de l'Isle-de-France; et, dans ces cas, le droit des appelés est ouvert par l'arrivée du terme d'une telle disposition. En ce cas, l'ouverture ne se fait donc que par le décès du grevé.

Il en est de même si la restitution doit se faire à la volonté du grevé. En ce cas il a la jouisance des biens substitués jusqu'à son décès, s'il ne juge pas à propos de les rendre auparavant. Ricard, des substitutions, part. 2, ch. 1, n. 12, p. 436. V. Bourjon, t. 2, p. 129, n. 5, édit. de 1747, et p. 140, ch. 5, de l'ouverture des substitutions.

ou par l'accomplissement de la condition.(1)

782. La jouissance du grevé peut aussi cesser par l'abus qu'il en aurait fait, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en les laissant dépérir faute d'entretien; il peut alors être déclaré déchu de sa jouissance: on doit suivre sur ce point les règles tracées par l'art. 618, à l'égard des usufruitiers.

Mais leur application, quoique juste, doit être d'autant plus rare qu'il faut agir contre un père ou une mère. Les juges ne doivent déclarer le grevé déchu de sa jouissance, qu'à la charge aux appelés ou au tuteur nommé pour l'exécution de lui remettre annuellement, ou à ses ayant cause, après déduction de toutes charges, de réparations, d'entretien et de régie, le revenu net des biens jusqu'à

(1) « Lorsqu'une substitution est faite sous plusieurs conditions, » il faut que toutes soient accomplies pour que la substitution » soit ouverte, à moins que les conditions ne soient apposées » par une disjonctive, auquel cas l'accomplissement d'une seule » donne ouverture à la substitution; comme lorsqu'il est dit: *Je* » *fais ma bru ma légataire universelle*, à la charge de restituer mes » biens à mes petits enfans lors de son décès, ou si elle se » remarie.

» Quelquefois, outre la condition du décès du grevé, on en » ajoute plusieurs autres sous une disjonctive entre elles; en ce » cas il faut, pour l'ouverture de la substitution, et le décès du » grevé et l'accomplissement d'une de ces autres conditions. » Pothier, sect. 6, art. 1, §. 1, p. 459.

l'instant où devait se faire la restitution. (1)

783. Le grevé peut encore être déclaré déchu de sa jouissance, et le droit des appelés déclaré ouvert, s'il n'a pas fait nommer un tuteur pour l'exécution dans le mois, à compter du jour du décès du testateur ou *donateur*; et cette déchéance peut être provoquée par les appelés s'ils sont majeurs, par leur tuteur ou curateur s'ils sont mineurs ou interdits, soit par *tout parent* des appelés majeurs, mineurs ou interdits, soit même d'office par le procureur-impérial près le tribunal de première instance du lieu où la succession s'est ouverte, art. 1057-1056.

784. Enfin le droit des appelés s'ouvre par l'abandon que le grevé fait de sa jouissance en leur faveur avant l'époque fixée par la restitution. Cet abandon anticipé rend, par rapport à lui et à eux, la substitution ouverte et même consommée. En abdiquant son droit avant le tems ou la condition de la restitution, il en a fait remise; et quand la condition viendrait par la suite à défaillir, il ne pourrait répéter les biens qu'il a volontairement abandonnés. (2)

[1] V. Bourjon, t. 2, p. 132, tit. 5, ch. 3, sect. 4, n. 28; Ricard, des substitutions, part. 2, ch. 1, n. 25; Malleville, t. 2, p. 506.

[2] Pothier, p. 459 et 460.

785. Mais cette abdication ou restitution anticipée ne peut préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon, 1053, ni à ceux qui auraient contracté avec lui avant la même époque.

786. Ainsi les appelés ne pourraient, avant l'époque de la restitution, révendiquer les biens contre les tiers-acquéreurs qui les auraient acquis du grevé. (1)

787. Ainsi l'abandon anticipé ne peut empêcher que les créanciers du grevé, même les créanciers chirographaires dont la créance a une date certaine antérieure à l'abandon, ne puissent exercer sur les biens les mêmes droits et actions que s'il n'y avait point eu de restitution, et ce jusqu'au tems où les biens devaient être restitués. (2)

788. Ainsi, enfin, l'abandon anticipé fait aux appelés existans à cette époque, ne nuirait point aux droits de ceux qui pourraient naître depuis.

789. L'abandon anticipé dont parle l'art. 1053, suppose que le grevé a accepté la disposition avec charge de rendre, et qu'il a eu la possession des biens. Mais s'il répudiait la disposition, ou s'il refusait de l'accepter,

(1) Pothier, p. 460 ;art. 43, tit. 1 de l'ordonnance.

(2) Art. 42 de l'ordonnance, et *ibi* Furgole et Sallé; Grenier, t. 1, n. 369.

quels seraient les droits de ses créanciers et ceux des appelés ? Il faut distinguer.

S'il s'agissait d'une donation entre vifs faite à la charge de rendre, il est évident qu'il ne résulterait de la répudiation ou refus d'acceptation aucun droit en faveur des appelés ni des créanciers du grevé, car il n'existe point de contrat. Le donataire demeure libre de rétracter ses offres jusqu'à l'acceptation qui ne peut être faite après sa mort, et qui ne peut l'être pendant sa vie que par le donataire avec lequel il entend contracter.

790. Au contraire, si le grevé répudiait une donation testamentaire faite à la charge de rendre, les droits des appelés seraient ouverts par sa répudiation, (1) sauf le droit des créanciers du grevé en fraude desquels elle aurait été faite, (2) et qui pourraient demander à jouir pendant sa vie des biens substitués. Art. 38, tit. 1 de l'ordonnance des substitutions.

791. Les droits des appelés seraient encore ouverts, si, au moment de la mort du testateur, l'indignité du grevé était déclarée. Nous examinerons tout-à-l'heure le cas de son incapacité et de son prédécès.

(1) Pothier, p. 475, art. 27, tit. 1 de l'ordonn. des substit.

(2) V. Grenier, t. 1, p. 625, n. 370; Malleville, p, 506.

792. Après avoir vu comment la charge de rendre est ouverte, il faut voir comment elle s'éteint; et d'abord la nullité de l'acte qui la contient, soit testament, soit donation entre vifs, entraîne nécessairement l'extinction de la charge de rendre.

La révocation du testament entraîne également la révocation de la charge de rendre. Le testateur peut aussi ne révoquer son testament que sur ce dernier point, et rendre son legs libre, en dégageant le légataire de la restitution.

793. Au contraire, le donateur ne pourrait, même de concert avec le donataire, rétracter la charge de rendre, mise à une donation entre vifs consommée par l'acceptation.

Le Code garde le silence sur une question autrefois très-controversée avant l'ordonnance des substitutions; V. Sallé, tit. 1, art. 26: savoir si la caducité de la disposition emporte la caducité de la substitution; par exemple, j'institue pour héritier Paul, mon fils, ou Pierre, mon frere, à la charge de rendre à leurs enfans après leur mort. Pierre et Paul meurent avant moi, ou sont morts civilement à l'époque de mon décès.

L'ordonnance des substitutions, art. 26, tit. 1, voulait que, dans ce cas, la caducité

de *l'institution* emportât la caducité de la substitution.

Mais cette décision, particulière aux pays de droit écrit, était fondée sur le principe du droit romain, que l'institution d'héritier était nécessaire pour la validité d'un testament. Aussi l'ordonnance excepte le testament militaire où l'institution d'héritier n'était pas nécessaire, et les testamens qui contenaient la clause codicillaire par laquelle le testateur déclarait que, si son testament ne peut valoir comme testament, sa volonté est qu'il vaille comme codicille, cas auquel la caducité de l'institution n'entraîne pas la nullité des autres dispositions, telles que les legs et les fidéicommis. V. Pothier, des testamens, pag. 166, ch. 2, sect. 1, §. 1, et des substitutions, page 475.

Sous l'empire du Code, où l'institution d'héritier n'est pas nécessaire, la caducité de la disposition ne doit pas entraîner celle de la substitution. Les héritiers légitimes doivent être obligés de rendre aux appelés, comme les légataires prédécédés ou incapables auraient été tenus de faire, et sous les mêmes conditions : c'était aussi ce qui était observé dans les pays coutumiers. V. Pothier, p. 477.

Ainsi, dans le cas proposé, le droit des

enfans de Paul ou de Pierre se trouvait ouvert à la mort du testateur, nonobstant le prédécès de leur père.

795. Mais si la charge de rendre était soumise à quelque condition, les appelés seraient obligés d'en attendre l'accomplissement, et en attendant les fruits appartiendraient aux héritiers.

796. La disposition faite en faveur d'un frère ou d'une sœur, à la charge de rendre à leurs enfans, est encore annulée, si le disposant laisse des enfans au moment de son décès; c'est ce qui résulte de l'art. 1049, dont la rédaction présente des difficultés qu'on n'a point assez examinées Il porte : « Sera valable, » *en cas de mort sans enfans*, la disposition » que le défunt aura faite, *par acte entre* » *vifs ou testamentaire*, au profit d'un ou » plusieurs de ses frères ou sœurs..., avec » la charge de rendre ces biens aux enfans » nés et à naître, etc. »

Cette disposition n'est donc pas valable, c'est-à-dire qu'elle devient nulle si le donateur ou testateur a des enfans au moment de son décès. Ce n'est pas seulement la charge de rendre, c'est la disposition entière qui est annulée.

Mais si elle était faite par testament, les autres dispositions, telles que les legs faits à des tiers, n'en subsisteraient pas moins; car l'art. 1049 n'annule pas le testament, mais seulement la disposition faite en faveur du frère, à la charge de rendre à ses enfans.

796. Remarquez que cet article ne distingue point entre les enfans nés avant ou depuis la disposition; il suffit qu'il en existe au moment du décès du donateur, quoiqu'ils fussent nés avant la donation. Première différence entre les donations entre vifs ordinaires, et celles qui sont faites à la charge de rendre. Les premières ne sont point révoquées, si le donateur avait des enfans ou descendans vivans dans le tems de la donation, 960.

Seconde différence. Les donations ordinaires sont révoquées de plein droit par la survenance d'enfans; elles ne revivent point par la mort de ces enfans, 964.

Au contraire, les donations à charge de rendre ne sont pas révoquées de plein droit: la survenance d'un enfant rend seulement leur durée et leur stabilité incertaines.

La révocation dépend de la survie de l'enfant. S'il prédécède, la donation est valide, elle n'est pas révoquée. Ainsi ce n'est qu'en

faveur de l'enfant que la nullité ou la révocation est prononcée, et non pas en faveur du disposant, qui ne pourrait pas demander la révocation.

Il résulte de là que si un frère donne à sa sœur par donation pure et simple, la donation est révoquée de plein droit par la survenance d'un enfant au donateur.

Si, au contraire, la donation est à charge de rendre, elle n'est pas révoquée de plein droit; elle ne peut l'être que dans le cas où l'enfant vivrait encore au décès du disposant. En ceci la donation à charge de rendre est plus favorisée que la donation pure et simple.

Mais, d'un autre côté, l'existence, à la mort du donateur, des enfans nés avant la donation pure et simple, n'en opère pas la révocation; et elle opère la révocation d'une donation faite à charge de rendre. En ceci ce genre de don est moins favorisé que les donations pures et simples entre vifs.

Il paraît difficile d'assigner la raison de ces différences, qui néanmoins sont des conséquences directes et nécessaires des termes de l'art. 1049.

Enfin les donations testamentaires, faites à charge de rendre, diffèrent des autres donations testamentaires, en ce qu'elles sont nulles

si le testateur a des enfans au moment de son décès, soit qu'ils soient nés avant ou depuis le testament; ce qui réduit les pères à l'impuissance de faire des dispositions de cette nature en faveur de leurs frères et de leurs neveux, quoiqu'ils puissent leur donner purement et simplement.

Il est également difficile d'assigner la raison de cette différence. Au reste, il ne faut pas appliquer à tous les testamens la disposition de l'art. 1049; autrement il en résulterait que les pères de famille, qui ont des enfans, ne peuvent tester.

798. La charge de rendre s'éteint, comme nous l'avons déjà dit, (1) si les appelés décèdent avant l'époque marquée pour la restitution, ou lorsqu'ils se trouvent, à cette époque, incapables de recueillir les biens, comme lorsqu'ils ont perdu la vie civile au moment (2) de l'ouverture de la substitution.

799. La charge de rendre s'éteint encore par la perte des choses comprises dans la disposition, lorsque cette perte est arrivée sans le fait et sans la faute du grevé. (3).

(1) V. Pothier, p. 445 et 477; l'art. 20, tit. 1 de l'ordonnance des substitutions.

(2) *Au moment*; car s'ils recouvrent les droits civils avant l'époque de la restitution, l'incapacité du tems intermédiaire ne leur nuit point.

(3) Pothier, p. 489.

800. Elle s'éteint par la défaillance des conditions qui y sont apposées : par exemple, je donne à Paul, mon fils, à la condition de rendre à ses enfans, si tel navire arrive à bon port dans l'année de mon décès.

Le navire n'étant point arrivé, la charge de rendre s'évanouit et s'éteint.

801. Enfin elle s'éteint par la renonciation des appelés. Il paraîtrait d'abord qu'ils ne peuvent renoncer à un droit qui n'existe pas encore; mais quoique les appelés n'aient pas un droit formé, un droit exigible avant l'ouverture de la restitution, ils ont néanmoins, comme nous l'avons vu, un droit éventuel ou une espérance qui ne peut leur être enlevée sans leur consentement; et ce droit éventuel ou cette espérance, ils peuvent y renoncer : ils peuvent convenir avec le grevé qu'au cas que la restitution s'ouvre par la suite à leur profit, ils ne la recueilleront pas. Cette convention n'a rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, pourvu toutefois qu'elle ne soit pas faite du vivant du testateur, dans le cas où la disposition serait faite par testament; car alors la convention aurait pour objet une succession future ou les biens d'un homme vivant.

L'ordonnance des substitutions (tit. 1, art. 28) permettait aux appelés de renoncer à une substitution avant que le droit leur en fût échu ; mais elle exigeait que la renonciation, pour être valable, fût faite par un acte notarié passé avec le grevé, et qu'il en restât minute, à peine de nullité.

Cette disposition doit être observée sous l'empire du Code ; car une pareille renonciation est une véritable donation entre vifs, sujette aux formalités particulières à ces sortes d'actes, et par conséquent à l'acceptation expresse.

Ainsi la renonciation tacite ne serait pas valable ; telle serait celle que l'on voudrait induire de la présence des appelés à la vente des biens grevés. (1) Il faudrait de leur part un consentement formel expressément accepté par le grevé, et donné avec toutes les formalités requises pour les donations entre vifs.

802. On observe que (2) le consentement des appelés à la vente des biens grevés ne leur ôterait pas le droit d'en répéter le prix lors de l'ouverture de la restitution.

Mais la décision pourrait dépendre de la manière dont l'acte serait conçu ; et, dans aucun

(1) V. Pothier, p. 480 et p. 483.

(2) Pag. 481.

cas, la répétition ne pourrait avoir lieu que vers le grevé, et non contre son épouse ou ses créanciers, à moins que le prix de la vente n'eût été recolloqué avec privilège sur des immeubles.

CHAPITRE VII.

Des partages faits par les pères et mères, ou autres ascendans entre leurs descendans, (1) et si le donataire entre vifs est assujetti aux dettes du donateur.

SOMMAIRE.

803. *Les partages sont des actes de justice susceptibles d'être rescindés pour lésion.*

804. *Le défendeur peut arrêter l'action en offrant un supplément.*

805. *L'acte n'est pas nul, si tous les biens ne sont pas compris dans le partage.*

806. *Si les biens ne peuvent être divisés, le père de famille peut mettre des immeubles dans une lotie, et des meubles dans l'autre.*

807. *Les enfans doivent se garantir leurs loties.*

808. *Pourquoi cette matière est placée au titre des donations.*

(1) Sur cette matière, v. Lebrun, des successions, Liv. 4, ch. 1, n. 8 et suiv., p. 600; Auroux sur Bourbonnais, art. 216; Duparc-Poullain, sur l'art. 560 de la coutume de Bretagne, *ibi laudatos*; Grenier, t. 1, p. 655, et Chabot, traité des successions, dont la seconde édition est sous presse.

809. *Dans quelles formes les partages doivent être faits.*
810. *Ils peuvent contenir une libéralité.*
811. *Celui qui attaque les partages avance les frais.*
812. *La rescision du partage n'entraîne pas la nullité du don par préciput.*
813. *Nullité du partage s'il n'est pas fait entre tous les enfans.*
814. Quid *si l'un des enfans meurt après le partage, mais avant le disposant?*
815. *Si les pères et mères peuvent faire confusément le partage de leurs biens par le même acte.*
816. *Les biens partagés sont-ils assujettis aux dettes des ascendans?*
817. *Si les dons entre vifs, universels ou à titre universel, sont obligés aux dettes du donateur.*
818. *Résumé des principes sur cette obligation.*

803. Le Code permet au père et à la mère de famille d'avantager un ou plusieurs de leurs enfans ou descendans de toute la portion disponible de leurs biens. C'est un pouvoir que la loi leur confie pour encourager les vertus et prévenir les vices dans les familles, par la perspective d'une récompense à mériter, ou d'une punition à encourir.

Ils peuvent même assurer à leurs petits enfans la jouissance de leur bienfait en grevant de restitution les biens donnés ; et quoique ces dispositions, soit pures et simples, soit à

charge de rendre, ne dussent être dans l'esprit de la loi que des actes de justice distributive, et non l'effet d'une prédilection désordonnée, ce n'en seraient pas moins des actes de libéralité; et personne n'a le droit de demander compte aux pères ou mères de famille des motifs de leurs préférences.

Le Code leur permet de plus de faire des actes de justice commutative, en faisant entre leurs enfans et descendans le partage et la distribution de leurs biens. (art. 1075.) C'est un acte de magistrature domestique dans lequel ils doivent observer l'égalité requise pour tous les partages. Ainsi, le partage fait par l'ascendant peut être attaqué pour cause de lésion de plus d'un quart, 1079, de la même manière que les partages faits entre cohéritiers conventionnellement ou en justice.

804. Il paraît, par identité de raison, que le défendeur en rescision contre un partage fait par les ascendans, peut arrêter le cours de la demande et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en nature, soit en numéraire, conformément à l'art. 891.

805. Si tous les biens que l'ascendant laisse au jour de son décès n'ont pas été compris

dans le partage qu'il a fait entre ses enfans, cet acte n'est pas nul, mais les biens qui n'y sont pas compris sont partagés conformément à la loi, art. 1077; comme dans les autres partages, l'omission d'un effet de la succession ne donne pas ouverture à l'action en rescision, mais seulement un supplément de partage. Art. 887.

806. Si les biens n'étaient pas susceptibles d'être commodément divisés, le père de famille, en faisant le partage entre ses enfans, pourrait donner aux uns un corps de ferme ou une maison, et de l'argent et des meubles aux autres. C'est l'avis de M. Malleville; et cette opinion est conforme à l'esprit du Code, qui, en permettant aux père et mère de faire la distribution et le partage de leurs biens entre leurs enfans, n'a point établi de règles particulières pour ce partage. Or, ce n'est que lorsqu'il est possible de le faire commodément, que l'on est obligé de faire entrer dans chaque lot la même quantité de meubles et d'immeubles. Art. 832-827. (1)

[1] Le père de famille qui n'aurait qu'une maison non susceptible d'être partagée commodément, pourrait-il la donner à l'un de ses enfans, en le chargeant d'une soulte de partage en numéraire?

Pourquoi non, si l'enfant qui la reçoit y consent? Mais s'il n'y consent pas, peut-il, quoiqu'il n'ait point d'argent, être forcé de la conserver; ne peut-il pas l'abandonner pour être vendue ou licitée? S'il a cette faculté, pourquoi les autres seraient-ils privés de

807. Au reste, il n'est pas douteux que, dans les partages faits par les père et mère, les enfans doivent se garantir mutuellement leurs loties comme dans les partages ordinaires.

808. Il résulte de ce que nous venons de dire, que les partages faits par les ascendans entre leurs descendans ne sont pas ordinairement des actes de libéralités; d'où il semblerait d'abord que cette matière aurait dû être traitée au titre des successions.

Mais comme ces partages ne peuvent être faits que suivant les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs ou testamentaires, et que, dans le cas où ils sont faits par donations entre vifs, l'ascendant se dépouille irrévocablement de la propriété de ses biens pour la transférer à tous ses enfans, il a paru plus convenable de placer cette matière dans le titre des donations et testamens.

809. Si le partage est fait par un acte entre vifs, il doit être revêtu de toutes les formalités requises pour la validité des donations entre vifs; il doit être passé devant notaires; il doit en rester minute, et l'acceptation

la faculté de provoquer une licitation dont l'événement seul peut faire connaître la valeur de la maison, et s'il y a lésion dans le partage du père de famille? V. Grenier, t. 1, p. 668 et suiv., n. 399.

expresse de tous les enfans ou descendans est requise sous peine de nullité.

Si les partages sont faits par testament, ils doivent être revêtus des formalités prescrites pour les testamens, soit olographes, soit mystiques, soit par acte public.

810. L'acte peut contenir en même tems une libéralité, ou un don fait par préciput à l'un des enfans, art. 1079; mais alors le partage pourrait être attaqué pour une lésion au-dessous du quart, s'il résultait de ces dispositions, combinées avec la donation, que le donataire se trouve avoir un avantage plus grand que la loi ne le permet, 1079.

Un père de famille ayant trois enfans et 24,000 fr. pour toute fortune, donne à l'un de ses enfans 6000 fr. par préciput; ce don n'est point excessif: reste 18,000 fr. à partager; ce qui fait 6000 fr. pour chacun des enfans. Il résulte du partage fait par le père que la lotie de l'enfant donataire est de 7000 fr., et celles des deux autres enfans chacune de 5500 fr.; ils n'éprouvent que la lésion d'un douzième, et cependant ils pourraient attaquer le partage, parce qu'il se trouve que le donataire a un avantage plus grand que la loi ne le permet.

811. Dans tous les cas, l'enfant qui attaque pour cause de lésion le partage fait par l'ascendant, doit faire l'avance des frais de l'estimation, sauf sa reprise en définitive, si sa réclamation est fondée, 1080.

812. Si le partage était rescindé pour cause de lésion, le don par préciput n'en subsisterait pas moins jusqu'à concurrence de la portion disponible. (1) Si le partage était annulé, non pour vice de forme, mais parce qu'il n'aurait pas été fait entre tous les enfans, le don subsisterait également.

Il est prudent d'insérer dans tous les actes de partage une clause portant que, dans le cas où quelques-unes des loties se trouveraient plus fortes que les autres, le disposant fait à celui auquel il l'a destinée le don de la plus value par préciput et hors part.

813. Le partage serait nul s'il n'était pas fait entre tous les enfans qui existeront à l'époque du décès, art. 1078. Ainsi la survenance d'enfant annulerait le partage fait avant la naissance.

814. Si l'un des enfans mourait après le partage fait, mais avant le décès du disposant, il faudrait distinguer si le partage a été fait

(1) Grenier, t. 1, p. 667, n. 400.

par un acte de donation entre vifs ou par testament.

Dans le premier cas, si l'enfant prédécédé ne laisse point de postérité, sa portion revient à l'ascendant donateur par droit de retour, art. 747.

Si le partage a été fait par testament, la portion de l'enfant prédécédé est recueillie par ses enfans qui le représentent; car il n'en est pas de ces partages comme d'un legs qui devient caduc par le prédécès du légataire. Si l'enfant prédécédé meurt sans postérité, la portion est caduque; et si le testateur n'en a pas autrement disposé avant la mort, les biens compris dans cette portion sont partagés conformément à la loi, sans qu'il soit nécessaire de refaire les autres lotie, 1077.

815. L'ordonnance de 1735, art. 77, en abrogeant l'usage des testamens mutuels, laissait aux pères et mères la faculté de partager conjointement leurs biens entre leurs enfans, par un seul et même testament. Cette sage disposition tendait à prévenir le morcellement des biens et à faciliter les partages. Il est à regretter qu'en proscrivant les testamens mutuels, art. 968, le Code n'ait pas admis une pareille exception en faveur des partages

faits par les ascendans ; mais il ne l'a point admise, et l'art. 1076 veut que ces partages soient faits avec les formalités prescrites pour les testamens. On ne peut donc suppléer une exception qui ne se trouve pas dans la loi ; mais rien n'empêche les ascendans de partager conjointement leurs biens entre leurs enfans par un acte de donation entre vifs.

816. Le Code garde le silence sur la question de savoir si les biens partagés entre les enfans sont assujettis aux dettes de l'ascendant : il ne peut y avoir de difficulté lorsque le partage est fait par testament. La seule différence qui existe entre ce cas et celui d'une succession *ab intestat*, est que dans l'un le partage est fait avant, et dans l'autre après l'ouverture de la succession.

Mais si le partage est fait par un acte entre vifs, ce n'est plus alors une succession à l'universalité des droits de l'ascendant donateur : car, suivant l'art. 1076, les partages par actes entre vifs ne peuvent avoir pour objet que *les biens présens*.

Il ne faut pas assimiler les partages faits entre les enfans par des actes entre vifs aux anciennes démissions ; genre de disposition que nos auteurs s'accordaient à considérer

comme une succession anticipée, (1) et qui est implicitement aboli par l'article 893 du Code et par la loi du 30 ventôse an 12, art. 7.

Il ne faut pas non plus assimiler ces partages aux dispositions dont parlent les articles 1082 et 1084, c'est-à-dire, aux donations faites par contrat de mariage de tout ou de partie des biens que le donateur laissera à son décès au profit des époux et de leurs enfans, ou cumulativement des biens présens et à venir. Ces dispositions qu'on appelait autrefois institutions contractuelles, et qui sont expliquées dans le chapitre suivant, sont de véritables successions anomales qui soumettent le donataire au paiement des dettes du donateur, par leur nature et par la disposition de la loi.

817. Au contraire, on ne trouve dans le Code aucune disposition qui assujettisse aux dettes de l'ascendant donateur les enfans donataires en faveur desquels il se dépouille de ses biens, en les partageant entre eux par un acte de donation entre vifs. Il faut donc examiner la question de savoir, en général, si le donataire entre vifs est assujetti à payer tout ou partie des dettes du donateur; ce qui ne peut

[1] V. Duparc-Poullain, principes du droit, t. 4, p. 256.

s'entendre que des dettes existantes à l'époque de la donation.

Le donataire peut y être assujetti par une clause spéciale, comme une charge ou une condition de la donation, 945-1086.

Mais si cette condition n'est point exprimée dans l'acte, doit-elle y être sous-entendue, comme une condition tacite et légale de la convention? Ou, en d'autres termes, les donataires entre vifs sont-ils assujettis par la loi à payer les dettes du donateur, ou à contribuer à les payer en proportion de la valeur des biens donnés?

Il est d'abord certain, et l'on a toujours tenu pour maxime que le donataire de biens particuliers désignés dans le contrat n'est point assujetti à payer les dettes du donateur, quand même ces biens comprendraient toute la fortune du donateur. (1) On n'excepte même pas les dettes hypothécaires; (2) et si le donataire

(1) Grenier, des donations, t. 1, p. 209, n. 91.

(2) Pothier, introduction au titre 15 de la coutume d'Orléans, n. 65. On tenait autrefois pour maxime que les rentes foncières dues par l'héritage étaient dues par le légataire, sans qu'il fût nécessaire de l'exprimer. La coutume de Normandie, art. 442, en avait une disposition formelle; et cette disposition était fondée en raison, car les rentes foncières étaient alors un droit réel, une délibation de l'héritage. Aujourd'hui qu'elles ont changé de nature, et qu'elles sont remboursables et purement mobilières, comme les rentes constituées à prix d'argent, elles n'affectent plus l'héritage

était obligé de les payer pour éviter le délaissement et les poursuites du créancier, il aurait un recours contre le donateur.

Mais si la donation entre vifs, au lieu de contenir des objets spécifiés ou énoncés séparément dans l'acte, était faite en termes universels, par exemple, de tous les biens présens, d'une quote part des biens du donateur, le donataire serait-il alors assujetti de plein droit aux dettes existantes au moment de la donation ? C'est, dit Ricard, (1) une grande et importante question, et peu entendue, dont la plupart des auteurs n'ont pas compris la difficulté.

La difficulté vient de ce que les principes paraissent se croiser, et conduire à des solutions contraires. Personne n'est obligé de payer les dettes d'autrui, si ce n'est en vertu de la loi ou de la convention. La loi oblige les héritiers testamentaires ou *ab intestat* de payer les dettes du défunt; ils représentent sa personne. Les légataires particuliers ne sont point assujettis à les payer, à moins que le testateur

qu'à titre d'hypothèque ou de privilège. Le donataire ou le légataire de l'héritage hypothéqué à la rente n'est plus tenu de plein droit au paiement de la rente, sans une stipulation expresse ou des circonstances assez fortes pour établir que telle a été la volonté du donateur, et que le donataire n'a pu raisonnablement l'ignorer.

(1) Des donations entre vifs, 3e part., n. 1522.

ne les en ait spécialement chargés. Le droit romain n'y assujettissait même pas les légataires d'une quotité de biens; ce qui parut injuste aux interprètes, par le motif que tous les biens du défunt étant affectés au paiement de ses dettes, s'il en a transmis une portion à titre universel, le don qu'il en a fait doit souffrir un retranchement proportionnel aux dettes, ou plutôt il n'y a dans le don que ce qui reste dans la quotité léguée, déduction faite des dettes au marc le franc sur tout le patrimoine du défunt. On appliqua donc à cette espèce la maxime *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. L. 39, §. 1, ff. de v. s.

Cet assujettissement du légataire à titre universel aux dettes du défunt, quelque juste qu'il soit, eut peine à s'introduire en France, et Dumoulin ne l'admettait pas. (1) Il fut enfin consacré par plusieurs arrêts rendus solemnellement; et leur disposition, qui avait fixé la jurisprudence, fut insérée dans la rédaction de la coutume de Paris, art. 334, et dans plusieurs autres coutumes réformées sur la fin du 16e siècle.

L'obligation de contribuer aux dettes du défunt ne fut pas bornée aux legs, elle fut

(1) V. Ricard, *ubi sup.*, n. 1510; Lalande sur Orléans, art 360, n. 44 et suiv.

étendue aux institutions contractuelles, inconnues aux jurisconsultes romains, reçues en France pour favoriser les mariages, et conservées dans les articles 1082 et 1084 du Code. Ce genre mixte participe de la nature des donations entre vifs, en ce que la disposition est irrévocable; et de la nature des donations à cause de mort, en ce qu'elle n'a son effet qu'à la mort du donateur, et qu'elle comprend les biens acquis depuis la donation. Ce sont de véritables successions anomales déférées par un contrat : il était juste de les soumettre au paiement des dettes; elles y furent soumises par plusieurs coutumes, et notamment par l'art. 334 de la coutume de Paris, qui veut que, si les héritiers sont donataires ou légataires universels, ils contribuent aux dettes en proportion de leur émolument.

Quant aux donations purement entre vifs, par lesquelles le donateur se dessaisit de la possession des choses données, sans charger le donateur de payer ses dettes, on ne voit aucune raison solide pour suppléer au silence du donateur, et pour soumettre les donataires à une action en contribution des dettes, soit de la part des créanciers du donateur, soit de la part du donateur.

A l'égard des premiers, leur débiteur reste

pour répondre à l'action personnelle qu'ils ont contre lui. Ainsi, nulle nécessité de transférer cette action d'une personne à une autre, comme dans le cas de mort du débiteur. Sur quel fondement les créanciers du donateur vivant pourraient-ils agir personnellement contre le donataire, soit de tous les biens, soit d'une quotité de biens de leur débiteur? Quel serait le principe de cette action? Elle ne peut naître que de la loi ou de la convention : ni l'une ni l'autre ne donnent aux créanciers une action personnelle contre le donataire de leur débiteur ; voudrait-on la faire naître de l'équité? Il peut arriver, sans doute, qu'une donation soit faite en fraude des créanciers; mais alors le Code, ainsi que l'ancienne loi, leur donne le droit d'attaquer les actes qui sont faits en fraude de leurs droits, 1167; il n'est même pas nécessaire que le donataire soit complice de la fraude, *conscius fraudis*; il suffit que la donation rende le débiteur insolvable (1) pour qu'elle soit annulée, quand même elle ne serait pas universelle ou à titre universel : mais si le ~~donataire~~ débiteur est solvable, il serait contre toute raison de donner à ses créanciers une action contre les donataires de leur débiteur.

[1] V. Pothier, des obligations, n. 153; Domat, L. 2, tit. 10, sect. 1, n. 2 et suiv.

A l'égard du donateur, qui pourrait l'autoriser à former une action contre ses donataires pour les obliger à contribuer à ses dettes ou à les payer en entier? Ce n'est pas la convention, puisqu'il n'a pas fait de cette contribution ou de ce paiement une charge de sa donation, comme il pouvait le faire. Ce n'est pas la loi; on ne trouve dans le Code aucune disposition qui ordonne au donataire entre vifs de contribuer aux dettes du donateur, lorsque ce dernier n'a pas fait de cette contribution une condition de sa libéralité. Le législateur ne pouvait suppléer à cette omission sans courir le risque de contrarier la volonté du donateur et même ses intérêts; car une action en contribution de ses dettes l'obligerait à faire faire un état estimatif non seulement des biens qu'il a donnés, mais encore de ceux qu'il conserve, de ses crédits, de son argent comptant, en un mot, de faire son bilan; ce qui retombe dans une absurdité palpable, suivant d'Argentré : (1) *Quo nihil absurdius dici potest.*

C'est donc fort sagement que le Code s'est borné à permettre au donateur de charger de ses dettes les donataires entre vifs, sans faire de cette charge une condition tacite ou légale

[1] Sur l'art. 219 de l'ancienne coutume, glos. 7, n. 16 in fine.

des donations entre vifs, appelées improprement universelles ou à titre universel. Les seuls donataires soumis de plein droit aux dettes du donateur, sont ceux dont la donation participe de la nature des donations à cause de mort, parce qu'elle n'a d'effet qu'après la mort du donateur, dont la donation est, comme le dit d'Argentré, ibid., *aut omnium bonorum aut quotæ sic facta, ut à morte donatoris vires capiat; quotæ post mortem percipiendæ.* Voyez aussi Feriere, sur l'art. 334 de la coutume de Paris, § 3, n. 6; Legrand sur Troies, art. 111, glos. 1, n. 15, et Ricard, (1) des donations entre vifs, part. 3, n. 1522.

[1] Cet auteur expose très-clairement les principes de la matière. Voici comme il s'exprime : « Je dis donc, en m'attachant à la raison....., que les donations entre vifs ne sont pas sujettes à contribuer aux dettes, et qu'il n'y a que celles *qui dégénèrent en donations à cause de mort* et testamentaires, qui y doivent contribuer. » La raison est que la donation pure entre vifs ne pouvant comprendre que les biens présens et non ceux à venir, il est impossible qu'il se rencontre un titre universel dans cette espèce de donation, l'universalité comprenant l'avenir aussi bien que le présent, et tout ce qui peut appartenir dans tous les tems à une personne; de sorte que, n'y ayant que le titre universel.... qui puisse obliger aux dettes, un semblable donataire n'en peut pas être tenu. Aussi y aurait-il absurdité à dire que, dans le cas d'une donation entre vifs qui renferme tout son effet dans le tems présent, le donateur peut avoir un successeur universel. Cette proposition implique contradiction, et ne peut être véritable. Cette transmission d'obligation personnelle, qui revit en vertu de la loi dans les personnes des successeurs universels, ne pouvant se faire

Ces principes sont incontestables, parce qu'ils sont fondés sur la raison. On oppose la maxime *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*, L. 39, §. 1, ff. de v. s., qu'il est tout aussi raisonnable d'appliquer aux donations entre vifs qu'aux donations à cause de mort. Nous ne sommes en effet propriétaires que de ce qui nous reste après nos dettes payées. Il faut déduire de nos biens tout ce qui en appartient à autrui, *æs alienum*. Les obligations que nous avons contractées rendent le créancier propriétaire des choses promises, 1138-711. Il est donc raisonnable de penser que celui qui, au lieu de donner des biens déterminés, désignés dans le contrat, donne d'une manière indéterminée tous ses biens, le quart ou le tiers de ses biens, n'a entendu donner que ce qui lui reste, ou une quotité de ce qui lui reste, déduction faite de ce qui ne lui appartient pas. Cette présomption est conforme à la raison et à la justice. J'ai une fortune de 100,000 fr., mais j'en dois 50,000. Je vous donne la moitié de mes biens, si je n'avais pas le droit d'en déduire la somme de 50,000 fr. qui appartient

que par la mort de celui qui est le premier obligé, l'action personnelle étant attachée à sa chair et à ses os; de sorte que la coutume de Paris ayant parlé du donataire universel, elle doit s'entendre de nos donations irrégulières, que la faveur des mariages a fait introduire parmi nous, etc.

à mes créanciers ; il est évident qu'au lieu de la moitié de mes biens que je vous ai donnée, vous en auriez la totalité. Pourriez-vous sans injustice, sans la plus noire ingratitude contester cette déduction ? Le sens littéral du contrat se réunit donc à l'équité pour faire présumer que toute personne qui, au lieu de donner des biens déterminés, donne seulement une quotité de tous ses biens, entend déduire ses dettes, et ne donner qu'une quotité de ce qui lui reste après cette déduction.

Cette présomption raisonnable était érigée en loi par la coutume de Bourbonnais, art. 209, et par celle de Normandie, art. 431. Si ces coutumes sont abrogées, la raison et l'équité leur survivent. Si, sous l'empire du Code qui n'en a point parlé, cette présomption n'est pas légale, il en résulte qu'il est au pouvoir des juges de la rejetter ; mails ils peuvent aussi l'admettre, car elle est fondée sur l'interprétation des actes qui est essentiellement dans leurs attributions, et cette interprétation est fondée sur la raison et sur l'équité ; non sur une équité imaginaire, qui n'égare que trop souvent, mais sur une équité reconnue depuis des siècles par les oracles de la jurisprudence. Cujas, dont l'autorité est d'un si grand poids, dit positivement sur la loi

37 *de usu et usufructu per legatum datis : Deductio æris alieni etiam* IN DONATIONIBUS INTER VIVOS *locum habet.* La plupart des auteurs énoncent la même opinion ; et Ricard, qui expose d'une manière si ferme (1) et si claire les raisons qui semblent soustraire le donataire entre vifs à l'obligation de payer les dettes, n'en finit pas moins par se déterminer à l'y soumettre, part. 3, n. 1523, par le motif que les biens donnés dans une disposition universelle sont diminués par les detttes auxquelles ils sont affectés, suivant la maxime *bona non intelliguntur*, etc. Il pense, par cette raison, qu'il regarde comme fondamentale en cette matière, que le donataire universel entre vifs de biens présens est tenu proportionnellement des dettes du donateur existantes à l'époque de la donation.

Néanmoins, comme cette obligation n'est point fondée sur la loi, mais sur la *présomption de la volonté du testateur*, il ajoute, n. 1524, que cette présomption cesse si le donateur, au lieu de déduire ses dettes, a fait une pleine et entière délivrance des choses données, surtout si le donateur a payé les dettes sans en rien demander au donataire.

(1) V. *sup.*, pag. 793, note 1.

718. Cette doctrine de Ricard est conforme à la raison; elle concilie des principes qui paraissaient d'abord opposés; elle est d'accord avec l'exacte équité. On peut la réduire à quelques maximes claires, qui contiennent le germe de solution de toutes les questions sur l'obligation du donataire entre vifs au paiement des dettes du donateur.

1° La règle générale est que le donataire entre vifs, quand même les biens compris dans la donation composeraient toute la fortune du donateur, n'est point tenu de payer les dettes de ce dernier, à moins que le contrat ne l'y soumette par une clause expresse; et cette clause n'a de force que pour les dettes qui ont une date certaine antérieure à la donation, ou qui sont exprimées soit dans l'acte, soit dans l'état qui doit y être annexé. La charge de payer les dettes postérieures annulerait la donation, 945.

Si le donateur imprévoyant tombe dans l'indigence, il ne lui reste que l'action en résolution de la donation, dans le cas où le donataire lui refuserait des alimens, 955.

2° Si l'acte porte que la donation comprend tous les biens présens ou une quotité de tous les biens présens du donateur, il est présumé

n'avoir voulu donner que ce qui lui appartenait, ou une quotité de ce qui lui appartenait réellement, déduction faite de ses dettes, suivant la maxime *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Il peut donc faire cette déduction en faisant la délivrance ou le partage des biens donnés.

3° Néanmoins cette déduction n'étant point établie sur la disposition de la loi, mais sur la volonté présumée du testateur, elle cesse s'il a manifesté une volonté contraire, soit expressément, soit tacitement; si, par exemple, il paie toutes ses dettes sans rien demander au donataire; si, au lieu d'en faire la déduction, il lui fait la délivrance pleine et entière des biens, ou s'il les partage avec lui, (1) parce que tous ces faits annoncent

[1] C'est l'opinion de Ricard que M. Grenier, t. 1, p. 209, n. 90, n'ose contredire, quoiqu'il ne regarde point cette opinion comme sûre. C'est cependant une conséquence directe du principe admis par M. Grenier, que l'obligation proportionnelle du donataire aux dettes du donateur, *est uniquement établie sur la présomption que le donateur* n'a entendu donner que sous la déduction de ses dettes. Aussi M. Grenier enseigne que cette présomption cesse quand le donateur manifeste une volonté contraire. Il en donne pour exemple le cas où le donateur n'aurait chargé la donation que d'une faible partie de ses dettes, dans le cas d'un don de tous les biens, ou d'une partie beaucoup au-dessous de celle que devrait payer le donataire, dans le cas d'un don de quotité. Le donataire ne serait alors obligé de rien payer au-dessus de ce qui serait exprimé dans l'acte, parce que la présomption que le dona-

qu'en donnant, son intention n'était pas de faire la déduction, comme pouvait le faire présumer la donation conçue en forme universelle ou de quotité.

4° Si la donation, au lieu d'être d'une quotité de tous les biens, *per modum quotæ*, ne comprenait qu'une espèce de biens, tous *les immeubles*, par exemple, la moitié *des immeubles*, on ne pourrait avec justesse appliquer à ces cas la présomption fondée sur la maxime, *bona non intelliguntur*, etc.; parce que ces expressions *tous mes immeubles*, *la moitié de tous mes immeubles*, ne supposent plus par elles-mêmes la volonté de déduire les dettes, comme le suppose l'expression de tous *mes biens*, la moitié *des biens*. En effet, en s'attachant à la force et à la propriété des termes, (1) *tous mes biens*, la moitié de *mes biens*, signifient tout ou la moitié de ce qui est à moi, de tout ce qui m'appartient, et ce que je dois ne m'appartient pas. On ne pourrait

teur n'a voulu donner que sous la déduction de toutes ses dettes, ou d'une partie proportionnelle de ses dettes, cesse par la circonstance qu'il n'a chargé le donataire que d'une moindre partie.

[1] Comme l'ont fort bien observé les interprètes du droit romain, en expliquant la maxime *bona non intelliguntur*, etc. V. Cujas, sur la loi 37, ff. *de usu et usuf. per legatum datis*; Alberic-Gentilis, sur la loi 39, §. 1, ff. de v. s., et les vocabulaires de droit, v° *bona*.

pas dire sans impropriété, *immobilia non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* Aussi Menochius, Lib. 4, præsumpt. 143, n. 6, enseigne, d'après Bartole et autres interprètes et docteurs, que le legs des meubles, des immeubles ou d'une quote part d'iceux, n'emporte point la déduction des dettes, comme le legs des biens, *bonorum*, ou d'une partie des biens.

Il est vrai que le Code considère comme fait à titre universel le legs de tous les immeubles, de tout le mobilier, ou d'une quotité fixe des immeubles ou du mobilier; et à la différence du droit romain, il assujettit le légataire non seulement à la déduction proportionnelle des dettes, mais à une action personnelle de la part des créanciers, 1012.

Mais ces dispositions sont particulières aux legs et aux donations à cause de mort; le Code ne les a point étendues aux donations entre vifs. Or, « l'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue; les objets d'un ordre différent ne peuvent être décidés par les mêmes lois. » On ne doit raisonner d'un cas à un autre que lorsqu'il y a même motif de décider. » Liv. prélim. du projet de Code, tit. 5, n. 4 et 8.

Il y a une disparité frappante entre le cas

des donations testamentaires ou à cause de mort, et celui des donations entre vifs. Le Code assujettit les premières au paiement des dettes, lorsqu'elles sont *à titre universel.* Il fallait expliquer ce qu'il entend par cette expression.

Il n'assujettit point les donations entre vifs aux dettes du donateur, pas même celles qui sont faites *per modum* (1) *universitatis vel*

(1) Nous disons *per modum*, en forme d'universalité; car on ne peut appeler ces donations ni universelles ni à titre universel. Cependant M. Grenier, t. 1, p. 207, n. 87, pense qu'il faut appliquer aux donations entre vifs les règles établies par les articles 1003 et 1010, pour connaître si un legs est universel ou à titre universel; et il veut qu'une donation entre vifs soit également universelle ou à titre universel, dans le cas où le legs l'aurait été; ce qui est d'autant plus étonnant, que cet auteur, p. 214 in fin., adopte les principes de Ricard, qui, dit-il, « établit avec fondement une forte nuance entre les donataires universels et les héritiers. Ceux-ci sont des successeurs universels; ce qu'on ne peut proprement dire du donataire universel, parce qu'on ne conçoit pas qu'un donateur puisse, *de son vivant*, se donner un successeur universel. *Cet état de chose ne peut exister que respectivement à un défunt, et cette qualité ne se détermine qu'à la mort.* Celui qui devient propriétaire en vertu d'un contrat, et du vivant de celui qui dispose ou qui aliène, *ne peut jamais avoir cette qualité.* Il n'est, dans tous les cas, et quelque étendue qu'ait son titre, qu'un successeur *à titre singulier*, ainsi que Furgole le confirme, quest. 8, n. 53. »

Ce qui a induit M. Grenier en erreur, c'est que la coutume de Bourbonnais, art. 209, appelait *universelle* la donation de tous les biens présens. Mais c'était une acception de ce mot, particulière à cette coutume, qui assujettissait de plein droit ces donations au paiement des dettes du donateur, comme les légataires universels

quotæ ; il permet seulement de les y assujettir par une clause expresse, à défaut de laquelle il ne défend pas de rechercher dans les termes de la donation, et dans la manière dont elle elle conçue, si l'intention du donateur n'a pas été de déduire ses dettes. La question se réduit donc au point de savoir quelles sont les expressions qui font présumer cette volonté. Or, cette présomption naît de la force et de la propriété des expressions, quand je donne tous mes *biens* ou la moitié de mes *biens ;* je ne puis être censé donner au-delà de ce qui m'appartient réellement. Au contraire, si je donne mes *immeubles* ou la moitié de mes *immeubles*, il ne résulte pas de ces expressions que j'aie voulu faire de mes dettes une déduction proportionnelle à la valeur de tous mes autres biens, et me mettre par-là dans le fâcheux embarras de présenter au donataire un état estimatif de mon mobilier, de mes crédits et actions, en un mot, de faire mon bilan.

4° Quant aux créanciers du donateur, ils ont une action personnelle contre le donataire, lorsqu'il est chargé des dettes par une clause

sont assujettis à celles du testateur. L'art. 1003 du Code appelle universelle la disposition de l'universalité des biens que le donateur laissera *à son décès* : cette disposition ne peut donc s'appliquer aux donations entre vifs.

de l'acte de donation, parce que l'art. 1121 permet de stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre.

Mais si le donateur n'a point fait du paiement de ses dettes une condition ou une charge de la donation, ses créanciers ne peuvent avoir d'autre action contre le donataire entre vifs, soit de corps certains, soit de tous les biens présens, soit d'une quotité des biens, que la demande en résolution, lorsque le don est fait en fraude de leurs droits. Ils ne peuvent avoir d'action personnelle contre le donataire, puisque ni la loi ni la convention ne la leur accordent : leur action personnelle continue de résider sur la personne de leur débiteur. Ils ne peuvent même pas, après la délivrance faite par le donateur, exercer la déduction des dettes sur les biens donnés *per modum quotæ*, quoique l'art. 1166 leur accorde la faculté d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, parce que celui-ci n'a plus d'action lui-même contre le donataire, s'il n'a pas fait la déduction des dettes avant la délivrance des biens donnés, comme nous l'avons dit ci-dessus. *Quia igitur sive bona, sive res, sive bonorum rerum-ve pars donata sit, ante omnia deducitur æs alienum, et res ære aliено*

solutæ donatario præstantur, consequens est eum non respondere creditoribus donatoris, dit Cujas sur la loi 37, ff. *de usu et usufructu per legatum dat.* (1)

(1) M. Grenier, t. 1, p. 213, pense que les créanciers du donateur ont une action personnelle contre le donataire, même lorsqu'il n'est pas chargé des dettes par le contrat. On peut voir ses motifs. Il trouve cependant embarrassantes les raisons de Ricard, part. 3, n. 1522 et suiv., et *des annotateurs* d'Hevin, commentateur de la coutume de Bretagne, t. 1, p. 646. Hevin n'a point commenté la coutume de Bretagne, et le passage cité n'est pas autre chose qu'une traduction libre et abrégée de d'Argentré, traduction que Poullain-de-Belair, avocat au parlement de Rennes, célèbre par son mérite personnel, et plus encore par celui de ses enfans, avait faite pour leur instruction. L'un de ces enfans est Poullain-de-Sainte-Foi, historiographe de l'ordre du Saint-Esprit, auteur des Essais sur Paris, de l'Oracle, etc.; l'autre, Poullain-Duparc, professeur en droit français à Rennes, notre savant maître, qui fut pendant sa vie l'oracle de la Bretagne. Il a laissé plusieurs ouvrages très estimés, et classiques en Bretagne; entre autres, les principes du droit français, etc., 12 vol. in-12; le journal du parlement de Bretagne, 5 vol. in-4°; les coutumes générales de Bretagne et usemens locaux de la même province, 3 vol. in-4°; Rennes, 1745 et années suivantes. Il fit imprimer dans ce dernier ouvrage la traduction abrégée de d'Argentré, faite par son père.

CHAPITRE VIII.

Des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfans à naître du mariage.

La faveur des contrats de mariage les rend susceptibles de toutes conventions honnêtes. On y autorise des dispositions réprouvées dans tout autre contrat, et on dispense celles qui s'y trouvent contenues de plusieurs des règles établies pour les autres donations.

Pour bien comprendre les importantes dispositions de ce chapitre, il faut distinguer trois différentes espèces de donations dont il traite :

1° Les donations entre vifs de *biens présens* faites aux époux ou à l'un d'eux par contrat de mariage, 1081 ;

2° Les donations de tout ou de partie des biens que le donateur laissera à son décès, 1082 ;

3° les donations faites cumulativement des biens présens et des biens à venir du donateur, 1084.

§. Ier.

Des donations entre vifs de biens présens faites aux époux par contrat de mariage.

SOMMAIRE.

819. *Elles ne peuvent être faites directement aux enfans à naître.*

820. *Si elles étaient faites en faveur des époux et des enfans à naître, cette énonciation ne donnerait aucun droit à ces derniers.*

821. *Elles dessaisissent le donateur, et ne deviennent pas caduques par le prédécès du donataire.*

822. *Elles ne peuvent être annulées pour défaut d'acceptation,*

823. *Ni résolues pour cause d'ingratitude.*

824. *Elles sont caduques si le mariage ne s'ensuit pas.*

825. *Elles peuvent être faites sous une condition potestative, et à la charge d'acquitter les dettes de la succession du donateur.*

826. *Elles participent alors de la nature des donations à cause de mort, et deviennent caduques par le décès du donataire et de sa postérité.*

827. Quid *si le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un effet ?*

828. *Différence entre la réserve d'un effet et la faculté d'en disposer.*

829. *Des donations faites entre époux par autres actes qu'un contrat de mariage.*

819. Les donations de biens présens, quoique faites par contrat de mariage aux époux ou à l'un d'eux, sont soumises aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre, 1081.

Comme toute autre donation entre vifs, elles ne peuvent être faites directement au profit des enfans à naître, 1081, si ce n'est dans le cas d'un don à la charge de rendre, fait à l'époux ou à l'épouse par les père et mère, ou par les frère ou sœur du donataire.

Si le donateur, fût-il un ascendant, (1) donnait directement aux enfans à naître des futurs époux, la donation serait nulle comme faite à des incapables, suivant la règle générale, que pour être capable de recevoir entre vifs, il faut être né ou conçu au moment de la donation, 906.

820. Si la donation de biens présens, même par contrat de mariage, était faite conjointement aux époux ou à l'un d'eux, *et aux enfans à naître de leur mariage*, cette énonciation ne vicierait pas la donation, mais elle ne conférerait aucun droit aux enfans après leur naissance, et l'époux donataire n'en

(1) Grenier, t. 2, p. 5, n. 409.

resterait pas moins libre, après comme avant la naissance des enfans, de disposer des biens donnés. Cette énonciation, *et aux enfans à naître*, est même sous-entendue dans l'acte comme dans tous les contrats, où l'on est toujours censé stipuler pour soi et pour ses héritiers

821. La donation de biens présens, faite aux époux par contrat de mariage, dessaisit donc le donateur comme toute autre donation entre vifs, et transfère au donataire la propriété des biens donnés. S'il mourait avant le donateur, il transmettrait son droit de propriété à ses héritiers directs ou collatéraux, ou à ses légataires; les biens dont il n'aurait pas disposé ne retourneraient pas au donateur, à moins que le droit de retour ne fût stipulé dans l'acte de donation. (1)

822. En un mot, les donations de biens présens, faites aux époux par contrat de mariage, sont assujetties à toutes les règles générales des donations entre vifs, à l'exception de celles dont elles sont dispensées par une disposition expresse du Code. Voici les règles qui leur sont particulières :

Elles ne peuvent être annulées pour défaut d'acceptation, 1087,

(1) Grenier, t. 2, p. 3, n. 405.

823. Ni résolues pour cause d'ingratitude, 959.

824. Elles sont supposées faites sous la condition du mariage, et elles deviennent caduques s'il ne s'ensuit pas, 1088.

825. Elles peuvent être faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, 947. Il peut se réserver la liberté de disposer, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, (1) d'un effet ou d'une somme, ou même de la totalité (2) des objets compris dans la donation; et s'il meurt sans en avoir disposé, ces objets sont censés compris dans la donation.

Le donateur peut aussi ne donner que sous la condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de sa succession; et le donataire est tenu d'accomplir cette condition, si mieux n'aime renoncer à la donation.

826. Mais dans tous ces cas la donation, quoique qualifiée entre vifs et non révocable, participe de la nature des donations à cause de mort, en ce que le donateur peut la rendre sans effet : ainsi le Code veut qu'elle devienne caduque, si le donateur survit à l'époux

(1) L'art. 1086 ne distingue point entre ces aliénations.

(2) V. le nouveau Dénisart, t. 7, p. 82, n. 3.

donataire et à sa postérité. Art. 1089; *juncto*, art. 1086.

827. Si le donateur s'était réservé la faculté de disposer d'un seul effet ou d'une somme, le surplus de la donation ne serait pas sujet à la caducité, mais seulement la clause de réserve qui donne à l'effet réservé le caractère de donation purement éventuelle. (1) Par exemple, je donne à Titius, en faveur de son futur mariage avec Titia, la métairie des Vignes, me réservant néanmoins la faculté de disposer du champ B qui en dépend. Si Titius mourait avant moi, la donation du champ B serait caduque, celle du surplus de la métairie ne le serait pas, et passerait aux héritiers de Titius.

828. Il faut prendre garde à la manière dont la réserve est faite; car si, au lieu de se réserver la faculté de disposer d'un effet compris dans la donation, le donateur se réservait un effet; par exemple, je donne la métairie des Vignes, me réservant le champ B qui en dépend, ce champ ne paraîtrait pas compris dans la donation.

829. Enfin il faut remarquer que la donation faite en faveur des futurs époux, par

(1) Grenier, t. 2, p. 63, n. 439.

un autre acte que le contrat de mariage, ne participe point aux privilèges de celles qui sont faites par ce contrat, et ne peuvent être faites sous des conditions potestatives, ni à la charge de payer les dettes de la succession du donateur, à moins qu'il ne soit exprimé dans l'acte qu'elles sont faites en faveur du futur mariage : car alors elle serait censée en avoir été une condition, et deviendrait caduque, s'il ne s'ensuivait pas. V. ci-après n. 830.

§. II.

Des donations de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès.

SOMMAIRE.

830. *Cette donation doit faire partie des conventions matrimoniales, sans qu'il soit rigoureusement nécessaire de l'insérer dans le contrat.*

831. *Elle est censée faite aux enfans à naître, si l'époux donateur prédécède.*

832. *Elle est soumise à la condition de survie du donateur et de sa postérité.*

833. *Elle n'empêche point le donateur d'aliéner à titre onéreux sans fraude ;*

834. *Mais il ne peut aliéner à titre gratuit, si ce n'est une partie réservée ou à titre de récompense.*

835. *Les donations déguisées pourraient être annulées après la mort du donateur.*

836. *La donation des biens que laissera le donateur ne confère qu'une espérance d'y succéder.*

837. *Caractère mixte de cette donation.*

838. *Avant le décès du donateur, le donataire n'a point de droit transmissible.*

839. *Mais s'il survit, il est propriétaire absolu, sans être obligé de rendre les biens à ses enfans.*

840. *Si le donateur survit, les enfans du donataire sont appelés* jure suo, *et non par transmission du droit de leur père.*

841. *En ce cas, la donation n'est recueillie que par les enfans du mariage en faveur duquel elle a été faite, et non par ceux d'un autre lit, sauf le droit de ces derniers à la réserve.*

842. *Les enfans d'un autre mariage n'empêchent point la caducité.*

843. *Comment les descendans du donataire succèdent aux biens donnés lorsqu'il prédécède.*

844. *Il y a lieu au droit d'accroissement entre époux à qui la donation est faite conjointement.*

845. *Il n'est pas nécessaire de faire transcrire ces donations.*

846. *Elles sont révoquées par la survenance d'enfant.*

---

830. La seconde espèce de donation que le Code permet de faire par contrat de mariage, est celle de tout ou de partie des biens que

le donateur *laissera à son décès ;* ce qui comprend non seulement les biens présens, mais encore les biens à venir qu'on ne peut donner par donation entre vifs, suivant l'art. 943. C'est ce qu'on appelait autrefois institution contractuelle. (1)

Cette donation, comme la précédente, peut être faite par toute personne capable de disposer, soit par les ascendans ou par les parens collatéraux des époux, soit même par des étrangers : elle doit faire partie des conventions matrimoniales. L'art. 1082 porte : « Les pères et mères, les autres ascendans, les parens collatéraux des époux et même les étrangers, pourront, *par contrat de mariage*, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfans à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. »

Mais il n'en faut pas conclure qu'il est rigoureusement nécessaire que cette espèce de donation soit faite par un contrat de mariage, et qu'elle soit nulle si elle est faite par un acte

(1) Sur quoi voyez Boucheul, traité des conventions de succéder, ch. 1, 29, 30, 31 ; de Laurière, traité des institutions contractuelles ; Lebrun, des successions, Liv. 3, ch. 2 ; Auroux-des-Pommiers sur Bourbonnais, art. 219, 220 et suiv. ; et Merlin, nouv. répert., v° *institution contractuelle*.

authentique, soit avant, soit après le contrat de mariage, ou même s'il n'y a point de contrat de mariage, pourvu que cette donation fût antérieure à la célébration du mariage, et que l'on vît clairement qu'elle est faite en faveur du mariage. Telle est l'opinion de M. Merlin, adoptée par M. Grenier, traité des donations, t. 2, p. 45. Ce qui est conforme à la raison; car, dès qu'elle est antérieure au mariage, elle est censée en avoir été une condition.

831. Elle ne peut être faite au profit d'étrangers qui ne participent point à la faveur du mariage; (1) elle n'est autorisée qu'au profit des époux et des enfans à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire; il n'est même pas nécessaire de l'exprimer. Une pareille donation, quoique faite au profit seulement

(1) Dans l'ancienne jurisprudence, on avait inventé le moyen de faire l'équivalent d'une institution contractuelle au profit d'autres personnes que les époux, en instituant l'un des époux à la charge d'associer ses frères et sœurs pour une certaine quotité de l'institution. C'est aujourd'hui une grande question de savoir si cette association est permise sous l'empire du Code, qui prohibe les substitutions. M. Merlin, nouv. rép., v° *institution contractuelle*, §. 5, n. 8, soutient que cette association n'est pas comprise sous la prohibition du Code; M. Grenier, traité des donations, t. 2, p. 30 et suiv., n. 423, soutient l'opinion contraire: on peut voir leurs raisons et les peser.

des époux ou de l'un d'eux, est toujours, dans le cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfans et descendans à naître du mariage, 1082.

832. Le caractère particulier de cette espèce de donation est de ne s'étendre qu'aux biens que le donateur *laissera à son décès.* Ainsi elle est, par sa nature, soumise à la condition de survie (1019) du donataire et de sa postérité; elle comprend tous les biens qu'il pourra acquérir depuis la donation jusqu'à sa mort.

833. Quant aux biens présens, ils sont compris dans la donation; mais la précaution que prend le donateur de n'en point parler, annonce clairement qu'il s'en réserve la disposition pendant sa vie. Il peut donc en disposer à titre onéreux, les vendre, les hypothéquer, les affecter au paiement de ses dettes chirographaires; car ne donnant que ce qu'il laissera à son décès, on doit nécessairement déduire les dettes sur les biens, suivant la maxime : *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.* L. 39, §. 1, ff. de v. s.

834. Mais en assurant au donataire les biens qu'il laissera à son décès, le donateur renonce à la faculté d'en disposer à titre gratuit. (1083.)

C'est ainsi que la loi interprète sa volonté. Il ne peut donc plus donner entre vifs ni par testament : c'est le seul cas où il soit permis de renoncer à la faculté de tester.

Cependant le donateur peut se réserver le droit de disposer à titre gratuit d'un effet, d'une somme ou d'une partie des biens ; c'est une condition qu'il met au don de l'autre partie, et dont le donataire ne peut se plaindre. (1) Si le donateur n'use point de ce droit, la somme ou l'effet réservé appartiendra au donataire.

Quand le donateur n'aurait fait aucune réserve, l'art. 1083 supplée à cette omission pour les sommes seulement dont il voudrait disposer à titre de récompense ou *autrement*; (2) expression qui paraît comprendre les legs qu'on appelait autrefois pour causes pies, tels que les sommes données pour les pauvres, pour les hospices, pour le culte, etc. : mais le Code exige que ces sommes soient modiques, ce qui dépend de la fortune du donateur, et de la prudence des juges en cas de contestation.

835. Celui qui a donné les biens qu'il laissera à son décès ne pouvant plus disposer à titre

(1) Grenier, t. 2, p. 15, et les auteurs qu'il cite.

(2) Grenier, t. 2, p. 14, n. 413.

gratuit, mais seulement à titre onéreux, il en résulte que les donations qu'il déguiserait sous la forme d'un contrat onéreux pourraient être annulées après sa mort, s'il ne restait pas des biens suffisans pour former la quotité donnée par contrat de mariage, en comprenant dans la masse les biens frauduleusement donnés depuis; car le donateur ne peut indirectement révoquer une donation que l'art. 1082 déclare irrévocable, dans ce sens seulement qu'il ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation.

836. Cette disposition n'assure donc au donataire aucun droit actuel, mais seulement l'espérance de succéder aux biens que laissera le donateur : c'est le don de sa succession en tout ou en partie. C'est pour cela que les dispositions de cette nature étaient appelées autrefois institutions contractuelles. Cependant l'espérance du donataire a un degré de plus que celle des parens appelés par la loi à la succession : car l'expectative des habiles à succéder peut leur être enlevée non seulement par des dispositions à titre onéreux, mais encore par des dispositions à titre gratuit, soit entre vifs, soit testamentaires, toutefois jusqu'à concurrence de la portion disponible; au lieu que le donataire par contrat de mariage

ne peut perdre l'espérance de succéder aux biens que laissera le donateur à son décès, que par des dispositions à titre onéreux et de bonne foi, et non par des dispositions à titre gratuit.

837. En un mot, cette donation ne dessaisit point le donateur comme la donation entre vifs ; elle n'est point résoluble comme la donation testamentaire, mais elle est comme cette dernière soumise à la condition de survie, et peut être rendue sans effet par les aliénations que le donateur est libre de faire, ou par les dettes qu'il peut contracter. Le donateur se préfère donc au donataire, puisqu'il ne se dépouille point; il le préfère seulement à ses héritiers, ce qui est le caractère propre de la donation à cause de mort.

Mais aussi le donateur ne peut révoquer ce don comme les autres donations à cause de mort: or, cette irrévocabilité est un des caractères principaux de la donation entre vifs. Ainsi cette donation forme un genre mixte, qui participe de la donation à cause de mort et de la donation entre vifs. (1)

838. Comme dans les donations à cause de mort, toujours soumises à la condition de survie,

[1] V. Boucheul, des conventions de succéder, ch. 1, n. 14 et 15, p. 8 et 9. V. le même auteur, ch. 29 et 30.

le donataire n'est saisi de la propriété qu'au décès du donateur. Avant ce tems il n'a point de droit formé ; il n'a qu'une espérance qui n'est pas transmissible à ses héritiers, parce qu'elle est soumise à la condition de sa survie : elle s'évanouit, et la donation devient caduque si le donateur lui survit, 1089.

N'ayant donc, pendant la vie du donateur, qu'une simple espérance de succéder aux biens compris dans la donation, il ne peut pas plus les hypothéquer ou autrement en disposer qu'un habile à succéder ne peut, pendant la vie de son parent, hypothéquer ou aliéner les biens de la succession future qu'il a l'espérance de recueillir un jour.

839. Mais si le donataire survit, il est saisi des biens compris dans la donation, qui passent après sa mort à tous ses héritiers indistinctement, directs ou collatéraux. Pendant sa vie, il peut en disposer comme bon lui semble, sans être obligé de les rendre à ses enfans, comme dans le cas d'une substitution permise par les art. 1048 et 1049.

840. Les enfans du donataire n'ont droit à ces biens que dans le cas où le donateur survit à leur père ; car alors ils sont appelés dans sa place à l'espérance de les recueillir,

quand même ils renonceraient à sa succession ; car ils ne sont point appelés en vertu d'une transmission de son droit devenu caduc par son prédécès, mais en vertu d'un droit qui leur est propre, *jure suo*; en vertu de la vocation du donateur, qui est censé les avoir appelés à défaut de leur père. (1)

En disposant par contrat de mariage de tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès, au profit de l'un des époux et des enfans à naître de leur mariage, le donateur est censé avoir appelé les enfans au défaut de l'époux donataire. C'est comme s'il avait dit : Je donne à Titius, futur époux ; et en cas qu'il ne puisse recueillir mon don, ou qu'il meure avant moi, je donne aux enfans qui naîtront de son mariage. C'est ce qu'on appelait autrefois une substitution vulgaire, autorisée par l'art. 898 du Code. Cette substitution vulgaire est toujours légalement présumée dans les donations de la nature de celle qui nous occupe, quand même la donation serait faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sans ajouter, et à leurs enfans à naître. (1082, disposition finale.)

841. Mais elle n'est présumée faite qu'au

(1) Art. 1082, Grenier, t. 2, p. 16, n. 415, et p. 21, n. 418; Lebrun, Liv. 3, ch. 2, n. 35 et 37; le nouveau Dénisart, t. 7, p. 86.

profit des enfans et des descendans *à naître du mariage*, (1) en faveur duquel la disposition a eu lieu, comme il résulte de l'art. 1082, qui porte qu'une pareille donation est faite ou présumée faite, tant au profit des époux qu'aux enfans à naître *de leur mariage.*

Si donc le donataire mourait avant le donateur, laissant des enfans de deux ou de plusieurs lits, les enfans nés du mariage en faveur duquel la donation aurait été faite, recueilleraient seuls les biens compris dans cette donation à la mort du donateur, à l'exclusion de leurs frères et sœurs consanguins ou utérins.

Cependant si la donation était faite par un ascendant, et qu'elle excédât la quotité disponible, les enfans du donataire prédécédé, nés d'un autre mariage, auraient le droit de réclamer leur portion dans la réserve, par droit de succession. Par exemple, Titius donne la moitié des biens qu'il laissera à son décès à Caïus, son fils unique, en faveur du mariage de celui-ci avec Prima. Le mariage s'accomplit, et elle meurt laissant un enfant. Caïus épouse Secunda, dont il a trois enfans, et il meurt. Titius, qui lui avait survécu, laisse en mourant 100,000 fr.; l'enfant de Prima recueille

(1) Grenier, t. 2, p. 22, n. 420; nouveau Dénisart, p. 86.

seul, *et jure suo*, la moitié des biens, en vertu de la donation faite en faveur du mariage de sa mère, et partage le surplus avec ses frères et sœurs consanguins, par représentation de son père.

Dans cette espèce, si Titius avait donné tous ses biens au lieu de la moitié, les enfans de Secunda feraient réduire cette donation à la moitié des biens qui forme la portion disponible; car par le prédécès de leur père, il se trouve que la donation est faite directement à leur frère consanguin, auquel il ne pouvait donner plus de la moitié de son bien.

842. Du principe que la donation est caduque en cas de prédécès du donataire, et que les enfans nés du mariage en faveur duquel elle a été faite sont seuls appelés au défaut de l'époux donataire, il s'ensuit nécessairement que, s'il prédécède sans enfans nés de ce mariage, les enfans issus d'un autre mariage précédent ou subséquent, qui ne sont point l'objet de l'institution, n'en empêchent point la caducité; car ils n'ont aucun droit, ni du chef du donataire prédécédé, ni de leur chef *jure proprio*, puisqu'ils ne sont point appelés par la volonté du donateur. (1) La faveur du

(1) Auroux sur Bourbonnais, art. 219, n. 26; de Laurière, traité des instit. contract., ch. 7, n. 36 et suiv.; Bourjon, t. 2, p. 65; Coquille sur Nivernais, tit. 27, art. 12.

mariage cesse à leur égard. *Aliorum enim hæredum instituti quam descendentium ex illo matrimonio nullus est favor, et illis non prodest institutio.* (1) C'est ce qu'ont enseigné les auteurs qui ont écrit sur cette matière avant le Code, et c'est ce qu'enseigne M. Merlin dans son répertoire de jurisprudence, v° *institution contractuelle*, §. 12, n. 9.

M. Grenier avait d'abord soutenu une opinion contraire; il la fondait sur la lettre de l'art. 1089, qui porte que les donations dont parlent les art. 1082, 1084 et 1086, deviendront caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à *sa postérité.* Mais cet article est une suite de l'art. 1082, qui dit positivement que la donation dont il s'agit est présumée faite au profit des enfans et *descendans à naître* du mariage. Ce sont donc ces enfans et descendans seulement, et non ceux d'un autre mariage, que l'art. 1089 désigne sous l'expression abrégée de *la postérité* de l'époux donataire. Ainsi la lettre du Code est d'accord avec son esprit, pour exclure de la donation les enfans d'un autre mariage qui ne sont point censés y être appelés par la volonté du donateur. Aussi M. Grenier, dans la nouvelle

(1) Deculant sur Bourbonnais, cité par Auroux *ubi sup.*

édition de son ouvrage, t. 2, p. 29, a rétracté sa première opinion.

843. Au reste, les enfans et descendans du donataire, qui sont appelés à son défaut lorsqu'il prédécède, succèdent aux biens donnés, savoir, les enfans par têtes, les petits enfans par souches, parce que le donateur ayant voulu que la donation profitât à toute la descendance du donataire, on présume qu'il a voulu que ce fût dans le même ordre qu'ils lui succéderaient s'ils étaient descendus de lui. (1)

844. Les auteurs ont agité la question de savoir si le droit d'accroissement a lieu dans les institutions contractuelles. (2) La question ne peut se présenter que dans le cas d'une donation conjointement faite par contrat de mariage aux deux futurs époux et aux enfans à naître de leur mariage.

Si l'un d'eux décède avant le donateur, laissant des enfans issus du mariage, ces enfans étant appelés à son défaut, recueillent la moitié de la donation.

Mais s'il n'existe point d'enfans, il semble

[1] Lebrun, des successions, Liv. 3, ch. 2, n. 36; Auroux sur Bourbonnais, art. 219, n. 49, 50 et 51; Grendu, p. 366.

[2] V. Grenier, t. 2, p. 29, n. 422; Ricard et Furgole, *ibi laudatos.*

que le droit d'accroissement a lieu au profit de l'autre époux, et qu'il doit recueillir tous les biens compris dans la donation. C'est un don à cause de mort, et sous ce rapport il y a, en faveur de l'accroissement, les mêmes raisons qu'en matière de legs. Tous les anciens auteurs admettaient en ce cas le droit d'accroissement, et on ne voit pas de motif pour le rejetter sous l'empire du Code, puisque cet accroissement est fondé sur la volonté présumée du donateur.

Lorsque la donation devient caduque par le prédécès du donataire, il est évident que ses créanciers, ni même son épouse, n'ont aucun droit sur les biens donnés, dont il n'a jamais été propriétaire, et sur lesquels il n'avait qu'une espérance encore subordonnée à la condition de sa survie. Il n'a pas pu créer sur ces biens plus de droits que n'en peut créer un habile à succéder sur les biens du parent à la succession duquel il est appelé par la loi du sang.

845. Il serait inutile de faire transcrire les donations de biens que le donataire laissera à son décès, puisque la transcription ne pourrait empêcher le donateur de créer des hypothèques sur les biens donnés, ni même de les vendre. (1)

[1] Grenier, p. 47, n. 430.

846. Ces sortes de donations sont révoquées par la survenance d'enfans du donateur, (1) comme les donations purement entre vifs.

§. III.

Des donations faites cumulativement des biens présens et à venir.

SOMMAIRE.

847. *Ces donations participent de la nature de celles dont parlent les deux paragraphes précédens.*

848. *La donation des biens à venir n'est pas contraire à la nature des conventions; le droit romain la permettait.*

849. *Elle était rejettée par la plupart des coutumes,*

850. *Par l'ordonnance de 1731 et par le Code. Différence entre ces deux lois.*

851. *L'ordonnance et le Code l'ont permise en faveur des mariages.*

852. *L'ordonnance permettait de la faire seulement au profit des enfans à naître; le Code veut qu'elle soit faite au profit des époux et des enfans.*

853. *L'ordonnance permettait au donataire de s'en tenir aux biens présens.*

854. *Le Code le permet également, pourvu qu'il y ait un état des dettes annexé à l'acte.*

855. *A défaut de cet état, la donation ne diffère en rien de l'institution contractuelle. Le donataire doit accepter ou répudier pour le tout.*

(1) Grenier, t. 2, p. 42, n. 425.

856. *Quand il y a un état des dettes, le donateur ne peut aliéner les biens présens.*

857. *Néanmoins le droit du donataire est suspendu et devient caduc, s'il ne survit pas au donateur.*

858. *S'il laisse des enfans, ils recueillent la donation* jure suo, *comme substitués vulgairement à leur père.*

859. *Ils peuvent répudier sa succession sans nuire au droit qu'ils ont à la donation.*

860. *L'épouse du donataire prédécédé n'a pas de droits sur les biens compris dans la donation.*

861. *Les enfans d'un autre mariage n'empêchent pas la caducité opérée par le décès du donataire.* Quid *sous l'ancienne législation?*

862. *Ces donations sont soumises à réduction, si elles excèdent la portion disponible.*

863. *Si elles doivent être transcrites.*

~~~~~~~

847. Nous avons examiné, dans le paragraphe premier, la nature et les effets de la donation des biens présens seulement, faite aux époux ou à l'un d'eux par contrat de mariage, et nous avons vu qu'elle change de nature et devient soumise à l'événement de la survie du donataire, si, comme le permet l'art. 1086, elle est faite sous une condition dont l'exécution dépend de la volonté du donateur,
~~~~~~~

ou à la charge de payer indistinctement toutes les dettes de la succession.

Dans le paragraphe second, nous avons examiné la nature et les effets de la donation des biens que le donateur laissera au jour de son décès; donation qui comprend implicitement les biens présens, mais qui n'ôte point au donateur la faculté de les aliéner à titre onéreux et de bonne foi, et qui ne laisse point au donataire le choix de diviser la donation pour s'en tenir aux biens présens.

Nous examinerons, dans ce troisième paragraphe, une autre espèce de donation qui tient de la nature des deux premières, et qui en diffère cependant à plusieurs égards; c'est la donation faite cumulativement *des biens présens et à venir.*

848. La donation des biens à venir n'a rien de contraire à la nature des conventions: car si l'on ne peut livrer les choses que l'on n'a pas encore, elles peuvent être l'objet d'une obligation, 1130. Les conventions qui ont pour objet des choses futures doivent donc être observées; ainsi rien n'empêche de donner les biens à venir: une pareille donation emporte l'obligation de les livrer, lorsqu'ils seront acquis par le donateur. (1)

(1) Wolff, jus naturæ, part. 4, §. 102.

Les plus savans interprètes des lois romaines (1) enseignent que, sous le droit de Justinien où les donations entre vifs étaient parfaites par la seule convention, sans qu'il fût nécessaire que la tradition intervînt, les biens à venir pouvaient être donnés entre vifs; et les auteurs français (2) enseignent que les donations de biens à venir étaient admises autrefois dans les pays de droit écrit, pourvu que le donateur se fût réservé quelque chose pour tester.

849. Dans la plupart des pays de coutume, où l'on exigeait la tradition comme une condition nécessaire pour la validité des donations entre vifs, les donations de biens à venir étaient assez généralement rejettées; et néanmoins les jurisconsultes étaient divisés sur cette question, qui avait été diversement jugée par les arrêts. (3)

850. L'ordonnance de 1731, art. 15, trancha tous les doutes, en défendant de faire dorénavant aucunes donations de biens présens et

(1) Cujas sur la loi 35, cod. de donat., Lib. 4, tit. 54. « *Si donatio perficitur solo consensu, vel stipulatione, ut voluit Justinianus, procul dubio etiam futurorum bonorum donatio valet.* » V. aussi Ricard, des donations, part. 1, n. 977 et 1006.

[2] Ricard, *ubi sup.*; Sallé sur l'art. 15 de l'ordonn. de 1731.

[3] Sallé, *ibid.*

à venir, à peine de nullité desdites donations, même pour les biens présens.

Le Code a également voulu que la donation ne pût comprendre que les biens présens du donateur, et, si elle comprend les biens à venir, qu'elle soit nulle à ce dernier égard seulement, 943. Ainsi, sur ce dernier point, il déroge à l'ordonnance de 1731. (1)

Mais l'art. 17 de cette loi fit en faveur des mariages une exception qui a été adoptée par l'art. 1084 du Code, en permettant même aux étrangers de donner cumulativement dans les contrats de mariage les biens présens et à venir, en tout ou en partie.

851. Les articles 10 et 17 de l'ordonnance de 1731 permettaient de faire ces donations par contrat de mariage, soit aux conjoints, soit directement à leurs descendans ou à leurs enfans à naître.

852. Le Code permet de les faire, tant au profit des époux qu'au profit des enfans à naître; elles sont même toujours, en cas de survie du donateur, présumées faites au profit des enfans et descendans à naître du mariage,

(1) La disposition de l'ordonnance qui annulait les donations même à l'égard des biens présens, était fondée sur l'indivisibilité du titre. V. Ricard, part. 1, n. 1024 et suiv.; le nouv. Dénisart, t. 5, p. 91 in fin. et 92.

quoique faites seulement au profit des époux ou de l'un d'eux ; mais il n'est plus permis de les faire uniquement et directement en faveur des enfans à naître, (1) qui sont déclarés incapables de recevoir quand ils ne sont pas conçus, 906.

853. Dans les donations qui comprenaient tant les biens à venir que les biens présens, en tout ou en partie, l'art. 17 de l'ordonnance de 1731 laissait au choix du donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur, en payant toutes les dettes et charges, même celles qui seraient postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens qui existaient dans le tems qu'elle a été faite, en payant seulement les dettes et charges existantes audit tems.

854. L'art. 1084 du Code accorde aussi la même option au donataire, mais à la charge qu'il soit annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation. (2)

(1) V. les articles 1081, 1082 et 1084.

(2) Les articles 1084 et 1085 n'exigent point qu'on annexe un état estimatif des biens mobiliers compris dans le don des biens présens et à venir, conformément à l'art. 948, parce que, faute de cet état, les meubles ne sont censés compris que dans les biens

855. Si cet état n'a point été annexé à l'acte contenant donation des biens présens et à venir, le donataire est 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 existans au jour du décès du donateur*, et il sera soumis au paiement de toutes les dettes et charges de la succession, 1085.

Ainsi, à défaut d'état des dettes, la donation des biens présens et à venir ne diffère en rien de la donation des biens que laissera le donateur à son décès, ou de l'institution contractuelle dont nous avons parlé dans le paragraghe précédent, auquel on peut recourir pour connaître quels en sont les effets.

856. Au contraire, si l'état des dettes existantes a été annexé à l'acte de donation des biens à venir, cette disposition prend un caractère qui lui est particulier, et d'où dérivent ses différences des autres donations faites en faveur de mariage; elle devient divisible:

à venir, qui sont pris par le donataire dans l'état où ils se trouvent au décès du donateur.

Remarquez, au reste, que le Code ne permet pas au donataire de prendre des biens acquis depuis la donation, et de répudier ceux qui existaient à cette époque, pour se dégager des dettes dont ceux-ci étaient grevés. Le principe de l'indivisibilité de la donation est conservé à cet égard.

le donataire peut, en renonçant au surplus des biens du donateur, 1084, s'en tenir aux biens présens; d'où il résulte que le donateur ne peut les aliéner même à titre onéreux et de bonne foi, (1) comme dans le cas de l'institution contractuelle; autrement il priverait le donataire du droit de diviser la donation. Aussi l'art. 1085 ne défend au donataire de réclamer les biens qui ne sont plus existans, que dans le cas où il accepte la donation pour le tout et sans division.

857. Mais de ce que le donateur ne peut aliéner ses biens présens, même à titre onéreux et de bonne foi, il ne faut pas conclure que le donataire soit saisi de la propriété. Son droit est suspendu par une condition légale que met aux donations de cette espèce l'art. 1089, qui veut qu'elles deviennent *caduques* si le donateur survit à l'époux donataire *et à sa postérité;* c'est-à-dire, comme nous l'avons dit dans le paragraphe précédent, aux enfans issus du mariage en faveur duquel la donation a été faite. Ainsi, jusqu'à l'époque du décès du donateur, le donataire n'a aucun droit acquis à la propriété des biens, aucun droit transmissible à ses héritiers; et s'il meurt sans enfans, la donation n'est pas résolue, car

[1] Grenier, t. 2, p. 53.

elle n'a point existé; elle est *caduque*, c'est-à-dire privée de son effet, et considérée comme n'ayant jamais eu d'existence. La condition de survie du donataire est suspensive et non résolutoire, quand même il eût été mis en jouissance des biens, car cette circonstance ne lui en aurait pas transféré la propriété.

858. Il est vrai que, si le donataire prédécédé laisse des enfans issus du mariage en faveur duquel la donation a été faite, elle passe à ces enfans, quand même ils n'auraient pas été nommés dans l'acte, parce que le Code veut que ces espèces de donations soient censées faites au profit des enfans à naître du mariage, quoique faites seulement au profit des époux ou de l'un d'eux. C'est ainsi que la loi interprète la volonté du donateur. Ces enfans recueillent donc la donation, en vertu de la vocation expresse ou présumée du donateur, (1) par un droit qui leur est propre, *jure suo*, et non par transmission de leur père.

859. Il en résulte qu'ils peuvent répudier la succession de ce dernier sans perdre leur

(1) Comme vulgairement substitués à leur père; comme si le donateur avait dit : Je donne à Titius, futur époux, en cas qu'il me survive; et en cas qu'il prédécède, je lui substitue les enfans à naître de son mariage.

droit aux biens contenus dans la donation, auxquels ses créanciers n'ont aucun droit.

860. Il en résulte encore, quoique M. Malleville en ait douté, que les biens compris dans la donation des biens présens et à venir, ne sont point affectés au paiement de la dot et des conventions matrimoniales de l'épouse du donataire prédécédé, comme le sont les biens donnés dans le cas du retour conventionnel, suivant les art. 951 et 952. Il existe une différence totale entre le droit de retour, qui suppose que la donation a eu son effet et que le donataire a été saisi, et la caducité qui suppose, au contraire, que la donation n'a point existé, faute d'accomplissement de la condition sous laquelle elle avait été faite.

861. Enfin, il en résulte que les enfans d'un autre mariage que celui en faveur de qui la donation a été faite, n'en empêcheraient point la caducité opérée par le prédécès de leur père, qui n'a pu leur transmettre aucun droit. M. Grenier, qui avait soutenu une opinion contraire dans la première édition de son ouvrage, a eu le courage de la rétracter, comme une erreur, dans la seconde édition, t. 2, p. 58. Il s'est aperçu que c'était abandonner ses propres principes, et qu'il s'était

laissé imposer par les auteurs qui ont écrit avant le Code, et surtout par Furgole. Cet auteur écrivait sous une législation qui n'avait point subordonné à la condition de survie de l'époux donataire la donation des biens présens et à venir : elle produisait son effet de suite à l'égard des biens présens ; et les auteurs qui ont écrit avant le Code, (1) enseignent que le donataire des biens présens et à venir ayant accepté la donation, acquérait au même instant la propriété des biens présens, quoique celle des biens à venir ne lui fût acquise qu'à la mort du donateur.

Mais aujourd'hui la propriété des biens présens ne peut être acquise au donataire qu'à la mort du donateur, puisque l'article 1089 déclare la donation *caduque* si ce dernier survit : car c'est la caducité de la donation que cet article prononce en cas de survie du donateur ; ce n'est point un droit de retour qu'il établit en sa faveur, comme l'insinue M. Malleville, qui n'a point fait assez d'attention au changement opéré par le Code dans la nature de cette donation.

862. Cette espèce de donation, comme toutes

[1] V. le nouveau Dénisart, t. 7, p. 93, n. 5 ; Furgole, observations sur l'art. 17 de l'ordonnance de 1731.

celles qui sont faites aux époux par leur contrat de mariage, est, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductible à la portion dont la loi lui permettait de disposer, 1090.

863. Par une suite de l'opinion de M. Grenier sur la transcription des donations, opinion que nous avons examinée *sup.*, p. 260 et suiv., il pense que la donation de biens présens et à venir doit être transcrite pour les biens immobiliers existans lors de la donation; mais le donataire, qui opte pour la donation des biens présens, étant soumis aux dettes même chirographaires contenues dans l'état annexé à l'acte, cette transcription ne pourrait être utile que pour empêcher les créanciers non compris dans cet état, et qui auraient néanmoins un droit d'hypothèque acquis, de le faire inscrire après l'expiration de quinzaine, à compter du jour de la transcription.

CHAPITRE IX.

Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

Principes communs à ces deux espèces de donations.

SOMMAIRE.

864. *La règle, donner et retenir ne vaut, ne leur est point applicable.*

865. *Elles ne sont point révocables par survenance d'enfans.*

866. *Quotité des biens que les époux peuvent se donner.*

867. *S'ils donnent plus, le don est réductible, mais non pas nul.*

868. Quid *s'ils ont des ascendans? Examen de l'art.* 1094.

869. *La quotité disponible établie par l'art.* 1094 *en faveur des époux est tantôt plus forte, tantôt plus faible que celle qu'établit l'art.* 193 *en faveur des enfans ou des étrangers.*

870. *En cas d'excès des dons faits cumulativement à l'un des époux et aux enfans ou à des étrangers, comment fixer la portion disponible?*

871. *Application des principes à des exemples.*

872. *La réduction se fait d'abord sur la dernière, si les donations sont entre vifs, et au marc le franc, si elles sont testamentaires, quoiqu'elles soient de quotités.*

873. *Réponse à une objection que M. Grenier fonde sur quelques arrêts.*

874. *L'époux qui a des enfans d'un second mariage ne peut donner au nouvel époux qu'une part d'enfant.*

875. *Motif et source de cette prohibition,*

876. *Qui s'applique aux donations antérieures et postérieures au mariage,*

877. *Même lorsque celui qui se marie n'a que de petits enfans ; ils ne sont comptés que pour un.*

878. *La prohibition cesse si les enfans du premier lit prédécèdent.*

879. *Les enfans du second lit profitent de la réduction et pourraient la demander.*

880. *Ceux qui renoncent à la succession ne peuvent la demander.*

881. *Elle ne profite point aux créanciers du donateur.*

882. *Si celle qui se remarie contracte plusieurs mariages successifs, elle ne peut donner une part d'enfant à chaque mari, mais une seule part à tous.*

883. *Les biens provenans de la réduction ne sont pas imputables sur la réserve des enfans.*

884. *Comment former la masse des biens et opérer pour réduire le don à une part d'enfant.*

885. *Le donataire d'une part d'enfant profite des rapports dus par les enfans.*

886. *La donation* d'une part d'enfant *croît et décroît comme le nombre d'enfans.*

887. *Si tous les enfans prédécèdent, le donataire* d'une part d'enfant *a un quart des biens.*

888. *Le prédécès des enfans empêche la réduction, si la donation est universelle.*

889. *La donation d'une part d'enfant devient caduque par le prédécès du donataire.*

890. *Mais les enfans nés et à naître* du mariage *lui sont censés substitués.*

891. *Conventions de mariage, qui contiennent un avantage plus fort qu'une part d'enfant, sont sans effet.*

892. *Par exemple, le préciput de communauté.* Quid *des habits de deuil?*

893. *L'établissement de la communauté conventionnelle ou légale contient un avantage indirect si les apports sont inégaux; il faut les régler.*

894. *Si l'inégalité des apports serait compensée par l'industrie de l'autre époux.*

895. *L'inégalité des revenus de chaque époux n'est pas avantage direct.*

896. *De l'omission d'immobiliser les successions futures.*

897. *De la fixation d'une somme à forfait pour part de communauté.*

898. *Les bénéfices provenus de mises inégales ne sont considérés comme avantages.*

899. Secùs *de la stipulation qui les donnerait tous à l'époux survivant.*

900. *L'art.* 1527 *fait exception à l'art.* 1525.

901. *Nullité des donations déguisées ou faites à personnes interposées.*

902. *Comment se prouve le déguisement ou l'interposition des personnes.*

903. *Personnes que le Code répute interposées.*

904. *Les enfans ne peuvent renoncer à la réduction du vivant du donateur.*

---

864. Les donations entre époux peuvent être faites par contrat de mariage, ou pendant le mariage. Nous examinerons ces deux espèces de donations dans deux paragraphes séparés; mais auparavant il faut voir ce qu'elles ont de commun.

1° La règle, donner et retenir ne vaut, ne s'applique point à ces deux espèces de donations, qui peuvent être faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, ou sous la condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession. Il peut aussi se réserver la faculté de disposer d'un effet, d'une somme, ou même de la totalité des biens compris dans la donation, 947.

865. 2° Elles ne sont point révocables par survenance d'enfans, 1094-1096.

866. 3° La quotité que les époux peuvent se donner par contrat de mariage ou pendant le mariage est la même, mais elle varie suivant les circonstances.

Si l'époux donateur ne laisse ni descendans ni ascendans, il peut donner tous ses biens à l'autre époux, 1094.

S'il laisse des enfans ou des descendans, quel que soit leur nombre, il peut donner à l'autre époux la moitié de ses biens, savoir, un quart en pleine propriété (1) et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement, 1094.

867. S'il donnait plus; par exemple, s'il avait donné l'universalité de tous ses biens, la donation ne serait pas nulle, (2) mais seulement réductible, et l'époux donataire ne pourrait exiger qu'un quart en propriété et l'autre quart en usufruit, sans que les enfans pussent prétendre être autorisés à ne lui donner que la moitié en usufruit, sous prétexte que l'option appartient au débiteur, et que l'art. 1094 laisse à l'époux donateur la faculté de donner un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement;

(1) L'art. 1094 dit, « ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. » La cupidité a osé soutenir que cet article ne permet de donner que la nue propriété d'un quart et l'usufruit d'un quart, ce qui ne ferait qu'un quart en pleine propriété. Cette prétention a été proscrite par un arrêt de la cour impériale de Bruxelles, du 21 juillet 1810. V. Denevers, an 1811, supp., p. 12.

[2] V. Grenier, t. 2, p. 97; Malleville, t. 2, p. 529; Jaubert, exposé des motifs, t. 4, p. 368, édit. de Didot.

car, en donnant plus que la loi ne lui permet de donner, le donateur a au moins voulu donner tout ce qu'elle permet. (1)

Il en serait de même si l'époux avait donné tout ce que la loi lui permet de donner, sans autre détermination.

868. Si l'époux donateur ne laisse point d'enfans, mais des ascendans, il peut donner à l'autre époux la portion disponible en pleine propriété, et l'usufruit des biens réservés aux ascendans, 1094.

M. Malleville observe avec raison sur cet article, qu'il est dérisoire de renvoyer les ascendans, pour la jouissance de leur réserve, à la mort de leurs gendres ou brus, qui ont de moins qu'eux l'âge d'une génération.

On a dit, pour justifier cette disposition, que, si les ascendans sont dans le besoin, ils ont la faculté de vendre la nue propriété des biens qui leur sont réservés. Mais est-il sage de réduire des ascendans à vendre une propriété qu'ils doivent désirer transmettre à leurs enfans, et cela pour laisser un surcroît de gratification à l'époux survivant, déjà avantagé de toute la portion disponible ? (2)

(1) M. Grenier semble penser le contraire t. 2, p. 99.

(2) Cette disposition de l'art. 1094 fait bien voir qu'on a senti la vérité de ce que nous avons dit au titre des successions, que si,

869. En comparant l'art. 1094, qui détermine la portion de biens que les époux peuvent se donner, avec l'art. 913, qui détermine la portion disponible dans les cas ordinaires, on voit que le premier forme pour les époux un droit particulier qui s'écarte en plusieurs points des règles ordinaires. Il est possible qu'en certains cas l'époux donataire puisse recevoir plus qu'un étranger; mais, en d'autres cas, il ne peut recevoir autant.

Celui qui n'a qu'un enfant peut donner à un étranger la moitié de ses biens en propriété; il ne peut donner à son conjoint que le quart en propriété et le quart en usufruit.

Si l'époux donateur laisse trois enfans ou plus, il ne peut donner que le quart de ses biens à un étranger; il peut donner à son conjoint un quart en pleine propriété et un quart en usufruit.

870. Lorsqu'il existe plusieurs donations faites les unes à l'époux, les autres à des

dans la transmission des biens, l'on avait suivi l'ordre des affections présumées du défunt, on eût préféré l'époux survivant aux collatéraux. Ici on le préfère aux ascendans : voici la raison qu'en donne M. Préameneu-Bigot, exposé des motifs, t. 4, p. 320. « Tel est l'effet de l'union intime des époux, que, sans rompre les liens du sang, leur inquiétude et leur affection se portent plutôt sur celui des deux qui survivra, que sur les parens qui doivent lui succéder. »

étrangers, il s'élève des difficultés sur l'application des articles 913 et 1094, pour fixer la quotité disponible, et sur la réduction des dispositions dont l'ensemble excède cette quotité.

Il est d'abord évident que les libéralités permises entre époux par l'art. 1094 ne peuvent concourir, dans toute leur étendue, avec celles qui sont autorisées par l'art. 913, en faveur d'un enfant ou d'un étranger, aussi dans toute leur étendue; de manière, par exemple, qu'un père qui n'aurait qu'un enfant pût valablement donner la moitié de son bien à un étranger en pleine propriété, et à son épouse un quart aussi en pleine propriété, et un autre quart en usufruit. Si ces deux donations étaient exécutées dans leur entier, la réserve de l'enfant ne serait plus que d'un quart dont l'époux donataire aurait encore l'usufruit, et l'enfant serait réduit à rien pendant la vie du donataire.

D'un autre côté, le Code ne défend pas, et les articles 920, 923 et 926 supposent qu'il est permis de faire plusieurs donations à des personnes différentes, sauf la réduction quand elles excèdent la portion disponible. Il est donc certain qu'un homme marié peut faire une donation à son épouse, et une autre

soit à l'un de ses enfans, soit à un étranger. Mais quelle est en ce cas la portion disponible, et comment faire la réduction en cas que les donations soient excessives? Est-ce l'art. 913 ou l'art. 1094 qui doit servir de règle pour déterminer quelle doit être l'étendue des dispositions? (1)

Le principe adopté par plusieurs cours impériales, et qui nous paraît conforme à la raison et à la loi, est qu'il faut d'abord réduire les donations excessives, faites cumulativement à l'un des époux et à l'un des enfans ou à un étranger, *à la portion disponible la plus forte*, eu égard au plus favorisé des donataires, sauf à réduire ensuite à ce qu'il peut recevoir celui d'entre eux qui, par l'effet de la première réduction, se trouverait avoir davantage: car celui en faveur de qui pouvait être faite la plus forte disposition, doit seul profiter de l'extension donnée en sa faveur à la portion disponible. Ainsi on prendra pour règle, tantôt l'art. 913, tantôt

(1) M. Grenier, dans la première édition de son *traité des donations*, t. 3, n. 584, avait d'abord pensé que c'était la portion disponible fixée par l'art. 913 qui devait nécessairement servir de règle, quoique, dans certains cas, la portion fixée par l'art. 1094 soit plus étendue, parce que, suivant lui, l'art. 1094 est un article d'exception. Mais dans sa seconde édition, t. 2, p. 290 et suiv., n. 584, il a rétracté cette opinion rejettée d'ailleurs par les arrêts de plusieurs cours impériales.

l'art. 1094, selon que les dispositions de l'un ou de l'autre, appliquées au cas dont il s'agit, laissent plus d'étendue aux libéralités.

871. L'application de ces principes va devenir sensible par des exemples.

S'il n'y a qu'un enfant, le père peut donner à un étranger la moitié de son bien en pleine propriété; mais il ne peut donner à son épouse qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié des biens en usufruit seulement. S'il a donné à un étranger la nue propriété de la moitié de ces biens, et à son épouse l'usufruit de la même moitié, l'enfant n'a point à se plaindre. Les donations n'excèdent point la quotité disponible; chacun des donataires n'a reçu que ce qu'il pouvait recevoir.

Mais si le père a donné à l'étranger le sixième seulement de ses biens en propriété, et à son épouse le tiers ou les quatre douzièmes, le total des deux donations n'étant que de moitié, la quotité disponible, fixée par l'art. 913, n'est point surpassée; néanmoins le don fait à l'épouse est réductible, (1) car elle ne

(1) Un arrêt de la Cour de Nîmes, du 20 juillet 1807, rapporté dans le recueil de jurisprudence du Code Napoléon, t. 11, p. 333, et par M. Grenier, t. 2, p. 305, a jugé que, lorsqu'il y a un enfant, le père ne peut donner à son épouse la moitié des biens en propriété, comme il peut la donner à un étranger, en vertu de l'art. 913.

pouvait recevoir qu'un quart en propriété ou trois douzièmes. Ainsi la propriété doit être réduite d'un douzième, quant à la nue propriété seulement, car ce n'est qu'à cet égard que la donation est excessive.

S'il y a trois enfans ou plus, le père peut toujours donner à son épouse un quart en propriété et un quart en usufruit; mais il ne peut donner à un étranger qu'un quart en propriété. Dans ce cas, il peut ne donner à son épouse que l'usufruit de la moitié, et la nue propriété d'un quart à un étranger ou à l'un des enfans, les autres n'ont point à s'en plaindre : la quotité disponible n'est point surpassée; aucun des donataires n'a plus qu'il ne pouvait recevoir.

Mais si le père donnait à son épouse l'usufruit d'un huitième, et à l'étranger, outre le quart en propriété, l'usufruit d'un autre huitième, ce dernier don serait réductible, quoique les deux dons réunis n'excèdent pas la quotité disponible, parce que l'étranger ne peut recevoir plus qu'un quart en pleine propriété.

L'application des principes est plus difficile lorsqu'il y a deux enfans; en ce cas le père, qui peut toujours donner à son épouse un quart en propriété et un quart en usufruit,

peut donner à un étranger ou à l'un des enfans un tiers en propriété. Supposons donc que le père ait donné hors part, à l'un de ses deux enfans, le tiers de ses biens par acte entre vifs, cet acte est irrévocable et ne peut être réduit, car il n'excède point la portion que l'art. 913 permet de donner. Cette portion étant moins forte que le don du quart en propriété et du quart en usufruit, que l'art. 1094 permet de faire à l'un des époux, c'est ce dernier article qu'il faut prendre pour règle, afin de connaître ce qu'il peut encore donner à son épouse, en sus du don fait à l'enfant : ce don est du tiers ou de quatre douzièmes en propriété. L'art. 1094 ne permet de donner que le quart ou les trois douzièmes en propriété ; il y a donc excès d'un douzième en prenant cet article pour règle, et il faut déduire ce douzième sur ce que le père peut donner à son épouse. Pour le déduire, il faut commencer par le réduire à la valeur d'usufruit, car il ne peut plus rien donner qu'en usufruit; et pour déduire une quotité en propriété d'une quotité en usufruit, il faut connaître la valeur comparative de l'une et de l'autre, évaluation que le Code a toujours évité de faire, (1)

(1) V. ce que nous avons dit t. 3, p. 344, n. 432, et *sup.*, p. 169, n. 141.

parce qu'elle n'est jamais exacte. Cependant il y a ici nécessité de la faire. Pour résoudre cette difficulté, la cour impériale de Toulouse (1) a considéré que l'usage donne à la propriété une valeur double de celle de l'usufruit, évaluation adoptée par la loi du 22 frimaire an 7, art. 14, §§. 9 et 11, et art. 15, §. 8, pour la perception du droit d'enregistrement. Le douzième en propriété vaut donc deux douzièmes en usufruit.

Cela posé, voyons ce qui reste au père, en supposant sa fortune de 12,000 fr.; il a donné à l'un des enfans le tiers ou 4000 fr., reste 8000 fr.

Si l'enfant n'avait reçu que 3000 fr., c'est-à-dire les trois douzièmes ou le quart, l'autre quart, qui est 3000 fr. ou trois douzièmes, pourrait être donné à l'épouse en usufruit. Mais sur ce quart il faut déduire un douzième en propriété équivalent à deux douzièmes en

(1) Dans son arrêt du 20 juin 1809, rapporté dans le recueil de jurisprudence du Code Nap., t. 14, p. 41, par Denevers, 1810, p. 14 *sup.*, et par Sirey, 1810, 2e part,, p. 13.

Nota. Si le père avait donné à son fils la moitié de ses biens ou plus, il ne pourrait plus rien donner à son épouse, quoique le premier don soit réductible; car le second donataire ni le légataire ne peuvent profiter de la réduction, qui n'est point imputable sur la légitime. V. inf., n. 883.

usufruit; ainsi, dans l'espèce proposée, l'épouse ne peut recevoir qu'un douzième en usufruit. C'est ainsi que l'a jugé la cour impériale de Toulouse, dans son arrêt du 20 juin 1809, ci-dessus cité. Cet arrêt, contre lequel il ne paraît pas qu'il y ait eu de pourvoi, nous semble bien rendu.

Si le père n'avait donné à son enfant que le quart au lieu du tiers, il pourrait donner à son épouse l'usufruit d'un autre quart. S'il n'avait donné qu'un huitième en propriété à l'enfant, il pourrait donner un autre huitième en propriété à son épouse, et un quart en usufruit.

S'il avait donné l'usufruit de la moitié des biens à son épouse, il pourrait donner à l'un de ses deux enfans la nue propriété d'un tiers.

S'il avait donné des corps certains ou des sommes au lieu de donner des quotités, il faudrait estimer tous les biens et en composer la masse, pour voir si les donations ne sont pas excessives, et si chaque donataire n'a point reçu plus qu'il ne pouvait recevoir.

A l'aide des exemples que nous avons donnés, il sera facile d'appliquer les principes aux différentes espèces qui pourront se présenter.

872. Quant au mode de réduction, lorsque

les deux donations cumulées sont excessives, si elles ont été faites par actes entre vifs, la réduction doit porter d'abord sur les legs, puis sur la dernière donation, suivant la règle générale établie par l'art. 923; et c'est aussi ce qu'a jugé la cour impériale de Toulouse, par son arrêt du 20 juin 1809, que nous avons déjà cité.

Si les dispositions excessives faites en faveur d'un époux et d'un étranger ou d'un enfant ont été faites par le même testament ou par différens testamens, la règle générale, établie par l'art. 926, est que la réduction doit être faite au marc le franc, à moins que le testateur n'ait manifesté la volonté que l'un des legs soit acquitté de préférence à l'autre, 927.

Il n'y a aucun doute sur la réduction au marc le franc, si les donations sont de corps certains ou de sommes fixes.

Si ce sont des donations de quotités, il n'existe aucune raison pour s'écarter de la règle générale; car l'art. 926 n'a point fait d'exception à leur égard, et on n'aperçoit pas de motifs qui pût porter le législateur à les excepter : il faut donc encore faire la réduction au marc le franc. Ainsi, supposons qu'un père ayant trois enfans ou plus, ait, par testament, donné à son épouse le quart en propriété et le quart en usufruit, et à l'un

de ses enfans le quart en propriété, les deux dons cumulés sont excessifs, quoique chacun pris isolément ne le soit pas : il faut donc les réduire ; et le jugement qui les réduirait autrement qu'au marc le franc, violerait évidemment l'art. 926, et serait soumis à la cassation. Il faut donc encore, en cette espèce, évaluer l'usufruit, et dire : le père ne pouvait donner que l'usufruit d'un quart et la propriété d'un autre quart. L'excès est donc d'un quart en propriété, et ce quart forme les trois douzièmes ou 6000 fr., en supposant la fortune du père de 24,000 fr. Or, l'usufruit du quart ne vaut que moitié d'un quart en propriété, ou un douzième et demi, c'est-à-dire 3000 fr. Le don fait à la femme est par conséquent d'une valeur de 9000 fr., et celui de l'enfant de 6000 fr. ; total, 15,000 fr. Cependant les deux dons ne pouvaient excéder 9000 fr., d'après l'art. 1094. Ils sont donc réductibles d'une somme de 6000 fr., que doivent supporter proportionnellement les deux donations. On trouve, par une règle de proportion, que le don de 9000 fr. fait à l'épouse doit supporter une réduction de 3600 fr. et être réduit à 5400 fr., et celui de l'enfant une réduction de 2400 fr. et être réduit à 3600 fr. Cette somme, jointe aux 5400 fr.

que doit avoir la veuve, forme celle de 9000 fr., à laquelle s'élève la portion disponible.

Il résulte de cette opération que l'enfant aura 3600 fr. en propriété, la veuve 2400 fr. aussi en propriété. Ces deux sommes font précisément celle de 6000 fr. pour le quart que le père pouvait donner en propriété. La veuve aura de plus l'autre quart en usufruit, et ce quart est aussi de 6000 fr., quoique nous ne l'ayons évalué qu'à 3000 fr. dans l'opération, afin de trouver la portion de réduction des deux dons.

Il en résulte encore que l'enfant a un tiers de plus que la veuve ; ce qui vient de ce que l'usufruit de cette dernière est entré en compte pour répartir la déduction, qui néanmoins n'a porté et ne devait porter que sur le don de propriété.

873. M. Grenier qui, dans la première édition de son traité des donations, avait enseigné que la réduction des dons testamentaires faits à l'épouse et aux enfans ou à des étrangers devait se faire au marc le franc, prétend, dans sa seconde édition, t. 2, p. 311, que les cours de Turin et d'Agen se sont formellement prononcées contre cette réduction par leurs arrêts des 15 avril et 22 août 1810, et

qu'elles ont décidé que l'art. 926, qui ordonne la réduction au marc le franc, ne pouvait recevoir d'application à ces legs; et il essaie de justifier cette décision.

Si ces cours avaient en effet décidé que l'art. 926 n'est point applicable aux legs faits cumulativement à l'épouse et aux enfans ou à un étranger, leurs arrêts auraient été exposés à la cassation; car la disposition de cet article est générale, et les juges ne peuvent faire une exception qui n'est pas dans la loi. Mais ce n'est point là ce qu'ont décidé les cours de Turin et d'Agen.

La première, par son arrêt du 15 avril 1810, a seulement jugé que le père qui a trois enfans peut donner l'usufruit de la moitié de son bien à son épouse, et la nue propriété du quart à deux de ses enfans, et partager ainsi entre sa femme et ses enfans la portion dont l'art. 1094 lui permettait de disposer : décision qui s'accorde parfaitement avec les principes que nous avons établis ci-dessus, puisqu'en ce cas, loin d'être au-dessus, les legs étaient au-dessous de ce que la femme et les enfans pouvaient recevoir, et que les deux legs réunis n'excédaient point la portion disponible.

Voici l'espèce de cet arrêt : Geoffroi Cotella, père de trois enfans, légua la moitié de ses

biens en usufruit à son épouse, et à Michel et Joseph Cotella, ses fils, la portion disponible de son patrimoine (1) par préciput. Après sa mort, le troisième enfant, qui était une fille, prétendit que les legs devaient être réduits à la portion disponible fixée par l'art. 913 : les frères légataires soutenaient que les legs ne devaient pas être réduits; mais en cas de réduction, ils soutenaient qu'elle devait se faire au marc le franc, conformément à l'art. 926. Un premier jugement ordonna que les legs seraient réduits au quart en propriété, suivant la disposition de l'art. 913.

Sous l'appel, Michel Cotella soutint qu'aucun des legs ne devait être réduit, et qu'on pouvait les concilier tous avec les articles 913 et 1094 du Code, parce qu'aux termes de ce dernier article, le testateur pouvait donner à son épouse un quart de ses biens en pleine propriété et l'autre quart en usufruit. Or, puisque le père n'avait donné à son épouse

[1] Les arrêtistes ne rapportent point le texte du testament. La jurisprudence du Code Napoléon, t. 15, p. 351, dit que Cotella légua à son fils la portion disponible de son patrimoine par préciput et dispense de rapport. Sirey, an 1812, 2e partie, p. 109, dit que le père légua le quart en propriété à Joseph et Michel, ses deux fils. J'ai suivi la première leçon qui m'a paru plus conforme à ce qu'on lit dans la discussion et dans le texte de l'arrêt. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'on n'entendit ce legs que de la nue propriété du quart.

que la propriété en usufruit, « il restait encore, » dans la portion disponible, *un quart en* » *nue propriété*; et ce quart il pouvait le » donner à ses deux fils, aux termes de l'art. » 913, comme il aurait pu le donner à son » épouse, suivant l'art. 1094. » (1)

Les frères Cotella ne prétendaient donc que la *nue propriété* du quart des biens : ainsi les legs cumulés n'étaient pas excessifs ; par conséquent il n'y avait pas lieu de les réduire. La portion disponible était seulement partagée entre la veuve et les deux enfans, et la cour de Turin jugea avec raison que ce partage n'avait rien de contraire à la loi. On lit dans les considérans que si, outre le quart en usufruit, le père ne pouvait donner qu'un autre quart en propriété, « rien n'empêchait » le testateur de le partager entre son épouse » et ses enfans, de manière que la première » n'en eût que la jouissance actuelle et pendant » sa vie, et les autres *la nue propriété* jusqu'à » son décès. »

En conséquence, le premier jugement fut réformé. Cet arrêt n'a donc point jugé que la réduction ne doit pas se faire au marc le franc, mais qu'il n'y avait pas lieu à réduction. Il a jugé, 1° que lorsque le mari qui a

[1] V. Sirey, p. 110.

trois enfans a donné à son épouse et à l'un de ses enfans ou à un étranger, la portion disponible doit être fixée par la disposition de l'art. 1054, plus étendue que celle fixée par l'art. 913; 2° que le mari peut partager cette portion disponible de manière que l'épouse n'ait que l'usufruit de la moitié des biens, et les enfans la nue propriété du quart.

Au contraire, l'arrêt du 27 août 1810, rendu par la cour d'Agen, (1) a jugé, non pas que la réduction des deux dons ne devait pas être faite au marc le franc, mais qu'ils pouvaient concourir; que le mari peut donner le quart de ses biens en propriété à l'un de ses enfans, en vertu de l'art. 913, et de plus *user en même tems de la faculté que lui donne l'art. 1094, en faveur de son épouse;* qu'ainsi il faut commencer par prélever le don du quart en propriété fait aux enfans ou à un étranger, et ensuite étendre le legs fait à la femme de l'usufruit de la moitié des biens, tant sur les trois quarts restans que sur le quart en propriété prélevé au profit des donataires.

[1] Rapporté dans la jurisprudence du Code Napoléon, t. 15, p. 347 et suiv.; par Denevers, an 1812, *sup.*, p. 81; par Sirey, an 1811, 2e part., p. 112. Mais, suivant Sirey, l'arrêt aurait été rendu par la cour d'Aix. C'est une erreur, sans doute, typographique.

Voici l'espèce de cet arrêt. Jean Boucaut avait neuf enfans, deux garçons et sept filles. Il légua à son épouse la jouissance de la moitié de tous ses biens, et à ses deux garçons, par préciput, le quart de tous ses biens, *sans aucune charge*, dit le recueil de jurisprudence du Code Napoléon; *en propriété*, dit Sirey. Nous n'avons pas le texte du testament.

Après la mort de Boucaut, le testament fut attaqué. La veuve soutint que les dons permis par les art. 913 et 1094 pouvaient être cumulés.

Les deux garçons légataires soutinrent que le quart qui leur était donné ne pouvait être grevé d'aucune charge ni de l'usufruit donné à leur mère, parce que le testateur ne l'avait pas dit.

Les filles soutenaient que c'était un paradoxe de dire que l'art. 1094 est une extension de l'art. 913, et que l'un et l'autre peuvent être exécutés simultanément dans toute leur étendue.

C'est cependant ce qui fut jugé. La cour posa la question de savoir *si le legs fait à la veuve et celui fait aux deux enfans doivent concourir, et être prélevés l'un et l'autre sur la succession.* Elle se décida pour l'affirmative, par le motif que si l'art. 913 borne la portion disponible au quart en propriété, lorsque le

donateur a trois enfans ou plus, l'art. 1094 permet à celui qui laisse des enfans ou descendans de donner à l'autre époux ou un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement; d'où il suit que ce dernier article est une extension de l'art. 913, ou plutôt une exception à cet article; de sorte que l'art. 913 n'est applicable qu'au cas où le disposant ne voudrait pas avantager l'époux qui lui survit, tandis qu'au contraire, s'il veut l'avantager, *il pourra disposer du quart en propriété conformément à l'art.* 913, et user *en même tems de la faculté que lui donne l'art.* 1094, *en faveur de son conjoint.*

Sur ces principes, l'arrêt ordonna que les experts préleveraient d'abord sur l'hérédité le quart des biens légué aux deux garçons par préciput, mettraient le surplus en neuf loties, et que la veuve aurait l'usufruit de la moitié, tant sur les neuf portions que sur le quart légué aux garçons.

Ainsi l'arrêt n'a point jugé que la réduction des legs ne doit pas se faire au marc le franc, mais il a jugé que les deux legs doivent être exécutés dans leur entier. Il a rejetté le principe que nous avons établi ci-dessus d'après la cour de Toulouse, et d'après M. Grenier,

dans sa seconde édition, savoir que, lorsqu'il y a concours de donations faites à l'un des époux, et à un des enfans ou à un étranger, il faut fixer la portion disponible sur la quote la plus forte, eu égard au plus favorisé des donataires, et non pas faire concourir simultanément, et sans réduction, les deux portions disponibles fixées, l'une par l'art. 913, et l'autre par l'art. 1094.

Mais la cour d'Agen a-t-elle bien jugé? Nous ne le pensons pas, et nous sommes convaincus qu'elle a fait une fausse application des articles 913 et 1094. Il résulte du principe qu'elle a adopté, qu'un père qui a trois enfans ou plus pourrait donner à un étranger ou à l'un de ses enfans un quart en propriété, en vertu de l'art. 913, et à son épouse un autre quart en propriété et un autre quart en usufruit; en sorte que les enfans non avantagés seraient grevés de la moitié des biens en propriété, et d'un quart en usufruit.

Il résulterait encore du même principe, qu'un père qui n'a qu'un fils unique pourrait donner à un étranger une moitié de ses biens en propriété, et de plus à son épouse un quart de ses biens en propriété et un autre quart en usufruit; en sorte que l'enfant

n'aurait, pendant la vie de sa mère, que la nue propriété d'un quart. Il est évident qu'on doit rejetter un principe qui conduit à des conséquences aussi absurdes.

Dans l'espèce jugée par la Cour d'Agen, l'injustice n'était pas aussi frappante. En supposant la fortune de Boucaut de 36,000 fr., il ne pouvait donner, d'après l'art. 1094, que 9000 fr. en propriété et 9000 fr. en usufruit; reste 18,000 fr. qui, répartis entre les neuf enfans, auraient donné à chacun 2000 fr. en pleine propriété; plus, la nue propriété de 1000 f.

Par l'opération ordonnée, on préleva 9000 fr. en faveur des deux garçons; restait 27,000 fr. qui, répartis entre les neuf enfans, donnaient à chaque 3000 fr. Mais la mère ayant l'usufruit de la moitié de cette somme, chaque enfant n'avait que 1500 fr. en pleine propriété, et la nue propriété de 1500 fr.; il perdait l'usufruit de 500 fr.

874. L'homme ou la femme qui, ayant des enfans 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, ces donations puissent excéder le quart des biens, 1098.

875. Cette défense, qui a pour but de prévenir

les effets d'une affection désordonnée, et malheureusement trop commune pour un nouvel époux, est originairement tirée de la loi *hâc edictali 6*, Cod. *de secundis nuptiis*, qui fut naturalisée en France par l'édit des secondes noces, du mois de juillet 1560, et répétée dans plusieurs coutumes. (1)

876. La prohibition est la même, soit que la donation ait été faite pendant le mariage, par contrat de mariage ou même auparavant, à moins qu'en ce dernier cas les circonstances et le tems écoulé entre la donation et le mariage ne fissent voir que la donation a été faite de bonne foi à une époque où les deux parties ne songeaient point au mariage qu'elles ont contracté depuis. V. Pothier, du contrat de mariage, n. 548.

877. La disposition de l'art. 1098 s'applique au cas où l'époux qui se remarie n'a que des petits enfans issus de ses enfans d'un précédent mariage; (2) car, en droit, les petits

(1) V. Pothier, du contrat de mariage, n. 532; l'article 205 de la coutume de Bretagne et les commentateurs; le nouveau répertoire, v° *noces*, *secondes noces*.

(2) La disposition de l'art. 1098 s'applique également au cas où les petits enfans naîtraient depuis le nouveau mariage; par exemple, si le donateur avait une bru enceinte d'un posthume qui naîtrait depuis la donation; car l'enfant est réputé né en tout ce qui concerne ses intérêts. L. 7, ff. *de statu hominum*; L. 231, ff. de v. s.

enfans sont compris sous le terme d'enfans ; *L.* 220 *de v. s.* L'édit des secondes noces le disait formellement, et le Code le répète dans l'art. 914. Il ajoute que les petits enfans ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant. Si donc un père de famille avait un fils unique qui mourût laissant quatre ou cinq enfans, ceux-ci n'étant comptés que pour leur père, leur aïeul pourrait donner le quart de ses biens à un nouvel époux.

M. Levasseur, traité *de la portion disponible*, enseigne, avec les auteurs antérieurs au Code, que si le donateur n'a que des petits enfans issus d'un fils unique prédécédé, chacun de ces petits enfans fait nombre pour la fixation de la réserve, parce qu'en ce cas ils succèdent de leur chef et ne représentent pas leur père. M. Grenier l'a réfuté dans une dissertation qu'on trouve t. 2 de son traité des donations, p. 257 et suiv. de la 2^e^ édit., et il a démontré que l'opinion de M. Levasseur doit être rejettée sous l'empire du Code, qui admet la représentation *dans tous les cas*, quoique tous les enfans étant morts, leurs descendans se trouvent en degrés égaux ou inégaux, 740.

Cependant M. Grenier, même volume,

p. 441, enseigne, avec les auteurs qui ont écrit avant le Code, que si la succession du donateur se partage entre plusieurs petits enfans nés d'un fils unique, la part de l'époux donataire doit se régler sur celle du moins prenant de ces enfans. Il passe sous silence sa réfutation de l'opinion de M. Levasseur, et nous laisse ignorer quels sont ses motifs pour admettre cette opinion, lorsqu'il s'agit de réduire la donation faite au second époux, et pour la rejetter, lorsqu'il s'agit de réduire les autres donations. Nous pensons que la règle doit être la même dans l'un et l'autre cas, et que les petits enfans, même d'un fils unique, ne doivent être comptés que pour leur père, comme le dit l'art. 914, dont la disposition est générale.

878. La réduction de la donation faite au nouvel époux n'a pas lieu, si tous les enfans du précédent mariage meurent naturellement ou civilement avant le donateur. (1) Ce n'est qu'à son décès que les révocations doivent s'opérer, 920-1090. La prohibition n'a été faite qu'en faveur de ces enfans; elle cesse

[1] Pothier, du contrat de mariage, n. 534 et 560; Ricard, des donations, n. 1275 et suiv.; Grenier, des donations, t. 2, p. 426, n. 680, et p. 438, n. 697.

donc s'il n'en existe plus au tems où la loi doit produire son effet et venir à leur secours.

879. Mais quoique la prohibition soit établie en leur faveur, ils ne profitent pas seuls de la réduction. Les enfans issus du mariage, à l'occasion duquel la donation a eu lieu, profitent de cette réduction et la partagent avec ceux du premier lit, n'étant pas nouveau qu'on ait du chef d'un autre ce qu'on n'aurait pas de son chef. (1)

Il s'ensuit que si les enfans du premier lit négligeaient de demander la réduction, ou y renonçaient en faveur de leur beau-père ou belle-mère, les enfans du second lit ou leur subrogé tuteur n'en auraient pas moins le droit de la demander pour leur intérêt personnel.

880. Nous avons vu sup., p. 126, n. 106 et suiv., que, dans les pays de droit écrit, on pensait que la légitime n'était pas due aux enfans en qualité d'héritiers, mais en qualité d'enfans; d'où il suivait que ceux qui renonçaient à la succession n'en avaient pas moins droit à la légitime.

Dans les pays de coutume, au contraire, on pensait que la réserve ou légitime était

[1] Pothier, *ubi sup.*, n. 567. *Nec est novum in jure ut quod quis ex personâ suâ non haberet, ex personâ alterius habeat.* Comme dans la loi 3, §. 11, versic. planè, ff. de bon. poss. contra tab.

uue portion de l'hérédité à laquelle on ne pouvait prétendre sans être héritier. Telle est l'opinion de Ricard, traité des donations, part. 3, n. 978, qui est aussi celle de Pothier, de Dumoulin, etc.

Cependant Ricard, n. 1301, et en cela il a été suivi par Pothier, (1) enseigne qu'il n'est pas nécessaire que les enfans, soit du premier, soit des autres mariages, de l'époux qui s'est remarié, acceptent sa succession pour demander la réduction de la donation faite à la nouvelle épouse, et que ceux qui renonceraient à la succession du donateur partageraient, avec ceux qui l'auraient acceptée, les biens provenus de la réduction. Ricard fonde cette opinion sur ce que l'édit des secondes noces et la loi *hâc edictali* accordent la réduction de la donation *aux enfans*, sans exiger qu'ils prennent la qualité d'héritiers, qui ne leur est pas, dit-il, nécessaire dans cette occasion, puisqu'ils ne trouvent pas les biens provenus de la réduction dans la succession du donateur, qui s'en était dépouillé par la donation, laquelle était à son égard irrévocable; en sorte que la réduction

[1] Du contrat de mariage, t. 2, n. 568 et 590; des donations entre vifs, sect. 3, art. 7, §. 4, p. 243. M. Grenier, t. 2, p. 706, a suivi sans examen l'opinion de Ricard, quoique, dans le même volume, il enseigne p. 318, n. 589, que, sous l'empire du Code, le droit à la réserve est attaché à la qualité d'héritier.

vient d'un privilège que la loi attribue spécialement aux enfans, qui n'a d'effet qu'à la mort du donateur, et par l'effet duquel les biens retranchés sont transmis directement en leurs personnes, en sorte qu'ils les tiennent du bénéfice de la loi en qualité d'enfans, et non en vertu d'autre titre.

Mais ces mêmes raisons ne sont point particulières aux donations faites à un nouvel époux; elles s'appliquent avec la même force à toutes les donations entre vifs faites par un père qui ne s'est pas remarié. Ces donations dessaisissent le donateur; ce n'est qu'après sa mort que les enfans peuvent en demander la réduction en vertu d'un privilège attaché à leur qualité d'enfans; ils ne trouvent point les biens sur lesquels ils demandent la réduction parmi ceux que le donateur laisse en mourant. Cependant Ricard et Pothier enseignent que les enfans ne peuvent prendre part à la réserve qu'en qualité d'héritiers. *Non habet legitimam nisi qui hæres est*, dit Dumoulin. Pothier, des donations, p. 193, observe fort bien que si les enfans ne trouvent pas les biens donnés dans la possession du donateur, la demande en réduction est une espèce de pétition d'hérédité, qui ne peut résider que dans la personne d'un héritier.

Il nous paraît donc qu'il faut opter, et admettre que, dans tous les cas, les enfans ont droit à la réserve en qualité d'enfans, lors même qu'ils renoncent à la succession du donateur, ou dire que les enfans qui demandent la réduction de la donation faite à leur beau-père ou belle-mère ne sont pas recevables, s'ils ne sont héritiers au moins sous bénéfice d'inventaire, et que ceux qui renoncent ne peuvent partager la réserve avec ceux qui acceptent. C'est cette opinion qui nous paraît préférable.

Remarquez, au reste, qu'en adoptant l'opinion de Ricard, elle ne pourrait s'appliquer ni aux donations testamentaires, ni aux donations faites pendant le mariage, toujours révocables comme les testamentaires, et qui, par cette raison, tiennent de la nature des donations à cause de mort; ni aux donations par contrat de mariage, lorsqu'elles participent de la nature des donations à cause de mort; par exemple, lorsqu'elles sont soumises aux dettes de la succession du donateur, ou lorsqu'elles ne contiennent qu'une quotité des biens qu'il laissera, etc. On ne pourrait donc appliquer cette opinion qu'aux donations purement entre vifs.

881. Il n'en est pas moins vrai que la réduction des donations entre vifs faites au nouvel époux, ne profite point aux créanciers du donateur, suivant l'art. 921. V. *sup.*, p. 149, n. 121.

882. L'édit des secondes noces défendait aux veuves ayant enfans, de donner *à leurs nouveaux maris* au-delà d'une part d'enfant le moins prenant. On interprétait ces expressions *à leurs maris* dans un sens collectif et non dans un sens distributif, comme si la loi avait dit : la femme ne pourra donner *à tous ses maris* ensemble qu'une part d'enfant; en sorte que celle qui avait déjà donné à un second mari autant qu'une part d'enfant le moins prenant, ne pouvait rien donner au troisième; et si elle n'avait pas donné au second la part entière, elle pouvait donner le surplus seulement à un troisième mari.

Le texte de l'art 1098 n'est pas aussi favorable à cette interprétation. C'est cependant de cette manière qu'il doit être entendu, autrement il s'ensuivrait que le Code qui a voulu, à l'égard de ceux qui ont des enfans d'un premier lit, restreindre au-dessous de la portion disponible, fixée par l'art. 913, la faculté de disposer en faveur d'un nouvel époux, l'aurait imprudemment augmentée.

Supposons qu'un veuf ayant trois enfans donne entre vifs à une seconde épouse, et par contrat de mariage, un corps certain équivalent au quart de son bien ; la donation n'est pas excessive, puisque chacun des trois enfans a également un quart. Cette seconde épouse meurt, laissant à des collatéraux le don qu'elle avait reçu de son mari. Si celui-ci, en épousant une troisième femme, pouvait encore lui donner quelque chose, il est évident qu'il excéderait la quotité permise par l'art. 913, et que l'art. 1094 ne permet d'excéder en faveur d'une épouse qu'à celui qui n'a point d'enfans du premier lit, tandis que le Code restreint cette quotité à l'égard de celui qui a déjà des enfans.

883. Ricard, Lebrun et Pothier (1) enseignent que les biens provenus de la réduction des donations entre vifs faites à un nouvel époux, ne doivent pas être imputés sur leur légitime ; et M. Grenier, t. 2, n. 707, p. 443, pense qu'il en est de même de la réserve établie par le Code : mais ces auteurs ne nous semblent pas avoir donné la véritable raison de décider. Commençons par donner un exemple de l'application du principe. Titius, père de six

[1] Ricard, des donations, part. 3, n. 1312 ; Lebrun, des successions, Liv. 2, ch. 3, sect. 9, n. 33, et Liv. 2, ch. 5, distinct. 3, n. 3 ; Pothier, du contrat de mariage, t. 2, n. 592.

enfans, donne à une seconde épouse, par contrat de mariage, un immeuble valant 42,000 fr.; il meurt laissant 42,000 fr. et un légataire universel de tous ses biens. Pour connaître la portion disponible, on réunit les 42,000 fr. donnés à la femme aux 42,000 fr. trouvés à la mort de Titius; total, 84,000 fr.

Le quart disponible, suivant l'art. 913, est 21,000 fr., la réserve de 63,000 fr. qui, divisés entre les six enfans, donneraient 10,500 fr. à chaque. Mais l'épouse devant être comptée pour fixer la part d'enfant le moins prenant, il faut diviser par sept, ce qui donne 9000 fr. pour chaque enfant. La femme ayant reçu 42,000 fr. et n'en pouvant recevoir que 9000, son don doit être réduit de 33,000 fr. Si cette somme est imputée sur la réserve, il suffira de prélever 30,000 fr. sur les 42,000 fr. trouvés à la mort du défunt; il restera 12,000 fr. pour le légataire universel. Au contraire, si les 33,000 f. provenus de la réduction du don fait à l'épouse ne s'imputent point sur la réserve, le légataire universel n'aura rien à prétendre; car les 42,000 fr. laissés par le défunt sont inférieurs à la réserve qui est 63,000 fr.

La principale raison que les auteurs cités donnent contre l'imputation, est que les enfans tiennent la réduction du don de la loi, et non

de la libéralité du père : mais qu'importe cela? C'est aussi de la loi, et non de la libéralité du père, que les enfans tiennent ce qu'il laisse sans en avoir disposé. La réserve est une portion du patrimoine du père affectée aux enfans par la loi, et les biens rentrés par la réduction du don excessif faisaient partie de ce patrimoine. Ils en avaient été distraits, il est vrai ; mais la loi les y fait rentrer.

Mais si la loi les y fait rentrer, ce n'est qu'à la mort du donateur, 920, qui ne peut les y faire rentrer pendant sa vie. La loi lui permettait de donner le quart de ses biens ; il l'a donné, et même au-delà, dans l'espèce proposée. Il ne peut donc plus rien donner ; il n'a plus rien de disponible. S'il pouvait donner par testament ce que son donataire entre vifs a reçu de trop, son légataire aurait plus de droits qu'il n'en avait lui-même. C'est par ce motif que l'art. 921 veut que ses légataires ne puissent ni demander la réduction des dons excessifs, ni en profiter ; car s'ils en profitaient, ils tiendraient leur droit d'un homme qui n'en avait plus aucun lui-même.

La véritable raison de décider si les biens provenus de la réduction du don entre vifs fait à la seconde épouse sont imputables ou non sur la réserve, se trouve donc dans l'art.

921, qui ne veut pas que les légataires profitent de la réduction des dons entre vifs : car si cette imputation était admise, il est évident que les légataires profiteraient de la réduction, contre la disposition expresse de cet article; disposition qui est fondée en raison, et qui, étant générale, doit s'appliquer également aux dons excessifs faits à l'un des époux, en vertu de l'art. 1094, lors même que le donateur n'a point d'enfans d'un premier lit.

Ainsi Titius, en se mariant, fait à son épouse un don entre vifs équivalent à la moitié ou aux trois quarts de ses biens en propriété : il meurt laissant un fils unique, et un testament par lequel il donne à Caïus le quart de ses biens. Caïus ne peut rien prétendre; son legs est caduc en totalité, parce que Titius ayant épuisé la portion disponible par le don qu'il avait fait à son épouse, n'avait plus rien à donner. Il est vrai que ce don doit être réduit au quart en propriété et à un autre quart en usufruit. Or, Titius n'ayant qu'un enfant pouvait disposer de la moitié en propriété, suivant l'art. 913. Il semble donc que le legs de Caïus, au lieu d'être caduc en totalité, devrait n'être que réduit à la nue propriété d'un quart; mais la réduction du don

fait à l'épouse ne peut profiter à Caïus, conformément à la disposition expresse de l'art. 921.

884. Pour juger si le don fait au nouvel époux est excessif, il faut composer la masse des biens laissés par le donateur, et de ceux qu'il a donnés soit au nouvel époux, soit à d'autres personnes, conformément à la disposition de l'art. 922 ; (1) et s'il y avait des donations antérieures qui absorbassent la portion dont le donateur pouvait disposer, eu égard au nombre des enfans, le don fait au nouvel époux demeurerait sans effet. Par exemple, si le père, qui avait trois enfans ou plus, donnait d'abord à l'un d'eux par préciput, ou à un étranger, le quart de ses biens, il ne pourrait plus rien donner à sa nouvelle épouse; la portion indisponible doit toujours rester intacte pour la réserve des enfans. (2)

S'il n'existe point de donations antérieures, on divise la masse par le nombre des enfans, en y ajoutant une unité. S'il y a trois enfans, on divise par quatre, y compris la part de l'époux donataire, qui se trouve avoir par

[1] V. *sup.*, p. 152; Pothier, du contrat de mariage, n. 594.

[2] Grenier, t. 2, p. 447, n. 716.

ce moyen un quart des biens, de même que chacun des enfans. S'il y avait quatre enfans, il aurait le cinquième, le sixième s'il y en avait cinq, etc.

Mais s'il n'y avait qu'un ou deux enfans, l'époux donataire ne pourrait avoir que le quart des biens, quoique, dans le premier cas, l'enfant unique eût les trois quarts, et que, dans le second, chacun des enfans eût trois huitièmes, et l'époux donataire deux huitièmes seulement, parce que, selon l'art. 1098, le don fait au nouvel époux ne peut jamais excéder le quart des biens.

Si le père ayant trois enfans avait donné entre vifs un huitième à un étranger ou à l'un d'eux par préciput, au lieu du quart qu'il pouvait donner, le don du nouvel époux ne pourrait jamais surpasser l'autre huitième, quoique ce huitième n'égalât pas la part du moins prenant des enfans; parce que la portion disponible, qui doit toujours rester intacte, ne peut jamais excéder le quart des biens, lorsqu'il y a trois enfans ou plus.

885. Si la donation faite à l'un des enfans n'était point par préciput, les autres enfans pourraient en exiger le rapport, et ce rapport

profiterait indirectement à l'époux donataire : il pourrait même l'exiger, si les autres enfans négligeaient de le demander, parce que la veuve est donataire d'une part incertaine qui ne peut être fixée que par le rapport. Telle était la jurisprudence ancienne (1) sous la coutume de Paris, qui, comme le Code, admettait pour principe que le rapport n'est dû qu'aux héritiers.

886. Si la donation faite au nouvel époux d'un corps certain, d'une somme ou d'une quotité, était inférieure à une part d'enfant, elle ne pourrait être augmentée par la mort de l'un des enfans. Mais la donation qui contiendrait, en termes généraux, une part d'enfant, s'accroîtrait par la mort de l'un ou de plusieurs des enfans, comme elle décroîtrait par la naissance d'autres enfans. C'est une part égale à celle du moins prenant, et rien de plus, que le donateur a eu en vue.

887. Si tous les enfans prédécédaient, quelle serait alors l'étendue de la donation d'une part d'enfant? L'époux donataire ne pourrait

[1] V. Lebrun, Liv. 2, ch. 5, distinct. 3, n. 3; un arrêt du 2 avril 1683, rapporté au journal des audiences; Dénisart, v° *rapport*, n. 71; Grenier, des donations, t. 2, p. 167, n. 500, et P. 445, n. 711.

prétendre tous les biens, car le donateur n'a pas voulu les lui donner. Ricard, et après lui Pothier, (1) pensaient, par argument tiré de quelques lois romaines, que le donataire devait avoir la moitié. *Partis appellatio non adjectâ quotâ, dimidia intelligitur.* L. 164, §. 1, ff. de v. s. Dénisart rapporte un arrêt de 1753., qui le jugea ainsi.

Sous l'empire du Code, il paraît que le donateur ne doit avoir en ce cas que le quart des biens; (2) car l'art. 1098 ne veut pas que la part d'enfant s'élève au-dessus de ce taux, et le donateur est censé avoir conformé sa volonté à la disposition de la loi.

888. Si le donateur, au lieu d'une part d'enfant, avait donné la moitié ou même tous ses biens, ou enfin tout ce que la loi permettait de donner, le prédécès de tous les enfans empêcherait la réduction de la donation; car ce n'est qu'en leur faveur que la réduction est autorisée: les collatéraux ne peuvent la demander. (3)

889. Il faut remarquer que la donation *d'une part d'enfant* est conditionnelle par sa

[1] Du contrat de mariage, t. 2, n. 598 in fin., et traité des donations entre vifs, pag. 254.

[2] Grenier, t. 2, p. 428.

[3] Grenier, *ibid.*, p. 427.

nature ; qu'elle participe de la nature des donations à cause de mort, et qu'elle devient caduque par le prédécès du donataire : elle est comparable à une institution contractuelle, ou à la donation d'une portion des biens que le donateur laissera à son décès. En effet, la donation d'une part d'enfant a nécessairement trait à la mort du donateur, seule époque où l'on puisse déterminer une part d'enfant. Telle était l'ancienne jurisprudence confirmée par des arrêts et par la raison. (2)

890. Mais quoique la donation d'une part d'enfant soit caduque par le prédécès du donataire, s'il naît des enfans du mariage à l'occasion duquel elle a été faite, on pensait autrefois qu'ils étaient censés substitués vulgairement au donataire, comme dans le cas de la donation d'une partie des biens que le donateur laissera à son décès : ainsi la donation ne devenait caduque que par le prédécès du donataire sans enfans issus du mariage. Telle est la doctrine de Pothier, traité du contrat de mariage, n. 596, et elle a été suivie par M. Grenier, t. 2, p. 429, n. 684. Mais cette doctrine nous paraît proscrite par le Code, art. 1093, qui porte que la donation

(1) V. Pothier, du contrat de mariage, n. 595 ; Grenier, *ibid.*, p. 429, n. 684.

de biens à venir, ou de biens présens et à venir, ne sera point transmissible aux enfans issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur. Cette substitution vulgaire au profit des enfans n'est donc pas admise, si elle n'est pas exprimée, comme Pothier conseillait de le faire ; car il trouvait difficile d'admettre cette substitution tacite.

891. L'art. 1099 défend de donner au nouvel époux au-delà d'une part d'enfant, *directement ni indirectement.* L'édit des secondes noces disait, *de quelque façon que ce soit.* On a toujours été fort rigoureux sur ce point. Non soulement les donations formelles, même réciproques, sont sujettes à la réduction, mais encore tous les avantages qui se trouvent renfermés dans les conventions ordinaires de mariage. La règle établie par l'art. 1527 est que, lorsqu'il y a des enfans d'un précédent mariage, « toute convention qui tendrait » dans ses effets à donner à l'un des époux » au-delà de la portion réglée par l'art. 1098, » est sans effet pour tout l'excédant de cette » portion. »

892. Par exemple, quoique le préciput de communauté soit une stipulation assez ordinaire en faveur du survivant des époux,

cependant, si la part d'enfant le moins prenant était inférieure au préciput, la moitié du préciput en cas d'acceptation, et la totalité en cas de renonciation de la veuve à la communauté, serait considérée comme avantage sujet à réduction; d'où il suit que la stipulation de préciput au profit du nouvel époux est sans effet, s'il est en outre donataire d'une part d'enfant. Pothier, du contrat de mariage, n. 549.

Mais la somme stipulée pour les habits de deuil n'est pas considérée comme un avantage indirect, parce que c'est la loi qui accorde les habits de deuil à toutes les veuves. La fixation de leur valeur vient seule de la convention; et si cette valeur était fixée à une somme excessive, eu égard à l'état et aux facultés du mari, elle serait soumise à réduction. Pothier, *ibid.*, n. 559.

893. La communauté de biens que la loi établit entre les époux est un contrat de société qui ne renferme pas un avantage indirect au profit du nouvel époux, si ses apports sont égaux; mais lorsqu'ils ne le sont pas, par exemple, si l'époux qui avait des enfans apporte 10,000 fr. à la communauté, et la nouvelle épouse rien, ou moins de

10,000 fr., cette inégalité forme, au profit de la dernière, un avantage sujet à réduction. *Ibid.*, n. 550.

La chose est évidente, si les apports sont stipulés dans un contrat de mariage; mais s'il n'y a pas de contrat, l'inégalité qui existe entre les deux mobiliers que la loi fait entrer en communauté, n'en forme pas moins un avantage indirect, parce qu'il ne vient pas immédiatement de la loi : car, lorsque les parties n'ont point fait de stipulation particulière sur le plus ou le moins d'étendue de leur communauté, elles sont censées s'en être rapportées à la loi sur les choses dont elles voulaient que la communauté fût composée, 1387-1527. L'inégalité dans la valeur du mobilier que chacun des deux époux apporte en se mariant dans la communauté légale, a donc toujours été regardé comme un avantage fait au second époux, et comme tel sujet à réduction, comme dans le cas de la communauté conventionnelle. Pothier, *ibid.*, n. 551.

Les personnes qui ont des enfans et qui se remarient, doivent donc avoir la précaution de régler les apports respectifs dans leur contrat de mariage, si elles veulent prévenir les contestations qui peuvent s'élever après leur

mort sur le plus ou le moins d'apports de l'un des deux : c'est le conseil de la prudence. V. Ricard, part. 3, n. 1200 ; Lebrun, des successions, Liv. 2, ch. 6, sect. 1, dist. 4, n. 10 et suiv.

894. Mais l'inégalité des apports serait-elle compensée par l'industrie du second époux, s'il avait, par exemple, un talent ou un état lucratif qui fît entrer chaque année en communauté des sommes considérables? (1) La décision dépendrait des circonstances, de l'inégalité dans les apports, comparée avec l'inégalité d'industrie, et son produit plus ou moins grand, plus ou moins certain.

895. Il faut remarquer que si l'inégalité des capitaux qui entrent dans la communauté forme un avantage indirect au profit du nouvel époux, il n'en est pas ainsi de l'inégalité des revenus ; par exemple, si un père riche de 10,000 fr. de rente épousait une femme sans biens. Pothier, n. 552 ; Ricard, Henris, etc.

896. S'il est échu des successions mobilières à la personne qui, ayant des enfans, s'est remariée, cet événement ne forme pas un avantage sujet à réduction contre le nouvel époux, quoiqu'il recueille dans la communauté la

[1] V. Pothier, *ibid.*, n. 552.

moitié de ces successions : ce cas est différent des apports inégaux au moment du mariage. L'inégalité de ces apports est quelque chose de certain et de déterminé, dont en se remariant l'un des époux, par le défaut de réserve, se dépouille pour le mettre en communauté. Au contraire, les successions futures sont incertaines; il est incertain si elles écherront à l'époux qui se remarie, si elles écherront pendant le mariage, si elles seront lucratives : en un mot, celui qui ne réserve pas les successions futures ne se dépouille de rien. Ce défaut de réserve ne peut donc être considéré comme un avantage fait à l'autre époux. C'est ainsi que l'on pensait et qu'on jugeait dans l'ancienne jurisprudence. Pothier, n. 553; Bretonnier et Henris qu'il cite.

Mais si le nouvel époux se réservait propres les successions futures qui pourraient lui échoir, et que celui qui se remarie omît de faire la même réserve, quoiqu'il eût l'espoir prochain de recueillir des successions opulentes, il y a apparence que ces deux circonstances réunies feraient considérer l'omission comme un avantage indirect fait au nouvel époux, et par conséquent soumis à réduction.

897. La convention par laquelle on fixerait à forfait la part de communauté de la seconde

femme à une somme, serait aussi considérée comme un avantage indirect, si cette somme se trouvait supérieure à la part qu'elle aurait eue dans la communauté. Pothier, *ibid.* n. 556.

Si une pareille fixation était admise sans examen, elle deviendrait un moyen d'éluder la loi; et si elle était soumise à l'arbitrage du juge, elle occasionnerait des procès qu'il faut retrancher.

Mais si la somme fixée à forfait pour la part de communauté de la seconde épouse n'excédait pas ses apports, il n'y aurait pas d'avantage indirect; car la stipulation de reprendre ses apports n'est pas un avantage.

898. Il en est de même des simples bénéfices résultans des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoiqu'inégaux des deux époux; ils ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfans du premier lit, suivant la disposition finale de l'art. 1527.

899. Il faut remarquer que cette disposition n'a pour objet que d'autoriser le partage égal des bénéfices de communautés dans lesquelles des mises inégales ont eu lieu, sans que ce partage égal puisse être réputé un avantage au profit de celui des

époux dont la mise a été nulle ou moindre que celle de l'autre époux ; mais on ne peut étendre la même disposition à une stipulation qui appellerait l'époux survivant à la propriété de la totalité de ces mêmes bénéfices. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour de cassation, du 2 mai 1808, qui cassa un arrêt par lequel la cour de Douai avait jugé le contraire. V. le n° suivant.

900. Ainsi il ne faut pas appliquer au cas particulier de l'existence d'enfans du premier lit la disposition de l'art. 1525, qui permet en général aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur. Cet article ajoute que cette stipulation n'est qu'une convention de mariage entre associés, et qu'elle n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme. Mais l'art. 1527 excepte formellement de la liberté presque illimitée des conventions matrimoniales établies par les divers articles précédens, toute convention qui tendrait à porter atteinte à la réserve légale dévolue aux enfans d'un premier lit. Ainsi l'art. 1527

limite l'art. 1525 et y forme exception, comme l'a pensé la cour de cassation dans les considérans de l'arrêt ci-dessus cité, qui est rapporté par M. Merlin, nouv. répert., v° *noces* (*secondes*) §. 7, art. 2, n. 4.

901. Le Code ne défend pas seulement les conventions qui tendraient à donner indirectement au nouvel époux au-dessus d'une part d'enfant, il défend toutes les donations ou déguisées sous la forme d'un autre contrat, ou faites à des personnes interposées, 1099. (1) Il ne se borne même pas à les déclarer réductibles, il en prononce formellement la nullité et non la simple réduction : « Toute donation » ou déguisée ou faite à personne interposée » sera *nulle*. » La loi punit par cette nullité les fraudes concertées contre ses dispositions.

902. Le déguisement et l'interposition des personnes peuvent se prouver par tous les genres de preuve reçus en justice, par témoins, et même par des présomptions tirées des circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi; ces présomptions sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat qui ne doit les

(1) On trouve de plus amples détails sur cette matière dans le traité de Pothier, des donations entre mari et femme, 1re partie, ch. 2; des avantages indirects défendus entre mari et femme, p. 117 et suiv.

admettre que lorsqu'elles sont graves, précises et concordantes, 1353.

903. Le Code a même établi des présomptions légales à l'égard de l'interposition des personnes. L'art. 1100 porte : « Seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfans ou à l'un des enfans de l'autre époux *issus d'un autre mariage.* » Ainsi les enfans nés ou à naître (1) du nouveau mariage ne sont pas réputés personnes interposées.

Le même article répute faites à personnes interposées, les donations faites aux parens dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait pas survécu à son parent donataire.

En se tenant à la lettre de cette disposition, les aïeux de l'époux donataire, dont le père et la mère seraient vivans, ne seraient pas réputés personnes interposées; car le donataire n'est pas leur héritier présomptif. On regardait les aïeux comme personnes interposées dans l'ancienne jurisprudence, parce que l'édit des secondes noces défendait de donner aux *père* et *mère* du nouvel époux, et que *patris*

(1) Pothier, du contrat de mariage, n. 540; Grenier, t. 2, p. 430; Ricard, part. 3, n. 1242.

nomine avus quoque demonstrari intelligitur. L. 201, ff. de v. s. Pothier, n. 539. Il est vraisemblable (1) que la donation faite aux aïeux serait également rejettée sous l'empire du Code; les magistrats ont sur ce point une grande latitude de pouvoirs.

Au reste, les père, mère et enfans du nouvel époux ne sont incapables de recevoir que pendant la vie de ce dernier, après la mort duquel ils ne peuvent plus être personnes interposées.

904. Les enfans de l'époux donateur ne peuvent, de son vivant, renoncer à faire réduire après sa mort les dons faits à leur beau-père ou belle-mère. (2)

§. I^er^.

Des donations entre époux faites par contrat de mariage.

SOMMAIRE.

905. *Le mineur peut donner à son futur époux par contrat de mariage.*

906. *Distinction entre la donation de biens présens, et celle de biens* présens et à venir.

(1) Grenier, t. 2, p. 430, n. 687.

(2) V. Pothier, traité des donations entre vifs, sect. 3, art. 7, §. 5, p. 248; Grenier, t. 2, p. 445, n. 713.

907. Les premières ne sont point soumises à la condition de survie, lorsqu'elles sont entre vifs, mais à celle de la célébration du mariage.

908. Caducité, par le prédécès du donataire, des donations de biens présens et à venir, faites par un époux à l'autre; elles ne passent point aux enfans issus du mariage, à la différence des donations faites par un étranger.

909. Elles ne sont pas révocables par survenance d'enfans.

910. Elles sont révoquées en faveur de l'époux qui a obtenu le divorce.

911. Elles le sont par la faillite du mari.

905. La faveur de ces donations est telle que les mineurs même au-dessous de seize ans (903) peuvent donner par contrat de mariage, soit par donation simple, soit par donation réciproque, tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint, pourvu que ce soit avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de leur mariage, 1095.

906. Il faut, dans les donations entre époux faites par contrat de mariage, distinguer celles qui ne comprennent que des biens présens, de celles qui contiennent des biens présens et à venir.

907. Les donations *entre vifs* de biens présens sont soumises à toutes les règles et formes

prescrites pour les autres donations entre vifs, à l'exception de l'acceptation expresse dont elles sont dispensées, 1087, ainsi que de la règle, *donner et retenir ne vaut*, 1086.

Elles ne sont point censées faites sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est pas formellement exprimée, 1092; et en cas de prédécès de l'époux donataire, les biens donnés passent à ses enfans ou à ses héritiers collatéraux, s'il n'y a pas une stipulation de survie ou de retour, pourvu cependant que le donataire ne décède qu'après la célébration du mariage; car toutes les donations faites par contrat de mariage sont caduques, si le mariage ne s'ensuit pas, 1088.

908. Les futurs époux peuvent aussi se donner, par leur contrat de mariage, soit leurs *biens à venir seulement*, c'est-à-dire, les biens qu'ils laisseront à leur décès, soit leurs biens présens et futurs; et ces donations, soit simples, soit réciproques, sont soumises aux règles prescrites dans le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur sont faites par des tiers; si ce n'est qu'en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur, elles ne passent point aux *enfans issus du mariage*, 1093.

Lorsque des donations de cette espèce sont

faites par un tiers à l'un des époux, la loi présume que le donateur a voulu donner à l'époux et à ses enfans ; ces derniers lui sont substitués par une substitution vulgaire tacite.

Mais lorsque l'un des époux donne à l'autre, on présume que l'époux donateur n'a voulu gratifier que l'époux donataire, et qu'il n'a point eu en vue les enfans à naître de leur mariage, parce que les biens compris dans la donation se trouveront dans la succession du donateur, s'ils ne sont pas dans celle du donataire.

D'ailleurs, si la donation était mutuelle, comment les biens pourraient-ils passer aux enfans ?

909. Les donations faites entre époux par contrat de mariage ne sont pas sujettes à la révocation par survenance d'enfans, art. 960. c. 1096.

910. Mais elles sont révocables en deux cas :

1° S'il y a divorce, pour quelque cause qu'il ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce a été admis perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit pendant sa vie : mais l'époux qui a obtenu le divorce conserve les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que

la réciprocité n'ait pas lieu, art. 299 et 300. Nous avons vu tom. 1, p. 119, que ces articles ne sont point applicables au cas de la séparation de corps.

911. 2° Lorsque le mari est en faillite, la femme ne peut exercer aucune action à raison des avantages qui lui ont été faits par contrat de mariage; et réciproquement les créanciers du mari ne peuvent se prévaloir, dans aucun cas, des avantages faits par la femme au mari dans le même contrat. (Code de commerce, art. 549.)

§. II.

Des donations entre époux faites pendant le mariage.

SOMMAIRE.

912. *Ancien droit sur la faculté accordée aux époux de se faire des libéralités pendant le mariage.*

913. *Le Code a suivi les principes du droit romain.*

914. *Mais ces donations, quoique qualifiées entre vifs, sont toujours révocables.*

915. *Les époux ne peuvent se faire de dons ni de legs réciproques par le même acte.*

916. *Ils le peuvent par des actes séparés.*

917. *Ces dons, quoiqu'à cause de mort, peuvent être faits dans la forme des dons entre vifs.*

918. *Ils sont caducs par le prédécès du donataire.*
919. *Différence de ces dons et des donations testamentaires.*
920. *Ils sont confirmés par la mort civile du donateur.*
921. *L'époux donateur n'est point tenu à demander la délivrance.*
922. *Ces dons ne subissent de réduction qu'après l'épuisement des legs.*
923. *Comment ils peuvent être révoqués.*
924. *Ils ne sont point révoqués par une création d'hypothèque sur les biens donnés.*
925. *Le mineur ne peut donner à son épouse pendant le mariage.*

912. La plupart des anciennes coutumes de France défendaient aux époux de se rien donner pendant le mariage, soit entre vifs, soit à cause de mort, si ce n'était par don mutuel et réciproque. (1)

Le droit romain, au contraire, permettait aux époux de se donner à cause de mort: quant aux donations entre vifs qu'ils se faisaient pendant le mariage, elles étaient révocables par la seule volonté du donateur; (2) mais s'il mourait sans les avoir révoquées, ses héritiers n'étaient pas recevables à les

(1) V. Pothier, traité des donations entre mari et femme, n. 8 et suivans.

(2) Pothier, *ibid.*

attaquer : il était censé avoir persévéré dans la même volonté.

913. Le Code Napoléon a suivi les principes du droit romain. Les époux peuvent, pendant le mariage, se donner toute la portion disponible de leurs biens, fixée comme nous l'avons dit ci-dessus.

914. Mais afin d'assurer l'entière liberté des époux, afin de réparer l'effet de la séduction, de prévenir le repentir ou les regrets qui la suivent, les dissensions domestiques que des refus pourraient occasionner ; enfin, dans la crainte que les époux ne se dépouillent inconsidérément par une affection désordonnée, (1) le Code a voulu, comme le droit romain, que ces donations, quoique qualifiées entre vifs, fussent toujours révocables, et que la révocation puisse être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari ni par la justice, art. 1096.

915. Ces donations étant déclarées essentiellement révocables, le Code a ordonné de plus que « les époux ne pourront, pendant » le mariage, se faire, ni par actes entre vifs » ni par testament, aucune donation mutuelle

(1) Ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusâ erga se facilitate. L. 1, ff. *de donat. inter vir. et ux.*

» et réciproque *par un seul et même acte.* »
Art. 1097.

Cette disposition a eu pour but de prévenir les discussions qui pourraient naître de l'indivisibilité de ces sortes de donations. Si l'un des époux révoquait et que l'autre vînt à mourir, les héritiers de celui-ci pourraient prétendre que les deux donations étant la condition réciproque l'une de l'autre, la révocation de l'une doit entraîner la révocation de l'autre.

916. Mais remarquez que le Code n'interdit aux époux les donations mutuelles que lorsqu'elles sont faites par un seul et même acte; et par cette défense ainsi limitée, il leur permet évidemment de se faire des donations mutuelles par des actes séparés, (1) quand même ces actes seraient faits le même jour, au même instant, et devant les mêmes notaires et témoins, sans laisser aucun intervalle entre les deux. C'est un point solemnellement décidé par l'arrêt de la cour de cassation, du 22 juillet 1807. (2)

917. Cet arrêt décide encore que les dons

(1) Merlin, dans le réquisitoire sur lequel intervint l'arrêt de la cour de cassation, du 22 juillet 1807, rapporté par Syrey, an 1807, p. 368.

(2) Rapporté par Sirey, *ubi sup.*

entre époux pendant le mariage, quoiqu'ils soient par leur nature dons à cause de mort; par exemple, s'ils ne contiennent que les biens que le donateur laissera à son décès, peuvent néanmoins être faits dans la forme des donations entre vifs; mais dans ce cas ils sont assujettis à toutes les formalités extérieures que le Code prescrit pour les donations entre vifs, (1) et par conséquent à l'acceptation expresse, dont les donations par contrat de mariage sont seules dispensées par l'art. 1087.

918. Les donations entre époux, faites pendant le mariage, étant toujours révocables, et n'étant confirmées que par la mort de l'époux donateur, sont de véritables donations à cause de mort, qui, comme toutes les donations de cette espèce, (2) sont caduques par le prédécès de l'époux donataire, (3) ou par sa mort civile. (4)

919. Elles diffèrent des legs ou donations testamentaires en plusieurs points importans.

(1) Est-il nécessaire qu'il soit fait un inventaire estimatif des effets mobiliers, suivant l'art. 948? Non; car on ne peut faire un état des meubles qu'on possédera à son décès.

(2) Comme toutes les donations de cette espèce. V. inst. de donat., Lib. 2, tit. 7, §. 1. Aut prior decesserit cui donatum sit. Pothier, in pandect., t. 3, p. 43, in tit. de donat., caus. mort., art. 3; Voët, in eumdem tit., n. 7.

(3) Voët, in tit. de donat. inter vir. et ux., n. 4; L. 6, Cod. de donat. int. vir. et ux., Lib. 6, tit. 16; Grenier, t. 2, p. 102, n. 454.

(4) Grenier, p. 159 et 460.

Leur effet remonte au jour où elles ont été faites, (1) ou plutôt au jour de l'acceptation, et non pas seulement au jour de la mort du donateur, comme l'effet des testamens : elles ont besoin d'être confirmées par le silence du donateur jusqu'à sa mort ; mais cette confirmation arrivant, la donation conserve sa force du jour même de sa date, comme les donations conditionnelles, qui rétroagissent au jour de l'acte.

920. Il suit de là qu'elles sont confirmées par la mort civile, (2) aussi bien que par la mort naturelle du donateur, à la différence du testament qui est annulé, si le testateur a perdu les droits civils au moment de son décès.

921. Il suit encore que l'époux donataire n'est point, comme l'est le légataire, obligé à demander la délivrance aux héritiers de l'époux donateur. (3) Ainsi, quand il n'aurait formé

(1) Ad illud tempus referatur quo donatio conscripta sit. L. 25, Cod. de donat. int. vir. et ux., Lib. 5, tit. 16 ; Voët, *ubi sup.*, n. 4 ; Grenier, t. 2, n. 452.

(2) Voët, *ibid.*, n. 4, L. 13, ff. de donat. int. vir. et ux., Lib. 24, tit. 1 ; Grenier, t. 2, p. 102, n. 453. Cet auteur prétend que les autres donations à cause de mort ne sont pas confirmées par la mort civile du donateur. Il se fonde sur la loi 22, ff. de mort. caus. donat., qui dit : « In mortis causâ donationibus, » non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere » posset. » Cette loi dit bien que le donataire doit être capable de recevoir au moment de la mort du donateur, parce que c'est à cette époque que son droit est confirmé ; mais elle ne dit pas que la donation est révoquée, si le donateur n'est pas capable de donner à l'instant de sa mort ; ce qui est bien différent. Il n'y a que les donations testamentaires qui soient annulées par la mort civile du testateur.

(3) Grenier, p. 102, n. 453.

sa demande qu'après l'année, il aurait néanmoins les fruits du jour de la mort du donateur.

922. Enfin, de ce que l'effet de ces donations remonte au jour où elles ont été faites, il s'ensuit encore que, s'il y a des legs faits à d'autres personnes, ces legs n'ayant leur effet que du jour de la mort du testateur, la réduction ne doit pas se faire au marc le franc en cas d'excès, et que les legs doivent être épuisés avant qu'on puisse réduire le don fait à l'époux sous la forme d'une donation entre vifs.

923. En établissant le principe de la révocabilité des donations faites entre époux pendant le mariage, le Code n'a prescrit aucune formalité particulière pour cette révocation. Il en résulte que tout acte en forme probante, soit sous seing privé, (1) soit devant notaire, suffit pour opérer la révocation, pourvu qu'elle y soit clairement et nominativement énoncée. Il ne suffirait pas que l'acte révoquât tous les testamens antérieurs, car cette donation n'est pas un testament.

Ces donations sont aussi tacitement révoquées par l'aliénation des biens qui y sont compris.

[1] Quand même il ne serait pas entièrement écrit et daté de la main de l'époux qui révoque; autrement il en résulterait que l'époux donateur qui ne sait pas écrire, mais qui sait signer, serait obligé de recourir à des notaires pour révoquer; ce qui pourrait quelquefois gêner sa liberté.

924. Mais si l'époux donateur les avait seulement grevés d'hypothèques, la donation ne serait pas révoquée; les biens appartiendraient à l'époux donataire, sans néanmoins que les héritiers du donateur fussent obligés de les dégager, sauf le recours que l'époux donataire aurait vers eux, s'il était forcé d'acquitter la dette pour éviter l'action hypothécaire des créanciers. Il en est de ce cas comme de celui d'un legs, lorsque les biens légués se trouvent chargés d'hypothèque, art. 1020, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus.

925. La faveur des contrats de mariage n'étant point étendue aux donations faites pendant le mariage, il paraît que l'époux mineur ne peut donner à l'autre époux que par testament, et lorsqu'il a seize ans accomplis, suivant l'art. 904.

On pourrait dire que ces donations étant révocables comme un testament, l'esprit du Code ne s'oppose point à ce qu'un mineur dispose par donation en faveur de l'autre époux; mais la lettre s'y oppose, puisqu'il n'y a point d'exception pour les donations faites pendant le mariage, comme pour celles qui sont faites par contrat de mariage.

FIN DU CINQUIÈME VOLUME.

TABLE

DES TITRES ET DES CHAPITRES.

LIVRE TROISIÈME.

Des manières dont on acquiert la propriété.

TITRE II.

Des donations entre vifs et des testamens.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS générales, prohibition des substitutions, pag. 5

CHAPITRE II.

De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament, 78
Notions générales, 78

SECTION Ierc.

Des incapables de donner, 80

SECTION II.

Des incapables de recevoir, 86

SECTION III.

Des dispositions faites en faveur d'incapables sous le nom de personnes interposées, et des donations déguisées sous la forme de contrats onéreux, pag. 95

SECTION IV.

Des époques à considérer pour la capacité de donner ou de recevoir, 102

§. I. Des époques à considérer pour la capacité du testateur, 102

§. II. Des époques à considérer pour la capacité des héritiers institués et des légataires, 105

§. III. De l'époque à considérer pour la capacité du donateur et du donataire dans les donations entre vifs, 114

CHAPITRE III.

De la portion de biens disponible et de la réduction, 117

SECTION Ire.

De la portion disponible et de la réserve.

Notions préliminaires, 117

§. I. De la réserve des enfans, 123

§. II. De la réserve des ascendans, 133

§. III. Des cas où la réserve augmente ou diminue, 142

SECTION II.

De la réduction des donations et legs, 147

§. I. Quand et par qui la réduction peut être demandée, 148

§. II. Quels biens composent la masse à former pour connaître s'il y a excès dans les donations, 152

§. III. Comment on doit évaluer les biens, pag. 165
§. IV. Comment s'opère la réduction, 173
§. V. Quelles fins de non recevoir on peut opposer à la demande en réduction, 184

CHAPITRE IV.

Des donations entre vifs, 193

SECTION Ire.

De la forme des donations entre vifs, 193
§. I. L'acte de donation doit être passé devant notaire, 194
§. II. De l'acceptation des donations, 222
§. III. De l'irrévocabilité des donations, de la règle donner et retenir ne vaut, et de la tradition, 251
§. IV De la transcription des donations, 260

SECTION II.

De la révocation des donations, et des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs, 278
§. I. De la révocation des donations pour inexécution des conditions sous lesquelles elles ont été faites, 278

ART. Ier.

Des conditions réputées non écrites, 279

ART. II.

Des conditions qui opèrent la nullité de la donation, 302

ART. III.

Des conditions dont le non accomplissement ou l'inexécution opère la révocation des donations, pag. 307

§ II. De la révocation des donations par le retour conventionnel ou légal, 315

§ III. De la révocation des donations par survenance d'enfans, 320

§. IV. De la révocation des donations pour cause d'ingratitude, 339

§. V. De la restitution des fruits dans le cas de révocation des donations, 348

CHAPITRE V.

Des dispositions testamentaires.
Notions générales, 351

SECTION Ière.

Des règles générales sur la forme des testamens, 364
§ I. Des testamens olographes, 365
§. II. Des testamens par acte public ou notarié, 382

PREMIÈRE DIVISION.

Des personnes qui doivent coopérer à la rédaction du testament, 384

ART. Ier.

Des notaires, 384

ART. II.

Des témoins, 393

SECONDE DIVISION.

Des formalités exigées dans la rédaction de l'acte du testament, et ce qu'il doit contenir, pag. 408

ART. Ier.

De la dictée des testamens, 410

ART. II.

De l'écriture du testament par le notaire, 418

ART. III.

De la lecture du testament, 426

ART. IV.

De la signature du testament, 437

ART. V.

Des formalités prescrites par la loi sur le notariat, 456

ART. VI.

Langue dans laquelle l'acte doit être rédigé, 459

§. III. Du testament mystique ou secret, 465

SECTION II.

Des règles particulières sur la forme de certains testamens, 484

SECTION III.

Des institutions d'héritiers et des legs en général, 484

SECTION IV.

Du legs universel, 503

SECTION V.

Du legs universel, des legs particuliers, et en général de ce qu'on peut léguer, 506

SECTION VI.

De l'effet des legs, des droits et actions qu'ils confèrent aux légataires, des charges auxquelles ils les soumettent, comme ils y contribuent, p 517

SECTION VII.

Des exécuteurs testamentaires, et des formalités nécessaires pour assurer l'existence et la conservation des testamens, 560

SECTION VIII.

De la révocation des testamens, de leur caducité et du droit d'accroissement, de leur annulation ou rescision, 584

§. I. De la révocation des testamens par le fait du testateur, 585

ART. Ier.

De la révocation expresse, 591

ART. II.

De la révocation tacite, 632

ART. III.

De La révocation du testament par la rature, par la lacération de l'acte ou la rupture des sceaux, 648

§. II. De la révocation des testamens par la disposition de la loi, 668

§. III. De la caducité des dispositions testamentaires et du droit d'accroissement, 671

ART. Ier.

De la caducité des legs, 671

ART. II.

Qui recueille les legs caducs, et du droit d'accroissement, p. 677

§. IV. De l'annulation des testamens et de leur rescision, 697

CHAPITRE VI.

Des dispositions permises en faveur des petits enfans du donateur ou du testateur, ou des enfans de ses frères et sœurs, 718

§. I. Quelles sont les personnes qui peuvent substituer ou grever des biens de la charge de rendre, en faveur de qui, quels biens peuvent être substitués, et par quels actes, 720

§. II. De l'effet de la charge de rendre, ou des substitutions avant leur ouverture ; quelle est la nature et l'étendue des droits du grevé et des appelés, 732

§. III. Quelles sont les obligations du grevé et les charges de sa jouissance, 740

§. IV. Quand les substitutions sont-elles ouvertes, et quand sont-elles éteintes, 761

CHAPITRE VII.

Des partages faits par les pères et mères ou autres ascendans entre leurs descendans, et si le donataire entre vifs est assujetti aux dettes du donateur, 777

CHAPITRE VIII.

Des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfans à naître du mariage, 805

§. I. Des donations entre vifs de biens présens faites aux époux par contrat de mariage, pag. 806
§. II. Des donations de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, 811
§. III. Des donations faites cumulativement des biens présens et à venir, 826

CHAPITRE IX.

Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.
Principes communs à ces deux espèces de donations, 838
§. I. Des donations entre époux faites par contrat de mariage, 889
§. II. Des donations entre époux faites pendant le mariage, 893

FIN DE LA TABLE DU CINQUIÈME VOLUME.

ADDITION A LA PAGE 667.

Ajoutez à la fin du second alinéa : Mais cet arrêt a été cassé dans l'intérêt de la loi, sur le réquisitoire de M. le procureur-général Merlin, par le motif qu'en déférant le serment décisoire aux héritiers, et en jugeant que leur promesse d'acquitter les legs que leur auteur voulait consigner dans un testament, devait donner lieu à des dommages et intérêts *de même* valeur que les legs présumés, la cour de Turin introduisait un moyen indirect de faire produire des effets à des testamens verbaux destitués des formes prescrites par le Code.

Et par le motif encore que l'arrêt était contraire aux dispositions de l'art. 1356 du Code, qui veut que l'aveu judiciaire ne puisse être divisé; et à l'art. 1363, portant que, lorsque le serment est déféré ou référé, l'adversaire ne peut être admis à en prouver la fausseté.

L'arrêt de cassation est du 18 janvier 1813, et rapporté par Denevers, an 1813, p. 190.

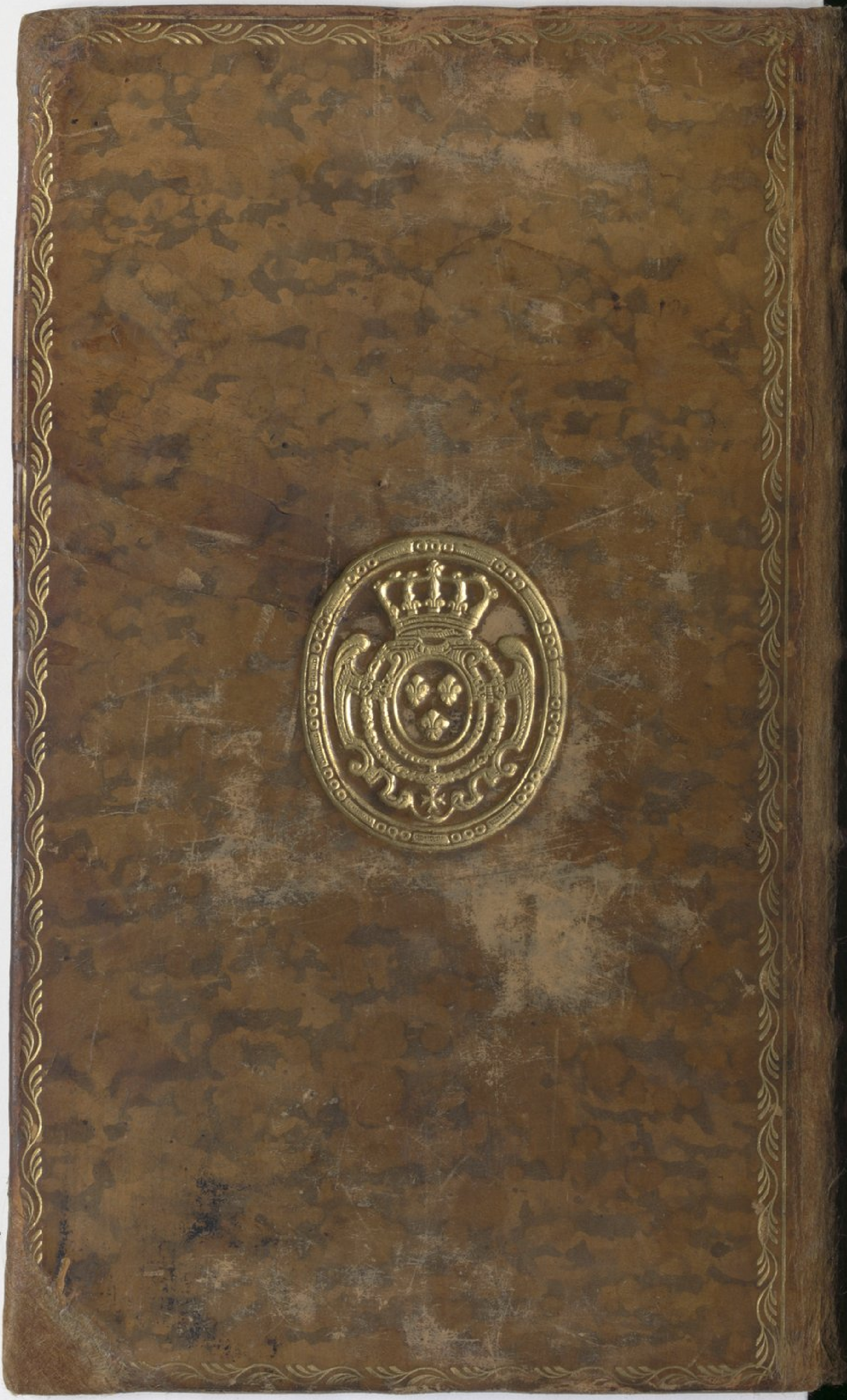

TABLE DES TITRES ET DES CHAPITRES.

LIVRE TROISIÈME.
TITRE II.
CHAPITRE PREMIER.
DISPOSITIONS générales, prohibition des substitutions,
CHAPITRE II.
De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament,
Notions générales,
SECTION Ière.
Des incapables de donner,
SECTION II.
Des incapables de recevoir,
SECTION III.
Des dispositions faites en faveur d'incapables sous le nom de personnes interposées, et des donations déguisées sous la forme de contrats onéreux, pag.
SECTION IV.
Des époques à considérer pour la capacité de donner ou de recevoir,
§. I. Des époques à considérer pour la capacité du testateur,
II. Des époques à considérer pour la capacité des héritiers institués et des légataires,
§. III. De l'époque à considérer pour la capacité du donateur et du donataire dans les donations entre vifs,
CHAPITRE III.
De la portion de biens disponible et de la réduction,
SECTION Ière.
De la portion disponible et de la réserve. Notions préliminaires,
§. I. De la réserve des enfans,
§. II. De la réserve des ascendans,
§. III. Des cas où la réserve augmente ou diminue,
SECTION II.
De la réduction des donations et legs,
§. I. Quand et par qui la réduction peut être demandée,
§. II. Quels biens composent la masse à former pour connaître s'il y a excès dans les donations,
§. III. Comment on doit évaluer les biens,
§. IV. Comment s'opère la réduction,
§. V. Quelles fins de non recevoir on peut opposer à la demande en réduction,
CHAPITRE IV.
Des donations entre vifs,
SECTION Ire.
De la forme des donations entre vifs,
§. I. L'acte de donation doit être passé devant notaire,
§. II. De l'acceptation des donations,
§. III. De l'irrévocabilité des donations, de la règle donner et retenir ne vaut, et de la tradition,
§. IV De la transcription des donations,
SECTION II.
De la révocation des donations, et des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs,
§. I. De la révocation des donations pour inexécution des conditions sous lesquelles elles ont été faites,
ART. 1er.
Des conditions réputées non écrites,
ART. II.
Des conditions qui opèrent la nullité de la donation
ART. III.
Des conditions dont le non accomplissement ou l'inexécution opère la révocation des donation,
§ II. De la révocation des donations par le retour conventionnel ou légal,
§ III. De la révocation des donations par survenance d'enfans,
§. IV. De la révocation des donations pour cause d'ingratitude,
§. V. De la restitution des fruits dans le cas de révocation des donations,
CHAPITRE V.
Des dispositions testamentaires. Notions générales,
SECTION Ière.
Des règles générales sur la forme des testamens,
§ I. Des testamens olographes,
§. II. Des testamens par acte public ou notarié,
PREMIÈRE DIVISION.
Des personnes qui doivent coopérer à la rédaction du testament,
ART. Ier.
Des notaires,
ART. II.
Des témoins,
SECONDE DIVISION.
Des formalités exigées dans la rédaction de l'acte du testament, et ce qu'il doit contenir,
ART. Ier.
De la dictée des testamens,
ART. II.
De l'écriture du testament par le notaire,
ART. III.
De la lecture du testament,
ART. IV.
De la signature du testament,
ART. V.
Des formalités prescrites par la loi sur le notariat,
ART. VI.
Langue dans laquelle l'acte doit être rédigé,
§. III. Du testament mystique ou secret-
SECTION II.
Des règles particulières sur la forme de certains testamens,
SECTION III.
Des institutions d'héritiers et des legs en général,
SECTION IV.
Du legs universel,
SECTION V.
Du legs universel, des legs particuliers, et en général de ce qu'on peut léguer,
SECTION VI.
De l'effet des legs, des droits et actions qu'ils confèrent aux légataires, des charges auxquelles ils les soumettent, comme ils y contribuent,
SECTION VII.
Des exécuteurs testamentaires, et des formalités nécessaires pour assurer l'existence et la conservation des testamens,
SECTION VIII.
De la révocation des testamens, de leur caducité et du droit d'accroissement, de leur annulation ou rescision,
§. I. De la révocation des testamens par le fait du testateur,

ART. I[er].
De la révocation expresse,
ART. II.
De la révocation tacite,
ART. III.
De La révocation du testament par la rature, par la lacération de l'acte ou la rupture des sceaux,
§. II. De la révocation des testamens par la disposition de la loi,
§. III. De la caducité des dispositions testamentaires et du droit d'accroissement,
ART. I[er].
De la caducité des legs,
ART. II.
Qui recueille les legs cadncs, et du droit d'accroissement,
§. IV. De l'annulation des testamens et de leur rescision,
CHAPITRE VI.
Des dispositions permises en faveur des petits enfans du donateur ou du testateur, ou des enfans de ses frères et soeurs,
§. I. Quelles sont les personnes qui peuvent substituer ou grever des biens de la charge de rendre, en faveur de qui, quels biens peuvent être substitués, et par quels actes,
§. II. De l'effet de la charge de rendre, ou des substitutions avant leur ouverture; quelle est la nature et l'étendue des droits du grevé et des appelés,
§. III. Quelles sont les obligations du grevé et les charges de sa jouissance,
§. IV. Quand les substitutions sont-elles ouvertes, et quand sont-elles éteintes,
CHAPITRE VII.
Des partages faits par les pères et mères ou autres ascendans entre leurs descendans, et si le donataire entre vifs est assujetti aux dettes du donateur,
CHAPITRE VIII.
Des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfans à naître du mariage,
§. I. Des donations entre vifs de biens présens faites aux époux par contrat de mariage
§. II. Des donations de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès,
§. III. Des donations faites cumulativement des biens présens et à venir,
CHAPITRE IX.
Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.
Principes communs à ces deux espèces de donations,
§ I. Des donations entre époux faites par contrat de mariage,
§. II. Des donations entre époux faites pendant le mariage,
FIN DE LA TABLE DU CINQUIÈME VOLUME.