Oeuvres complètes de Pothier , nouvelle édition...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Pothier, Robert Joseph (1699-1772). Oeuvres complètes de Pothier , nouvelle édition.... 1821-1824.

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

OEUVRES

COMPLÈTES

DE POTHIER.

2184

TOME VINGT-TROISIÈME.

F

41947

DE L'IMPRIMERIE DE P. DIDOT, L'AINÉ,
CHEVALIER DE L'ORDRE ROYAL DE SAINT-MICHEL,
IMPRIMEUR DU ROI.

OEUVRES

COMPLÈTES

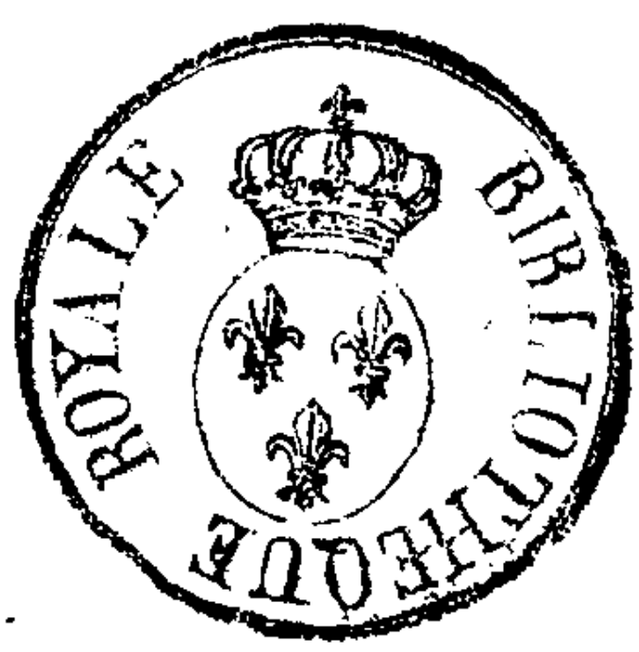
DE POTHIER.

NOUVELLE ÉDITION.

TRAITÉS

DES DONATIONS ENTRE-VIFS,

DES PERSONNES ET DES CHOSES.



A PARIS,

CHEZ THOMINE ET FORTIC, LIBRAIRES,

RUE SAINT-ANDRÉ-DES-ARTS, N° 59.

M. DCCCXXI.

TRAITÉ

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Nous n'admettons dans le droit françois que deux formes de disposer de nos biens à titre gratuit : la donation entre-vifs et la testamentaire. Ordonnance de 1731, art. 3.

La donation entre-vifs est une convention par laquelle une personne, par libéralité, se dessaisit irrévocablement de quelque chose au profit d'une autre personne qui l'accepte.

Les donations entre-vifs sont ou directes ou fidéicommissaires ; elles sont directes, lorsqu'elles se font sans l'interposition d'une personne tierce ; elles sont fidéicommissaires, lorsqu'elles sont faites par l'interposition d'un premier donataire, qui est chargé de restituer les choses données au second. Nous avons parlé de cette dernière espèce au *traité des Substitutions*.

La donation entre-vifs est du droit des gens ; nos lois civiles l'ont assujettie à certaines formes. Nous traiterons d'abord :

1° Des personnes qui peuvent donner, à qui on peut donner, et des choses qui peuvent être données ;

2° Des formes des donations entre-vifs, et par quels actes elles doivent être faites;

3° De l'effet des donations entre-vifs, et des cas auxquels elles peuvent être révoquées, ou souffrir un retranchement.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui peuvent donner, à qui on peut donner, et des choses qui peuvent être données.

ARTICLE PREMIER.

Des personnes qui peuvent donner entre-vifs.

La donation entre-vifs étant du droit des gens, il s'ensuit que les personnes qui jouissent du droit des gens, quoiqu'elles ne jouissent pas du droit civil, peuvent donner entre-vifs. C'est pourquoi les aubains peuvent donner entre-vifs, quoiqu'ils ne puissent pas le faire par testament. La raison de différence est que le testament appartient en entier au droit civil: le droit de tester ne peut, par conséquent, appartenir qu'aux citoyens pour qui la loi civile est faite; au lieu que la donation entre-vifs étant une convention, elle est, comme nous l'avons dit, du droit des gens auxquels les aubains participent.

Si les religieux ne peuvent donner, ce n'est pas parce-qu'ils sont privés des droits civils; mais c'est que, ne pouvant rien avoir, ils n'ont rien qu'ils puissent donner.

Ceux qui, étant hors du cloître, ont un pécule, peuvent disposer par donation entre-vifs des effets de leur pécule.

Les femmes mariées étant inhabiles à faire quoi que ce soit, si elles ne sont autorisées par leurs maris, elles ne peuvent, sans autorisation de leurs maris, donner entre-vifs; mais elles le peuvent avec son autorisation.

Les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent donner entre-vifs, parceque la loi civile les prive, à cause de l'infirmité de leur âge, de la disposition de leurs biens.

S'ils étoient émancipés, soit par le mariage, soit par lettres, ils pourroient donner entre-vifs des effets mobiliers, l'émancipation leur donnant le droit de disposer de ces sortes de choses; mais ils ne pourroient donner aucun immeuble, toute aliénation de leurs immeubles leur étant interdite.

Il est évident que les insensés ne peuvent donner, puisque la donation renferme un consentement dont ils ne sont pas capables. Cela a lieu, quoique l'insensé ne fût pas interdit par sentence lors de la donation qu'il auroit faite; mais, en ce cas, c'est à ceux qui l'attaqueroient à justifier qu'au temps de la donation, le donateur n'avoit pas l'usage de la raison.

Il en est autrement du prodigue; il n'est pas par lui-même incapable de donner, puisque ayant l'usage de la raison, il est capable de consentement. Ce n'est que par la sentence du juge qui, en le privant de l'administration et de l'aliénation de son bien, le rend incapable de donner; d'où il suit que les donations qu'il auroit faites avant cette sentence, quoiqu'il méritât lors l'interdiction, sont valables.

Si un interdit, pour cause de démence, avoit recouvré la raison, et qu'il eût fait depuis une donation, avant néanmoins que d'avoir été relevé par sentence,

la donation seroit-elle valable? Ricard dit que oui. La loi première, ff. *de curat. furioso*, semble autoriser son sentiment; car, en parlant des fous et des furieux, elle dit: *Tamdiù erunt ambo in curatione quamdiù vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si evenerit ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.*

Cet auteur conclut de ces mots, *ipso jure*, que l'interdit qui a recouvré la raison recouvre de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'une sentence du juge qui le relève, la faculté de disposer de ses biens; et, en conséquence, il pense que le donataire peut défendre la donation qui lui a été faite, en justifiant que le donataire, lors de la donation, avoit recouvré la raison. Je pense qu'il seroit dangereux d'admettre, en ce cas, un donataire à la preuve d'un pareil fait; et que le donateur, qu'on prétend avoir recouvré la raison, doit demeurer sous l'interdiction jusqu'à ce qu'il se soit fait relever. En cela il ne souffre aucun tort, puisque ne tenant qu'à lui de faire constater au juge du recouvrement de sa raison, il doit s'imputer s'il ne l'a pas fait. Quant à la loi première, ff. *de curat. furios.*, où il est dit: *Ipso jure desinunt esse in curatione.* Wissembach, *ad hunc titulum*, remarque que cela doit s'entendre avec cette limitation; *ita tamen ut priùs judici de receptâ mentis sanitate aut sanis moribus constare fecerint.*

Un sourd et muet qui ne sait pas écrire ne peut donner des signes certains de sa volonté; d'où il suit qu'il est dans le cas de l'interdiction, et, par conséquent, qu'il ne peut donner entre-vifs. Il en est autrement de celui qui est seulement sourd ou muet.

Un malade de la maladie dont il meurt par la suite cesse d'être capable de donner entre-vifs, dès que sa maladie se déclare avoir un trait prochain à la mort. Les coutumes de Paris, art. 277, et d'Orléans, art. 297, en ont des dispositions. Elles disent que « toutes dona-« tions, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites « par personnes gisant au lit, malades de la maladie « dont elles décèdent, sont réputées faites à cause de « mort, et testamentaires, et non entre-vifs. »

La raison de ces dispositions est que les donations faites par personnes qui sont en cet état ne peuvent plus avoir le caractère de libéralité propre aux donations entre-vifs, lequel consiste à préférer, pour les choses données, le donataire à soi-même; *qui inter vivos donat, mavult donatarium habere quàm se*: elles n'ont que celui des donations pour cause de mort, qui consiste à préférer le donataire, non pas à soi, mais à tout autre; *qui donat mortis causâ, mavult se habere quàm donatarium, donatarium autem magis quàm suum hæredem*. En effet on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'un donateur, qui se voit toucher à sa fin, préfère le donataire à lui-même, lorsqu'il lui donne une chose qu'il ne peut plus conserver, et que la mort lui va enlever.

Ces dispositions de coutumes auroient-elles lieu, si le donateur avoit expressément déclaré, par l'acte de donation, que son intention étoit que la donation eût le même effet que s'il eût donné en pleine santé, et qu'il avoit volonté de donner, quand même il pourroit compter sur une longue vie? Il faut dire que la donation n'en seroit pas moins pour cause de mort, parce-

qu'une personne s'abuse elle-même quand elle est dans cet état; et quoiqu'elle pense alors qu'elle donneroit également, si elle étoit en santé, il ne s'ensuit nullement qu'elle auroit la même volonté, si elle y étoit effectivement. Quelques protestations que fasse alors le donateur, il ne peut plus être censé préférer le donataire à lui-même dans une chose qu'il ne peut plus conserver, et, par conséquent, sa donation ne peut plus avoir le caractère de donation entre-vifs, et être une vraie donation entre-vifs, en quelques termes qu'elle soit conçue. Tel paroît être l'esprit de nos coutumes, qui est en cela différent du droit romain, suivant lequel un mourant ne laissoit pas de donner entre-vifs; *ita ut moriens magis quàm mortis causâ donasse videretur.*

Il suit de ces principes que, pour que les dispositions des coutumes aient lieu, il faut que deux choses concourent touchant la maladie, et le temps auquel la donation a été faite.

1° Il faut que dans le temps auquel la donation a été faite la maladie fût dès-lors déclarée mortelle.

Que si la donation a été faite dans le commencement d'une maladie qui paroissoit peu dangereuse, quoique depuis, ayant empiré, elle ait conduit le donateur au tombeau, la donation ne sera pas réputée faite pour cause de mort, puisqu'elle a été faite dans un temps où le donateur ne croyoit pas mourir.

2° Il ne suffit pas que la maladie fût, lors de la donation, une maladie déclarée mortelle, il faut encore qu'elle eût trait à une mort prochaine. Que si la maladie, lors de la donation, étoit mortelle de sa nature,

mais qu'elle n'eût trait qu'à une mort éloignée, et n'empêchât pas le donateur de pouvoir encore espérer plusieurs années de vie, tel qu'est, par exemple, une pulmonie qui n'est pas encore parvenue à un certain période; en ce cas, la donation ne sera pas réputée pour cause de mort; car on ne peut pas dire, en ce cas, que le donateur n'a donné la chose que parcequ'il ne pouvoit plus la conserver.

Quelques coutumes déterminent un temps dans lequel il faut que la mort soit arrivée, pour que la maladie soit censée avoir eu un trait prochain à la mort, et pour que la donation soit, par conséquent, réputée pour cause de mort. Par exemple, dans la coutume de Normandie, il faut que le donateur soit mort dans les quarante jours; à Montargis, il faut qu'il soit mort dans les trente jours. Ces coutumes doivent être renfermées dans leur territoire; mais dans celles qui n'ont pas déterminé le temps, comme sont celles de Paris et la nôtre, il est laissé à l'arbitrage du juge qui doit juger par les circonstances autant que par le temps que le donateur a vécu depuis sa donation, si la maladie avoit un trait prochain à la mort.

Dans cette variété de coutumes, dont les unes fixent le temps à trente, les autres à quarante jours, les autres le laissent à l'arbitrage du juge, c'est celle où les biens sont situés qui doit décider; car les statuts qui n'ont pas pour objet l'état des personnes, mais le droit ou la manière de disposer des choses, sont des statuts réels qui exercent leur empire sur toutes les choses situées en leur territoire, et non sur aucune autre, selon la nature des statuts réels.

Si les choses données étoient des effets mobiliers ou des rentes constituées, comme ces choses n'ont pas de situation, c'est pour lors la coutume qui régit la personne du donateur, c'est-à-dire celle de son domicile, qui doit décider.

Les coutumes de Paris et d'Orléans parlent de *personnes gisantes au lit*: la donation en seroit-elle moins réputée pour cause de mort, parceque le donateur, lors de sa donation, auroit été dans son fauteuil, si d'ailleurs, dès ce temps, la maladie avoit un trait prochain à la mort? Sans doute qu'elle n'en seroit pas moins réputée pour cause de mort; car c'est sur le trait prochain à la mort qu'est fondée la raison de la coutume, et non sur la circonstance, si le donateur étoit gissant au lit ou non; cette circonstance étant par elle-même fort indifférente à la raison de la loi. Si la coutume l'a exprimée, elle ne l'a fait que pour exprimer la grièveté de la maladie qu'elle exigeoit, et non comme une condition de sa disposition qui dût être littéralement observée. Il y a de certaines maladies qui ne permettent pas au malade de garder le lit, comme, par exemple, l'hydropisie. Certainement la donation faite par un hydropique, dans les derniers périodes de sa maladie, et peu de jours avant sa mort, n'en sera pas moins réputée pour cause de mort, parcequ'il étoit dans son fauteuil.

Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si la coutume ayant parlé de la maladie dont le donateur décède, une donation entre-vifs, et faite par un malade, dans un temps où on désespéroit de sa vie, et qui néanmoins, contre toute attente, a été guéri,

doit être réputée pour cause de mort, et si, en conséquence, le donateur revenu en santé la peut révoquer. La lettre de la coutume paroît décider pour la négative; mais je pense avec Duplessis que, si on prend bien son esprit, on doit, au contraire, décider pour l'affirmative. En effet, une donation faite par un malade qui est mort par la suite de sa maladie, étoit, dès ce temps, et avant que la mort fût survenue, non une donation entre-vifs, mais une donation pour cause de mort. Si elle n'eût pas été telle dès-lors, la mort qui est survenue depuis n'auroit pu la rendre telle et changer sa nature; car la nature d'un acte se forme lorsque l'acte se contracte, et ne peut pas dépendre de ce qui arrive par la suite. Si on admet, comme on ne peut refuser de l'admettre, que la donation étoit pour cause de mort, dès avant que la mort fût survenue, je demande qui est-ce qui la rendroit telle? Ce ne pouvoit être la mort qui la rendoit telle, puisqu'elle n'étoit pas encore arrivée; mais c'étoit la persuasion de la proximité de cette mort, qui faisoit regarder au donateur les choses qu'il donnoit, comme des choses qu'il ne pouvoit plus conserver. Si, dans l'hypothèse où le donateur est mort, ce n'est pas précisément la mort qui depuis est survenue, mais plutôt la persuasion de la proximité de cette mort qui a donné à la donation pour cause de mort ce caractère, on doit décider pareillement dans l'hypothèse présente que la donation est pour cause de mort, quoique le donateur, contre toute attente, ne soit pas mort; puisque ce n'est pas précisément la mort qui donne à la donation ce caractère, mais la persuasion de la mort, qui s'est

trouvée également dans cette hypothèse comme dans la précédente.

Les termes des coutumes de Paris et d'Orléans : *De la maladie dont ils décèdent*, ne doivent pas être pris littéralement, et doivent être entendus d'une maladie qui ne laisse pas d'espérance de guérison. La coutume de Nivernois l'exprime bien plus exactement; elle porte : « de la maladie dont il meurt après, ou de ma-« ladie vraisemblablement dangereuse de mort. »

Quoiqu'une donation faite dans une maladie dangereuse soit réputée pour cause de mort, et qu'en conséquence, le donateur revenu en convalescence puisse la révoquer; néanmoins si, depuis la convalescence, il l'a laissé subsister pendant un temps très considérable, ce long silence peut la faire présumer entre-vifs. Il y a lieu de dire que le donateur, quoique dangereusement malable, étoit dans la disposition de donner la chose à son donataire, quand même il pourroit la garder, et que la circonstance de sa maladie n'a pas été le motif principal de sa donation, l'événement ayant justifié cette disposition, puisqu'il ne l'a pas révoquée, quand il a eu recouvré la santé.

Il reste à observer que ces donations que les coutumes réputent pour cause de mort, sont absolument nulles, et ne sont même pas valables pour ce dont il est permis de disposer pour cause de mort. Il n'y a plus lieu d'en douter depuis l'ordonnance de 1731 qui porte, art. 4, « que toute donation entre-vifs qui « ne seroit pas valable en cette qualité, ne pourra « valoir comme donation à cause de mort ou testa-

« mentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue. » En effet, étant essentiel aux dispositions testamentaires d'être l'acte pur de la volonté du testateur, toute donation conçue entre-vifs, et faite par forme de convention entre le donateur et le donataire, manque de ce qu'il y a de plus essentiel à la forme des dispositions testamentaires; et, par conséquent, de quelques autres formalités qu'elle soit revêtue, elle ne peut valoir comme disposition testamentaire; et, comme par l'article précédent, l'ordonnance n'admet aucune autre disposition pour cause de mort, il s'ensuit que ces donations, qui ne peuvent valoir ni comme donations entre-vifs, ni comme testamentaires, sont absolument nulles. Ce sentiment, suivi par l'ordonnance, étoit dès avant elle le plus autorisé. Ricard en rapporte deux arrêts; c'étoit le sentiment de Lalande et de plusieurs autres jurisconsultes.

La jurisprudence a étendu, suivant l'avis de Dumoulin et Coquille, la disposition de ces coutumes aux donations faites par un novice, et les répute pareillement pour cause de mort, quoique conçues entre-vifs, et elles sont, par conséquent, nulles. Il y en a un arrêt dans Soefve, §. 449.

Il y a même raison, on peut même dire qu'il y a une plus forte raison de décider ainsi dans le cas présent; car l'amour de la vie fait souvent que le malade espère la guérison contre toute espérance; au lieu que le novice qui souhaite faire profession ne doute pas qu'il va quitter le siècle, et, par conséquent, que les biens qu'il donne sont des biens qu'il ne peut plus

conserver, ce qui donne à sa donation le caractère de donation pour cause de mort, encore plus qu'à celle faite par un malade.

De même que la donation faite par un malade, de la vie duquel on désespéroit, ne laisse pas, suivant l'opinion que nous avons embrassée, d'être réputée pour cause de mort, quoique, contre toute attente, il ait recouvré la santé; de même on peut dire que la donation faite par un novice ne laisse pas d'être réputée donation pour cause de mort, quoique depuis il ait quitté l'habit. Car il suffit que, lors de la donation il ait donné dans la persuasion qu'il devoit faire profession, quoique des accidents imprévus l'aient fait depuis changer de volonté.

On a demandé si la donation faite par un accusé de crime capital, pendant l'accusation, doit être réputée faite pour cause de mort, lorsque le donateur est mort avant le jugement? Il faut dire que non; car si l'innocence doit se présumer plutôt que le crime, le donateur qui est mort depuis, pendant l'accusation, doit être présumé innocent: s'il est présumé innocent, on ne doit pas croire qu'il a fait sa donation dans la persuasion qu'il seroit condamné, et qu'il ne pourroit plus long-temps conserver les choses par lui données; car, une personne qu'on suppose innocente doit être, par le témoignage que lui rend sa conscience, plutôt persuadée de son absolution que de sa condamnation. Il y auroit plus de difficulté, si la donation avoit été faite depuis une condamnation capitale, et que le donateur fût mort pendant l'appel. Néanmoins on devroit encore, en ce cas, le présumer innocent; et ses héritiers

qui attaqueroient la donation auroient mauvaise grace et ne seroient pas recevables à le supposer coupable. Mais en le supposant innocent, ne pourroit-on pas présumer que l'erreur des témoins qui auroient déposé contre lui, et la sentence intervenue sur cette erreur, l'auroient tellement découragé, quoique innocent, qu'il désespérât de son absolution, et qu'en conséquence, un homme, dans ces circonstances, ait donné ses biens, dans la persuasion qu'il ne pourroit les conserver, et qu'il seroit condamné, ignorant qu'il n'étoit pas permis d'en disposer en fraude de la confiscation ; cela doit beaucoup dépendre des circonstances. Il y auroit d'autant plus lieu de le présumer, si la donation étoit considérable et faite sans réserve d'usufruit. On ne devroit pas, au contraire, présumer cette intention, si la donation étoit modique ou faite avec réserve d'usufruit.

Si le donateur, depuis la donation, a été absous, on présumera encore plus difficilement qu'il ait donné, dans la persuasion qu'il seroit condamné, et, par conséquent, la donation sera encore plus difficilement réputée pour cause de mort. Néanmoins, s'il avoit donné tout son bien ou la plus grande partie, sans la réserve d'usufruit, il y auroit lieu de présumer que le trouble, la frayeur, le découragement dans lequel même un innocent peut tomber, auroient donné lieu à la donation, et sa cause seroit très favorable, s'il demandoit, sous ce prétexte, la révocation de sa donation.

Si le donateur a été depuis condamné, la donation ne sera pas valable par une autre raison, qui est,

qu'un accusé ne peut donner en fraude de la confiscation.

On a agité la question, si la disposition des coutumes devoit être étendue aux donations faites à la veille d'un grand danger, comme par un homme qui est sur le point de se faire tailler? Je pense que non; car ce n'est pas la crainte seule du danger de la mort, mais c'est la persuasion qu'on n'en échappera point qui, selon l'esprit des coutumes, ôte aux donations le caractère des donations entre-vifs, en empêchant qu'on ne puisse dire que le donateur préfère le donataire à soi-même, à l'égard des choses qu'il sait ne pouvoir plus conserver. Or, une personne qui va se faire tailler n'est pas dans ces circonstances; elle est, au contraire, présumée prendre ce parti dans l'espérance de la guérison, et non pas par le motif de finir une vie douloureuse; car ce motif étant contraire au droit naturel qui nous ordonne la conservation de notre vie, on ne doit pas le présumer.

On doit décider, par la même raison, qu'une femme dans sa grossesse, quelque voisine qu'elle soit du terme, n'est pas incapable de donner entre-vifs; car quoiqu'elle coure un danger notable de mort, elle conserve une parfaite santé, et espère une heureuse délivrance, et, par conséquent, elle ne regarde pas les choses qu'elle donne comme des choses qu'elle ne pouvoit plus conserver; il en seroit autrement, si, lors de la donation, la grossesse se trouvoit accompagnée d'accidents extraordinaires qui conduisissent la femme au tombeau.

Un homme, quelque âgé qu'il soit, fût-il centenaire,

n'est pas incapable de donner, tant qu'il n'est pas malade; car quoiqu'il ne puisse pas espérer une vie longue, il espère toujours au moins quelques années de vie; et est souvent autant et plus attaché à ses biens, qu'il espère conserver pendant le reste de sa carrière, que ne le seroit un jeune homme. C'est pourquoi il est vrai de dire que, lorsqu'il donne, il préfère le donataire à soi-même, et, par conséquent, il peut faire des donations qui aient le caractère de donations entre-vifs.

ARTICLE II.

Des personnes qui sont capables ou incapables de recevoir des donations entre-vifs.

§. I. Des étrangers.

Non seulement les François, mais les étrangers, sont capables de recevoir des donations entre vifs; et en cela, les donations diffèrent des legs, et la différence est fondée sur ce que les donations entre-vifs sont du droit des gens auquel les étrangers participent; au lieu que les legs sont du droit civil, qui n'est fait que pour les citoyens.

§. II. Des mineurs et interdits.

Les mineurs et interdits, quoiqu'ils ne puissent faire de donations, sont néanmoins capables d'en recevoir, et ils n'ont pas besoin pour cela de l'autorité de leurs tuteurs et curateurs; car, l'interdiction sous laquelle ils sont, et la nécessité de l'autorisation de leurs tuteurs et curateurs n'étant requise que pour

leur subvenir, et empêcher qu'ils ne dissipent ce qui leur appartient, cette interdiction et le défaut de cette autorisation ne doivent pas les empêcher d'acquérir et de faire leur condition meilleure, en acceptant les donations qui leur sont faites. Delà la maxime de droit: *Pupillus sine tutoris auctoritate meliorem suam conditionem facere potest.*

Il y a plus de difficulté à l'égard des fous et des enfants, parceque la donation entre-vifs étant une convention, demande le consentement du donataire; or, ces personnes n'ayant pas l'usage de la raison, ne sont pas capables de donner leur consentement.

Il ne faut pourtant pas en conclure que ces personnes sont incapables de recevoir des donations entre-vifs, mais seulement qu'elles ne peuvent les accepter par elles-mêmes; mais elles peuvent être acceptées par les personnes de leurs tuteurs ou curateurs, dont l'acceptation tient lieu de la leur, ainsi que nous le verrons en la section suivante, à l'article de l'acceptation.

A l'égard des femmes mariées, elles ne sont pas plus capables de recevoir des donations sans l'acceptation et l'autorisation de leurs maris, que d'en faire, n'étant habiles à rien sans cela, en quoi elles diffèrent des mineurs; et la raison de différence est que le mineur n'a besoin de l'autorisation de son tuteur que pour son intérêt, au lieu que l'autorisation du mari n'est pas requise pour l'intérêt de la femme, mais pour une raison toute différente, parceque la dépendance où elle est de son mari, la rend inhabile à quelque acte que ce soit, si elle n'est autorisée.

§. III. Des religieux.

Les religieux étant par leur vœu de pauvreté incapables de rien posséder, sont, par conséquent, incapables de recevoir par donation. Néanmoins, ceux qui sont hors du cloître, étant dans la nécessité d'avoir un pécule pour leur subsistance, peuvent recevoir des donations de choses mobiliaires; mais leur vœu de pauvreté qui subsiste, les rend incapables de posséder des immeubles, et, par conséquent, de recevoir des donations d'immeubles.

§. IV. Des communautés.

Les communautés et établissements, qui ne sont pas érigés par lettres patentes du roi enregistrées au parlement, dans le ressort duquel est l'établissement, sont défendus, suivant l'article 1er de la déclaration de 1749, qui n'a fait, en cela, que confirmer les anciennes lois du royaume, et par conséquent, sont incapables d'aucune donation; et les biens qui leur auroient été donnés peuvent être revendiqués par les enfants et héritiers présomptifs des donateurs, suivant les articles 9 et 10 de ladite déclaration; et même, à défaut d'héritiers qui les revendiquent, par les seigneurs dont lesdits biens dépendent, qui en demeureront propriétaires incommutables, si les héritiers ne les réclament dans l'an du jour que les seigneurs en auront été mis en possession, article 11.

Il y a néanmoins quelques établissements, tels que les écoles de charité, et autres mentionnés en l'article 3,

qui n'ont pas besoin de lettres patentes, et qui sont capables de recevoir des donations. Au reste, ces sortes d'établissements, ainsi que ceux qui sont confirmés par lettres patentes, et généralement tous gens de main-morte, sont bien capables de recevoir des donations, mais seulement de choses qu'il leur est permis d'acquérir. Mais leur étant défendu d'acquérir aucun héritage et rentes constituées, il s'ensuit qu'ils sont incapables de recevoir des donations de pareilles choses; ils peuvent seulement acquérir des rentes sur le roi et sur les communautés.

Il y a certains couvents, tels que ceux des Capucins et Récollets, etc., qui sont incapables d'acquérir et de recevoir par donation, même ces sortes de choses, à cause d'une profession de pauvreté particulière; ils peuvent néanmoins recevoir des donations de choses mobiliaires, et de sommes d'argent modiques.

§. V. Des maris et femmes, et des héritiers présomptifs.

Les maris sont incapables de recevoir, durant le mariage, aucune donation entre-vifs de leurs femmes, et les femmes de leurs maris. Les lois en rapportent plusieurs raisons, et notamment les lois 1 et 2, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*, dont voici les termes : *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusâ erga se facilitate. Nec esset eis studium, liberos potiùs educendi. Sextus Cæcilius et illam causam adjiciebat: Quia sæpè futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset: at-*

que eâ ratione eventurum, ut venalitia essent matrimonia; add., l. 3, ff. *eod.*

Il faut excepter de cette règle les donations mutuelles dans le cas auquel les coutumes les permettent.

Avant le mariage un homme est capable, ainsi que toute autre personne, de recevoir, par le contrat de mariage, des donations entre-vifs de sa future femme, et la femme est capable d'en recevoir de son futur mari.

L'édit des secondes noces a néanmoins apporté quelques limitations à cette règle.

Non seulement un mari est incapable de recevoir aucunes donations entre-vifs de sa femme, durant le mariage, et la femme de son mari; mais les enfants que l'un d'eux a d'un précédent mariage sont pareillement incapables de recevoir, durant le mariage, aucunes donations de l'autre conjoint. Il y en a un arrêt de réglement de la grand'chambre, du 15 février 1729, rendu en la coutume de Senlis. La raison est que les coutumes défendent aux conjoints de s'avantager directement ni indirectement. Or, on peut dire que ma femme m'avantage en quelque façon indirectement, lorsqu'elle donne à mes enfants; car, comme nous ne travaillons et n'acquérons que dans la vue de transmettre nos biens à nos enfants, ce qu'on leur donne est censé donné à nous-mêmes. D'ailleurs, les raisons qu'a eues le roi de défendre les donations entre maris et femmes, se trouveroient éludées, s'il étoit permis de donner aux enfants de son mari, ou aux enfants de sa femme; car, ne pouvant marquer mon amour pour ma femme en lui donnant à elle-même, je le lui

pourrois marquer en donnant à ses enfants; ce qu'elle ne pourroit demander pour elle-même elle le demanderoit pour ses enfants; et ainsi il arriveroit également, *ut mutuo amore se spoliarent, ut pretio emeretur maritalis concordia:* ce que les lois ont voulu empêcher.

Au reste, les arrêts de réglement n'ont décidé la question que pour les coutumes qui n'ont pas à ce sujet de disposition; mais, dans la coutume de Paris, qui porte, « Ne peuvent les conjoints donner aux en-« fants de l'un l'autre d'un premier mariage, au cas « qu'ils, ou l'un d'eux, aient des enfants, » il n'est défendu qu'au conjoint qui a des enfants de donner aux enfants d'un précédent mariage de l'autre. Celui qui n'en a point peut leur donner. C'est l'interprétation suivie par les commentateurs.

Laurière a tenté néanmoins d'en donner une autre, et il pense qu'il est défendu, par cet article, indistinctement de donner aux enfants d'un précédent lit de l'autre conjoint.

La prohibition de donner aux enfants de l'autre conjoint ne s'étend pas aux collatéraux, quoique héritiers présomptifs du donateur.

Il y en a un arrêt dans Soefve, qui a confirmé une donation faite par un mari au frère de sa femme.

Dans les coutumes d'égalité, les héritiers présomptifs ne peuvent recevoir des donations au préjudice des parts de ceux qui sont appelés avec eux à la succession du donateur.

Nous renvoyons ceci au *traité des Successions*, au chapitre du rapport.

§. VI. Des concubines et des bâtards.

Les concubines sont incapables de recevoir des donations. Quelques coutumes en ont des dispositions, comme Tours, le Grand-Perche. Ce qui doit être pareillement observé ailleurs, et on l'a ainsi jugé.

La raison en est que le concubinage est contraire aux bonnes mœurs. Il est bien différent parmi nous de celui des Romains, qui étoit un vrai mariage, et qui ne différoit du mariage civil qu'en ce qu'il n'avoit pas certains effets civils; mais qui d'ailleurs étoit un vrai mariage, sinon autorisé, au moins permis expressément par les lois : *Concubinatus à lege nomen assumpsit.* Mais nos lois n'admettant d'autres mariages que ceux faits avec les solennités requises pour ce contrat, il s'ensuit que le concubinage, n'étant pas parmi nous un mariage, ne peut être regardé que comme une union contraire aux bonnes mœurs; d'où il suit que tout ce qui sert à fomenter et entretenir cette union, comme sont les donations entre concubinaires, doit être réputé comme contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent non valable.

Ajoutez que la raison qui a fait défendre les donations entre personnes mariées, *ne mutuo amore se spoliarent*, milite en plus forts termes à l'égard de ces sortes de personnes; l'amour qui naît des unions illégitimes étant ordinairement plus violent que celui qui naît d'une union légitime. On peut encore ici appliquer les raisons sur lesquelles est fondée la prohibition de donner à certaines personnes, à cause de l'empire qu'elles ont sur l'esprit du donateur. Car, qui a plus

d'empire sur l'esprit d'un homme qu'une concubine? Les histoires en fournissent une infinité d'exemples, tels que celui de Dalila à l'égard de Samson, et celui des concubines du roi Salomon.

Les héritiers du donateur doivent être admis après sa mort à la preuve de ce concubinage avec la donataire; car, en vain ces donations seroient-elles défendues, si la preuve du concubinage n'étoit pas admise. Il y a un arrêt dans Soefve qui les y admet. Le juge néanmoins doit, à cet égard, user de circonspection.

Les concubines ne sont pas néanmoins tellement incapables de donations qu'elles ne puissent en recevoir de modiques pour cause d'aliments, et même lorsqu'on leur en a fait de considérables, l'usage est de ne les pas déclarer entièrement nulles, mais de les réduire à des sommes modiques, ou à des pensions alimentaires.

Les bâtards adultérins et incestueux étoient, par le droit romain, incapables de toutes donations et legs, et même d'aliments. Par notre droit, ils sont capables de donations et legs d'aliments, mais incapables de toute autre donation. A l'égard des autres bâtards, ils sont incapables seulement de donations universelles; mais ils sont capables de donations de choses particulières, quoique considérables. Ricard pense que l'incapacité des bâtards adultérins et incestueux doit être étendue aux enfants de ces bâtards, tant parcequ'ils sortent d'une source infecte que parceque ce seroit indirectement donner à leurs pères que de leur donner. Cette dernière raison n'a d'application que lorsque leur père vit.

§. VII. Des juges, officiers et ministres de justice.

Suivant les lois romaines, il étoit défendu aux magistrats romains, qui gouvernoient les provinces, de recevoir aucunes donations, si ce n'est des choses qui se mangent et se boivent, et encore il falloit que la quantité ne fût pas au-delà de ce qui peut se consommer en peu de temps. *Plebiscito continetur, ut ne quis præsidum munus, donum caperet; nisi esculentum, poculentumve, quod intra dies proximos prodigatur;* l. 18, ff. *de offic. præsid.*

Par l'ordonnance de Philippe-le-Long, de l'an 1320, il est défendu aux baillifs et sénéchaux, à leurs femmes, leurs parents, et leurs commensaux, de recevoir dans leurs provinces, pendant le temps de leur administration, aucunes donations, si ce n'est des choses qui se mangent et se boivent; en sorte que la valeur de ces sortes de choses, pour ce qu'ils en recevront, n'excède pas dans une semaine la valeur de dix sols parisis.

Cette incapacité n'a eu lieu que dans les temps où les officiers n'étoient envoyés que pour un temps dans les provinces. Depuis que les offices ont été rendus perpétuels, il auroit été trop dur qu'un officier eût été perpétuellement privé du droit qu'ont les citoyens de recevoir des donations. C'est pourquoi leur incapacité a été limitée à ne pouvoir recevoir des donations seulement des personnes qui ont des procès devant eux. C'est ce que porte l'ordonnance d'Orléans, art. 43, qui défend aux juges, avocats, et procureurs du roi, de recevoir des parties plaidantes aucun présent, tel petit qu'il soit, même des vivres, à l'exception seulement

du gibier pris dans les terres des princes et seigneurs qui le donnent.

La même ordonnance, article suivant, défend aux mêmes personnes d'accepter gages ou pensions des seigneurs et dames du royaume, ni de prendre bénéfices des évêques, abbés, et autres collateurs, étant dans leur ressort, ni pour eux, ni pour leurs enfants, parents, et domestiques.

Les mêmes défenses sont faites par l'ordonnance de Moulins, art. 19 et 20. Celle d'Orléans ne parle que des juges royaux; celle de Moulins fait ces défenses indéfiniment à tous les juges.

L'art. 114 de l'ordonnance de Blois défend en général à tous officiers de recevoir de ceux qui auroient affaire à eux aucuns dons et présents sous peine de concussion.

Duret, en ses remarques sur cet article, prétend qu'il déroge tacitement à l'exception faite par l'ordonnance d'Orléans, qui permettoit aux juges de recevoir des princes et seigneurs du gibier pris dans leurs forêts. Je ne pense pas néanmoins qu'on puisse regarder comme concussionnaire un juge qui auroit reçu un pareil présent, qui ne coûte rien à celui qui le donne, et qui n'enrichit pas celui qui le reçoit; ce n'est pas, à proprement parler, un don, mais une politesse que ce prince ou ce seigneur fait; et le juge qui l'accepte doit être présumé l'accepter, non par cupidité, mais par respect pour celui qui le donne.

Il est défendu pareillement aux clercs des greffes de recevoir des parties aucunes choses, quand elles leur seroient volontairement offertes, à peine de punition

exemplaire à leur égard, et de privation d'office pour le greffier qui l'auroit souffert; ordonnance d'Orléans, art. 77.

La même ordonnance, art. 79, fait de pareilles défenses aux substituts du procureur du roi.

Il est aussi défendu, par la même ordonnance, aux élus, receveurs, et autres officiers des tailles, de recevoir des sujets du roi aucun don, soit en argent, gibier, volaille, etc.

§. VIII. Des tuteurs, administrateurs, et autres qui sont incapables de recevoir des donations des personnes sur l'esprit desquelles on présume qu'ils ont trop de pouvoir.

L'ordonnance de 1539, art. 131, déclare nulles toutes les donations entre-vifs et testamentaires, faites au profit des tuteurs et autres administrateurs.

L'ordonnance de 1549 ajoute, ou à toutes personnes par eux interposées.

La coutume de Paris, conformément à ces dispositions, dit, article 276, que les mineurs et autres, sous la puissance d'autrui, ne peuvent donner ni tester directement ni indirectement au profit de leurs tuteurs, curateurs, pédagogues, ou autres administrateurs, ou aux enfants desdits administrateurs, pendant le temps de leur administration, et jusqu'à ce qu'ils aient rendu leur compte.

Elle en excepte néanmoins les ascendants qui auroient eu la tutèle de leurs enfants, pourvu qu'ils ne soient pas remariés.

Il suit de cet article de la coutume de Paris qui doit

être regardé comme la véritable interprétation de l'ordonnance:

1° Que les administrateurs que l'ordonnance rend incapables de recevoir des donations et legs, ne sont que ceux qui ont quelque puissance sur la personne, ou les biens des donateurs, ce qui résulte des termes de cette coutume, *et autres personnes étant sous la puissance d'autrui.* Un maître peut donc donner à son intendant, quoiqu'il soit administrateur de ses biens; car cet intendant n'a pas autorité sur son maître; c'est plutôt son maître qui a autorité sur lui.

Il en est de même de toutes les autres personnes qui administrent nos biens en vertu d'une procuration que nous leur avons donnée, et que nous pouvons révoquer quand il nous plaît.

2° Un conseil de tutèle, un subrogé tuteur, ou tuteur aux actions contraires, un curateur aux causes, n'ayant pas l'administration de la personne ni des biens du mineur, ne sont pas compris dans la prohibition de l'ordonnance, qui ne parle que des tuteurs ou curateurs, qui sont administrateurs de la personne ou des biens du mineur, ainsi qu'il résulte des termes ci-dessus cités de la coutume de Paris, interpréte en ce point de l'ordonnance.

Si néanmoins l'objet de la commission du subrogé tuteur étoit de nature à lui donner un pouvoir considérable sur les mineurs, il pourroit être compris dans la prohibition.

Je ne pense pas qu'il en soit de même d'un tuteur honoraire, qui, quoiqu'il n'administre pas les biens qui sont administrés par un tuteur onéraire, a néan-

moins le gouvernement de la personne du mineur. Car, c'est principalement à cause du gouvernement sur la personne du mineur, plutôt encore que de celui des biens du mineur, qu'un tuteur est incapable de recevoir des donations entre-vifs, ou par testament.

Au reste, comme il n'a aucun compte à rendre, le mineur, qui ne peut pas tester à son profit, peut, aussitôt qu'il est devenu majeur, lui donner entre-vifs.

3º Quoique l'ordonnance ait parlé indistinctement des tuteurs et administrateurs, sans en excepter aucun, néanmoins la coutume de Paris, par une interprétation tirée de l'esprit de l'ordonnance, quoiqu'en apparence contraire à la généralité de ces termes, en a excepté les ascendants qui ont la tutèle et administration de leurs enfants. La raison sur laquelle est fondée cette interprétation, qui n'a pas été reçue d'abord, mais qui enfin a prévalu, même dans les coutumes qui n'en ont pas des dispositions, est que la piété paternelle exclut, dans ces personnes, tout soupçon qu'elles aient voulu gêner la volonté de leurs enfants, en extorquant d'eux des donations ou legs, le vœu naturel des pères étant plutôt de transmettre et faire passer leurs biens à leurs enfants, que de chercher à se faire passer les biens de leurs enfants.

D'ailleurs, comme l'observe Ricard, si l'autorité qu'un père a sur ses enfants le rendoit incapable de recevoir des donations de ses enfants, cette autorité n'étant pas bornée à un certain temps, comme celle d'un tuteur, et durant toujours, il s'ensuivroit qu'un père seroit perpétuellement incapable de recevoir des donations de ses enfants.

Néanmoins, comme les seconds mariages ont coutume de diminuer l'affection paternelle, la coutume n'excepte que les parents qui ne sont pas remariés.

Cette exception, en faveur des ascendants, ne doit pas être étendue aux collatéraux qui seroient héritiers présomptifs de ceux dont ils auroient le gouvernement et l'administration.

4° La coutume donne encore une interprétation favorable à l'ordonnance, en décidant que cette incapacité des tuteurs et administateurs dure même après la majorité, et la tutèle finie, jusqu'à ce que le compte ait été rendu, parceque le tuteur, qui n'a pas encore rendu compte, tenant en sa possession le bien du mineur, le tient par là encore indistinctement sous sa puissance.

Cette interprétation est conforme aux lois romaines, qui, ayant défendu le mariage entre le tuteur, le curateur et sa mineure, à cause de la puissance qu'ils ont sur elle, décident que cette prohibition a lieu même après la majorité, jusqu'à ce que le tuteur ou curateur soit entièrement quitte du compte qu'il doit rendre de son administration.

L'incapacité cesse-t-elle lorsque le tuteur a rendu compte, s'il n'en a pas payé le reliquat? On peut alléguer contre le tuteur plusieurs textes de droit au titre *de conditionib. et demonst.*, qui décident que la condition de rendre compte renferme celle de payer le reliquat. Je ne pense pas néanmoins que le paiement du reliquat soit absolument nécessaire pour faire cesser l'incapacité. Car le mineur, étant pleinement instruit de tous ses droits par le compte qui lui a été rendu, et

demeurant seulement créancier d'une somme liquide de son tuteur, qu'il peut exiger de lui comme d'un autre débiteur, il cesse dès-lors d'être dans la dépendance de son tuteur; ce qui suffit pour faire cesser l'incapacité du ci-devant tuteur qui n'étoit fondée que sur cette raison. Autrement il faudroit dire que tous créanciers sont dans la dépendance de leurs débiteurs, et que tous débiteurs sont incapables de recevoir des donations de leurs créanciers; ce qui est tout-à-fait absurde.

Il y en a pourtant qui pensent que l'incapacité subsiste jusqu'au paiement de ce reliquat et de la remise des piéces, par argument de l'ordonnance de 1667, à moins que le ci-devant mineur ne lui ait donné terme.

5° Ce que la coutume décide qu'on ne peut donner aux enfants des administrateurs est encore une interprétation de l'ordonnance; car l'affection que les pères ont pour leurs enfants, fait que ce qui est donné aux enfants est censé donné aux pères; *quod donatur filio videtur donatum patri;* et il n'y auroit pas moins à craindre que l'administrateur, ne pouvant se faire donner à lui-même, extorquât des donations pour ses enfants, qu'il y auroit à craindre qu'il en extorquât pour lui-même, si la liberté lui en étoit laissée, les pères ayant ordinairement plus de passion pour enrichir leurs enfants, que pour s'enrichir eux-mêmes.

Cette incapacité des enfants de l'administrateur ne venant pas de leur propre personne, mais de celle de leur père, à qui ce qui leur seroit donné paroîtroit indirectement donné, il s'ensuit que si leur père vient à mourir, quoique le compte ne soit pas encore rendu, cette incapacité doit cesser; *quasi remoto impedimento.*

Les donations faites aux enfants des tuteurs ou administrateurs étant réprouvées, lorsqu'elles sont faites du vivant de ce tuteur ou administrateur, par la raison qu'elles sont censées faites indirectement au tuteur ou administrateur lui-même; il s'ensuit que celles faites à la femme ou au mari, ou aux ascendants du tuteur ou administrateur, doivent, par la même raison, être réprouvées; car elles sont aussi en quelque façon faites au tuteur lui-même.

6° C'est encore par une interprétation de l'ordonnance que la coutume a compris les pédagogues sous le terme général d'autres administrateurs, dont l'ordonnance s'étoit servie; car les pédagogues ont l'administration ou gouvernement, non à la vérité des biens, mais de la personne des éléves et disciples; ayant sur eux un droit de correction, ils ne doivent pas avoir sur leur esprit un moindre empire qu'en ont les tuteurs et curateurs, et, par conséquent, ils ne doivent pas moins être incapables qu'eux de recevoir des legs de leurs éléves et disciples.

On doit entendre par pédagogue un précepteur ou gouverneur préposé à la conduite ou éducation d'un jeune homme, un régent de collége; on y doit comprendre aussi les colléges où les jeunes gens sont pensionnaires, les communautés de filles, où l'on met les jeunes filles pour les instruire et les élever.

On ne doit pas penser la même chose à l'égard des personnes majeures qui sont volontairement pensionnaires dans une communauté. Les supérieurs ou supérieures d'une communauté n'exercent pas d'empire sur ces personnes qui ne sont pas dans leur dépendance,

et qui ont la liberté de quitter la communauté, si elles le jugent à propos. Néanmoins la cour ne laisse pas de réduire les donations faites par ces personnes à la communauté où elles sont pensionnaires, lorsqu'elles paroissent trop considérables; arrêt du 11 juillet 1713, rapporté au sixième tome du *Journal*.

Des maîtres ou maîtresses sont aussi, à l'égard de leurs apprentis, des espèces de pédagogues, à cause du droit de correction qu'ils ont sur eux. Ricard en rapporte un arrêt à l'égard d'un apprenti apothicaire. Il en est autrement des professeurs publics, tels que sont ceux du collége royal de Paris et ceux des facultés supérieures de théologie, de droit, et de médecine; l'état de ces professeurs ne consistant qu'à faire des leçons publiques à qui veut les entendre, et ne leur donnant aucun gouvernement, ni aucune inspection sur les personnes de leurs élèves, il est clair qu'ils ne peuvent être compris sous le terme de pédagogue, ni être renfermés sous la prohibition de la coutume.

7° La jurisprudence a encore étendu les dispositions de l'ordonnance et de la coutume à plusieurs autres espèces de personnes, savoir:

1° Aux directeurs, confesseurs. L'empire que ces personnes acquièrent ordinairement sur l'esprit de leurs pénitents et beaucoup plus sur l'esprit de leurs pénitentes, a servi de motif à cette extension.

Lorsque le confesseur est un religieux ou membre de quelque communauté, le couvent ou la communauté dont il est membre, et celles du même ordre, sont incapables de recevoir des donations des pénitents de ce confesseur; car il y a également à craindre

qu'il n'abuse de l'empire qu'il a sur l'esprit de son pénitent pour extorquer quelque donation au profit de cette communauté, comme il y a lieu de craindre qu'un confesseur n'en extorque pour lui-même, les religieux étant ordinairement aussi portés pour les intérêts de leur communauté, que les séculiers le sont pour leur propres intérêts.

2° Un semblable motif a fait étendre la disposition de l'ordonnance aux médecins, chirurgiens, apothicaires, empiriques, opérateurs, qui ont entrepris une cure. Toutes ces personnes sont incapables de recevoir aucunes donations ni legs de leurs malades, lesquels, pour avoir la guérison, n'osent rien refuser à ces personnes, desquelles ils s'imaginent pouvoir l'obtenir. La jurisprudence est en cela conforme aux lois romaines. l. 9, *cod. de prof. et Med.*

3° Par un semblable motif, on a étendu la disposition de l'ordonnance aux procureurs, et on les a jugés incapables de recevoir aucunes donations ni legs de leurs clients. Au reste, pour que ce motif reçoive application, je pense qu'il faut, pour qu'un procureur soit incapable de recevoir des dons et legs de son client, que l'affaire qu'il a entre les mains soit une affaire embarrassée, et dans laquelle il s'agisse de toute la fortune ou d'une partie considérable de la fortune du client; ce qui met dans ce cas le client dans sa dépendance, qui, pour sortir d'une affaire importante, qui est entre les mains de son procureur, n'oseroit rien lui refuser. Si l'affaire étoit de peu d'importance et très simple par elle-même, alors le motif de l'ordonnance ne paroîtroit pas recevoir d'application.

A l'égard des avocats, il y en a qui pensent que la noblesse de leur profession doit écarter d'eux tout soupçon de vue intéressée, et, par conséquent, qu'ils ne doivent pas être incapables de recevoir des donations de leurs clients. Néanmoins Ricard pense que les avocats doivent être incapables de recevoir des donations de leurs clients aussi bien que les procureurs. Mais il ajoute que les uns et les autres ne sont pas incapables d'en recevoir par testament, parceque le temps de la maladie, auquel se font ordinairement les testaments, est un temps auquel l'empire que pourroient avoir l'avocat et le procureur cesse, pour céder la place à celui du médecin.

L'incapacité des confesseurs, médecins, procureurs, et autres semblables personnes, n'étant établie par aucune loi, comme l'est celle des tuteurs et administrateurs, mais seulement sur la jurisprudence des arrêts, il s'ensuit que cette incapacité ne doit pas être si strictement interprétée.

C'est pourquoi, lorsque les donations et legs faits à ces sortes de personnes sont modiques, et n'excédent pas les bornes d'une juste reconnoissance, ils doivent subsister.

Lors même qu'ils sont plus considérables, s'il paroît des motifs probables qui aient pu porter le donateur à les faire, ils doivent subsister, comme si cette personne étoit le proche parent; par exemple, si ce confesseur, ce médecin, etc., étoit un petit-neveu du défunt que le défunt ait rappelé à sa succession. Ceci doit néanmoins dépendre des circonstances.

Au reste, ces personnes sont incapables, ainsi que celles énoncées dans la loi, non seulement des avantages indirects qui leur seroient faits à elles-mêmes; mais même de ceux qui, de leur vivant, seroient faits à leurs femmes, enfants, ou ascendants.

§. IX. En quel temps se considère la capacité pour recevoir la donation, et si l'on peut donner à ceux qui ne sont pas conçus.

Les donations entre-vifs recevant toute leur perfection dans le temps du contrat, il s'ensuit que c'est en ce temps qu'est nécessaire et la capacité de donner dans la personne du donateur, et la capacité de recevoir dans celle du donataire.

De là il suit que le néant n'étant capable de rien, et étant avant toute chose nécessaire d'exister pour être capable de quelque chose, on ne peut faire aucune donation à celui qui, lors de la donation, ne seroit pas encore conçu; car, puisque lors de la donation il n'existoit pas, il ne pouvoit pas alors être capable de recevoir la donation.

La faveur des contrats de mariage susceptibles de toute convention a fait excepter de la régle les donations qui s'y font. C'est pourquoi, si on donne par contrat de mariage aux enfants qui naîtront de ce mariage, la donation sera valable lorsque ces enfants viendront à naître, quoique, lors du contrat, ces enfants, qui n'existoient pas encore, ne pussent être pour lors capables de donations.

Il faut aussi observer que lorsqu'une donation contient une substitution, il n'est pas nécessaire que le

substitué existe lors de la donation; il suffit qu'il existe et soit capable lors de l'ouverture de la substitution.

La capacité est tellement nécessaire lors de la donation, et dans le temps même de la donation, que si j'ai donné à une personne à qui les lois défendoient de donner pour lors, quoique l'empêchement ait cessé, et que depuis que l'empêchement a cessé j'aie ratifié la donation, elle ne sera pas valable, parceque ce qui est nul ne peut être confirmé par une ratification. Cela a été ainsi jugé à l'égard d'une donation faite par une femme à la mère de son mari, dans une coutume qui défend de donner à son mari, et aux parents du mari, quoiqu'elle eût été ratifiée depuis la mort du mari, et, par conséquent, dans un temps auquel la donataire avoit cessé d'être incapable, elle fut déclarée nulle. Cet arrêt est dans Soëfve, chap. 11, 39.

Que si la ratification étoit revêtue des formes nécessaires pour une donation, elle vaudroit, non comme une ratification, mais comme une nouvelle donation.

ARTICLE III.

Des choses qui peuvent être données entre-vifs.

C'est un droit général qu'on peut donner tous ses meubles et acquêts. Les coutumes sont différentes à l'égard des propres. Celles de Paris et d'Orléans permettent aux majeurs de donner entre-vifs, non seulement tous les meubles et acquêts, mais encore tous les propres, sauf la légitime des enfants, si le donateur en a.

D'autres coutumes permettent seulement de dispo-

ser par donation entre-vifs d'une partie des héritages propres. Par exemple, la coutume de Blois ne permet de donner entre-vifs que la moitié des propres.

Dans cette variété de coutumes, c'est celle du lieu où les héritages propres sont situés qui doit décider; car les lois qui défendent l'aliénation des choses ayant pour objet les choses sont des statuts réels, qui n'ont d'empire que sur les choses situées dans leur territoire.

Cette disposition des coutumes, qui défend de donner entre-vifs une certaine portion des propres, étant faite en faveur des héritiers présomptifs du donateur, qui sont de la ligne d'où ces propres procèdent, il s'ensuit que la donation qui auroit été faite du total desdits propres, ou d'une partie plus grande que celle dont il est permis de disposer, n'est nulle, pour l'excédant, qu'en faveur desdits héritiers de la ligne, et que, par conséquent, il n'y a qu'eux qui puissent en demander le retranchement et en opposer la nullité. Nous parlerons ailleurs de ce retranchement.

SECTION II.

Des formes des donations entre-vifs, et par quels actes doivent-elles être faites.

Les formes que nos lois exigent pour la validité des donations entre-vifs d'immeubles, sont:

1° La solennité de l'acceptation;

2° La tradition;

3° L'irrévocabilité;

4° L'insinuation;

5° Il est encore de la forme des donations qu'elles ne puissent être faites que par actes devant notaires.

ARTICLE PREMIER.

De la solennité de l'acceptation.

Il faut distinguer entre l'acceptation et la solennité de l'acceptation.

L'acceptation, qui n'est autre chose que le consentement donné par le donataire à la donation, n'est pas une simple forme requise par le droit civil pour la validité de la donation. Cette acceptation constitue l'essence même de la donation, qui, étant une convention entre le donateur et le donataire, renferme nécessairement le consentement des deux parties : *Conventio* (*enim*) *est duorum in idem placitum consensus*.

La solennité d'acceptation est l'expression qui doit être faite par l'acte de donation, de l'acceptation du donataire. Cette exception est une pure solennité requise par nos lois, et qui ne le seroit pas, si les donations eussent été laissées dans le pur droit naturel, suivant lequel l'acceptation, quoique non exprimée, quoique tacite et désignée de quelque manière que ce fût, auroit été valable.

Il suit de cette distinction que, quoique dans toutes les autres conventions l'acceptation soit suffisamment signifiée par la présence des parties à l'acte, ou par leur signature ; néanmoins, dans les donations où cette acceptation doit être expresse et est requise comme une formalité, la présence du donataire, la

signature à l'acte de donation, ne seroient pas une acceptation suffisante. C'est la disposition de l'art. 6 de l'ordonnance de 1731.

Il en est de même de toutes les autres circonstances dont on voudroit induire l'acceptation; quand même le donataire seroit, en conséquence de la donation, entré en possession de la chose donnée, cela ne suppléeroit pas à la solennité de l'acceptation.

Il n'est pas nécessaire au reste que l'acte qui contient l'acceptation du donataire soit le même acte par lequel le donateur a déclaré qu'il donnoit. Quoique ces deux actes n'en contiennent proprement qu'un, néanmoins ils peuvent être faits par chartes différentes, et à différents temps l'un de l'autre.

Il falloit pourtant, par l'ordonnance de 1539, art. 133, que l'acte contenant l'acceptation fût fait en la présence des donateurs et notaires. Mais par la déclaration de 1549, l'acceptation peut être faite, même hors la présence du donateur; ce qui peut se faire, ou au pied de l'acte de donation, ou même par chartes tout-à-fait séparées. Mais, en ce cas, il faut, suivant ladite déclaration, que l'instrument de la donation soit inséré dans l'acte qui contient l'acceptation.

De ce que la donation et l'acceptation peuvent être faites par différentes chartes, et à différents temps, naît la question de savoir si une donation, ayant été faite ainsi, sera censée valable du jour de l'acte de donation, ou seulement du jour de l'acceptation. Il faut dire qu'elle ne sera valable que du jour de l'acceptation. L'ordonnance de 1539 le dit en termes exprès : « Celles qui seront faites en l'absence des do-

« nataires, les notaires stipulants pour eux, com-
« menceront leur effet du temps qu'elles seront ac-
« ceptées. »

La raison en est évidente. La donation ne reçoit sa perfection que par l'acceptation; elle ne peut être valable que de ce jour-là. La donation, avant qu'elle soit acceptée, n'est encore qu'un projet, et n'est pas encore donation, puisque qui dit donation entre-vifs dit convention, et qu'il ne peut y avoir de convention sans acceptation.

De là il suit que le donateur peut, avant l'acceptation, changer de volonté; car, n'y ayant jusque-là proprement qu'un projet qui n'est pas effectué, et dont il n'est encore né aucun droit, ni formé, ni informe, au profit du donataire, qui ne peut résulter que de son acceptation; il s'ensuit qu'il peut changer de volonté; car on ne peut pas lui opposer que : *Nemo mutare potest consilium in alterius injuriam;* car il répondra que, *mutando consilium nemini facit injuriam, cum ex ipsius proposito nemini fuerit jus acquisitum.*

L'ordonnance, art. 14, décide donc avec raison que les mineurs et autres privilégiés ne peuvent être restituables, même sous prétexte de l'insolvabilité de leurs tuteurs, contre le défaut d'acceptation d'une donation qui leur auroit été faite par quelqu'un qui seroit mort depuis, ou auroit changé de volonté. Car ces personnes, n'ayant pu acquérir aucun droit que par l'acceptation qui n'est pas intervenue, il n'y a aucun droit que la restitution puisse leur rendre : le donateur, en changeant de volonté, n'ayant fait que retenir ce qui n'avoit pas cessé d'être à lui, et user de la

liberté naturelle qu'ont tous les hommes de changer de volonté, ne leur a fait aucun tort qui leur donne lieu de pouvoir se pourvoir contre lui par la restitution. Mais, en ce cas, le mineur peut prétendre contre son tuteur l'estimation de ce qu'il a manqué d'acquérir par la négligence qu'a eue son tuteur d'accepter la donation, avant que le donateur eût changé de volonté. Car, quoique le mineur n'ait jamais eu aucun droit qui résultât de cette donation, et qu'il n'ait, en conséquence, rien perdu, il suffit qu'il ait manqué d'acquérir par la négligence de son tuteur, pour qu'il en soit tenu envers lui.

Il suit de là que, si le tuteur avoit lui-même fait la donation à son mineur, il ne pourroit opposer le défaut d'acceptation: car, si la donation est nulle, faute d'acceptation, il est en sa qualité de tuteur responsable de n'avoir pas fait créer un curateur à son mineur pour l'accepter.

De ce que la donation n'a d'effet que du jour de l'acceptation, il suit que par l'acceptation de la donation la chose donnée ne passe au donataire qu'avec la charge des hypothèques que le donateur a contractées dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, et avec toutes les autres charges qu'il y auroit imposées.

Il n'est pas douteux que la donation ne puisse avoir d'effet avant l'acceptation au préjudice des tiers qui auroient acquis quelque droit dans la chose donnée; mais lorsqu'il ne s'agit pas de l'intérêt de ces tiers, on demande si l'acceptation peut avoir un effet rétroactif au temps de la donation; par exemple, à l'effet que,

si on m'a donné un héritage avant mon mariage, et que je n'aie accepté la donation que depuis, l'héritage me soit propre de communauté? On dira pour l'affirmative que l'acceptation que je fais est une ratification de celle que le notaire, en stipulant pour moi, avoit déja faite en recevant l'acte qui contient la donation. Or, dira-t-on, c'est le propre des ratifications d'avoir un effet rétroactif au temps de l'acte ratifié. Au contraire, pour la négative, on dira que la ratification d'un acte qui auroit toutes ses formes, et auquel il ne manqueroit que le consentement de la personne qui le ratifie, peut avoir un effet rétroactif; mais il n'en est pas de même lorsque cette acceptation est une formalité requise pour la validité de l'acte. On peut bien donner au consentement d'une personne qui ratifie un effet rétroactif, en supposant que dès le temps de l'acte elle a voulu et consenti à tout ce qui a été fait en son nom; mais on ne peut pas donner un effet rétroactif à une formalité requise, ni la supposer intervenue avant qu'elle l'ait été effectivement. En vain diroit-on que le donataire, en acceptant depuis, est censé, dès le temps de la donation, avoir voulu et avoir accepté ce que le notaire a stipulé pour lui : car on répondroit qu'en vain on suppose qu'il a voulu dès ce temps accepter, puisque la volonté n'est pas seule suffisante pour la perfection de la donation, qui requiert, outre cela, que cette volonté soit expresse, et qu'ainsi l'acte ne peut être regardé comme parfait que du jour que son acceptation est intervenue.

C'est pour cela que l'ordonnance, art. 5, déclare de nul effet les acceptations de notaires stipulants pour

les absents, et défend aux notaires de faire ces stipulations dans les donations.

De ce que la donation ne commence à avoir son effet que du jour de l'acceptation, il suit aussi que l'ordonnance a bien décidé en ordonnant qu'elle devroit l'être du vivant du donateur : car la donation n'ayant d'effet que du jour qu'elle est acceptée, ce n'est que de ce jour que le donateur est réputé avoir donné et consommé sa donation; d'où il suit qu'il faut qu'il soit vivant, car on ne peut plus rien faire après qu'on est mort. La donation étant une convention, elle se forme par le concours des volontés du donateur et du donataire. L'acceptation qui se fait du vivant du donateur forme ce concours, parceque le donateur, qui n'a pas témoigné avoir changé de volonté, est présumé persévérer toujours dans la volonté de donner, qu'il avoit déclarée auparavant; mais l'acceptation qui se fait après la mort du donateur ne peut plus former ce concours, puisqu'un mort n'a plus de volonté.

Il suit de ces principes que l'acceptation ne peut se faire, non seulement après la mort du donateur, mais même après qu'il a perdu l'usage de la raison, ou que, sans l'avoir perdu, il est devenu d'ailleurs incapable de donner; car on ne peut plus supposer, lors de l'acceptation, le concours des volontés du donateur et du donataire nécessaire pour former la donation, si, dans ce temps, le donateur est incapable de volonté. En vain, lors de l'acceptation, seroit-il supposé persévérer dans la volonté de donner, si, dans ce temps, il étoit incapable de donner. Par exemple, s'il

étoit lors interdit, s'il étoit lors marié à la personne du donataire : car, comme c'est dans ce temps que se forme la donation, et qu'elle reçoit sa perfection, il est clair que c'est dans ce temps que la capacité de donner est requise.

C'est encore une suite de nos principes que, de même que l'acceptation ne peut se faire que du vivant du donateur, elle ne peut se faire que du vivant du donataire, par lui-même ou par son procureur, et que son héritier ne peut pas, après sa mort, accepter la donation, comme l'a mal-à-propos avancé Lalande. Cela suit évidemment de nos principes.

Pour que le concours des deux volontés qui forme la donation ait lieu, il faut que ce soit la même personne à qui le donateur veut donner qui veuille accepter la donation. Lorsque c'est l'héritier qui accepte la donation, ce n'est pas la personne à qui le donateur veut donner, puisque le donateur n'a pensé qu'au défunt et non pas à son héritier. Le concours nécessaire des deux volontés, pour former la donation, ne se trouve donc pas. En vain diroit-on que l'héritier représente le défunt, et est censé la même personne que lui : car cela n'est vrai qu'autant que l'héritier a succédé aux droits du défunt ; mais le défunt, étant mort avant l'acceptation, n'avoit aucun droit résultant de la donation, puisque ce n'est que par l'acceptation qu'il pouvoit en acquérir. Il n'a donc pu en transmettre aucun à son héritier à cet égard, et, par conséquent, son héritier ne peut pas, à cet égard, le représenter ni accepter la donation.

Il suit encore de nos principes que le donateur doit

être capable de recevoir des donations lors de l'acceptation; car, puisque c'est proprement dans ce temps que la donation se forme, c'est aussi dans ce temps que le donataire doit en avoir la capacité.

Doit-on toujours conclure de là que si le donataire, dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, devenoit le médecin ou le procureur du donateur, la donation ne seroit pas valable? Je pense que non: car l'incapacité du médecin, des procureurs, et des personnes semblables, n'étant pas une incapacité absolue et prononcée par la loi, mais une incapacité improprement dite, et qui ne résulte que de la présomption qui naît de la qualité de ces personnes, que cette donation a été extorquée par leur empire sur l'esprit du donateur, cette incapacité ne doit plus être considérée lorsque cette présomption cesse, et qu'il paroît que le donateur s'étoit porté à la donation, avant que le donataire eût eu cette qualité qui pouvoit lui donner de l'ascendant sur l'esprit du donateur.

Nous avons à présent à voir par qui l'acceptation peut être faite. Elle peut se faire, ou par le donataire lui-même, ou par son procureur, soit spécial, soit général; ordonnance de 1731, art. 5; par son tuteur, par son curateur, ou autre administrateur.

Une acceptation faite par toute autre personne qui n'auroit pas de mandat, et qui déclareroit se porter fort pour le donataire absent, ne seroit pas valable, et la donation ne vaudroit que du jour de la ratification expresse qu'en feroit le donataire par un acte devant notaire, dont il doit rester minute; ordonnance de 1731, art. 5.

L'acceptation contenant un consentement, il s'ensuit que les enfants et les fous à qui une donation est faite, ne peuvent pas l'accepter par eux-mêmes; mais leurs tuteurs ou curateurs peuvent l'accepter pour eux; ordonnance de 1731, art. 7.

Il est même permis, par ledit article, au père et à la mère du donataire mineur ou interdit, quand même ils n'auroient pas la qualité de tuteurs ou curateurs, et même aux autres ascendants, quoique du vivant du père et de la mère du donataire, d'accepter pour le donataire mineur ou interdit la donation qui lui est faite, ainsi que le pourroit faire un tuteur.

L'ordonnance en permettant à ces personnes d'accepter les donations faites aux mineurs et interdits, n'exclut pas les mineurs et interdits qui ont l'usage de la raison, tels que sont les interdits pour cause de prodigalité, et les mineurs *pubères* ou voisins de la puberté, d'accepter par eux-mêmes les donations qui leur sont faites.

Il est évident aussi que les communautés, ne pouvant consentir par elles-mêmes l'acceptation des donations qui leur sont faites, cette acceptation doit être faite par les personnes préposées à la gestion des affaires de ces communautés, comme, par exemple, par un syndic. Si la donation est faite à un hôpital, elle sera acceptée par les administrateurs; si elle est faite pour la fondation de quelque service divin dans une paroisse, ou pour la subsistance des pauvres, l'acceptation sera faite par les curés et les marguilliers de ladite paroisse; ordonnance de 1731, art. 8.

Il nous reste à observer, touchant l'acceptation,

qu'elle n'est nécessaire que pour les donations directes. Les donations fidéicommissaires, quoique faites par un acte de donation entre-vifs, n'ont pas besoin d'être acceptées par les personnes à qui elles sont faites, qui sont souvent, lors de l'acte, incertaines. C'est pourquoi l'ordonnance de 1731, art. 11, dit qu'elles vaudront, en vertu de l'acceptation du premier donataire à qui la donation directe a été faite; à la charge de leur restituer, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de leur part.

Lorsqu'une donation est faite à quelqu'un et à ses enfants à naître, elle est censée faite directement à lui, et contenir un fidéicommis au profit de ses enfants, et, par conséquent, son acceptation suffit, et rend la donation valable, même à l'égard des enfants à naître.

Il en est de même lorsqu'une donation est faite aux enfants nés et à naître de quelqu'un. Les enfants nés sont les seuls donataires directs, et leur acceptation suffit. Ceux à naître sont censés appelés par forme de fidéicommis, à mesure qu'ils naîtront, à une portion virile des choses données.

Les institutions contractuelles n'ont point besoin non plus d'acceptation.

Les donations entre-vifs, quoique directes, lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage ne sont pas sujettes à la solennité d'acceptation; ordonnance de 1731, art. 10; parceque la faveur des contrats de mariage fait dispenser de toute formalité les dispositions qui y sont contenues.

Enfin, les donations de meubles corporels, lorsqu'il y a tradition réelle, ne sont pas sujettes à aucune for-

malité, puisqu'on peut même n'en passer aucun acte.

Les lois romaines reconnoissoient une espèce de libéralité qui obligeoit en certain cas le donateur, sans aucune convention avec le donataire, et, par conséquent sans acceptation. C'est ce que les lois appeloient *pollicitation*, qu'on définit *solius offerentis promissum*. Ces pollicitations, lorsqu'elles étoient de quelque chose qui contînt quelque utilité publique, ou qui contribuât à la décoration d'une ville, étoient obligatoires, ou lorsqu'elles avoient eu un commencement d'exécution, ou même, sans cela, lorsqu'elles avoient été faites en conséquence de quelque honneur ou magistrature déférés à celui qui avoit fait la pollicitation. Voyez notre titre *de pollicitationibus*, dans nos pandectes.

Ricard rapporte quelques arrêts, par lesquels il paroît que ces pollicitations avoient été admises dans notre jurisprudence; mais elles paroissent aujourd'hui rejetées par l'ordonnance de 1731, art. 5, qui dit en termes formels que même les donations faites en faveur de l'Église, ou pour causes pies, ne pourront engager le donateur que du jour qu'elles auront été acceptées. Car de ce que l'ordonnance a déclaré qu'elle n'exceptoit pas de la nécessité de l'acceptation même la cause pie, on peut conclure que son esprit est de n'en excepter aucunes; et, par conséquent, de ne pas même en excepter celles qui auroient pour cause la décoration des villes, ou quelque utilité publique.

ARTICLE II.

De la tradition et de l'irrévocabilité.

Il est de principe dans notre droit françois, sur la matière des donations entre-vifs, que *donner et retenir ne vaut*. Cette maxime est insérée dans plusieurs coutumes; Paris, art. 273, Orléans, art. 283.

Ces mêmes coutumes donnent en même temps l'explication de cette maxime : « C'est donner et retenir « quand le donateur s'est réservé la puissance de dis- « poser librement de la chose par lui donnée, ou qu'il « demeure en possession jusqu'au jour de son décès. » Paris, art. 274, Orléans, art. 283. Deux choses sont donc requises, suivant cette maxime, pour la validité des donations; la tradition de la chose donnée, et l'irrévocabilité parfaite : 1° La coutume établit la nécessité de la tradition, lorsqu'elle dit que c'est *donner et retenir lorsque le donateur demeure en possession.*

La même coutume d'Orléans dit ailleurs, art. 276, que la donation est valable, pourvu que, dès le temps du don, les donateurs se dessaisissent.

La raison pour laquelle notre droit a requis, pour la validité des donations, la nécessité de cette tradition, ainsi que celle de l'irrévocabilité, se fait assez apercevoir. L'esprit de notre droit françois incline à ce que les biens demeurent dans les familles, et passent aux héritiers. Leurs dispositions sur les propres, sur les réserves coutumières, le font assez connoître.

Dans cette vue, comme on ne pouvoit justement dépouiller les particuliers du droit que chacun a naturel-

lement de disposer de ce qui est à lui, et, par conséquent, de donner entre-vifs, nos lois ont jugé à propos, en conservant aux particuliers ce droit, de mettre néanmoins un frein qui leur en rendît l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner, qu'il ne se dessaisît dès le temps de la donation de la chose donnée, et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède, et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement, détournât les particuliers de donner.

D'ailleurs, la parfaite libéralité qui fait que le donateur préfère le donataire à lui-même pour la chose donnée est (comme nous l'avons dit) le caractère des donations entre-vifs; or, c'est une suite de cette préférence que le donateur se dépouille au profit de son donataire. Ce dépouillement est donc de la nature des donations entre-vifs.

§. I. De la tradition.

Les coutumes sont différentes sur la qualité de la tradition. Il y en a qui en demandent une solennelle sous différents noms.

D'autres demandent une tradition réelle, et ne reconnoissent point pour valables les donations dans lesquelles il n'est intervenu qu'une tradition feinte, telle que celle qu'on induit de la rétention d'usufruit. Dans les coutumes de Paris et d'Orléans les donations sont valables, soit que la tradition ait été réelle, soit qu'elle ait été seulement feinte.

On entend assez ce que c'est que tradition réelle; c'est lorsque je fais passer une chose mobiliaire de ma main en celle d'un autre dans la vue de lui en abandonner la possession, ou que, dans la même vue, je déloge d'une maison, ou d'un héritage, en faveur d'un autre qui y entre en ma place.

On appelle tradition feinte toutes les manières de faire passer à quelqu'un la possession d'une chose, sans qu'il intervienne de tradition réelle.

Par exemple, lorsque donnant un héritage à quelqu'un je le retiens à titre de ferme ou de loyer, c'est une tradition feinte; parceque restant dans l'héritage, et sans qu'il intervienne, par conséquent, de tradition réelle, je ne laisse pas de faire passer à ce donataire la possession de l'héritage. En effet, comme nous possédons, non seulement les choses que nous tenons par nous-mêmes, mais même celles que nous tenons par nos fermiers et locataires, et qu'un héritage n'est pas proprement possédé par celui qui le tient à ferme ou à loyer, mais par celui de qui il est tenu à ce titre, il s'ensuit que le donateur, en se rendant par une clause de la donation le fermier, ou le locataire du donataire pour raison de l'héritage qu'il lui donne, sans sortir de l'héritage, il cesse de le posséder, et en transfère véritablement la possession au donataire.

Il en est de même de la clause de rétention d'usufruit, soit dans un contrat de vente, soit dans un contrat de donation; car, comme un usufruitier ne possède pas la chose dont il a l'usufruit comme chose à lui appartenante, mais comme la chose d'autrui, il ne la possède pas en quelque façon, et c'est celui de qui il

la tient à usufruit qui la possède par lui; d'où il suit que le vendeur ou donateur, en se rendant par cette clause l'usufruitier de la chose qu'il vend ou qu'il donne, en transfère la possession à l'acquéreur de qui il se reconnoît la tenir à titre d'usufruit.

Ces manières, et autres semblables, de transférer la possession, sont appelées traditions feintes, parcequ'elles ne contiennent effectivement aucune tradition réelle. On la suppose seulement intervenue, parcequ'elles produisent le même effet de transférer la possession que si elle étoit effectivement intervenue.

Les coutumes de Paris et d'Orléans déclarent formellement qu'elles se contentent de ces traditions feintes pour la validité des donations, lorsqu'elles disent : « Ce n'est donner et retenir quand l'on donne la « propriété d'aucun héritage retenu à soi l'usufruit à « vie ou à temps, ou quand il y a clause de constitut « ou précaire, et vaut telle donation. » Orléans, 284; Paris, 275.

On appelle clause de constitut la clause par laquelle le donateur déclare tenir l'héritage du donataire, et n'en demeurer en possession que pour lui et en son nom, soit comme fermier, soit comme locataire, ou de quelque autre manière que ce soit.

La clause du précaire est celle par laquelle le donateur ne retient l'héritage que précairement du donataire, c'est-à-dire, par grace, de sa part, et à la charge de le lui remettre toutes fois et quantes il le demandera.

Quand même il ne seroit pas dit expressément que le donateur se retient l'usufruit de la chose donnée,

mais seulement que l'acquéreur n'entrera en jouissance que dans un certain temps, Ricard pense que c'est une rétention d'usufruit jusqu'à ce temps.

La coutume d'Orléans fait mention d'une autre espèce de tradition feinte. Elle dit, art. 278, que la clause de dessaisine saisine devant notaire de cour laye équipolle à la tradition de fait, sans qu'il soit requis autre appréhension.

Pour que cette tradition feinte ait lieu, il faut : 1° que celui qui se dessaisit par cette clause soit véritablement en possession de l'héritage qu'il aliéne ; car on ne peut se dessaisir que de ce qu'on possède ; 2° il faut que les parties ne fassent par la suite rien de contraire à cette clause ; car, si, nonobstant cette clause, le donataire souffroit que le donateur restât par la suite en possession de la chose donnée, cette clause seroit de nul effet, et la donation seroit nulle, par la raison que *donner et retenir ne vaut.*

Cette espèce de tradition feinte, qui résulte de la simple clause de dessaisine saisine, est particulière à notre coutume d'Orléans. C'est pourquoi, pour qu'elle ait lieu, il faut, non seulement qu'il s'agisse d'héritages situés en la coutume d'Orléans, mais il faut encore, selon Dumoulin, que l'acte ait été passé, *dummodò sit facta Aureliæ* (dit-il en sa note sur l'art. 218 de l'ancienne coutume dont celui-ci est tiré), *secùs si de terris sitis Parisiis.*

Il faut donc aussi, dans les autres coutumes, à défaut de tradition réelle, quelque clause de rétention d'usufruit, de constitut, de précaire, et la seule clause de dessaisine saisine ne suffit pas.

Il faut observer que, suivant Dumoulin, la tradition, soit réelle, soit feinte, n'est nécessaire que dans les donations pures et simples, et non dans les donations qui sont suspendues par une condition, ni même dans celles dont, par la loi apposée au contrat, l'exécution est transférée à un certain temps.

Il pense que ces sortes de donations sont valables, et que le donateur n'est pas censé donner et retenir, quoiqu'il retienne la chose donnée jusqu'au temps marqué pour l'exécution; car, selon lui, ce n'est *donner et retenir* que lorsque le donateur retient la chose donnée contre la teneur de la donation, et non pas lorsqu'il la retient en exécution de la loi même apposée à la donation. Voici ces termes, en expliquant que donner et retenir ne vaut, il dit : *Hæc consuetudo intelligitur quandò fit contrarium donationis, ut quia proprietas datur de præsenti..... Secùs si datur post obitum, quia interim non potest peti, nec potest tradi, et sic non retinetur datum.* Ce sentiment de Dumoulin ne paroît pas pouvoir être suivi en notre coutume, qui porte expressément qu'il faut que, dès le temps du don, le donateur se dessaisisse.

Quoique les choses incorporelles ne soient susceptibles ni de possession, ni de tradition proprement dite, néanmoins la donation de ces sortes de choses n'est pas dispensée de la nécessité de la tradition, et ce qui équipolle à tradition, à l'égard de ces sortes de choses, doit intervenir pour que la donation soit valable. C'est pourquoi, comme à l'égard des créances, c'est la signification que fait le cessionnaire de son transport au débiteur de la créance qui le saisit, et équipolle à tradition,

suivant l'art. 108 de la coutume de Paris, qui est suivi par-tout; il s'ensuit que, pour que la donation d'une créance soit valable, il faut que le donataire signifie au débiteur la donation.

Il faut avoir recours à la même espèce de tradition, lorsque quelqu'un donne un héritage dont il n'a pas la possession; comme, en ce cas, il ne peut y avoir lieu ni à la tradition réelle, ni aux traditions feintes (dont il a été parlé ci-dessus) dont l'effet est de transférer la possession de l'héritage, puisque le donateur, qui ne l'a pas lui-même, ne peut pas le transférer, la signification faite au possesseur de l'héritage par le donataire, de la donation qui lui en est faite avec assignation pour le délaisser tient lieu de tradition du droit que le donateur avoit de le revendiquer, et rend valable la donation qu'il en a faite.

Si la donation est d'une somme ou d'une rente dont le donateur se constitue débiteur envers le donataire, une telle donation n'est susceptible d'aucune tradition, et l'obligation irrévocable de la payer, que le donateur contracte par la donation, suffit pour rendre sa donation valable.

Il nous reste à observer, sur la nécessité de la tradition, que, suivant Ricard, le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur lui-même qui peut toujours être contraint à faire la délivrance, et que ce défaut peut être opposé seulement par ses héritiers et par des tiers. Cela souffre difficulté en notre coutume, qui dit en termes très généraux que pour que la donation soit valable, il faut que, dès le temps du don, le donateur se dessaisisse. C'est pourquoi Lalande, sur

l'art. 283, dit formellement qu'à défaut de clause de tradition feinte le donataire ne peut pas agir personnellement contre le donateur, à ce qu'il soit condamné à la délivrance des meubles ou immeubles par lui promis. Et ailleurs il dit que, par notre coutume conforme en cela à l'ancien droit romain, la simple paction de donner n'est point obligatoire.

Il y a néanmoins des jurisconsultes qui pensent que, même dans la coutume d'Orléans, le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur, et que le donataire a action contre lui pour se faire livrer la chose qu'il lui a donnée; que ces termes: « Pourvu que, dès « le temps du don, le donateur se dessaisisse », ne concernent que l'irrévocabilité essentielle aux donations; et qu'ils signifient seulement que, dès le temps du don, le donateur ne doit plus être le maître de se repentir de sa donation. Qu'au surplus il est censé s'être dessaisi suffisamment par l'action qu'il donne contre lui en s'obligeant à livrer la chose; et que de même qu'on dit en droit que, *is qui actionem habet ad rem, jam ipsam rem habere videtur;* de même on peut dire que celui qui a donné une action contre lui pour le contraindre à se dessaisir de la chose s'en est déja comme dessaisi.

§. II. De l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

C'est le caractère essentiel et distinctif de la donation entre-vifs d'être irrévocable; car c'est ce qui la distingue de la donation pour cause de mort: d'où il suit que tout ce qui blesse cette irrévocabilité, est un vice qui annulle la donation entre-vifs, parcequ'il en détruit la cause.

Ce que nous disons ne doit pas être entendu absolument de toute irrévocabilité, mais, relativement au donateur, de celle qui consiste en ce qu'il ne soit pas laissé en sa liberté de détruire, ni même d'altérer le moins du monde l'effet de la donation. Au reste, il n'est pas contraire à la nature des donations entre-vifs qu'elles soient révocables sous quelque condition casuelle qui ne dépende pas de la volonté du donateur, et elles peuvent être valablement faites à la charge de révocation sous quelques unes de ces conditions

C'est en conséquence de l'rrévocabilité que nous disons être de l'essence des donations entre-vifs, que les coutumes, en expliquant la maxime *donner et retenir ne vaut*, disent que c'est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée; car cette faculté qu'il se réserve d'en disposer empêche que la donation ne soit irrévocable, et, par conséquent, détruit sa nature et la rend nulle.

§. III. Plusieurs conséquences tirées de la nécessité de la tradition et de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

Il suit de là, 1° qu'on ne peut donner ses biens à venir; car cette donation pèche et par le défaut de tradition, puisque le donateur ne peut pas se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore; et par le défaut d'irrévocabilité, car, étant en la liberté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeureroit en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation.

De là il suit, 2° qu'on ne peut donner sous une condition qui dépende de la volonté du donateur, même

ses biens présents, ni quelque chose particulière; car, cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité, le donateur étant le maître en faisant manquer la condition d'en anéantir l'effet.

De là il suit, 3° qu'on ne peut donner à la charge de payer les dettes que le donateur contractera par la suite; cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité, car le donateur ayant la liberté d'en contracter tant qu'il lui plaira, conserve la liberté de disposer des biens qu'il a donnés, et de détruire entièrement l'effet de sa donation en l'absorbant par les dettes qu'il contractera; ordonnance de 1731, art. 16.

De là il suit, 4° que si la donation étoit faite à la charge de payer les dettes que le donateur contractera jusqu'à concurrence néanmoins d'une certaine somme, la donation ne sera pas, à la vérité, entièrement nulle, mais elle le sera jusqu'à la concurrence de cette somme, quand même le donateur n'auroit pas usé de cette liberté et n'auroit contracté aucune dette; car le donateur ayant eu la liberté de diminuer l'effet de sa donation jusqu'à concurrence de cette somme, il s'ensuit qu'elle n'a pas été irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme, et, par conséquent, qu'elle est nulle jusqu'à cette concurrence; ordonnance de 1731, art. 16.

Par la même raison, si quelqu'un avoit donné tous ses biens présents à quelqu'un, en se réservant néanmoins la faculté de disposer ou de tester d'une certaine somme, quand bien même il seroit dit expressément par l'acte que la somme, au cas qu'il n'en eût pas disposé, demeureroit comprise en la donation, néanmoins la donation seroit nulle jusqu'à concurrence de

cette somme, parcequ'elle n'étoit pas irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme.

De là il suit, 5° que l'ordonnance de 1731, art. 15, a fort bien décidé que la donation des biens présents et à venir n'étoit pas valable, quand même le donataire auroit été mis en possession des biens présents; ordonnance de 1731, art. 15; parceque cette donation contenant en soi la charge de payer toutes les dettes que le donateur contractera, elle pèche par le défaut d'irrévocabilité, puisque le donateur, en se réservant la liberté de charger son donataire des dettes qu'il contractera, se réserve par là indirectement la liberté d'anéantir la donation des biens, même présents, en contractant des dettes qui absorbent tant les biens qu'il acquerra que les présents.

La jurisprudence, avant l'ordonnance, étoit contraire à cette décision; et on jugeoit que la donation n'étoit nulle que pour les biens à venir, et que le donataire n'étoit pas chargé des dettes contractées depuis la donation, ces dettes étant une charge des biens à venir qu'il n'avoit pas, et non des biens présents. Arrêts des 24 mai 1718, janvier 1719, au septième tome du *Journal des Audiences*.

Mais le sentiment qu'a embrassé l'ordonnance, et qui est aussi celui de Ricard, paroît bien plus conforme aux principes; car le donateur qui avoit donné ses biens présents et à venir n'avoit pas entendu faire deux donations, l'une de ses biens présents, à la charge de ses dettes présentes, et l'autre de ses biens à venir, à la charge des dettes qu'il contracteroit. Mais il n'avoit entendu faire qu'une seule et même donation, et,

par conséquent, la charge de payer les dettes qu'il contracteroit, qui étoit inhérente à cette donation, étoit, dans l'intention du donateur, une charge de tout ce qu'il donnoit des biens présents comme des biens à venir.

La jurisprudence, qui avant l'ordonnance étoit contraire à cette décision, n'a été abrogée que pour l'avenir. C'est pourquoi on doit même encore aujourd'hui décider à l'égard des donations des biens présents et à venir faites avant la publication de l'ordonnance de 1731, qu'elles sont valables pour les biens que le donateur avoit lors de la donation.

Lorsque quelqu'un fait donation entre-vifs d'une rente d'une certaine somme dont il se constitue le débiteur, la clause apposée à cette donation, que le donateur n'en paiera pendant sa vie les arrérages que selon sa commodité, n'est pas contraire au caractère d'irrévocabilité que doivent avoir les donations pour être valables; car cette clause ne rend pas le donateur maître de n'être pas débiteur de la rente qu'il a donnée. Elle lui donne seulement une exception que tout donateur avoit par les lois romaines. *Ne ultrà quàm facere potest exigatur.*

§. IV. Exception à l'égard des donations faites par contrat de mariage.

Les donations faites par contrat de mariage aux conjoints ou à ceux qui naîtront du mariage, par quelque personne que ce soit, ne sont pas sujettes aux règles établies dans les paragraphes précédents et ne

peuvent être attaquées de nullité, faute de tradition ou d'irrévocabilité.

C'est pourquoi, 1° l'ordonnance de 1731, art. 17, décide que ces donations peuvent comprendre les biens à venir; et que, lorsque la donation par contrat de mariage a été faite des biens présents et à venir, il est au choix du donataire, ou d'accepter tous les biens tels qu'ils se trouvent lors du décès du donateur, en se chargeant de toutes les dettes, même postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens existants lors de la donation, en se chargeant seulement des dettes et charges qui existoient audit temps.

2° Elle décide que ces donations faites par contrat de mariage peuvent être faites sous des conditions qui dépendent de la volonté du donateur.

3° Qu'elles peuvent être faites à la charge de payer les dettes qu'il contractera.

4° Que le donateur peut dans ces donations se réserver la faculté de disposer de certaines choses ou de certaines sommes; et que, lorsqu'il meurt sans en avoir disposé, ces choses demeurent comprises en la donation; ordonnance de 1731, art. 18.

ARTICLE III.

De l'insinuation des donations.

On appelle insinuation la description qui est faite de l'acte de donation dans un registre public.

Par le droit romain, suivant les constitutions de Constantin et de Valentinien, les donations, pour être valables, devoient être insinuées lorsqu'elles excédoient une certaine somme. Voyez notre titre *des donations* dans nos pandectes.

Dans notre droit françois, la première loi qui les y a assujetties est l'ordonnance de 1539. Elle a été confirmée en ce point par l'ordonnance de Moulins, et enfin de nos jours par l'ordonnance de 1731.

Le motif de ces lois est, afin que ceux qui contracteroient par la suite avec le donateur, et ceux qui accepteroient sa succession, qu'ils croiroient opulente, ne fussent pas induits en erreur par l'ignorance où ils seroient des donations.

§. I. Quelles donations sont sujettes à l'insinuation.

Toutes les donations entre-vifs, quelles qu'elles soient, sont sujettes à l'insinuation.

L'ordonnance de 1539 s'étant exprimée en termes généraux, on fit la question de savoir, si les donations rémunératoires étoient comprises dans la disposition de la loi. La raison de douter étoit que ces donations, que le devoir d'une juste reconnoissance engage le donateur à faire, ne sont pas proprement des donations; car, suivant Julien, une donation n'est proprement

une donation, que lorsque quelqu'un donne sans avoir aucun sujet de donner, que celui d'exercer sa libéralité. *Dat aliquis eâ mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti: et propter nullam aliam causam facit, quàm ut liberalitatem et munificentiam exerceat. Hæc propriè donatio appellatur;* l. 1, ff. *de donationib.*

Cette question fut décidée par la déclaration rendue en interprétation de l'ordonnance de 1539, qui porte que toutes les donations, encore bien qu'elles soient simples, ains rémunératoires, ou autrement causées, sont sujettes à l'insinuation.

L'ordonnance de 1731, art. 20, porte aussi, que même les donations rénumératoires doivent être insinuées.

Il y avoit peu lieu de douter que les donations rémunératoires, qui contiennent une énonciation vague de services incertains, dussent être sujettes à l'insinuation; autrement il auroit été au pouvoir du notaire et des contractants d'éluder quand ils voudroient la disposition de l'ordonnance, en insérant dans l'acte cette clause, qui, par la suite, seroit devenue de style, et auroit rendu la loi sans effet.

Il y auroit plus de difficulté à l'égard des donations qui seroient faites pour récompense de services certains et désignés par l'acte de donation. Néanmoins celles-ci sont aussi sujettes à l'insinuation, si les services, en récompense desquels la donation a été faite, quoique constants, sont des services qui ne sont pas appréciables à prix d'argent, et pour lesquels le donataire n'auroit aucune action contre le donateur pour en être

récompensé; car, quoiqu'une donation faite pour récompense de tels services ne soit pas si parfaite que la donation simple, néanmoins c'est toujours vraiment une donation, puisque le donateur donne, sans qu'il soit besoin de donner. C'est ici, *liberalitas nullo jure cogente facta.*

Que si les services en récompense desquels la donation a été faite étoient, et constants, et appréciables à prix d'argent, mais que le prix desdits services fût inférieur en valeur à la chose donnée, ce seroit encore une donation, qui, faute d'insinuation, seroit nulle, sauf au donataire d'exercer ses actions pour se faire payer du juste prix des services par lui rendus.

Que si le prix de ces services est égal à la valeur de la chose donnée, en ce cas, cette donation rémunératoire n'en a que le nom; et, quoique le notaire l'ait qualifiée telle, elle n'est pas en effet une donation rémunératoire, mais une donation en paiement, une vente de la chose donnée pour la somme due à l'acquéreur pour le prix de ses services, et, par conséquent, un tel acte n'est pas sujet à l'insinuation.

On a fait la même question à l'égard des donations onéreuses qu'à l'égard des donations rémunératoires; c'étoit la même raison de douter. On disoit que ces donations onéreuses ne sont pas proprement et parfaitement des donations, étant du caractère de la donation parfaite de n'avoir d'autre cause que celle d'exercer une libéralité. Néanmoins l'ordonnance de Moulins assujettit en termes formels à l'insinuation les *donations onéreuses.*

Cela doit s'entendre des donations dont les charges

ne sont pas appréciables à prix d'argent, telles que sont celles faites à la charge de services et fondations, que l'ordonnance de 1731, art. 20, déclare par cette raison être de vraies donations sujettes à l'insinuation.

Quand même les charges seroient appréciables à prix d'argent, si le prix est de beaucoup inférieur à celui de la chose donnée, c'est encore, en ce cas, une donation qui pourra être annulée faute d'insinuation, réservant au donataire son action pour se faire payer, s'il a accompli ces charges.

Que si les charges que le donateur a stipulées à son profit, sont charges appréciables, et dont le prix égale à-peu-près l'héritage donné, ce n'est pas une donation, et, par conséquent, il n'est pas besoin d'insinuation. Cela a été jugé par arrêt du 3 avril 1716, au sixième tome du *Journal des Audiences*, dans l'espèce d'une donation faite à la charge de nourrir le donateur, la valeur des choses données n'excédant pas le prix de cette charge.

On a douté si les donations mutuelles avoient besoin d'insinuation. La raison de douter étoit que ces donations n'en avoient que le nom, et étoient plutôt des contrats intéressés.

L'ordonnance de Moulins a décidé qu'elles y étoient sujettes. Malgré le texte formel de cette ordonnance, Ricard a soutenu que les donations mutuelles, lorsqu'il y avoit parfaite égalité, et dans ce qui étoit donné de part et d'autre, et par rapport aux personnes des donateurs qui étoient l'une et l'autre en santé, n'étoient pas sujettes à insinuation; ces donations n'ayant de la donation que le nom, puisque, dans ce contrat, cha-

cun reçoit autant qu'il donne. Ce sentiment de Ricard est manifestement contraire au texte de l'ordonnance de Moulins. En vain Ricard dit que l'ordonnance de Moulins n'a entendu parler que des donations mutuelles inégales; c'est donner un sens ridicule à cette ordonnance, que de dire qu'en assujettissant les donations mutuelles à l'insinuation, elle n'y assujettit que celles qui ne sont pas parfaitement mutuelles, mais qui ne le sont que *aliquatenùs*. Aussi le sentiment de Ricard n'a pas été suivi, et il est aussi réprouvé par l'ordonnance de 1731, qui dit que les donations mutuelles sont sujettes à l'insinuation, quand même elles seroient parfaitement égales. La raison en est que, quoique les donations mutuelles ne soient pas proprement des donations, et ne contiennent pas une vraie libéralité, néanmoins il suffit que le donateur se soit dépouillé de ses biens, sans avoir reçu à la place qu'une espérance qui n'a pas eu d'effet, pour que le motif de l'ordonnance, qui a assujetti les donations à l'insinuation, s'y rencontre. Car, ce motif tendant à la fin de ne pas induire en erreur les héritiers qui accepteroient la succession, et les tiers qui contracteroient avec lui, dans l'ignorance où ils seroient les uns les autres qu'il s'est dépouillé de ses biens par des donations; peu importe, pour remplir cette vue, qu'il s'en soit dépouillé par une parfaite libéralité ou par un don mutuel, pourvu qu'il s'en soit dépouillé.

On a demandé si les donations par contrat de mariage sont sujettes à l'insinuation? Quoiqu'elles soient dispensées des autres formalités des donations, elles ne sont pas dispensées de l'insinuation. Néanmoins il

faut à cet égard distinguer celles qui sont faites à l'un des conjoints par quelqu'un des ascendants, et celles qui leur sont faites par d'autres personnes, et celles que les conjoints se font entre eux.

L'ordonnance de 1731, art. 19, excepte les premières de la nécessité de l'insinuation. Ricard avoit été aussi de cet avis. La raison en est que l'obligation de doter les enfants, étant de la part des ascendants une obligation naturelle, ces donations ne sont pas tant des donations que l'acquittement d'une dette naturelle. D'ailleurs les mariages étant publics, et les ascendants qui marient leurs enfants, étant présumés les doter lorsqu'ils les marient, ces donations ne peuvent être ignorées, et, par conséquent, n'ont pas besoin de l'insinuation pour être rendues publiques.

Ricard avoit limité son sentiment aux donations qui seroient faites, *intra legitimum modum*; mais cette limitation trop scrupuleuse n'a pas été suivie par l'ordonnance.

Les donations, quoique faites par des ascendants, ailleurs que par contrat de mariage, sont sujettes à l'insinuation, l'ordonnance n'ayant excepté que celles faites par contrat de mariage.

On pourroit peut-être néanmoins étendre la disposition de l'ordonnance aux donations faites par un ascendant pour le titre clérical du donataire, lorsqu'elle n'excède pas la somme réglée pour le titre clérical, y ayant une très grande parité de raison.

Il en est de même de la donation faite par un ascendant pour la profession religieuse du donataire, dans un couvent où il est permis de recevoir des dots,

lorsque la donation n'excéde pas ce qu'il est permis de donner pour ces dots.

Par la même raison, les donations de la seconde espèce, faites par contrat de mariage, c'est-à-dire celles faites aux conjoints par autres personnes que par les ascendants, sont sujettes à l'insinuation, puisque l'ordonnance n'a excepté que celles faites par les ascendants, et que d'ailleurs la même raison ne s'y rencontre pas, n'y ayant aucune obligation naturelle de doter de la part des collatéraux et étrangers.

Enfin, les donations par contrat de mariage, de la troisième espèce, c'est-à-dire celles faites par les conjoints entre eux, sont sujettes à l'insinuation.

Mais on n'y doit pas comprendre les conventions ordinaires des contrats de mariage, quoiqu'elles contiennent un titre lucratif. Tel est l'augment dans le pays de droit écrit; et, dans le pays coutumier, le douaire, le préciput d'une certaine somme, soit en argent, soit en effets mobiliers; ordonnance de 1731, art. 21.

La convention que les biens de communauté demeureroient en entier au survivant, à la charge de payer une somme modique aux héritiers du prédécédé, doit passer pour une simple convention et une loi de contrat de communauté, plutôt que pour une donation; et elle n'est pas, en conséquence, sujette à l'insinuation.

On a jugé aussi que la convention que le conjoint jouiroit en usufruit des biens du prédécédé étoit une convention matrimoniale plutôt qu'une donation, et, par conséquent, non sujette à l'insinuation; arrêt du 8 août 1719.

Il faut observer que, quoique les donations faites par le mari à la femme, par le contrat de mariage, soient sujettes à l'insinuation, néanmoins les héritiers du mari ne peuvent lui en opposer le défaut; ordonnance de 1731, art. 30. La raison en est que le mari, comme administrateur des biens de sa femme, ayant été obligé à la faire faire, il est responsable envers sa femme de ce défaut. D'où il suit que les héritiers du mari ne sont pas recevables à opposer un défaut dont, en leur qualité d'héritiers, ils se trouvent responsables.

Néanmoins, si, dans le pays de droit écrit, la donation eût été faite à la femme, pour lui tenir lieu de biens paraphernaux; comme le mari n'a pas l'administration de ces sortes de biens que la femme a droit d'administrer elle-même sans son mari, il ne peut être à cet égard responsable du défaut d'insinuation, et, par conséquent, le défaut en peut être opposé par les héritiers du mari; ordonnance de 1731, art. 30.

Les donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les choses qui en soient l'objet. Néanmoins les donations des choses mobiliaires en sont dispensées en deux cas.

Le premier est lorsqu'il y a tradition réelle. La raison en est que les meubles n'ont pas de suite, et que leur fréquent commerce, et leur nature à passer successivement dans beaucoup de mains, oblige à dispenser de toutes formalités les dispositions qui se font de ces sortes de choses, lorsqu'elles sont suivies de tradition réelle.

Le second cas auquel les donations de meubles sont dispensées de l'insinuation, c'est lorsqu'il n'y a pas, à

la vérité, de tradition réelle, mais que leur valeur n'excéde pas la somme de mille livres. La modicité, en ce cas, les a fait dispenser de la nécessité de l'insinuation.

On a demandé si la donation des biens à venir, faite par contrat de mariage, par d'autres que par les ascendants, étoit sujette à l'insinuation? Il semble qu'elle ne devroit pas l'être; car les motifs qui ont fait établir l'insinuation ne se rencontrent pas à l'égard de ces donations, puisque ces donations n'étant pas des choses qui ne restent au donataire que lors du décès du donateur, à la charge de toutes les dettes que devra lors ce donateur, il n'y a aucun lieu de craindre qu'elles puissent induire en erreur préjudiciable, ni ceux qui contracteront par la suite avec le donateur, ni ses héritiers. Néanmoins la jurisprudence a assujetti ces sortes de donations, et même les institutions contractuelles, à l'insinuation. Lemaître en apporte une raison assez mauvaise, qui est de dire qu'il est toujours nécessaire que ces donations soient publiques, si ce n'est pour ceux qui contracteront avec le donateur, au moins pour ceux qui contracteront avec ses héritiers présomptifs, comptant sur l'espérance de la succession qu'ils ignoroient leur être ôtée par les donations. Il valoit mieux ne pas dire de raison que d'en dire une si pitoyable. Il faut plutôt dire que les héritiers du donateur ne laissent pas d'avoir intérêt de connoître ces donations, afin de ne pas accepter la succession du donateur; car, quoiqu'en l'acceptant ils eussent un recours pour les dettes contre le donataire, jusqu'à concurrence des choses données, ils ont néanmoins grand intérêt de ne la pas accepter, ce recours ne les mettant pas à couvert des

poursuites des créanciers, étant souvent mauvais, ou accompagné de discussions.

Les donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les personnes entre qui elles sont faites. Il faut en excepter néanmoins celles faites au roi. La raison en est que les lois n'obligent que les sujets, et non le souverain. Il ne peut donc être assujetti à la loi de l'insinuation.

Vice versâ. Celles faites par le roi n'y sont pas assujetties. La première ordonnance qui a établi les insinuations, et qui est celle de 1539, y est formelle.

Au reste, il ne faut pas conclure de ces termes que les donations faites, soit par un étranger à un François, soit par un François à un étranger, ne soient pas sujettes à l'insinuation: car, comme l'observe Ricard, les lois exercent leur empire sur tous les biens du royaume. L'étranger, par rapport à la disposition, ou à l'acquisition qu'il fait de ces biens, y est sujet, et peut, à cet égard, être compris sous le terme de *nos sujets.*

§. II. Où l'insinuation doit-elle être faite.

Suivant les anciennes ordonnances, l'insinuation devoit se faire dans les greffes des juridictions royales du domicile du donateur, et des lieux où les choses données étoient situées. Le roi, par édit de 1703, ayant établi des greffes des insinuations dans chaque juridiction royale, les insinuations ont cessé de pouvoir se faire dans les greffes ordinaires des juridictions royales, et ont dû se faire dans ces nouveaux greffes. Depuis, ayant été permis aux greffiers des insinua-

tions d'établir des bureaux d'arrondissement dans les justices des seigneurs, il s'éleva la question de savoir si les insinuations étoient valablement faites dans ces bureaux d'arrondissement. Cette question fut décidée par la déclaration du roi, du 10 novembre 1717, qui décida que les insinuations qui avoient été faites, et qui seroient faites par la suite dans ces bureaux, seroient aussi valables que si elles eussent été faites aux greffes des insinuations des juridictions royales.

Depuis, par la déclaration du 7 février 1731, le roi a voulu que les insinuations ne pussent se faire qu'aux greffes des insinuations, établis près les juges royaux ressortissants nuement aux cours, et qui ont la connoissance des cas royaux.

Les lois touchant les lieux où l'insinuation doit se faire ayant été différentes, selon les différents temps, est-ce la loi du temps où la donation a été faite, ou celle du temps où l'insinuation se fait, qui doit décider? C'est la loi qui a lieu au temps où l'insinuation se fait. La déclaration de 1731 déclare nulles toutes les insinuations qui se feront à l'avenir; elle dit indistinctement: Les insinuations des donations qui se feront à l'avenir. Le bureau, qui étoit compétent lors de la donation, ayant cessé de l'être, on ne peut plus faire l'insinuation dans un bureau devenu incompétent.

L'insinuation devant se faire dans la juridiction du domicile du donateur; s'il en a changé, est-ce dans le lieu du domicile qu'il avoit lors de la donation, ou dans celui du domicile qu'il avoit lors de l'insinuation, qu'elle doit être faite? Ricard fait à cet égard une distinction qui est que, si l'insinuation est faite dans

le temps porté par l'ordonnance, comme, en ce cas, l'insinuation a un effet rétroactif au temps de la donation, et qu'elle vaut dès ce temps, elle doit être faite dans le lieu du domicile que le donataire avoit lors de la donation; si elle ne se fait qu'après le temps porté par l'ordonnance, comme, en ce cas, cette insinuation ne vaut que du jour qu'elle est faite, elle doit se faire au lieu du domicile qu'a le donateur lorsqu'elle est faite.

A l'égard de la disposition des ordonnances qui portent que les donations seront aussi insinuées dans les lieux où les choses données sont situées, il est évident qu'elle ne peut avoir lieu pour les choses qui, par leur nature, n'ont pas de situation, tels que sont les meubles. Les donations des meubles ne sont donc sujettes qu'à l'insinuation du lieu du domicile.

Les choses incorporelles n'ont pas aussi de situation, n'y ayant que les corps qui en soient susceptibles; or, tous les droits, toutes les choses *quæ in jure consistunt*, sont comprises parmi les choses incorporelles; d'où il semble suivre que les donations de toutes ces choses ne sont sujettes qu'à l'insinuation du domicile.

Néanmoins, comme les droits qu'on a dans quelque héritage, *jura in re*, tels que les droits d'usufruit, de rente foncière, de champart, sont, en quelque façon, comme une partie de l'héritage, la donation de ces sortes de droits est sujette à l'insinuation dans la juridiction du lieu où est situé l'héritage.

En est-il de même des droits *ad rem*? Par exemple, si quelqu'un avoit donné à un autre le droit qu'il avoit de se faire livrer un héritage, la donation devroit-elle

être insinuée au lieu de la situation de l'héritage? Je le pense; car donner un droit qui se termine et se résout dans l'héritage, c'est comme si on donnoit l'héritage même.

A l'égard des autres droits et créances qui ne se terminent qu'à quelque chose de mobilier, comme aussi à l'égard des rentes constituées, soit perpétuelles, soit viagères, la donation de ces sortes de choses n'est sujette qu'à l'insinuation au lieu du domicile du donateur, ces sortes de choses n'ayant pas de situation.

Il y a néanmoins certaines rentes qui, à cause du bureau de paiement qu'elles ont dans un certain lieu, sont censées avoir leur assiette et situation au lieu où est ce bureau; comme sont celles sur l'Hôtel-de-Ville de Paris, etc. D'où il suit que les donations de ces rentes doivent être insinuées en la juridiction de ce lieu, comme lieu de la situation des choses données.

Les offices, quoique êtres incorporels, sont censés avoir une insinuation au lieu où s'en fait l'exercice, et, par conséquent, la donation d'un office doit être insinuée en ce lieu.

On a demandé si la donation des droits successifs appartenants au donateur, ou des biens présents du donateur, devoit être située au lieu où étoient situés les héritages compris dans la succession, ou dans les biens donnés. La raison de douter est que, dans des droits successifs, une universalité de biens est considérée comme une universalité des corps qui la composent. Néanmoins, comme les corps qui y sont compris sont réellement et effectivement donnés par la donation de l'universalité qui les comprend, il faut

dire que l'insinuation doit être faite au lieu où ils sont situés.

Il en est autrement de la donation des biens qui se trouveront lors du décès du donateur. Comme cette donation ne comprend aucun corps certain, l'insinuation du domicile suffit.

Lorsque d'une terre et seigneurie qui a été donnée, dépendent plusieurs corps ou piéces d'héritages situés en différentes juridictions, Ricard et Lalande sont d'avis qu'il suffit de faire l'insinuation en la juridiction du lieu où est situé le chef-lieu. Ce sentiment est fort plausible; car le chef-lieu est représentatif de tout ce qui en dépend; il est néanmoins plus sûr de faire l'insinuation dans les différents lieux. On pourroit peut-être user ici de la distinction que l'édit des criées met entre les fiefs et les héritages censuels, et dire qu'à l'égard des fiefs, il suffit de faire l'insinuation en la justice royale, et qu'à l'égard des héritages censuels, il faut la faire dans les différents lieux.

§. III. Comment et quand doit-on faire l'insinuation.

L'insinuation se fait en transcrivant dans les registres publics, destinés pour cet effet, l'acte de donation. Il faut que ce soit l'acte même de donation qui soit ainsi transcrit; il ne suffiroit pas d'en transcrire un qui la confirmeroit, à moins que l'acte de donation ne s'y trouvât inséré en entier.

Au reste, il n'importe par qui se fasse cette insinuation. Tout porteur de l'acte le peut, quand même il n'auroit pas de mandat pour cela; car la loi, en ordonnant l'insinuation, n'a eu autre chose en vue que

de rendre la donation publique. La fin est remplie, lorsqu'elle est transcrite dans les registres publics; et il est indifférent pour cette fin par qui l'insinuation soit faite, pourvu qu'elle soit faite.

L'insinuation doit être faite dans les quatre mois du jour de la date de la donation, pour le regard des personnes et biens qui sont dans le royaume, et dans six pour ceux qui sont hors du royaume.

Lorsque la donation a été acceptée *ex intervallo*, par un acte différent, le temps des quatre mois ne court que du jour de l'acceptation; car la donation n'est parfaite, et n'est donation que de ce jour, et l'insinuation n'auroit pu se faire auparavant, puisque l'insinuation suppose nécessairement une donation, et qu'il n'y a proprement pas de donation avant l'acceptation, mais un simple projet.

Que si une donation a été faite sous une condition suspensive, le temps courroit du jour de la donation, et non pas seulement du jour de l'échéance de la condition; la raison en est, qu'encore que la donation soit en suspens jusqu'à l'échéance de la condition, néanmoins, lorsque la condition vient à exister, elle a un effet rétroactif, et la donation vaut du jour du contrat, suivant le principe de droit commun à tous les actes entre-vifs, que les conditions de ces actes ont un effet rétroactif au temps du contrat.

Que si la donation conditionnelle est donation, dès le temps de sa date, il s'ensuit que le temps de l'insinuation doit courir du jour de la date, et non pas seulement du jour que la condition a existé; autrement on ne satisferoit pas aux ordonnances.

Lorsque le donateur a confirmé sa donation par un acte subséquent, si le premier acte étoit valable, le temps court du jour de la donation, et non pas du jour de la confirmation, qui est un acte inutile, le donateur ne pouvant plus donner ce qui a cessé d'être à lui ; c'est pourquoi on ne doit pas distinguer avec Ricard si cet acte étoit revêtu des formes de la donation.

Lorsque l'insinuation se fait dans le temps de l'ordonnance, elle a un effet rétroactif au temps du contrat, c'est-à-dire qu'elle est également valable comme si elle eût été faite dès l'instant du contrat.

D'où il suit, 1° que lorsqu'elle se fait dans le temps de l'ordonnance, il n'importe qu'elle se fasse du vivant ou après la mort du donateur.

2° Il suit que, lorsqu'elle se fait dans le temps de l'ordonnance, elle est valable, même à l'égard des tiers qui auroient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la donation et l'insinuation ; ces tiers, par exemple, ne pourront prétendre aucune hypothèque sur les choses données, parceque l'insinuation remontant au temps de la donation, ils n'en ont pu acquérir sur les choses données, qui, dès le temps de la donation, avoient cessé d'appartenir au donateur avec qui ils ont contracté.

L'insinuation qui ne se fait qu'après le temps de l'ordonnance n'est pas tout-à-fait inutile, pourvu qu'elle se fasse du vivant du donateur ; mais elle n'a d'effet que du jour de sa date, et en cela elle diffère de celle qui se fait dans le temps de l'ordonnance, dont l'effet remonte à la date de la donation.

De là il suit que la donation ne pourra être opposée aux créanciers qui auroient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la donation et cette insinuation faite après le temps de l'ordonnance, lesquels pourront exercer leurs hypothèques sur les choses données; et de même tous les autres tiers au profit desquels le donateur auroit, depuis la donation, dans ledit temps, disposé des choses données, ou de quelque droit sur lesdites choses, pourront pareillement les demander contre le donataire qui ne pourra leur opposer sa donation. Mais le donataire n'aura rien à craindre de tous ceux avec lesquels le donateur contracteroit depuis l'insinuation, non plus que des héritiers du donateur.

A l'égard de l'insinuation qui ne se feroit qu'après le temps de l'ordonnance, et après la mort du donateur, elle seroit absolument nulle; car, les héritiers du donateur ayant une fois acquis, faute d'insinuation, dès l'instant de la mort du donateur, un droit aux choses données, ils ne peuvent plus en être dépouillés par l'insinuation qui se feroit depuis.

L'insinuation ne peut, à la vérité, se faire après la mort du donateur, lorsque le temps de l'ordonnance est passé; mais peu importe, lorsqu'elle se fait, que le donataire ait perdu la capacité de donner; et, en cela, l'insinuation est différente de l'acceptation. La raison de différence est que l'acceptation est nécessaire pour former la donation, qui ne peut sans cela exister. Or, il est évident qu'elle ne peut plus se former dans un temps où le donateur n'est plus capable de donner. Il n'en est pas de même de l'insinuation; elle n'est pas

requise pour former la donation, mais seulement pour sa publicité. La donation a toute sa forme intrinséque, indépendamment de l'insinuation; elle est valable entre le donateur et le donataire. Il est donc indifférent que, lors de l'insinuation, le donateur ait conservé ou non la capacité de donner; il suffit qu'il l'ait eue lors de la donation.

Il importe aussi fort peu, pourvu que le donateur vive, que l'insinuation se fasse du vivant ou après la mort du donataire; ordonnance de 1731, art. 26.

§. IV. Par qui le défaut d'insinuation peut-il être opposé.

L'insinuation des donations n'ayant été requise par les ordonnances que pour les rendre publiques, et afin, comme nous l'avons déja dit, de ne pas induire en erreur ceux qui par la suite contracteroient avec le donateur, et ceux qui seroient appelés à sa succession; il s'ensuit que le défaut d'insinuation ne peut être opposé par le donateur, puisque ce n'est pas par rapport à lui que l'insinuation a été ordonnée, et qu'il ne peut y avoir aucun intérêt. Cela est d'ailleurs formellement décidé par l'ordonnance de Moulins, art. 58, qui porte: « Faute de ladite (insinuation), seront nulles et de nul « effet, tant en faveur des créanciers que de l'héritier « du donnant; » et par l'art. 27 de l'ordonnance de 1731.

A l'exception du donateur lui-même, toutes les autres personnes ont intérêt à la nullité de la donation, et peuvent opposer le défaut d'insinuation, et la soutenir nulle par ce défaut.

Non seulement les créanciers et les acquéreurs à titre onéreux peuvent opposer ce défaut, les donatai-

res postérieurs à la donation et les légataires le peuvent aussi. L'ordonnance de 1731, art. 27, le décide en termes formels. Il est vrai que le défaut de publicité de la donation ne leur fait pas courir le même risque que courent des créanciers et des acquéreurs à titre onéreux qui contracteroient avec le donateur, et que courent les héritiers du donateur, puisque ceux-ci peuvent perdre leur propre bien en contractant avec le donateur que ces donations auroient rendu insolvable, ou en acceptant la succession devenue mauvaise: mais l'intérêt de ceux-ci ayant une fois fait établir la nécessité de l'insinuation, pour la validité des donations, tous les autres, quoiqu'ils aient un intérêt beaucoup moindre à la publicité des donations, et qui seul auroit été suffisant pour faire porter la loi, profitent de la loi portée, et sont reçus à opposer le défaut d'insinuation, pour l'intérêt qu'ils y ont, quel qu'il soit. Or, on ne peut nier que ce donataire postérieur n'eût un intérêt de connoître la première donation; car, la connoissance qu'il en auroit eue, en empêchant d'accepter la donation postérieure qui lui en auroit été faite, l'auroit préservé du regret qu'il auroit de n'avoir pas une chose qu'il auroit comptée à lui, regret qu'on n'a pas lorsqu'on n'a jamais compté que la chose nous appartînt.

On peut ajouter, à l'égard du donataire, que l'héritier étant débiteur envers le légataire de la chose léguée, le légataire peut exercer les droits de l'héritier son débiteur, et, par conséquent, exercer le droit qu'à l'héritier d'opposer le défaut d'insinuation pour retenir ou revendiquer les choses données.

Les héritiers du donateur peuvent aussi opposer le

défaut d'insinuation. La raison de douter étoit qu'un héritier est obligé d'entretenir tous les engagements contractés par le défunt; *cùm succedat in omne jus defuncti.* Mais l'intérêt public a fait décider que les héritiers pourroient opposer ce défaut, pour que ce défaut de connoissance de la donation n'engageât pas des héritiers à accepter une succession onéreuse, dans laquelle ils croiroient être compris les biens que le défunt a donnés.

Par la même raison, lorsque le mari a donné entre-vifs un conquêt de sa communauté, et qu'il prédécède, sa veuve pourra, aussi-bien que les héritiers, opposer le défaut d'insinuation, pour la part qu'elle a droit de prétendre comme commune dans ce conquêt; car elle a intérêt d'en avoir connoissance, pour prendre son parti sur l'acceptation de la communauté.

Même du vivant du mari, la femme, en cas de séparation, ou les héritiers de la femme, en cas de prédécès de la femme, peuvent opposer ce défaut par la même raison.

Il est bon d'observer que Lebrun va trop loin, lorsqu'il dit que la femme ou ses héritiers pourroient opposer le défaut d'insinuation pour leur part dans le conquêt donné, même dans les quatre mois depuis la donation; parceque, dit-il, la communauté ayant été dissoute, quoique avant les quatre mois, le mari n'étant plus le maître de la communauté ne peut perfectionner, par l'insinuation, la donation qu'il a faite de ce conquêt. La réponse est que l'insinuation n'appartient pas proprement à la perfection, mais à la publicité de la donation. Elle a été parfaite par le contrat; mais

sujette à être annulée vis-à-vis du tiers, si le donataire ne satisfaisoit pas à la loi qui exige l'insinuation. Mais tant que les quatre mois ne sont pas expirés, il n'est pas en demeure et ne doit donc pas perdre l'effet de la donation, puisque l'insinuation qu'il fait avant l'expiration du terme a un effet rétroactif, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Si le créancier ou l'héritier du donateur avoit eu connoissance de la donation; par exemple, s'ils eussent reçu l'acte comme notaires, s'ils l'eussent souscrit comme témoins, pourroient-ils opposer le défaut d'insinuation? Je le pense : car, quoique la raison qui a fait introduire la nécessité de l'insinuation ne se rencontre pas à leur égard, néanmoins il suffit que les ordonnances aient introduit ce moyen de rendre publiques les donations, pour qu'il ne puisse être accompli par équipollence, et pour que tous ceux qui ont intérêt à la publicité de la donation, quelque connoissance particulière qu'ils en aient, soient reçus à en prétendre cause d'ignorance tant qu'elle n'est pas publique par le moyen que la loi a introduit pour sa publicité. On peut encore dire que depuis que les ordonnances ont introduit l'insinuation, pour éviter qu'il ne se fît des donations simulées, il résulte du défaut d'insinuation une présomption que ces donations qu'on a voulu tenir cachées, en ne les faisant pas insinuer, sont des donations simulées, et ceux même qui en ont connoissance ont droit d'en porter ce jugement, et, par conséquent, d'opposer le défaut d'insinuation.

§. V. Quelles exceptions peut-on opposer ou non contre le défaut d'insinuation.

La meilleure exception qu'on puisse opposer contre le défaut d'insinuation est que celui qui oppose le défaut d'insinuation se trouve responsable envers le donataire de ce défaut.

Cela arrive toutes les fois que celui qui oppose le défaut d'insinuation se trouve avoir été l'administrateur des biens du donataire, et, en cette qualité, tenu de faire faire l'insinuation; ou bien encore, lorsque celui qui oppose le défaut d'insinuation est l'héritier de cet administrateur: car, en cette qualité, il succède aux obligations de cet administrateur.

C'est par cette raison que l'ordonnance de 1731, art. 30, décide que les héritiers du mari ne pourront opposer le défaut d'insinuation des donations qu'il a faites à sa femme; car le mari, comme administrateur des biens de sa femme, étoit, en cette qualité, tenu de faire faire cette insinuation, et, faute de l'avoir faite, il est obligé envers sa femme aux dommages et intérêts qui en résultent, laquelle obligation passe à ses héritiers. Or, il seroit contradictoire qu'une personne opposât le défaut d'insinuation, lorsqu'elle est elle-même tenue des dommages-intérêts qui résultent de ce défaut.

Par la même raison, si un tuteur a fait une donation à son mineur, les héritiers de ce tuteur ne seront pas recevables à opposer le défaut d'insinuation; article 31.

Par la même raison, si Pierre m'a fait une donation,

mon tuteur, mon curateur, mon mari, ou son héritier, qui deviendroit par la suite héritier de Pierre, ou qui deviendroit créancier de Pierre, ne pourroit pas, en ladite qualité d'héritier ou de créancier de Pierre, m'opposer ce défaut, parceque je répliquerois qu'en la qualité qu'il a eue de mon tuteur, curateur, ou mari, il est responsable envers moi de ce défaut.

Il paroîtroit suivre de là que si, par un contrat de donation, le donateur s'étoit, à peine de tous dépens ou dommages-intérêts, chargé de faire faire lui-même l'insinuation, son héritier ne pourroit en opposer le défaut au donataire. Néanmoins l'ordonnance, art 27, décide le contraire, et veut qu'une telle clause soit de nul effet. La raison est qu'une telle clause par laquelle le donateur, qui n'a aucune qualité pour défendre les intérêts du donataire, s'oblige à faire faire lui-même l'insinuation, paroît n'être faite que pour soustraire le donataire à la nécessité de l'insinuation, et pour rendre la donation secréte, et, par conséquent, faite en fraude des lois qui ordonnent l'insinuation. En effet, si cette clause étoit permise, il seroit toujours permis, par le moyen de cette clause, d'éluder l'ordonnance, au moins pour ce qui concerne l'intérêt des héritiers. Or, toute clause en fraude des lois est de nul effet.

La puissance de quelqu'un en laquelle le donataire a été lui donne bien une défense contre cette personne en la puissance de qui il a été, ou contre les héritiers de cette personne, qui lui opposeroient le défaut d'insinuation; mais elle ne lui donne aucune défense contre des tiers, quand même l'insolvabilité de la personne en la puissance de qui a été le donataire ne lui laisse-

roit aucun recours. C'est pourquoi les créanciers du mari peuvent opposer à la femme le défaut d'insinuation des donations qui lui auroient été faites par son mari, quoique la femme, pendant le temps qu'elle étoit en la puissance de son mari, n'ait pas eu la liberté de faire cette insinuation. La femme n'a d'autre ressource, en ce cas, qu'une action de recours contre les héritiers de son mari; et il en seroit de même quand elle n'auroit pas cette ressource, par l'insolvabilité de la succession de son mari. C'est ce qui est décidé par l'art. 28 de l'ordonnance de 1731. La raison en est que l'intérêt de la sûreté publique, qui milite en faveur des créanciers et des acquéreurs du donateur, ne permet pas que le donataire soit restituable, pour quelque cause que ce soit, contre l'omission de l'insinuation que cet intérêt de la sûreté publique demandoit.

Par la même raison, le défaut d'insinuation des donations faites à des mineurs ou à l'Église, peut leur être opposé, quand même l'insolvabilité de leurs tuteurs ou autres administrateurs ne laisseroit aucun recours. Ordonnance de 1731, art. 32.

C'est une exception légitime contre le défaut d'insinuation qu'opposeroit l'héritier du donateur, si le donataire a possédé pendant trente ans l'héritage depuis la mort du donateur: car le droit qu'a l'héritier d'opposer ce défaut consiste dans une action *utile in rem* et révocatoire, que la loi lui donne. Or, cette action est sujette à la prescription commune des actions; ainsi le décide Ricard.

En vain dit-on que personne ne peut prescrire contre son propre titre, qui est vicieux et imparfait,

et qu'ainsi le donataire ne peut prescrire contre le titre de sa donation, qui se trouve vicieux et imparfait par le défaut d'insinuation. La réponse est que la maxime qu'on ne peut prescrire contre son titre est ici mal appliquée par les auteurs qui ont traité cette question, et n'a lieu que lors de la prescription à l'effet d'acquérir. Par exemple, si une personne a commencé de posséder un héritage en vertu d'un bail à loyer, ou bien en vertu d'une vente faite par l'Église sans les formalités requises, elle ne pourra, par quelque temps que ce soit, prescrire contre son titre et acquérir l'héritage, parceque tels titres, étant vicieux, n'ont pu lui donner qu'une possession vicieuse, incapable d'acquérir, par la prescription, la propriété des choses; mais cette maxime, qu'on ne prescrit pas contre son titre, n'a pas lieu à l'égard de la prescription à l'effet de délibérer, qui n'a pas son fondement dans la possession de celui qui prescrit; car, à l'égard de cette prescription, on prescrit tous les jours contre son titre. Le débiteur, dont on n'exige pas la dette pendant trente ans, prescrit contre son titre, et est libéré.

Ces principes, qui sont certains, étant présupposés, il ne s'agit, pour résoudre la question supposée, que de savoir si la prescription dont nous venons de parler est à l'effet d'acquérir ou seulement à l'effet de libérer. Or, il est certain que c'est une prescription à l'effet de libérer; car l'acte de donation est intrinséquement valable, indépendamment de l'insinuation, et a transféré la propriété de la chose donnée au donataire.

Il est vrai que, faute d'insinuation, cette propriété n'étoit pas irrévocable, à cause de l'action révocatoire

utilis in rem que la loi donne aux héritiers du donateur et aux tiers, faute d'insinuation; la prescription contre ce défaut d'insinuation n'est donc pas une prescription qui a l'effet de faire acquérir au donataire la propriété de la chose donnée, puisqu'il l'avoit déja acquise dès l'instant de la tradition qui a suivi la donation. C'est seulement une prescription à l'effet de le libérer des actions que la loi donne à l'héritier du donateur et aux créanciers. La maxime qu'on ne prescrit pas contre son propre titre ne reçoit pas ici d'application.

Des principes que nous avons établis, il suit encore que le temps de cette prescription ne court contre l'héritier du donateur que du jour de la mort du donateur; et contre les créanciers et les tiers-acquéreurs que du jour qu'ils ont contracté avec le donateur : car, suivant nos principes, la prescription contre le défaut d'insinuation, étant une prescription à l'effet de libérer le donataire des actions que la loi donne contre lui aux héritiers et créanciers du donateur, elle ne peut courir que du jour que naissent ces actions; car on ne peut prescrire contre une action avant qu'elle soit née. Or, il est évident qu'elles ne naissent que du jour que nous avons déja dit.

La possession que le donataire a eue, soit avant la mort du donateur, soit avant le contrat du créancier qui a contracté avec le donateur, ne peut couvrir le défaut d'insinuation, quoique, s'il eût possédé ces choses sans titres, il les eût pu prescrire; et c'est ici le cas où ont lieu les maximes qu'on ne prescrit pas contre son titre, et qu'il vaut mieux n'avoir pas de titre que d'en avoir un qui soit vicieux; s'il les avoit

possédés sans titres, il les auroit possédés *simpliciter*, et une telle possession n'a rien qui la rende inhabile à produire la prescription. Mais comme la donation renferme la charge de l'insinuation, la possession que lui donne la donation est une possession qui contient la charge de l'insinuation, et qui par elle-même ne peut pas cesser de la contenir, parcequ'une possession, quelque temps qu'elle dure, continue toujours telle qu'elle a commencé; *cùm nemo sibi causam suæ possessionis mutare possit.* La possession, quelque longue qu'elle soit, ne peut donc par elle-même décharger le donataire de la nécessité de l'insinuation. Il n'en peut être déchargé que par l'extinction des droits de ceux à qui la loi avoit donné le droit d'en opposer le défaut, lesquels droits s'éteignent par le non usage, c'est-à-dire faute par eux d'en avoir usé pendant le temps de trente ans depuis qu'ils ont commencé d'avoir ce droit.

ARTICLE IV.

Par quels actes les donations entre-vifs doivent-elles être faites.

L'ordonnance de 1731, art. 1, veut que tous les actes portant donations soient passés par-devant notaires, et qu'il en reste minute, à peine de nullité.

Le motif de cette loi a été d'empêcher les fraudes, et qu'il ne fût pas permis au donateur et en son pouvoir de faire des donations qu'il soit le maître de révoquer pendant sa vie, quoique conçues entre-vifs, en retenant par-devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée qui

auroit ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur, ou lorsque le donateur le jugeroit à propos. C'est pour ôter ce moyen au donateur que l'ordonnance veut qu'il reste une minute de la donation entre les mains d'un notaire, personne publique dont le donateur ne puisse être le maître. Sans cela, les donations sont suspectes de n'avoir pas le caractère d'irrévocabilité requis par nos lois dans les donations entre-vifs, et, par la raison de cette suspicion, elles sont déclarées nulles.

Le donateur peut-il lui-même opposer ce défaut? On peut dire en faveur du donateur que la loi prononce indistinctement la peine de nullité : que nos lois ayant assujetti le contrat de donation à des formes à peine de nullité, dont une est qu'il soit passé pardevant notaires, la donation est nulle lorsqu'elle n'est pas revêtue de ces formalités; que ce qui est nul ne peut produire aucun effet à tous égards; et qu'ainsi une donation qui manque de cette formalité ne peut ni transférer la propriété des choses données ni engager le donateur.

D'un autre côté on peut dire, contre le donateur, que l'ordonnance prononçant cette nullité pour empêcher les fraudes, parceque ces actes sont suspects de la fraude faite à la loi, touchant l'irrévocabilité des donations; il s'ensuit qu'il n'y a que ceux envers qui cette fraude pourroit avoir été commise, savoir les héritiers du donateur et les tiers, qui soient recevables à alléguer cette fraude. Il est vrai que l'ordonnance de 1731 prononce indistinctement la peine de nullité pour le défaut d'insinuation, et cependant on n'a pas

laissé de tenir que ce défaut ne pouvoit être opposé par le donateur.

Il faut pourtant convenir que l'argument n'est pas concluant. L'insinuation ne concerne que la publicité de la donation, qui a toute sa force sans cela. L'acte par-devant notaire est requis pour la forme même de l'acte; c'est pourquoi on ne peut guère se dispenser de regarder la donation comme entièrement nulle sans cela.

Il reste à observer que cette disposition de l'ordonnance n'a pas lieu pour la donation des choses mobiliaires, lorsqu'il y a tradition réelle; car, en ce cas, il n'est besoin d'aucun acte.

SECTION III.

De l'effet des donations entre-vifs, des cas auxquels elles peuvent être revoquées ou souffrir quelques retranchements.

ARTICLE PREMIER.

De l'effet de la donation entre-vifs.

§. I. De l'effet de la donation par rapport au donateur.

L'effet de la donation entre-vifs par rapport au donateur est de le dépouiller de la propriété de la chose, et de la transférer au donataire par la tradition qui lui en est faite.

Mais la donation ne contient aucune obligation de garantie de la part du donateur, qui n'est censé donner

la chose qu'autant qu'elle est à lui. Et en cela la donation est différente du contrat de vente dans lequel le vendeur s'oblige, *præstare emptori rem habere licere.*

Lorsque le donataire est évincé de la chose qui lui a été donnée, soit que ce soit sur une action de revendication, soit que ce soit sur une action hypothécaire pour les dettes des auteurs du donateur, il n'y a, pour raison de cette éviction, aucun recours contre le donateur. Ne peut-il pas au moins demander que le donateur lui rembourse les dépenses qu'il auroit faites à l'occasion de la donation, comme du coût du contrat, centième denier, et des augmentations qu'il a faites à la chose, et qui, étant voluptueuses, ne lui sont pas remboursées par le propriétaire? La raison de douter est que le donateur a donné occasion à cette perte que souffre le donataire, en donnant imprudemment ce qui n'étoit pas à lui: c'est donc un tort qu'il a fait au donataire par son imprudence; néanmoins cette raison n'a pas été jugée suffisante pour y obliger le donateur, qui, dans un contrat qui ne se faisoit que pour l'avantage du donataire, ne doit pas être tenu envers lui *de culpâ*, mais seulement *de dolo*. Mais, s'il paroissoit que le donateur eût fait cette donation par malice pour constituer le donataire en frais, sachant qu'il seroit bientôt évincé, il en sera tenu. C'est la décision de la loi 18, §. 3, ff. *de donat.*

Que si l'action hypothécaire étoit pour les dettes du donateur, le donataire auroit le recours qu'ont tous ceux qui paient les dettes d'un autre, à moins que ce donataire ne fût un donataire universel, qui, en cette

qualité, fût tenu d'acquitter les dettes du donateur; ainsi que nous le verrons ci-après.

La donation de la chose d'autrui ne dépouillant le donateur d'aucun droit, puisqu'il n'en avoit aucun, et ne l'obligeant pas à la garantie de la chose, il s'ensuit qu'elle est à son égard sans effet, et c'est en ce sens que *res aliena vendi potest, donari non potest;* et ailleurs, *donari non potest nisi quod ejus fit cui donatum est;* l. 9, §. 3, *de donat.*

De ce que le donateur n'est pas tenu à la garantie, il s'ensuit que, lorsque quelqu'un a donné la chose d'autrui, le vrai propriétaire de la chose, quoiqu'il soit devenu l'héritier du donateur, ne laisse pas d'être recevable à la revendiquer de son chef : car sa qualité d'héritier du donateur ne l'oblige pas à faire cesser cette demande, puisque le donateur lui-même, s'il vivoit, ne seroit pas obligé à la faire cesser.

La donation de la chose d'autrui n'a-t-elle pas au moins cet effet à l'égard du donateur, qu'elle le rende non-recevable à revendiquer la chose, si, par la suite, il devenoit l'héritier du propriétaire de cette chose? Je le pense ainsi : car, si le donateur ne s'oblige pas à la garantie de la chose donnée, s'il ne s'oblige pas *præstare habere licere*, au moins il s'oblige *per se non fieri quominùs habere liceat.* Il n'a pas pu, à la vérité, transférer au donataire un droit en la chose donnée, qu'il n'avoit pas encore; mais il a pu, et il doit être censé avoir voulu renoncer, en faveur du donataire, à tous les droits qui pourroient un jour lui appartenir dans cette chose.

Il reste à observer que, quoique le donateur ne soit

pas tenu, par la nature de la donation, de la garantie des choses données, il peut néanmoins, par une clause particulière, s'y obliger.

§. I. De l'effet de la donation par rapport au donataire.

L'effet de la donation entre-vifs, par rapport au donataire, est de lui transférer par la tradition le droit de propriété que le donateur avoit en la chose donnée.

Si le donateur n'en est pas propriétaire, le donataire ne peut, à la vérité, acquérir d'abord, par la tradition, la propriété que le donateur n'avoit pas; *cùm nemo plus juris in alium transferre possit, quàm ipse habet.* Mais, au moins, la donation lui donne, s'il est de bonne foi, le droit, ou de prescrire la chose, ou d'en acquérir la propriété un jour par la possession, pendant le temps requis par la loi. *Traditio ex causâ donationis, si non transferat dominium quod non habebat donator, tribuit saltem causam usucapionis.*

La donation des choses particulières n'oblige pas le donataire aux dettes du donateur.

Néanmoins, si, au temps de la donation, le donateur savoit, ou devoit savoir qu'il n'étoit pas solvable, ou que, par la donation, il ne lui resteroit pas alors de quoi satisfaire ses créanciers, ceux-ci, en fraude desquels cette donation se trouveroit avoir été faite, quand même ils ne seroient pas hypothécaires, pourroient la faire révoquer par l'action paulienne, quand même le donateur n'auroit pas eu connoissance de la fraude du donateur; et en cela les donataires sont différents de ceux qui acquièrent à titre onéreux, lesquels ne sont

sujets à cette action que lorsqu'ils ont été participants du conseil de fraude.

A l'égard des donataires universels des biens présents, ils sont tenus des dettes que le donateur devoit lors de la donation, par la raison que les dettes sont une charge des biens, et que *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.* Ils peuvent néanmoins s'en décharger en abandonnant ce qui leur a été donné. S'ils sont donataires de la totalité des biens, ils sont tenus de la totalité des dettes. S'ils sont donataires d'une partie aliquote, comme d'un tiers, d'un quart, ils sont tenus des dettes pour la même portion dont ils sont donataires.

Un donataire n'est pas moins censé donataire du total des biens, et, par conséquent, tenu du total des dettes, quoique le donateur ait excepté de la donation plusieurs choses particulières, de quelque valeur qu'elles soient, et quand même elles feroient la plus grande partie de ses biens; car le donataire retient, *non tanquàm partem bonorum, sed tanquàm res singulas.* Or, la charge des dettes est charge, *non rerum singularum, sed universalitatis;* laquelle passe en entier à ce donataire.

On comprend, sous le nom de donataires universels, non seulement les donataires de l'universalité générale, mais aussi les donataires de l'universalité particulière d'une certaine espèce de biens, tels que sont les donataires de tout le mobilier, ou d'une partie de tous les acquêts ou propres d'une certaine ligne; mais il faut pour cela que ces donations soient faites *per modum universalitatis.* C'est pourquoi, lorsqu'une personne n'a pour tous acquêts que deux corps d'hérita-

ges, et qu'il les donne à quelqu'un, pour que la donation soit réputée universelle, il faut que la donation porte qu'il donne ses acquêts, qui consistent en telle et telle chose. Que si, au contraire, il donne tel et tel héritage, la donation ne sera pas universelle, quoiqu'il n'eût pas d'autres acquêts que la chose donnée, parcequ'il ne l'a pas donnée *per modum universalitatis, sed tanquàm res singulares.*

Lorsque nous disons que les donataires d'une universalité particulière de biens sont donataires universels, nous entendons parler des universalités qui forment une espèce de patrimoine, et qui sont attribuées dans les successions à une certaine espèce d'héritiers, tels que sont les meubles, les acquêts, les propres; mais celui qui seroit donataire de toutes les maisons du donateur, ou de toutes ses vignes, ou de tous ses biens de campagne, etc., ne seroit pas donataire universel; car ces choses sont des espèces de choses, et non pas des espèces de biens. On divise les biens en meubles, en acquêts, et propres; mais jamais on ne s'est avisé de les diviser en maisons, vignes, prés, etc. Ces donations ne sont donc que des donations de choses particulières, qui ne contiennent pas la charge de dettes.

Le donataire d'une certaine espèce de biens est tenu de la portion des dettes dont est chargée la portion des biens dont il est donataire.

Pour régler cette portion, il faut savoir que la charge de toutes les dettes, dont l'universalité de tous les biens est chargée, se répartit entre les universalités particulières dont cette universalité générale est composée,

dans la même raison de valeur que ces universalités particulières sont entre elles. Ainsi, si les immeubles d'une personne sont le double en valeur de ses meubles, les immeubles doivent être chargés du double des dettes. Par conséquent, le donataire des meubles sera tenu seulement du tiers des dettes.

Dans les coutumes où les dettes mobiliaires suivent les meubles, telles que la coutume de Blois, le donataire des meubles est chargé de toutes les dettes mobiliaires; mais, dans ces coutumes, pour régler la contribution, le mobilier n'est estimé que sous la déduction des dettes mobiliaires, dont il est seul tenu.

Les donataires des biens présents ne sont tenus que des dettes que le donateur devoit lors de la donation, et non pas de celles qu'il a contractées depuis; car ces dettes qu'il contracte depuis la donation ne peuvent pas être une charge des biens qui n'appartiennent plus à la personne qui contracte ces dettes; et il ne doit pas être au pouvoir du donateur, après qu'il a donné, de diminuer l'effet de la donation en contractant des dettes.

Mais le donataire des biens présents est tenu des dettes contractées sous condition, avant la donation, quoique la condition n'existe que depuis; car les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat; ce qui fait que ces dettes sont censées avoir existé, et avoir fait partie des charges des biens dès le temps de la donation; car, effectivement, dès ce temps, les biens en étoient chargés, non pas *purè*, mais sous la condition sous laquelle elles avoient été contractées.

Lorsque la donation a été faite des biens présents et

à venir, ou simplement des biens que le donateur laissera à son décès, le donataire est tenu des dettes qui se trouvent lors du décès, et des autres charges de la succession, telles que les frais funéraires.

Il y a au reste cette différence entre la donation des biens présents et à venir, et la donation d'une certaine espèce de biens, que, dans l'espèce de la première donation, le donataire peut se décharger des dettes et charges postérieures à la donation, en se restreignant aux biens présents. Ordonnance de 1731, art. 17; au lieu que, dans la seconde espèce, le donataire doit tout abandonner pour s'en décharger.

ARTICLE II.

De la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfants.

C'étoit autrefois une question, si les donations faites par un homme qui, lors de la donation, n'avoit pas d'enfants, étoient révoquées par la survenance d'enfants au donateur. Le fondement du sentiment pour l'affirmative est en la loi 8, *cod. de revoc. donat.*, qui est de Constantin et de Constance, dont voici les termes : *Si unquàm libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et posteà susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Ceux qui tenoient la négative prétendoient que cette loi ne contenoit pas une décision générale, et devoit être restreinte au cas d'une donation faite par un pa-

tron à ses affranchis; que des affranchis qui tenoient tout ce qu'ils étoient de leur patron doivent être plus prêts que d'autres à lui remettre les biens dont il n'auroit pas vraisemblablement disposé s'il eût su qu'il auroit un jour des enfants; que si cette loi eût fait une décision générale, Justinien en auroit fait mention dans ses *Instituts*, ce qu'il n'a pas fait; enfin, que saint Augustin, en parlant d'Aurèle, évêque de Carthage, qui avoit restitué des biens donnés à son église à un donateur à qui il étoit survenu des enfants, dit qu'il auroit pu les retenir *sed jure fori, non jure poli. Decreti. part.* 2, *causa* 17, *quæst.* 4, *can.* 43, *in fine.* Ce qui prouve que la loi, *si unquam*, n'étoit pas observée comme loi générale.

Nonobstant ces raisons, l'opinion pour l'affirmative a prévalu depuis long-temps, et elle est confirmée par l'ordonnance, art. 39. La raison de cette jurisprudence est que celui qui, n'ayant pas d'enfants, fait une donation entre-vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants, et qu'il est dans cette disposition de volonté; que s'il prévoyoit en avoir, il ne donneroit pas; d'où on a tiré la conséquence que la donation devoit être censée contenir en soi une clause tacite et implicite de révocation, en cas de survenance d'enfants.

§. I. Quelles donations sont sujettes à cette révocation.

L'ordonnance, art. 39, veut que toutes donations y soient sujettes: 1° De quelque valeur que lesdites donations puissent être. Il est donc à cet égard égal que

la donation soit de tous les biens, ou d'une partie, ou de choses particulières.

On auroit pu douter autrefois si une donation modique, eu égard aux facultés du donateur, étoit sujette à cette révocation. Les termes de la loi, *si unquam*, 8, *cod. de revoc. donat.*, semblent ne désigner que des donations universelles, ou du moins considérables, dont l'objet fasse une partie notable des biens du donateur; c'est aussi par rapport aux donations, qui font un changement dans la fortune du donateur, qu'il y a lieu à la présomption que le donateur ne les auroit pas faites s'il eût su avoir des enfants; et il semble que cette présomption ne se rencontre pas de même, lorsque la donation est modique.

Néanmoins, il faut décider que toute donation, soit modique, soit considérable, est sujette à cette révocation. Les termes de l'ordonnance y sont précis: *De quelque valeur que les donations puissent être*, soit qu'elles soient modiques, soit qu'elles soient considérables. La raison en est que les nouvelles ordonnances ayant eu pour but principal de retrancher la matière des procès, elle n'a pas cru devoir laisser subsister une différence entre les donations modiques et considérables, laquelle donneroit lieu à des discussions et à des procès, pour juger et estimer quand une donation devroit être jugée et estimée modique ou considérable.

On ne doit pas néanmoins comprendre parmi les donations sujettes à révocation de petits présents de choses mobiliaires.

Il suit aussi de la généralité des termes de l'ordon-

nance que la donation d'usufruit y est comprise, comme celle faite en propriété.

2° L'ordonnance comprend dans sa disposition les donations, à quelque titre qu'elles aient été faites, encore qu'elles soient mutuelles.

Ricard avoit pensé le contraire, et sa raison étoit que la donation mutuelle semble être plutôt un contrat aléatoire qu'une vraie donation, le donataire recevant les biens du donateur, non gratuitement, mais comme le prix du risque qu'il court de lui faire passer les siens, au cas que ce soit lui qui prédécède. Or, disoit Ricard, il n'y a que les donations simples qui soient sujettes à révocation pour cause de survenance d'enfants. L'ordonnance a décidé le contraire; car il y a même raison de présumer à l'égard de la donation mutuelle, comme à l'égard de la donation simple, que le donateur ne l'auroit pas faite, s'il eût su devoir avoir des enfants.

La donation mutuelle, faite par celui à qui il est survenu des enfants, étant révoquée, celle qui lui est faite par l'autre, à qui il n'en est pas survenu, l'est-elle aussi? Je le pense; car celui-ci ayant donné en considération de la donation qui lui étoit faite, cette donation qui lui a été faite étant révoquée, la cause pour laquelle il avoit donné cesse; il y a donc, par conséquent, lieu à la répétition dont il est parlé au titre du digeste *de conditione sine causâ.*

L'ordonnance comprend en ses dispositions les donations rémunératoires; ce qu'il faut entendre du cas auquel les services ne seroient pas appréciables à prix

d'argent; ou, supposé qu'ils le fussent, s'ils étoient de beaucoup moindre valeur que la chose donnée.

Observez que lorsque la donation est révoquée, en ce cas, le droit de se faire payer de ses services doit être réservé au donataire.

Il faut dire la même chose des donations onéreuses; elles sont sujettes à la révocation, à moins que les charges ne fussent appréciables à prix d'argent, et n'égalassent la valeur des choses données; si elles sont de moindre prix, la donation sera révoquée, les droits du donataire réservés pour se faire payer, s'il avoit déja acquitté les charges.

Les donations qui consistent dans des remises faites à un débiteur, sont-elles sujettes à révocation? Il faut dire que oui, lorsque ces remises sont faites par pure libéralité; car alors elles sont de vraies donations, et l'ordonnance renferme dans sa disposition toutes sortes de donations, à quelque titre qu'elles soient faites.

Que si elles étoient faites par un autre motif, comme par transaction, pour éviter un procès, ou par contrat d'atermoiement, pour donner mieux le moyen à un débiteur insolvable de payer le surplus; dans ces cas, et autres semblables, les remises faites au débiteur, n'étant pas de vraies donations, ne doivent pas être sujettes à révocation.

Les donations, quoique pour causes pies, sont sujettes à la disposition de l'ordonnance, puisqu'elles n'en sont pas exceptées.

Celles faites en faveur de mariage à quelqu'un des conjoints y sont sujettes aussi. L'ordonnance le décide

expressément. La raison de douter auroit pu être que ces donations, étant comme des conditions du mariage, qui auroit pu ne pas se contracter sans cela, ne doivent pas facilement se révoquer. La réponse est qu'il n'est fait par-là aucun tort aux conjoints, qui, connoissant l'état du donateur qui n'avoit pas d'enfants, ont dû savoir que la donation qu'il leur faisoit étoit sujette à la révocation, en cas de survenance d'enfants, et sont censés en avoir voulu courir le risque.

L'ordonnance fait néanmoins une exception, en assujettissant à sa disposition, *même celles qui auroient été faites en faveur de mariage;* elle ajoute, *par autres que par les conjoints, ou les ascendants.*

Ces termes, *ou ascendants,* ne sont pas trop clairs; ils ne peuvent s'entendre des ascendants des conjoints; car, l'ascendant de l'un des conjoints n'est pas sans enfants; et, par conséquent, la donation qu'il fait n'a pas besoin d'être exceptée de la loi qui assujettit à la révocation, pour survenance d'enfants, les donations faites par personnes étant sans enfants. Il faut donc entendre par ces termes, *ou ascendants,* ceux mêmes qui feroient par contrat de mariage donations aux enfants qui naîtroient, dont ils seront ascendants. Le sens de cette ordonnance est donc: Les donations sont sujettes à la révocation pour survenance d'enfants, même celles faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints entre eux, ou par les conjoints, ascendants à leurs enfants à naître du mariage. La raison de l'exception qu'on a coutume de rapporter est, qu'on ne peut pas dire que les donations que les conjoints se font en se mariant soient faites par le

motif de la persuasion qu'ils ont qu'ils n'auront pas d'enfants: au contraire, puisqu'ils se marient, on doit présumer qu'ils comptent en avoir, puisque la procréation des enfants est la principale fin du mariage. Cette raison n'est pas suffisante; car elle s'étendroit aux donations que les conjoints feroient à d'autres personnes en faveur du mariage. *Putà*, aux enfants de l'autre, ou à leur futur beau-père. Cependant il paroît que l'ordonnance n'a excepté que celles que les conjoints se font entre eux, ou aux enfants qu'ils espèrent, dont ils seront les ascendants. Il faut donc ajouter à cette raison une autre, qu'il est comme indifférent aux enfants de trouver les biens donnés dans la succession du donateur, ou dans celle du donataire, qui sont également intéressés à les leur conserver.

A l'égard des donations faites aux enfants à naître du mariage, il est évident que le droit de la révocation, établi en faveur des enfants, ne peut être retorqué contre eux, ni, par conséquent, avoir lieu pour les donations qui leur sont faites.

La donation faite à un ecclésiastique pour lui servir de titre clérical, est-elle sujette à la disposition de l'ordonnance? Oui, puisque la loi est générale, et qu'elle n'en est pas exceptée. On pourroit néanmoins soutenir, pour l'intérêt de l'Église, qu'on devroit en laisser la jouissance au donataire, jusqu'à ce qu'il fût pourvu d'un bénéfice, *ne ad dedecus Ecclesiæ clericus mendicare cogatur.*

C'étoit une question avant l'ordonnance, si la donation, qui contenoit une clause expresse qu'elle ne pourroit être révoquée pour cause de survenance d'en-

fants, ne laisseroit pas d'être sujette à cette révocation. On peut dire pour la négative, que la loi qui ordonne que les donations seront révoquées par la survenance d'enfants au donateur, est une loi qui n'a pour objet aucun intérêt public, mais l'intérêt particulier du donateur, auquel la loi a voulu subvenir. Or, c'est un principe que les particuliers peuvent par des clauses déroger aux lois qui n'ont pour objet que l'intérêt particulier de celui qui y déroge; et c'est sur ce fondement que Ulpien dit que, *pacisci contra edictum Ædilium omni modo licet.* l. 31, ff. *de pact.*

Ajoutez que la loi qui ordonne la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfants, n'est fondée qué sur une conjecture et présomption de la volonté du donateur, qui ne donne que parcequ'il compte n'avoir pas d'enfant, et qu'il est dans une disposition de volonté de ne pas donner, s'il croyoit en avoir un jour. Or, la clause par laquelle le donateur déclare expressément qu'il entend donner, même dans le cas où il auroit des enfants, fait cesser cette présomption; car, c'est une maxime que, *ubi est declaratio voluntatis, non est conjecturis et præsumptioni locus.* La raison de la loi cesse donc en ce cas, et, par-conséquent, la loi ne doit pas avoir lieu.

Nonobstant ces raisons, qui sont assez fortes, plusieurs docteurs, dès long-temps avant l'ordonnance, avoient pensé que cette clause étoit inutile, et qu'elle ne devoit pas empêcher la révocation de la donation, dans le cas de la survenance d'enfants. Les raisons de ce sentiment sont que cette clause ne détruit pas la présomption sur laquelle la loi est fondée, que le do-

nateur n'a donné que parcequ'il comptoit qu'il n'auroit pas d'enfants; que s'il a ajouté la clause qu'il entendoit que sa donation eût lieu, même dans le cas où il lui surviendroit des enfants, c'est qu'il s'abusoit lui-même; et que, ne faisant pas attention à l'inconstance des volontés humaines, et ne s'arrêtant qu'à la disposition présente de la volonté dans laquelle il étoit de ne se pas marier, laquelle il considéroit alors comme invariable, il s'imaginoit qu'il n'auroit jamais d'enfants, et qu'ainsi il ne risquoit rien, en disant qu'il entendoit donner, même dans le cas où il en auroit; mais que sa véritable et secrète disposition étoit que, s'il eût su devoir en avoir un jour, il n'auroit pas donné.

Quant à l'objection que chacun peut renoncer à une loi qui n'est faite qu'en sa faveur, Ricard rapporte deux réponses. La première, que la loi pour la révocation de donations, en cas de survenance d'enfants, n'est pas faite seulement en considération du donateur, mais aussi en considération des enfants. La seconde est que la maxime que chacun peut déroger à une loi faite en sa faveur, doit s'entendre avec cette limitation, pourvu que, lorsqu'il y déroge, il soit dans le même état et dans la même position dans laquelle il sera lorsqu'il aura droit de se servir de cette loi introduite en sa faveur, et non pas lorsqu'il est encore dans l'état en considération duquel la loi a voulu lui subvenir. Ainsi un mineur ne peut pas renoncer à la loi qui lui accorde la restitution, pendant qu'il est encore dans l'état de minorité. Par la même raison, la loi pour la révocation des donations, au cas de survenance d'enfants, ayant été faite pour subvenir au dé-

faut de prévoyance des gens qui n'ont pas d'enfants, et se persuadent trop facilement qu'ils ne changeront pas de volonté, et qu'ils n'en auront pas, il ne leur est pas permis, pendant qu'ils n'ont pas encore d'enfants, pendant qu'ils sont dans l'erreur contre laquelle la loi a voulu subvenir, de renoncer au droit que la loi a établi en leur faveur; autrement la prévoyance de la loi deviendroit inutile : car, dans la fausse assurance où ils sont de la persévérance de leur volonté, ils consentiroient sans peine à déroger à la loi. Or, cette clause de dérogation deviendroit un style de notaire, qui rendroit la loi inutile. On peut encore ajouter qu'il y a même quelque raison d'intérêt public qui porte à n'avoir aucun égard à ces clauses, afin que les donations ne détournent pas ceux qui les ont faites de contracter mariage, et de donner par ce moyen des citoyens à l'état. Ce sentiment est confirmé par l'ordonnance de 1731.

§. II. Que requiert la loi en la personne du donateur, pour que la donation soit sujette à la révocation par survenance d'enfants.

Ce que la loi requiert en la personne du donateur, pour que la donation soit sujette à la révocation, pour cause de survenance d'enfants, est que le donateur n'eût pas d'enfants au temps de la donation. C'est ce qui résulte des termes de la loi 8, *cod. de revoc. donat.;* de ceux de l'ordonnance de 1731, art. 39. *Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avoient pas d'enfants ou de descendants, actuellement vivants dans le temps de la donation.*

De là naît une première question : la loi et l'ordonnance, s'étant exprimées au pluriel, la donation faite par une personne qui n'avoit qu'un enfant lors de la donation seroit-elle comprise dans la disposition de la loi et de l'ordonnance? On peut dire pour l'affirmative qu'il se trouve dans les termes de la loi, *qui non habet filios*, et que l'article 39 de l'ordonnance de 1731 s'exprime pareillement au pluriel : *Toutes donations entre-vifs, faites par personnes qui n'avoient point d'enfants*, et que, par conséquent, la donation faite par une personne qui n'avoit qu'un enfant lors de la donation, n'est pas comprise dans la disposition de la loi et de l'ordonnance, n'ayant pas d'enfants au pluriel, puisqu'elle n'en a qu'un. Néanmoins, il faut tenir la négative; car, dans l'usage vulgaire de parler, il suffit qu'une personne ait un enfant, pour qu'on ne puisse pas dire qu'elle n'a pas d'enfants. *Non est sine liberis cui unus filius, unave filia est: hæc enim enunciatio habet liberos, non habet liberos, semper plurativo numero profertur, sicut et pugillares et codicilli.* l. 148, ff. *de verb. sig.*; et d'ailleurs il est évident que la raison de la loi ne milite que lorsque le donateur n'a point d'enfants.

On peut demander si, avant l'ordonnance, la donation faite par une personne qui n'avoit qu'un petit-fils, lors de la donation, étoit comprise dans la disposition de la loi 8, *cod. de revoc. donat.*, et sujette à la révocation par la survenance d'un enfant au donateur. On pouvoit dire pour l'affirmative que celui qui n'a que de petits-enfants, est vraiment *filios non habens*, puisque ordinairement, *filiorum appellatione nepotes*

non continentur. Il faut néanmoins décider au contraire; car, quoique le terme de fils ne comprenne pas le petit-fils, néanmoins il le comprend quelquefois, ainsi que nous l'apprend une loi du titre *de verb. sig.*, dont voici les termes: *Filii appellatione omnes liberos intelligimus*; l. 84, ff. *de verb. signif.*, et cette interprétation doit avoir lieu dans les lois où ce qui est décidé à l'égard du fils reçoit une égale application au petit-fils; ce qui se trouve dans loi 8 déja citée: car, de même qu'un donateur qui a préféré son donataire aux enfants qu'il avoit déja, est censé l'avoir préféré à ceux qui lui surviendroient, qui ne doivent pas être pour lui plus chers que ceux qu'il avoit déja, ainsi celui qui a préféré le donataire à son petit-fils, est censé l'avoir préféré à son propre fils qui lui surviendroit; car, l'amour allant toujours en descendant, un grand-père n'a pas une moindre tendresse pour un petit-fils, dans lequel il se voit revivre, que pour ses propres enfants. Au reste, la question ne souffre plus de difficulté, et est nettement décidée par l'ordonnance qui dit, *enfants* ou *descendants*.

C'étoit une question, avant l'ordonnance, si la donation faite par une personne qui n'avoit pas, à la vérité, d'enfants lors de la donation, mais qui avoit une espérance prochaine d'en avoir par la grossesse de sa femme, dont il avoit connoissance, étoit sujette à la révocation par survenance d'enfants. Avant l'ordonnance, j'aurois pensé qu'elle n'y étoit pas sujette. La raison de la loi ne paroît pas se rencontrer dans cette espèce. On ne peut pas dire que ce donateur ne donne que parcequ'il compte ne pas avoir d'enfants, et qu'il

est dans une disposition de volonté de ne pas donner, s'il croyoit en avoir; car la connoissance qu'il avoit de la grossesse de sa femme ne permet pas qu'on puisse dire qu'il ne comptoit pas avoir d'enfants. Ajoutez que, même suivant les lois, un homme n'est pas censé absolument sans enfants, lorsque sa femme est grosse, suivant cette règle : *Si quis uxorem prægnantem relinquat, non videtur sine liberis decessisse.*

Nonobstant ces raisons, l'ordonnance décide le contraire, art. 40, qui porte que la révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur fût conçu au temps de la donation. La raison en est que celui dont l'enfant n'est pas encore né, n'a pas encore senti la tendresse que la nature inspire aux pères pour leurs enfants. C'est pourquoi la loi présume qu'en préférant alors dans ses biens un étranger à ses enfants, il paroît ne pas savoir ce qu'il fait, et il ne l'auroit pas fait si son fils eût été né, et qu'il eût éprouvé ces sentiments de tendresse que les pères ont pour leurs enfants. C'est pourquoi la loi juge à propos de subvenir, en ce cas, à son erreur, et de lui accorder le droit de révoquer sa donation. La loi permet, à la vérité, aux pères de préférer, dans une partie de leurs biens, des étrangers à leurs enfants, quoique ces biens soient, par le vœu de la nature, destinés à leurs enfants, parcequ'il peut y avoir quelquefois de bonnes raisons pour cela. Mais elle ne veut pas qu'ils accordent aux étrangers cette préférence inconsidérément; et elle répute cette préférence suspecte d'inconsidération, et faite sans assez de connoissance de cause, lorsqu'un père donne

à des étrangers, avant que d'avoir senti ce que c'est que d'être père.

Ce que nous avons décidé pour la donation faite par le père dont la femme étoit grosse, a pareillement lieu pour celle faite par la femme durant sa grossesse.

Observez que lorsque la loi dit : *Filios non habens*, et l'ordonnance *personnes qui n'avoient pas d'enfants*, la loi et l'ordonnance n'entendent parler que des enfants légitimes ; car il n'y a que ceux-là qui soient regardés comme enfants, et appelés aux biens de leurs pères. C'est pourquoi la donation n'en sera pas moins sujette à la révocation par survenance d'enfants, quoique le donateur eût des bâtards lors de la donation.

Quelquefois même l'existence d'un enfant, au temps même de la donation, n'empêche pas qu'elle ne soit sujette à la révocation par survenance d'enfants. Cela a lieu :

1° Si l'enfant qui existoit lors de la donation étoit absent de longue absence, et qu'on le crût perdu : car, par rapport aux motifs sur lesquels la loi est fondée, il est égal de n'avoir point d'enfants, ou d'en avoir sans le savoir. Il faut, en ce cas, que l'enfant prouve l'erreur du donateur.

2° On pourroit peut-être soutenir qu'il en seroit de même si l'enfant, qui existoit lors de la donation, s'étoit rendu indigne de l'amitié de son père par quelques unes des causes qui méritent l'exhérédation ; car c'est égal de n'avoir pas d'enfants, ou d'en avoir dont la conduite nous ait fait perdre envers eux les sentiments que la nature inspire.

Cela peut néanmoins souffrir quelque difficulté.

Ricard ajoute un troisième cas : savoir, lorsqu'un homme d'une maison illustre, au temps de la donation, n'avoit que des filles, et qu'il a fait une donation à l'un de ses parents de même nom, de mêmes armes : Je pense (dit-il) que la donation est révocable par la survenance d'un enfant mâle au donateur, y ayant lieu de présumer, dans cette espèce, que le donateur n'a fait cette donation que dans la vue de soutenir le lustre de sa maison, parcequ'il comptoit qu'il n'auroit pas d'enfants mâles qui pussent le soutenir, et qu'il étoit dans la disposition de ne pas donner s'il eût cru en avoir. Ce sentiment de Ricard paroît assez conforme à l'esprit de la loi.

§. III. Quelle espèce de survenance d'enfants donne lieu à la révocation.

La donation faite par une personne qui n'avoit pas alors d'enfants est révoquée, par quelque manière que ce soit qu'il en survienne au donateur.

Elle est donc révoquée, non seulement s'il naît un enfant à ce donateur, mais encore si, depuis la donation, l'enfant que l'on croyoit perdu lors de la donation revient, ou que l'on reçoive de ses nouvelles.

En est-il de même si un enfant, jésuite, est congédié de la société avant trente-trois ans ? ce dernier cas souffre difficulté ; car le donateur pouvoit prévoir que son fils pourroit être congédié.

Pareillement, si un bâtard que le donateur avoit lors de la donation devient légitime depuis la donation, par le mariage que le donateur contracte avec sa

mère, c'est une espèce de survenance d'enfant qui donne lieu à la révocation de la donation ; ordonnance, art. 39. On avoit néanmoins jugé le contraire avant l'ordonnance. Il y en a un arrêt dans Soefve, III, 14. Toute autre sorte de légitimation n'a pas cet effet. *Ibid.*

La survenance d'un petit-enfant feroit-elle révoquer la donation? La raison de douter, c'est que l'ordonnance ne parle que de la survenance d'un enfant, et que ce terme ne comprend pas toujours les petits-enfants. La raison de décider est que, si le terme d'enfants ne comprend pas toujours les petits-enfants, il les comprend lorsqu'il y a entière parité de raison de décider, à l'égard des petits-enfants, ce qui l'est pour les enfants. Or, c'est ce qui se trouve ici ; car la loi est fondée sur l'affection qu'on a pour ses enfants; et celle que nous avons pour nos petits-enfants étant la même et souvent plus grande que celle que nous avons pour nos propres enfants, ainsi que nous l'avons déja remarqué, parceque l'amour va en descendant, il s'ensuit que la survenance des petits-enfants doit également donner lieu à la révocation de la donation, comme celle des propres enfants, et que l'ordonnance a compris les uns et les autres sous le terme d'enfants.

On avoit demandé, avant l'ordonnance, si la naissance d'un posthume, c'est-à-dire d'un enfant né après la mort du donateur, pouvoit donner lieu à la révocation de la donation. La raison de douter étoit que le donateur ne pouvoit pas acquérir après sa mort le droit de révoquer sa donation. L'ordonnance a décidé pour l'affirmative. La raison de décider est que, dans

les contrats, les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat, d'où il suit que, quoique la condition de la survenance d'enfants, sous laquelle le donateur s'étoit tacitement réservé le droit de rentrer dans les choses données, n'ait existé qu'après la mort, néanmoins, au moyen de l'effet rétroactif qu'on lui donne, le droit est censé lui en avoir été acquis dès le temps du contrat.

§. IV. Comment se révoquent les donations par la survenance des enfants, et de l'effet de cette révocation.

L'ordonnance, art. 39, dit que les donations demeurent révoquées de plein droit par la survenance d'enfants.

D'où il suit que, dès le temps et instant de la survenance d'un enfant, le donataire n'a plus aucun titre pour retenir les choses données; et, en conséquence, dès l'instant de la survenance d'enfant, le donateur a un droit ouvert et formé de les répéter.

Ce droit n'est pas l'action de revendication; au moins ce n'est pas celle qu'on appelle directe et proprement dite. Quoique le donataire n'ait plus aucun titre pour retenir les choses données, il en demeure néanmoins, *subtilitate juris*, propriétaire, jusqu'à ce qu'il les ait restituées au donateur; car la propriété, qui lui en a été transférée par la tradition, ne peut retourner au donateur que par la même voie d'une tradition que le donataire est tenu de lui en faire.

Cette action est donc plutôt l'action personnelle, qui est appelée en droit, *condictio sine causâ*, par laquelle nous répétons les choses que quelqu'un a ac-

quises de nous, lorsque la cause pour laquelle il l'avoit acquise a cessé et est détruite. Voyez, sur cette action, le titre *de condictione sine causâ*, dans nos Pandectes.

On pourroit peut-être aussi dire que le donateur a, en ce cas, l'action *utilis in rem*, parceque le titre de donation par laquelle il a aliéné la chose étant détruit, il est regardé comme ne l'ayant pas aliénée, et comme en étant, en quelque façon, propriétaire, non pas, à la vérité, *subtilitate juris*, mais *affectu*, eu égard au droit qu'il a d'y rentrer.

Quelle que soit l'action que le donateur a pour recouvrer, en ce cas, les choses données, cette action a lieu non seulement contre le donataire, mais contre les tiers qui l'auroient acquise du donataire. Son action est du nombre de ces actions qu'on appelle personnelles, *in rem scriptæ*, qui suivent le possesseur; quoique le demandeur *non intendat rem suam esse;* en quoi elles diffèrent de l'action réelle : *Sed sibi dari, seu restitui oportere.*

La raison en est que la condition de révocation, en cas de survenance d'enfants, étoit inhérente au titre de donation, et affectoit la chose même donnée, de manière que le donataire ne la possédoit et n'en étoit propriétaire qu'à cette condition, *cum hac causâ;* et comme en l'aliénant il n'a pas pu transférer plus de droit qu'il n'en avoit lui-même, tous ceux qui la tiennent de lui, soit médiatement, soit immédiatement, n'en sont pareillement propriétaires et possesseurs qu'à la condition et à la charge de l'action révocatoire, en cas de survenance d'enfants.

L'effet de cette action, lorsqu'elle est donnée contre le donataire, est qu'il est tenu de rendre la chose au donateur, avec les fruits, du jour que la naissance ou la légitimation de l'enfant lui a été notifiée, quoique la demande en révocation n'ait été donnée que depuis ladite notification; art. 41.

La raison en est que le titre de donation ayant été détruit de plein droit par la survenance d'enfants, dès ce temps le donataire s'est trouvé sans titre pour retenir la chose, et, par conséquent, sans titre pour en percevoir les fruits. Ajoutez que c'est une régle commune à toutes les actions par lesquelles nous demandons la restitution d'une chose qui nous a appartenu, que les fruits doivent nous être rendus, ainsi que nous l'avons vu au titre *de usuris*, suivant la loi 38, §. 1 et seq, ff. *de usur.*, et la loi 173, §. 1, ff. *de regulis juris.*

Ils ne doivent pourtant point être restitués précisément du jour de la survenance d'enfants, mais seulement du jour qu'elle a été notifiée au donataire; car quoique dès le temps de la survenance d'enfants il soit sans titre pour retenir la chose donnée, néanmoins la bonne foi dans laquelle il est, tant qu'il ignore cette survenance, lui tient lieu de titre, et lui donne également le droit de percevoir les fruits, comme si son titre subsistoit encore; car, *in omnibus juris partibus, justa opinio æquipollet titulo.* Il ne peut être tenu de rendre les fruits avant que d'être tenu de rendre la chose; et il ne peut être tenu de rendre la chose que du jour qu'il sait que la survenance d'enfants a détruit le titre en vertu duquel elle étoit à lui.

Observez qu'il n'est censé avoir eu la connoissance de la survenance d'enfants, que du jour qu'elle lui a été notifiée par un exploit, ou autre acte en bonne forme; et c'est pour cela que l'ordonnance, art. 41, ne l'oblige à la restitution des fruits que de ce jour.

Le donateur, ayant cette voie juridique d'assurer la connoissance du donataire de la survenance d'enfants, doit s'imputer de ne s'être pas servi de cette voie, et n'est pas, par conséquent, recevable à prouver, par d'autres voies, que le donateur a eu cette connoissance.

Lorsque la demande est donnée contre un tiers-détenteur à qui le donateur a vendu la chose, sans lui donner par l'acte connoissance de la donation, il ne suffit pas, en ce cas, pour qu'il soit tenu à la restitution des fruits, que la survenance d'enfants lui soit notifiée; il faut, outre cela, que le donateur qui veut rentrer dans les choses données lui donne copie de la donation.

Lorsque le donateur, en vertu de l'action révocatoire pour cause de survenance d'enfants, rentre dans les héritages par lui donnés, il les reprend sans aucune charge d'hypothèque, servitude et autres charges réelles que le donataire et ses successeurs pourroient avoir imposées; art. 42. La raison en est que le donateur et ses successeurs n'ont pas pu accorder à ceux à qui ils ont accordé ces sortes de droit un droit plus fort que celui qu'ils avoient eux-mêmes. *Nemo enim plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet.* Par conséquent, le droit de propriété qu'avoient le donataire et ses successeurs, n'étant pas un droit de

propriété entièrement irrévocable, mais un droit sujet à se résoudre par la survenance d'enfants, les droits de servitude, d'hypothèque, et autres qu'ils ont pu accorder, doivent être pareillement résolubles par le même cas de survenance d'enfants, suivant la maxime: *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Cette décision ne souffre aucune exception; quelque favorable que soient les causes de la dot ou du douaire d'une femme, la femme du donataire ne conserve aucune hypothèque subsidiaire sur les biens donnés à son mari, le cas avenant de la survenance d'enfants; et cela a lieu, quand même cette donation auroit fait partie de son contrat de mariage; art. 42.

L'ordonnance a été encore plus loin: elle ajoute audit article que sa disposition aura lieu, quand même le donateur se seroit, par la donation, obligé, comme caution, à l'exécution du contrat de mariage. La raison en est que l'obligation du donateur est elle-même une donation qui doit se révoquer par la survenance d'enfants; et que si, au moyen de cette obligation, la femme du donataire conservoit quelques droits sur la chose donnée à son mari, ce seroit de la part du donateur s'interdire indirectement la faculté de révoquer sa donation; ce qui n'est pas permis, suivant l'art. 44.

§. V. Quelles fins de non-recevoir peut-on ou ne peut-on pas opposer contre la demande en révocation de donation pour cause de survenance d'enfants.

On peut opposer contre la demande en révocation de donation, pour cause de survenance d'enfants, la prescription ordinaire de trente ans, par laquelle se prescrivent toutes les actions.

Le temps de cette prescription ne peut courir que du jour qu'il est survenu au donateur un enfant; car ce n'est que de ce jour que le droit de révoquer la donation est ouvert; et la prescription ne peut pas courir contre un droit, avant qu'il existe et soit ouvert. S'il étoit né au donateur plusieurs enfants, le droit de révoquer seroit-il prescrit trente ans après la naissance du premier, ou bien seulement trente ans après la naissance du dernier? Il sembleroit que ce devroit être trente ans après la naissance du premier; car, dès le temps de la naissance du premier, le droit de révoquer a été ouvert, et, par conséquent, le droit de la prescription a commencé à courir. L'ordonnance, néanmoins, art. 45, décide que le droit du donateur ne sera prescrit qu'après les trente ans depuis la naissance du dernier. La raison en est que chaque enfant qui survient au donateur lui donne un nouveau droit de révoquer la donation. C'est pourquoi, si le droit que lui a donné son premier enfant est prescrit par le laps des trente années depuis, il lui reste encore le droit que lui donne la naissance du dernier.

On fera peut-être cette objection: Le donateur ayant acquis, par la naissance du premier enfant, le droit

de révoquer la donation, la naissance des autres ne peut plus lui rien faire acquérir; car ce que j'ai une fois acquis, et qui est à moi, ne peut plus le devenir davantage; *quod meum est, ampliùs fieri meum non potest.* Je réponds que cette maxime est ici mal appliquée, et qu'il faut distinguer entre le droit de propriété et le droit de créance. Lorsque je suis propriétaire d'une chose, je ne peux plus le devenir davantage, en vertu de quelque autre que ce soit. C'est en ce sens que l'on dit: *Quod meum est, meum ampliùs fieri non potest.*

Mais, lorsque je suis créancier d'une chose, rien n'empêche que je ne puisse devenir encore créancier de la même chose, *ex aliâ causâ.*

Suivant ces principes, quoique le donateur fût déja devenu, par la survenance de ce premier enfant, créancier de la restitution des mêmes choses par lui données, rien n'empêche qu'il ne puisse devenir de nouveau créancier de la restitution des mêmes choses, par la survenance du dernier, et que la créance qu'il avoit par la naissance du premier étant prescrite, celle qui lui a été acquise par la naissance du dernier puisse lui rester.

Ce que nous disons que le droit de révoquer pour cause de survenance d'enfants ne se prescrit que par trente ans depuis cette survenance a lieu, soit que ce soit le donataire, soit que ce soit un tiers qui soit détenteur des choses données. Ordonnance de 1731, article 45; car la raison qu'on ne peut prescrire contre un droit avant qu'il soit ouvert, milite également à

l'égard du tiers-détenteur, comme à l'égard du donataire lui-même.

C'étoit une question avant l'ordonnance, si le donateur étoit recevable à demander la révocation de la donation, après la mort de l'enfant dont la naissance avoit donné lieu au droit de la révoquer. Ricard pensoit qu'il n'y étoit pas recevable; et il rapporte des arrêts qui l'avoient jugé. On dit pour ce sentiment que l'existence de cet enfant étant la cause qui a donné lieu au droit de révoquer la donation, cette cause venant à cesser par la mort de cet enfant, le droit de révoquer la donation qui en étoit l'effet devoit aussi cesser. *Cessante causâ, cessat effectus.*

L'ordonnance, art. 43, a décidé au contraire qu'il y étoit recevable, parceque la donation ayant été une fois détruite, elle ne peut plus revivre. Le droit de rentrer de plein droit dans les choses données ayant été une fois acquis au donateur, la mort de l'enfant ne peut pas le lui faire perdre.

Quant à ce qui concerne les raisons alléguées pour le sentiment contraire, la réponse est que ce raisonnement confond la cause avec le moyen. La cause qui a produit le droit de révoquer la donation est la cause virtuellement et implicitement inhérente au contrat de donation que la donation demeureroit révoquée en cas de survenance d'enfants. La naissance de l'enfant a fait exister la condition dont cette clause dépendoit; mais c'est proprement la clause inhérente au contrat de donation qui a produit l'effet de la révocation de la donation. La naissance de l'enfant n'est que la condi-

tion de cette clause, et le moyen par lequel cette clause a produit son effet; et la condition ayant une fois existé par la naissance de l'enfant, et y ayant eu, en conséquence, ouverture à la clause, peu importe que cet enfant vienne à mourir par la suite.

C'étoit aussi une question avant l'ordonnance, si le donateur étoit recevable dans la demande en révocation de la donation, lorsque, depuis la survenance d'enfants, il l'avoit approuvée, soit expressément, soit tacitement: *v. g.* en permettant, depuis la survenance d'enfants au donataire, de se mettre en possession des choses données. L'ordonnance, art. 43, déclare de nul effet ces confirmations, soit expresses, soit tacites. La raison est que la donation étant détruite de plein droit par la survenance d'enfants, elle n'existe plus. Or, ce qui n'est plus ne peut pas être confirmé: c'est pourquoi elle ordonne que le donateur ne pourra donner les mêmes effets au donataire que par une nouvelle disposition revêtue de toutes ses formes.

ARTICLE III.

De la révocation des donations pour cause d'ingratitude.

La loi dernière, *codice de revoc. donat.*, décide que les donations peuvent être révoquées par l'ingratitude du donataire envers le donateur.

Il n'est pas nécessaire, pour le fondement de cette décision, de supposer dans le contrat de donation une clause tacite pour la résolution de la donation, en cas d'ingratitude: ce cas ne peut pas être supposé; car, lorsque quelqu'un donne à son ami, il ne peut pas

même s'imaginer qu'il arrive jamais qu'il se porte envers lui aux excès qui donnent lieu à cette révocation.

Il suffit, pour fonder la révocation des donations, de dire que les injures commises par un donataire envers son bienfaiteur, outre le caractère de malice, commun aux injures faites par d'autres personnes, ayant un caractère particulier de malice, qui est l'ingratitude, elles doivent être punies, outre la peine des injures ordinaires, d'une peine particulière; et il n'y en a pas de plus naturelle que de dépouiller le donataire des bienfaits qu'il a reçus de celui qu'il a offensé.

§. I. Quelles sont les causes d'ingratitude qui peuvent donner lieu à la révocation de la donation.

La loi dernière, au code *de revocandis donat.*, que nous avons déja citée, rapporte cinq causes d'ingratitude. La première est, *si injurias atroces effundat.* Il suit de ce mot *atroces* que toutes injures proférées par le donataire contre le donateur ne donnent pas lieu à la révocation; il n'y a que celles qui sont atroces.

Pour qu'une injure soit atroce, il faut qu'elle tende à détruire la réputation du donateur dans les parties les plus essentielles, telles que la probité, les mœurs. Celles qui attaquent les mœurs sont plus ou moins atroces, suivant la qualité des personnes. Ce qu'on répand contre les mœurs d'une personne peut être une injure atroce à l'égard d'un ecclésiastique, d'un magistrat, d'une personne du sexe, et ne l'être pas à l'égard d'une personne d'une condition différente.

Il faut aussi, pour que l'injure soit atroce, qu'elle ne soit pas vague, mais qu'elle contienne des faits cir-

constanciés. Ainsi, il ne suffiroit pas que le donataire dît en général que le donateur est un fripon, un libertin, il faut qu'il ait rapporté des faits déterminés et circonstanciés de friponnerie et de libertinage. La raison en est que les injures vagues font fort peu d'impression, et ne font, tout au plus, que jeter des doutes sur la réputation d'une personne, mais ne vont pas à la détruire.

On demande s'il y a lieu à la révocation de la donation, non seulement dans le cas de la calomnie, mais même lorsque les choses que le donataire a répandues contre la réputation du donateur sont vraies? Ricard dit que oui. J'y trouve de la difficulté; car quoique la simple médisance soit en elle-même mauvaise, et que ce soit pécher contre la charité que de révéler les fautes d'autrui, à moins qu'il n'y ait de justes sujets de le faire, et que cette médisance acquiert un nouveau degré de malice, lorsqu'elle attaque une personne à qui nous devons de la reconnoissance; néanmoins le coupable ayant donné lieu plus que tout autre à la médisance ne me paroît pas recevable à s'en plaindre, ni à prétendre qu'on lui fasse tort en lui ôtant une réputation qui ne lui appartient pas. C'est pourquoi la loi 18, ff. *de injur.*, ne regarde pas la médisance comme une injure, lorsque les faits sont vrais; *qui nocentem infamavit, non est bonum et æquum, ob eam rem condemnari.* Par la même raison, la loi 14, *de bon. liber. fin.*, dit que le fils d'un patron n'est pas indigne de la succession d'un affranchi, pour l'avoir accusé d'un crime qui étoit vrai. Au reste, la question ne reçoit guère d'application dans la pratique; car, quelque vrais que

puissent être les faits que le donataire a répandus contre la réputation du donateur, ils ne passeront pas pour vrais, et le donataire ne seroit pas recevable à en demander la preuve. C'est pourquoi il y auroit toujours lieu de condamner le donataire.

Il suit du terme *effundat* dont se sert la loi que pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il ne suffit pas que le donataire ait dit à une ou deux personnes les faits injurieux, il faut qu'il les ait divulgués et rendus publics.

La seconde cause est, *si manus impias inferat*, comme si le donataire avoit donné au donateur des coups de bâton, un soufflet, un coup de poing; à moins que ce ne fût en se revanchant. Cela a lieu, non seulement si le donataire a fait lui-même cette insulte, mais s'il l'a fait faire par un autre. *Nam qui mandat ipse fecisse videtur.*

La troisième cause, *si jacturæ molem ex insidiis suis ingerat.* Si le donataire cause la ruine de la fortune du donateur en tout ou pour la plus grande partie, comme si, par les bruits qu'il avoit semés, il a fait perdre le crédit du donateur qui étoit un marchand, et par-là ruiné sa fortune; s'il l'avoit fait révoquer d'un emploi dont il subsistoit.

Seroit-ce une cause suffisante pour révoquer la donation, s'il lui avoit fait manquer un mariage avantageux? Il semble que non; car la loi parle du cas où le donataire a causé une perte au donateur dans ses biens; mais, en empêchant ce mariage, il ne lui cause pas de perte, il l'empêche seulement de gagner.

La quatrième cause, *si vitæ periculum aliquod ei*

intulerit. Comme s'il lui avoit préparé du poison; s'il avoit été l'attendre pour le tuer.

La cinquième cause, *si quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minimè implere voluerit.* Ce qui est dit des conventions qui n'ont pas été rédigées par écrit n'est pas reçu parmi nous; car l'ordonnance de 1667 défendant la preuve testimoniale, outre le contenu d'un acte par écrit, le donateur alléguerroit en vain que le donataire refuse d'exécuter les conventions qu'on supposeroit n'avoir été faites que verbalement lors de la donation, et n'avoir pas été insérées dans l'acte de donation; car le donataire en seroit quitte pour les nier, et le donateur, suivant la disposition de l'ordonnance, ne seroit pas recevable à les justifier.

Si les conventions sont par écrit, le refus du donataire de les exécuter opère la résolution de la donation; mais un simple refus ne suffit pas pour cela: il faut que le donateur fasse assigner le donataire pour les accomplir, et qu'ayant été condamné de le faire à peine de déchéance de la donation, il n'ait pas encore satisfait. Auquel cas le donateur pourra alors faire prononcer que, faute par le donataire d'avoir satisfait, il sera déchu de la donation, et, en conséquence, condamné à la restitution des choses données.

Plusieurs pensent que ces cinq causes énoncées dans la loi ne doivent pas être regardées comme les seules qui puissent donner lieu à la révocation; qu'il peut y en avoir d'autres qui sont laissées à l'arbitrage du juge,

lequel estimera si elles contiennent une aussi grande ingratitude que celles énoncées en la loi.

C'est aussi un sentiment assez suivi que, lorsque c'est un enfant qui est donataire, les quatorze causes d'exhérédation, dont il est parlé dans le code Justinien, sont autant de causes à son égard, pour révoquer les donations qui lui ont été faites par ses père et mère.

C'est aussi une opinion fort plausible que celle de ceux qui pensent que si le donateur étoit tombé dans une extrême indigence, qui le mît hors d'état d'avoir de quoi vivre, et de pouvoir en gagner, le refus d'aliments, que lui feroit le donataire d'une portion considérable de ses biens, devroit être regardé comme une cause d'ingratitude assez considérable pour le faire déchoir de sa donation. C'est un devoir naturel du donataire de donner des aliments à son bienfaiteur dans le cas de nécessité, lorsqu'il le peut. C'est sur le fondement de ce devoir que les lois ne permettent pas au donataire d'exiger du donateur ce qui lui a été donné, s'il ne reste pas au donateur de quoi fournir à ses aliments.

Si les lois n'ont pas parmis au donataire de manquer à ce devoir naturel avant que la donation ait été consommée par la tradition, elles ne doivent pas lui permettre davantage d'y manquer après la tradition : l'accomplissement du bienfait, bien loin de le dispenser de ce devoir, ne doit servir qu'à l'y astreindre davantage. C'est pourquoi c'est un sentiment fort plausible que d'admettre le donateur d'une universalité des

biens, ou d'une portion considérable, à demander des aliments au donataire, si mieux il n'aime lui restituer ce qu'il possède des choses données.

§. II. Par qui et envers qui l'offense doit-elle être commise, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation.

Pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il faut que ce soit le donataire lui-même qui ait commis l'offense. Celle faite par le tuteur, par le père, et gardien, n'y donne pas lieu.

Par la même raison, lorsque la donation a été faite à la femme, l'offense commise par son mari n'y donne pas lieu: lorsqu'elle a été faite à une église, l'offense commise par le titulaire n'y donne pas lieu.

Le mari et le titulaire ne doivent-ils pas être privés du droit qu'ils ont de jouir des choses données? Je ne le pense pas; car, ni le mari, ni le titulaire, ne sont pas donataires. L'injure par eux commise n'est pas une injure commise par un donataire, mais une injure ordinaire qui ne doit être punie que des peines ordinaires, et non, en aucune manière, par la peine de la révocation de la donation, qui est une peine propre à l'offense commise par le donataire.

Qu'on n'oppose pas ce que nous avons décidé dans notre *traité des Fiefs*, que l'offense commise par un mari, ou par un titulaire d'un bénéfice, envers le seigneur du fief, étoit punie par la privation du droit de jouir de ce fief qu'avoit, soit le mari, soit le titulaire. La raison de différence est que le mari est vassal pour les propres de sa femme; le titulaire d'un bénéfice est vassal pour les fiefs de son église, et, par conséquent,

ils sont sujets aux peines des vassaux. Mais le mari n'est pas donataire des biens donnés à sa femme, ni le titulaire donataire des biens donnés à son église; et, par conséquent, ils ne doivent pas être sujets aux peines propres aux donataires.

Que si l'offense est commise par le donataire lui-même, il y a lieu à la révocation de la donation, quand même il seroit mineur; car la minorité n'exempte pas de la peine des délits qui se commettent par malice. *In delictis neminem ætas excusat:* et ailleurs, *ætati et imprudentiæ, non etiam malitiæ venia tribuitur.*

Pour qu'il y ait lieu à la révocation des donations, il faut aussi que ce soit envers le donateur lui-même que l'offense ait été commise. Celle faite à ses enfants ou autres héritiers, n'y donne pas lieu. C'est ce qui est décidé par la loi première, *cod. de revocand. donat. Hoc jus stabit inter ipsos tantùm, qui liberalitatem dederint: cæterùm, nec filii eorum, nec successores ad hoc beneficium pertinebunt.*

Cela est sans difficulté, lorsque l'offense est commise après la mort du donateur, envers ses enfants ou sa veuve; car, n'étant faite qu'après sa mort, elle ne peut rejaillir sur lui, ni être censée faite à lui-même.

Mais y auroit-il lieu à la révocation de la donation, si l'injure avoit été faite du vivant du donateur, à sa femme ou à ses enfants, puique telle injure rejaillit sur la personne du donateur, et est censée faite à lui-même, suivant ce que Justinien enseigne, *Institut. titulo de injur.* §. 2°. *Patitur quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam per liberos suos, item per uxorem suam?*

Pour répondre à cette question, je dis qu'encore que l'injure faite à notre femme et à nos enfants, soit censée faite à nous-mêmes, néanmoins celle qui nous est faite dans leur personne, ne nous est pas si griéve, que celle qui nous est faite dans notre propre personne. Les mêmes injures qui, faites à notre propre personne, donneroient lieu à la révocation de nos donations, lorsqu'elles nous sont faites dans la personne de notre femme ou de nos enfants, n'y donneront pas lieu, à moins qu'elles ne soient extrêmement griéves.

L'injure faite après la mort du donateur à sa mémoire, pourroit être assez atroce pour donner lieu à la révocation de la donation, si, par exemple, un donataire se rendoit calomnieusement dénonciateur, après la mort du donateur, d'un crime pour lequel on fît le procès à sa mémoire; ou si, par fanatisme, il le privoit de la sépulture.

§. III. Quelles donations sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

Les donations, quoique faites en faveur de mariage, sont sujettes à cette révocation.

Les rémunératoires et les onéreuses y sont sujettes jusqu'à concurrence de ce qu'elles excédent le prix des services ou des charges.

Les mutuelles, si nous suivons le sentiment de Ricard, n'y sont pas sujettes. On a jugé, par arrêt du 18 décembre 1714, rapporté au 6e tome du *Journal des Audiences*, qu'elles y étoient sujettes. La raison est que, dans les donations mutuelles, on doit présumer que c'est l'amitié que j'ai pour le donataire, qui est le

principal motif qui m'a porté à donner, quoique l'espérance de profiter de celle qu'il me fait réciproquement y entre pour quelque chose; en quoi ces donations diffèrent des contrats aléatoires. C'est pourquoi elles exigent de la gratitude; et elles doivent être révocables, lorsque le donataire manque à ce devoir.

Les remises faites à des débiteurs n'y sont pas sujettes, lorsqu'elles n'ont pas été faites par principes de libéralité, mais par transaction, pour éviter un procès; par contrat d'atermoiement, pour faciliter le paiement; autrement elles y sont sujettes.

La donation pour le titre clérical n'y est pas sujette, à moins que le donataire ne fût pourvu d'un bénéfice qui lui en tînt lieu. La raison est que la révocation pour cause d'ingratitude contient une espèce de commise des choses données au profit du donateur. Or, c'est une maxime, que ce qui ne peut s'aliéner ne peut se commettre; d'où il suit que le titre clérical étant inaliénable, tant que le clerc n'est pas pourvu d'un bénéfice, il ne le peut commettre par son ingratitude.

Nec obstat ce que nous avons dit ci-dessus, que le mineur pouvoit commettre les choses à lui données, pour cause de son ingratitude. La raison de différence est que les héritages du mineur ne sont inaliénables qu'en faveur du seul mineur; de laquelle faveur il s'est rendu indigne par son délit: au lieu que le titre clérical est inaliénable, non seulement en faveur de l'ecclésiastique, mais en faveur de l'Église.

Que si l'offense commise par le clerc, donataire,

étoit telle qu'il ait été puni, pour raison de cette offense, de la mort civile ou de la dégradation, en ce cas, la personne n'appartenant plus à l'Église, rien n'empêcheroit la révocation des biens à lui donnés pour titre clérical.

§. IV. De l'effet de la révocation pour cause d'ingratitude.

L'effet de la révocation pour cause d'ingratitude est très différent de celui de la révocation pour survenance d'enfants. La clause pour survenance d'enfants étant une clause tacitement sous-entendue au contrat de donation, en vertu de laquelle, le cas venant à avoir lieu, le droit du donataire se résout *ex causâ necessariâ, et antiquâ donationi sive contractui inexistenti*, il s'ensuit, comme nous l'avons dit en son lieu, que le donataire n'ayant qu'un droit de propriété résoluble, au cas de la survenance d'enfants, il n'a pu transférer à aucun autre qu'un droit résoluble par l'existence de la même condition; d'où il suit:

1° Que l'action en révocation pour cause de survenance d'enfants a lieu contre les tiers-détenteurs.

2° Que le donateur doit reprendre les mêmes choses données, sans aucune charge de servitude, hypothéques, et autres droits réels que le donateur y auroit imposés.

Au contraire, la révocation pour cause d'ingratitude ne se faisant qu'en vertu d'une cause nouvelle, *ex causâ novâ*, et, en punition de l'offense commise par le donataire, il s'ensuit:

1° Que les tiers-détenteurs ont acquis un droit absolu, et non sujet à se résoudre par l'ingratitude du

donataire, puisque cette cause de révocation n'est pas une cause nécessaire, ancienne, et inhérente au contrat, et, par conséquent, n'est pas une cause qui affectât le droit qui leur a été transféré. D'ailleurs, il ne seroit pas juste que le donataire pût préjudicier par son fait à ces détenteurs : et comme la révocation pour cause d'ingratitude n'a lieu que pour punir le donataire, la peine ne doit tomber que sur lui.

2° Il s'ensuit, par les mêmes raisons, que le donateur, qui, pour cause d'ingratitude du donataire, rentre dans les choses données, n'y rentre qu'à la charge des droits de servitude, hypothèques, et autres droits réels que le donataire y a imposés. C'est ce qui est décidé en la loi 7, *cod. de revoc. don.*, qui porte qu'en ce cas toutes les aliénations faites par le donataire, avant la litis-contestation (dans nos mœurs avant la demande), seront valables, et dont voici les termes : *Ante inchoatum cœptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque causis legitimè alienata minimè revocamus.*

A l'égard de celles faites depuis, la raison pour laquelle elles ne sont pas valables, c'est que, par les conclusions du donateur à la révocation de la donation de ces choses, il arrive qu'elles deviennent litigieuses au préjudice du demandeur.

Le donateur, dans le cas d'ingratitude du donataire, ne pouvant pas demander la restitution des choses données que le donataire n'a plus dans sa possession, peut-il au moins demander la restitution du prix, dont le donataire se trouveroit enrichi au temps de la demande du donateur? Dumoulin pense qu'il le peut;

que ces termes de la loi 7, *cod. de revocand. donat.*, que nous avons citée: *Quidquid is ex donationis titulo tenet, eo die cogatur reddere*, doivent recevoir une interprétation étendue; et comprendre tout ce que le donataire se trouve avoir des bienfaits du donateur, non seulement immédiatement et directement, mais même médiatement. Cette interprétation paroît un peu forcée; c'est pourquoi Ricard pense qu'elle ne doit pas être suivie. En effet, une disposition pénale, telle qu'est celle-ci, doit être renfermée dans ses termes. Or, le sens oblique de ceux-ci, *quidquid donationis titulo tenet*, ne comprend que les choses mêmes qui ont été données, et non pas ce que le donataire a acquis du prix de ces choses; car il n'est pas vrai de dire qu'il les possède *donationis titulo.*

Il y auroit plus lieu d'admettre l'opinion de Dumoulin, à l'égard des choses qui auroient été échangées pour celles données, parceque l'échange produit une subrogation. Néanmoins Ricard pense que même la chose reçue en échange pour la chose donnée n'est point sujette à la révocation, parceque la loi a voulu seulement que ce qui étoit le gage de l'amitié ne demeurât pas en la possession de l'ingrat; ce qui ne convient qu'à la chose même qui a été donnée; qu'il en est de cette révocation comme de la commise pour félonie; qu'il n'y a que le fief même qui puisse être commis, et de même qu'il n'y a que la chose même qui a été donnée qui puisse être sujette à la révocation.

Que doit-on dire, si c'est de l'argent qui a été donné? Comme l'argent est de nature à être employé aussitôt qu'il est reçu, et à ne pas demeurer en nature, il pa-

roîtroit suivre de nos principes que les donations de sommes d'argent, quelque considérables qu'elles soient, ne pourroient jamais être sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

On peut dire que, comme on ne considère pas dans l'argent les corps, mais la valeur qu'il contient, le donataire peut être considéré comme possédant la chose qui lui a été donnée, lorsqu'il posséde une augmentation de valeur dans ses biens, causée par la donation qui lui a été faite; et qu'en ce cas il y a lieu à la répétition de cette somme; et on pourroit dire la même chose de toutes les choses fongibles.

Si on a donné un fonds de boutique, il y a moins de difficulté à dire que, quoique ce ne soient pas les mêmes choses ni les mêmes marchandises, mais d'autres qui aient succédé à celles qui y étoient lors de la donation, c'est toujours le même fonds qui a été donné, et qu'ainsi elle est révocable jusqu'à concurrence néanmoins de sa valeur, lors de la donation.

L'action de révocation pour cause d'ingratitude étant une action en réparation d'injure, il suit qu'elle ne doit être accordée qu'à la personne même du donateur qui a été offensé, et non pas à ses héritiers; et qu'elle ne peut avoir lieu non plus que contre la personne du donataire, et non contre ses héritiers. C'est ce qui est décidé par la loi 7, *cod. de revocand. donat. Actionem ita personalem esse volumus, ut vindicationis, id est, vindictæ tantùm habeat effectum, nec in hæredem detur, nec tribuatur hæredi.*

Néanmoins, si la demande a été une fois donnée contre le donataire, et qu'il meure pendant l'instance,

elle peut être reprise contre les héritiers du donataire, suivant cette règle de droit : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent ;* l. 139, ff. *de reg. juris.*

Par le droit romain, il falloit pour cela qu'il y eût *litis contestatio ;* mais, selon nos mœurs, le simple exploit de demande suffit pour cela, et équipolle à la litis-contestation.

Par la même raison, lorsque la demande a été une fois donnée, quoique le donateur meure, son héritier peut suivre l'instance.

Je pense que l'héritier du donateur pourroit, en un cas, donner l'action en révocation de donation, pour cause d'ingratitude ; savoir, si le donateur n'avoit pu la donner, et que l'ingratitude du donataire eût été jusqu'à tuer le donateur.

§. V. Quelles fins de non-recevoir sont admises contre cette action.

L'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude étant une dépendance de l'action qu'a le donateur pour la réparation de l'injure commise contre lui, il s'ensuit qu'elle est sujette aux mêmes prescriptions ; ainsi l'action d'injures étant annale, la demande se prescrit pareillement par un an.

Néanmoins, si l'injure consistoit dans un crime dont la poursuite peut se faire pendant vingt ans, le donateur pourroit, pendant ledit temps, en poursuivant la réparation du crime, conclure à la révocation de la donation.

C'est aussi par une suite de nos principes que la de-

mande en révocation de la donation pour cause d'ingratitude, cesse d'avoir lieu lorsque le donateur a donné des marques de réconciliation; car c'est un principe que l'injure s'éteint par le pardon de l'offense, et, par conséquent, cette action qui en est la suite.

ARTICLE IV.

Du droit de retour.

Le droit de retour qui a lieu dans les parlements de droit écrit contient une espèce de résolution des donations.

Ce droit de retour tire son origine du droit romain, suivant lequel la dot profectice retournoit, par la mort de la femme, à celui qui l'avoit donnée.

On appeloit dot profectice celle que le père de la fille ou quelque ascendant du côté paternel avoit fournie de son bien au mari pour la dot de la fille. La dot étoit profectice, soit que la fille fût sous la puissance de son père, soit qu'elle fût émancipée, et ce droit de retour avoit lieu par la mort de la fille, même dans le cas où elle auroit laissé des enfants de ce mariage, sauf que le mari avoit droit d'en retenir quelque portion. Voyez à ce sujet notre titre *de jure dot.*, sect. I, et notre titre *soluto matrim. num.* I°, dans nos Pandectes.

Sur ce fondement, les interprètes ont établi le droit de retour qui a lieu à présent dans tous les parlements de droit écrit, et qui seroit un droit fort inconnu aux jurisconsultes romains, s'ils revenoient au monde.

A l'exemple de la dot profectice qui, par la mort de

la fille, retournoit au père ou autre ascendant paternel qui l'avoit fournie, ils ont décidé que toutes les choses données aux enfants, à quelque titre que ce soit par les ascendants, non seulement du côté paternel, mais même par la mère et les ascendants du côté maternel, devoit retourner au donateur par la mort du donataire. Le parlement de Toulouse a même étendu cette jurisprudence à ce qui étoit donné par de proches parents collatéraux, comme par des oncles.

Quoique le retour de la dot profectice eût lieu, même en cas d'enfants, néanmoins, comme cela n'étoit pas bien nettement décidé par les textes qui sont dans le corps du droit romain, et que ce n'est que par les fragments d'Ulpien, découverts dans le XVIe siécle, que nous avons appris, à ne pouvoir douter, que le retour de la dot profectice auroit lieu, même en cas d'enfants; les anciens jurisconsultes, fondateurs de la jurisprudence du droit de retour des choses données, ont décidé que ce droit de retour n'auroit lieu que lorsque le donataire mourroit sans enfants, sauf néanmoins que si ces enfants du donataire venoient à mourir sans enfants, il y auroit lieu au droit de retour.

Enfin, comme le fonds de la dot profectice retournoit au père sans aucune charge d'hypothèques, servitudes, et autres droits réels que le mari auroit pu y imposer, à cause de la loi *Julia* qui défendoit toute aliénation et engagement du fonds dotal, ces interprétes, fondateurs de la jurisprudence du droit de retour, ont décidé que les choses données devoient

pareillement, dans le cas de retour, retourner au donateur sans aucune charge.

Ce droit de retour, qui est de la pure invention des interprétes, n'a pas été reçu par le parlement de Paris, pour les provinces de son ressort qui sont régies par le droit écrit, ainsi que l'atteste Ricard; à plus forte raison il n'a pas lieu dans les pays coutumiers. Ce n'est qu'à titre de succession que les ascendants du donataire succédent aux choses qu'ils ont données à leurs enfants qui meurent sans enfants. C'est pourquoi, comme ce droit n'est pas d'usage parmi nous, nous n'en dirons pas davantage, et nous ne traiterons point les questions qui y donnent lieu.

ARTICLE V.

Du retranchement des donations pour la légitime des enfants.

Les donations entre-vifs sont sujettes au retranchement, lorsqu'à la mort de celui qui les a faites, il ne se trouve pas dans les biens qu'il laisse de quoi fournir la légitime de ses enfants.

La légitime est une portion de la part qu'auroit eue un enfant dans les biens de ses père, mère, ou autres ascendants, s'ils n'en avoient pas disposé par des donations, soit entre-vifs, soit testamentaires.

Cette portion, suivant le droit du digeste, étoit le quart; suivant le droit des novelles, c'est le tiers, quand le nombre des enfants ne passe pas quatre, et la moitié, lorsque le nombre passe quatre.

Les coutumes de Paris et d'Orléans réglent cette portion à la moitié.

C'est une question qui n'est pas bien décidée, si, dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, elle doit être réglée suivant la novelle, ou suivant la coutume de Paris. J'aimerois à croire qu'on doit plutôt, dans cette espèce, suivre la coutume de Paris, qui, contenant les usages de la capitale, doit plutôt suppléer au silence des autres coutumes que les lois romaines qui ne sont qu'adoptives.

C'est la loi du domicile du défunt qui règle la légitime sur toutes les espèces de biens qui n'ont aucune situation, tels que les meubles, les rentes, etc. Celles sur les héritages et droits réels se règlent par la loi du lieu où ils sont situés.

§. I. Quels enfants peuvent demander la légitime.

Il résulte, de la définition que nous venons de donner de la légitime, qu'elle n'est due qu'aux enfants qui sont habiles à succéder, et qui n'ont pas été exhérédés pour quelque cause légitime.

Par la même raison, la fille dotée, qui, par son contrat de mariage, a renoncé à la succession de son père, ou qui, par la disposition particulière des coutumes où sont les biens de son père, en est de droit exclue, en conséquence de la dot qu'elle a reçue, ne peut demander sa légitime.

Si le père avoit des biens situés en différentes coutumes, la fille dotée, exclue de la succession des biens qui sont situés dans une coutume qui a cette disposition, étant habile à succéder à ceux qui sont situés en d'autres coutumes qui n'ont pas pareille disposition, seroit, par conséquent, recevable à demander sa légi-

time sur lesdits biens, si son père en avoit disposé au préjudice de sa légitime.

De là naît une question, si, en ce cas, elle devra précompter sur la légitime qu'elle demande la dot qu'elle a reçue? Je pense qu'elle doit être censée avoir reçu cette dot en avancement du droit qu'elle avoit de succéder à tous les biens de son père, quelque part qu'ils fussent. Par conséquent, elle précomptera sur sa légitime une portion de sa dot, en raison égale de ce que les biens dont elle n'est pas exclue sont au total des biens du défunt. *Finge*, le père de cette fille avoit les deux tiers de son bien dans une coutume qui exclut les filles dotées de la succession, et l'autre tiers dans une coutume qui n'a pas une pareille disposition. Sa fille sera censée avoir les deux tiers de sa dot, pour lui tenir lieu de son droit de succéder dans la coutume où elle est exclue, et l'autre tiers en avancement de succession des autres biens; et, par conséquent, elle ne précomptera que le tiers sur la légitime qu'elle demande dans les autres biens.

Au reste, la fille n'est exclue du droit de succéder, ni, par conséquent, du droit de demander sa légitime, que lorsqu'elle a reçu la dot qui lui a été constituée. C'est pourquoi Lebrun décide fort bien, contre le sentiment de Papon, que si un père avoit promis seulement une dot exigible après sa mort, la fille ne seroit pas exclue de la succession, ni en vertu des coutumes, ni en vertu de la renonciation qu'elle auroit faite; car ce n'est que la fille dotée qui est exclue, et elle ne l'est pas lorsqu'elle n'a rien reçu.

Il y a plus de difficulté si la dot étoit exigible, et

que le gendre, lors de la mort de son beau-père, ne s'en fût pas fait payer; parceque n'ayant tenu qu'à lui de s'en faire payer, et les intérêts en ayant couru, la fille doit passer pour dotée; néanmoins, même en ce cas, Lebrun pense que la fille n'est exclue, ni de la succession, ni, par conséquent, de la légitime.

Ricard pense que l'enfant ne peut demander sa légitime, qu'il n'ait accepté la succession, au moins sous bénéfice d'inventaire; car, la légitime étant *legitima pars hæreditatis*, comme le définissent les lois, la demande en légitime est une espèce de pétition d'hérédité qui ne peut résider que dans la personne d'un héritier. Plusieurs pensent, au contraire, qu'il n'est pas nécessaire d'être héritier pour demander sa légitime; mais tous conviennent que s'il est nécessaire d'être héritier pour demander la légitime par voie d'action, il n'est pas nécessaire de l'être pour la retenir par voie d'exception. C'est pourquoi, si un enfant demandoit sa légitime contre un autre enfant dernier donataire, qui n'auroit lui-même dans ce qui lui auroit été donné que ce qui est nécessaire pour remplir sa légitime, cet enfant donataire, quoiqu'il eût renoncé à la succession pour se tenir à son don, pourra néanmoins retenir sa légitime sur ce qui lui a été donné; et, en conséquence, il aura congé de la demande en légitime de son frère, qu'il renverra contre les donataires précédents.

Il reste à observer que la demande en légitime passe aux héritiers des enfants à qui elle appartient, quand même ils ne l'auroient pas formée de leur vivant. Leurs créanciers sont aussi admis à la former.

§. II. Des donations qui sont sujettes au retranchement de la légitime.

Les donations faites avant que le légitimaire fût au monde, sont-elles sujettes au retranchement de la légitime? La raison de douter est que l'obligation naturelle que contracte le père envers ses enfants, et dans laquelle consiste le droit de légitime, ne peut pas être censée contractée avant que l'enfant fût au monde, parceque toute obligation suppose une personne existante envers qui le débiteur s'oblige.

On ne peut donc pas dire que la donation faite avant la naissance de l'enfant, soit faite au préjudice et en fraude de la légitime, puisque la légitime n'étoit pas alors due, et que l'obligation naturelle sur laquelle elle est fondée n'étoit pas alors contractée.

Nonobstant ces raisons, il est certain que les donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant qui demande sa légitime, y sont sujettes; le devoir naturel nous oblige à conserver nos biens, non seulement aux enfants que nous avons déja, mais encore à ceux que nous pourrons avoir par la suite; et, de même que les aliénations faites par celui qui auroit été chargé d'un fidéicommis envers ses enfants à naître, ne laisseroient pas de pouvoir être révoquées par ses enfants à naître, comme faites au préjudice du fidéicommis, quoiqu'elles eussent été faites avant la naissance de ces enfants; de même, ces donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant légitimaire, doivent être sujettes au retranchement de la légitime de cet enfant, comme faites au préjudice du droit naturel qui con-

tient comme une espèce de fidéicommis, dont la nature nous charge envers eux.

Les donations, quoique faites à l'Église, aux hôpitaux, et quelque favorables qu'en soient les causes, sont sujettes au retranchement de la légitime; car, la légitime est une dette. Or, on ne peut pas faire de donation, quelque favorable qu'elle soit, au préjudice de ce qu'on doit.

Les dots des filles sont-elles sujettes au retranchement de la légitime, du vivant du gendre, et pendant que la communauté dure? La raison de douter est, qu'encore que la dot soit, à l'égard de la fille, une donation que lui fait son père, il semble qu'on ne puisse pas dire la même chose à l'égard du gendre, qui a le droit de jouir de cette dot à titre onéreux; savoir, à la charge de supporter les charges du mariage; *ad sustinenda onera matrimonii;* d'où il semble suivre que les autres enfants ne peuvent, pour raison de leur légitime, donner atteinte au droit qu'a le gendre de jouir de cette dot. Néanmoins il est certain que la dot est sujette au retranchement pour la légitime des autres enfants, même du vivant du gendre; ordonnance de 1731, art. 35; car, ayant dû savoir que la dot, par sa nature de donation faite à sa femme, étoit sujette à la légitime des autres enfants, il est censé lui-même l'avoir reçue à cette charge; et quoiqu'il l'ait à son égard à titre onéreux, il ne peut néanmoins l'avoir qu'aux mêmes charges sous lesquelles elle est donnée à sa femme.

Il y en a qui, avant l'ordonnance, distinguoient si la dot avoit été fournie au gendre en héritages, ou si

elle l'avoit été en deniers, qui ne fussent plus en nature; prétendant, qu'en ce dernier cas, le gendre ne pouvoit être sujet à la demande en retranchement de légitime; l'ordonnance, art. 35, a rejeté cette distinction par les raisons ci-dessus rapportées.

Quid? si, en conséquence de la dot, la fille étoit exclue de la succession de son père, soit par sa renonciation, faite par le contrat, soit par la loi du pays? Il y en a qui, avant l'ordonnance, pensoient qu'en ce cas, cette dot n'étoit pas sujette à la légitime des autres enfants; parceque cette fille étant exclue de pouvoir jamais profiter de la succession de son père, et de sa bonne fortune, elle devoit en récompense ne pas souffrir de sa mauvaise fortune. Ce sentiment a été rejeté par l'ordonnance, art. 35, qui porte que, même en ce cas, la dot sera sujette à la légitime.

La dot fournie pour la profession religieuse d'une fille est-elle sujette au retranchement de la légitime des autres enfants? Je ne le pense pas; car, ce n'est pas une donation qui est faite à la fille, qui, par sa profession religieuse, devient incapable d'acquérir; ce n'est pas non plus une donation qui soit faite au couvent, qui reçoit la somme, étant donnée à titre onéreux, et pour le prix des aliments que le couvent se charge de fournir à cette fille.

Les donations mutuelles sont-elles sujettes au retranchement de la légitime? Je le pense; il ne doit pas plus être permis de dépouiller ses enfants par des donations mutuelles que par des donations simples.

Les donations rémunératoires et onéreuses, lorsque les services et les charges ne sont pas appréciables à

prix d'argent, sont de vraies donations, qui sont, par conséquent, sujettes à la légitime.

Si les services ou les charges sont appréciables à prix d'argent, elles n'y seront pas sujettes, jusqu'à la concurrence du prix desdits services ou charges; elles le seront pour le surplus.

Les conventions matrimoniales ne sont pas réputées donations, et, par conséquent, ne sont pas sujettes à la légitime.

C'est pourquoi, s'il étoit convenu que le mari survivant ne seroit tenu de rendre pour tout droit de communauté, aux héritiers de la femme, que ce qu'elle y a apporté, ou qu'une certaine somme, quoique la communauté se trouve très avantageuse, cet avantage ne sera pas sujet à la légitime des enfants de la femme; car, le mari survivant ne retient point, en ce cas, les biens de la communauté en vertu d'aucune donation que la femme lui ait faite, mais parceque c'est une clause et une condition du contrat de communauté qui a été fait entre eux, qu'il n'y auroit que la femme, si elle survivoit, qui auroit droit de partager la communauté, et que ses héritiers ne l'auroient pas.

Par la même raison, le douaire qui est accordé à une femme n'est point regardé comme une donation sujette à la légitime des enfants; car, c'est une convention ordinaire des mariages; d'ailleurs, il tient lieu du coutumier, qui est un avantage de la loi.

Néanmoins, si le douaire étoit excessif, on pourroit soutenir que jusqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit le coutumier, il devroit être regardé comme une donation sujette à la légitime.

Le préciput est un véritable avantage. Néanmoins, lorsqu'il est mutuel, et qu'il n'est pas excessif, il peut passer pour une convention ordinaire de mariage, plutôt que pour une donation sujette à la légitime.

§. III. Comment se fait la supputation de la légitime, et quels enfants doit-on compter pour régler la portion du légitimaire.

La portion du légitimaire étant la moitié de la part qu'il auroit eue dans les biens du défunt, si le défunt n'avoit pas disposé par donations, soit entre-vifs, soit testamentaires, il s'ensuit que, pour régler cette part, il faut composer une masse de tous les biens que le défunt a laissés à son décès, même de ceux qu'il auroit légués, à laquelle il faut ajouter par fiction tous ceux dont il a disposé de son vivant par des donations entre-vifs, soit à ses autres enfants, soit à des étrangers. Ces biens, dont le défunt a disposé par donation entre-vifs, doivent être, ainsi que ceux que le défunt a laissés lors de son décès, estimés le prix qu'ils valent lors de l'ouverture de la succession, et couchés pour ce prix dans ladite masse.

Cependant, les biens mobiliers qui ont été donnés entre-vifs s'estiment, eu égard à ce qu'ils valoient au temps de la donation.

Il en est de même des offices; comme le donataire n'en peut être dépossédé, et qu'il prend l'office à ses risques, l'office doit être estimé eu égard au temps de la donation.

Cette masse ainsi composée, on doit en déduire les frais funéraires, les dettes et autres charges de la succession,

non seulement ce qui est dû à des tiers, mais ce qui est dû aux héritiers et au légitimaire lui-même.

La légitime est la moitié de la part qu'auroit eu le légitimaire dans ce restant; mais comme cette part dépend du nombre des enfants qui l'auroient partagée avec lui, il faut savoir quels sont les enfants qu'on doit compter.

On doit compter les enfants qui viennent effectivement à la succession, ou qui y seroient venus si le défunt n'avoit pas fait les donations et legs qu'il a faits.

C'est pourquoi on doit compter ceux qui renoncent en conséquence des legs ou donations entre-vifs qu'ils ont reçus; car ils y seroient venus, s'ils ne les eussent pas reçus; d'où il suit qu'ils doivent être comptés pour régler la part qu'auroit eue le légitimaire dans la masse des biens qui se seroient trouvés, si le défunt n'avoit fait ni donations ni legs.

On doit même compter dans ce nombre les filles qui, par leur renonciation ou par la disposition des coutumes, sont incapables de succéder au défunt, en conséquence de la dot qu'elles ont reçue; car, n'étant incapables qu'en conséquence de la dot qu'elles ont reçue, il est également vrai de dire qu'elles auroient partagé, si le défunt n'avoit fait aucune donation.

Voyons maintenant les enfants qu'on ne doit pas compter: ce sont ceux qui sont prédécédés, à moins qu'ils n'aient laissé des enfants, qui les représentassent dans cette succession, ou qu'ils n'y renoncent en conséquence de ce qui a été reçu par la personne qu'ils représentent.

Les prédécédés qui n'ont pas laissé d'enfants qui

puissent les représenter ne sont pas comptés, quand même ils auroient reçu des dots considérables; car ce n'est pas en conséquence des dots qu'ils ont reçues qu'ils n'y viennent pas, mais parcequ'ils sont prédécédés.

Par la même raison, ceux qui, lors de l'ouverture de la succession, sont morts civilement ne sont pas comptés, à moins qu'ils ne soient représentés par leurs enfants.

On ne doit pas compter une fille religieuse, quoiqu'elle ait reçu une dot égale à la part qu'elle auroit eue dans la succession, si elle fût restée dans le siécle; car ce n'est pas la dot qu'elle a reçue, mais sa profession qui l'exclut de la succession.

L'enfant qui a renoncé gratuitement, et sans avoir rien reçu, ne doit pas être compté non plus.

§. IV. Quelles choses s'imputent sur la légitime.

Après qu'on a réglé, de la manière qu'on l'a expliqué dans le paragraphe précédent, à quoi montoit la légitime d'un enfant, pour connoître s'il s'en trouvera rempli ou non, il faut savoir quelles sont les choses qu'il doit imputer ou précompter sur cette légitime.

L'enfant doit imputer et précompter sur sa légitime tout ce qu'il a reçu de la libéralité du défunt, à quelque titre de libéralité que ce soit; en quoi notre droit est différent du droit romain, selon lequel les donations entre-vifs ne s'imputoient sur la légitime que lorsqu'elles étoient faites à cette condition.

Les choses dont le défunt étoit grevé de substitution à son profit ne s'imputent pas sur la légitime; car

il ne les tient pas de la libéralité du défunt qui les lui devoit.

Ce que prend le légitimaire dans les biens retranchés de la donation faite à un second mari ou à une seconde femme, en vertu de l'édit des secondes noces dont il sera parlé ci-après, ne s'impute pas non plus sur la légitime; car cet enfant les tient, non de la libéralité du défunt, mais du bénéfice de la loi.

Cette décision n'a lieu que vis-à-vis des légataires ou des donataires postérieurs à la donation du second mari, parceque leurs legs et donations devant être épuisés pour la légitime des enfants avant que celle faite au second mari, qui est antérieure, puisse recevoir d'atteinte pour la légitime, suivant l'ordre que nous expliquerons dans le paragraphe suivant, le retranchement que la donation faite au second mari souffre pour une autre cause ne doit pas les regarder ni leur profiter.

§. V. Quand les donations entre-vifs souffrent-elles retranchement pour la légitime des enfants, dans quel ordre, et si la demande a lieu contre les tiers-acquéreurs.

Les donations entre-vifs ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime des enfants du donateur que lorsque ce sont elles qui y ont donné atteinte; et on ne peut dire qu'elles y aient donné atteinte que lorsqu'il ne se trouve pas dans les biens que le donateur a laissés, même dans ceux dont il a disposé par testament, de quoi la remplir; car, s'il se trouve dans ce bien de quoi la remplir, il est vrai de dire que ce sont les dispositions testamentaires, et non les dona-

tions entre-vifs qui y ont donné atteinte; puisque si le donateur n'eût pas fait ces dispositions testamentaires, il y auroit eu, malgré la donation, de quoi remplir la légitime; et que la donation étant irrévocable, et ayant son effet du jour de sa date, il n'a pas dû demeurer au pouvoir du donateur d'y donner atteinte par des dispositions testamentaires; ce qui arriveroit néanmoins, si ces dispositions testamentaires ne devoient être épuisées entièrement pour la légitime des enfants avant qu'on pût attaquer les donataires entre-vifs. Cela a lieu quand même le testament auroit été fait avant la donation; car il n'est pas plus permis au donateur de donner atteinte à sa donation, en conservant un testament précédemment fait, que d'y donner atteinte par un testament qu'il feroit depuis; les testaments, en quelque temps qu'ils soient faits, n'ayant d'effet que depuis la mort du testateur, ils ne peuvent donner atteinte aux donations entre-vifs, qui ont effet du jour de leur date.

Suivant ces principes, lorsque après toutes les dettes acquittées, même après avoir pris ce qui étoit nécessaire pour remplir les enfants héritiers de ce qui leur restoit dû par le défunt, s'il ne reste pas dans les biens dont le défunt a disposé, de quoi remplir la légitime de quelque enfant, elle doit se prendre d'abord sur les légataires universels, qui doivent la fournir avant les légataires particuliers; car ils ne sont légataires que de ce qui reste après les legs particuliers acquittés; ensuite tous les légataires particuliers y doivent contribuer, chacun au sol la livre de leur legs: car tous les legs n'ayant d'effet que du jour de la mort du testa-

teur, ils sont censés avoir une même date; et aucun ne peut avoir d'avantage sur l'autre; les légataires pour cause pie n'ont pas même, à cet égard, plus d'avantage que les autres.

Si, après que tous les legs ont été épuisés, il manque encore quelque chose à la légitime de l'enfant à qui elle est due, il peut demander ce qui en manque aux donataires entre-vifs, en commençant par celui qui est le dernier en date.

Les donations antérieures ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime que les postérieures ne soient épuisées; car, tant qu'il reste de quoi les remplir dans ce qui a été donné postérieurement, il est vrai de dire que ce ne sont pas les donations antérieures qui y ont donné atteinte.

Néanmoins, lorsque, par un contrat de mariage, il y a un donataire de la totalité des biens présents et à venir, ce donataire est seul chargé, même avant les donataires postérieurs, d'acquitter toutes les légitimes des enfants, quand même cette charge ne seroit pas exprimée par la donation; ordonnance de 1731, article 36, à moins qu'il ne voulût se tenir à la donation des biens présents que le donateur avoit lors de la donation; auquel cas il ne seroit tenu desdites légitimes qu'après que les biens postérieurement acquis seroient épuisés; ordonnance de 1731, art. 37.

Si la donation n'est que d'une partie des biens présents et à venir, le donataire, s'il n'a pas été expressément chargé des légitimes, n'en sera tenu que dans son ordre, et après toutes les donations postérieures.

Si la donation d'une partie des biens présents et à

venir avoit été expressément chargée des légitimes, le donataire sera tenu, même avant les donations postérieures, de fournir la même part desdites légitimes, qu'est la part des biens dont il est donataire, à moins qu'il ne voulût s'en tenir aux biens présents; auquel cas, il n'en seroit tenu qu'après tous les biens postérieurement acquis épuisés.

Si parmi les légataires ou donataires entre-vifs, contre qui un des enfants demande sa légitime, il se trouvoit un autre enfant, il ne contribueroit à la légitime demandée que pour raison de ce que le don ou legs contiendroit de plus que sa propre légitime, qu'il a pareillement droit de prétendre; car ce legs ou don à lui fait n'est don que pour l'excédent.

Si le dernier donataire, dont la donation a donné atteinte à la légitime, avoit dissipé l'argent qui lui avoit été donné, et étoit insolvable, on demande si, en ce cas, l'enfant pourroit se pourvoir contre les donataires antérieures? Les auteurs sont partagés sur cette question. Ceux qui tiennent la négative disent que, puisque l'argent donné en dernier lieu auroit été suffisant pour remplir la légitime, c'est la seule donation faite en dernier lieu qui y donne atteinte; d'où il suit que les donations précédentes n'y ayant pas donné atteinte, ne doivent pas souffrir de retranchement. Le sentiment contraire me paroît beaucoup plus équitable, et mieux fondé en raisons. Il est bien vrai que si le dernier donataire n'eût pas dissipé ce qui lui a été donné, les donations antérieures ne donneroient aucune atteinte à la légitime, le légitimaire pouvant la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu: mais

le légitimaire ne pouvant plus la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu, par la dissipation qu'en a faite le donataire, et par son insolvabilité, dès-lors les donations antérieures se trouvent donner atteinte à la légitime, de même qu'elles y donneroient atteinte, si le donateur eût dissipé lui-même ce qu'il a donné en dernier lieu; car, peu importe, à l'égard du légitimaire, que ce soit un dernier donataire ou le donateur lui-même qui l'ait dissipé.

Enfin l'ordonnance de 1731, art. 34, paroît confirmer notre sentiment. La légitime se reprendra donc sur la dernière donation, et subsidiairement sur les autres.

Au surplus, en ce cas, il ne faudra point comprendre en la masse des biens qu'on compose pour régler la légitime, ce qui a été donné au dernier donataire insolvable; tout comme on ne compteroit pas ce que le donateur auroit dissipé; ce qui fera monter la légitime à moins.

Il reste à observer que la demande en légitime a lieu non seulement contre les donataires, mais contre les tiers-acquéreurs qui ont acquis d'eux les choses données; car la condition du retranchement pour la légime des enfants est une condition inhérente aux donations qui affectent les choses données, et, par conséquent, ne peuvent passer aux tiers-acquéreurs que sous cette condition; le donataire qui les a sous cette condition ne transférant aux tiers-acquéreurs pas plus de droit qu'il en a lui-même, comme nous l'avons dit plus haut.

§. VI. De l'effet du retranchement des donations pour cause de légitime.

Lorsqu'une donation se trouve être sujette au retranchement de la légitime, le donataire doit restituer au légitimaire une portion dans les choses qui lui ont été données, qui remplisse la légitime de cet enfant. Cette portion doit être délivrée *in specie;* et il ne suffiroit pas au donataire d'en offrir l'estimation: car, la donation n'étant pas valable pour cette portion, c'est de cette portion *in specie*, que le légitimaire est créancier, et non pas de l'estimation.

De là la maxime que la légitime doit être fournie en corps héréditaires.

Cette portion que le légitimaire fait retrancher à son profit dans les choses données, passe au légitimaire sans aucune charge d'hypothèque et autres droits réels, que le donataire auroit pu y imposer; car, le droit du donataire dans cette portion retranchée se résolvant en vertu d'une cause ancienne et inhérente au titre de la donation, tous les droits qu'il y a imposés doivent se résoudre pareillement, n'ayant pas pu accorder davantage de droit qu'il n'en avoit lui-même; et c'est le cas de la règle de droit: *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Le retranchement de la portion des choses données, nécessaire pour remplir la légitime des enfants, se fait de plein droit, en vertu de la loi qui saisit l'enfant de sa légitime; et, par conséquent, les fruits de cette portion doivent lui être restitués du jour du décès.

Le retranchement de cette portion indivise des cho-

ses données donne lieu à un partage entre le donataire et le légitimaire, que l'un ou l'autre peut demander.

Ce partage opère une garantie, entre le donataire et le légitimaire, des choses qui tombent dans leurs lots respectifs, telle qu'elle a coutume d'avoir lieu entre les partageants.

Par cette action de garantie, le légitimaire qui a été évincé répète contre le donataire le prix de la chose évincée, sous la déduction d'une partie du prix de cette chose qui est pareille à sa portion dans la masse des biens sujets à sa légitime; de laquelle portion du prix il doit faire déduction et confusion sur lui. La raison de cette déduction est que la chose évincée, se trouvant ne point faire partie des biens du défunt, elle ne devoit pas être comprise, comme elle l'a été, en la masse des biens sur laquelle on a réglé la légitime. Cette masse doit donc être diminuée, et on y doit ôter le prix de la chose évincée; et, par conséquent, si par exemple, eu égard au nombre des enfants, la légitime étoit du huitième de cette masse, et qu'elle se trouvât diminuée du huitième de ce prix qu'on déduit de la masse, le légitimaire ne pourroit répéter contre le donataire le prix de la chose évincée, que sous la déduction de cette portion.

Si le donataire, dans ce qui lui reste, n'avoit pas de quoi fournir à la légitime, le légitimaire, pour ce qui s'en manqueroit se pourvoiroit contre le donataire précédent.

Si le donataire, de son côté, est évincé dans quelques unes des choses qui sont tombées en son lot, le légitimaire est tenu envers lui de l'éviction pour une

portion pareille à celle qu'il avoit dans la masse des biens sujets à la légitime; car cette chose évincée, que nous supposerons, par exemple, être de la valeur de 4,000 livres, se trouvant ne pas faire partie des biens du défunt, cette masse dans laquelle elle a été mal-à-propos comprise, a été de 4,000 livres plus forte qu'elle ne devoit l'être; d'où il suit que la légitime que nous supposons, eu égard au nombre d'enfants, avoir été la huitième portion de ladite masse, se trouvera par proportion avoir été réglée à 500 livres de plus qu'elle ne devoit l'être, que le légitimaire devra, par conséquent, au donataire qui en a souffert le retranchement.

Le légitimaire a un privilége par-dessus tous les créanciers du donataire, sur les biens restés au donataire pour la garantie des choses qui lui ont été délaissées pour sa légitime; et, *vice versâ*, le donataire a, pour la garantie dont nous venons de parler, un privilége par-dessus toutes les créances du légitimaire sur les choses qui lui ont été délivrées.

§. VII. Quelles fins de non-recevoir ont lieu contre la demande en retranchement de la légitime.

L'enfant est non-recevable dans cette demande lorsque, depuis que le droit de légitime a été ouvert à son profit, par la mort de ses père ou mère, il y a renoncé; car chacun peut renoncer à ses droits.

Si néanmoins l'enfant, étant insolvable, y avoit renoncé en fraude de ses créanciers, ils seroient recevables, nonobstant cette renonciation, à exercer ses droits pour raison de sa légitime.

L'approbation que donne l'enfant au testament du défunt n'est une renonciation au droit de légitime que lorsque l'enfant n'a pu ignorer que le testament y donnoit atteinte.

La prescription de trente ans, qui exclut toutes les actions, exclut aussi la demande en légitime; et cette prescription court, contre les enfants majeurs, du jour du décès de la personne qui a donné ouverture au droit de légitime en la succession.

On demande si l'enfant qui s'est mis en possession sans faire inventaire des biens de la succession de son père est recevable dans la demande en retranchement de la légitime? Les raisons pour la négative sont que l'enfant, en ne faisant pas d'inventaire, s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir constater la valeur des biens qui se sont trouvés lors du décès; d'où il suit que, par son fait, on ne peut plus connoître si ces biens ont été suffisants ou insuffisants pour le remplir de sa légitime. Étant donc incertain, et même par son fait, s'il est rempli ou non de sa légitime, il ne peut la demander, parcequ'il s'est mis hors d'état de fonder sa demande. On ajoute que la Novelle de Justinien fait déchoir de la falcidie l'héritier qui a manqué de faire inventaire, et l'astreint même au paiement des legs au-delà des forces de la succession. Nonobstant ces raisons qui sont assez fortes, Ricard pense que l'enfant peut, même en ce cas, être recevable à demander sa légitime; et qu'à défaut d'inventaire on constatera, autant qu'il sera possible, les forces de la succession par des enquêtes de commune renommée. Il dit que ce que la novelle décide touchant la fal-

cidie, et contre l'héritier institué, étant une peine, doit être renfermé dans son cas, et ne peut être étendu à la légitime, qui est infiniment plus favorable. Il ajoute que la difficulté de constater les forces de la succession dans laquelle s'est mis l'enfant par imprudence, ignorant peut-être alors les donations que son père avoit faites, ne doit pas le priver d'un droit aussi favorable que celui de la légitime, lorsque aucune loi n'en prononce la privation; et qu'il faut seulement, en ce cas, suppléer à cette difficulté par les ressources ordinaires de la commune renommée, qu'on emploie en beaucoup d'autres cas. Il autorise son sentiment de celui de Menard, d'Olive, et de l'usage du parlement de Toulouse.

ARTICLE VI.

Du retranchement que souffrent dans quelques coutumes les donations entre-vifs, pour la légitime coutumière.

Il y a quelques coutumes qui défendent de disposer, par donations entre-vifs, au-delà d'une certaine portion des propres. Telle est, dans notre voisinage, la coutume de Blois, qui porte que les personnes qui ne sont pas nobles ne peuvent donner entre-vifs plus de la moitié de leurs propres.

Cette portion des propres, dont les coutumes défendent de disposer, est une espèce de légitime qu'elles accordent aux héritiers du donateur, de la ligne d'où les propres procédent. On appelle cette légitime *coutumière*, à la différence de celle dont nous avons parlé à l'article précédent, qui se nomme légitime de *droit*.

§. I. Par quelles personnes peut être prétendue la légitime coutumière.

Cette légitime étant accordée aux héritiers de la ligne, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir lieu à cette légitime, lorsque le donateur ne laisse aucun héritier de la ligne.

Il suit de là que des héritiers d'une autre ligne, qui, à défaut d'héritiers de la ligne, auroient succédé au défunt, ne seroient pas recevables à demander que les donations de propres, faites par le défunt, fussent réduites à la portion dont la coutume permet de disposer.

Cette légitime coutumière est accordée aux héritiers de la ligne principalement, en tant qu'héritiers, à la différence de celle de droit, qui est accordée aux enfants principalement, en tant qu'enfants; d'où il suit, qu'encore que les enfants, sans être héritiers, puissent avoir leur légitime de droit, au moins par voie de rétention sur les choses qui leur auroient été données et léguées; les héritiers présomptifs de la ligne, s'ils n'ont accepté la succession, ne peuvent retenir aucune part, même par voie de rétention, de ce qui appartient en entier à ceux de la ligne qui se sont portés héritiers.

Il suit de ces principes que le curateur à la succession vacante du donateur, et les créanciers du donateur ne peuvent demander la réduction des donations, lorsque les héritiers de la ligne ont renoncé à la succession.

Mais si quelqu'un des héritiers de la ligne renonce

à la succession, en fraude de ses propres créanciers, lesdits créanciers étant reçus à exercer tous ses droits, peuvent accepter en sa place la succession, et former la demande en réduction.

§. II. Quelles donations sont sujettes à ce retranchement.

On doit à cet égard suivre les règles établies pour la légitime de droit.

Lorsqu'on vend un héritage, et que, par le même contrat, on fait remise du prix, ce ne peut être un vrai contrat de vente; c'est donc une vraie donation de l'héritage propre, sujette au retranchement, et non pas seulement une donation du prix.

Secùs, si la remise n'eût été faite qu'*ex intervallo*, ou qu'il n'y eût pas eu lieu de soupçonner de la fraude.

§. III. En quel cas y a-t-il lieu à cette légitime.

Cette légitime étant due aux héritiers, et n'y ayant d'héritiers qu'après la mort, il s'ensuit qu'elle n'est ouverte que du jour du décès du donateur, et que c'est, eu égard à ce temps, qu'il faut juger si le donateur a disposé au-delà de la portion réglée par la coutume.

C'est pourquoi, si à Blois une personne eût donné tous les propres qu'elle avoit au temps de la donation, et que, par des successions échues depuis au donateur, il se trouvât, lors de sa mort, avoir des héritages propres autant et plus qu'il n'en a donnés, sa donation, quoiqu'elle fût du total des propres qu'il avoit pour lors, ne pourra recevoir aucune atteinte, parcequ'au temps de son décès il se trouve n'avoir pas disposé

au-delà de la moitié de ses propres, et qu'il se trouve dans sa succession de quoi remplir la légitime coutumière.

Les différentes coutumes de ce royaume étant des lois qui agissent indépendamment les unes des autres, il s'ensuit que la légitime coutumière que la coutume accorde à un héritier, dans les héritages propres du donateur situés dans son territoire, est accordée à l'héritier, indépendamment de ce que d'autres coutumes peuvent lui déférer touchant la succession de la même personne.

De là il suit que, si un défunt a donné au-delà de la moitié de ses héritages propres, qui sont situés dans la coutume de Blois, quoiqu'il laisse à son héritier une quantité beaucoup plus considérable de propres, dont il n'a pas disposé, situés dans d'autres coutumes, néanmoins cet héritier est bien fondé à demander contre le donataire ce qui lui manque de sa légitime coutumière dans les propres situés à Blois; car cette légitime lui étant accordée indépendamment de ce qui lui est déféré par les autres coutumes, on ne peut lui imputer sur sa légitime les propres auxquels il succède dans les autres coutumes.

Cette décision, que le donataire entre-vifs des propres situés dans une coutume, ne peut imputer à l'héritier, sur sa légitime coutumière dans lesdits propres, les biens auxquels il succède, même les autres propres situés dans d'autres coutumes, doit être restreinte aux donataires entre-vifs; Ricard pense qu'on doit décider le contraire à l'égard des légataires. La raison de différence est que, les dernières volontés étant suscepti-

bles d'une interprétation plus étendue, *voluntates testantium pleniùs interpretantur*, le testateur qui a légué une portion de ses propres qui n'étoit pas disponible est censé en avoir légué l'estimation sur les autres biens dont il avoit droit de disposer, ce qu'on ne peut pas dire des donations entre-vifs, qui, étant des contrats entre-vifs, doivent être renfermés dans leurs termes; et qui d'ailleurs doivent avoir un effet présent, et contenir l'acceptation et la tradition de la chose qui est donnée, et ne sont pas susceptibles de l'estimation de la chose à prendre sur d'autres biens.

C'est une question, lorsqu'une personne qui avoit des propres de différentes lignes, a donné tous ou presque tous les propres d'une ligne, lesquels néanmoins ne font que la moitié ou ne sont pas la moitié du total que composent les propres de toutes les différentes lignes, si les héritiers de cette ligne peuvent demander le retranchement de la donation? La raison pour la négative est que la coutume de Blois permet en général de donner la moitié de ses propres; le donateur n'en ayant donc donné que la moitié, ou pas même la moitié, semble n'avoir pas donné au-delà de ce qui lui étoit permis de donner. La raison pour l'affirmative est que, la vue des coutumes ayant été de perpétuer les biens dans les familles, il s'ensuit qu'elles ont eu en vue l'intérêt de chaque famille, et qu'elles ont voulu conserver à chaque famille le patrimoine qui lui étoit affecté; d'où il suit que, lorsque la coutume de Blois porte qu'on ne pourra donner entre-vifs que la moitié de ses propres, cela doit s'en-

tendre, non pas *collectivè* de tous les propres, mais *distributivè* de la moitié des propres de chaque ligne.

C'est une question si ce qui se retranche des donations entre-vifs pour la légitime coutumière est sujet aux dettes de la succession, lorsque l'héritier, au profit de qui s'est fait ce retranchement, a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire?

On peut dire, pour l'affirmative, que cette légitime étant accordée à l'héritier en sa qualité d'héritier, il est censé avoir les choses retranchées à titre d'héritier, et, par conséquent, ces choses doivent être censées faire partie de la succession, et, en conséquence, être sujettes aux dettes.

On peut dire, au contraire, que ces choses retranchées ne sont pas de la succession, puisque le donateur s'en étoit dessaisi de son vivant; qu'encore bien que le droit qu'a l'héritier d'obtenir ce retranchement fût attaché à sa qualité d'héritier, néanmoins ce n'est pas un droit qu'il tienne du défunt, et auquel il ait succédé au défunt, puisque le défunt ne l'a jamais eu; il ne le tient donc pas du défunt, ni de la succession, mais de la loi. Ces choses retranchées ne font donc pas partie de la succession.

ARTICLE VII.

Du retranchement que peuvent souffrir les donations par le premier chef de l'édit des secondes noces.

Par le premier chef de l'édit de François II, vulgairement appelé l'*édit de secondes noces*, il est porté « que les femmes veuves ayant enfants ou enfant, ou « enfants de leurs enfants, ne peuvent et ne pourront, « en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens « meubles, acquêts ou acquis par elles, d'ailleurs que « de leur premier mari, ni moins leurs propres à leurs « nouveaux maris, pères, mères, ou enfants desdits « maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer « être par dol ou fraude interposées plus qu'à l'un de « leurs enfants, ou enfants de leurs enfants, et si il se « trouve division inégale de leurs biens, faite entre « leurs enfants, ou enfants de leurs enfants, les dona- « tions par elles faites à leurs nouveaux maris seront « réduites et mesurées à la part de celui des enfants « qui aura le moins. »

Cette disposition est tirée de la loi 6, *codice de secundis nuptiis*, qui est de l'empereur Léon.

Quoique cet édit, ainsi que nos coutumes qui en ont renouvelé les dispositions, ne parlent que de la femme qui se remarie; néanmoins, par l'usage, on a étendu leurs dispositions à l'homme qui se remarie, conformément à ladite loi 6, qui comprend l'un et l'autre.

§. I. Quelles espèces de donations sont sujettes à ce retranchement.

Les donations de meubles, aussi bien que celles d'immeubles, sont sujettes à ce retranchement. Il est vrai que nos coutumes ne parlent pas des meubles; mais il suffit que l'édit se soit expliqué sur les meubles: nos coutumes n'ayant pu diminuer les dispositions de l'édit. Non seulement les donations simples, mais même les donations mutuelles faites de part et d'autre sont sujettes à ce retranchement. La raison de douter étoit que les donations mutuelles ne sont pas proprement des donations, puisque la femme qui donne à son second mari une certaine somme, en cas qu'il survive, reçoit de lui autant qu'elle lui donne; qu'elle ne lui fait, par conséquent, aucune libéralité; et que ce contrat est un contrat aléatoire plutôt qu'une donation. La raison de décider est que ces donations, quoique improprement donations, tendant néanmoins à dépouiller les enfants aussi bien que les donations simples; la fin que l'édit s'est proposée, qui n'est autre chose que d'imposer un frein aux femmes qui se remarient, et les empêcher de dépouiller leurs enfants de leurs biens, se rencontre également à l'égard de ces espèces de donations, comme à l'égard des donations simples.

De là naît une question: si une femme ayant enfants, et son mari qui n'en a point, se sont fait une donation mutuelle de tous leurs biens au survivant d'eux, et que le second mari vînt à prédécéder, sa donation devroit-elle être réduite à la même portion à laquelle auroit

été réduite celle de la femme, si elle fût prédécédée? Ricard, au *Traité du Don mutuel*, n. 223, décide pour l'affirmative; parceque, dit-il, l'intention des parties qui se font don mutuel n'est de donner qu'en conséquence de ce qu'elles reçoivent. Je pense, au contraire, que la donation du second mari doit valoir pour le tout. On ne peut pas dire que le second mari n'a entendu donner qu'autant qu'il recevroit; car le second mari n'ignoroit pas que la femme avoit des enfants; il n'ignoroit pas que la donation de tous biens que lui faisoit sa femme ne pouvoit valoir qu'autant que tous les enfants du premier lit la prédécéderoient, et qu'elle étoit sujette à réduction de la part desdits enfants. Je dis qu'il ne l'ignoroit pas; car une ignorance du droit public dont on peut s'informer n'est pas proposable. On ne peut donc pas dire qu'il n'a eu intention de donner à sa femme qu'autant et à proportion que sa femme pourroit lui donner valablement; car, sachant ou devant savoir que la donation que lui faisoit sa femme étoit sujette à réduction, il n'a pas laissé de lui donner sans aucune restriction.

Non seulement les donations, mais même les avantages de quelques espèces qu'ils soient, qui résultent des conventions ordinaires des mariages, sont sujettes à ce retranchement. Par exemple, le préciput, quoique mutuel, y est sujet; c'est pourquoi un second mari à qui on a donné part d'enfant ne peut plus avoir de préciput.

Ce dont l'apport de l'un des conjoints excède celui de l'autre est encore regardé comme un avantage fait à l'autre conjoint, pour la part que cet autre conjoint

prendra dans cet excédant. Par exemple, si j'apporte en communauté avec une seconde femme dix mille livres, et qu'elle n'en apporte que 6,000 livres, la part que ma seconde femme se trouve avoir, en cas d'acceptation de communauté dans les 4,000 livres, est regardée comme un avantage de 2,000 livres que je lui ai fait, lequel est sujet à la réduction de la part d'enfant.

Y auroit-il lieu à cette décision, si ce que le second mari apporte de moins étoit suppléé par son industrie? Par exemple, une femme se remarie avec un médecin accrédité à Paris; elle apporte 20,000 livres, en communauté, son mari n'en apporte que 10,000; mais c'est un homme qui retire de son art 20,000 livres de revenu par an. Il sembleroit que la décision ne devroit pas avoir lieu, et que l'industrie du second mari, qui est réellement appréciable, compense et par-delà ce qu'il apporte de moins en argent que la femme. Néanmoins il faut dire que cette industrie ne sera pas tirée en ligne de compte, et que la part qu'a le mari dans l'excédant de l'apport de la femme, sera regardé comme un avantage sujet au retranchement de l'édit. La raison en est, que si on entroit dans l'examen et l'évaluation incertaine de l'industrie des conjoints, ce seroit donner lieu à des discussions et à des procès qu'on évite, en établissant des régles générales, dont on ne s'écarte pas par des considérations particulières.

Cela a lieu, même dans le cas où les contractants s'en sont rapportés à la coutume, pour composer la communauté; car, lorsque j'ai plus de meubles qu'une seconde femme, c'est un avantage que je lui fais, lors-

que je ne réserve pas en propre ce que j'ai de plus qu'elle.

Le douaire coutumier n'est pas un avantage sujet au retranchement de l'édit, parceque c'est la loi plutôt que le mari qui le fait. Mais s'il l'excédoit, l'excès y seroit sujet.

Il suit de là que comme le douaire préfix tient lieu du coutumier, il ne doit pas non plus, jusqu'à concurrence du coutumier, y être sujet.

Non seulement les donations faites au second mari, mais celles qui seroient faites au père, à la mère, ou aux enfants du second mari, sont sujettes au retranchement, ainsi qu'il est porté en termes formels par l'édit. La raison en est que ces donations sont présumées être faites en contemplation du second mari, et que ces personnes sont facilement présumées n'être que des personnes interposées pour avantager le second mari. C'est ce qui résulte des termes de l'édit, qui suivent: *Ou autres personnes qu'on puisse facilement présumer être par dol ou fraude interposées.*

Cette extension a été jugée d'autant plus nécessaire par le législateur, que sans cela la loi auroit été presque toujours éludée; et la femme qui voulant avantager son second mari au-delà des bornes, ne le pouvant faire par des donations faites à lui même, n'auroit pas manqué de le faire par des donations faites à ces personnes, si elles n'eussent été pareillement renfermées dans la disposition de la loi.

La prohibition de donner aux enfants du mari, renferme-t-elle les enfants communs que la femme, qui se remarie, aura de ce second mari, ou ne com-

prend-elle que ceux que le second mari a d'un précédent mariage? Je pense qu'il faut distinguer. Si la donation étoit faite par le second contrat de mariage aux enfants à naître de ce second mariage; ces enfants, qui n'existent pas encore, n'ayant pu mériter par eux-mêmes l'affection de la donatrice, la donation qui leur est faite, ne pourroit passer que pour une donation faite en considération du second mari, et, par conséquent, devroit être sujette au retranchement de l'édit. Que si cette femme a donné aux enfants nés de ce second mariage, qui ont déja pu mériter par eux-mêmes son affection, rien n'oblige, en ce cas, de regarder la donation qui leur est faite, comme faite en faveur du second mariage; la qualité d'enfants de la donatrice, qu'ils avoient, étant un titre plus que suffisant pour mériter par eux-mêmes cette donation.

Les donations faites aux père, mère, ou enfants du second mari, sont-elles sujettes au retranchement, lorsqu'elles ne leur sont faites qu'après la mort du second mari? Je pense que non; car, il paroît que l'édit n'a compris ces personnes dans sa disposition, que parcequ'elles sont facilement présumées être personnes interposées pour avantager le second mari, et qu'on peut supçonner que la donation ne leur est faite qu'en vue de gratifier et d'avantager le second mari. Or, toutes ces raisons cessent à l'égard des donations faites après la mort du second mari. L'édit ne reçoit donc pas d'application à ces donations.

L'édit n'ayant parlé que des pères et mères, les donations faites aux autres ascendants du second mari sont-elles sujettes au retranchement? Je le pense; car,

il y a même raison; et d'ailleurs ils peuvent être compris sous ces termes généraux que l'édit ajoute, *et autres personnes.*

Quid? des frères et sœurs et autres collatéraux du second mari? ils ne seront pas si facilement présumés personnes interposées. Cependant ils pourroient passer pour telles, selon les circonstances, comme s'il étoit justifié que lors de la donation ils fussent inconnus à la donatrice.

§. II. Quand y a-t-il lieu au retranchement porté par l'édit.

L'édit étant fait en faveur des enfants du précédent mariage, il s'ensuit que, pour qu'il y ait lieu au retranchement porté par l'édit, il faut, 1° que la femme qui a donné à son second, troisième ou ultérieur mari, ou l'homme qui a donné à sa seconde, toisième ou ultérieure femme, aient des enfants d'un précédent mariage.

Suffit-il que ces enfants existassent lors de la donation? La raison de douter est que les termes de l'édit, *femmes veuves ayant enfants ne peuvent donner,* semblent ne se référer qu'au temps de la donation. Néanmoins il est constant que, pour qu'il y ait lieu à l'édit, il faut que la femme laisse, lors de son décès, quelque enfant de ses précédents mariages. La raison en est évidente : cet édit n'étant fait que pour empêcher la femme qui se remarie de donner trop d'atteinte aux parts que ses enfants des précédents mariages ont droit d'attendre en sa succession, en réduisant à la part d'enfant les donations par elles faites à ses seconds et ultérieurs maris, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir d'ou-

verture à cette réduction, à ce retranchement, que lors de l'ouverture de sa succession; et comme ce sont les enfants du précédent mariage en faveur desquels l'édit est fait, qui donnent ouverture à cette réduction, il s'ensuit qu'il faut nécessairement qu'il y ait pour lors quelque enfant des précédents mariages. Au reste, il suffit qu'il y en ait un seul pour donner ouverture au retranchement. Les termes de l'édit sont formels, *femmes ayant enfants, ou enfant.*

L'édit ajoute, *ou enfants de leurs enfants;* c'est pourquoi un enfant, à quelque degré qu'il soit, qui se trouve par représentation au degré de succéder, peut donner ouverture à l'édit. Il n'est pas même nécessaire, pour qu'un enfant du premier lit donne ouverture à l'édit, qu'il accepte la succession de sa mère qui s'est remariée; l'édit ne l'exige pas. L'édit, en réduisant les donations excessives faites au second mari, a eu en vue de subvenir aux enfants en leur seule qualité d'enfants; ils n'ont donc pas besoin, pour invoquer l'édit, d'avoir la qualité d'héritiers. C'est un point dont tous les auteurs conviennent.

De là il suit qu'une fille du premier lit dotée, qui, en conséquence de sa renonciation, ou des coutumes qui ont cette disposition, est exclue de la succession de sa mère, ne laisse pas d'être seule capable de donner ouverture à l'édit, lorsque la donation faite par sa mère à son second mari est plus forte que la part que l'un des enfants que sa mère a eus du second mariage peut prétendre en sa succession. Cette fille du premier lit pourra donc, en ce cas, demander la réduction de la donation, pour partager ce qui en sera retranché avec

les autres enfants; et le second mari ne pourra pas lui opposer qu'elle est exclue de venir à la succession; puisque, pour demander ce retranchement et y avoir part, elle n'a pas besoin de la qualité d'héritière, suivant le principe ci-dessus.

Il faut décider autrement à l'égard d'un exhérédé; car il est évident que l'édit n'a voulu subvenir qu'aux enfants qui étoient dignes des biens que l'édit a voulu leur conserver, et non pas à ceux qui s'en seroient rendus indignes.

Il est évident aussi que les religieux, et ceux qui sont morts civilement, n'y peuvent donner ouverture, puisqu'ils ne jouissent pas des droits civils.

Pour qu'il y ait lieu au retranchement de l'édit, il faut en second lieu que les donations faites à la seconde femme, ou au second mari, excédent la part de l'un des enfants, tant du dernier que des précédents mariages, qui sont habiles à succéder. Dans les coutumes où les filles sont exclues de la succession, lorsqu'elles ont reçu une dot, quelque modique qu'elle soit, il n'y aura donc pas lieu au retranchement de l'édit, quoique la donation faite au second mari excéde la dot donnée à cette fille, parceque cette fille ne prend pas de part en la succession.

Lorsque la succession du donateur est déférée par souches à plusieurs petits-enfants de différentes souches, la donation doit excéder la part de l'une de ces souches; et il ne suffiroit pas qu'elle excédât la part de l'un des enfants d'une souche dans la subdivision de la part de la souche. La raison en est que, la coutume ayant mesuré ce qu'il est permis de donner au second mari,

à ce que l'un des enfants pourroit prendre en la succession, ainsi que la coutume l'exprime, il s'ensuit qu'elle doit être mesurée à ce que prend l'une des souches dans la succession; car la succession étant déférée aux souches, *in stirpes*, et non à chacun des enfants des souches, *in capita*, ce sont les souches qui prennent chacune une part dans la succession; chacun des enfants de ces souches n'a aucune part dans la succession, mais seulement dans la subdivision de la part qu'y a pris la souche.

Que si la succession étoit déférée à plusieurs petits-enfants d'une souche unique, en ce cas, comme ces petits enfants succédent *in capita et non in stirpes*, ils prennent chacun une part principale en la succession; il suffit que la donation excéde la part de l'un de ces petits enfants, pour qu'il y ait lieu au retranchement.

L'édit ajoute que, lorsque les enfants ont des parts inégales, la part du second mari, ou de la seconde femme, se régle sur celle de l'enfant qui a la moindre part.

Cette inégalité peut se rencontrer en plusieurs occasions. Par exemple, 1° lorsqu'il y a un droit d'aînesse, la part du second mari se réglera sur la part de l'un des puînés; 2° lorsque dans les biens du donateur il y a des choses réservées aux enfants du premier lit, suivant le second chef de l'édit, dont il sera ci-après parlé, la part de la seconde femme ou du second mari se régle sur celle de l'un des enfants du second lit; 3° Enfin, lorsque les enfants ne viennent pas *ab intestat*, mais en vertu du testament du donateur qui a fait entre ses enfants une division inégale de ses

biens, la part de la seconde femme se règle sur celle de l'enfant, qui, dans cette division, se trouve avoir la moindre part.

Si le donateur avoit assigné à l'un de ses enfants une part moindre que la légitime de cet enfant, à laquelle cet enfant voulût bien se tenir, la part de la seconde femme devroit-elle se régler sur cette part? Non; car la part de cette seconde femme se règle, non sur celle à laquelle l'enfant veut bien se tenir, mais sur celle qu'il a droit de prendre, sur celle qu'il pouvoit prendre en la succession, ainsi que l'explique fort bien notre coutume, interprète en cela de l'édit. Or, cet enfant qui veut bien s'en tenir à une part moindre que sa légitime, avoit droit de demander le surplus, il pouvoit prendre une plus grande part; celle de la seconde femme doit donc se régler sur la part qu'il pouvoit prendre, c'est-à-dire sur la légitime de cet enfant.

§. III. Lorsqu'une femme, depuis son premier mariage, a épousé successivement plusieurs maris, peut-elle donner à chacun une part d'enfants, ou seulement une part d'enfants à eux tous.

Ces termes de l'édit, *ne peuvent donner à leurs maris*, s'interprètent, non en un sens distributif, mais en un sens collectif, comme s'il y avoit: *La femme ne peut donner à tous ses maris ensemble qu'une part d'enfants*. On doit d'autant mieux admettre cette interprétation, que l'esprit de l'édit, qui restreint le pouvoir de la mère de disposer de ses biens, étant de subvenir aux enfants du premier lit, qui souffrent du convol de leur mère en secondes noces, il seroit contre l'es-

prit de l'édit que la mère qui se remarie plusieurs fois, faisant plus de préjudice à ses enfants que lorsqu'elle ne se remarie qu'une fois, eût néanmoins le pouvoir de disposer d'une plus grande quantité de ses biens. Autrement, la disposition de l'édit impliqueroit contradiction.

Du principe que nous venons d'établir il suit, que la femme qui, ayant des enfants de son premier mariage, a déja fait une donation à son second mari, ne pourra plus donner au troisième que ce que la donation faite au second contiendroit de moins que la part de l'enfant le moins prenant; et si elle a donné à son second mari autant que la part de l'enfant le moins prenant, elle ne peut plus rien donner au troisième.

§. IV. De l'effet de l'édit.

L'effet de l'édit est de donner une action révocatoire de ce dont la donation faite au second mari se trouve excéder la part de l'enfant le moins prenant en la succession. Ces termes de l'édit, *ne peuvent donner plus*, ne doivent pas être entendus dans un sens absolu, mais avec cette explication, *ne peuvent efficacement*. C'est pourquoi, quoique la donation se trouve excessive, la propriété des choses données a été véritablement transférée pour le total au second mari; mais cette translation de propriété devient inefficace par l'action révocatoire que donne l'édit aux enfants du premier lit, en vertu de laquelle ils obtiennent le retranchement de ce qui excéde la part de l'un des enfants le moins prenant.

Au reste, la propriété des choses données ne passe au second mari qu'à la charge du retranchement, en cas que, par l'événement, lors de l'ouverture de la succession de la donatrice, la donation se trouve excéder ce qu'il étoit permis de donner. Et cette condition du retranchement est une condition inhérente, et qui affecte les choses données, de manière qu'elles ne le sont qu'à cette condition; d'où il suit que si le second mari donataire les aliéne, il ne peut les aliéner qu'à cette charge, *cum eâ causâ.*

De là il suit, 1° que cette action révocatoire a donc lieu, non seulement contre le second mari donataire, mais contre les tiers-détenteurs des choses données; car il n'a pu leur en transférer la propriété, que telle qu'il l'avoit lui-même, et résoluble sous les mêmes conditions.

De là il suit, 2° que ce retranchement se fait sans aucune charge des servitudes, hypothèques, et autres droits réels que le donataire y auroit imposés. Tous lesquels droits se résolvent par la résolution de celui du donateur, duquel ils dérivoient, suivant la maxime: *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

De ce que la donation, pour ce qu'elle excède la part d'enfants, n'est pas nulle absolument, mais seulement en faveur des enfants auxquels la loi accorde une action révocatoire de cet excédant, il s'ensuit que les biens retranchés ne sont pas considérés comme étant dans la succession de la femme, qui s'en est dépouillée par la donation qu'elle en a faite. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire que les enfants acceptent sa succession, pour exercer cette action révoca-

toire, et avoir part à ces biens retranchés; la loi qui leur donne cette action ne considère que leur qualité d'enfants, et n'exige pas qu'ils soient héritiers.

Il suit aussi de ces principes, que l'enfant qui a exercé cette action révocatoire, sans être héritier de sa mère, ne peut pas, comme détenteur de ces biens retranchés, être poursuivi par les créanciers hypothécaires de sa mère, postérieurs à la donation qu'elle en a faite à son second mari; car, la mère s'étant dépouillée de ces biens, par cette donation, avant de contracter avec ce créancier, il n'a jamais pu acquérir d'hypothéque, puisque, dans le temps de sa créance, ces biens avoient cessé d'appartenir à sa débitrice, et qu'on ne peut pas dire qu'ils rentrent dans les biens de la mère par l'action révocatoire qui est donnée aux enfants, puisque, suivant les principes ci-dessus posés, cette action révocatoire n'annulle la donation pour cet excédant qu'en faveur des enfants, et non vis-à-vis de ce créancier, qui ne doit pas profiter de ce qui n'est accordé qu'en faveur des enfants.

Observez néanmoins que, quoique cette action révocatoire soit établie en faveur des enfants du premier lit, les enfants du second mariage partagent avec eux les biens retranchés, ainsi que cela est décidé en termes formels par la loi 9, *codice de secundis nuptiis*. La raison en est évidente: l'édit n'est fait que contre le second mari, et non pas contre les enfants du second mariage: ces enfants ne doivent pas être privés de partager un bien qui est l'héritage de leur mère et auquel ils ont un droit égal à celui des enfants du premier lit, puisqu'ils sont enfants, aussi-

bien qu'eux. Il est vrai que, par eux-mêmes, et s'ils eussent été seuls, ils n'eussent pu demander le retranchement; mais il n'est pas nouveau en droit, que ce qu'on n'a pas par la loi, on l'obtienne quelquefois par le concours d'une autre personne.

Mais les filles dotées du premier lit, qui sont dans certaines coutumes exclues de la succession, n'y doivent pas prendre de part, parcequ'elles n'ont plus de droit au bien de leur mère, comme nous l'avons déja dit.

Le second mari partage aussi lui-même les choses retranchées avec les enfants, suivant le sentiment de la glose sur la novelle 22; ce qui est juste: car, sans cela, l'enfant le moins prenant, au moyen de la part qu'il prendroit dans les choses retranchées, se trouveroit avoir plus que le second mari, ce qui ne doit pas être; car l'intention des lois romaines et de l'édit qui les a adoptées, en ordonnant cette réduction, a été seulement que le second mari n'eût pas plus que l'enfant le moins prenant, et non pas qu'il eût moins.

On demande si l'aîné peut prendre son droit d'aînesse dans les biens retranchés? La raison de douter se tire de ce que nous avons dit ci-dessus, que les biens retranchés n'étoient pas censés rentrer dans la succession de la femme; d'où il semble suivre que le droit d'aînesse, qui ne s'exerce que sur les biens de la succession de la personne à qui on succéde, ne devroit pas s'exercer sur ces biens.

Néanmoins les auteurs décident qu'il peut exercer son droit d'aînesse sur les biens retranchés. La raison

en est que l'objet de l'édit étant d'accorder une réparation aux enfants, du préjudice que leur cause la donation excessive de leur mère, chacun doit avoir dans la réparation une part proportionnée au préjudice que la donation lui cause. Or, la donation excessive des biens féodaux cause un plus grand préjudice à l'aîné qu'aux autres enfants, puisqu'il auroit eu dans ces biens, s'ils n'eussent pas été donnés, une plus grande portion qu'eux. Il doit donc avoir une portion proportionnée dans la réparation, qui consiste à lui accorder la même portion dans les biens retranchés, qu'il auroit eue, s'ils fussent restés dans la succession; et, par conséquent, il doit y exercer son droit d'aînesse.

Au reste, comme l'aîné n'a de droit d'aînesse que lorsqu'il est héritier, il y a lieu de penser qu'il ne peut exercer ce droit d'aînesse sur les biens retranchés, que lorsqu'il est héritier.

Ce droit des enfants de faire retrancher l'excès de la donation faite au second mari est ouvert, et leur est acquis du jour du décès de leur mère. Par conséquent, de ce jour, ils ont ce droit *in bonis*: il fait partie de leurs biens; ils en peuvent disposer, et ils le transmettent dans leur succession. Les héritiers de ces enfants pourroient donc l'exercer, quand même ces enfants seroient décédés avant que d'avoir donné aucune demande.

Si la femme avoit fait la donation à son second mari, sous cette condition, si les enfants de son mariage, qu'elle laisseroit à son décès, décédoient par la suite, avant l'âge de puberté, les héritiers de ces enfants pourroient-ils en demander le retranchement?

Quelques arrêts ont jugé qu'ils ne le pouvoient; que cette donation ne doit pas être regardée comme préjudiciable aux enfants du premier lit, puisque la mère, par la condition apposée à sa donation, leur conserve ces biens, dans le cas où ils atteindront l'âge de puberté. Je pense que ces arrêts ne doivent pas être suivis : l'édit ne distingue pas entre les enfants *impubères* et les enfants *pubères*, entre ceux qui atteindront l'âge de puberté et ceux qui ne l'atteindront pas. Il est fait en faveur des uns comme des autres. L'édit annulle en leur faveur la donation pour l'excédant de la part d'enfant; et les particuliers ne pouvant déroger à l'édit, ni priver leurs enfants impubères de l'action que l'édit leur donne pour faire retrancher l'excédant de cette donation, cette action leur doit donc être acquise nonobstant cette clause; et si elle leur est acquise, ils la transmettent à leurs héritiers.

§. V. Si les enfants du premier mariage peuvent, du vivant de leur mère donatrice, renoncer au bénéfice de cet édit.

On convient assez régulièrement que les enfants ne peuvent pas renoncer, du vivant de la personne qui a fait la donation à leur préjudice, au bénéfice de l'édit.

La raison n'est pas qu'on ne peut répudier un droit avant qu'il soit ouvert; car, si on ne peut répudier un droit avant qu'il soit ouvert, au moins rien n'empêche qu'on ne puisse convenir qu'on n'en usera pas lorsqu'il viendra à être ouvert.

La vraie raison pour laquelle les enfants ne peuvent pas renoncer au bénéfice de l'édit, du vivant de

leur mère, qui auroit fait une donation excessive à son second mari, c'est qu'une telle renonciation seroit présumée n'avoir pas été faite avec une pleine liberté, mais par l'impression de l'autorité qu'une mère a sur ses enfants. La soumission que les enfants auroient, par cette renonciation, témoignée aux ordres de leur mère contre leur intérêts, les rendant d'autant plus dignes de ses biens, ne doit pas être une raison pour les en exclure. D'ailleurs, on ne doit pas laisser aux personnes qui se remarient ce moyen qu'elles auroient très souvent d'éluder la loi, en abusant de l'autorité qu'elles ont sur leurs enfants.

Il y a plus de difficulté de savoir si, dans le cas d'une donation mutuelle et égale faite entre une femme et son second mari, les enfants du premier lit peuvent, du vivant de leur mère, et par le contrat du second mariage, renoncer au bénéfice de l'édit.

Ricard, après Dumoulin, pense qu'ils le peuvent. La raison en est qu'en ce cas ces enfants ont un motif tiré de leur intérêt, pour renoncer au bénéfice de l'édit, et qu'ils ne renoncent pas gratuitement au droit qu'ils pouvoient avoir un jour dans l'excès de la donation de leur mère, mais qu'ils y renoncent en conséquence de l'espérance qu'ils acquièrent de profiter des biens de leur beau-père, dans le cas où il prédécéderoit leur mère. C'est une espèce de contrat aléatoire que les enfants, conjointement avec leur mère, font avec leur beau-père, qui n'auroit pas donné ce qu'il a donné à sa femme, si lesdits enfants n'eussent promis de ne pas contester ce que la femme lui donnoit de son côté. Il n'y a donc pas lieu de présumer, en ce

cas-ci, que la renonciation que font les enfants au bénéfice de l'édit leur ait été extorquée par l'autorité qu'avoit sur eux leur mère, puisqu'il paroît un autre motif qui a pu y donner lieu.

Si, dans le cas d'un don mutuel égal, fait entre une femme et son second mari, les enfants avoient renoncé au bénéfice de l'édit, non par le contrat même, *sed ex intervallo*, du vivant de leur mère, en ce cas, comme ils n'auroient aucun intérêt à y renoncer, puisque, quand ils n'y auroient pas renoncé, ce don fait à leur mère par son second mari n'en auroit pas moins subsisté, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, cette renonciation pourroit passer pour une conséquence de l'impression de l'autorité de leur mère, pour n'être pas parfaitement libre, et ne doit pas, par conséquent, être valable.

§. VI. Questions touchant les donations de part d'enfants.

Lorsqu'une femme a fait par son contrat de mariage donation d'une part d'enfant à son second mari, et qu'elle laisse deux enfants, quelle doit être la portion avantageuse de l'aîné dans les fiefs?

La portion avantageuse de l'aîné dans les fiefs, lorsqu'il n'y a que deux enfants, est, aux termes des coutumes de Paris et d'Orléans, les deux tiers de la masse des biens féodaux de la succession. Cette masse des biens féodaux de la succession n'est pas composée du total des fiefs que la femme possédoit lors de son décès; il en faut distraire la part donnée au mari, que la femme, par la donation qu'elle lui en a faite, a retranchée de sa succession; laquelle part doit être égale à celle de

l'enfant puîné, qui est le moins prenant. Il n'y a que ce qui reste après la distribution de la part du mari qui se trouve composer la masse féodale, de laquelle l'aîné doit avoir les deux tiers, et le puîné le tiers. Tout ceci présupposé pour régler les portions que doit avoir chacune des parties, il faut diviser le total des fiefs que la femme avoit lors de son décès, en quatre portions; en distraire un quart pour le mari; des trois quarts restants, qui composent le total de la masse féodale de la succession, en donner deux à l'aîné, et l'autre au puîné: par ce moyen, chacun a ce qui lui appartient. L'aîné a les deux tiers du féodal de la succession, qui se trouve être la même chose que la moitié du total des fiefs qu'avoit la femme lors de son décès; le puîné a le tiers de la succession, qui se trouve être la même chose que le quart du total des fiefs, et le mari se trouve avoir une portion égale à celle du puîné.

Lorsqu'il y a un plus grand nombre d'enfants, comment doit-on régler la portion avantageuse de l'aîné, qui est la moitié, aux termes des coutumes de Paris et d'Orléans? Il faut, en ce cas, diviser les fiefs, que la femme avoit lors de son décès, en deux fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une; en distraire une pour le second mari; donner à l'aîné la moitié de ce qui restera après cette distraction faite, et partager l'autre moitié par portions égales entre les puînés. *Finge:* la mère a laissé quatre enfants; un aîné et trois puînés: le total des fiefs qu'elle avoit lors de son décès, monte à 70,000 livres: je divise ce total en deux fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une; c'est-à-dire en sept portions, qui sont chacune de

10,000 livres: j'en distrais une de ces sept portions pour le mari, qui est de 10,000 livres. Dans les six septièmes restants, qui montent à 60,000 livres, et qui composent toute la masse féodale de la succession de la mère, j'en donne la moitié à l'aîné, qui est 30,000 livres, et la même chose que les trois septièmes du total, et je donne 10,000 livres à chacun des puînés. Par ce moyen, chacun a ce qui lui appartient. L'aîné a la moitié de ce qui compose le féodal de la succession, et le second mari a une portion égale à celle de l'un des puînés.

Lorsque la femme n'a laissé qu'un enfant, quelle part doit avoir le second mari dans les biens féodaux? Il y en a qui pensent qu'il ne doit y avoir que la part qu'auroit eue un puîné, s'il y en avoit eu un, c'est-à-dire que l'enfant prendra le manoir, le vol du chapon, et les deux tiers; et que le second mari aura le tiers. Je l'ai vu juger au bailliage d'Orléans, par une sentence dont il n'y a pas eu d'appel.

Je trouve de la difficulté dans cette décision, et je ne vois pas pourquoi le second mari n'auroit pas la moitié des biens féodaux, l'édit n'ayant défendu autre chose, sinon que le second mari fût donataire de plus que se trouveroit avoir un enfant. Je ne vois pas pourquoi on donne, en ce cas-ci, un droit d'aînesse à l'enfant, ce droit d'aînesse n'ayant lieu qu'entre enfants cohéritiers, et non pas vis-à-vis d'un étranger, tel qu'est le second mari.

Lorsqu'il n'y a pas d'enfant, quelle sera la part du second mari? Je ne pense pas que ce soit tout: car, la femme auroit bien pu à la vérité, en ce cas, donner tout; mais elle ne l'a pas fait, puisqu'elle a donné une

part, et qu'une part n'est pas tout. Dira-t-on que le second mari, en ce cas, ne doit avoir rien, parceque le mari donataire d'une part d'enfant se trouve être donataire d'une part qui n'est pas *in rerum naturâ*, ne pouvant pas y avoir une part d'enfant? Ce raisonnement est un pur sophisme. La femme a voulu donner une part: si elle a ajouté d'enfant, c'est pour signifier que cette part ne pourroit excéder celle d'un enfant. Mais elle a voulu donner une part, qui sera la moitié, suivant la loi 164, ff. *de verb. signif.*, qui, dans l'espèce d'un legs d'une part des biens, dit: *Si non fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur.*

ARTICLE VIII.

Du second chef de l'édit des secondes noces.

L'article second de l'édit des secondes noces est conçu en ces termes: « Au regard des biens à icelles « veuves acquis par dons et libéralités de leurs maris « défunts, elles n'en pourront faire aucune part à « leurs nouveaux maris; ains elles seront tenues les « réserver aux enfants communs d'entre elles et leurs « maris, de la libéralité desquels iceux biens leur sont « avenus. Le semblable voulons être gardé ès biens « qui sont venus aux maris par dons et libéralités de « leurs défuntes femmes, tellement qu'ils n'en pour- « ront faire part à leurs secondes femmes, mais seront « tenus les réserver aux enfants qu'ils ont eus de leurs « premières. »

Cette disposition est tirée de la constitution de Constantin, qui est en la loi 3, *cod. de secundis nup-*

tiis, et de celle qui est en la loi 5, *cod. dicto titulo*, et qui a étendu à l'homme qui se marie, ce que la loi 3 n'avoit accordé qu'à l'égard de la femme; ce qui est encore confirmé par la novelle 98, tit. 10, cap. 1°.

§. I. Quelles choses sont comprises en ce second chef de l'édit.

L'édit porte : *Les biens acquis par dons et libéralités.* La loi 3, d'où l'édit est tiré, porte : *Quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium jure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid mortis causâ donationibus factis.*

Il résulte des termes de la loi, que tout ce que la femme a acquis à titre lucratif des biens de son premier mari, doit être réservé aux enfants du premier mariage ; et comme il paroît que l'édit a été fait sur le modéle des lois romaines sur cette matière, il s'ensuit que, par ces termes dont l'édit se sert, il ne faut pas seulement entendre ce qui a été donné à une femme par des donations proprement dites de son premier mari, mais généralement tout ce qu'elle a eu de lui à titre lucratif, en vertu de ses conventions matrimoniales. De ces principes naîtra la décision de différentes questions.

Le préciput que la femme a eu de son premier mari doit-il être réservé aux enfants du premier mariage? La raison de douter est que le préciput est plutôt une convention matrimoniale qu'un don. Cette raison de douter devient plus grande, lorsque le préciput est réciproque ; car le mari ne l'ayant accordé à la femme, dans le cas où elle le survivroit, qu'en conséquence de ce que la femme lui en accorderoit autant, dans le cas

où il la survivroit, c'est plutôt un contrat aléatoire qu'une libéralité et une donation.

Néanmoins, il faut dire qu'il doit être réservé aux enfants du premier lit; et la raison en est, qu'encore que ce ne soit proprement donation ni libéralité, néanmoins, conformément aux principes que nous venons d'établir, il suffit que le préciput soit un avantage, *lucrum nuptiale;* il suffit que la femme l'ait à titre lucratif, qu'il ne lui ait rien coûté, pour qu'il doive être réservé aux enfants du premier mariage.

Observez que le préciput de la femme qui accepte la communauté, se confondant pour moitié sur sa part, il n'y a que l'autre moitié qu'elle prend sur la part de son mari, qui soit un avantage, et qui doive être réservé aux enfants du premier mariage. Que si elle renonçoit à la communauté, le préciput qui lui auroit été accordé, même en cas de renonciation, seroit un avantage pour le total.

Il est aussi évident que le préciput du mari se confond pour le total, lorsque les héritiers de la femme renoncent. Le mari, en ce cas, n'est point obligé de rien réserver aux enfants de son premier mariage: s'ils acceptent, il doit en réserver la moitié.

Le douaire d'une femme en propriété, qui n'excéde pas néanmoins la valeur du douaire coutumier, est-il sujet à la réserve? La raison de douter est que le douaire coutumier étant dû à la femme par le bénéfice de la loi, le préfix qui est accordé pour en tenir lieu, lorsqu'il n'excéde pas la valeur du coutumier, est plutôt censé l'acquittement d'une dette qu'une libéralité. Aussi nous avons vu qu'il n'étoit pas compris

dans la première partie de l'édit, et que le douaire accordé à la seconde femme, n'est pas regardé comme une donation qui lui soit faite, qui doive être réduite à la part d'enfants. Néanmoins il faut dire, dans cette seconde partie de l'édit, que le douaire qu'une femme a eu de son premier mari, doit être réservé aux enfants du premier mariage; car il suffit qu'elle l'ait pris dans les biens de son premier mari, à titre lucratif, en vertu d'une convention matrimoniale. On ne peut pas dire que, tant qu'il tient lieu du coutumier, c'est *exsolutio debiti*; car le douaire coutumier n'est pas une dette, puisqu'on peut y déroger.

L'inégalité d'apport en la communauté est un véritable avantage que celui des conjoints qui apporte le plus fait à celui qui apporte le moins. C'est pourquoi, si ma première femme a apporté en communauté avec moi 20,000 livres, et que je n'en aie apporté que 12,000, c'est un avantage qu'elle me fait de la moitié des 8,000 livres excédantes. Je serai donc obligé, si je me remarie, de réserver 4,000 livres à mes enfants de mon premier mariage.

Les avantages que certaines coutumes accordent au survivant noble d'avoir les meubles, ne sont pas compris dans l'édit, le survivant ne les tenant d'aucune convention matrimoniale. A plus forte raison, ce que le survivant a eu de la succession de ses enfants n'est pas sujet à l'édit.

Il est vrai que le droit romain oblige la femme de conserver aux enfants de son premier mariage ce qu'elle a eu de la succession de quelqu'un de ses enfants; mais cela n'a pas été adopté par notre droit

coutumier; et même, par le droit romain, cela n'avoit lieu qu'à l'égard de la femme, et non à l'égard du mari.

Pareillement, ce qui a été donné à une femme en faveur du mariage, mais par quelques parents de son mari, n'est pas compris dans l'édit.

Cependant, si quelqu'un des parents du mari constituoit un douaire sans retour, on pourroit peut-être dire qu'il seroit compris dans l'édit, par la raison qu'un mariage ne se contractant pas régulièrement sans douaire, et le douaire étant une espèce de condition de mariage, le parent du mari qui l'a constitué à la femme, peut être censé l'avoir fait pour et au nom du mari; d'où il suit que ce douaire peut être considéré comme venant du mari.

On ne pourroit pas dire la même chose d'une donation; car, comme ce n'est pas une dépendance du contrat de mariage que le mari fasse des donations à sa femme, rien n'oblige de supposer que le parent du mari, qui les a faites à la femme, les lui ait faites pour et au nom du mari.

Il est évident que l'intérêt civil qu'a une veuve pour l'assassinat de son premier mari, n'est pas compris dans l'édit; car cet intérêt civil ne provient pas du mari, quoique ce soit à l'occasion du mari qu'il lui soit adjugé.

§. II. De l'effet du second chef de l'édit.

L'édit ordonne deux choses à l'égard des biens dont il a été parlé au paragraphe précédent.

1° Que la femme n'en puisse faire aucune part à son nouveau mari. On ne doit donc pas les compter parmi les biens dont la femme peut donner à son second mari une part d'enfant.

2° L'édit ordonne qu'elle soit tenue de réserver ces biens aux enfants communs d'elle et du mari de la libéralité duquel elle les a eus.

L'édit est différent de la loi romaine. Celle-ci dépouilloit la femme qui se remarioit, dès l'instant de son second mariage, de la propriété de ces biens, et la transféroit aux enfants du premier lit, en réservant seulement l'usufruit à la mère. L'édit ne dépouille pas la femme qui se remarie de la propriété de ces biens; mais il lui ordonne de les réserver à ses enfants du premier lit: c'est donc une espèce de fidéicommis légal dont elle est chargée envers ses enfants.

De là il suit, 1° que les enfants du premier lit ne peuvent disposer de ces biens du vivant de leur mère, ni les transmettre dans leur succession, s'ils meurent avant elle.

2° Que s'ils venoient tous à mourir avant elle, ce fidéicommis légal se trouvant éteint par leur mort, toutes les dispositions que la femme auroit faites de ces biens, et même les donations qu'elle en auroit faites à son second mari, seroient valables.

3° Que lors de la mort de la mère, qui est l'échéance de ce fidéicommis légal, les enfants du pre-

mier lit recueillent ces biens, comme étant substitués par la loi à leur profit; d'où il suit:

1° Qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers pour les recueillir.

2° Que les enfants du second lit ne les partagent point avec eux.

3° Qu'ils ne sont pas tenus, pour cela, d'une plus grande part des dettes de leur mère.

4° Que si les biens ne se trouvent pas en nature, ils doivent en prélever le prix sur la succession de leur mère, comme en étant créanciers.

5° Que cela ne leur est point imputé sur la légitime qui leur appartient dans les biens de leur mère.

6° Qu'à l'exemple de l'hypothèque qui a lieu pour les substitutions, ils ont une hypothèque sur les biens de leur mère, du jour de son second mariage, jour auquel s'est contracté le fidéicommis légal.

7° Qu'ils peuvent évincer les tiers-acquéreurs de ces biens, à moins qu'ils ne fussent héritiers de leur mère, qui les avoit vendus; car étant, en cette qualité d'héritiers, tenus de la garantie envers l'acquéreur, ils n'y seroient pas recevables, suivant la règle: *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.*

Ne pourroit-on pas dire que, suivant la nouvelle ordonnance des substitutions, ils y seroient recevables, en offrant, pour la portion dont ils sont héritiers, le prix qu'en a payé à leur mère le tiers-acquéreur? Je ne le pense pas; car, ce que la nouvelle ordonnance a établi en faveur des substitutions testamentaires, étant établi par des sages vues à la vérité, mais contre la raison de droit, ne doit pas être étendu à cette

substitution légale, suivant cette régle: *Quod contrà rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias.*

Mais si les enfants ne peuvent, en ce cas, évincer les tiers-acquéreurs, ils doivent avoir remploi du prix que leur mère remariée, qui les a vendus, en a reçu.

La donation n'obligeant pas à la garantie, il s'ensuit que les enfants, quoique héritiers de leur mère, peuvent évincer les donataires de ces biens.

Si la femme qui s'est remariée avoit aliéné ces biens avant son second mariage, les enfants du premier mariage n'en auroient pas moins le droit d'évincer les acquéreurs; novelle 22, chap. 26; car, la femme n'a la propriété des biens qui lui ont été donnés par son premier mari, qu'à la charge de la restitution à ses enfants, dans le cas où elle se remarieroit. Cette condition est attachée par la loi à la donation qui lui en a été faite, et y est inhérente; et, par conséquent, ces biens ne passent aux tiers-acquéreurs que sous cette condition.

Par la novelle de Justinien, la mère qui s'étoit remariée ne pouvoit avantager de ce qui lui venoit d'un premier mariage, même un des enfants de ce mariage, au préjudice des autres; ce qui est une conséquence du principe qu'elle étoit dépouillée de ces biens. Lebrun pense que cela ne doit pas être observé parmi nous, parceque la mère n'est pas dépouillée, mais simplement chargée d'une substitution légale au profit des enfants de son premier mariage. Mais ne suffit-il pas que, par ce fidéicommis légal, la femme soit devenue débitrice de ces biens envers ses enfants,

pour qu'elle ne puisse disposer de ces biens au profit de l'un desdits enfants, au préjudice des autres qui sont également appelés au fidéicommis légal, comme celui au profit de qui elle en auroit disposé? Il faudroit, pour soutenir le sentiment de Lebrun, dire que l'édit a rendu ces enfants du premier lit créanciers solidaires de ces biens: *Correos credendi quorum natura est, ut solutio uni facta à cæteris liberet:* mais cela ne se peut pas dire, parceque *correi credendi non intelliguntur, nisi hoc sit expressum.*

Aussi Duplessis et Ricard sont d'avis contraire à Lebrun.

Si le premier mari avoit donné ses biens à sa femme, à la charge de les restituer à ceux de ses enfants qu'elle choisiroit, Duplessis pense qu'elle conserveroit ce choix en se remariant; car on peut dire que le mari ayant pourvu par lui-même, par un fidéicommis, à la conservation de ces biens pour ses enfants, il n'y a pas lieu au fidéicommis légal de l'édit: *Provisio hominis derogat legis provisioni.*

Les héritages donnés par un premier mari à la femme qui s'est remariée sont-ils propres paternels ou maternels dans la personne des enfants du premier lit qui les ont recueillis? Suivant nos principes, ces biens n'étant pas recueillis par les enfants du premier lit, à titre d'héritiers de leur mère, ni pour leur en tenir lieu dans sa succession, mais comme des biens de leur père, qui, au moyen du second mariage de leur mère, se trouvent ne lui appartenir qu'à la charge de les leur restituer, il s'ensuit qu'ils ne sont pas propres maternels, mais propres paternels. Ils sont dona-

taires de leur père au second degré, comme si leur père eût donné ces biens à la charge de les leur restituer. La loi supplée à ce que leur père a manqué de faire.

C'est l'avis de Ricard et de Dumoulin. Duplessis et Lebrun soutiennent l'avis contraire, qu'ils appuient de raisons qui ne méritent pas de réponse.

§. III. A quels enfants doivent être réservés les biens donnés à leur mère.

C'est aux seuls enfants du mariage de celui qui a donné les biens à sa femme qui s'est remariée, que les biens doivent être réservés.

Il n'est pas nécessaire, pour les recueillir, qu'ils soient héritiers de leur mère, ainsi que nous l'avons déja observé : il n'est pas nécessaire non plus qu'ils l'aient été de leur père, car l'édit ne leur réserve ces biens qu'en qualité d'enfants.

Celui néanmoins qui auroit été justement exhérédé par son père n'y peut rien demander; car, si l'exhérédation le rend indigne de recueillir les biens de son père à titre de succession, elle le doit rendre, à plus forte raison, indigne de les recueillir en vertu de l'édit.

Celui qui est indigne, par rapport aux biens de son père, d'avoir part même au droit commun des successions, doit, à plus forte raison, être réputé indigne d'un bénéfice particulier de la loi. Tel est celui de l'édit.

Celui qui n'auroit pas été exhérédé par son père,

mais par sa mère, pourroit-il y prendre part? On peut dire que l'exhérédation de la mère ne peut priver les enfants que de son bien; que ces biens, suivant les principes établis au paragraphe précédent, étant déférés aux enfants du premier lit, non comme biens de leur mère, mais comme biens de leur père, celui qui n'a été exhérédé que par la mère doit y avoir part. On peut dire, d'un autre côté, que le motif de l'édit est tiré du devoir d'amour et de tendresse que les femmes doivent conserver pour les enfants de leur premier mariage, auquel devoir l'édit ne permet pas aux femmes de manquer. C'est ce qui résulte des termes de l'édit: « Comme les femmes veuves ..... mettant en « oubli le devoir de nature envers leurs enfants, de « l'amour desquels tant s'en faut qu'elles s'en dussent « éloigner par la mort des pères, que, les voyant désti- « tués de secours, elles devroient s'exercer à leur faire « le double office de père et de mère. » Que si le motif de l'édit, dans ces deux dispositions, est tiré du devoir d'amour envers les enfants, il s'ensuit que, lorsque les enfants s'en sont rendus indignes, le motif de l'édit cesse; et, par conséquent, la raison de la loi cessant, la loi doit cesser à l'égard de tels enfants.

Quoique l'édit, en la seconde partie, ne s'exprime pas sur les petits-enfants en termes exprès, comme il le fait en la première partie, néanmoins il n'est pas douteux que les petits-enfants sont compris dans cette seconde partie sous le terme général *d'enfants*, auxquels l'édit ordonne à la femme qui se remarie de réserver les biens qu'elle a eus de leur père, et que les petits-enfants doivent venir par représentation au par-

tage de ces biens. Les mêmes raisons sur lesquelles l'édit est fondé se rencontrent à l'égard des petits-enfants, comme à l'égard des enfants. La femme qui se remarie est obligée envers eux aux mêmes devoirs d'amour. Les droits, les espérances des petits-enfants aux biens de leurs parents sont les mêmes que ceux des enfants propres : la femme doit donc être également tenue de les leur conserver.

On demande si l'aîné des enfants doit avoir droit d'aînesse dans les biens donnés à la femme qui s'est remariée par son premier mari? Il semble qu'il ne doit point y avoir de droit d'aînesse ; car le droit d'aînesse est dû à l'aîné en qualité d'héritier. Or, nous avons dit que ces biens appartenoient aux enfants, non en qualité d'héritiers, mais en leur seule qualité d'enfants du premier lit. Ricard néanmoins décide que l'aîné doit avoir droit d'aînesse dans ces biens. Son sentiment peut être fondé sur une raison à-peu-près semblable à celle alléguée sur le premier chef de l'édit; savoir, que l'édit ordonne que ces biens soient conservés aux enfants du premier mariage, afin que les enfants qui souffrent un préjudice du mariage de leur mère, qui ordinairement transporte son amour à un nouveau mari et à de nouveaux enfants, ne souffrent pas un autre préjudice des donations que leur père lui a faites; et comme l'aîné souffriroit le plus de la donation, il doit avoir, à proportion, plus de part au bénéfice de l'édit qui conserve les biens de leur mère.

§. IV. Quelques cas dans lesquels la disposition de l'édit doit cesser.

On demande si la disposition de l'édit, qui oblige la femme qui s'est remariée à conserver à ses enfants du premier lit ce qu'elle a eu à titre lucratif de son premier mari, doit cesser, lorsque, lors de sa mort, elle ne laisse pas d'autres biens à ses enfants du second lit? Selon nos principes, il faut dire que sa disposition ne doit pas cesser d'avoir lieu; qu'en vain les enfants du second lit réclameroient leur légitime, parceque la légitime ne se prend que dans ce qui reste après les dettes payées, et que s'il ne reste rien, il n'y a point de légitime. Or, la restitution de ces biens aux enfants du premier lit est une dette que la femme a contractée en se remariant, ou, pour mieux dire, qu'elle a contractée par la donation même, qui est censée n'être faite que sous la condition de cette restitution, dans le cas où elle se remarieroit.

Duplessis convient que notre décision est conforme à la rigueur du principe; mais il dit que l'équité pourroit peut-être faire décider autrement, selon les circonstances. Cette limitation souffre difficulté.

On demande si, lorsque le second mari est mort sans enfants, la femme recouvre la liberté de disposer des choses qui lui ont été données par son premier mari? Duplessis et Lemaître décident pour l'affirmative. Leur moyen est de dire que le second mariage cessant, et n'en restant aucun vestige, lorsque le second mari est mort sans enfants, la cause qui donnoit lieu à la prohibition de disposer cesse; et, par consé-

quent, cette prohibition qui en est l'effet cesse aussi. *Cessante causâ, cessat effectus.* Cette décision me paroît porter sur un faux fondement. Le second mariage n'est pas, à proprement parler, la cause de la prohibition de disposer. Cette cause est le fidéicommis légal, inhérent à la donation dans le cas du second mariage : ce second mariage est seulement la condition d'où dépend le fidéicommis ; et il suffit qu'il ait existé, pour qu'il y ait lieu au fidéicommis légal, lors de la mort de la femme, qui est la seconde condition d'où il dépend. Or, la condition du convol en secondes noces n'a pas moins existé, quoique le second mari soit mort sans enfants. Au reste, tous conviennent que, lorsqu'il y a des enfants du second mariage, la prohibition dure.

§. V. Si les enfants du premier lit sont exclus de prendre part dans les dons du second mari.

Il y a des auteurs qui le disent ; mais leur sentiment est sans aucun fondement.

ARTICLE IX.

De l'extension que les coutumes de Paris et d'Orléans ont apportée à l'édit, à l'égard des conquêts du premier mariage.

La communauté que la femme qui se remarie a contractée avec son premier mari n'étant pas de sa nature un titre lucratif, mais un contrat de commerce où chacun apporte de son côté, il s'ensuit que les biens de cette communauté ne sont pas compris en la

seconde disposition de l'édit, et que la femme peut en disposer, et même les donner, ainsi que ses autres biens, jusqu'à concurrence d'une portion d'enfant, à son second mari.

Les coutumes de Paris et d'Orléans, par une disposition qui leur est particulière, ont donné une extension à l'édit, en défendant à la femme qui se remarie d'avantager, en aucune manière, des conquêts d'une précédente communauté, son second et autres subséquents maris, et même d'en disposer envers toutes autres personnes, au préjudice des portions que les enfants des précédents lits pourroient amander d'elle dans lesdits conquêts.

§. I. Quels biens sont compris dans cette disposition.

On a agité la question si le terme de conquêts, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, comprenoit les biens, tant mobiliers qu'immobiliers de la première communauté; ou s'ils devoient être restreints aux immeubles? On peut dire d'un côté, qu'encore que le terme de conquêts soit un terme générique, capable de signifier tout ce qui a été acquis durant la communauté, soit meuble, soit immeuble, néanmoins, dans l'usage de parler, on l'entend plutôt des immeubles que des meubles. D'ailleurs, la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer le mobilier acquis durant la première communauté, d'avec celui acquis avant et depuis, et le peu d'attention que nos lois ont coutume d'avoir pour les meubles, sont des raisons qui portent à croire que nos coutumes n'ont entendu parler que des immeubles dans cette disposition. Ces raisons sont

fortes, et on rapporte un arrêt de 1653, qui a jugé en conformité : mais depuis, il a été jugé par un célèbre arrêt du 4 mai 1697, et un autre de 1698, appelé l'arrêt de Garanger, et qui ont fixé sur ce point la jurisprudence, que la coutume de Paris comprenoit dans sa disposition, sous le terme de conquêts, tous les biens acquis durant la première communauté, tant les meubles que les immeubles. Ces arrêts sont fondés sur ce que le terme de conquêts renfermoit tant les meubles que les immeubles, et ne doit pas être restreint aux seuls immeubles. La preuve en est que, dans d'autres articles de la coutume, les immeubles acquis pendant une communauté ne sont pas appelés simplement conquêts, mais conquêts immeubles. Ajoutez à cela que la coutume de Paris, dans sa première disposition, lorsqu'elle dit, que femme qui se remarie ne peut avantager son second mari de ses propres et *acquêts*, plus que l'un de ses enfants, ayant renfermé sous ce terme, *acquêts*, tous les biens qui ne sont pas propres, soit meubles, soit immeubles, elle a fort bien pu aussi comprendre, sous le terme de *conquêts*, les meubles acquis pendant la communauté, ainsi que les immeubles. Enfin, la vue de la coutume ayant été d'empêcher que les gains d'une première communauté fussent transférés au second mari, les meubles se trouvent également renfermés, comme les immeubles, dans la vue qu'a eue la loi, et sur laquelle cette disposition est fondée.

C'est une autre question, si ce que la femme a apporté en communauté, pour la part qu'elle y a, est

sujet à cette disposition? On peut dire pour la négative qu'il y a grande différence entre ce que la femme a apporté elle-même en communauté, et ce qui a été acquis durant la communauté, ce qui a été acquis pendant la communauté ayant été acquis à la femme par les travaux du mari. Que si la femme ne tient pas proprement de son premier mari la part qu'elle y a, puisqu'elle l'a de son chef, au moins elle lui en est en quelque façon redevable. C'est pourquoi ces biens ayant quelque affinité avec ceux compris dans le second chef de l'édit, la coutume y a étendu une partie de la disposition de ce second chef de l'édit, en défendant à la femme d'en avantager son second mari, n'ayant pas paru équitable que les travaux du premier mari servissent à enrichir le second. Or, ces raisons ne se rencontrent pas à l'égard des biens que la femme a mis elle-même dans sa première communauté; d'où il semble qu'on doit conclure qu'ils ne sont pas compris dans la disposition de la coutume.

Néanmoins Berroyer et Laurière, dans leurs notes sur Duplessis, disent que c'est un des points établis par l'arrêt de Garanger, ci-dessus cité, que la femme ne peut avantager son second mari, même des choses qu'elle avoit mises elle-même dans la communauté. La raison sur laquelle est fondé cet arrêt est, que le terme de *conquêts* fait avec ses précédents maris est un terme général, qui comprend tout ce qui a fait partie de la communauté, tant ce qui a été apporté par les conjoints, que tout ce qui a été acquis depuis; que l'intention des contractants, dans l'apport qu'ils font à la communauté, est que les choses que l'un des conjoints

y apporte sortissent la même nature, et soient susceptibles du même droit que les autres conquêts dans tout ce qui concerne l'intérêt de l'autre conjoint et de ses enfants.

§. II. De la différence que la coutume d'Orléans met entre le second mari et les étrangers, touchant la défense qu'elle fait à la femme qui se remarie de disposer des conquêts.

La coutume d'Orléans met cette différence entre le second mari et les étrangers, qu'elle défend absolument à la femme qui se remarie d'avantager son second-mari, en aucune manière, des conquêts de sa première communauté; au lieu qu'elle ne lui défend de disposer, soit à titre de donation, soit à titre onéreux envers des étrangers, que des portions des conquêts que ses enfants du premier lit auroient pu avoir en sa succession, si elle n'en eût pas disposé.

La donation faite au second mari d'un conquêt est donc nulle pour le total; et le second mari ne peut retenir, dans le conquêt qui lui a été donné, les portions qu'y auroient les enfants du second lit, s'il ne lui eût pas été donné, en disant que la donation qui lui en a été faite, n'étant nulle qu'en faveur des enfants du premier lit, elle ne doit être nulle que pour leur portion; car s'il pouvoit dire cela, il ne se trouveroit aucune différence entre lui et les étrangers. Cependant il y en doit avoir une, la coutume l'ayant évidemment exprimée en ces termes : « Quant aux con-« quêts, elle n'en peut aucunement avantager son « second mari. Toutefois peut disposer d'iceux à autres « personnes, sans que cette disposition puisse préjudi-

« cier en aucune façon aux portions que les enfants « du premier mariage pourroient amander de leur « mère. » Ce terme *toutefois* établit disertement une différence entre le second mari et les étrangers, et ne laisse aucun lieu de douter que les donations de conquêts faites au second mari sont nulles en entier, et non pas seulement pour les portions des enfants du premier lit, ainsi que nous venons de l'établir.

Il est vrai que la disposition de la coutume n'étant faite qu'en faveur des enfants du premier lit, s'il ne s'en trouve aucun lors de la mort de la femme, les enfants du second lit ne pourront pas attaquer de nullité la donation faite à leur père, de même que, dans le cas du second chef de l'édit, ils ne pourroient pas, s'il n'y avoit aucun enfant du premier lit, faire réduire la donation faite à leur père, qui excéderoit une part d'enfant. Mais, de même que, dans le cas du premier chef de l'édit, les enfants du premier lit, quand il y en a lors de la mort de la mère, communiquent à ceux du second le droit qu'ils ont de faire retrancher ce qu'il y a d'excessif dans la donation faite à leur père, et qu'ils partagent tous ensemble ces biens retranchés, lesquels venant de leur mère commune sont des biens auxquels ils ont tous un droit égal; de même, dans le cas de la coutume, les enfants du premier lit, lorsqu'il s'en trouve lors du décès de leur mère, communiquent à ceux du second lit le droit qu'ils ont de faire annuler la donation des conquêts, et les partagent tous ensemble, comme étant des biens de leur mère commune, qu'elle n'a pu donner.

Observez que, de même que, dans le cas du pre-

mier chef de l'édit, il n'est pas nécessaire que les enfants soient héritiers de leur mère, qui a fait la donation à son second mari, pour avoir part aux biens retranchés; il n'est pas pareillement nécessaire qu'ils le soient pour partager les conquêts donnés au second mari; car, la femme s'en étant dépouillée par la donation qu'elle en a faite à son second mari, et qui, vis-à-vis d'elle, est valable, et n'est nulle qu'au respect de ses enfants, ces conquêts ne se trouvent plus dans sa succession, et ne peuvent, par conséquent, appartenir à ses enfants à titre de succession, mais seulement par le bénéfice de la loi qui leur donne une action révocatoire de la donation.

On peut faire encore d'autres questions semblables à celles que nous avons faites touchant le premier chef de l'édit, et qui se décident par le même principe.

Il n'en est pas de même des autres personnes, comme du second mari. Les donations et les ventes que la femme qui s'est remariée a faites à d'autres personnes, ne sont, comme nous l'avons déja dit, révocables que pour les portions des enfants du premier lit, et elles tiennent pour le surplus. Ceux du second ne participent point à l'action révocatoire, qui n'est accordée à ceux du premier que pour leurs portions.

Il faut même que les enfants du premier lit, auxquels cette action révocatoire est accordée, renoncent à la succession de leur mère, pour qu'ils puissent répéter leurs portions des conquêts vendus; car, s'ils sont héritiers, ils succédent à l'obligation de garantie, et cette obligation exclut leur action.

Que si c'est à titre de donation que la mère a dis-

posé, comme la donation ne produit pas d'obligation de garantie, il s'ensuit que les enfants du premier lit pourront, quoique héritiers de leur mère, répéter leurs portions contre les donataires des conquêts.

De là naît un inconvénient; car, les enfants du second lit n'ayant pas le même droit, il se trouvera que les enfants du premier lit, venant à la succession de leur mère, seront plus avantagés dans les biens de leur mère que ceux du second, venant également comme eux à la succession; ce qui est contraire aux principes de notre droit françois, en matière de succession.

Observez que la coutume ne met une différence entre les seconds maris et les autres personnes que pour le titre de donation, ainsi qu'il résulte de ces termes, *ne peut aucunement avantager*. Quant aux titres onéreux et de commerce, le mari se trouve confondu avec les autres personnes dans la prohibition générale faite à la femme de disposer.

Lors donc que la femme a apporté en la communauté de son second mari des conquêts de la première communauté, contre autant de bien que le second mari a apporté de son côté, cet apport égal étant un contrat onéreux, les enfants du premier lit renonçant à la communauté, et même à la succession de leur mère, ne pourront répéter contre le second mari leurs portions dans les conquêts apportés en communauté.

Il reste une question de savoir si la différence que la coutume d'Orléans met entre le second mari et les autres personnes, touchant la disposition des conquêts, a aussi lieu en la coutume de Paris. De la manière

qu'elle s'explique il semble qu'elle confonde le second mari avec les autres personnes; car, sans faire aucune distinction des personnes, elle s'exprime ainsi : « *Et* « *quant aux conquêts faits avec ses précédents maris*, « n'en peut disposer au préjudice des portions dont « les enfants du premier mariage pourroient aman- « der. »

§. III. En quoi diffèrent les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans, touchant les conquêts, et le second chef de l'édit, touchant les choses données par le premier mari.

La principale différence d'où naissent toutes les autres est, que le second chef de l'édit ordonne à la femme qui se remarie de conserver aux enfants du précédent mariage, à l'exclusion de tous autres, ce qui lui a été donné par leur père; au lieu que les coutumes de Paris et d'Orléans n'ordonnent pas à la femme qui se remarie de conserver les conquêts qu'elle a d'un précédent mariage; mais elles lui défendent seulement d'en avantager son second mari, et même d'en disposer en faveur de quelque personne que ce soit, au préjudice des parts que les enfants du premier mariage pourroient prétendre en sa succession dans lesdits conquêts, si elle n'en eût disposé.

La raison de différence est, que les biens qui ont été donnés à la femme par son mari peuvent être considérés comme des biens de son premier mari, qu'il n'a donnés à sa femme, qu'à la charge de les restituer à sa mort à ses enfants, dans le cas où elle se seroit remariée. L'édit supplée à la donation qui en a été faite,

cette clause de substitution légale à laquelle l'existence des deux conditions, de remariage et de la mort de la femme, donne lieu. C'est pour cette raison que l'édit les défère aux seuls enfants du premier lit. On ne peut pas dire la même chose des conquêts. Quoique la femme soit redevable de ces conquêts aux soins et aux travaux de son mari, néanmoins ces conquêts, qui, par le partage de la communauté, sont tombés dans son lot, sont des biens qui ne lui viennent pas de son mari; qui sont même censés n'avoir jamais appartenu à son mari, mais avoir toujours, et dès le temps de leur acquisition, appartenu à la femme, suivant l'effet rétroactif des partages; et, par conséquent, ils ne peuvent être considérés autrement que comme des biens de la femme, auxquels, par conséquent, tous les enfants de cette femme, tant ceux du second que ceux du premier lit, ont un droit égal.

Ces différences fondamentales présupposées entre le second chef de l'édit et la disposition de nos coutumes, il sera facile d'en parcourir toutes les espèces de différence, et d'en apercevoir les raisons.

PREMIÈRE DIFFÉRENCE.

Il y a lieu au second chef de l'édit lorsque la femme qui s'est remariée meurt, soit qu'elle ait disposé, soit qu'elle n'ait pas disposé des choses qui lui ont été données par son premier mari; et ces choses appartiennent aux seuls enfants de son premier mariage, soit qu'ils soient héritiers de leur mère, soit qu'ils ne le soient pas. Au contraire, il n'y a pas lieu à la disposition de nos coutumes, touchant les conquêts, lorsque

la femme qui s'est remariée est morte sans en avoir disposé; et ils se partagent comme biens de sa succession entre tous ses enfants, tant du premier que du second lit, qui ne peuvent, en ce cas, y prendre part qu'en qualité d'héritiers de leur mère.

SECONDE DIFFÉRENCE.

C'est que, selon les coutumes de Paris et d'Orléans, lorsque la femme a disposé des conquêts, il n'y a lieu à l'action révocatoire que pour les portions des enfants du premier lit, et la disposition vaut pour le surplus; au lieu que, par le second chef de l'édit, la disposition que la femme qui s'est remariée a faite des choses à elle données par son premier mari est infirmée pour le total par les enfants du premier lit.

TROISIÈME DIFFÉRENCE.

Il n'y a que les aliénations faites durant le second mariage qui puissent recevoir atteinte pour les portions des enfants du premier lit. Celles faites auparavant n'en peuvent recevoir aucune, à moins qu'on ne justifie qu'elles eussent été faites en fraude, et dans le dessein d'en faire passer le prix au second mari, que la femme étoit sur le point d'épouser. Pareillement, celles faites depuis la dissolution du second mariage ne peuvent recevoir aucune atteinte: nos coutumes le décident en termes formels. Au contraire, par le second chef de l'édit, les enfants du premier lit peuvent revendiquer contre les tiers-acquéreurs les choses données par leur père à leur mère qui s'est remariée, en quelque temps que ce soit qu'elle en ait disposé, soit

avant, soit depuis son second mariage. La raison de différence est que, dans le cas du second chef de l'édit, c'est le second mariage qui donne lieu à la substitution légale des biens donnés à la femme qui s'est remariée, par son premier mari, et non pas les aliénations que la femme en fait, puisque, quand même elle ne les auroit pas aliénés, la substitution ne laisseroit pas d'avoir lieu au profit des enfants du premier mariage, comme nous l'avons vu ci-dessus; au lieu qu'à l'égard des conquêts, la coutume n'ayant fait autre chose que d'interdire à la femme qui s'est remariée d'aliéner les conquêts de son premier mariage, au préjudice des portions des enfants du premier lit, la substitution légale de ces conquêts, au profit desdits enfants, ne peut naître que de l'aliénation même qui en est faite contre la défense de la loi. Il n'y a que celles faites durant le second mariage qui soient faites contre la défense de la loi: il n'y a donc que celles-là qui puissent donner lieu à la substitution légale des conquêts au profit des enfants.

QUATRIÈME DIFFÉRENCE.

Les biens que les enfants recueillent, en vertu de la substitution légale du second chef de l'édit, leur sont, comme nous l'avons décidé en l'article précédent, propres paternels, comme étant censés n'avoir été donnés à leur mère qu'à la charge de les leur rendre. Au contraire les conquêts, dans le cas de nos coutumes, leur sont propres maternels par les raisons rapportées au commencement de ce paragraphe.

Quand les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans cessent-elles d'avoir lieu, et si elles s'étendent à l'homme qui se remarie.

Les dispositions des coutumes, touchant la défense qui est faite à la femme qui se remarie de disposer des conquêts au préjudice des portions des enfants du premier lit, cessent par la dissolution du second mariage. Nos coutumes déclarent formellement qu'elle recouvre la faculté d'en disposer à son gré.

La disposition de ces coutumes cesse encore plus par le prédécès des enfants du premier mariage avant leur mère.

Quant à la question, si la disposition de ces coutumes devoit s'étendre à l'homme qui se remarie, elle a fait difficulté autrefois. Plusieurs pensoient qu'elle ne devoit pas s'y étendre, la même raison ne militant pas pour l'homme comme pour la femme. L'homme ayant la part principale à l'administration des affaires de la communauté, et en étant même le seul administrateur, c'est à ses soins, à ses travaux, que la femme est redevable des acquisitions qu'elle a faites avec lui; ce qui l'oblige plus particulièrement à conserver aux enfants qu'elle a eus avec lui les portions qu'ils doivent amander dans ces conquêts; et c'est peut-être ce qui a servi de motifs aux dispositions de nos coutumes. Or, cette raison étant particulière à la femme, il paroissoit s'ensuivre que la disposition de ces coutumes ne devoit pas être étendue à l'homme. Cependant, par l'arrêt de 1697, que nous avons déja cité, et qui a fixé

la jurisprudence, il a été jugé que l'homme qui se remarie ne pouvoit pas avantager sa seconde femme des conquêts de sa première communauté : et, en ce point, la disposition de ces coutumes a été étendue à l'homme. Elle ne l'est pas néanmoins en tout point ; car il paroît, par l'arrêt de Sourdeval, que toutes sortes de dispositions faites à d'autres personnes qu'à une seconde femme, ne sont pas interdites à l'homme qui s'est remarié, comme elles le sont à la femme.

FIN DU TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

TRAITÉ
DES PERSONNES
ET DES CHOSES.

PREMIÈRE PARRTIE.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

Division des personnes en ecclésiastiques, en nobles, gens du tiers-état, et serfs.

SECTION PREMIÈRE.

Des ecclésiastiques, et de leurs privilèges.

Les ecclésiastiques composent le premier ordre du royaume. Ils sont distingués des autres sujets par plusieurs privilèges que nos rois leur ont accordés.

Les avantages dont ils jouissent sont, ou des honneurs, ou des droits utiles.

Nous ne parlerons pas ici des droits utiles qui leur ont été accordés, parceque nous n'avons maintenant pour objet que de traiter des personnes.

Nous nous bornerons donc aux droits personnels qui concernent les ecclésiastiques.

Lorsque nous disons que les ecclésiastiques composent le premier ordre du royaume, c'est-à-dire qu'ils ont le pas et la préséance sur les laïcs dans les églises, et dans les cérémonies de religion; dans les assemblées politiques, le corps du clergé précède aussi les autres corps, comme il paroît par les séances des états généraux ou particuliers; de même, dans les parlements, on prend les voix des conseillers clercs avant celles des laïcs; dans les provinces, l'archevêque précède les gouverneurs; les corps de chapitres des églises cathédrales ont la préséance sur les corps des bailliages, sénéchaussées, ou présidiaux.

A l'égard du rang que les corps du clergé doivent garder entre eux, il se règle suivant les anciens usages. Voyez M. Fleury, partie 1re, chap. 29.

Les exemptions accordées aux ecclésiastiques sont de deux sortes : les unes sont purement personnelles, et tendent à leur conserver le repos nécessaire pour vaquer à leurs fonctions; les autres sont réelles-personnelles, et regardent plus la conservation de leurs biens; car, puisque le public les entretient et les récompense de leur travail, il est juste de leur conserver leur revenu, et de ne pas prendre d'une main ce qu'on leur donne de l'autre. M. Fleury, *Institut. au Droit ecclésiast.*

Les exemptions réelles-personnelles sont, 1° que les ecclésiastiques ne sont compris dans aucunes des impositions pour la subsistance des troupes et fortifications des villes, réparations des murs, ponts et

chaussées, ni généralement pour aucuns octrois, subventions ou autres emprunts de communautés; (*Mém.*, part. 4, ch. 23,) ce qui est fondé sur les ordonnances de 1568, 1571, 1572 et 1574. Néanmoins cette exemption ne doit pas s'étendre aux cas de nécessités publiques, suivant l'arrêt solennel de la cour des aides de 1596, rendu en avril, qui déclare les ecclésiastiques contribuables aux nécessités publiques, telles que la fortification et la clôture des villes, comme aussi aux frais qui se font pour honorer les premières entrées des rois et reines de ce royaume. Ils doivent aussi, dans les temps de misère et de disette, contribuer aux aumônes publiques pour la nourriture des pauvres.

L'assemblée, pour faire la taxe, doit même se faire en présence de l'évêque, qui doit y présider, ou son grand-vicaire en son absence. S'il n'y a pas d'évêque, ce doit être l'ecclésiastique le plus qualifié; ce qui doit même s'observer dans les villes où il y a parlement, et où il n'y a pas d'évêché.

2° Les ecclésiastiques sont exempts des tailles personnelles pour leurs biens ecclésiastiques, pour leur titre clérical, et pour ce qui leur échoit par succession, en ligne directe seulement, pour leur part héréditaire, aussi bien que pour les revenus des bénéfices et des dîmes qu'ils font valoir par leurs mains, ou qu'ils tiennent à ferme : mais ces priviléges, dit M. Fleury, ont reçu de grandes atteintes dans les derniers temps. En la plupart des lieux, les ecclésiastiques sont compris à la taille pour les biens qu'ils font valoir; les intendants les taxent d'office pour les dîmes qu'ils tiennent à ferme, et les habi-

tants les imposent sous le nom de faisant valoir leurs dîmes. Les ecclésiastiques ne sont plus exempts que pour une des fermes de leur bénéfice; du reste, ils peuvent faire valoir leurs terres par leurs mains, jusqu'à concurrence de quatre charrues, pourvu qu'elles soient situées dans la même paroisse. S'ils en font valoir davantage, ou s'ils en prennent à ferme, ils sont sujets à la taille. Cependant les curés peuvent prendre à ferme les dîmes de leur paroisse sans qu'on puisse les imposer à la taille.

3° Les biens appartenants à l'Église sont francs comme les biens nobles. Les ecclésiastiques peuvent posséder des biens nobles sans être sujets aux droits de franc-fief : la plupart des coutumes les exemptent même des corvées réelles; et dans celles où ils n'en sont pas exempts, ils ne sont pas obligés de les remplir par eux-mêmes; il suffit qu'ils les fassent faire par d'autres. Ils ne sont pas non plus assujettis aux banalités de moulin, de four et de pressoir.

4° Dans les pays où l'impôt du sel a lieu, les ecclésiastiques en sont exempts, comme de la visite de leur maison pour recherche de faux sel : ils sont encore exempts du droit d'aides pour les vins de leur cru, soit bénéfice ou patrimoine, ou provenant de leur titre clérical. Ils ne sont pas sujets au droit de vingtième, s'ils le vendent en gros, ni au huitième ni quatrième, s'ils le vendent en détail. Arrêt de la cour des aides, du 4 août 1632; ordonnance de 1616. Il en est de même du vin qui provient de leur dîme, ou des pressoirs banaux dont la banalité est établie

avant 1650. Le vin donné aux curés ou aux vicaires pour leur portion, est réputé vin de leur cru.

5° Par un privilége particulier, on a accordé aux ecclésiastiques, à cause des troubles qui ont agité le royaume, la dispense de représenter leurs titres, pour constater les droits qu'ils prétendent; il suffit qu'ils aient des actes de possession qui puissent y suppléer.

Pour ce qui est des exemptions personnelles des ecclésiastiques, elles consistent:

1° En celle de la juridiction. Les ecclésiastiques ont obtenu de nos rois le privilége de pouvoir demander leur renvoi dans leurs causes pures personnelles, où ils sont défendeurs, devant les juges d'église; et les juges d'église peuvent aussi les revendiquer, lorsqu'ils n'ont pas demandé le renvoi.

Il faut néanmoins observer que le juge ecclésiastique seroit incompétent, s'il étoit question d'une cause pure personnelle, qui emportât dérogation au privilége ecclésiastique: *v. g.*, si un ecclésiastique avoit accepté une tutèle dont il seroit comptable au juge laïc, ou s'il avoit fait quelques actes de commerce; auquel cas il seroit justiciable des consuls ou autres juges laïcs.

Mais cette permission de demander son renvoi devant le juge ecclésiastique n'est accordée qu'à ceux qui sont dans les ordres sacrés, c'est-à-dire au moins sous-diacres, et aux religieux profès.

Ils ont aussi le même privilége dans les matières criminelles; et s'il s'agit du délit commun, le juge ecclésiastique en connoît seul: si, au contraire, il

s'agit d'un cas privilégié, la procédure doit être instruite conjointement par le juge d'église et par le juge laïc.

Les ecclésiastiques peuvent aussi, en tout état de cause, demander à être jugés, toute la grande chambre du parlement où la procédure est pendante assemblée. Ordonn. de 1670, tit. 1, art. 21.

2° Les ecclésiastiques sont exempts des charges municipales et des charges de tutèles et curatelles, à moins qu'ils ne les acceptent volontairement.

3° Ils sont exempts de la contrainte par corps, portée par l'ordonnance de Moulins, pour dettes civiles, même pour les dépens auxquels ils seroient condamnés. Il faut cependant excepter le cas auquel ils auroient contracté des obligations qui les auroient fait déroger à leurs priviléges.

L'ordonnance de 1667 porte, que les meubles des ecclésiastiques, destinés au service divin ou à leur usage, même leurs livres, jusques à concurrence de 150 liv., ne peuvent être saisis ni exécutés par leurs créanciers; et ceux-ci doivent leur laisser une certaine portion des fruits de leur bénéfice pour leur subsistance. Le titre clérical ne peut pas non plus être saisi ni décrété : c'est pour cela qu'il doit être publié au prône des paroisses, afin que ceux qui y ont intérêt puissent former opposition à l'établissement de ce titre.

4° Ils sont dispensés du service militaire qui se devoit autrefois à cause des fiefs, et n'a plus lieu qu'à la convocation de l'arrière-ban. Ils ne sont pas même obligés à fournir d'autres personnes pour servir à leur place, ni à payer aucunes taxes pour cet effet. Ils

sont aussi exempts de guet et de garde. Blois, articles 55 et 56. Ils sont encore exempts des logements de gens de guerre. Il est défendu aux gens de guerre, sous peine de la vie, de loger dans les maisons presbytérales ou autres affectées aux bénéfices, ou dans les maisons d'habitation des ecclésiastiques; et aux maires et échevins de ville, et aux fourriers des logis, de donner des billets pour y faire loger, ou d'imposer sur les ecclésiastiques aucunes taxes, pour raison de logement, ustensiles, ou fournitures telles qu'elles soient.

Tous les clercs, comme nous l'avons dit, ne jouissent pas des priviléges accordés aux ecclésiastiques. Il faut qu'ils soient constitués dans les ordres sacrés, ou au moins clercs tonsurés et pourvus de quelques bénéfices. Ceux même qui ne sont pas connus comme ecclésiastiques, quoiqu'ils le soient en effet, soit qu'ils soient travestis, vagabonds ou autrement, ne jouissent pas de ces priviléges.

SECTION II.

De la noblesse et de ses priviléges, comment elle se perd, de quelle manière elle se recouvre, et des usurpateurs de noblesse.

La noblesse considérée comme le second ordre de l'état comprend tous les nobles du royaume: mais si on la considère comme une qualité distinctive de plusieurs personnes, elle peut se définir un titre d'honneur, qui donne à ceux qui en sont revêtus plusieurs priviléges et exemptions.

On distingue deux sortes de noblesse : celle de race, et celle de concession.

ARTICLE PREMIER.

De la noblesse de race.

La noblesse de race est celle dont on ne connoît pas l'origine, ou, comme le dit Loiseau, dont on ne peut coter le commencement. Les actes de possession suffisent pour la prouver. Suivant le réglement des tailles de 1600, la possession du père et de l'aïeul est regardée comme suffisante. La déclaration de 1664, exigeoit que l'on rapportât des preuves de cette possession depuis 1550. Cependant aujourd'hui il suffit de rapporter des extraits baptistaires, des contrats de mariage, des partages et autres actes de familles, dont les dates remontent au-delà de cent ans, et qui justifient que, depuis ce temps, les ancêtres ont vécu noblement, et ont été qualifiés comme tels. Si néanmoins il y avoit preuve contre celui qui avance cette possession de cent ans, qu'il a eu avant ce temps des ancêtres roturiers, il ne seroit pas noble. La noblesse est imprescriptible ; et ce qui est imprescriptible ne peut s'acquérir que par les voies de droit. La raison de ce que la noblesse n'est pas sujette à la prescription est que ses effets sont de donner à ceux qui en sont décorés l'exemption de plusieurs charges, et, en cela, elle est contraire à l'intérêt primitif de l'état, qui demande que tous les membres en supportent également les charges. Si donc quelques personnes sont exemptes de ces charges, ce ne peut être que par pri-

vilége : or, tout privilége demande une concession expresse, et ne peut jamais s'acquérir par prescription.

La preuve de la possession immémoriale de la noblesse doit renfermer, de la part de celui qui annonce cette possession, deux choses : savoir, la filiation, et la possession de ses ancêtres.

1° Sa filiation : en effet, ce seroit en vain qu'il prétendroit que ses ancêtres ont été nobles, s'il ne prouvoit pas qu'il descend d'eux en ligne directe ; et il soutiendroit inutilement qu'il a reçu d'eux la noblesse, s'il ne fait voir que c'est d'eux qu'il a reçu la naissance. Si, lorsqu'on dispute à un fils de famille la succession de son père à laquelle il est appelé par la voie unanime de la nature et de la loi, la première chose qu'il doive faire est de prouver la filiation, c'est-à-dire qu'il est véritablement fils de celui dont on lui conteste la succession, à combien plus forte raison celui qui se prétend noble de naissance, doit-il montrer sa descendance de race en race de ceux qu'il prétend lui avoir transmis sa noblesse, qui n'est pas une qualité introduite par le droit civil en faveur des citoyens, mais un privilége dont il ne décore qu'un certain nombre de personnes ?

2° La preuve de la noblesse de race doit démontrer la possession des ancêtres, qui ont toujours pris la qualité de chevalier, d'écuyer, même de noble, qui est la qualification ordinaire des gentilshommes en Normandie et dans les pays de droit écrit.

Dans quelques unes des provinces de droit écrit, comme le Lyonnois, le Forez et le Beaujollois, les officiers de justice, les avocats et médecins prennent la

qualité de nobles; mais cette qualité ne leur donne, ni à eux, ni à leurs enfants, aucun titre de noblesse, s'ils ne l'ont de race et d'ancienneté.

Nous avons dit ci-dessus que la noblesse de race étoit suffisamment prouvée par une possession de cent ans. En Normandie, on suit une autre régle; il faut prouver quatre degrés ou générations de noblesse; et ces quatre degrés seroient suffisants, quand même ils ne remonteroient pas au-delà de cent ans; mais aussi, s'il falloit remonter plus loin, la preuve de ces quatre degrés est absolument nécessaire.

Plusieurs de nos anciens auteurs ont cherché l'origine de cette ancienne noblesse. Quelques uns d'eux croient la voir établie chez les anciens Gaulois; mais il est bien plus raisonnable de ne pas donner à cet établissement une origine plus ancienne que la monarchie. Pasquier, Loiseau, et quelques autres, nous apprennent que les Francs, après avoir conquis les Gaules sur les Romains, conservèrent sur eux la supériorité que la victoire peut donner au vainqueur sur les vaincus. Les avantages qui furent une suite de cette supériorité étoient en grand nombre. Les Francs pouvoient seuls porter les armes; ils étoient seuls admis aux dignités de l'état. Les bénéfices, connus depuis sous le nom de fief, leur étoient affectés: ils avoient leur entrée dans les assemblées générales de la nation, qui se tenoient annuellement.

Il faut cependant observer que les Francs, soit au moment de leur conquête, soit depuis, admirent quelques Romains à leurs franchises. Tous les Romains que le roi admettoit à sa table étoient eux et leurs

enfants incorporés à la nation des Francs. C'étoit une espèce d'anoblissement. Il y a lieu de présumer qu'à cette distinction des Francs et des Romains succéda celle des nobles et des roturiers; que les nobles furent ceux qui descendoient des Francs, et se trouvoient en possession de leurs priviléges, et que les roturiers, au contraire, furent ceux qui descendoient des Romains, ou qui avoient été réduits à leur condition. On se convaincra de plus en plus de la vérité de cette origine, si on considère que les priviléges dont jouit la noblesse sont presque tous ceux dont les Francs étoient en possession.

ARTICLE II.

De la noblesse de concession.

La noblesse de concession est celle qui est accordée par le roi. Lui seul peut la donner. Les concessions qu'il en fait sont ou générales, ou particulières.

Les concessions générales sont celles qui ont lieu en faveur de tous les descendants mâles, de tous ceux qui ont été pourvus de certains offices auxquels elle est attachée. La noblesse est attachée à quelques uns de ces offices au premier degré: il suffit que le père les ait possédés pour que le fils soit noble. Tels sont les offices de la couronne, ceux des cours souveraines, ceux de secrétaires du roi, soit du grand, soit du petit collége, et quelques autres. Il y a, au contraire, des offices, tels que ceux des trésoriers de France, auxquels la noblesse n'est attachée qu'au second degré: il

faut que le père et l'aïeul aient été pourvus de ces offices pour que le fils soit noble.

Mais pour que celui qui est pourvu d'un office auquel la noblesse est attachée, puisse l'acquérir et la transmettre à ses descendants, il faut qu'il ait possédé l'office pendant vingt ans, ou qu'il en soit mort revêtu; ce qui a lieu, soit pour les offices auxquels la noblesse a été attachée au premier degré, soit pour ceux auxquels elle n'est acquise qu'au second; et, dans ce second, il faut que le père ou l'aïeul aient chacun possédé l'office pendant vingt ans, ou en soit mort revêtu.

On demande de quel temps ces vingt ans commencent à courir? si c'est du jour des provisions, ou du jour de l'installation? On ne peut faire courir les vingt ans du jour des provisions, si l'on considère que la noblesse n'est pas tant attachée à la propriété de l'office qu'à l'exercice; car, les provisions ne font que donner un droit à l'office; et elles ne confèrent pas la qualité d'officier. Ce n'est donc pas évidemment du jour des provisions que doivent courir les vingt ans. Mais peut-on même les faire courir du jour de la réception? ou ne doivent-ils pas plutôt commencer à n'être comptés que du jour de l'installation? A la vérité on acquiert le caractère d'officier par la réception; mais on n'entre dans l'exercice de l'office que par l'installation: et si la noblesse est attachée à l'exercice de l'office, si elle en est la récompense, il s'ensuit que les vingt ans d'exercice ne doivent commencer que du jour de l'installation. Il en résulteroit donc que celui qui décéderoit après avoir obtenu les provisions d'un

office qui anoblit, après même avoir été reçu dans cet office, mais avant son installation, n'auroit pas la noblesse, et ne la transmettroit pas à ses descendants. Mais, malgré ces raisons, qui sont très fortes, l'opinion contraire a prévalu. Il paroît qu'on tient pour constant que les vingt ans requis pour acquérir la noblesse commencent à courir du jour de la réception. On se fonde sur ce que les édits de création n'exigent rien autre chose, sinon que le titulaire ait possédé l'office, et ait été officier pendant vingt ans.

On a aussi proposé la question de savoir si le titulaire de l'office auquel la noblesse est attachée, qui viendroit à résigner avant vingt ans d'exercice, mais après avoir obtenu des lettres de vétérance, acquéroit la noblesse? L'affirmative paroît former le sentiment le plus unanime et le mieux fondé. Celui qui a obtenu des lettres de vétérance demeure toujours officier, il doit acquérir tous les droits qui sont attachés à son office. Or, la noblesse en est un des premiers et des plus considérables; on ne peut donc le lui contester.

Outre les différents offices de justice et de finance auxquels nos rois ont attaché la noblesse, il y a aussi plusieurs offices municipaux, qui, dans certaines villes, confèrent la noblesse à ceux qui les obtiennent. On peut voir dans le dictionnaire des arrêts, sur le mot *noblesse*, les différentes villes ou les maires et échevins acquièrent la noblesse par une concession particulière de nos rois. Nous observerons cependant que, dans plusieurs de ces villes, il n'y a que la mairie qui confère la noblesse.

Comme l'exercice de ces offices est limité à un cer-

tain temps, il en résulte que, pour acquérir la noblesse qui y est attachée, il n'est pas nécessaire de les avoir possédés pendant vingt ans, comme cela est requis pour les autres offices; mais il faut observer, par rapport à ces offices, la seconde régle dont nous avons parlé, qui est, que ceux qui meurent avant la fin de leur exercice n'en acquièrent pas moins la noblesse pour la transmettre à leurs descendants; mais ceux qui ont été nommés à ces offices, doivent prendre un certificat dans la forme ordinaire, qui prouve qu'ils ont été effectivement pourvus, et ce certificat leur sert de preuve de noblesse.

Par une concession générale du prince, la noblesse s'acquiert encore par le service militaire.

Ce n'est que depuis très peu d'années, que le service militaire confère la noblesse. Louis XV voulant récompenser ceux de nos militaires qui avoient défendu l'état avec tant de zéle et de courage pendant la guerre, ne s'est pas contenté, ainsi que les rois ses prédécesseurs, de leur donner des marques de sa reconnoissance par des honneurs et par des pensions; il a porté sa générosité plus loin. Considérant que ces honneurs et ces bienfaits leur étoient personnels et s'éteignoient avec eux, il a voulu les honorer par des distinctions plus durables, et qu'ils pussent transmettre à leur postérité. Il a donné un édit, au mois de novembre 1750, portant création d'une noblesse qui peut s'acquérir par les armes, sans qu'il soit besoin de lettres d'anoblissement. Cet édit ne confère pas la noblesse à tous ceux qui font la profession des armes. Il distingue les officiers d'avec les simples soldats. La nom-

breuse multitude de ces derniers ne permet pas en effet qu'on leur accorde un privilége, dont l'effet seroit de surcharger les sujets qui portent le poids des tailles et des impositions. C'est aussi par cette raison que l'édit ne veut pas que tous les officiers indistinctement acquièrent la noblesse. L'édit distingue les officiers généraux d'avec ceux d'un grade inférieur. L'art. 2 porte que tous officiers généraux, non nobles, qui étoient au service au moment de la publication de l'édit, seront et demeureront anoblis avec leur postérité née et à naître en légitime mariage.

Par l'art. 3, il est dit qu'à l'avenir le grade d'officier général conférera la noblesse de droit à ceux qui y parviendront, et qu'ils jouiront de tous les droits de la noblesse, à compter du jour et date de leurs brevets. Les officiers généraux sont: les maréchaux de France, les lieutenants généraux des armées du roi, et tous les autres officiers, jusqu'aux maréchaux de camp inclusivement.

Quant aux officiers d'un grade inférieur à celui de maréchal de camp, ils ne deviendront nobles de droit, que lorsque leur père et leur aïeul auront chacun servi l'espace de trente ans, non interrompus, dont ils auront passé vingt ans avec la commission de capitaine; ou dix-huit avec celle de lieutenant-colonel; ou seize avec celle de colonel; ou quatorze avec le rang de brigadier des armées du roi, et qu'ils auront été créés chevaliers de l'ordre de Saint-Louis; et ils n'acquerront eux-mêmes la noblesse, dans ces cas, qu'après avoir été eux-mêmes créés chevaliers de Saint-Louis, et qu'après avoir servi eux-mêmes pendant le

temps et avec le rang ou commission requis; art. 4, et 6.

Cet article reçoit quelques exceptions: 1° les officiers devenus capitaines et chevaliers de l'ordre de Saint-Louis, que leurs blessures mettent hors d'état de continuer leur service, demeureront dispensés du temps qui restera encore à courir; art. 8.

2° Ceux qui mourront au service, après être parvenus au grade de capitaine, mais sans avoir rempli les autres conditions dont nous venons de parler, seront censés les avoir accomplies; art. 9.

Il faut encore observer que ce qui est renfermé dans les art. 6, 8 et 9, regarde tous les officiers indistinctement; soit ceux qui sont dans le premier ou second degré, soit ceux qui remplissent le troisième, et qui acquièrent de plein droit la noblesse.

La même loi fixe ensuite la manière dont les officiers pourront, dans les différents cas, justifier le temps de service, et les autres circonstances dont nous avons parlé: elle veut qu'on prenne dans tous ces cas un certificat du secrétaire d'état chargé du département de la guerre.

S'il ne s'agit que de justifier le temps de service, le certificat doit porter que l'officier a servi pendant le temps prescrit, dans tel corps ou dans tel grade.

Dans le cas où l'officier est hors d'état de continuer son service, à cause de ses blessures, le certificat doit en outre, contenir et spécifier la qualité des blessures de cet officier, les occasions de guerre dans lesquelles il les a reçues, et la nécessité dans laquelle il se trouve de se retirer; art. 8.

Si, au contraire, l'officier est mort au service, le certificat qui sera délivré à ses enfants portera que leur père, au jour de sa mort, servoit dans tel corps et dans tel grade. Celui qui acquiert la noblesse doit aussi prendre un certificat dans la même forme, pour justifier de ses services personnels. Ce n'est même que du jour de la date de ce certificat, qu'il commence à jouir des droits de la noblesse. Si même l'officier, qui remplit le troisième degré, étoit mort au service après être parvenu au grade de capitaine, il sera censé avoir acquis la noblesse; et, pour en assurer la preuve, il doit être délivré à ses enfants légitimes un certificat dans la forme que nous avons dite; art. 10 et 11.

Nous observerons que la déclaration du 22 janvier 1752, veut, qu'au lieu du certificat du secrétaire d'état, que les officiers devoient obtenir pour justifier le temps de leurs services, ou les autres cas dont nous avons parlé, il leur soit délivré des lettres scellées du grand sceau, sous le titre de lettres d'approbation de services. Ces lettres doivent exactement contenir la même atestation que devoit porter le certificat du secrétaire d'état chargé du département de la guerre. Il ne faut pas omettre que ces lettres ne sont sujettes à aucun enregistrement.

Pour conserver plus facilement la preuve du service militaire, l'édit de 1750 avoit permis aux officiers de déposer pour minutes, chez tels notaires royaux qu'ils jugeroient à propos, les lettres, brevets, et commissions de leurs grades, ainsi que les certificats des secrétaires d'état chargés du département de la guerre, et d'en retirer des expéditions; mais la déclaration de 1752 a

révoqué la faculté de faire ces dépôts; elle permet seulement aux officiers de déposer pour minutes leurs lettres d'approbation de service, et les autres lettres de leurs grades, aux greffes des cours de parlements, dont il doit être délivré des expéditions sans frais; ils peuvent aussi faire ces dépôts aux chambres des comptes, aux cours des aides; art. 5.

Il faut encore observer que les officiers non nobles, qui étoient au service au jour de la publication de l'édit, doivent jouir du bénéfice de cet édit à mesure que le temps de leur service sera accompli, quand même ce temps auroit commencé à courir avant qu'il eût été publié; art. 16; mais cet article n'accorde aux officiers d'autre avantage rétroactif que le droit de remplir le premier degré. Les cours souveraines, et autres juridictions qui ont droit d'en connoître, ne doivent pas les admettre à la preuve des services de leurs pères ou aïeux, retirés du service, ou décédés avant la publication de l'édit.

Les concessions particulières de la noblesse sont celles qui sont faites à ceux que le roi veut en gratifier par des lettres qu'il leur accorde. Ces lettres sont connues sous le nom de lettres d'anoblissement; il n'y a que le roi qui puisse les accorder. En effet, la concession de la noblesse est un acte de la souveraineté, qui est essentiellement réservé à la royauté. Les rois en ont même été seuls en possession dans le temps où l'autorité royale étoit presque éclipsée. M. Pichon rapporte un arrêt du parlement de Paris, de 1250, qui porte que le comte de Flandre, nonobstant tout usage contraire, ne pouvoit ni ne devoit faire d'un roturier

un chevalier, c'est-à-dire l'anoblir. Loisel propose aussi comme une des lois fondamentales de l'état, que nul ne peut anoblir que le roi.

Les lettres d'anoblissement doivent être scellées du grand sceau, et enregistrées au parlement, à la chambre des comptes, et à la cour des aides; aussi voyons nous que ces lettres sont adressées à ces différentes cours: le défaut d'enregistrement les rendroit nulles. On trouve dans le dictionnaire des arrêts, un arrêt qui a jugé que la succession d'un homme qui n'avoit pas fait enregistré au parlement ses lettres de noblesse, seroit partagée comme la succession d'un roturier, quoique ces lettres, suivant qu'il paroît, eussent été enregistrées en la chambre des comptes.

Bacquet rapporte le formulaire de ces lettres d'anoblissement; on y voit que celui qui les a obtenues doit payer une finance suivant la taxe de messieurs de la chambre des comptes. Aujourd'hui le roi remet presque toujours cette finance qui est pour l'indemniser de la diminution de ses droits. L'impétrant de ces lettres, outre la finance d'indemnité, en doit encore une autre qu'on nomme *aumône*, parce qu'on l'emploie en œuvres pieuses. Elle est pareillement fixée par messieurs de la chambre des comptes; mais la remise s'en fait beaucoup plus rarement; Loiseau, *des Ordres*, ch. 5, n. 55, 56.

Pour que la noblesse qui est conférée par ces lettres d'anoblissement soit irrévocable, il faut que la grace soit fondée sur des services rendus à l'état, et dont la preuve se trouve sous le contre-scel des lettres. Il n'importe de quelle nature soient les services; il suf-

fit que le roi les ait regardés comme suffisants pour mériter la noblesse. La mention des services dans les lettres est si nécessaire, qu'on ne seroit pas admis à en alléguer dans le cas d'omission.

Les lettres de noblesse qui ne sont fondées sur aucun service sont toujours révocables. Si elles avoient été acquises à prix d'argent, il faudroit que le roi remboursât la finance qu'il auroit reçue pour les accorder. C'est, dans ce cas, une espèce d'engagement du domaine qu'il peut faire cesser par le remboursement.

Nous ne connoissons pas d'autres manières d'acquérir la noblesse dans ce royaume, que la réception en un office auquel la noblesse est attachée, le service militaire, et les lettres d'anoblissement.

On a long-temps douté si les fiefs de dignité anoblissoient ceux qui en avoient reçu l'investiture. Quelques auteurs avoient embrassé l'affirmative indistinctement; *Loisel*, reg. 11, tit. 1, l. 1. Dumoulin, en sa note sur l'art. 9 de l'ancienne coutume de Paris, distingue si le roturier a été investi par le roi, ou non, et il prétend que les fiefs de dignité n'anoblissent que dans le premier cas. Loiseau, ch. 8 *des Seigneuries*, n. 21, admet cette distinction. Par l'ordonnance de Blois, de l'année 1579, art. 258, les fiefs, de quelque dignité qu'ils soient, n'anoblissent plus leurs possesseurs; et quant à nous, nous croirions que si le roi donnoit à un roturier l'investiture d'un fief de dignité, celui-ci seroit censé anobli; il en seroit de même si le roi érigeoit, en faveur d'un roturier, une terre en titre de baronnie, marquisat, comté, ou duché; en effet, une pareille érection seroit une concession tacite de la

noblesse, parcequ'on ne peut être baron, marquis, comte, ou duc, sans être noble; mais, dans ce cas, ce n'est pas tant, comme le remarque Loiseau, le fief qui anoblit, que l'investiture que le roi en donne.

De même que les fiefs de dignité, qui originairement ne pouvoient être possédés que par des nobles, n'anoblissent pas leurs possesseurs, si ce n'est dans les deux cas que nous avons proposés; de même les offices affectés aux nobles, par leur édit de création, ne confèrent pas la noblesse à ceux qui en sont pourvus; Loiseau, ch. 5, n. 49 *des Ordres*.

Quelquefois, au lieu de lettres de noblesse, nos rois accordent des lettres de chevalerie qui produisent le même effet; elles ont même cet avantage sur celles de noblesse qu'elles confèrent la noblesse sans aveu de roture.

Au reste, il faut suivre, à l'égard de ces lettres, tout ce que nous avons dit des lettres de noblesse.

La noblesse, soit de race, soit de concession, est par sa nature transmissible; mais elle ne se transmet que par mâle et en légitime mariage: 1° elle ne se transmet que par mâles. C'est en effet une règle certaine en droit, que les enfants suivent la famille du père. Les filles nobles jouissent à la vérité de la noblesse de leur père, mais elles sont incapables de la transmettre à leurs enfants. Les filles nobles perdoient même autrefois leur noblesse en épousant un roturier; Loiseau, ch. 5, n. 65. Mais aujourd'hui leur noblesse n'est qu'en suspens pendant leur mariage; elles rentrent, après la mort de leur mari, dans tous les droits que leur donnoit leur naissance. Il faut ce-

pendant qu'elles déclarent qu'elles veulent vivre noblement.

De même qu'une fille noble qui a épousé un roturier perd sa noblesse, ou du moins n'en peut tirer avantage durant son mariage, de même la femme roturière qui a épousé un noble jouit de tous les avantages de la noblesse, non seulement pendant son mariage, mais encore pendant son veuvage, et jusqu'à ce qu'elle passe à de secondes noces. Cette règle souffre néanmoins exception à l'égard de la femme serve, qui n'est pas anoblie par son mariage avec un noble; *Loisel*, règle 18, tit. 1, l. 1.

Il y avoit quelques coutumes où la noblesse se transmettoit, tant par mâles que par femmes, de sorte que, pour être noble, il suffisoit d'être né d'un père ou d'une mère noble. Telles sont les coutumes de Troyes, Sens, Meaux, Chaumont, et Vitry; mais il a été jugé par plusieurs arrêts que cette noblesse n'étant établie que par la coutume, elle ne pouvoit avoir que des effets coutumiers, sans qu'on pût s'en servir pour l'exemption des tailles, ou de tous autres droits semblables; arrêt de la cour des aides de 1566. Il paroît même difficile à comprendre comment cette noblesse, ne produisant aucuns des effets ordinaires, peut encore être distinguée lorsqu'il s'agit du partage des successions, ou autres cas semblables où cette noblesse peut être de quelque utilité.

Charles VII, pour récompense des services de Jeanne d'Arc, connue sous le nom de Pucelle d'Orléans, l'avoit anoblie elle et ses deux frères, et leurs descendants, tant par mâles que par femmes; mais ce pri-

vilége a été restreint dans le dernier siècle sur les conclusions du procureur-général, et la noblesse ne se transmet plus dans cette famille que par les mâles, suivant le droit commun ; édit de 1614.

Quoique la noblesse ne se transmette que par mâles, et qu'il ne puisse y avoir de noblesse du côté de la mère, il faut cependant avouer que la noblesse de celui qui est né de père et de mère nobles est plus pure; aussi y a t-il certains cas où l'on requiert la noblesse, tant du côté du père que du côté de la mère.

2° La noblesse ne se transmet qu'en légitime mariage. Il est vrai que, selon nos anciens usages, le bâtard avoué retenoit le nom et les armes de son père; mais Henri IV a aboli cet usage. Il a défendu, par l'art. 26 du réglement de 1600, aux bâtards, encore qu'ils fussent issus de pères nobles, de s'attribuer le titre et la qualité de gentilshommes, s'ils n'obtiennent des lettres d'anoblissement fondées sur leur propre mérite ou sur les services de leurs pères, et même le bâtard d'un gentilhomme, qui obtiendroit du prince des lettres de légitimation, n'acquerroit pas pour cela la noblesse, à moins qu'il n'y eût fait insérer la clause d'anoblissement; cela est fondé sur ce que la légitimation par lettres du prince n'a d'autre effet que de purger le vice de la naissance, sans donner les droits de famille dont la noblesse est un des plus considérables.

Cette régle souffre cependant deux exceptions : la première, est que les bâtards de rois sont princes; la deuxième, que les bâtards des princes sont gentilshommes; mais, sous le nom de prince, il ne faut entendre que les princes du sang, ou les princes légitimés.

Nous n'en connoissons pas d'autres dans le royaume. Mais pour que les enfants des rois soient princes, et ceux des princes gentilshommes, il faut qu'ils aient été reconnus.

Les bâtards ne peuvent pas même s'aider de la noblesse de leur mère; et on ne peut objecter que les enfants qui ne sont pas nés en mariage légitime suivent la condition de leur mère; cela ne peut avoir lieu que quand il s'agit de fixer l'état des enfants, et décider s'ils sont libres ou esclaves, citoyens ou étrangers: mais la noblesse ne peut jamais venir que du père. Cette distinction que nous faisons est énergiquement exprimée dans cette règle du droit françois : *Le ventre affranchit, et la verge anoblit.*

Jusqu'ici nous n'avons parlé que de la véritable noblesse, de la noblesse transmissible. Il ne sera pas étranger à la matière que nous traitons, de remarquer qu'il y a encore parmi nous une autre noblesse qu'on nomme *personnelle*, parcequ'elle est comme inhérente à la personne. Ceux qui ont cette noblesse ne peuvent pas se dire de l'ordre de la noblesse, mais ils jouissent de tous ses priviléges. Tels sont les commensaux de la maison du roi; tels étoient les bourgeois de quelques villes du royaume, comme on peut le voir à l'égard des bourgeois de Paris, dans l'édit de Charles V, du 9 août 1371.

Il faut encore distinguer les privilégiés de ceux qui ont la noblesse personnelle. Ces derniers sont en possession de presque tous les priviléges dont jouissent les véritables nobles; ils en ont même dont ceux-ci ne

jouissent pas : mais les droits des privilégiés consistent uniquement dans l'exemption des tailles, et quelques autres droits semblables.

ARTICLE III.

Des privilèges de la noblesse.

Après avoir vu quelles personnes sont nobles, il faut examiner quels sont les privilèges attachés à la noblesse, et les droits dont elle est en possession ; mais comme ils sont en très grand nombre nous ne parlerons que des principaux :

1° Ils ont la préséance sur le tiers-état, mais ce droit souffre restriction ; car les officiers de justice précèdent, dans leur ressort, les simples gentilshommes de race, parcequ'ils sont dépositaires d'une partie de l'autorité royale, et ont une fonction que n'ont pas les simples gentilshommes.

2° Les nobles peuvent se qualifier d'écuyers, et porter les armoiries timbrées.

3° Ils sont exempts de tailles et de plusieurs autres cotisations, connues sous le nom de *taillons*, *de crues d'aides*, *et de subsides*, auxquelles les roturiers sont sujets ; ils ont même le droit de faire valoir quatre charrues, sans pouvoir y être imposés.

4° Ils ne doivent pas le droit de franc-fief pour les fiefs qu'ils possèdent ; ce droit consiste dans une finance que les roturiers paient au roi pour les relever de l'incapacité où ils sont de posséder des fiefs.

5° Ils ne sont pas sujets aux corvées personnelles ;

ils sont aussi exempts de faire les corvées réelles en personnes, aussi bien que de la banalité de four, moulin, ou pressoir.

6° Il y a plusieurs offices qui leur sont affectés; il est vrai que cela n'est pas observé à la rigueur, et qu'on admet les roturiers à plusieurs offices qui, par leur édit de création, ne pouvoient être possédés que par des nobles.

7° Il y a plusieurs églises cathédrales et plusieurs abbayes dans lesquelles les canonicats et les places monacales sont affectés à des gentilshommes. Si ces bénéfices étoient possédés par des roturiers, les nobles, qui auroient d'ailleurs toutes les qualités requises, pourroient les obtenir à titre de dévolu. Il y a même quelques unes de ces cathédrales où il ne suffit pas d'être noble: dans quelques unes on requiert un certain degré de noblesse; dans d'autres on exige la noblesse, tant du côté paternel que du côté maternel.

8° Les nobles de l'un et de l'autre côté sont dispensés par le concordat d'une partie du temps des études, requis dans les gradués. Ce temps, qui est fixé à cinq ans pour les bacheliers roturiers, en droit civil et canonique, est réduit à trois ans pour les nobles de l'un et de l'autre côté. *In quibus baccalariis juris canonici aut civilis, si ex utroque parente nobiles fuerint, triennium esse decernimus;* §. 4, tit. 6.

La manière dont la noblesse doit être prouvée dans ce cas consiste à rapporter un certificat délivré par le juge ordinaire de la naissance, fait sur la déposition de quatre témoins en jugement.

9° Les baillis et sénéchaux doivent connoître des

causes des nobles, à l'exclusion des prevôts, aux termes de l'édit de Crémieu. Il faut cependant remarquer que cet édit n'a été rendu que pour fixer la compétence des juges royaux, sans préjudicier aux juges des seigneurs, qui doivent connoître des causes des gentilshommes qui sont leurs justiciables, si ce n'est qu'ils n'en eussent pas été en possession lors de la publication de cet édit.

10° Les nobles peuvent, en tout état de cause demander à être jugés, en matière criminelle, toute la grand'chambre du parlement, où leur procès est pendant, assemblée.

11° Les peines des roturiers et des gentilshommes sont différentes dans certains cas. Dans les crimes qui méritent la mort, le roturier doit être pendu, et le noble décapité; *Loisel*, reg. 18, tit. 2, liv. 4. Mais le même auteur a observé que cette différence cesse lorsque le gentilhomme est coupable d'un crime dérogeant à la noblesse, comme trahison, larcin, parjure, ou faux.

Tels sont les principaux privilèges dont jouissent les nobles généralement dans tout le royaume; mais plusieurs coutumes leur en donnent encore de particuliers. Quelques unes admettent la garde-noble au profit des ascendants; d'autres le bail au profit des collatéraux. Dans les autres, il y a un ordre particulier de succession pour les nobles. Nous aurons lieu d'examiner plus en détail ces différentes prérogatives: il suffit ici de les avoir rapportées.

Si les nobles jouissent de tant de privilèges, ils sont aussi tenus de quelques charges particulières; comme

de se rendre à la convocation du ban, à moins qu'ils ne possédent un office de judicature : ils semblent aussi destinés par leur état au service militaire.

On demande si les étrangers nobles doivent jouir en France des privilèges de la noblesse, soit dans le cas où ils n'ont pas été naturalisés, soit dans le cas où ils l'ont été? On pourroit dire pour la négative que la noblesse étant une distinction que la loi a établie entre les citoyens d'un même état, les étrangers ne doivent pas jouir des privilèges qui y sont attachés. Mais les raisons de décider pour l'affirmative sont que, dans le cas où l'étranger n'a pas été naturalisé, il est censé demeurer dans le royaume avec la qualité qu'il a dans son pays. Suivant ce principe, *la qualité est inhérente aux personnes;* et, dans le cas où il a été naturalisé, il est présumé avoir été reçu en sa qualité primitive; *Loiseau*, chap. 5, n. 114, *des Ordres.* Mais cet auteur exige pour cela une condition qui ne nous paroît pas nécessaire, qui est que l'étranger soit noble *à la mode de France*, pour nous servir de ses termes. Nous croyons qu'il suffit qu'un étranger soit noble, suivant les lois de son pays : cela résulte même des principes que nous avons établis plus haut.

ARTICLE IV.

Comment se perd la noblesse.

La noblesse se perd de différentes manières; 1° par la dégradation; et d'abord il semble que le crime seul devroit la faire perdre. Aussi voyons-nous que la plupart des anciens auteurs pensoient que toute condamnation infamante emportoit nécessairement la perte de la noblesse. On regarde cependant aujourd'hui comme une jurisprudence universellement reçue, que la condamnation à quelque peine que ce soit, même au dernier supplice, n'emporte pas dérogeance; et, pour qu'elle ait lieu, il faut qu'elle soit prononcée expressément. Il y a certains crimes qui la méritent, comme le crime de trahison et de lèze-majesté; *Loiseau*, chap. 5, n. 90.

Mais on demande si celui qui a acquis la noblesse par sa réception en un office auquel elle étoit attachée, la perd par sa destitution, dans le cas où il l'a possédée pendant vingt ans? Loiseau soutient l'affirmative. On peut cependant dire pour l'opinion contraire que la noblesse étant une fois acquise, on ne la peut perdre que par un jugement exprès qui en prive. Or l'officier, après avoir possédé l'office anoblissant pendant vingt ans, devient noble de plein droit: la destitution seule ne peut donc pas suffire pour lui faire perdre sa noblesse.

Il y auroit plus de difficulté encore si l'officier, n'ayant pas exercé son office pendant vingt ans, étoit condamné à mort. Il est vrai que ceux qui meurent revê-

tus de leur office acquièrent la noblesse, quoiqu'ils ne l'aient pas possédée pendant vingt ans: mais étendra-t-on, en faveur d'un crime, un privilége qui n'est accordé qu'à la vertu?

La noblesse se perd, 2° par les actes qui y dérogent: telle est, 1° la profession des arts mécaniques. Il en est autrement des arts libéraux; et, par un usage dont nous ignorons la cause, on a fait une exception en faveur de ceux qui travaillent à la verrerie. Quelques uns même avoient avancé que la profession des arts libéraux étoit affectée aux nobles; mais M. Lebret a réfuté ce sentiment dans son trente-huitième plaidoyer. 2° Certains offices, tels, suivant Loiseau, que ceux de procureur, de greffier, de sergent, etc. Le dictionnaire des arrêts excepte les notaires au Châtelet de Paris: il faut aussi en excepter les procureurs de la chambre des comptes. 3° Le commerce. Il faut cependant excepter la Bretagne, où le commerce ne déroge pas à la noblesse; c'est-à-dire que, dans cette province, moyennant certaines formalités que les nobles sont obligés d'observer quand ils veulent commercer, ils peuvent le faire sans perdre la noblesse, qui demeure seulement suspendue tant qu'ils commercent.

Autrefois tout commerce dérogeoit à la noblesse; mais aujourd'hui le commerce maritime ne déroge plus, suivant l'édit du mois d'août 1668. Il en faut dire de même du commerce de terre, que les nobles peuvent faire en gros, suivant l'édit de 1701.

4° L'exploitation de la ferme d'autrui: mais il n'en est pas de même de l'exploitation de sa propre ferme. Tout noble a même le droit de faire valoir par lui-

même un certain nombre de charrues, sans être tenu des tailles.

Si nous en croyons Loiseau, la noblesse de race n'est pas tant éteinte par les actes de dérogeance, qu'elle est suspendue. Le noble de race, pour rentrer dans sa noblesse, n'a qu'à s'abstenir d'y déroger. Cet auteur va même jusqu'à avancer qu'on peut soutenir que le gentilhomme de race et ses descendants n'ont pas besoin de lettres de réhabilitation; mais aujourd'hui on ne fait pas cette distinction entre les nobles de race et les nobles de concession. Les uns et les autres perdent également la noblesse par les actes dérogeants.

Mais que dire des enfants de ceux qui ont été dégradés de noblesse, ou qui l'ont perdue par quelque acte dérogeant? Perdent-ils la noblesse avec leur père? Pour décider cette question, il faut suivre la distinction des lois romaines.

Si les enfants sont nés avant la dégradation ou la dérogeance de leur père, ils ne perdent pas la noblesse; car, la noblesse leur ayant été acquise en naissant, ils ne peuvent pas en être dépouillés par la faute de leur père. Il n'est pas juste que des enfants innocents participent à la peine de leur père coupable. *Nemo alieno facto prægravari debet.* On doit dire la même chose des enfants qui n'auroient pas encore été nés, mais qui auroient été conçus avant que leur père eût perdu la noblesse, suivant la décision de la loi 7 *de senat.*, qui dérive du principe, *qui utero est*, etc. Cela ne pourroit souffrir d'exception que dans le cas

où le crime seroit si atroce, que, pour en inspirer de l'horreur, on auroit cru devoir étendre la peine jusque sur les enfants, en les privant eux-mêmes de la noblesse. A l'égard des enfants qui ne sont ni nés ni conçus avant la dégradation ou dérogeance de leur père, ils naissent roturiers.

Mais cela a-t-il lieu, lors même que la noblesse que leur père a perdue est d'ancienne extraction? On pourroit alléguer en faveur des enfants la loi 7, §. 2, *de senat.*, qui dit: *Si quis patrem et avum habuerit senatorem, et pater amiserit dignitatem ante conceptionem ejus, magis est ut avi potiùs dignitas ei prosit, quàm obsit casus patris.*

Il faut cependant dire que les enfants naissent roturiers; car la noblesse de leurs ancêtres ne leur a pu être transmise que par leur père, qui n'a pu lui-même la leur transmettre, l'ayant perdue. La loi citée ne peut s'appliquer au cas d'une noblesse transmissive; il y est question uniquement de certains honneurs ou priviléges accordés aux enfants des sénateurs jusqu'à un certain degré, et, par conséquent, elle ne peut recevoir ici d'application. D'ailleurs, il y a une autre loi qui décide expressément le contraire à l'égard des descendants, qu'elle appelle *eminentissimi;* elle ne leur accorde les honneurs dus à cette origine, que sous cette condition, *si nulla liberos per quos privilegium ad ipsum transgreditur macula aspergat.*

ARTICLE V.

Comment se peut recouvrer la noblesse.

Celui qui a perdu la noblesse, ou ses descendants ne peuvent la recouvrer que par un bienfait du prince. En effet, puisqu'il n'y a que le roi qui puisse donner la noblesse à ceux qui ne l'ont pas, il s'ensuit que lui seul peut la rendre à ceux qui l'ont perdue.

Cette grace du prince est contenue dans les lettres de réhabilitation. Ces lettres s'obtiennent en grande chancellerie; elles sont du nombre de celles que l'on nomme lettres de grace. Loiseau cependant les met au nombre des lettres de justice: elles ne s'accordent qu'en connoissance de cause. Enfin elles doivent être enregistrées dans les différentes cours souveraines où nous avons vu que l'on devoit faire enregistrer les lettres d'anoblissement.

Ces lettres s'accordent avec plus ou moins de difficulté, suivant les différentes circonstances: on ne les refuse presque point lorsqu'il ne s'agit que d'une simple dérogeance, et lorsque d'ailleurs la noblesse est bien établie.

Elles sont plus difficiles à obtenir lorsque la privation de la noblesse est une suite de la condamnation qui a prononcé cette peine, mais, dans ce dernier cas, on reçoit toujours favorablement la prière de ceux qui demandent à être réhabilités, lorsque ce sont les enfants du coupable qui se présentent. Cela a sur-tout lieu lorsque la noblesse est ancienne. M. Lebret, dans son trente-septième plaidoyer, prétend que les

lettres de réhabilitation ne sont pas suffisantes, lorsque la dérogation a continué jusqu'au septième degré, et que, dans ce cas, il faut obtenir des lettres de noblesse.

ARTICLE VI.

Des usurpateurs de la noblesse.

La noblesse est un droit si considérable, qu'l est défendu sous des peines très graves d'en usurper les titres et les priviléges. Ces usurpations, en effet, sont si contraires aux droits du roi, qu'elles diminuent, et à l'autorité des citoyens dont elles augmentent les charges, que nos rois ont cru devoir ordonner différentes recherches contre ces usurpateurs.

SECTION III.

Des gens du tiers-état.

Nous n'avons rien de particulier à remarquer ici sur cet ordre de personnes: nous les considèrerons seulement dans la suite comme régnicoles ou aubains, légitimes ou bâtards, jouissants de la vie civile ou n'en jouissant pas, et par rapport à l'âge, au sexe, et aux différentes puissances qu'ils exercent, ou qu'on exerce sur eux.

SECTION IV.

Des serfs.

Les serfs qui sont restés dans quelques provinces, et qu'on appelle gens de mainmorte et mortaillables, sont entièrement différents des serfs qui étoient chez les Romains. Ces esclaves, chez les Romains, n'étoient pas citoyens; ils n'avoient aucun état civil, *pro nullis habebantur;* ils étoient regardés comme des choses, plutôt que comme des personnes, *ut res, non ut personnæ erant in dominio heri;* c'est-à-dire qu'ils appartenoient à leurs maîtres de la même manière qu'un cheval, ou tout autre meuble; et, par conséquent, ils ne pouvoient rien avoir en propre, et tout ce qu'ils acquéroient étoit dès l'instant acquis à leur maître, à qui ils appartenoient eux-mêmes.

Nous avons dans nos colonies de ces sortes d'esclaves, qui sont les négres, dont il se fait un commerce considérable. Mais dans le royaume de France on n'en souffre aucuns; et si quelque habitant de nos colonies amène en France avec lui quelqu'un de ces esclaves, il doit faire déclaration à l'amirauté qu'il ne l'amène point pour rester en France, et qu'il entend le renvoyer dans un certain temps à la colonie; faute de quoi l'esclave acquerroit de plein droit sa liberté par son séjour en France (1).

Les serfs, tels qu'il y en a dans quelques provinces

(1) Voir la déclaration du roi, du 9 août 1777, registrée le 27, qui défend le transport des noirs et mulâtres, en France

du royaume, comme en Nivernois, en Bourgogne, sont bien différents de ces esclaves. Ces serfs ont un état civil, sont citoyens; ils ne sont pas *in dominio* du seigneur auquel ils appartiennent, et ne sont appelés serfs qu'à cause de certains devoirs très onéreux dont ils sont tenus envers lui.

Il y en a de trois espèces: les serfs de corps ou de poursuite, les serfs d'héritages, et les serfs de meubles. Les serfs de corps ou de poursuite, tels que ceux du Nivernois, sont ceux qui sont tellement serfs par leur naissance, qu'ils ne peuvent, en quelque endroit qu'ils aillent, s'établir, se soustraire aux droits dont ils sont tenus, tels que la taille que leur seigneur a droit d'exiger, le droit qu'a leur seigneur de recueillir après leur décès tous les biens qu'ils délaisseront.

Les serfs d'héritages sont ceux qui ne le sont qu'à raison de quelque héritage qu'ils possédent dans le territoire de leur seigneur, et qui, en conséquence, peuvent s'affranchir de toute servitude en abandonnant l'héritage.

Les serfs de meubles tiennent le milieu entre les deux espèces précédentes: ils peuvent s'affranchir de leur servitude, en quoi leur condition est meilleure que celle des cerfs de corps ou de poursuite; mais ils ne le peuvent qu'en abandonnant non seulement tous les héritages qu'ils ont dans la seigneurie, mais même tous leurs meubles; en quoi elle est plus dure que celle des serfs d'héritages.

Cette servitude consiste dans l'obligation où ils sont de payer à leur seigneur une certaine taille par an, à certains termes; de faire un certain nombre de corvées;

de ne pouvoir se marier à personne d'une autre condition, sans une certaine peine, qu'on appelle la peine du formariage; et enfin de laisser à leur décès tous leurs biens à leurs seigneurs, s'ils décèdent sans hoirs qui soient en communauté avec eux, et de ne pouvoir en disposer par testament au préjudice de leur seigneur.

Les coutumes qui parlent de ces serfs sont celles de Nivernois, de Vitry, de Châlons, de Bourgogne et d'Auvergne. Il n'y en a plus dans les coutumes de Paris et d'Orléans; mais il y a encore dans les archives des chapitres de Sainte-Croix et de Saint-Aignan d'Orléans des actes d'affranchissement des serfs des terres qu'ils possèdent en Beauce.

TITRE II.

Seconde division des personnes, en régnicoles et aubains.

SECTION PREMIÈRE.

Quelles personnes sont citoyens, ou régnicoles; quelles personnes sont étrangers, ou aubains.

Les citoyens, les vrais et naturels François, suivant la définition de Baquet, sont ceux qui sont nés dans l'étendue de la domination françoise, et ceux qui sont nés dans nos colonies, ou même dans des pays étrangers, comme en Turquie et en Afrique, où nous avons des établissements pour la commodité de notre commerce.

Des enfants nés dans un pays étranger, d'un père François, qui n'a pas établi son domicile dans ce pays, ni perdu l'esprit de retour, sont aussi François : à plus forte raison celui qui seroit né en pleine mer, de parents françois, doit-il être François.

Quid de ceux qui sont nés dans des provinces qui ont été réunies à la couronne, ou qui en ont été démembrées; ou qui, ayant été conquises, ont été rendues par un traité de paix? Il est certain que lorsqu'une province est réunie à la couronne, ses habitants doivent être regardés comme François naturels, soit qu'ils y soient nés avant ou après la réunion. Il y a même lieu de penser que les étrangers qui seroient établis dans ces provinces, et y auroient obtenu, suivant les lois qui y sont établies, les droits de citoyen, devroient après la réunion être considérés comme citoyens, ainsi que les habitants originaires de ces provinces, ou du moins comme des étrangers naturalisés en France.

Lorsqu'au contraire une province est démembrée de la couronne; lorsqu'un pays conquis est rendu par le traité de paix, les habitants changent de domination. De citoyens qu'ils étoient devenus au moment de la conquête, ou depuis la conquête s'ils sont nés avant la réunion, de citoyens qu'ils étoient par leur naissance jusqu'au temps du démembrement de la province, ils deviennent étrangers.

Ils peuvent cependant conserver la qualité et les droits de citoyens, en venant s'établir dans une autre province de la domination françoise; car, comme ils ne perdroient la qualité de citoyens, qui leur étoit ac-

quise en continuant de demeurer dans la province démembrée, ou rendue par les traités de paix, que parcequ'ils seroient passés sous une domination étrangère, et qu'ils reconnoîtroient un autre souverain, il s'ensuit que s'ils restent toujours sous la même domination, s'ils reconnoissent le même souverain, ils continuent d'être citoyens, et demeurent dans la possession de tous les droits attachés à cette qualité.

On demande si l'on ne devroit pas considérer comme citoyens ceux qui sont nés dans un pays sur lequel nos rois ont des droits et des prétentions, lorsqu'ils viennent s'établir dans le royaume? Quelques anciens auteurs l'avoient ainsi pensé; mais il est constant aujourd'hui qu'on les regarde comme étrangers.

Il y a cependant cette seule différence entre eux et les autres aubains, que les aubains ont besoin de lettres de naturalité, pour acquérir les droits de citoyens, et qu'il suffit à ceux-là d'obtenir des lettres de déclaration.

Au reste, pour que ceux qui sont nés dans les pays de la domination françoise soient réputés François, on ne considère pas s'ils sont nés de parents françois, ou de parents étrangers; si les étrangers étoient domiciliés dans le royaume, ou s'ils n'y étoient que passagers. Toutes ces circonstances sont indifférentes dans nos usages : la seule naissance dans ce royaume donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine des père et mère, et de leur demeure.

Il n'en étoit pas de même chez les Romains; car on ne regardoit comme citoyens que ceux qui étoient nés de citoyens; mais ils regardoient comme citoyens,

ainsi que dans notre droit françois, tous ceux qui étoient nés de citoyens, quoiqu'ils ne fussent pas nés à Rome, ni même dans l'étendue de l'empire romain : c'est ce que remarque Cujas, observ. 33. *Rectè Romanum interpretamur Româ oriundum quâ appellatione, et in Jure nostro semper notatur origo paterna, non origo propria et natale solum.*

Pour qu'un enfant né en pays étranger soit François, faut-il que le père et la mère soient François; ou suffit-il que l'un des deux le soit indistinctement; ou enfin, l'un des deux doit-il être François plutôt que l'autre? On peut répondre à ces questions, qu'il n'est pas nécessaire que le père et la mère soient François ou citoyens; mais pour savoir lequel des deux, ou du père ou de la mère, doit être François ou citoyen pour que l'enfant le soit, il faut distinguer si l'enfant est né en légitime mariage, ou non : s'il est né en légitime mariage, il faut que le père soit François pour que le fils le soit aussi. Un enfant né en pays étranger d'une Françoise et d'un étranger, seroit réputé étranger. C'est dans cette espèce qu'il faut entendre toutes les lois qui disent que l'enfant suit l'origine du père : toutes parlent de l'enfant né en légitime mariage. Telle est la loi 3, au code *de municip. et orig. Filios apud originem patris, non in maternâ civitate, et si ibi nati sint (simodò domiciliis non retineantur) ad honores, seu munera posse compelli.* C'est ce que nous apprend aussi Ulpien : *Qui ex duobus Campanis parentibus natus est, Campanus est; sed si ex patre Campano, matre Puteolanâ, æquè Campanus est.*

Si, au contraire, l'enfant n'est pas né en légitime mariage, il faut que la mère soit Françoise. Cette distinction est une suite de la régle générale qui veut que l'enfant qui est né en légitime mariage suive la condition du père : *Cùm legitimæ nuptiæ sunt, patrem liberi sequuntur*, et que celui qui n'est pas né en légitime mariage suive la condition de la mère : *Vulgò quæsitus matrem sequitur;* l. 19, ff. *de statu hom.* Et on ne peut nous opposer le paragraphe 5 du titre 8 des fragments d'Ulpien, où il est dit que l'enfant né d'un Latin et d'une Romaine étoit Latin ; car cela avoit été établi par une loi particulière (*la loi Mencia*) contre la régle générale. Adrien, par un senatus-consulte, abrogea même par la suite la loi Mencia : mais, d'ailleurs, nous n'avons aucune loi semblable parmi nous. Il faut donc recourir à la régle générale, qui veut que l'enfant qui n'est pas né en légitime mariage suive la condition de sa mère, et en conclure que l'enfant né d'une Françoise est François.

Après avoir vu quelles sont les personnes que nous devons regarder comme François et comme citoyens, il faut voir quelles sont celles que nous devons appeler étrangers.

On appelle étrangers ceux qui sont nés de parents étrangers, et hors des pays de la domination françoise, soit qu'ils fassent résidence continuelle dans le royaume, soit qu'ils y demeurent pour un certain temps seulement, soit qu'ils n'y soient que simples voyageurs.

Nous réunissons ici deux conditions. La première, que l'aubain soit né en pays étranger; la seconde,

qu'il soit né de parents étrangers; parceque, comme nous l'avons prouvé, la seule naissance hors du royaume ne suffit pas pour rendre étranger.

Nous devons regarder comme pays étrangers tous ceux où le roi de France n'est pas reconnu. Ainsi on doit regarder comme des aubains tous ceux qui sont nés dans des pays sur lesquels nos rois ont, à la vérité, des droits constants et légitimes, mais où néanmoins leur autorité est méconnue. Tels sont le royaume de Naples, la république de Gênes, le duché de Milan, et le comté de Flandres, dont nos rois ont été en possession quelque temps, mais qui obéissent aujourd'hui à d'autres princes. Ceux qui sont nés dans ces états sont réputés aubains jusqu'à ce qu'ils aient obtenu des lettres de déclaration. Il en faut dire autrement de ceux qui sont nés dans une province qui appartient à un prince étranger, lorsque ce prince, pour raison de cette même province, reconnoît le roi pour son seigneur suzerain.

SECTION II.

En quoi l'état des aubains diffère-t-il de celui des citoyens.

Avant d'entrer dans l'examen des droits propres aux citoyens, dont ne jouissent pas les étrangers, on verra avec plaisir quelle étoit l'ancienne condition des aubains dans le royaume.

Il paroît qu'on distinguoit alors deux sortes d'étrangers: les uns, qu'on nommoit aubains, c'étoit ceux qui étoient nés dans les états voisins, et dont ont pouvoit connoître l'origine; les autres, qu'on appeloit

épaves, c'étoit ceux qui étoient nés dans les états éloignés de la France, et dont on ignoroit la véritable patrie.

Les uns et les autres, aubains ou épaves, étoient en quelque sorte regardés comme serfs; ou du moins leur condition ne différoit pas de celle des serfs. Ils étoient contraints de payer une redevance annuelle plus ou moins forte, suivant la coutume des lieux. Ils ne pouvoient se marier à d'autres qu'à des aubains, sans le consentement du seigneur : s'ils le faisoient sans son consentement, ils étoient sujets à l'amende. Lors même qu'ils l'avoient obtenu, ils ne devoient pas moins le formariage, qui étoit la moitié ou le tiers des biens. Ils ne pouvoient tester que jusqu'à cinq sols; ils ne pouvoient avoir d'autres héritiers légitimes que leurs enfants nés dans le royaume. S'ils n'en avoient pas, le seigneur leur succédoit; extr. d. reg. de la ch. des comptes.

Si aujourd'hui la condition des aubains est moins dure, elle n'est cependant pas semblable à celle des citoyens : ils sont privés de plusieurs droits dont ceux-ci jouissent. Nous allons parcourir ces différences.

1° Les étrangers ne peuvent ni posséder un bénéfice, ni tenir un office, ni faire aucune fonction publique dans ce royaume. L'ordonnance de 1431, rend les étrangers, de quelque qualité qu'ils soient, incapables de tenir archevêchés, évêchés, abbayes, dignités prieurés, et autres bénéfices, de quelque nature qu'ils soient, en France. Ils sont cependant relevés de cette incapacité, s'ils obtiennent des lettres de naturalité; il n'est pas même nécessaire qu'ils se fassent natura-

turaliser; il suffit qu'ils obtiennent des lettres de capacité.

Il y a cependant des bénéfices d'un ordre supérieur, que ceux même d'entre les étrangers qui ont été naturalisés, sont encore incapables de posséder. L'ordonnance de Blois, art. 4, dit que nul étranger, quelques lettres de naturalité qu'il ait obtenues, ne peut être pourvu d'archevêchés, d'abbayes de chef-d'ordre, d'évêchés, nonobstant toute clause dérogatoire qu'il peut obtenir, à laquelle le roi ne veut pas qu'on ait aucun égard. On a regardé ces places comme si importantes dans l'ordre de la religion et dans celui du gouvernement, qu'on a cru ne devoir les confier qu'à des François originaires. Il paroît cependant aujourd'hui que la disposition de l'ordonnance n'est pas suivie dans toute son étendue. A la vérité les lettres de naturalité, dans la forme ordinaire, ne suffisent pas pour habiliter un étranger à posséder ces dignités éminentes; mais le roi y insère souvent une clause particulière, pour les relever de cette incapacité; et nous avons des exemples d'étrangers qui en ont été pourvus.

Les évêques ne peuvent aussi nommer pour leurs grands vicaires des étrangers. Il faut qu'ils soient François, soit par origine, soit par naturalisation. Des lettres de capacité ne suffiroient pas pour les habiliter à remplir ces fonctions. Nos ordonnances ne parlent pas des simples vicaires; c'est pourquoi on demande si des évêques pourroient donner des lettres de vicariat à des étrangers? Il y a lieu de penser qu'ils ne le pourroient pas, parceque entre les fonctions de simples vicaires, il y en a plusieurs qu'on doit regarder comme des

fonctions publiques et civiles dont on sait que tous les étrangers sont incapables dans ce royaume. Les étrangers ne peuvent aussi exercer aucun office sans lettres de capacité. Cela a lieu pour toutes sortes d'offices de justice, de finance, et de guerre; cela doit même s'observer pour les offices des seigneurs.

Les évêques ne peuvent aussi nommer pour leurs officiaux des étrangers; il en faut dire de même des autres officiers des cours ecclésiastiques.

Enfin les étrangers ne peuvent exercer aucune fonction publique, de quelque nature qu'elle soit. Il ne doivent pas être reçus au serment d'avocat; ils ne pourroient pas être principaux ni régents dans les universités. Il faut même observer qu'on ne confère des degrés à des étrangers qu'à la charge de n'en pas faire usage dans le royaume. Par l'art. 17 de l'ordonnance de Blois, il n'est pas permis aux prélats de donner à ferme le temporel de leurs bénéfices à des étrangers qui ne seront pas naturalisés, habitués, et mariés en ce royaume. Cette loi leur défend de le faire, sous peine de saisie de leur temporel, qui doit être distribué aux pauvres du lieu. Bacquet, *Traité du Droit d'aubaine*, 15, n. 8, dit que cela doit aussi avoir lieu pour les fermes du domaine du roi, des aides, des gabelles, et autres fermes publiques.

Les aubains ne peuvent faire la banque dans le royaume sans une caution suffisante de 150,000 liv., reçue devant le juge des lieux, et renouvelée tous les cinq ans; édit de 1563, art. 78; ordonnance de Blois, art. 357.

2° L'étranger doit donner la caution *judicatum*

solvi; c'est-à-dire d'acquitter les condamnations qui pourront intervenir contre lui, quoiqu'on n'exige pas une semblable caution des citoyens. L'étranger n'est cependant tenu de donner cette caution que lorsqu'il ne possède pas d'immeubles situés dans le royaume, parcequ'on n'exige cette caution que pour servir de sûreté à celui qu'il appelle en jugement, qui ne pourroit poursuivre cet étranger qui se retireroit hors le royaume, s'il venoit à être condamné. Au reste, cette caution n'est due par l'étranger que lorsqu'il est demandeur, et non lorsqu'il est défendeur; parceque, s'il comparoît en jugement, ce n'est que parcequ'il y est forcé. Arrêt du 13 février 1581.

La caution *judicatum solvi* contracte l'obligation de payer, non seulement l'objet de la condamnation principale, mais encore tous les accessoires; c'est-à-dire les dépens faits tant en première instance qu'en cause d'appel; avec les dommages et intérêts, en cas qu'il y eût lieu d'en adjuger. Mais on demande si la caution peut être poursuivie pour le paiement de l'amende en laquelle l'étranger, appelant de la sentence rendue contre lui par le premier juge, et confirmée par le juge d'appel, a été condamné pour son fol appel? Bacquet tient la négative; et son opinion est établie sur les principes, et suivie dans l'usage. La caution ne s'oblige qu'avec le défendeur; elle ne contracte qu'avec lui: elle ne peut donc être tenue que des condamnations qui interviennent à son profit: mais l'amende prononcée contre l'appelant n'est pas à son profit; elle appartient au fisc: la caution n'en peut donc pas être tenue.

Cette caution est due *in limine litis*. Le défendeur ne peut être contraint de fournir ses défenses qu'après qu'elle a été présentée et reçue en la forme ordinaire, il peut la demander par forme d'exception; on prétend que s'il avoit défendu au fond, sans exiger cette caution, il ne seroit plus recevable à l'exiger dans le cours de l'instance, à moins qu'il ne fût en état de prouver qu'il ne connoissoit pas la qualité d'étranger dans la personne du défendeur.

Cette caution peut être exigée de l'étranger, tant en cause principale que d'appel; *Bacquet*, n. 5. Mais si, en première instance, il étoit défendeur, et que, par appel, il se fût constitué appelant ou demandeur, on ne la pourra exiger de lui.

Lorsque deux étrangers plaident ensemble, si le défendeur l'exige du demandeur, il ne peut l'y faire condamner qu'il ne l'offre respectivement de son côté.

3° Il y a cette différence entre le régnicole et l'étranger, que l'un est admis au bénéfice de cession, et que l'autre ne l'est pas.

Suivant l'ordonnance de 1673, le bénéfice de cession est la faculté que la loi accorde au débiteur qui est poursuivi par ses créanciers, d'anéantir et de faire cesser leurs poursuites, en faisant une cession de tous ses biens à leur profit.

4° L'ordonnance de 1667, qui abroge la contrainte par corps en matière civile, en faveur des citoyens, la laisse subsister à l'égard des étrangers, et avec raison; puisque cette contrainte rigoureuse est presque la seule voie que les créanciers puissent avoir contre les

débiteurs étrangers pour les forcer au paiement, si l'on considère qu'ils n'ont pas pour l'ordinaire de biens immeubles situés dans le royaume, et qu'ils peuvent facilement en retirer tout ce qu'ils ont en meubles ou en effets mobiliers.

5° Il y a certains actes solennels où l'on ne peut prendre pour témoins que des régnicoles, et dans lesquels les étrangers ne peuvent en servir; c'est ainsi que l'ordonnance des testaments, entre les qualités qu'elle exige des témoins qui doivent assister à ces sortes d'actes, fait mention de celle de régnicoles. Il faut cependant en excepter les testaments militaires faits en pays étranger, où les étrangers peuvent être admis pour témoins, pourvu qu'ils jouissent d'une réputation sans atteinte.

6° Quoique les étrangers puissent faire toutes sortes de contrats entre-vifs; quoiqu'ils puissent, par cette voie, disposer des biens qu'ils ont en France, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, ils ne peuvent cependant disposer des biens qu'ils ont en France, soit par testament, soit par tout autre acte, à cause de mort, en faveur d'étrangers ou de régnicoles; les étrangers ne peuvent aussi rien recevoir, soit par testament, soit par quelque autre acte, à cause de mort, quoiqu'ils soient capables de donations entre-vifs. Cette différence que la loi établit entre les actes entre-vifs et les actes à cause de mort, en permettant les uns aux étrangers, et en leur interdisant les autres, est fondée sur la nature même de ces actes.

Les actes entre-vifs sont du droit des gens; les étrangers jouissent de tout ce qui est du droit des gens. Ils

peuvent donc faire toutes sortes d'actes entre-vifs. La faculté de tester, active et passive, est, au contraire, du droit civil, *testamenti factio est juris civilis.* Les étrangers ne jouissent pas de ce qui est du droit civil, ils ne doivent donc pas avoir cette faculté, ou ce droit.

Observez que quelques personnes prétendent que les aubains ne sont capables que des actes qui sont du droit des gens, et qu'ainsi ils ne sont pas capables des actes entre-vifs, qui sont du droit civil.

L'incapacité où sont les étrangers de disposer, par un acte à cause de mort, de leurs biens, ou de recevoir par testament, a lieu, soit que l'étranger soit domicilié dans le royaume, soit qu'il n'y soit que passager; mais il faut observer que l'incapacité où est l'étranger de tester ne peut avoir lieu que pour les biens situés dans le royaume. Ainsi, il faut plutôt dire que l'étranger ne peut pas tester des biens qu'il a en France, que d'assurer indéfiniment qu'il ne peut pas faire de testament, quoiqu'il soit établi en France; il peut avoir le droit de tester par la loi de son pays, et l'exercer pour les biens qui y sont situés.

Conformément à ces principes, on demande si un étranger domicilié hors du royaume, qui a une créance à exercer contre un François, pourroit léguer cette créance? Il y a lieu de penser qu'il le pourroit; parceque cette créance, soit qu'elle soit mobilaire ou immobiliaire, n'est pas censée avoir de situation; qu'on doit la regarder comme inhérente à la personne du créancier; et que l'on ne peut lui supposer d'autre situation que le domicile du créancier qui demeure hors du royaume.

Bacquet, en son *Traité du Droit d'aubaine*, propose quelques autres questions relatives à cet objet. La première consiste à savoir si deux conjoints peuvent faire un don mutuel dans les coutumes qui le permettent, lorsqu'ils sont tous deux étrangers, ou même lorsqu'il n'y en a qu'un d'eux qui le soit.

Bacquet embrasse l'affirmative; parceque, dit-il, le don mutuel est un acte entre-vifs; les étrangers peuvent faire toutes sortes d'actes entre-vifs, ils peuvent donc faire un don mutuel; il rapporte un arrêt du 26 novembre 1551, qui l'a ainsi jugé. Mais ne pourroit-on pas dire, au contraire, que le don mutuel est un acte à cause de mort, qui n'est pas permis entre étrangers? Cette question souffre beaucoup de difficulté. Le don mutuel diffère à quelques égards des donations à cause de mort, en ce que le don mutuel doit être fait par personnes en santé; qu'il est sujet à insinuation; et qu'il ne peut être révoqué que par un consentement mutuel. Mais on peut opposer de l'autre côté, qu'il se fait dans la vue de la mort, et ne peut avoir d'exécution qu'après le prédécès de l'un des deux conjoints, deux caractères essentiels aux donations à cause de mort.

Ceux qui pensent que les aubains ne jouissent que du droit des gens leur refusent aussi le droit de faire un don mutuel, uniquement parcequ'il est du droit civil, sans entrer dans la question de savoir si c'est un acte entre-vifs, ou si c'est un acte à cause de mort.

La seconde question de Bacquet consiste à savoir si un étranger pourroit faire, par un contrat de mariage, une institution d'héritier, ou une donation de tous

biens présents et à venir. Il soutient l'affirmative, et établit son sentiment sur la faveur qu'ont parmi nous les contrats de mariage; mais, nonobstant cela, nous regarderions l'institution d'héritier et la donation entre-vifs, dans la partie qui contient la donation des biens à venir, comme nulles, puisque l'un et l'autre de ces actes sont des actes à cause de mort, qui sont interdits aux étrangers par les lois du royaume. Ceux qui refusent aux aubains la capacité nécessaire pour les actes entre-vifs doivent nécessairement regarder cette institution d'héritier, et cette donation des biens présents et à venir, aussi comme nulles.

On nous propose enfin une troisième question, beaucoup plus difficile que les deux premières. C'est de savoir si une femme étrangère peut prétendre un douaire coutumier ou préfix sur les biens de son mari qui sont situés dans le royaume? A l'égard du douaire coutumier, nous ne croyons pas qu'on puisse le lui refuser. Ce douaire a été établi par la coutume pour pourvoir à la subsistance de la femme après le décès de son mari. Ce sont en quelque sorte des aliments que la loi lui assure. La femme étrangère ne les mérite pas moins que celle qui est Françoise. Quant à ce qui concerne le douaire préfix, il faut consulter les circonstances. S'il n'excéde pas le douaire coutumier, ou s'il est moindre, on ne peut encore le contester à la femme étrangère; mais, s'il étoit beaucoup plus considérable que le douaire coutumier, comme s'il tendoit à faire passer à la femme la propriété des biens dont la loi ne lui accordoit que l'usufruit, on pourroit le regarder alors comme une donation à cause de mort

déguisée, dont la femme étrangère ne seroit pas capable; mais, si on ne lui permettoit pas de profiter de la libéralité entière de son mari, peut-être seroit-il de l'équité de substituer au douaire préfix le douaire coutumier.

On oppose à ce sentiment, dans le système de ceux qui n'accordent aux aubains que le droit des gens, qu'une femme aubaine ne peut prétendre que le douaire préfix, et non le douaire coutumier, parceque le douaire préfix est une loi de son contrat de mariage, qui doit être exécutée, et sans laquelle elle ne se seroit pas mariée; le douaire coutumier, au contraire, est une faveur de la loi civile, qui n'a eu en vue que les citoyens et non pas les étrangers.

7° Les étrangers ne peuvent transmettre leurs successions à leurs parents étrangers ou régnicoles, ni recueillir les leurs. Cette règle souffre cependant quelques exceptions : 1° Les aubains transmettent leurs successions à leurs enfants légitimes nés dans le royaume, et qui y font leur demeure. Ces enfants nés dans le royaume communiquent même ce bénéfice à leurs frères et sœurs nés hors du royaume, lorsqu'ils y ont leur domicile.

2° Les aubains transmettent leurs successions à ceux de leurs enfants demeurants dans ce royaume, qui ont obtenu des lettres de naturalité, lorsqu'ils ont fait insérer dans leurs lettres qu'ils pourront succéder à leurs père et mère étrangers.

On pourroit demander si, dans ce cas, les enfants naturalisés communiqueroient le droit qu'ils ont de

succéder, à leurs frères et sœurs non naturalisés, qui ne sont pas nés François?

Il semble qu'il y ait la même raison de le décider, que dans l'espèce précédente; tous les enfants ont un droit égal aux successions de leurs père et mère. La loi de la nature les appelle tous à les recueillir. Le roi peut bien opposer aux enfants la loi du royaume, qui les exclut de la succession de leurs père et mère; mais les enfants ne peuvent se l'opposer entre eux. Cependant, pour que ces enfants, qui ne sont pas nés François, qui ne sont pas naturalisés, puissent succéder concurremment avec leurs frères et sœurs, il faut qu'ils demeurent dans le royaume.

3° Les aubains qui sont propriétaires de rentes créées par le roi, à la charge qu'elles seroient exemptes du droit d'aubaine peuvent transmettre à leurs parents la succession desdites rentes seulement.

4° Les marchands étrangers, fréquentants les foires de Lyon, et qui décédent, ou en venant auxdites foires, ou en s'en retournant, ou pendant le séjour qu'ils y font, transmettent leurs successions mobiliaires à leurs parents.

5° Les ambassadeurs, envoyés, résidents, et autres ministres étrangers, et les gens de leur suite, peuvent transmettre la succession de leurs meubles seulement.

Si on excepte ces cas particuliers, les aubains ne peuvent pas avoir d'héritiers. Leurs propres enfants, soit qu'ils soient établis dans le royaume, ou non, ne peuvent même leur succéder. Les biens que les étran-

gers ont en France, appartiennent au roi à titre d'aubain. Nous ne traiterons pas ici de ce droit.

6° On demande si les étrangers peuvent se servir de la prescription : de celle de trente ans; de celle de dix ans entre présents, et vingt ans entre absents; de celle de cinq ans pour les rentes constituées, et autres que la loi a établies?

On répond qu'ils peuvent s'en servir; parceque la prescription a été introduite pour empêcher que le domaine des choses fût incertain, *ne in incerto dominia rerum maneant;* et que cet objet ne seroit pas rempli, si la prescription n'avoit pas lieu en faveur des étrangers, comme en faveur des citoyens.

D'ailleurs, on peut dire que la prescription, pour acquérir ou pour libérer, est établie sur la présomption d'un titre ou d'un paiement; or, cette présomption s'éléve également en faveur de l'étranger que du citoyen. Enfin, il y auroit une extrême injustice à permettre contre les étrangers la prescription, tandis qu'ils ne pourroient pas eux-mêmes s'en servir.

On oppose à cette décision, que les aubains ne peuvent se servir de la prescription nommée *usucapion,* parceque le droit d'acquérir par cette prescription est un bénéfice de la loi civile; aussi, par les lois romaines, le droit d'usucapion étoit propre aux seuls citoyens romains, les étrangers n'en pouvoient jouir.

Il faut dire la même chose de la prescription de cinq ans, pour les rentes constituées; c'est une faveur qu'elle a accordée aux débiteurs, elle n'a eu en vue que les citoyens; quant à la prescription de trente ans, il paroît qu'on peut l'accorder à l'aubain; car

cette prescription est fondée sur la présomption que celui qui a possédé la chose pendant un temps si considérable, en est effectivement propriétaire, et que s'il n'apporte pas le titre d'acquisition, que lui et ses auteurs en ont pu faire de l'ancien propriétaire, c'est que pendant un laps de temps aussi considérable, il a pu survenir plusieurs accidents qui aient donné lieu à l'égarement de ce titre. Or, cette présomption n'étant fondée que sur le laps de temps, et étant indépendante de la qualité de la personne du possesseur, elle milite à l'égard du possesseur aubain, comme de tout autre; d'où il suit que l'aubain peut, comme un autre, user de la prescription qui en résulte, cette prescription n'étant pas une grâce de la loi civile accordée aux citoyens.

Par la même raison, un aubain peut opposer la prescription de trente ans à ses créanciers, contre ses obligations personnelles, et toutes les autres prescriptions qui sont fondées sur une présomption de l'acquittement de l'obligation.

7° On demande si l'étranger peut exercer le retrait lignager? Il ne le peut. Les arrêts l'ont ainsi jugé, parceque, pour exercer le retrait lignager, il faut être parent du vendeur du côté et ligne dont l'héritage lui étoit propre, et que l'étranger ne peut avoir aucune parenté civile.

Il en faut dire autrement du retrait féodal; l'aubain, seigneur de fief, peut l'exercer, ainsi que tous les autres droits féodaux; la raison en est que ces droits sont réels plutôt que personnels; et que les coutumes, les accordant à raison de la chose, ils sont indépen-

dants de la qualité des personnes, et il suffit à l'aubain d'être propriétaire du fief auquel ces droits sont attachés pour qu'il puisse en jouir et les exercer.

8° Lorsque nous avons une guerre avec une puissance étrangère, tous les étrangers qui sont soumis à cette puissance sont obligés de sortir du royaume dans le temps qu'on a fixé; ils doivent aussi mettre hors de leurs mains tous les biens qu'ils possédent en France. S'ils ne font pas l'un et l'autre dans le temps qui leur est indiqué, le roi s'empare de leurs biens; ils peuvent aussi eux-mêmes être arrêtés, et alors on les oblige de payer une rançon pour obtenir leur liberté.

Cette injonction faite aux étrangers de sortir du royaume ne comprend pas les étrangers naturalisés; ils ont reconnu le roi comme leur souverain: celui-ci les a avoués comme ses sujets. Cette soumission et cette reconnoissance de l'étranger ne permettent plus de les regarder comme tels.

SECTION III.

Comment les étrangers peuvent acquérir les droits de citoyens.

Les étrangers ne peuvent acquérir le droit de citoyens françois que par les lettres de naturalité. Un étranger qui auroit demeuré pendant plusieurs années en France, qui s'y seroit marié, qui y auroit eu des enfants, ne seroit pas moins regardé comme étranger; il faut même observer que les aubains, qui auroient obtenu des lettres du roi pour posséder des of-

fices ou des bénéfices, ne sont pas censés naturalisés; ces lettres n'ont d'autre effet que de les relever d'une incapacité qui les rend inhabiles à posséder un office ou un bénéfice dans ce royaume; il n'y a que les lettres de naturalité qui naturalisent les étrangers, et qui leur attribuent sans réserve les droits de citoyens. Le roi seul peut naturaliser les étrangers; cet acte est un exercice de la puissance souveraine, dont il est le seul dépositaire.

Ces lettres de naturalité s'obtiennent en grande chancellerie, et elles doivent être enregistrées en la chambre des comptes; c'est le seul enregistrement essentiellement nécessaire, sans lequel les lettres ne peuvent avoir aucun effet; et l'enregistrement au parlement, au domaine, quelquefois à la cour des aides, est plutôt pour faciliter l'exécution des lettres que pour assurer leur validité.

Ces lettres s'accordent moyennant une somme proportionnée à la fortune de celui qui les obtient; quelquefois le roi en fait remise; c'est ce qui arrive lorsque le roi les accorde en récompense des services qu'un étranger a rendus à la France. Le paiement de cette finance est comme une indemnité du droit d'aubaine auquel le roi renonce par les lettres de naturalité qu'il accorde.

Les étrangers naturalisés jouissent de presque tous les droits des citoyens, si l'on excepte quelques dignités éminentes dans l'Église, qu'ils ne peuvent occuper sans une permission expresse du roi. Ils sont capables de posséder toutes sortes d'offices et bénéfices; ils ne sont pas tenus de donner la caution *judicatum solvi;*

ils doivent être admis au bénéfice de cession ; la contrainte par corps n'a pas lieu contre eux en matière civile; ils peuvent être témoins valables dans toutes sortes d'actes, même les plus solennels; on ne peut leur refuser l'exercice du retrait lignager; ils ont la faculté de tester et de recevoir par testament, et de transmettre leurs successions, et de succéder.

Il faut cependant observer que les étrangers naturalisés ne peuvent tester qu'en faveur de François ou d'étrangers naturalisés; comme ils ne peuvent aussi transmettre leurs successions qu'à ceux de leurs parents qui sont nés François, ou qui ont été naturalisés. La raison pour laquelle ils ne peuvent tester au profit d'un étranger, ni lui transmettre leurs successions, vient moins d'un défaut de capacité en eux, qu'en la personne des étrangers, qui sont incapables de toutes dispositions testamentaires, de toutes successions légitimes.

L'étranger naturalisé doit avoir pour héritiers ses plus proches parents régnicoles, encore qu'il y en eût de plus proches en pays étranger; en effet, l'héritier n'est pas le plus proche parent seulement, mais le plus proche parent habile à se dire et porter héritier; l'étranger ne possède que la première de ces deux qualités, il n'y joint pas la seconde ; il ne peut donc pas être regardé comme le véritable héritier; cette qualité appartient donc au plus proche parent régnicole.

On demande si la veuve de l'étranger naturalisé lui succède, lorsque cet étranger n'a pas de parents régnicoles, en vertu de l'édit, *Unde vir et uxor?* on peut dire que lorsque le roi a accordé des lettres de natura-

lité à cet étranger, il n'a eu d'autre objet que de lui permettre de transmettre sa succession aux héritiers légitimes, à ceux que le vœu de la nature et de la loi du sang y appeloient pour la recueillir; mais dès qu'il ne s'en trouve pas, le droit du roi revit; il n'a prétendu favoriser que l'étranger naturalisé.

Il semble cependant que la femme a droit de succéder à cet étranger naturalisé. La femme est une héritière légitime ; on ne peut tirer aucune induction de ce que le roi exclut le haut-justicier; le haut-justicier est un héritier irrégulier, il ne succède qu'aux biens, *in bona vacantia;* en conséquence, il n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence des biens. La femme, au contraire, est une héritière régulière de son mari; elle est tenue indéfiniment des dettes.

Les lettres de naturalité ne sont cependant pas le seul moyen par lequel les étrangers puissent obtenir les droits de régnicoles; quelques villes du royaume ont obtenu de nos rois, que tous ceux qui viendroient s'y établir seroient naturalisés; ces villes sont, Lyon, Toulouse, et Bordeaux. Voy. Coquille, sur la coutume de Nivernois.

La nécessité de peupler nos colonies a engagé nos rois à naturaliser tous les étrangers qui s'y transporteroient, dans la résolution d'y former un établissement fixe et durable.

Les esclaves négres, qui sont affranchis dans nos colonies, y acquièrent tous les droits de citoyen. Nos ordonnances portent que leur affranchissement leur tiendra lieu de naissance dans le pays où ils auront été affranchis.

On a aussi naturalisé les étrangers qui auroient servi pendant un certain temps dans nos armées de terre. Tout récemment on a accordé le même privilége à ceux qui serviroient cinq ans sur mer.

Il y a quelques peuples qui jouissent des droits d'originaires françois; les uns, sous la condition de venir s'établir en France; les autres, même en demeurant hors du royaume. Sur quoi il faut observer que les lettres de naturalité sont censées renfermer la condition de demeurer dans le royaume; et que, pour que l'étranger puisse en profiter sans cette demeure, il faut qu'il y ait une clause qui l'en dispense. Enfin, il faut faire attention à ne pas confondre l'exemption du droit d'aubaine, avec la concession des droits des originaires françois.

Les particuliers, ou les peuples exempts du droit d'aubaine, ne sont pas pour cela citoyens : cette concession ne leur en acquiert pas les droits. Seulement celui qui l'a obtenue est capable de disposer par testament des biens qu'il a dans le royaume, et de les transmettre à ses héritiers légitimes; mais ils ne pourroient recevoir une disposition à cause de mort, qui leur seroit faite par un François, ni la succession légitime d'un régnicole; arrêt de 1739 contre les Génevois.

Lorsque nos rois, par quelque traité particulier, ont accordé à une nation les droits de naturels françois, elle en doit jouir tant qu'il n'y a pas de guerre entre elle et nous; car, s'il survient quelque rupture, on n'y a plus égard.

Si la paix vient à être rétablie, il faut savoir si elle

est rétablie sous les mêmes conditions que dans les traités précédents; car alors le droit de naturel françois revit en faveur de cette nation. Que si le traité ne parloit pas du droit d'aubaine, et qu'il n'eût aucune relation avec les précédents traités, il faudroit avoir recours au droit commun.

SECTION IV.

Comment les François perdent les droits de régnicoles.

Les François qui ont abandonné leur patrie, sans aucun espoir de retour, perdent la qualité et les droits de citoyens. C'est pourquoi Loisel met au rang des aubains ceux qui, étant natifs du royaume, *s'en sont volontairement absentés*; reg. 48, tit. 1, l. 1.

Mais on doit présumer toujours cet esprit de retour, à moins qu'il n'y ait quelque fait contraire qui détruise une présomption aussi bien fondée, et qui prouve une volonté certaine de s'expatrier. Tout autre fait ne peut que faire naître des soupçons qui s'évanouissent, si le François revient dans le royaume, quelque long-temps qu'il ait demeuré en pays étranger; que s'il y étoit mort, le soupçon croîtroit.

Le mariage qu'il y contracteroit ne pourroit non plus que faire naître des soupçons; mais il ne seroit plus permis de douter de son dessein de s'expatrier, s'il avoit établi le centre de sa fortune en pays étranger, s'il s'y étoit fait pourvoir de quelque office ou bénéfice, sur-tout s'il s'y étoit fait naturaliser; car on ne peut obtenir des lettres de naturalité, sans se reconnoître sujet du prince à qui on les demande.

Le François sorti du royaume, sans conserver l'esprit de retour, devient presque de la même condition que les étrangers.

Il y a seulement une différence entre les étrangers et les François expatriés, qui est que les François recouvrent les droits de régnicoles, en revenant dans leur patrie, avec dessein d'y fixer leur demeure; car nous ne pensons pas qu'ils doivent être assujettis, comme le prétendent quelques auteurs, à prendre des lettres de réhabilitation, si ce n'est peut-être dans le seul cas où ils se seroient fait naturaliser en pays étranger, pour effacer cette reconnoissance d'un autre souverain que celui de France.

Ce François qui revient en France ne recouvre les droits de régnicole que du moment de son retour: ainsi, il ne peut recueillir les successions qui lui sont échues, ni les dispositions faites à son profit pendant son absence.

Quelques auteurs prétendent qu'il y a encore une différence entre les François expatriés et l'étranger, qui est qu'ils peuvent transmettre leurs successions à leurs héritiers légitimes, sans que le roi puisse s'emparer de leurs biens à titre d'aubaine; *Bacquet*, ch. 40, n. 4, *du droit d'Aubaine.*

L'ordonnance la plus récente contre ceux qui s'expatrient est l'ordonnance de 1667. Elle s'explique en ces termes : « Défendons à tous nos sujets de s'é-« tablir sans notre permission dans les pays étrangers, « par mariages, acquisition d'immeubles, transport « de leur famille et biens, pour y prendre établisse-« ment stable et sans retour, à peine de confiscation

« de corps et de biens, et d'être réputés étrangers. »

Il faut ajouter à tout ce que nous avons dit, que les peines prononcées par cet édit ne s'encourent pas *ipso facto*, et qu'il faut qu'on ait intenté contre le sujet une accusation de désertion, sur laquelle sera intervenu un jugement. Sans cela, il conserve toujours les droits de régnicole.

Les enfants nés hors de France de François expatriés, ne sont privés des droits de régnicole, qu'autant qu'ils demeurent en pays étranger. S'ils viennent en France, ils recouvrent tous les droits de citoyens. C'est l'avis de Boyer, décision 13 : *Filius in Hispaniâ conceptus et natus à patre et matre Gallis qui in Hispaniam perpetuæ moræ causâ migrarunt, reversus in Galliam ad domicilium originis paternæ, animo perpetuo ibi manendi sine fraude, potest et succedere, et ad retractum venire.* Cela a été ainsi jugé par arrêt vulgairement appelé l'*arrêt de Langloise;* Bacquet, ch. 39, du droit d'Aubaine.

Il faut néanmoins observer que ces enfants, quoique nés en pays étranger, doivent succéder à leurs père et mère qui seroient sortis du royaume sans aucun esprit de retour. En effet, puisqu'il est constant que les enfants nés en France d'un étranger lui succédent, quoique l'étranger ne puisse pas transmettre sa succession, il en doit être de même de l'enfant établi en France, qui est né en pays étranger d'un François expatrié ; car il n'est pas moins François que celui qui est né en France de parents étrangers : sa condition doit donc être la même.

Nos lois ont prononcé des peines particulières contre les religionnaires fugitifs; elles ont voulu que lorsqu'ils reviendroient dans le royaume, après qu'on leur auroit fait leur procès pour crime de désertion, ils fussent tenus de prêter un nouveau serment de fidélité entre les mains du gouverneur de la province, et de faire profession de la religion catholique. Mais ces lois ne sont pas exécutées; et il faut avouer que la jurisprudence sur l'état des François expatriés est très incertaine.

TITRE III.

Division des personnes, par rapport à celles qui ont perdu la vie civile et celles qui l'ont recouvrée.

Nous ne distinguons pas, ainsi que les Romains, deux sortes de morts civiles; l'une qui emporte la privation de tous les avantages établis, soit par le droit civil, en faveur des citoyens, soit par le droit des gens, en faveur de tous les hommes libres; l'autre, qui ne privoit que des premiers, sans donner atteinte aux seconds. Dans nos mœurs, nous ne connoissons que la première de ces morts civiles. Parmi nous, les morts civilement perdent tous les droits qui sont, soit du droit civil, soit du droit des gens.

Non seulement ils ne peuvent point tester ni recevoir par testament, succéder ni transmettre leur succession; ils ne peuvent encore ni contracter, ni acquérir, ni posséder. Ils peuvent cependant recevoir

des aliments, parceque tous ceux qui ont la vie naturelle en sont capables. Tel est l'état dans lequel Argou et Domat semblent nous les représenter.

Quoiqu'il n'y ait parmi nous qu'une vie civile, qui produit les mêmes effets à l'égard de tous ceux qui l'ont encourue, on distingue cependant, si l'on considère la cause qui produit la mort civile, deux sortes de morts civilement. Les uns sont ceux qui ont encouru la mort civile par l'abdication volontaire qu'ils ont faite d'eux-mêmes des droits de la vie civile, par leur profession dans un ordre religieux; les autres sont ceux qui ont encouru la mort civile par la condamnation à une peine dont elle est la suite nécessaire.

L'ordonnance des substitutions de 1747 distingue ces deux sortes de morts civiles: elle ne conserve ce nom, qui, dans nos mœurs, a quelque chose de flétrissant, qu'aux derniers, c'est-à-dire à ceux qui ont encouru la mort civile par quelque crime grave; et elle nomme les religieux profès incapables d'effets civils.

SECTION PREMIÈRE.

De ceux qui sont incapables d'effets civils, par la profession dans un ordre religieux.

La profession religieuse consiste dans la séparation du siècle, et, par conséquent, renferme l'abdication volontaire de tous les droits que donne la vie civile. La profession religieuse, qui fait perdre la vie civile, se consomme par l'émission des vœux solennels.

Pour que les vœux soient solennels, il faut que cinq choses concourrent:

1° Que l'ordre dans lequel ils sont faits soit approuvé dans l'Église et dans l'état.

2° Qu'ils soient reçus par un supérieur qui en ait le pouvoir par les constitutions de l'ordre. Nous ne reconnoissons pas dans nos mœurs de professions tacites, quoique quelques unes de nos coutumes en fassent mention : et il en résulte que, lorsqu'il est certain qu'un religieux n'a pas fait de vœu solennel, le seul habillement ne peut les suppléer.

3° Que celui qui les prononce ait l'âge requis. Celle de Blois avoit réduit à seize ans accomplis le temps de la profession, qui auparavant, suivant l'ordonnance d'Orléans, ne pouvoit être qu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les mâles, et vingt ans pour les filles. Mais, par édit du mois de mars 1768, l'âge requis a été fixé, à compter du 1er janvier 1769, à vingt-un ans accomplis pour les hommes, et à dix-huit ans aussi accomplis pour les filles. Celui ou celle qui, étant nés le soir, feroit profession le matin du dernier jour de sa vingt-unième ou dix-huitième année, feroit-il cette profession valablement? Non; car tant qu'il reste quelques moments, il est vrai de dire que l'année n'est pas accomplie. On peut tirer en argument la loi 3, §. 3, *de minor.* 25 *annis*, qui décide qu'une personne est encore mineure de vingt-cinq ans le dernier jour de sa vingt-cinquième année avant l'heure à laquelle elle est née, l'année devant se compter *a momento ad momentum.*

4° Il faut qu'il y ait au moins un an d'intervalle entre le jour auquel le religieux a pris l'habit de religion, et celui de sa profession, suivant qu'il est porté

par l'ordonnance de Blois. La même loi défend d'admettre aucune fille à profession, qu'elle n'ait été examinée par l'évêque ou par un de ses grands-vicaires, et que la cause ne leur en ait parue légitime et valable.

Nos rois ont voulu qu'il y ait des actes de vêture et de profession qui en assurent la vérité. Il ont, à cet effet, ordonné qu'il y eût dans chaque monastère et maison religieuse un registre en bonne forme, relié, coté, et paraphé en tous ses feuillets par le supérieur, et approuvé par un acte capitulaire, inséré au commencement; ordonnance de 1667, tit. 20, art. 15.

La déclaration de 1736 veut que chaque acte et registre soit double: l'un desquels doit demeurer à la communauté, et l'autre doit être porté au greffe du bailliage du lieu, pour y avoir recours.

Chaque acte de vêture ainsi que de profession doit être inscrit sur ce registre, signé de celui qui a pris l'habit ou fait profession, du supérieur, et de deux témoins; art. 16, tit. 20, ordonnance de 1667.

5° Il faut que la profession ait été volontaire. Tout ce qui peut lui ôter cette qualité la rend nulle : la violence, la crainte, l'erreur, le dol, peuvent donner lieu à une réclamation contre des vœux. Il faut cependant, pour que la crainte et la violence puissent annuler les vœux, qu'elles aient été capables de faire impression sur l'esprit d'un homme constant. Le dol et l'erreur doivent aussi être de nature à ne pouvoir faire regarder le consentement qui a été donné en conséquence comme valable.

Comme il est de l'intérêt public que l'état des hommes

ne soit pas incertain, on a cru devoir fixer un temps, dans lequel celui qui auroit fait des vœux solennels seroit obligé de réclamer contre. Ce temps est fixé à cinq ans depuis la profession ; et lorsqu'il est écoulé, le religieux n'est plus recevable à proposer ses moyens de nullité. Il en est à plus forte raison de même, lorsqu'il a approuvé de nouveau volontairement ses vœux: mais il faut observer que les cinq ans que le religieux a pour réclamer, ne commencent à courir que du jour que la cause qui donne lieu à la réclamation a cessé. On doit aussi remarquer que, quoique le religieux soit obligé de réclamer dans les cinq ans, à compter du jour de sa profession, il n'est cependant pas obligé de former sa demande dans le même temps: mais il ne semble cependant pas qu'on dût lui donner plus de cinq ans pour agir après sa réclamation.

Le religieux qui prétend que ses vœux sont nuls, doit s'adresser à l'official de l'évêque, pour en faire prononcer la nullité. Celui-ci doit l'admettre à la preuve testimoniale; et si les faits sont prouvés par les enquêtes, l'official doit prononcé la nullité des vœux; et le religieux est censé ne l'avoir jamais été. Lorsque la profession est solennelle, lorsqu'elle est faite avec toutes les formalités requises par les canons de l'Église et les lois de l'état, le religieux devient incapable de tous effets civils: l'ordre dans lequel il entre, forme bien un corps dans l'état, qui peut acquérir des droits, posséder des biens, et exercer les actions qui en résultent; mais les particuliers qui le composent ne sont plus censés y exister. Si même le reli-

gieux profès devient titulaire d'un bénéfice, si, en cette qualité, il a des droits à exercer, c'est plutôt le bénéfice qui est censé agir, que le religieux, qui n'en est que l'administrateur.

Comme le religieux devient, au moment de l'émission de ses vœux solennels, incapable de tous effets civils, dès cet instant, sa succession est déférée à ses parents qui se trouvent en degré de lui succéder.

Par la même raison, s'il a fait un testament, son testament est confirmé par sa profession religieuse, comme il l'auroit été par sa mort naturelle.

Il ne peut aussi rien posséder en propriété, contracter, succéder à ses parents, jouir des droits de famille, assister comme témoin à un acte où les témoins sont requis pour la solennité; en un mot, faire aucune fonction publique. Il peut néanmoins être entendu comme témoin dans une enquête, ou dans une information, car, comme ces actes n'ont d'autre objet que de découvrir la vérité, tous ceux de qui on la peut apprendre doivent être entendus, et, par conséquent, les religieux plus que les autres, puisque la profession religieuse ne les rend que plus dignes de foi, par la sainteté de l'état qu'ils ont embrassé.

Quoique les religieux ne puissent rien posséder en propre, il y a cependant plusieurs ordres dans lesquels on leur accorde différentes administrations à gérer. De là s'est formé le pécule, qu'on peut comparer à plusieurs égards à celui des esclaves. Ils peuvent contracter pour raison de leur pécule, s'obliger, et obliger les autres envers eux: ils ont aussi le droit d'en dis-

poser par quelque acte entre-vifs que ce soit; mais ils ne peuvent en disposer par testament, ni par aucun acte à cause de mort.

Mais on demande à qui il doit appartenir après leur mort? Il faut à cet égard distinguer le pécule des religieux qui devroient être dans la communauté, d'avec le pécule de ceux qui ont des cures, et qui sont obligés, pour en remplir les fonctions, de demeurer hors le cloître. Le pécule des religieux qui demeurent dans les communautés appartient aux communautés, puisqu'il est censé acquis de leurs fonds et du travail du religieux, dont elles doivent profiter. Il y a cependant quelques abbayes réformées, dans lesquelles le pécule des religieux appartient à l'abbé.

Le pécule des religieux curés, provenant des épargnes qu'ils ont faites sur les revenus de leurs cures, qui sont destinés aux pauvres, après qu'ils ont pris leur nécessaire, devroit appartenir aux pauvres de la paroisse. La jurisprudence du parlement de Paris est d'en accorder un tiers à la fabrique, un tiers aux pauvres, et l'autre tiers à l'abbaye: mais au grand conseil on adjuge le tout à l'abbaye. Il paroît qu'on n'adjuge pas le pécule des religieux apostats aux communautés qui les ont laissé vaquer sans les réclamer; il faut dire que c'est un bien vacant qui appartient au fisc.

Ceux qui prennent le pécule d'un religieux, sont obligés d'acquitter les dettes qu'il a contractées; mais ils n'en sont jamais tenus, que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils font. Quoique les religieux, comme nous avons dit, ne puissent faire aucune fonc-

tion civile, comme religieux, rien n'empêche que, s'ils possèdent une cure, ils ne puissent faire celles qui dépendent de la qualité de curé. C'est pourquoi un religieux curé, qui peut dresser les actes de baptêmes, mariages, et sépultures de sa paroisse, et en délivrer des expéditions, peut, par la même raison, recevoir les testaments de ses paroissiens dans les coutumes qui donnent aux curés le pouvoir de les recevoir: mais il ne pourroit pas assister, comme simple témoin, à un testament, parceque cette fonction est indépendante de sa qualité.

Les religieux profès qui sont élevés à l'épiscopat sont sécularisés; ils recouvrent, par leur promotion à cette dignité, la vie civile qu'ils avoient perdue par leurs professions; ils deviennent capables de toutes les fonctions publiques; ils peuvent acquérir les biens par toutes sortes d'actes; ils ont le droit de disposer par testament de ceux qu'ils possèdent; ils transmettent leur succession *ab intestat* à leurs parents; ils ne peuvent cependant pas leur succéder; enfin, ils sont capables de posséder et d'acquérir des immeubles. Nous observerons que quelques personnes refusent aux religieux qui ont été promus à l'épiscopat le droit de tester.

Les religieux qui ont obtenu du pape une dispense de leurs vœux ne sont pas pour cela restitués à la vie civile. Toutes ces dispenses sont regardées en France comme abusives; et ceux qui les ont obtenues ne jouissent pas dans le royaume de l'état qu'ils auroient, s'ils n'avoient pas été religieux.

On n'encourt la mort civile que par l'émission des

vœux solennels. Il en faut conclure que les novices la conservent jusqu'à leur profession : mais, s'ils ne sont pas morts civilement, ils contractent néanmoins différentes incapacités, même pendant le temps de leur noviciat.

L'ordonnance des testaments défend de les recevoir pour témoins dans ces sortes d'actes. Ils ne peuvent faire de donations entre-vifs ; mais ils peuvent tester lorsqu'ils ont l'âge requis pour le faire. Il est vrai qu'ils ne peuvent faire aucune disposition au profit du monastère dans lequel ils entrent, ni d'aucun autre du même ordre.

Les vœux simples ne rendent pas incapables d'effets civils ceux qui les ont prononcés : ils ne lient point dans le for extérieur, quoique, dans le for intérieur, ils soient aussi obligatoires que les vœux solennels. On appelle vœux simples ceux qui ne sont pas faits avec les formalités prescrites pour les rendre solennels.

Nous observerons qu'il s'est élevé dans le dernier siècle plusieurs congrégations régulières. La nature des engagements qu'on y forme varie beaucoup. On peut les distinguer en quatre classes. La première est de ceux qui font des vœux solennels, comme les théatins et les barnabites. La seconde est de ceux qui ne font que des vœux simples, comme les pères de la mission, autrement dit lazaristes. La troisième classe comprend les ci-devant jésuites, qui commençoient par faire de premiers vœux, pour s'engager, après un certain temps, par vœux solennels. La quatrième renferme ceux qui ne font aucuns vœux, soit simples, soit solennels, comme les oratoriens et les sulpiciens.

Il faut observer qu'il y a aussi plusieurs communautés de filles, dans lesquelles on ne fait pas de vœux; ou bien ceux qu'on y fait ne sont que simples.

Les clers réguliers, qui font des vœux solennels, sont incapables d'effets civils, comme tous les autres religieux profès. Ceux, au contraire, qui ne font que des vœux simples, conservent la vie civile, et tous les droits qui en sont une suite : ils succèdent à leurs parents, et leurs parents leurs succèdent; ils peuvent tester au profit des autres comme on peut tester en leur faveur. En un mot, ils sont dans le même état que s'ils n'avoient fait aucuns vœux; et cela a lieu, soit qu'ils demeurent dans la communauté où ils se sont engagés, soit qu'ils en soient sortis. Les clers réguliers, qui ne font aucuns vœux, jouissent à plus forte raison de tous ces droits.

Mais on a long-temps douté de la nature des premiers vœux que prononçoient les jésuites. Il ne sera pas inutile de rapporter les variations de la jurisprudence sur cette matière.

Il est constant qu'on n'a pas regardé les jésuites qui n'avoient fait que leurs premiers vœux comme incapables d'effets civils.

Depuis leur établissement en France, jusqu'au temps de leur exil, c'est-à-dire jusqu'en 1594, leur état n'étoit pas même conditionnel; il ne dépendoit pas de leur sortie : ils conservoient tous leurs droits, même pendant le temps qu'ils étoient dans la société.

Enfin, s'ils faisoient leurs derniers vœux, ils n'encouroient la mort civile que du moment qu'ils les avoient prononcés. Ricard parle de plusieurs arrêts qui

les ont déclarés capables de recueillir des successions, des donations entre-vifs ou à cause de mort, même pendant le temps qu'ils étoient dans la société.

Lorsqu'ils furent rétablis en France, en 1603, l'édit de leur rétablissement les déclara, après leur premier vœu, de la même condition que tous les autres religieux, sous cette modification néanmoins, que s'ils venoient à être congédiés ou licenciés par leur supérieur, ils pourroient rentrer dans leurs droits, comme auparavant. Cette dernière disposition de l'article 5 ne passa pas au parlement lors de la vérification de l'édit. La cour ordonna qu'il seroit fait à ce sujet des remontrances au roi, par lesquelles il seroit supplié de donner une déclaration.

En conséquence de cet arrêté, la modification de l'article 5 n'a pas eu d'exécution. Plusieurs arrêts ont déclaré les jésuites, qui se sont engagés par les premiers vœux, incapables de toutes successions échues ou à écheoir, dans le cas même où ils avoient été licenciés par leur supérieur. Il y en a un, de 1631, qui déclare le sieur Begat, qui avoit été congédié de la société des jésuites depuis l'émission de ses premiers vœux, incapable de succéder à son frère. Il y en a un autre, de 1632, qui déboute le sieur Martin, ex-jésuite, de la demande qu'il avoit formée en partage contre sa sœur.

Il paroît cependant qu'on ne les réputoit pas incapables d'effets civils à tous égards. Lebrun, dans son Traité des Successions, paroît le décider. Il faut observer que la jurisprudence du parlement de Paris n'étoit pas généralement reçue. Dans quelques parlements,

on suivoit la disposition de l'article 5 de l'édit de 1603, dans toute son étendue. Dans celui de Bordeaux, on admettoit ceux qui avoient été licenciés dans les cinq ans, à partager ou recueillir les successions auxquelles la loi les appeloit; arrêt du 4 juillet 1697.

On sentit l'inconvénient que produisoit la variété et l'incertitude de la jurisprudence sur un objet aussi important. Dès 1701, le parlement de Paris fit un nouvel arrêté, par lequel il ordonna que le roi seroit supplié d'interpréter l'article 5 de l'édit de 1603. Louis XIV nomma des commissaires pour examiner la question: mais cet examen, ou ne fut pas fait, ou ne servit à rien. Ce ne fut que sur de nouvelles remontrances, et un nouvel examen, que Louis XIV rendit, en 1715 une déclaration pour tout le royaume.

Suivant cette nouvelle loi, les jésuites qui avoient fait leurs premiers vœux étoient vrais religieux, tant qu'ils demeuroient jésuites; et ils ne jouissoient pas plus de la vie civile que tous les autres religieux. Néanmoins, comme ils pouvoient être congédiés de la société, leur état civil étoit plutôt en suspens, qu'il n'étoit perdu; car, s'ils étoient congédiés, et qu'ils retournassent au siécle, ils étoient censés, *quasi quodam jure postliminii*, n'avoir jamais perdu leur état civil. Si, au contraire, ils restoient dans la société, ils étoient censés, par la fiction de la loi cornélienne, l'avoir perdu dès l'instant de l'émission de leurs premiers vœux. Leur état étoit semblable, en cela, à l'état des captifs dans le droit romain.

De là il s'ensuivoit que le jésuite qui étoit congédié rentroit dans tous les droits qu'il avoit au moment de

l'émission de ses premiers vœux; que s'il lui étoit échu quelques successions pendant qu'il étoit encore dans la société, à laquelle il eût eu droit s'il n'eût pas été jésuite, cette succession étoit censée véritablement lui être échue, et, par conséquent, devoit lui être restituée.

Il en faut conclure à plus forte raison, qu'il devoit être admis à recueillir les successions qui lui échéoient après sa sortie. Il faut cependant observer qu'aux termes de la déclaration de 1715 il ne pouvoit exiger la restitution des fruits, soit des biens qu'il avoit, soit de ceux qui lui étoient échus depuis. Il pouvoit néanmoins répéter les fruits perçus pendant les deux années de son noviciat, parcequ'au moment de l'émission de ses vœux ces fruits avoient changé de nature, et faisoient partie de ses biens.

De là il résultoit aussi que, s'il n'étoit pas congédié, les biens qu'il avoit au moment de sa possession étoient censés avoir passé aux héritiers qu'il eût eus pour lors, s'il fût décédé; que son testament devoit être censé confirmé irrévocablement dès ce même instant, comme il l'eût été par la mort naturelle; et qu'enfin les successions qui auroient dû lui appartenir, s'il eût été licencié, devoient être regardées comme échues à ceux que la loi appeloit pour les recueillir, dans le cas où il n'eût pas existé.

Mais il faut observer que, pour que le jésuite pût rentrer dans les biens qu'il avoit au moment de l'émission de ses vœux, et recueillir les successions qui lui étoient échues pendant le temps qu'il avoit été jésuite, il étoit nécessaire qu'il fût sorti de la société avant trente-trois ans : s'il n'en étoit sorti qu'après sa

trente-troisième année, il ne pouvoit, ni rentrer dans les biens qu'il avoit au moment de ses vœux, ni se faire restituer les successions qui lui étoient échues : il étoit même incapable de toutes successions qui pouvoient lui écheoir par la suite, soit directes ou collatérales.

Nous avons dit que le jésuite congédié après l'âge de trente-trois ans ne pouvoit rentrer dans aucun des biens qu'il avoit au moment de l'émission de ses vœux, quoique la déclaration de 1715 ne parlât que des successions qui leur étoient échues; parceque la même raison milite dans l'un et dans l'autre cas, et qu'on peut dire que ce terme de trente-trois ans est comme une espèce de prescription que la loi avoit établie contre les jésuites licenciés après cet âge, qui ne leur permettoit plus de revendiquer leurs biens, ni d'exercer les droits qui leur étoient échus jusqu'au moment de leur sortie.

De ce que le jésuite qui étoit congédié après les trente-trois ans ne pouvoit plus rentrer dans les biens qu'il avoit avant l'émission de ses vœux, ou qui lui étoient échus depuis, ni même recueillir les successions directes ou collatérales qui pouvoient lui écheoir après sa sortie, il ne s'ensuivoit pas qu'il fût privé de même de tous les autres droits qui dépendoient de l'état civil. Ce n'est pas en effet parceque cette loi les a regardés comme incapables d'effets civils, qu'elle a prononcé contre eux cette incapacité; mais, comme elle le déclare elle-même, pour assurer l'état des familles, dans lesquelles on avoit pu prendre des arrangements relatifs au juste sujet qu'on avoit de croire

que le jésuite ne rentreroit pas au siécle, et qui se trouveroient dérangés, s'il recouvroit le droit de succéder. D'ailleurs, il suffit de considérer la nature de leurs vœux : s'ils s'engageoient à demeurer pour toujours dans la société, les supérieurs avoient le droit de les licencier. Leur engagement n'étant donc que conditionnel, il s'anéantissoit si les supérieurs les congédioient. Mais comment peut-on dire qu'un homme qui est sans engagement, sans vœux, puisse être incapable d'effets civils? On pouvoit donc regarder comme le sentiment le plus unanimement reçu, que ceux qui sortoient des jésuites après les trente-trois ans, si l'on en excepte l'incapacité où ils étoient de pouvoir succéder, devoient être regardés comme les autres citoyens; qu'ils conservoient tous les droits de famille; que, comme aînés, ils pouvoient porter les armes pleines; qu'en cette même qualité, le droit de patronage leur appartenoit; qu'ils étoient capables d'exercer le retrait lignager, si ce n'est dans quelques coutumes où cette faculté est comme une suite du droit de succéder, et qu'ils avoient le pouvoir de tester, et de recevoir par testament.

Il y a un arrêt qui a jugé que le sieur Colas, chanoine de Saint-Agnan d'Orléans, congédié de la société après l'âge de trente-trois ans, étoit capable d'un legs qui lui avoit été fait par le testament de l'un de ses parents.

Enfin, dans le cas où ils n'étoient pas dans les ordres sacrés, ils pouvoient contracter un mariage qui auroit eu tous les effets civils.

Nous devons cependant observer qu'il y a des per-

sonnes qui regardoient les jésuites licenciés après l'âge de trente-trois ans, comme incapables de tous effets civils.

N. B. « Le roi Louis XV, par son édit du mois de « novembre 1764, a ordonné que la société et compa- « gnie des jésuites n'auroit plus lieu dans son royaume, « et néanmoins a permis à ceux qui avoient été mem- « bres de cette société, de vivre en particulier dans ses « états, sous l'autorité spirituelle des ordinaires des « lieux, en se conformant aux lois du royaume.

« Le roi, par son édit du mois de mai 1777, leur a « permis pareillement de vivre dans ses états, comme « particuliers, et ainsi que les autres ecclésiastiques « séculiers, sous l'autorité des ordinaires. Par l'art. 4, « sa majesté déclare qu'ils ne pourront posséder au- « cuns bénéfices à charge d'ame dans les villes, ni y « exercer les fonctions de vicaire; mais leur permet « seulement de posséder dans lesdites villes ou ailleurs « des bénéfices simples ou sujets à résidence; et leur « permet, par l'art. 5, de posséder des cures dans les « campagnes, ou d'y exercer les fonctions de vicaires.

« L'article 7 déclare qu'ils seront à l'avenir capables « de recevoir tous legs et donations, de tester, con- « tracter, et jouir de tous les effets civils, ainsi que les « autres sujets du roi, sans néanmoins que ceux qui « auroient quitté la société après l'âge de trente-trois « ans, ou qui auroient atteint l'âge de trente-trois ans « accomplis lors de l'édit du mois de novembre 1764, « puissent recueillir aucune succession.

« Enfin, par la déclaration du 7 juin 1777, sa ma-
« jesté a déclaré que les ecclésiastiques qui étoient ci-
« devant de la société, pourront résider hors du dio-
« cèse de leur naissance, lorsqu'ils en auront obtenu
« la permission de leur évêque, et qu'ils pourront pos-
« séder toutes dignités, canonicats, et prébendes dans
« les cathédrales et collégiales, autres que celles qui
« ont charge d'ame, ou dont les fonctions sont rela-
« tives à l'éducation publique, qui leur sont interdites
« par l'édit ci-dessus daté; à la charge par eux de se
« conformer aux dispositions desdits édit et déclara-
« tion. »

Les vœux que les chevaliers de Malte prononcent sont des vœux solennels de religion, qui les rendent incapables de tous effets civils. On leur permet cependant d'exiger de leurs père et mère, ou de ceux qui leur ont succédé, une pension, jusqu'à ce qu'ils soient pourvus d'une commanderie.

En ce qui concerne les ermites, on doit dire que ceux qui n'ont fait aucuns vœux solennels dans un ordre approuvé ne sont point religieux, et, par conséquent, ne sont point morts civilement; cependant ils sont quelquefois déclarés incapables de recueillir les successions qui leur sont échues, ou qui leur écherroient par la suite, lorsqu'ils ont vécu long-temps dans cet état; arrêt du 17 février 1633, contre Jérôme Delanoüe, rapporté par Brodeau sur Louet, lettre C, Som. 3.

SECTION II.

Des morts civilement par la condamnation à une peine qui emporte mort civile.

La mort civile n'est pas parmi nous une peine particulière, prononcée contre ceux qui ont commis quelque crime grave; elle est, au contraire, une suite d'une condamnation à une autre peine qui y donne lieu.

1° Celui qui a été condamné à la mort naturelle encourt la mort civile, lorsque la condamnation ne peut être exécutée. L'on ne doit plus en effet regarder comme existants ceux qui ont été jugés mériter le dernier supplice.

2° Celui qui a été condamné aux galères à perpétuité est réputé mort civilement: il devient même en quelque sorte esclave de la peine, Nous disons à perpétuité; car s'il n'y étoit condamné que pour un temps, quelque long qu'il fût, il ne pourroit y avoir lieu à la mort civile.

3° Le bannissement à perpétuité, et hors du royaume, emporte mort civile; mais il faut que ces deux circonstances concourent.

Le bannissement à perpétuité d'un lieu, ou du royaume pour un temps, ne donne pas lieu à la mort civile; car, la mort civile étant une image de la mort naturelle, elle doit avoir un effet perpétuel. *Nec enim quis ad certum tempus intelligitur mori.*

L'usage n'est pas de bannir les femmes hors du royaume; en conséquence, Argou prétend que les femmes qui auroient été bannies hors du ressort d'un

parlement devoient être censées mortes civilement; mais nous ne voyons pas quelles peuvent être les raisons de ce sentiment.

Plusieurs avoient aussi pensé qu'il n'y avoit que les cours souveraines qui pussent bannir hors du royaume; mais tous les juges royaux ont ce droit; il paroît cependant qu'on le conteste aux juges des seigneurs.

La condamnation aux galères à perpétuité, séquestrant pour toujours le condamné de la société, doit emporter mort civile.

Examinons dans quel temps la mort civile est censée encourue par les condamnés aux peines qui emportent mort civile.

Il faut distinguer si la condamnation a été rendue contradictoirement, ou par contumace. Au premier cas, la mort civile est encourue irrévocablement du jour que la condamnation a été prononcée par un juge souverain, soit qu'il soit juge en première instance, soit qu'il soit juge d'appel.

Quelques auteurs prétendent que, dans le cas où le juge souverain est juge d'appel, l'arrêt confirmatif devoit avoir un effet rétroactif au jour de la première sentence; mais il faut considérer qu'en matière criminelle, la première sentence ne forme pas un jugement parfait; qu'on la regarde comme faisant partie de l'instruction; que cette instruction ne reçoit son complément que par le dernier interrogatoire que l'accusé subit en la cour où l'appel est porté; et qu'enfin, l'on est tellement persuadé que la première sentence n'est pas un véritable jugement jusqu'alors, qu'on ne la prononce au condamné qu'après l'arrêt rendu.

Si le jugement en dernier ressort est attaqué par la voie de la requête civile, de la révision, ou de la cassation, si le jugement n'est pas annulé, la mort civile est encourue du jour de l'arrêt contre lequel on s'est pourvu.

Dans le deuxième cas, où la condamnation est prononcée sans avoir entendu l'accusé, et par contumace, alors la mort civile n'est pas encourue du jour du jugement, mais seulement du jour de l'exécution. Il faut même alors distinguer si l'accusé s'est représenté ou a été constitué prisonnier; ou s'il est décédé dans les cinq ans; ou s'il ne s'est présenté, s'il n'a été constitué prisonnier, et s'il n'est décédé qu'après les cinq ans.

Dans le cas où le condamné s'est présenté, ou est constitué prisonnier dans les cinq ans, la contumace est anéantie, de telle sorte que, si le condamné venoit à mourir, même après les cinq ans, sans avoir subi une nouvelle condamnation, on ne pourroit pas le regarder comme mort civilement. Si même il étoit condamné par jugement contradictoire à la même peine, il ne seroit toujours censé mort que du jour du dernier jugement.

Le jugement de contumace est aussi anéanti, si le condamné vient à décéder dans les cinq ans. Si cependant il étoit coupable d'un crime qui ne s'éteint pas par la mort, il faudroit faire le procès à sa mémoire comme s'il n'y avoit pas eu de jugement de contumace.

S'il décède après les cinq ans, sans s'être représenté, et sans avoir été constitué prisonnier, alors il encourt la mort civile du jour de l'exécution du jugement par

contumace : ainsi son état est en suspens pendant les cinq ans.

Il faut cependant observer que la veuve du condamné, ses enfants, ou ses parents, peuvent obtenir des lettres à l'effet de purger la mémoire du défunt. S'ils réussissent à faire rétracter la condamnation, il est réputé mort *integri statûs :* s'ils succombent, la sentence de contumace a tout son effet.

Mais que dira-t-on, si le prisonnier ne se représente, ou n'est constitué prisonnier qu'après les cinq ans? Il semble qu'il faut distinguer s'il a obtenu, ou non, des lettres d'ester à droit : s'il en a obtenu, l'effet de ces lettres est de le remettre au même état où il étoit avant l'expiration des cinq ans; mais s'il n'en obtient pas, la contumace ne peut être anéantie que par un jugement contradictoire; de sorte que s'il vient à décéder avant ce jugement, il est censé mort civilement, comme s'il ne se fût pas représenté.

Mais on demande si, lorsque le condamné, soit qu'il se soit représenté dans les cinq ans, ou après, vient à être condamné par le jugement contradictoire à la même peine à laquelle il avoit été condamné par le jugement de contumace; si, dis-je, il encourt la mort civile, ou du jour de l'exécution du jugement de contumace, ou du jour du jugement contradictoire? Il faut décider qu'elle n'a toujours lieu que du jour du jugement contradictoire, parceque ce jugement annulle toujours celui de contumace.

Lorque celui qui a été condamné par contumace à une peine qui emporte mort civile ne s'est pas représenté, ou n'a pas été constitué prisonnier dans les trente

ans, il encourt la mort civile irrévocablement; et il ne peut plus espérer de revenir à la vie civile que par des lettres du prince qui la lui rendent. Comme, après ce temps, il ne peut plus subir la peine dont il a obtenu la décharge par la prescription, il n'est plus recevable à se représenter, et, par une conséquence naturelle, il n'a plus de moyen de purger la contumace, et d'anéantir les suites de la condamnation qui a été exécutée contre lui.

Cela ne peut avoir lieu lorsqu'il s'agit du crime de duel; car, comme, suivant l'article 35 de l'édit du mois d'août 1679, on en peut prescrire la peine, même par trente ans, à compter du jour de l'exécution de la sentence de contumace, le condamné peut toujours se représenter; et, par une suite nécessaire, il peut obtenir un jugement d'absolution qui anéantisse la contumace, de sorte qu'on ne peut jamais dire qu'il ait encouru la mort civile irrévocablement jusqu'au jour de son décès.

Quelques uns avoient pensé que cette prescription de trente ans avoit non seulement lieu pour la peine, mais encore pour toutes les autres suites de la condamnation. Le contraire a été jugé à la Tournelle, en 1737.

Lorsqu'une personne a encouru la mort civile par une condamnation à une peine dont elle est la suite, soit que cette condamnation soit prononcée par un jugement contradictoire, soit qu'elle le soit par contumace, elle a toujours une ressource pour recouvrer la vie civile dans la clémence du prince.

Si la condamnation prononce la peine de mort, il

peut obtenir des lettres d'abolition et de rémission : si la condamnation n'emporte pas peine de mort, il peut obtenir des lettres de pardon. Ces lettres, lorsqu'elles sont entérinées, effacent jusqu'au moindre vestige de la condamnation. Non seulement elles remettent la peine du crime, elles sont encore censées éteindre le crime.

Quelquefois il arrive que les lettres que le prince accorde ne contiennent qu'une commutation de peines : dans ce cas, le condamné ne recouvre la vie civile, qu'autant que la peine en laquelle a été commuée la première n'emporte pas mort civile.

Si ceux qui ont été condamnés aux galères ou au bannissement hors du royaume à perpétuité obtiennent des lettres de rappel de ban ou de galères, alors ils recouvrent la vie civile; car, comme la mort civile n'est qu'une suite de la peine à laquelle ils sont sujets, dès que cette peine leur a été remise, on ne peut plus les présumer morts civilement.

Nous remarquerons que les lettres de commutation de peine, de rappel de ban, et de galères, n'effacent pas la condamnation, comme les lettres d'abolition, de rémission ou de pardon, ni la réhabilitation du condamné en ses biens et bonne renommée. Ces premières ne font que changer ou remettre la peine; les autres remettent le condamné au même état que s'il ne l'avoit pas été.

Pour que les condamnations, dont la mort civile est une suite, puissent y donner lieu, il faut qu'elles aient été prononcées en justice réglée.

Une condamnation à mort, prononcée par un con-

seil de guerre, contre un soldat pour délit militaire, n'emporte pas la mort civile du condamné, ni la confiscation de ses biens; il meurt *integri statûs*, et il transmet sa succession à ses parents. Par la même raison, un ordre du roi, qui enjoint à quelqu'un de sortir du royaume, n'emporte pas la mort civile de l'exilé.

SECTION III.

Des infames.

L'infamie forme un état mitoyen entre ceux qui jouissent de tout leur état civil, et ceux qui sont morts civilement; car l'infamie ne fait pas perdre l'état civil, mais elle y donne atteinte et le diminue, *non consumit, sed minuit*. Elle ne s'encoure parmi nous que par la condamnation à une peine dont elle est la suite. Examinons quelles sont ces peines.

1° Tous ceux qui ont été condamnés à la mort naturelle ou civile, sont censés morts infames. Quelques uns tiennent que le contumace décédé dans les cinq ans meurt infame; mais ce sentiment est contraire à l'opinion commune, fondée sur l'ordonnance, que le contumace décédé dans les cinq ans meurt *integri statûs*. Le jugement de contumace est absolument anéanti, et l'accusé est réputé mort aussi innocent que s'il n'y avoit eu aucun jugement rendu contre lui; on ne peut donc dire qu'il est mort infame, l'infamie ne pouvant s'appliquer qu'à celui qui est reconnu coupable; mais on dit, pour l'opinion contraire, que la disposition de l'ordonnance, qui permet aux héritiers du contumace, décédé dans les cinq ans,

d'appeler du jugement de contumace, seroit illusoire, s'il étoit vrai que la sentence de contumace fût anéantie relativement à tous les effets qu'elle peut produire; mais cette objection se détruit, si l'on fait attention que l'appel des parents n'a d'autre effet que de faire cesser les condamnations pécuniaires; et non pas de faire déclarer le défunt innocent. Si l'on demande pourquoi les parents doivent interjeter appel pour se faire restituer contre les condamnations pécuniaires, c'est que comme elles ont été adjugées et exécutées en vertu d'un jugement, il faut recourir à la même voie pour en obtenir la restitution; or, cette voie est la voie de l'appel.

2° Ceux qui sont condamnés à une peine afflictive sont réputés infames; les peines afflictives sont les galères pour un temps, le fouet et la fleur de lys, le pilori et le carcan.

3° Les autres peines qui emportent infamie sont, le bannissement pour un temps, ou d'un lieu, l'amende honorable, le blâme, et l'amende en matière criminelle confirmée par arrêt.

L'amende honorable envers la justice est la seule qui produise l'infamie : ce n'est qu'improprement qu'on appelle de ce nom les satisfactions qu'on fait aux particuliers pour réparer l'injure qu'ils ont reçue; l'amende honorable envers la justice produit l'infamie, soit qu'elle se fasse en la chambre du conseil, ou à l'audience, debout ou à genoux, nue tête et en chemise, la corde au cou, en présence de l'exécuteur de la haute-justice.

Il ne faut pas aussi confondre l'injonction d'être plus circonspect, ou la défense de récidiver, avec le blâme; ces deux dernières prononciations n'emportent pas

d'infamie; l'aumône, quoique prononcée par arrêt, n'emporte pas non plus d'infamie.

Argou, tit. *des peines*, prétend que le jugement qui prononce contre un officier la privation de son office, et qui le déclare incapable de le posséder, emporte infamie; mais on tient aujourd'hui le contraire pour constant; ce jugement rend seulement celui contre lequel il a été rendu incapable de posséder d'autres offices.

L'effet de l'infamie est de rendre celui qui l'a encourue incapable de posséder aucun office, ni bénéfice, et de pouvoir remplir aucune fonction publique. Cette incapacité fait que non seulement on ne peut obtenir ni acquérir de nouveaux bénéfices ou offices, mais encore, qu'on perd ceux dont on étoit pourvu; il y a cependant cette différence entre le bénéficier et l'officier, que ce dernier n'est privé que de l'exercice de son office, et qu'il en conserve la propriété.

Ceux qui sont infames ne peuvent ainsi être entendus en déposition, ni être témoins en matière civile, dans quelque acte que ce soit, testaments, ou autres; enfin, ceux qui sont infames ne peuvent tester.

Ceux qui sont dans les liens d'un décret d'ajournement personnel, ou de prise de corps, quoiqu'ils ne soient pas regardés comme infames, ne jouissent cependant pas d'une réputation entière. Leur témoignage ne doit pas être reçu, ou du moins il doit être regardé comme suspect; aussi l'ordonnance regarde-t-elle comme suspects, et comme des moyens de reproches légitimes, ceux par lesquels les parties prouvent que les témoins ont été décrétés de prise de corps, ou d'ajourne-

ment personnel; ils sont aussi interdits de toutes fonctions publiques pendant qu'ils sont *in reatu*.

On avoit douté si le décret d'ajournement personnel, décerné contre les ecclésiastiques, les interdisoit des fonctions de leur ministère; mais l'arrêt de réglement de 1752 ne laisse plus lieu d'en douter.

Il faut observer qu'il y a cette différence entre les effets de l'infamie et les suites des décrets de prise de corps et d'ajournement personnel, que les uns sont perpétuels, ainsi que l'infamie même qui les produit, au lieu que les autres ne durent qu'autant que les décrets; dès qu'il est intervenu un jugement qui décharge l'accusé, ou qui ne prononce aucune des peines qui donnent lieu à l'infamie, il rentre absolument dans l'exercice de ses fonctions, et il y a lieu de penser qu'on ne pourroit reprocher son témoignage. La raison qui a fait joindre une espèce de note aux décrets de prise de corps, ou d'ajournement personnel, est que, comme ces décrets ne se doivent décerner que lorsque l'accusation est grave, et qu'elle est accompagnée de présomption ou même de preuves considérables, ils rendent légitimement suspects ceux contre qui ils ont été lancés.

Au contraire, le décret d'assigné pour être ouï ne suppose qu'une légère accusation, de foibles indices; il n'emporte aucune interdiction contre ceux contre qui il a été décerné; et il ne peut diminuer la foi qui est due aux dépositions qu'ils font en justice. Ce décret n'est pas d'un usage fort ancien, et il n'a été introduit que pour conserver les officiers dans leurs fonctions, dont le décret d'ajournement personnel

les rendoit incapables; il paroissoit en effet injuste de voir un officier interdit de toutes ses fonctions, sur la plus légère accusation qu'on formoit contre lui, ou sur de simples soupçons qui sembloient l'établir.

Il faut encore observer cette différence entre les décrets de prise de corps ou d'ajournement personnel, et le décret d'assigné pour être ouï, que lorsqu'un accusé assigné pour être ouï est, faute de se représenter, décrété d'ajournement personnel, ou même de prise de corps, les décrets de conversion n'ayant de durée que jusqu'à ce que l'accusé ait subi interrogatoire, il s'ensuit qu'il n'emporte interdiction que jusqu'à ce temps. Au contraire, lorsque le décret de prise de corps, ou d'ajournement personnel, est originaire, l'interdiction qu'il fait encourir dure jusqu'à la fin du procès, à moins que, par un jugement interlocutoire, l'accusé ne soit renvoyé en état d'assigné pour être ouï.

De même que ceux qui ont perdu la vie civile peuvent la recouvrer en obtenant des lettres du prince qui la leur rendent, de même ceux qui ont encouru l'infamie par une condamnation à une peine dont elle est la suite, peuvent obtenir des lettres de réhabilitation en leur bonne renommée; ces lettres remettent le condamné au même état où il étoit avant la condamnation; elles lui rendent tous les droits qu'elle lui avoit fait perdre; il devient de nouveau capable d'être pourvu d'offices ou de bénéfices; il recouvre la faculté de tester; on ne peut plus suspecter son témoignage.

Les lettres de rappel de ban et de galères n'ont pas le même effet que les lettres de réhabilitation; celui

qui les a obtenues demeure toujours infame, à moins que par un nouveau bienfait du prince il ne soit rétabli en sa bonne renommée.

TITRE IV.

Division des personnes en légitimes et bâtards.

On appelle bâtards tous ceux qui ne sont pas nés d'un mariage contracté suivant les lois du royaume.

L'enfant né d'une conjonction illégitime peut devenir légitime, si les père et mère contractent par la suite ensemble un légitime mariage, pourvu néanmoins qu'il ne soit pas adultérin, c'est-à-dire que, lors de la conjonction de laquelle il est né, ni son père ni sa mère n'aient été engagés dans un mariage avec un autre.

La légitimation par lettres du prince ne donne à l'enfant légitimé que le droit de porter le nom de son père, et ne lui donne pas les droits de famille, et, par conséquent, les droits de succéder, ni à son père, ni à sa mère, ni à aucun autre parent.

Les bâtards jouissent de l'état civil, commun à tous les citoyens, mais ils n'ont pas les droits de famille.

Par le droit romain, ils appartenoient à la famille de leur mère; mais, par le droit françois, ils n'appartiennent à aucune famille, toute parenté naturelle, provenante d'une conjonction illégitime n'étant pas considérée dans notre droit; de là il suit qu'ils n'ont

droit de succéder à personne, si ce n'est à leurs enfants nés d'un légitime mariage, et qu'il n'y a que leurs enfants nés en légitime mariage qui puissent leur succéder.

Les bâtards sont incapables de recevoir des donations universelles, soit entre-vifs, soit par testament de leurs père ou mère, mais ils sont capables de recevoir d'eux des donations et legs particuliers; et à l'égard des étrangers, ils sont capables de toutes sortes de donations et legs, soit universels, soit particuliers.

Les bâtards, quoique légitimés par lettres, ne succédent pas à la noblesse de leurs père ou mère, néanmoins les bâtards de prince, lorsqu'ils sont légitimés par lettres, sont nobles.

Les bâtards nés d'une conjonction incestueuse ou adultérine sont d'une condition pire que les autres bâtards, en ce que, 1° ils ne peuvent devenir légitimes par le mariage subséquent de leurs père et mère; 2° en ce qu'ils sont incapables de toutes donations de leurs père ou mère, même à titre particulier; on peut néanmoins leur laisser des aliments.

TITRE V.

Division des personnes, tirée de l'âge et du sexe, et d'autres causes.

Le sexe fait, dans l'état civil des personnes, une différence entre elles. Celui des hommes est plus étendu.

Les fonctions civiles et offices publics étant réservés aux seuls hommes, et interdits aux femmes, les femmes ne peuvent donc faire les fonctions d'avocats, de juges; elles sont incapables de tutèle, curatelle, sauf que par une exception au droit commun quelques coutumes leur défèrent celles de leurs enfants; elles ne peuvent être témoins dans les actes pour la solennité desquels les témoins sont requis, etc.

Le droit d'interdire aux femmes les offices publics nous est commun avec les autres peuples. Dans le droit romain, *Fœminæ ab omnibus civilibus officiis remotæ sunt;* l. 2, ff. *de reg. juris.* Ce droit n'est pas seulement fondé sur la foiblesse du sexe, car il y a plusieurs fonctions civiles qui ne demandent aucune capacité; telles que celles d'un témoin pour la solennité d'un acte, lesquelles ne laissent pas d'être interdites aux femmes. La principale raison doit se tirer de la pudeur du sexe qui, obligeant les femmes à vivre retirées dans leurs maisons, pour s'y appliquer uniquement à leur ménage, et ne leur permettant pas de se produire au-dehors, sur-tout *in cœtibus virorum*, leur

interdit, par une conséquence naturelle, ces fonctions civiles qu'elles ne pourroient remplir qu'en se produisant au-dehors, et en se trouvant avec des hommes dans les assemblées.

L'âge établit encore une différence entre les personnes. Les mineurs de vingt-cinq ans sont sous la puissance paternelle, ou sous la puissance de leurs tuteurs; et, en conséquence, ils n'ont ni la disposition ni l'administration de leurs biens, à moins qu'ils ne soient sortis de cette puissance par l'émancipation.

Les mineurs, quoique émancipés, ne peuvent aliéner les immeubles sans décret du juge: ils ne peuvent ester en justice sans l'assistance d'un curateur, si ce n'est en quelques cas particuliers. Au contraire, les majeurs de vingt-cinq ans sont usants de tous leurs droits; et ont, en conséquence, la libre disposition et administration de leurs biens.

Il en faut excepter les interdits, soit pour cause de démence, de prodigalité, ou de quelque défaut corporel, tels que sont les sourds et muets. Ils ne sont pas usants de leurs droits, et n'ont ni la disposition ni l'administration de leurs biens; ils sont soumis à des curateurs qu'on leur crée. Il faut aussi en excepter les femmes mariées: le mariage les fait passer sous la puissance de leur mari.

L'âge est aussi considéré pour les fonctions publiques et civiles: *v. g.* il faut avoir vingt-cinq ans pour être juge, vingt ans accomplis pour être témoin dans les actes où les témoins sont nécessaires pour leur solennité.

Enfin, l'âge peut être considéré comme opérant dans ceux qui l'ont atteint une espèce de privilége : *v. g.* les septuagénaires, par l'accomplissement de cet âge, sont exempts de la plupart des charges publiques, de la contrainte par corps en matière civile : ils peuvent même se faire élargir des prisons où ils sont détenus pour dettes.

TITRE VI.

Division des personnes, par rapport aux différentes puissances qu'elles ont droit d'exercer sur d'autres, ou qui s'exercent sur elles.

SECTION PREMIÈRE.

De la puissance maritale.

Les femmes, par le mariage, passent dans la famille et sous la puissance de leur mari : c'est pour cela qu'elles portent son nom. Cette puissance du mari sur la femme s'étend sur sa personne et sur ses biens (1).

---

(1) M. Pothier ayant donné un Traité de la Puissance du mari sur la personne et les biens de sa femme, qui précède celui de la Communauté, et qui contient à-peu-près les mêmes principes et les mêmes décisions qui se trouvent dans cette première section, nous nous contenterons d'y renvoyer.

SECTION II.

De la puissance paternelle.

On a mis autrefois en question si, dans le pays coutumier françois, il y avoit une puissance paternelle. Quelques auteurs ont avancé qu'il n'y en avoit point: on ne peut néanmoins douter qu'il n'y en ait une. La coutume d'Orléans en fait mention expresse dans la rubrique du tit. 9. Elle parle aussi en l'art. 158, d'émancipation; ce qui suppose une puissance paternelle: mais cette puissance, telle qu'elle a lieu dans le pays coutumier, est entièrement différente de celle que le droit romain accordoit aux pères sur leurs enfants, dont le terme et la durée étoient sans bornes, et qui étoit, *quasi quoddam jus dominii*, semblable à celle que les maîtres avoient sur leurs esclaves.

Dans nos pays coutumiers, la puissance paternelle ne consiste que dans deux choses:

1° Dans le droit que les père et mère ont de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens. De ce droit dérive la garde-noble et bourgeoise, dont nous parlerons dans la section suivante.

2° Dans celui qu'ils ont d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnoissance.

De la première partie de la puissance paternelle naît le droit qu'ont les père et mère de retenir leurs enfants auprès d'eux, ou de les renvoyer dans tel col-

lége, ou autre endroit où ils jugent à propos de les envoyer pour leur éducation.

De là il suit qu'un enfant soumis à la puissance paternelle ne peut entrer dans aucun état, se faire novice, faire profession religieuse contre le consentement de ses père et mère, sous la puissance desquels il est. Cela a été jugé contre les jésuites, au profit de Me Airault, lieutenant-général d'Angers, par arrêt de 1587; contre les feuillants, par arrêt du 10 août 1601; contre les capucins, au profit du président Ripault, par arrêt du 24 mars 1604. Ces arrêts sont fondés en grande raison. L'état religieux n'est que de conseil évangélique; or, il est évident qu'on ne peut pas pratiquer un conseil évangélique par le violement d'un précepte, tel qu'est celui de l'obéissance à ses parents, qui nous est prescrite par le quatrième commandement de Dieu. D'ailleurs, la profession religieuse, quoique bonne et utile en soi, ne convient pas néanmoins à tout le monde : tous ne sont pas appelés à cet état. Or, les père et mère sont présumés être plus en état de juger si leurs enfants sont appelés ou non à cet état, que leurs enfants, qui, n'étant point encore parvenus à la maturité de l'âge, ne sont pas encore capables de juger par eux-mêmes de l'état qui leur convient. Voyez les Capitulaires de Charlemagne, liv. 1, ch. 5.

Il faut excepter de notre règle le service du roi, auquel les enfants de famille peuvent valablement s'engager contre le consentement de leurs père et mère. L'intérêt public l'emporte sur l'intérêt particulier de la puissance paternelle.

De la première partie de notre principe naît aussi le droit d'une correction modérée, qu'ont les père et mère sur leurs enfants. Ce droit de correction, dans la personne du père, va jusqu'à pouvoir, de sa seule autorité, faire enfermer ses enfants dans des maisons de force, quand il n'est pas remarié. Lorsqu'il est remarié, il ne le peut sans ordonnance du juge, qui, pour en accorder la permission, doit s'enquérir de la justice des motifs que le père allégue pour faire enfermer ses enfants. La raison est que, quand un père est remarié, on n'a pas tant lieu de présumer de la justice de ses motifs, arrivant assez souvent, comme dit la loi 4, ff. *de inoff. testam.*, que des pères, *novercalibus delinimentis, instigationibusque corrupti, malignè contra sanguinem suum judicium inferunt.*

Les femmes ont aussi besoin de l'autorité des juges pour faire enfermer leurs enfants dans des maisons de force. La foiblesse de leur jugement, et le caractère d'emportement assez ordinaire à ce sexe, empêche qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mère, comme sur celui du père. Ce sont les distinctions qu'on trouve dans un arrêt de 1695. Voyez le tome V du *Journal des Audiences.*

La puissance paternelle, quant à la première partie, finit non seulement par la mort naturelle ou civile du père ou de l'enfant, mais encore par la majorité de l'enfant, par son mariage, même avant vingt-cinq ans, et par l'émancipation.

Observez que, quoique parmi nous la puissance paternelle appartienne à la mère comme au père, en quoi notre droit diffère du droit romain, qui ne l'ac-

cordoit qu'au père, néanmoins la mère ne peut exercer les droits dont nous venons de parler, qu'au défaut du père, c'est-à-dire après sa mort, ou dans le cas auquel, pour sa démence, ou son absence, il ne pourroit pas l'exercer. Hors ces cas, la puissance de la mère est exclue par celle du père, la mère étant elle-même sous la puissance de son mari, sans lequel elle ne peut rien faire; elle n'en peut exercer aucune sur ses enfants, si ce n'est du consentement, et sous le bon plaisir de son mari.

La puissance paternelle, quant à la seconde partie, ne peut finir que par la mort naturelle du père ou de ses enfants; car des enfants ne peuvent jamais être dispensés des devoirs de reconnoissance et de respect, dans lesquels elle consiste.

C'est de la puissance paternelle, considérée quant à cette seconde partie, que dérive l'obligation où sont les enfants de requérir le consentement de leurs père et mère, pour se marier. Tous les enfants, quelque âge qu'ils aient, sont obligés de requérir ce consentement de leurs père et mère; mais tous ne sont pas obligés de l'obtenir. Les garçons de trente ans, les filles de vingt-cinq, peuvent, sans être sujets à aucune peine, contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère, après qu'ils ont requis leur consentement par des sommations qu'on appelle respectueuses.

Comme il est de l'intérêt public que les enfants se marient, pour donner des citoyens à l'état, et qu'il pourroit arriver qu'il se trouvât des père et mère assez déraisonnables pour ne consentir à aucun mariage de leurs enfants, il a été nécessaire de fixer l'âge au-

quel les enfants pourroient se passer de ce consentement, après néanmoins qu'ils auroient satisfait au respect qu'ils doivent à leurs parents, en le leur demandant.

La forme dans laquelle les enfants peuvent réquérir ce consentement est que l'enfant doit se transporter en personne dans la maison de ses père et mère, et requérir leur consentement au mariage qu'il se propose de contracter avec une telle personne, de laquelle réquisition il doit se faire donner acte par deux notaires, ou un notaire et deux témoins, qu'il doit à cet effet mener avec lui. S'il n'obtient pas le consentement à la première réquisition, il doit en faire une seconde en la même forme (1).

Après ces deux réquisitions, il est à couvert de toutes peines. S'il manque à ce devoir, le mariage ne laisse pas d'être valable; mais il est sujet à la peine d'exhérédation, dont son père et sa mère peuvent le punir si bon leur semble; déclaration de 1639, art. 27.

Ce défaut est aussi une cause d'ingratitude pour laquelle les père et mère peuvent révoquer les donations qu'ils auroient faites; édit de 1556.

Suivant l'édit de mars de 1697, les filles majeures, quoique veuves, sont soumises à cette peine de l'exhérédation, lorsqu'elles n'ont pas requis par écrit le consentement de leurs père et mère à leur second mariage. La loi ne parlant que des filles, il semble que les hommes veufs n'y sont pas sujets.

A l'égard des garçons au-dessous de trente ans, et

(1) L'usage est d'en faire trois.

des filles au-dessous de vingt-cinq, il ne leur suffit pas, pour être à couvert des susdites peines, d'avoir requis le consentement de leurs père et mère, il faut qu'ils l'aient obtenu; que s'ils se sont mariés contre leur gré, au décès de leur père et mère, ils sont sujets auxdites peines.

Si le garçon mineur de trente ans, mais majeur de vingt-cinq, se marie sans le gré de ses père et mère, il est à la vérité sujet à cette peine, mais il n'est sujet à aucune autre, et le mariage qu'il a contracté ne laisse pas d'être valable, et ne peut, pour raison de ce, être attaqué.

Que si les enfants qui ont contracté mariage sans le consentement de leur père et de leur mère sont mineurs de vingt-cinq ans, leur mariage, suivant la jurisprudence, est présumé entaché du vice de séduction, et, sur l'appel comme d'abus, que les père et mère dont on a méprisé le consentement peuvent interjeter de la célébration de ce mariage, les cours souveraines ont coutume de le déclarer nul et abusif.

L'édit de 1639, art. 11, prononce aussi des peines contre les mineurs de vingt-cinq ans, qui se sont mariés sans le consentement de leurs père et mère. Ils sont par cet édit déclarés, eux et leurs enfants qui naîtront de ce mariage, indignes de toutes successions directes et collatérales, et de tous les avantages portés par les coutumes, même du droit de légitime.

Lorsque les père et mère approuvent dans la suite le mariage de leurs enfants, contracté contre leur gré ou à leur insu, tout le vice résultant de ce défaut de consentement est dès-lors purgé: dès-lors les père et

mère ne sont plus recevables à quereller ce mariage; dès-lors l'enfant cesse d'être sujet à la peine de l'exhérédation et à toutes les autres dont il a été parlé.

Il n'est pas nécessaire que cette approbation soit expresse: l'approbation tacite produit cet effet; comme si, *v. g.*, le père et la mère ont reçu chez eux leur gendre ou leur bru, etc.

Les enfants sont obligés de fournir, autant qu'il est en leur pouvoir, les aliments nécessaires à leurs père et mère qui se trouvent réduits à l'indigence.

Les père et mère ont pour cela une action en justice contre leurs enfants, lesquels doivent être condamnés à faire à leur père une pension convenable à leur condition et à ses besoins, pourvu néanmoins que les enfants aient des facultés suffisantes pour cela. C'est pourquoi le juge doit entrer en connoissance de cause.

Lorsque les enfants sont de pauvres gens qui n'ont pas le moyen de faire une pension, on les condamne à recevoir tour-à-tour en leurs maisons leurs père et mère, et à les nourrir à leur table.

Lorsqu'il y a plusieurs enfants riches, doivent-ils être condamnés solidairement à la pension que leur père demande pour ses aliments? Je le pense; car chaque enfant, indépendamment de ses frères et sœurs, est obligé de donner à son père ce qui lui est nécessaire pour la vie. Ce nécessaire est quelque chose d'indivisible; car on ne vit pas pour partie: *Alimentorum causa est individua.* Chaque enfant doit donc solidairement les aliments à son père; et, par conséquent, il doit solidairement la pension qui en tient lieu. Cette décision a lieu à l'égard des enfants qui ont des fa-

cultés suffisantes pour payer le total; car autrement ils ne devroient être condamnés que jusqu'à concurrence de leurs facultés.

Si quelques uns des enfants avoient le moyen de payer le total, et que quelques autres n'eussent le moyen que d'y contribuer pour leur portion, on devroit condamner solidairement ceux qui ont le moyen, et les autres seulement pour leur portion. On doit en décharger ceux qui n'ont pas le moyen d'y contribuer en rien; et entre ceux qui ont le moyen d'y coniribuer pour quelque chose, il n'est pas nécessaire que la contribution se fasse par portions égales.

Cette obligation où sont les enfants ne se borne pas à ceux du premier degré. Les petits-enfants sont obligés à fournir des aliments à leur aïeul ou aïeule indigents, lorsque leur père est prédécédé, ou qu'il n'est pas en état de les fournir lui-même.

SECTION III.

De la garde-noble et bourgeoise(1).

SECTION IV.

De la tutéle.

La tutéle est le droit attribué à quelqu'un par une autorité publique, pour gouverner la personne et les biens d'un mineur.

ARTICLE PREMIER.

Combien y a-t-il d'espéces de tutéle.

Notre droit coutumier est en cela différent du droit romain. Celui-ci admettoit trois espéces de tutéles, la testamentaire, la légitime, et la dative.

La testamentaire est celle qui étoit déférée par le testament du père des pupilles. Ce droit qu'avoient les pères de donner par leur testament un tuteur à leurs enfants impubères étoit une suite de la puissance qu'ils avoient sur leur famille. Cette puissance étoit une espéce de domaine qui faisoit regarder les enfants, vis-à-vis de leur père, comme des choses à eux appartenantes, et dont ils avoient le droit. Leurs enfants étoient *suæ res*, suivant les termes de leurs lois: ils exerçoient ce pouvoir, même après leur mort, sur leurs enfants, en disposant de leur tutéle, et leur nom-

(1) M. Pothier a traité de la garde-noble et bourgeoise dans un Traité particulier qui a été placé dans le XXe volume de notre édition; c'est pourquoi il suffit de renvoyer à ce Traité.

mant un tuteur, de la même manière qu'ils disposoient de l'hérédité de leurs enfants, en cas qu'ils vinssent à mourir impubères, en leur nommant un héritier; ce qui s'appeloit substitution pupillaire. Ce droit étoit renfermé dans ces termes de la loi des Douze-Tables: *Uti quisque pater familias super pecuniâ tutelâve suæ rei legassit, ita jus esto.* Les pères n'ayant pas parmi nous une pareille puissance, le droit de tutèle testamentaire n'a pas lieu en pays coutumier.

Dans la plupart de nos coutumes, il n'y a qu'une espèce de tutèle qui est la dative, c'est-à-dire celle qui est donnée par le magistrat, sur l'avis des parents des mineurs; et de ce nombre est la coutume de Paris. Quelques coutumes ont aussi une tutèle légitime, mais différente de celle du droit romain; et de ce nombre est la coutume d'Orléans.

De la tutèle légitime.

La tutèle légitime, dont il nous reste à parler, étoit, par le droit romain, déférée *proximis agnatis.* On appeloit *agnati,* ceux qui étoient parents *per virilem sexum*, ceux qui étoient du même nom, de la même famille. Par le droit des novelles, la tutèle légitime étoit aussi déférée à la mère ou à l'aïeule des pupilles, même préférablement aux agnats.

Parmi nos coutumes qui ont admis une tutèle légitime, quelques unes ne la donnent qu'au père survivant, ou à la mère survivante: d'autres, du nombre desquelles est celle d'Orléans, l'accordent aux autres ascendants, au défaut ou refus du survivant; elle appelle cette tutèle *garde.*

Les articles 28 et 178 de la coutume d'Orléans, qui parlent de cette garde, disent qu'au défaut ou refus du survivant, elle est déférée à l'aïeul ou aïeule du côté du décédé. L'art. 26 dit en général : *Gardiens sont père et mère, aïeul ou aïeule, ou autres ascendants.* Sur quoi on demande si les ascendants du côté du survivant ne peuvent pas aussi avoir la garde ou tutèle légitime, à défaut ou refus du survivant. Il faut distinguer entre la garde prise pour la garde-noble, c'est-à-dire pour les droits qu'ont les nobles d'avoir les meubles, et l'usufruit des immeubles venus à leurs mineurs de la succession du prédécédé, et la garde prise pour tutèle légitime. La garde-noble, qui dépouille les mineurs, étant contraire à leurs intérêts, doit être restreinte; d'où il s'ensuit qu'il faut, par rapport à cette garde, avoir égard aux termes de l'art. 23, qui ne parle que de l'aïeul et aïeule du côté du prédécédé et en conséquence ne la défère qu'à ceux-ci, et non point à ceux du côté du survivant.

A l'égard de la garde prise pour la tutèle légitime, elle doit être favorable autant que la garde noble est défavorable, étant de l'intérêt des mineurs d'avoir un ascendant pour tuteur, qui, par les liens de la nature, doit avoir beaucoup plus d'affection pour eux, que n'en auroit un collatéral. C'est pourquoi l'usage a donné cette interprétation aux articles 23 et 178, que la mention qui y est faite d'aïeul et aïeule du côté du décédé, n'est faite que pour donner à ceux-ci la préférence sur ceux du côté du survivant; lesquels, au défaut ou refus de ceux du côté du prédécédé, doivent avoir la tutèle légitime de leurs petits-enfants. Telle

est l'interprétation que l'usage et la pratique de cette province ont donnée à ces articles.

On peut apporter deux raisons de cette préférence accordée aux aïeuls du côté du prédécédé. La première est que chaque ligne doit avoir son tour pour cette garde; que la coutume la déférant d'abord à celle du survivant, en la personne du survivant, c'est, après le survivant, le tour de la ligne du prédécédé. La seconde est que les biens des mineurs leur venant ordinairement de la succession du prédécédé, les ascendants de cette famille ont encore plus d'intérêt de conserver, et de bien administrer ces biens qui sont de leur famille, que n'en ont les ascendants de l'autre ligne, auxquels ces biens sont étrangers.

Entre les ascendants d'une même ligne, les mâles doivent être préférés aux femmes. Argum. de ce qui est dit *infrà* des collatéraux.

La coutume d'Orléans défère les tutèles légitimes, non seulement aux ascendants, soit entre nobles, soit entre roturiers, mais même aux collatéraux nobles: elle la défère aussi aux femmes, en préférant néanmoins en pareil degré les mâles, et elle donne à cette tutèle légitime le nom de *bail*. Cette tutèle légitime n'est point une charge nécessaire que la coutume impose aux personnes auxquelles elle la défère, telle que l'étoit dans le droit romain la tutèle légitime des agnats: au contraire, elle leur permet de la répudier, si bon leur semble, en faisant, dans la quinzaine, leur déclaration au greffe de la justice, qu'elles n'entendent l'accepter, et en faisant pourvoir par le juge, à leurs dépens, leurs mineurs d'un tuteur, à peine de

dommages et d'intérêts desdits mineurs, qui consistent en ce que, faute par les ascendants à qui la garde étoit déférée d'avoir fait nommer un tuteur, ils demeurent de droit tuteurs, et sont tenus de rendre indemnes les mineurs de tout ce qu'ils auroient souffert par le défaut d'administration de leurs biens.

§. II. De la tutèle dative.

La tutèle dative est celle qui est donnée par le juge du domicile du mineur. Pour cet effet, la famille du mineur s'assemble devant le juge qui, sur son avis, nomme un tuteur au mineur. C'est celui des ascendants à qui la tutèle légitime du mineur est déférée, et qui ne veut point l'accepter, qui est chargé de faire cette convocation. S'il n'y a point d'ascendants, ce sont les autres parents du mineur, les plus proches, et habiles à lui succéder, qui sont chargés de cette poursuite; à peine d'être tenus des dommages et intérêts du mineur; art. 23 et 182, *in fine*. On convoque les affins du mineur, aussi bien que ses parents. Les affins sont ceux qui ont épousé une parente du mineur qui est vivante, ou dont il y a quelques enfants. Le nombre des parents et affins convoqués doit être au moins de cinq; art. 183. A défaut de parents ou affins, on appelle des voisins; art. 180. On n'est point obligé d'appeler les parents demeurants hors le bailliage, à moins qu'ils ne soient les plus proches; art. 184.

Les parents convoqués doivent élire l'un d'entre eux: on ne peut élire un parent qui n'auroit pas été convoqué. L'élection doit se faire du plus prochain parent, habile à succéder au mineur, idoine, capable,

et suffisant; art. 183; ce qui ne signifie pas qu'il soit absolument nécessaire d'élire pour tuteur un parent du mineur, qui soit le plus proche, et habile à lui succéder; car, parmi les personnes habiles à succéder, il peut ne s'en trouver aucuns capables de la tutéle. Le sens de la coutume est seulement qu'on ne doit pas élire un parent d'un degré plus éloigné, si, parmi ceux du degré plus proche, et sur-tout parmi ceux habiles à succéder, il s'en trouve quelqu'un qui soit capable de la tutéle, qui soit idoine, suffisant, et n'ait aucune excuse. La raison est, qu'il est naturel que ceux que l'émolument de la succession du mineur, en cas qu'il décéde, regarde, doivent aussi supporter les charges de la tutéle, suivant cette maxime d'équité, *quos spectat emolumentum, eos debet spectare onus.*

Un parent d'un degré plus éloigné, qui est élu tuteur, pendant qu'il y en a de plus proches idoines, capables, suffisants et sans excuse, est donc bien fondé à appeler de sa nomination.

La tutéle dative étant une charge publique, en ce sens qu'elle est déférée par l'autorité publique, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux qui jouissent de l'état civil dans toute son étendue, qui en soient capables. C'est pourquoi les aubains, ceux qui sont morts civilement, les mineurs, les interdits, en sont incapables. Les femmes sont aussi incapables de la tutéle dative; car, comme il a été dit ailleurs, *ab omnibus officiis civilibus remotæ sunt;* même celles à qui la loi accorde la tutéle légitime de leurs enfants, sont incapables de cette tutéle dative; car, étant de droit commun incapables de toutes les fonctions civiles, et la tutéle légi-

time de leurs enfants ne leur étant accordée que par privilége, elles ne peuvent être capables que de celle-ci, et non d'aucune autre.

A l'égard des ascendants mâles qui ont répudié la tutèle légitime qui leur a été déférée, il n'y a pas de doute qu'ils peuvent être élus et nommés à cette tutèle, et contraints de l'accepter, s'ils n'ont pas quelque excuse, comme celles dont il sera parlé ci-après.

Il ne suffit pas que le plus prochain parent soit capable, pour qu'on doive l'élire, la coutume veut qu'il soit idoine. Celui qui a la capacité civile pour être tuteur, n'est pas néanmoins toujours propre à gouverner la personne et les biens du mineur : *v. g.* la rusticité ou trop grande simplicité, les infirmités habituelles, le déréglement des mœurs, empêchent qu'une personne doive être jugée idoine. La coutume veut encore que célui qu'on élira, soit suffisant. Un homme sans biens, un homme qui a fait faillite, est suspect de dissiper les deniers de la tutèle, et n'est pas suffisant.

Lorsque les parents convoqués devant le juge ont élu un d'entre eux pour la tutèle, le juge le nomme tuteur : l'élection que les parents en font sert de motif au juge ; et ce n'est pas de cette élection, mais du décret du juge, rendu en conséquence, que le tuteur tient sa qualité de tuteur.

Si les parents sont partagés d'avis entre deux personnes, le juge doit nommer celui qui a le plus grand nombre de suffrages, s'il est idoine et suffisant ; et en parité de suffrages, il doit choisir celui qu'il jugera lui-même être le plus idoine ; et s'il n'en a pas de connoissance, il doit préférer celui nommé par ceux

dont la probité, la dignité, les liens du sang avec le mineur, rendent les suffrages d'un plus grand poids.

Si celui qui est élu par les parents allégue quelque cause d'excuse qui soit trouvée juste par le juge, et qui ne soit point contestée par les parents, ils doivent incontinent en élire un autre : si les causes d'excuses sont contestées, le juge peut renvoyer sur cela à plaider.

Le tuteur qui a été nommé par le juge doit prêter serment de bien s'acquitter de sa charge de tuteur ; ou appeler de sa nomination, s'il prétend y être bien fondé.

ARTICLE II.

Des causes d'excuses de tutèle.

Une des principales causes en droit est, *absentia rei publicæ causâ.* Cette cause excuse de tutèle et curatèle tous ceux qui sont dans les troupes du roi ou dans la marine, tous ceux qui sont envoyés dans les pays étrangers comme ambassadeurs, envoyés, résidents et leurs secrétaires ; tous ceux qui sont employés dans le ministère, et les principaux commis. Les officiers des cours souveraines sont aussi censés *occupati circa rem publicam;* et en conséquence exempts de tutèle ou curatèle, comme de toutes autres charges publiques. Il y a plusieurs autres offices qui donnent cette exemption ; mais ces officiers doivent rapporter les édits ou déclarations du roi qui la leur accordent.

Les professeurs des universités ont aussi joui de tout temps de l'exemption de tutèle ou curatèle, et

de toutes autres charges publiques, y ayant été maintenus par quantité d'arrêts. La raison est que leur temps étant entièrement consacré à l'étude, pour l'instruction des étudiants, ils ne doivent pas en être détournés.

L'état de cléricature en exempte aussi, parceque leur temps doit être entièrement consacré à l'étude de la religion. Les infirmités habituelles, qui sont assez considérables pour empêcher de vaquer à une tutèle, sont une cause d'exemption. L'âge de soixante-dix ans accomplis exempte aussi des tutèles, curatèles, et autres charges publiques.

Le nombre de trois tutèles, où il y a trois patrimoines, exempte aussi d'une quatrième. L'exemption de tutèle et des autres charges publiques est aussi accordée comme un privilége à ceux qui ont cinq enfants vivants.

Les enfants mâles qui ont laissé des petits-enfants, par lesquels ils sont représentés, et ceux qui sont morts dans les armées du roi en combattant, sont réputés vivants.

Toutes les causes que nous venons de rapporter excusent des tutèles que nous n'avons point encore acceptées : *Excusant à suscipiendâ tutelâ.* Mais, lorsqu'elles surviennent depuis la tutèle acceptée, donnent-elles droit au tuteur de s'en faire décharger? *Excusantne à jam susceptâ?*

Je pense qu'il faut distinguer lorsque la cause d'excuse survenue depuis la tutèle est telle qu'elle empêche absolument de vaquer à la tutèle, comme une infirmité habituelle très grave, comme une paralysie, la

perte de la vue, etc., ou lorsque le tuteur est envoyé pour le service du roi ou du peuple, pour un long temps, hors des lieux où est l'exercice de la tutéle; de telles causes, ou autres semblables, doivent faire décharger le tuteur de la tutéle qu'il a acceptée : *Excusant à jam susceptâ tutelâ.*

Il faut décider le contraire à l'égard des causes qui excusent des tutéles et curatéles par forme de privilèges, telles que sont les exemptions accordées à certains officiers, le nombre des enfants, l'âge de soixante-dix ans, s'il n'est accompagné de quelque infirmité grave : ces causes excusent bien *à suscipiendâ tutelâ*, lorsqu'elles existoient au temps auquel elle a été déférée; mais lorsqu'elles surviennent depuis, elles ne donnent pas le droit au tuteur de se faire décharger de la tutéle.

Lorsque le tuteur, pour les causes ci-dessus, se fait décharger de la tutéle, a-t-il la répétition des frais qu'il fait pour obtenir cette décharge et pour faire nommer un autre tuteur à sa place? On peut dire, pour la négative, que le tuteur, en se faisant décharger, et faisant substituer un tuteur à sa place, semble en cela *magis negotium proprium gerere, quàm pupilli;* et, par conséquent, il en doit porter les frais. Il paroît qu'on peut encore tirer en argument l'art. 23 de la coutume d'Orléans, qui veut que les ascendants qui répudient la garde légitime qui leur est déférée fassent pourvoir, à leurs frais et dépens, de tuteur à leurs enfants. Qu'on ne dise pas que c'est pour les punir en quelque façon de ce qu'ils répudient une charge que la piété paternelle exige d'eux; car on doit présumer

de la piété paternelle que, lorsqu'ils la répudient, ce n'est pas par défaut de zéle et d'affection pour leurs enfants, mais parcequ'ils ne se sentent pas en état de l'administrer. D'ailleurs la coutume, en les assujettissant à ces frais, ne fait aucune distinction entre ceux qui sont en état de s'en charger et ceux qui ne le sont pas. Que si la coutume a voulu que nous n'obtinssions qu'à nos dépens la décharge d'une tutéle, qui ne nous est que déférée, à plus forte raison doit-on conclure, selon son esprit, que c'est à nos dépens que nous devons obtenir la décharge de celle dont nous nous trouvons déja revêtus.

D'un autre côté, on peut dire, pour l'affirmative, que c'est un principe qu'un tuteur doit avoir la répétition de toutes les dépenses que la tutéle l'a obligé de faire pour l'intérêt de son mineur; que les frais qu'il fait pour s'en faire décharger, et substituer un autre tuteur à sa place, lorsqu'une cause survenue sans son fait l'empêche absolument de vaquer à la tutéle dont il étoit chargé, l'oblige à faire ce qu'il fait pour le bien de son mineur, qui a intérêt d'avoir un tuteur en état d'administrer la tutéle; que le tuteur, en s'en faisant substituer un qui soit en état de faire ce qu'il ne peut plus faire, *magis pupilli negotium gerit quàm suum;* et que, par conséquent, les frais en doivent être portés par le mineur.

Lorsqu'une personne qui avoit un privilége pour s'excuser d'une tutéle à laquelle elle avoit été nommée n'en a pas fait usage, elle n'est censée avoir renoncé à son privilége que pour cette tutéle; et elle peut en user pour d'autres qui lui seroient déférées, même

après qu'elle seroit quitte de la première. C'est le sens de cette maxime de droit: *Voluntariæ tutelæ privilegiis non derogant.*

ARTICLE III.

Du pouvoir des tuteurs.

La loi donne au tuteur un pouvoir sur la personne et sur les biens du mineur qui est sous sa tutèle.

§. I. Du pouvoir sur la personne.

La puissance du tuteur sur la personne de son mineur est semblable à la puissance paternelle qui a lieu en pays coutumier; car un tuteur tient lieu de père à son mineur. Un tuteur a donc le droit de s'en faire obéir, et de l'obliger à lui être soumis comme un enfant doit l'être à son père. Il peut le retirer chez lui, ou l'envoyer dans des colléges, ou tels autres lieux où il jugera à propos pour son éducation.

Il a droit d'exercer sur son mineur une correction modérée: il ne peut pourtant pas le faire, de sa seule autorité, enfermer dans une maison de force, comme le peut un père. Mais, si son mineur mérite d'y être enfermé, il doit convoquer sa famille; et, sur l'avis des parents, le juge rendra son ordonnance pour autoriser le tuteur à faire enfermer son mineur.

C'est aussi en conséquence du pouvoir que le tuteur a sur la personne de son mineur, que le mineur ne peut rien aliéner, contracter, ni s'obliger, sans y être autorisé par son tuteur. Par cette même raison, les mineurs ne doivent point contracter mariage sans le

consentement de leur tuteur. Les mariages qu'ils contracteroient sans ce consentement seroient présumés contractés dans des vues de séduction et de rapt, et seroient, comme tels, déclarés abusifs et nuls sur l'appel de la célébration qui en seroit interjeté.

La loi n'a pas même laissé à la discrétion du tuteur seul l'établissement par mariage des mineurs. L'ordonnance de Blois, art. 43, défend aux tuteurs de consentir au mariage de leurs mineurs, sans l'avis et consentement des plus proches parents, à peine de punition exemplaire.

§. II. Du pouvoir sur les biens.

Le pouvoir du tuteur sur les biens du mineur est tel, que tout ce qu'il fait par rapport à leur administration a la même efficacité que si tous ces biens lui appartenoient. De là cette maxime de droit : *Tutor domini loco habetur.* De là il suit que les débiteurs des mineurs paient valablement au tuteur, et que la quittance qu'il leur donne opère une parfaite libération. Il peut même recevoir le prix du rachat des rentes dues au mineur, lorsqu'elles sont rachetables; car, quoique ce rachat contienne l'aliénation d'un immeuble, comme il ne peut être empêché sous aucun prétexte, cet acte n'excéde point l'administration confiée au tuteur; et, par conséquent, le rachat est valablement fait entre ses mains. Tout ceci a lieu quand même le tuteur ne seroit pas solvable, et même quand il ne l'auroit pas été dans le temps qu'il a reçu, pourvu qu'il ne fût pas en faillite ouverte et connue : car le paiement est valablement fait à celui qui avoit caractère

pour le recevoir, et le débiteur qui paie entre ses mains n'est pas obligé de savoir s'il est solvable ou non.

Il n'est pas nécessaire non plus, pour que le débiteur soit libéré dans le cas de l'insolvabilité du tuteur, qu'il ait payé en vertu d'une ordonnance du juge, ainsi que l'exigeoit la constitution de Justinien, qui n'est point suivie parmi nous. Le pouvoir du tuteur sur les biens de son mineur lui donne droit d'aliéner toutes les choses mobiliaires de son mineur, et d'en transmettre la propriété à ceux qui les reçoivent de lui, sans qu'il soit besoin pour cela que le consentement de son mineur intervienne, le consentement du tuteur tenant lieu à cet égard de celui du mineur, suivant cette maxime : *Le fait du tuteur est celui du mineur.* Il ne peut pourtant les aliéner qu'à titre de commerce. Par exemple, il peut bien aliéner les meubles de son mineur, en les vendant ; il peut aliéner les deniers de son mineur par l'emploi qu'il en fait en acquisitions de rentes ou d'héritages : mais il ne peut aliéner à titre de donation, les choses appartenantes à son mineur ; car le fait du tuteur n'est le fait du mineur que dans les actes qui se font pour l'administration de ses biens ; et la donation n'est point un acte d'administration.

Il faut en excepter les donations de sommes modiques, ou de choses modiques, que la bienséance oblige quelquefois de faire à ceux qui ont rendu quelque service au mineur.

Un tuteur peut aussi faire toutes sortes de contraintes, en qualité de tuteur, pour l'administration de la tutéle ; et de même qu'il oblige envers son mineur

ceux avec qui il contracte en cette qualité, de même aussi il engage son mineur envers eux, suivant la maxime citée : *Le fait du tuteur est le fait du mineur.*

Cette règle a lieu pourvu que les contrats soient exempts de fraude, et n'excédent pas les bornes d'une simple administration : *v. g.* si un mineur pouvoit prouver que celui qui a pris une ferme à bail l'a prise à vil prix, moyennant un pot-de-vin que le tuteur auroit reçu sans en faire mention dans le contrat, le mineur ne seroit point obligé d'entretenir ce bail ; la fraude qu'il renferme empêche qu'il n'oblige le mineur.

Par une autre raison, le mineur ne seroit point obligé d'entretenir un bail fait pour un temps plus long que celui prescrit par nos coutumes ; car de tels baux excédent les bornes de l'administration.

Le tuteur peut plaider, tant en demandant qu'en défendant pour son mineur ; et les sentences de condamnation qui interviennent contre lui en cette qualité obligent le mineur : et pareillement les sentences qui donnent congé de ses demandes rendent le mineur non recevable à les intenter de nouveau, et sont censées rendues contre lui.

Si le tuteur a par quelque acte acquiescé à la sentence, le mineur, suivant la règle ci-dessus, est censé y avoir acquiescé lui-même ; d'où il suit qu'il ne peut plus, étant devenu majeur, interjeter appel de cette sentence sans se faire restituer par des lettres de rescision contre cet acquiescement. Si le jugement rendu contre le tuteur est en dernier ressort, le mineur devenu majeur pourra avoir recours à la requête

civile contre le jugement, s'il n'a pas été suffisamment défendu; et il est censé ne l'avoir pas été suffisamment lorsque le jugement a été rendu, contre son tuteur, sans les conclusions du ministère public. Ces conclusions ne sont nécessaires que lorsqu'il s'agit de l'aliénation ou de l'engagement des immeubles du mineur.

Quoique régulièrement la condamnation prononcée contre le tuteur, en sa qualité de tuteur, soit censée l'être contre le mineur, néanmoins, si le tuteur a soutenu un mauvais procès sans y avoir été autorisé par la famille, il doit porter en son nom les dépens auxquels il a été condamné; et le mineur n'en doit pas être tenu.

C'est encore une suite du pouvoir du tuteur, qu'il peut accepter ou répudier, pour son mineur, les successions qui lui sont échues; mais le mineur est restituable contre cette acceptation ou répudiation.

Le pouvoir du tuteur ne s'étend pas jusqu'à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur. De là il suit que si un tuteur avoit vendu et livré un immeuble de son mineur, il n'en auroit point transmis la propriété à l'acheteur; et le mineur, devenu majeur, pourroit, dans les trente ans depuis sa majorité, revendiquer cet immeuble, sans avoir besoin pour cela de lettres de rescision; car on n'a besoin de ces lettres que pour revenir contre son propre fait. Un mineur a besoin de lettres contre le fait de son tuteur, parceque le fait de son tuteur est censé son propre fait: mais cette régle n'a lieu qu'à l'égard des choses renfermées dans le pouvoir d'un tuteur; c'est-à-dire qui concernent l'administration du tuteur. Or, cette vente faite par le tuteur, étant

une chose qui excède les bornes du pouvoir du tuteur, n'est pas plus à cet égard le fait du mineur que ne le seroit le fait d'un étranger qui se seroit avisé de vendre cet immeuble. Le mineur n'a donc pas plus besoin de lettres, pour revendiquer cet immeuble, que s'il avoit été vendu par un étranger sans caractère; et le tuteur lui-même, dans les choses qui excédent son pouvoir, doit être regardé sans caractère.

Notre principe, que le pouvoir du tuteur ne s'étend pas à pouvoir aliéner les immeubles de son mineur, s'entend des aliénations volontaires; car les nécessaires appartiennent à l'administration de la tutèle. C'est pour cela que nous avons dit ci-dessus que le tuteur pouvoit recevoir le rachat des rentes rachetables de son mineur, quoique, par là, il aliène la rente due à son mineur, qui est un immeuble; car le rachat étant forcé, et contenant une aliénation nécessaire, appartient à l'administration de la tutèle.

De là il suit que, lorsque le mineur est propriétaire par indivis avec des majeurs de quelque immeuble, soit à titre de succession, soit à tout autre titre quelconque, le tuteur de ce mineur ne peut pas provoquer à un partage définitif, ni à une licitation, les cohéritiers ou copropriétaires de son mineur; car le partage ou licitation contiennent une aliénation volontaire de la part de celui qui a provoqué, puisqu'il ne tenoit qu'à lui de ne le pas faire. Mais le tuteur du mineur peut être provoqué par quelqu'un des majeurs cohéritiers ou copropriétaires de son mineur; et ce partage ou licitation, faits sur la demande du majeur avec le tuteur du mineur, sera valable; car l'aliénation que

contient ce partage ou licitation est une aliénation nécessaire de la part du tuteur qui y a été provoqué, et partant n'excéde point les bornes de l'administration de la tutéle. Que si tous les cohéritiers ou les copropriétaires étoient mineurs, comme en ce cas aucun n'auroit droit de demander un partage définitif, il ne se pourroit faire entre eux qu'un partage provisionnel ou de jouissance.

Il suit aussi de notre principe, que les créanciers d'un mineur peuvent saisir réellement, et faire adjuger sur le tuteur les héritages du mineur; car c'est une aliénation nécessaire.

Le tuteur menacé de cette saisie ne peut pas, de sa seule autorité, vendre volontairement quelques héritages du mineur, pour satisfaire les créanciers, et éviter les frais énormes d'une saisie.

Mais si on ne peut sans cela éviter la saisie, et qu'on ne puisse pas acquitter les dettes des épargnes du mineur, le tuteur doit en ce cas convoquer la famille du mineur devant le juge, de qui il obtiendra une ordonnance qui lui permettra de vendre certains héritages du mineur, pour satisfaire ses créanciers. L'aliénation qui s'en fera en vertu de cette ordonnance, quoique volontaire, sera valable, et tirera sa force de l'autorité du juge, à qui la loi donne le droit de la permettre en connoissance de cause. Cette vente, pour être valable, doit se faire en justice, au plus offrant et dernier enchérisseur. Le décret qui l'a permise doit être rendu avec le mineur; car il pourroit un jour appeler de l'ordonnance du juge, et de tout ce qui a suivi.

ARTICLE IV.

Des obligations du tuteur.

Le tuteur, aussitôt qu'il a été nommé, doit promettre devant le juge qui l'a nommé, qu'il s'acquittera fidélement de la tutéle. Il peut être assigné, à la requête du ministère public, pour rendre ce serment, et y être contraint par saisies de ses biens.

Les tuteurs légitimes ne sont point obligés à ce serment. La caution fidéjussoire, *rem pupilli salvam fore*, telle que le droit romain l'exigeoit des tuteurs, n'est point en usage dans nos coutumes.

Un tuteur doit commencer son administration par faire un inventaire devant notaire de tous les effets mobiliers du mineur, de tous les titres et enseignements de ses biens. Cet inventaire doit contenir estimation par détail de chacun des effets mobiliers; laquelle estimation se fait par un sergent priseur, assisté de revendeurs ou revenderesses. Après cet inventaire, le tuteur doit faire vendre publiquement les meubles dudit mineur, à l'exception de ceux nécessaires pour l'usage dudit mineur. Faute par lui de faire cette vente, il est tenu, par forme de dommages et intérêts envers son mineur, de se charger, dans le compte qu'il rendra à son mineur après la tutéle finie, de la crue ou parisis de ladite prisée, qui est le quart en sus. Par exemple, si une tenture de tapisserie, ou d'autres effets mobiliers ont été estimés 800 livres, le tuteur sera obligé d'ajouter à cette somme le quart en sus, ou la crue ou parisis, qui est de 200 livres, et de porter 1,000 livres en

compte pour cet article. Cela est introduit pour dédommager le mineur de ce que les meubles auroient pu être vendus de plus qu'ils n'ont été estimés, si le tuteur les eût vendus publiquement, comme il auroit dû faire.

Tous les meubles ne sont pas sujets à cette crue ou parisis, faute d'avoir été vendus. Il faut en excepter ceux qui ont une valeur certaine et connue, comme l'argenterie, la vaisselle d'étain, de la toile, des étoffes en piéces, le blé, l'avoine, le vin, le foin, les bestiaux, et tous autres semblables.

Les meubles sujets à cette crue ou parisis, faute d'avoir été vendus, sont les meubles meublants, comme les chaises, tapisseries, tables, miroirs, bibliothéques, tableaux, estampes, linges, habits, etc.

Lorsque les mineurs sont pauvres, quelquefois, pour éviter les frais de contrôle d'un inventaire, le tuteur engage quelque créancier à faire une saisie générale de tous les meubles du mineur : cette saisie est employée par le tuteur pour inventaire. La vente qui se fait à la requête du saisissant tient aussi lieu de celle qui auroit dû se faire à la requête du mineur par le tuteur.

Le tuteur doit faire payer ce qui est dû au mineur, et faire pour cela toutes les poursuites et diligences convenables contre les débiteurs dans l'espace d'un temps modique. Faute de les avoir faites, il est responsable envers son mineur de l'insolvabilité des débiteurs, qui est survenue depuis; et, en conséquence, il doit compter à son mineur des sommes qui lui étoient dues par les débiteurs, comme s'il les avoit reçues.

Si le tuteur soutient que le débiteur étoit insolvable dès le commencement de la tutèle, ou quoique ce soit dès auparavant qu'il pût le poursuivre, c'est à lui à le justifier; et s'il le justifie, il doit être déchargé.

Le tuteur doit faire emploi des deniers de son mineur, tant de ceux qui proviennent de la vente de ses meubles, que de ceux qu'il a reçus de ses débiteurs.

C'étoit autrefois l'usage au châtelet d'Orléans, de faire crier les deniers des mineurs devant le juge au siége des baux et adjudications, et de les adjuger à l'enchèreà celui qui en offroit l'intérêt le plus avantageux, à la charge de donner caution de payer les intérêts par chacun an, et de rendre le capital lors de la majorité du mineur. Mais, par un arrêt de réglement du 7 septembre 1726, ces baux à intérêts, qui étoient manifestement usuraires, ont été proscrits; et il a été fait défenses au prévôt d'Orléans de donner les deniers des pupilles à intérêts, sans aliénation du principal, et à un intérêt plus fort que l'ordonnance, et sans laisser aux débiteurs la faculté de rembourser toutes fois et quand bon leur sembleroit.

On a adjugé encore assez souvent les deniers pupillaires au châtelet d'Orléans, en observant ces trois conditions: mais cet usage est fort désavantageux aux pupilles, parcequ'il ne se présente ordinairement, pour s'en rendre adjudicataires, que des gens mal à leur aise, qui se font adjuger ces deniers sous le nom d'un va-nu-pieds, dont ils se rendent caution, et produisent, pour justification de leur solvabilité, les titres de quelques immeubles qu'ils possédent, mais ne

font pas connoître leurs dettes, qui souvent se trouvent égaler ou excéder leurs immeubles.

C'est pourquoi il est plus avantageux pour les mineurs, que leur tuteur se donne lui-même le soin de chercher un emploi, soit en acquisition d'immeubles, soit en constitution de rentes sur des communautés, ou sur des particuliers dont la solvabilité soit connue; et, lorsqu'il aura trouvé cet emploi, il peut, sur l'avis des parents convoqués à cet effet devant le juge, se faire autoriser par une ordonnance à le faire.

Faute par le tuteur d'avoir fait cet emploi des deniers du mineur, tant de ceux qu'il a entre ses mains que de ceux qu'il a dû avoir et qu'il a dû exiger, il est tenu envers son mineur des intérêts de ces deniers qui courent sur lui.

Lorsqu'un mineur a un revenu considérable, le tuteur doit mettre en réserve ce qui reste dudit revenu, après avoir pris ce qui est nécessaire pour les aliments, l'éducation, et l'entretien des biens de son mineur; et, lorsque cet excédant du revenu forme une somme assez considérable, il doit en faire un emploi; faute de quoi les intérêts de cette somme courent sur lui. On estime que cette somme doit être au moins de cent pistoles, pour qu'il soit tenu d'en faire emploi; et il n'est pas tenu d'en trouver pour une somme moindre.

Le tuteur doit avoir soin d'entretenir en bon état les héritages du mineur, et doit faire à cet égard tout ce que feroit un bon père de famille.

Si, lors de l'ouverture de la tutèle, il y a de grosses réparations à faire, ou qu'il en survienne depuis, pour lesquelles le revenu du mineur ne soit pas suffisant,

le tuteur, qui n'a d'ailleurs aucuns deniers du mineur entre les mains peut se faire autoriser par le juge, sur un avis de parents, à prendre de l'argent à constitution, au nom du mineur, pour les faire. A l'égard des réparations de simple entretien, elles doivent se prendre sur les revenus.

Le tuteur doit plutôt affermer les héritages du mineur que de les exploiter par lui-même: le compte de l'exploitation qu'il feroit par lui-même seroit d'une trop longue discussion. Régulièrement les baux doivent s'en faire en justice, après des proclamations au plus offrant et dernier enchérisseur. Néanmoins, comme ces baux entraînent des frais assez considérables, on approuve ceux faits par le tuteur de sa seule autorité, lorsqu'ils ne sont point suspects, c'est-à-dire faits sur le même pied, ou à une meilleure condition que les anciens.

Enfin, le tuteur doit faire tout ce qui est nécessaire pour la conservation des droits et intérêts de son mineur, à peine d'en répondre; comme d'interrompre les prescriptions pour la conservation des hypothèques et autres droits de son mineur.

Il doit aussi former en justice les demandes qu'il est de l'intérêt de son mineur de former, et défendre à celles qu'on donne mal-à-propos contre lui : mais il doit s'instruire au préalable du droit du mineur, en prenant des consultations d'avocats; et, pour plus grande précaution, il peut encore se faire autoriser par un avis de parents, convoqués à cet effet devant le juge, à soutenir le procès. Il doit sur-tout avoir re-

cours à cet avis de parents, pour appeler, lorsqu'il a succombé en première instance.

Les obligations du tuteur n'ont pas seulement pour objet l'administration des biens du mineur. Le tuteur est obligé de pourvoir à tout ce qui est nécessaire pour les aliments du mineur, et pour lui donner une éducation convenable à sa naissance, à ses facultés, et à ses dispositions naturelles. Le tuteur ne peut employer pour cela que les revenus, quelque modiques qu'ils soient: il ne peut aliéner les fonds.

Il est d'usage, à l'égard des mineurs de la campagne, dont le revenu n'est pas suffisant pour les aliments, que le tuteur les loue pour un certain temps à quelques personnes qui s'obligent de leur donner tous les aliments nécessaires, tant en santé qu'en maladie, pendant le temps convenu, pour le revenu de leur bien, et de leur fournir des habillements de la qualité convenue; à la charge que ces mineurs rendront, pendant ledit temps, tous les services dont ils seront capables. Par ce marché, celui qui se charge du mineur se trouve dédommagé des aliments qu'il lui fournit pendant qu'il n'est pas encore en état de lui rendre service, par ceux qu'il lui rend, lorsqu'il est devenu en âge et en état de lui en rendre.

Quoique le tuteur ne puisse entamer les fonds du mineur pour ses aliments et son éducation, il peut néanmoins le faire pour former son établissement. Ainsi, dans les familles d'artisans, un tuteur peut être autorisé par le juge, sur un avis de parents, à prendre sur les fonds du mineur de quoi lui faire apprendre un métier, ou le faire recevoir maître.

Dans une famille noble, ou de gens vivant noblement, le tuteur peut, lorsque les revenus du mineur ne sont pas suffisants, être autorisé à prendre sur les fonds de quoi le mettre en équipage, et lui obtenir un emploi militaire. Les frais de degrés, et principalement de doctorat, peuvent aussi être considérés comme servant à l'établissement d'un mineur.

Lorsque les revenus d'un mineur sont plus considérables, le tuteur fait assez ordinairement régler par le juge, sur l'avis de sa famille, la somme qu'il pourra employer par an pour les aliments et l'éducation du mineur. Cette somme se règle différemment, à mesure que le mineur avance en âge. Quoique le tuteur n'ait pas pris cette précaution, on ne laisse pas de lui allouer les sommes qu'il a employées, lorsqu'elles ne sont pas exorbitantes.

Il est sur-tout du devoir d'un tuteur, lorsque le mineur est en âge, de lui conseiller de prendre un état, celui qui lui conviendra davantage, eu égard à sa naissance, à ses facultés, et plus encore à ses talents et à ses dispositions. Le tuteur doit sur cela consulter la famille du mineur: il lui est sur-tout enjoint de la consulter, lorsqu'il s'agit de marier ce mineur, comme nous l'avons déja vu. Telles sont les obligations du tuteur durant la tutèle. Après la tutèle finie, il est obligé de rendre compte: nous en parlerons dans le dernier article.

ARTICLE V.

Des manières par lesquelles finit la tutèle.

Il est évident que la tutèle finit par la mort naturelle ou civile, soit du tuteur, soit du mineur.

Elle finit aussi lorsque le tuteur, pour quelque juste cause, en a été destitué : *v. g.* si le tuteur avoit fait faillite, s'il étoit de mauvaises mœurs, ou s'il étoit à craindre qu'il ne dissipât les biens de son mineur, il pourroit, sur la poursuite de quelques proches parents, être, en connoissance de cause, destitué de la tutèle par le juge.

La tutèle finit aussi par la majorité du mineur, lorsqu'il a accompli l'âge de vingt-cinq ans. Elle finit même avant cet âge par le mariage du mineur légitimement contracté; car le mariage, émancipant de plein droit les mineurs, et les faisant sortir de la puissance des tuteurs, fait finir la tutèle.

Enfin, la tutèle finit par une autre espèce d'émancipation, qui s'obtient par lettres du prince : le prince, par ces lettres, accorde au mineur le pouvoir de se gouverner lui-même, et d'administrer lui-même ses biens, au cas qu'il en soit trouvé capable. Suivant la constitution de Constantin, ce prince n'accordoit ce bénéfice, qui s'appeloit *venia ætatis*, qu'aux garçons qui avoient vingt ans accomplis, et aux filles qui en avoient dix-huit accomplis. Parmi nous, l'âge auquel les mineurs pubères peuvent jouir de ce bénéfice, n'est point défini; et cela est laissé à la prudence du juge.

Ces lettres se prennent en la chancellerie du palais, et sont adressées au juge du domicile du mineur qui les a obtenues. Ce mineur doit faire assigner devant le juge son tuteur et ses proches parents; et, sur les témoignages que rend la famille, le juge, ou entérine ces lettres, si le mineur est jugé capable de gouverner et administrer son bien; ou il l'en déboute, s'il l'en juge incapable.

Le mineur, dont les lettres ont été entérinées, acquiert le droit de disposer de ses biens meubles, et d'administrer ses immeubles. La sentence d'entérinement, sur l'avis des parents, met ordinairement des modifications à ce droit de disposer des biens meubles: elle ordonne, en ce cas, que le mobilier provenant d'une telle succession, ainsi que celui des successions qui pourroient lui écheoir par la suite, sera remis entre les mains du curateur du mineur, pour être par ledit curateur employé en acquisition d'héritages ou rentes. En ce cas, l'émancipation par lettres a moins d'étendue que celle par mariage; l'une et l'autre ont cela de commun, que le mineur ne peut aliéner ses immeubles, et n'a que le droit de les administrer. Le mineur émancipé ne peut non plus ester en jugement sans l'assistance d'un curateur, qui lui est à cet effet créé, et qu'on appelle curateur aux causes.

ARTICLE VI.

Du compte de tutèle.

La tutèle finie, le tuteur doit rendre compte à son mineur de son administration.

Toute transaction, tout contrat passé entre le tuteur et le mineur devenu majeur, avant que ce compte ait été rendu, n'obligent point le mineur qui peut, quand bon lui semble, s'en faire relever, et les faire déclarer nuls, quoiqu'il ait passé ces actes en majorité; car, en cette matière, le mineur devenu majeur est toujours réputé mineur vis-à-vis de son tuteur, jusqu'à ce qu'il ait rendu compte.

Le tuteur peut être assigné devant le juge qui l'a nommé pour rendre compte. Si, après y avoir été condamné, il ne les rend pas, il peut y être contraint par la saisie de ses biens, et même par emprisonnement.

Ce compte, que le tuteur est obligé de rendre, doit être composé de trois chapitres: de la recette, de la mise, et de la reprise.

Il doit se charger en recette, 1° du prix de la vente des meubles du mineur, s'ils ont été vendus, sinon du montant de la prisée de l'inventaire, à laquelle il doit ajouter la crue ou parisis, à l'égard des meubles qui y sont sujets.

2° Il doit se charger en recette de tout ce qu'il a reçu ou dû recevoir des débiteurs du mineur, encore qu'il ne l'ait pas reçu.

3° Il doit se charger des revenus du mineur.

4° Suivant un acte de notoriété du Châtelet de Paris, de 1698, lorsque le tuteur se trouve avoir eu entre les mains des deniers oisifs, provenants, soit des fonds, soit des revenus de son mineur, lesquels montent en recette à une somme de 1,500 livres, et qu'il n'a pas fait emploi de cette somme, il doit se charger en recette des intérêts que cette somme a pu produire, à compter depuis les six mois qui lui sont accordés pour faire emploi. Ces intérêts s'accumulent avec le capital, et produisent eux-mêmes des intérêts; lesquels intérêts des intérêts en produisent aussi eux-mêmes toujours par accumulation, jusqu'au temps de la majorité, ou, en cas d'émancipation, jusqu'au temps du compte clos et rendu.

Si le tuteur, faute d'entretien, et par sa faute, a laissé dégrader les biens de son mineur, il doit ajouter à sa recette le montant des dommages et intérêts qui en résultent.

Le chapitre de mise est composé de tout ce que le tuteur a dépensé pour son mineur, et qu'il a payé pour l'acquittement de ses dettes; le prix des acquisitions qu'il a faites pour lui; ce qu'il a payé pour l'entretien de ses biens, pour les frais des procès qu'il a soutenus, pour les pensions du mineur, pour les appointements des maîtres préposés à son éducation, et généralement pour toutes les autres nécessités du mineur.

Si le tuteur a fait des voyages pour les affaires du mineur, les frais de ces voyages doivent lui être alloués et estimés suivant sa qualité : mais on n'alloue point au tuteur aucun salaire pour la récompense des

soins qu'il a pris dans l'administration de la tutèle. C'est une charge de famille, un office de parent, qui doit être rendu gratuitement. Il faut en excepter les tuteurs onéraires dont il a été parlé ci-dessus.

Pour que les dépenses faites par le tuteur lui soient allouées, il suffit qu'il les ait d'abord faites utilement, quoique, par l'événement, cette utilité n'ait pas duré; car personne ne peut répondre des événements. C'est pourquoi, si un tuteur a fait de grosses dépenses pour des réparations à faire aux bâtiments d'une métairie de son mineur, quoique par la suite ces bâtiments aient été incendiés par le feu du ciel, la dépense ne laissera pas de lui être allouée.

Les mises des tuteurs doivent être justifiées par des quittances, des devis et marchés, et autres piéces. Il faut excepter certains articles de mises, que le tuteur ne peut justifier par quittances, parceque les personnes à qui il a payé ne savoient pas écrire, et que la modicité de la somme ne méritoit pas les frais d'une quittance devant notaires. Le tuteur doit être cru à son serment sur ces sortes de mises, lorsqu'elles sont vraisemblables. La coutume d'Orléans, art. 199, en a une disposition pour les articles qui ne passent pas dix sous. Cette restriction à la somme de dix sous n'est pas suivie; et on laisse à l'arbitrage du juge la quantité de la somme jusqu'à laquelle le tuteur doit être cru sur son serment.

Le troisième chapitre du compte, qui se nomme chapitre de reprises, est composé des sommes dont le tuteur s'est chargé en recette, comme dues à son mineur, et qu'il n'a pas néanmoins reçues, lorsqu'il n'y

a pas de sa faute, soit parcequ'il a fait les diligences convenables contre les débiteurs, soit parceque l'insolvabilité arrivée des débiteurs le dispensoit d'en faire.

Il doit, pour établir ce chapitre de reprise, justifier par piéces, soit de ses diligences, soit de l'insolvabilité des débiteurs par lui alléguées. Le compte se rend, soit à l'amiable, soit par un acte sous seing-privé, soit par un acte devant notaire, soit devant le juge. Le juge devant qui le compte doit être rendu en justice est celui qui a nommé le tuteur, comme on l'a dit.

Lorsque le tuteur est un tuteur légitime, le juge devant qui le compte doit être rendu est le juge de celui qui est assigné, soit pour le rendre, soit pour l'entendre.

Le compte, de quelque nature qu'il soit rendu, est rendu aux frais du mineur devenu majeur ou émancipé, à qui il est rendu. C'est pourquoi le tuteur, au montant des deux chapitres de mises et reprises, peut ajouter les frais du compte.

L'ordonnance de 1667, tit. 29, art. 18, régle quels sont les frais qui doivent être alloués au rendant compte pour la dépense du compte. Il ne peut y comprendre le coût du jugement qui l'y a condamné, à moins qu'il n'eût consenti à le rendre avant la condamnation.

Le montant, tant des deux chapitres de mises et de reprises que des frais, doit se déduire du chapitre de recette; et cette déduction faite, ce qui reste est le reliquat du compte. Lorsque le compte est rendu en

justice, il doit être présenté et affirmé par le tuteur, ou une personne fondée de sa procuration spéciale.

Ce compte ayant été communiqué avec les pièces justificatives au mineur devenu majeur ou émancipé, le mineur, s'il ne juge pas à propos de le passer, doit proposer ses débats, contre lesquels le tuteur opposera des soutènements. Cela formera procès, sur lequel le juge statue et condamne aux dépens celui qui a tort.

Ce procès ne suspend point l'exigibilité de la somme dont le tuteur s'est reconnu reliquataire par son compte; le mineur peut, durant le procès, le contraindre au paiement.

La somme qui forme le reliquat d'un compte de tutèle produit de plein droit des intérêts jusqu'au paiement; mais il n'y a pas lieu aux intérêts d'intérêts, comme durant la tutèle.

Le mineur devenu majeur ou émancipé a hypothèque, pour le paiement de ce reliquat, sur tous les biens de son tuteur, du jour de l'acte de nomination du tuteur, si c'est un tuteur datif, ou du jour qu'il a commencé à l'être, s'il est légitime.

Il y a aussi la contrainte par corps après les quatre mois, lorsqu'il y a un jugement rendu contre le tuteur, et que la somme est liquide.

Lorsque, par le compte de tutèle, c'est le mineur qui est reliquataire envers son tuteur, la créance du tuteur contre son mineur, qui concerne ce reliquat, n'est qu'une créance ordinaire, qui ne produit d'intérêts que du jour de la demande judiciaire qu'en forme le tuteur, et qui ne produit hypothèque que du jour de la clôture du compte, lorsqu'il est arrêté par-

devant notaire, ou du jour de la sentence de condamnation.

SECTION V.

De la curatelle.

ARTICLE PREMIER.

Des curateurs aux sourds, muets, fols, prodigues, et autres semblables personnes.

Lorsqu'une personne majeure, ou émancipée, perd l'usage de la raison, ou lorsqu'elle se porte à des excès de prodigalité qui donnent lieu de craindre qu'elle ne dissipe bientôt tout son bien, le juge, sur la poursuite de quelqu'un de ses plus proches parents, après avoir constaté sa folie ou prodigalité par enquête, et pris l'avis de la famille, lui interdit l'administration de ses biens, et lui nomme un curateur.

On nomme aussi un curateur à ceux que quelque défaut corporel empêche d'administrer leurs biens : tels sont les sourds et muets de naissance.

Il n'y a que les personnes majeures, ou émancipées, qui soient sujettes à cette interdiction, et à qui on donne ces sortes de curateurs; car les mineurs qui sont sous la puissance paternelle, ou sous celle d'un tuteur, étant gouvernés par leurs père et mère, ou par leur tuteur, n'ont pas besoin qu'on leur nomme une autre personne pour les gouverner : n'ayant point l'administration de leurs biens, il est inutile qu'on la leur interdise.

Les curatelles de ces sortes de personnes sont da-

tives dans tout le pays coutumier, même dans les coutumes qui, comme celle d'Orléans, admettent une tutèle légitime. Elles ne décident rien de semblable à l'égard des curatelles. Il n'y a que les personnes capables de tutèle dative qui soient capables de curatelle. Les mêmes excuses ont lieu pour l'une et pour l'autre.

L'interdit pour cause de démence ne pouvant se gouverner non plus que ses biens, le pouvoir et les obligations de son curateur s'étendent à sa personne aussi bien qu'à ses biens. Ce curateur peut le retenir auprès de lui, ou le mettre en pension dans telle maison honnête qu'il jugera à propos. Que si la démence va jusqu'à la fureur, et ne permet pas qu'il soit laissé en liberté, il peut et même il doit se pourvoir devant le juge, qui, sur l'avis de la famille, après qu'il aura été informé de la fureur, ordonnera qu'il sera enfermé dans une maison de force.

L'interdit pour cause de prodigalité n'étant interdit qu'à cause de la mauvaise administration qu'il faisoit de ses biens, peut se gouverner lui-même; d'où il suit que le pouvoir et les obligations de son curateur se bornent à l'administration de ses biens, et ne s'étendent point à sa personne.

Le pouvoir et les obligations des curateurs aux interdits, par rapport à leurs biens, sont à-peu-près les mêmes que celles des tuteurs. Ils doivent, après que la curatelle est finie, rendre compte de leur administration; et tout ce que nous avons dit à cet égard touchant les tuteurs reçoit application à l'égard des curateurs.

Cette curatelle finit par les mêmes manières par

lesquelles finit la tutèle, sauf qu'au lieu que la tutèle finit par la majorité et l'émancipation du mineur, cette curatelle finit lorsque l'interdit s'est fait relever de son interdiction.

L'interdit est relevé par le juge de son interdiction, lorsqu'il a recouvré l'usage de la raison, s'il a été interdit pour démence; ou lorsqu'il a donné des preuves de sa bonne conduite, s'il a été interdit pour prodigalité.

Il doit, pour se faire relever, donner sa requête au juge, qui doit s'assurer par l'interrogatoire de l'interdit, et par une enquête, si l'interdit pour démence a recouvré la raison; ou si l'interdit pour prodigalité a donné des preuves d'une meilleure conduite; et, après avoir pris l'avis de sa famille, il le relève de son interdiction.

ARTICLE II.

Des curateurs des mineurs.

On donne aux mineurs émancipés un curateur qu'on appelle curateur aux causes; car les mineurs, quoique émancipés, ne peuvent ester en jugement sans l'assistance d'un curateur. La fonction de ce curateur consiste donc à les assister, et autoriser dans les demandes qu'ils ont à former en justice contre quelqu'un, et dans celles qu'on a formées contre eux.

Comme les mineurs, quoique émancipés, ne peuvent aliéner leurs immeubles, il est d'usage de préposer aussi le curateur, par l'acte de curatelle, pour assister le mineur émancipé dans tous les actes où il

s'agiroit de quelque aliénation nécessaire de ses immeubles, tels que sont les actes de remboursement de ses rentes, les partages, licitations, etc., pour en recevoir les fonds et en faire l'emploi.

On donne aussi aux mineurs des curateurs, qu'on appelle curateurs aux actions contraires. Cela a lieu toutes les fois qu'un tuteur a des actions à diriger contre le mineur, ou qu'il y a quelque partage, ou autres actes à faire entre eux. Comme personne ne peut autoriser son mineur, ni stipuler pour lui dans les actes où il est lui-même partie contre lui, il est donc nécessaire que le mineur ait pour ces actes une personne qui l'autorise et le représente. C'est le curateur aux actions contraires qui est préposé pour cela. Ces curateurs ne sont quelquefois créés que dans une action; ce qui arrive lorsqu'on ne prévoit pas qu'il arrive durant la tutéle d'autres occasions où le mineur ait besoin de curateur aux actions contraires.

Le cas le plus fréquent est lorsque le survivant de deux conjoints, tuteur de leurs enfants, veut empêcher la communauté entre lui et ses enfants, ou la dissoudre. Comme il faut pour cela qu'il fasse un inventaire entre lui et ses enfants, il leur fait nommer par le juge un curateur ou auctеur pour le fait de cet inventaire. Si le survivant ne se contente pas de dissoudre la communauté, mais qu'il veuille la liquider et partager avec ses enfants, il doit faire nommer un curateur, non seulement pour le fait de l'inventaire, mais aussi pour le fait de la liquidation et partage; car les curateurs *ad unum actum*, n'ont de caractère que pour les actes pour lesquels ils sont nommés.

ARTICLE III.

Des curateurs aux ventres.

L'enfant dont on espère la naissance n'étant pas encore né, il ne peut avoir de tuteur; car ils sont donnés principalement pour gouverner la personne du mineur; d'où il suit qu'il ne peut y avoir de tuteur lorsqu'il n'y a point encore de personne de mineur qui existe. Néanmoins comme l'enfant dont on espère la naissance est déja réputé né toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts, *qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de ejus commodis agitur*, et qu'il est de l'intérêt du posthume, s'il vient à naître, que les biens qui doivent lui appartenir lorsqu'il naîtra soient en attendant administrés, il doit être réputé né, non pas à l'effet qu'on lui nomme un tuteur, puisqu'il n'existe pas encore de personne qui puisse être gouvernée, mais à l'effet qu'on lui nomme un curateur pour l'administration des biens qui doivent lui appartenir un jour. Ce curateur, qu'on appelle en droit curateur au ventre, se nomme ainsi, parceque les jurisconsultes romains, *in doctrinâ Stoïcorum*, regardoient l'enfant qui étoit dans le sein de sa mère comme *pars viscerum matris*.

Le curateur au ventre ou au posthume, pour l'administration générale des biens qui doivent lui appartenir lorsqu'il sera né, doit rendre compte au tuteur de ce posthume né, ou à ceux à qui les biens appartiendront, s'il arrive qu'il ne naisse pas.

On nomme aussi quelquefois des curateurs au

ventre, *ad unum actum*, comme pour intenter une action de retrait lignager : mais, comme l'événement de cette action dépend de la naissance du posthume, on attend qu'il soit né, pour y statuer définitivement, et lorsqu'il est né l'instance est reprise par le tuteur.

Il y a encore d'autres espèces de curateurs, tels que le curateur à une succession vacante, le curateur créé à l'héritage délaissé en justice, dont nous ne parlerons point ici, y traitant seulement des curateurs donnés aux personnes.

TITRE VII.

Des communautés.

Les corps et communautés établis suivant les lois du royaume sont considérés dans l'état, comme tenant lieu de personnes; *veluti personam sustinent;* car ces corps peuvent, à l'instar des personnes, aliéner, acquérir, posséder des biens, plaider, contracter, s'obliger, obliger les autres envers eux.

Ces corps sont des êtres intellectuels, différents, et distincts de toutes les personnes qui les composent; *universitas distat à singulis.* C'est pourquoi les choses qui appartiennent à un corps n'appartiennent aucunement pour aucune part à chacun des particuliers dont le corps est composé; et en cela, la chose appartenante à un corps, *res universitatis,* est très différente d'une chose qui seroit commune entre plusieurs particuliers, pour la part que chacun a en

la communauté qui est entre eux. Par la même raison, ce qui est dû à un corps n'est dû aucunement à aucun des particuliers dont le corps est composé : *Si quid universitati debetur, singulis non debetur.* Le créancier de ce corps ne peut donc point exiger de chacun des particuliers de ce corps ce qui lui est dû par le corps. Il ne peut faire condamner au paiement que le corps ; il ne peut faire commandement qu'au corps, en la personne de son syndic ou procureur ; et il ne peut saisir que les effets qui appartiennent au corps.

Cela a lieu lorsqu'il n'y a que le corps qui contracte seul la dette ; par exemple, lorsqu'une ville, par le ministère de ses maire et échevins, fait un emprunt ; lorsqu'un hôpital, par le ministère de ses administrateurs, contracte quelque engagement.

Mais, comme il y a des corps qui n'ont pas de biens, comme sont les compagnies d'offices de judicature ou de finance, comme sont les corps de métier, etc., lorsque ces corps font des emprunts, les créanciers ne se contentent pas de l'obligation du corps ; ils font intervenir au contrat tous les membres, pour qu'ils déclarent qu'ils s'obligent tous, tant en corps, que chacun d'eux en particulier ; et au moyen de cette obligation de chacun des membres, chacun d'eux peut être contraint au paiement, ou pour sa portion virile, ou solidairement, lorsque la solidité a été expressément stipulée.

Les membres d'un corps, qui s'obligent chacun en leur particulier avec le corps, ou s'obligent seulement en tant que membres du corps ; et dès-là même, cette

obligation ne passe point à leurs héritiers; ou bien ils s'obligent en leur propre et privé nom; et en ce cas, ils demeurent toujours obligés, quand même ils cesseroient d'être du corps; et ils transmettent à toujours leurs obligations à leurs héritiers.

De ce qu'un corps est une personne intellectuelle, il s'ensuit qu'il ne peut pas faire par lui-même tout ce que nous avons dit que les corps étoient capables de faire, comme de contracter, plaider, etc. Il est d'abord de la nature de chaque corps d'avoir un ou plusieurs procureurs, par l'organe desquels ils puissent faire ces choses. *Proprium est universitatis habere procuratorem seu sindicum.* Le procureur des corps et communautés est ordinairement le syndic : il est élu par les membres du corps assemblé, à la pluralité des suffrages. Ses pouvoirs sont plus ou moins étendus suivant que le corps assemblé a jugé à propos de les étendre, ou limiter par l'acte par lequel il a été proposé pour syndic. Le syndic, en contractant, oblige le corps dans les choses qui n'excédent point les bornes de l'administration qui lui a été confiée. Le fait de ce syndic est censé le fait du corps : c'est à ce syndic, ou à son domicile, que sont données les assignations sur les demandes que quelqu'un a à former contre le corps.

Outre les syndics, les corps ont ordinairement un receveur qui est préposé pour recevoir des débiteurs ce qui est dû au corps. Les paiements qui lui sont faits sont censés faits au corps, et il libère les débiteurs par les quittances qu'il leur donne. Lorsque le corps n'a point de receveur, c'est le syndic qui en fait les fonctions.

Il est encore de la nature des corps et communautés, que chaque corps ou communauté puisse se faire des statuts pour sa police et sa discipline, auxquels tous les membres sont tenus d'obéir, pourvu que ces statuts ne contiennent rien de contraire aux lois, à la liberté publique, et à l'intérêt d'autrui. *His potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dùm nequid ex publicâ lege corrumpant;* l. 4, ff. *de col. leg. et corp.* Mais, comme c'est aux magistrats à examiner s'il ne s'est rien glissé dans les statuts qu'un corps s'est prescrits, qui soit contraire aux lois et à la liberté publique, les corps doivent présenter leurs statuts, ou aux jurisdictions royales auxquelles ils sont soumis immédiatement, ou au parlement. Ils sont homologués, s'il ne s'y trouve rien qui puisse empêcher l'homologation.

Si quelque autre corps, ou quelque particulier se trouvoit lésé par ces statuts, il pourroit appeler de l'homologation, si le juge qui a homologué est un juge inférieur, ou former son opposition à l'homologation, s'il aime mieux prendre cette voie; ou si les statuts ont été homologués dans une cour souveraine, il formera opposition; et sur cet appel ou opposition, il assignera le corps ou communauté.

Enfin, il est de la nature des corps, qu'ils aient une espèce de juridiction correctionnelle sur les membres, dans ce qui concerne la police et l'administration du corps, et sa discipline.

ARTICLE PREMIER.

En quelles choses les corps ont-ils moins de droit que les particuliers.

Nous avons établi au commencement de ce titre que les communautés pouvoient, à l'instar des particuliers, acquérir et aliéner; mais leur droit, en cela, n'est pas si étendu que celui des particuliers.

1° En ce qui concerne le droit d'acquérir, ils ne peuvent acquérir à tous les titres auxquels peuvent acquérir les particuliers. Les contrats à fonds perdu, lorsqu'ils sont à titre de commerce, leur sont interdits par les déclarations du roi, à peine de confiscation des choses qu'ils auroient acquises à ce titre. Suivant ces déclarations, les communautés ne peuvent recevoir de deniers pour une rente viagère plus forte que le denier vingt, réglé par l'ordonnance; ou acquérir des héritages pour une rente viagère qui excéde le revenu desdits héritages; car, lorsque la rente excéde le revenu de l'héritage, ou l'intérêt de la somme de deniers, reçue par la communauté, cette rente viagère est le prix du fonds de la chose acquise par la communauté; et, par conséquent, le titre d'acquisition est un contrat à fonds perdu, à titre de commerce, que la loi défend aux communautés.

Que si la rente viagère n'excéde pas l'intérêt, au fur de l'ordonnance, de la somme reçue par la communauté, ou n'excéde pas le revenu des héritages acquis par la communauté, ce contrat est excepté en

termes formels de la prohibition de cette loi : car, en ce cas, la rente ne peut être regardée comme le prix de la chose, mais plutôt comme le prix de la jouissance de la chose. Ce n'est donc pas un titre de commerce, mais plutôt une donation faite à la communauté, sous la réserve que le donateur fait de l'usufruit dont la rente viagère, qui n'excéde pas la valeur de l'usufruit, lui tient lieu. Or, il n'est pas interdit aux communautés de recevoir des donations ; il n'y a que les contrats à fonds perdu, qui sont à titre de commerce, qui leur sont interdits.

Les communautés n'ont pas non plus le droit d'acquérir toutes les choses que les particuliers ont droit d'acquérir. Dès avant l'édit de 1749, les communautés n'étoient pas à la vérité incapables d'acquérir des héritages ; mais si elles pouvoient les acquérir, elles n'étoient pas en droit de les retenir toujours. Elles pouvoient être obligées de vider leurs mains de ces héritages, soit par les seigneurs de qui les héritages acquis par elles relevoient, soit par le procureur du roi, à moins qu'elles n'eussent obtenu du roi des lettres d'amortissement, qui les rendissent capables de posséder et retenir ces héritages, en indemnisant les seigneurs.

Le droit du procureur du roi d'obliger les communautés à vider leurs mains des héritages par elles acquis est fondé sur l'intérêt public ; car les communautés ne meurent point, et n'aliénent presque jamais les héritages par elles acquis. Les aliénations même leur sont défendues, ainsi que nous le verrons ci-après.

Les héritages qui sont entre leurs mains sont hors du commerce; et par conséquent le commerce en est d'autant diminué.

Le droit qu'ont pareillement les seigneurs d'obliger les communautés à vider leurs mains des héritages par elles acquis est fondé sur l'intérêt particulier de ces seigneurs. L'émolument de la seigneurie directe qu'ils ont sur les héritages, consiste dans les profits auxquels donnent ouverture les mutations qui arrivent, soit par la mort des propriétaires, soit par les aliénations. Ces seigneurs se trouveroient privés en entier de l'émolument de leurs seigneuries directes, si les communautés, qui ne meurent point, et qui n'aliénent point, pouvoient retenir les héritages. De là est né le droit qu'ont les seigneurs de les obliger à vider leurs mains. La coutume d'Orléans en a une disposition, art. 40 et 41, où elle veut que les communautés soient tenues d'en vider leurs mains dans l'année, du jour de la sommation qui leur en sera faite par le seigneur d'où ils relèvent; faute de quoi, ledit temps passé, elle permet au seigneur de fief, et même de censive, de saisir lesdits héritages, et percevoir à son profit tous les fruits, en pure perte pour les communautés, jusqu'à ce qu'elles aient vidé leurs mains.

Il y a trois fins de non-recevoir qui peuvent être opposées contre cette sommation des seigneurs.

La première est celle des lettres d'amortissement, que la communauté obtient du roi, qui lui donnent le droit de retenir et posséder l'héritage par elle acquis: mais comme le roi n'accorde point de grace au préjudice d'autrui, la communauté doit, en ce cas, indem-

nité au seigneur, qui est ordinairement réglée au tiers du prix pour les mouvances en fief, et au cinquième pour les mouvances censuelles. Cette somme n'indemnise le seigneur que des profits qu'il pourroit recevoir par les aliénations de l'héritage, s'il restoit dans le commerce. C'est pourquoi, outre cette indemnité, la communauté doit nommer pour son vicaire au seigneur une personne, par la mort de laquelle il soit dû au seigneur le même profit qui seroit dû par les mutations qui arriveroient par la mort du propriétaire, si l'héritage étoit resté dans le commerce.

Dans les censives où il n'est point dû de profit par la mort du propriétaire, le seigneur ne peut prétendre de profits par la mort du vicaire, lorsqu'il a reçu une indemnité, ou que, par le laps de temps, il est présumé l'avoir reçue. Néanmoins, si le seigneur de censive étoit en possession de recevoir des profits par la mort des vicaires, il pourroit y être maintenu; parceque de cette possession il résulteroit une présomption qu'il y a eu convention entre ses auteurs et la communauté, qu'il seroit payé un profit par les mutations des vicaires, pour tenir lieu d'indemnité au seigneur, et qu'il n'en auroit point reçu d'autres.

Observez que le seigneur reçoit cette indemnité pour être indemnisé seulement du préjudice qu'il souffre de cette permission; mais il n'aliéne par là aucun droit de sa mouvance. C'est pourquoi si, par quelque cas extraordinaire, la communauté aliénoit l'héritage pour lequel elle a payé une indemnité, cela n'empêcheroit pas le seigneur d'exercer tous ses droits sur cet héritage rentré dans le commerce.

Quid, si la communauté qui a payé l'indemnité aliénoit à une autre communauté; le seigneur pourroit-il contraindre cette communauté à vider ses mains de cet héritage, ou lui demander une nouvelle indemnité? La raison de douter est que, lorsque le seigneur a reçu la première indemnité, il a compté que la communauté de qui il la recevoit n'aliéneroit jamais l'héritage. Il a reçu l'indemnité de tous les profits auxquels il pourroit y avoir ouverture à toujours; d'où il semble suivre qu'il ne peut prétendre une autre indemnité, et qu'il ne souffre aucun préjudice de ce que l'héritage passe à une autre communauté. La raison de décider au contraire se tire de ce que nous avons dit déja, que l'indemnité n'est que le prix de la permission accordée à la communauté de posséder l'héritage. Le droit que la communauté a acquis lui est personnel, et ne peut passer à l'autre communauté, qu'en recevant l'indemnité. Le seigneur n'a aliéné, comme nous l'avons dit, aucun droit de sa mouvance, et ne peut être empêché d'exercer tous ses droits envers cette autre communauté.

La seconde fin de non-recevoir, qui peut être opposée contre les seigneurs, est celle qui résulteroit du consentement qu'il auroit donné à l'acquisition faite par la communauté. Ce consentement peut résulter de plusieurs causes; il peut s'induire de ce que le seigneur auroit accepté une reconnoissance du vicaire à lui offerte par la communauté. Au reste, ce consentement donné par le seigneur à la communauté le rend bien non-recevable à contraindre la communauté de vider ses mains; mais il ne lui ôte pas le droit

d'exiger l'indemnité, à laquelle il n'est point censé avoir renoncé par ce consentement.

La troisième fin de non-recevoir est celle qui résulte du laps de temps pendant lequel la communauté a joui de ces héritages, sans y être troublée par les seigneurs. Le temps qui opère cette fin de non-recevoir dans les coutumes qui n'ont sur cela aucunes dispositions, est le temps de trente ans, qui est le temps ordinaire des prescriptions; ou celui de quarante ans, si le seigneur est du nombre de ceux contre qui on ne prescrit que par ce temps. La coutume d'Orléans a fixé le temps de cette prescription à soixante ans. Cette fin de non-recevoir, qui résulte du laps de temps, a plus d'effet que les deux précédentes, en ce qu'elle ôte aux seigneurs, non seulement le droit de contraindre les communautés à vider leurs mains, mais même celui de leur demander l'indemnité qui est présumée payée. Le seigneur ne peut en ce cas demander qu'un vicaire, par la mutation duquel il soit dû le même profit qui seroit dû par la mort des propriétaires, si l'héritage étoit resté dans le commerce.

L'édit du roi de 1749 a encore beaucoup diminué le droit qu'avoient les communautés d'acquérir.

Auparavant, elles n'étoient point absolument incapables d'acquérir des héritages; elles acquéroient valablement, sauf à pouvoir être, comme nous l'avons vu, contraintes à vider leurs mains, dans un certain temps, de ce qu'elles avoient acquis. C'étoit plutôt la faculté de retenir qui leur manquoit, que la faculté d'acquérir.

L'édit de 1749 a rendu les communautés absolument incapables d'acquérir aucuns héritages, comme fonds de terre, maisons, rentes foncières, droits seigneuriaux, et autres droits réels. Il leur est même pareillement défendu d'acquérir des rentes constituées sur les particuliers, même dans les coutumes où elles sont réputées meubles; elles peuvent seulement acquérir des choses mobiliaires et des rentes sur le roi et les communautés, comme sur le clergé, sur les états de provinces, sur les villes, et sur quelques autres communautés que ce soit.

Les choses qu'il est défendu par cette loi d'acquérir, ne peuvent être par elles acquises à quelque titre que ce soit, soit à titre gratuit, soit à titre de commerce: il ne leur est pas même permis de les acquérir en paiement de ce qui leur seroit dû. Il est défendu à tous les notaires de passer ces actes, à peine de nullité, d'interdiction, et d'amende contre le notaire. Il est aussi défendu à toutes personnes de prêter leur nom aux communautés pour lesdites acquisitions, à peine de 3,000 livres d'amende.

Les legs fait aux communautés des choses qu'il ne leur est pas permis d'acquérir sont entièrement nuls: il ne leur en est pas même dû l'estimation; ce qui est fondé, 1° sur le principe de droit: *Rei legatæ cujus commercium legatarius non habet, nec æstimatio quidem debetur.* 2° Sur ce que l'édit de 1749 ne se contente pas de défendre aux communautés d'acquérir ces sortes de choses; elle a formellement défendu de les leur léguer, art. 17.

Pourroit-on léguer un héritage à un particulier, à

la charge qu'il le revendroit, et en remettroit le prix à une communauté? Il paroît que cela se peut faire; car cette disposition ne contient qu'un fidéicommis du prix de cet héritage, qui est une somme mobiliaire, qu'il est permis à la communauté d'acquérir. Néanmoins l'édit de 1749 déclare cette disposition entièrement nulle, art. 31. La raison est que la nullité du legs d'un héritage, ou autre chose semblable, fait aux communautés, n'est pas seulement fondée sur l'incapacité qu'elles ont d'en acquérir, mais sur une défense formelle, portée par ladite loi, art. 17, de leur en léguer le prix. Cette loi a donc dû, comme elle l'a fait, déclarer cette disposition nulle, comme faite en fraude de sa défense.

De là il suit pareillement que le legs d'un héritage fait à une communauté, pour une fondation, quelque utile qu'elle soit, à la charge par la communauté d'obtenir des lettres-patentes, n'en est pas moins nulle, ainsi que cela est décidé formellement par l'art. 17.

La raison de douter pourroit être que les communautés peuvent être rendues capables d'acquérir par des lettres-patentes, ainsi que nous l'allons voir, et qu'un legs fait à un incapable, sous la condition qu'il deviendra capable, *cum capere potuerit*, peut être valable; l. 52, *de hæred. inst.* La raison qu'a eue l'ordonnance de décider au contraire que le legs étoit nul, se tire de la défense absolue qu'elle a faite de léguer ces sortes de choses aux communautés.

Le roi permet néanmoins aux communautés, en certains cas, pour causes justes et nécessaires, d'acquérir des immeubles, mais à la charge d'obtenir au-

paravant l'acquisition des lettres-patentes de sa majesté, enregistrées au parlement, qui permettent d'acquérir; lesquelles lettres ne peuvent être accordées, ni enregistrées, qu'il n'ait été préalablement rendu compte de la nature et de la valeur de l'immeuble, de la commodité ou incommodité de l'acquisition. Lesdites lettres doivent aussi être communiquées avant l'enregistrement aux seigneurs, soit de fief, soit de censive, soit de haute-justice.

Cet édit, qui défend aux communautés d'acquérir des héritages, n'empêche pas qu'elles ne puissent rentrer dans ceux qu'elles ont aliénés, lorsque c'est plutôt par la résolution de l'aliénation qu'elles y rentrent, que par une nouvelle acquisition qu'elles font de ces héritages. Par exemple, une communauté peut rentrer dans un héritage après l'expiration du temps pour lequel elle l'avoit aliéné à bail emphytéotique. Elle peut rentrer dans un héritage qu'elle avoit donné à rente, par le déguerpissement volontaire qu'en fait le possesseur qui ne veut plus payer la rente, ou lorsqu'à défaut de paiement de la rente, elle obtient sentence qui lui permet d'y rentrer; car, dans l'un et l'autre de ces cas, ce n'est pas une nouvelle acquisition que la communauté fasse de cet héritage, c'est plutôt un résolution d'aliénation, par le défaut d'accomplissement de la charge sous laquelle elle avoit été faite, qui étoit la charge du paiement de la rente.

Par la même raison, si une communauté avoit aliéné un héritage avec la clause de réméré, c'est-à-dire avec la clause qu'elle pourroit, dans l'espace d'un certain temps, y rentrer en rendant le prix, nonobstant

la déclaration du roi, elle pourroit exercer cette faculté de réméré, et rentrer dans cet héritage; car l'exercice d'une faculté de réméré n'est point un nouveau titre d'acquisition, mais la résolution de l'aliénation qui avoit été faite sous cette clause.

En est-il de même de ce qu'on appelle droit de refus ou de prélation, qui résulte de la clause par laquelle je stipule, en aliénant mon héritage, que toutes les fois que l'acheteur ou ses successeurs voudront le vendre, ils ne le pourront faire que je n'en aie la préférence. La communauté qui a aliéné un héritage avec cette clause peut-elle, nonobstant l'édit de 1749, exercer le droit de préférence, lorsque l'héritage sujet à ce droit viendra à être vendu? Il faut dire qu'elle ne le peut: ce droit est bien différent du droit de réméré. L'exercice du droit de réméré se fait sans qu'il intervienne une nouvelle vente de l'héritage, et ne contient que la résolution de celle qui avoit été faite. Au contraire, le droit de préférence ne s'exerce qu'en conséquence d'une nouvelle vente que le possesseur de l'héritage même fait volontairement de l'héritage sujet à ce droit. Ce droit n'est autre chose que le droit d'être préféré à tout autre acheteur; c'est un achat, un nouveau titre d'acquisition, que l'exercice de ce droit; d'où il suit que les communautés étant incapables d'acheter des immeubles, ne peuvent exercer ce droit (1).

Par la même raison, l'édit de 1749 décide que les

(1) Par arrêt du parlement du 10 mai 1766, il a été jugé au profit du chapitre de Saint-Pierre-Empont d'Orléans, qu'il pouvoit exercer le droit de refus.

communautés ne peuvent exercer le retrait féodal des fiefs qui sont vendus dans leur mouvance; car le retrait féodal, ainsi que celui dont nous venons de parler, étant le droit que nous avons d'être préférés à un autre acheteur, et d'acheter à sa place, l'exercice de ce droit est un véritable titre d'acquisition.

Les communautés peuvent-elles céder à des particuliers leur droit de refus ou de retrait féodal?

La raison de douter est qu'on ne peut céder ce qu'on n'a pas; que l'édit de 1749, ayant privé les communautés de ce droit de refus ou de retrait féodal, dérogeant à cet effet aux clauses stipulées par les coutumes, il semble qu'elles n'ont plus ce droit, et, par conséquent, qu'elles ne le peuvent céder. Je pense cependant qu'elles le peuvent. L'article 25 de l'édit de 1749 porte: « Les gens de main-morte ne pourront exercer aucune « action en retrait féodal. » Par ces termes, les communautés ne sont pas privées de ce droit; il leur est seulement défendu de l'exercer par elles-mêmes, parcequ'en l'exerçant elles acquerroient un héritage contre la défense de la loi, l'objet de la loi ayant été uniquement d'empêcher les communautés d'acquérir des héritages, et non pas de les dépouiller d'aucuns des droits qui leur appartenoient. C'est pourquoi si, sans contrevenir à la loi, si, sans acquérir des héritages, elles peuvent jouir de leur droit de refus ou de retrait féodal, et en retirer quelque utilité par la cession qu'elles en feront à un particulier, on ne peut pas les en empêcher (1).

(1) La déclaration du 26 mai 1774, art. 6, en a une disposition précise.

De ce que l'édit de 1749, en rendant les communautés incapables d'acquérir des héritages, ne les a pas privées des droits attachés à leur seigneurie, il s'ensuit qu'elles ne doivent pas en être privées. Par exemple, si le propriétaire d'un héritage situé dans le territoire de la justice appartenante à la communauté vient à mourir sans héritier, ou à être condamné à une peine capitale, cette communauté ne doit pas être privée du bénéfice du droit de déshérence ou de confiscation, qui sont des droits attachés à son droit de justice.

Si le vassal d'une communauté commet félonie ou désaveu, la communauté ne doit pas être privée de son droit de commise; mais, comme les héritages qui aviennent à un seigneur à ces titres sont de vraies acquisitions qu'il en fait, et que, par l'édit, les communautés sont incapables d'acquérir des héritages; pour concilier cette incapacité avec l'équité, qui ne permet pas que les communautés soient privées des droits attachés à leurs seigneurs, l'édit, art. 26, donne aux communautés le délai d'un an pour vendre les héritages qui leur sont échus à ces titres; par ce moyen, on a satisfait à la loi, qui ne veut point qu'ils acquièrent des héritages; et leurs droits leur sont conservés, puisqu'en vendant à leur profit ces héritages ils profitent des droits de confiscation, commise, déshérence, et autres semblables, attachés à leurs seigneuries.

Faute par la communauté de satisfaire à cette obligation dans le temps marqué, le roi veut que ces héritages soient réunis à son domaine, si les seigneuries des communautés sont dans ses mouvances immé-

diates, sinon, à celui des seigneurs dont ils relèvent, pourvu qu'ils demandent cette réunion dans le délai d'une autre année; sinon, la réunion s'en fait au domaine du roi.

L'édit de 1749 ne devant avoir lieu que du jour de l'enregistrement, qui en a été fait suivant cette règle commune à toutes les lois positives: *Leges futuris dant formam negotiis, non ad præterita revocantur,* il s'ensuit que toutes les acquisitions d'héritages, faites par les communautés avant ce temps, sont valables. C'est ce qui est porté par l'art. 28, dont voici les termes: « N'entendons rien innover en ce qui regarde les dis-« positions des actes ci-devant faits en faveur des gens « de main-morte, légitimement établis, lorsque ces « dispositions ou actes auront une date authentique « *avant la publication des présentes*, ou auront été faits « par des personnes décédées avant la publication. »

De là est née la question, si le legs d'un héritage fait à une communauté est valable lorsque le testament est fait par acte par-devant notaires, avant la publication de l'édit, quoique le testateur ne soit décédé que depuis.

Pour l'affirmative, on dit que l'édit déclare valables les dispositions qui ont une date certaine et authentique avant la publication; que le legs, dans cette espèce, a une date certaine et authentique avant la publication de l'édit, savoir, la date du testament qui le contient. Au contraire, pour la négative, on dit que les dispositions que l'édit déclare ainsi valables sont les dispositions entre-vifs. A l'égard des testamentaires, il ne suffit pas que les testaments qui les contiennent

aient une date avant la publication ; il faut que le testateur soit mort auparavant. La raison en est que ces dispositions sont des ordonnances de dernière volonté : elles ne sont valables qu'autant qu'elles sont la dernière volonté du testateur, qui est présumé avoir voulu, lors de sa mort, ou du moins au dernier instant qu'il a été capable de volonté, ce qui est contenu dans son testament. Or, la loi ayant été publiée avant sa mort, on ne peut plus dire qu'il ait persévéré dans la volonté de léguer des héritages à des communautés, ni qu'il a voulu, lors de sa mort, les leur léguer ; car il ne pouvoit plus vouloir alors ce que la loi lui défendoit de vouloir ; ou s'il le vouloit encore, sa volonté étant injuste et contraire à la loi, elle ne doit avoir aucun effet. Ces raisons, qui sont prises de la nature même des dernières volontés, pourroient paroître décisives pour la nullité du legs, si le contraire n'avoit été déja jugé par deux arrêts, l'un desquels a été rendu en faveur de l'Hôtel-Dieu d'Orléans, pour le testament du sieur Barré, chanoine de Sainte-Croix.

Nous avons vu que ce en quoi le droit qu'ont les communautés d'acquérir consistoit, étoit moins étendu que celui des particuliers : le droit qu'elles ont d'aliéner est aussi moins étendu que celui des particuliers.

1° Les communautés ne peuvent aliéner leurs immeubles qu'en vertu du décret du juge, qui ne doit leur en accorder la permission qu'en grande connoissance de cause, et pour des raisons très puissantes, après une enquête *de commodo et incommodo*.

Le droit qu'ont les communautés, à l'instar des

particuliers, de former des demandes en justice, a été aussi limité à l'égard de certaines communautés; car, par la déclaration du 2 octobre 1703, les communautés d'habitants des villes ne doivent point être reçues à intenter aucunes demandes en justice, que la délibération des habitants, pour l'intenter, n'ait été autorisée par une permission de l'intendant de la province.

ARTICLE II.

Quels sont les avantages des communautés sur les particuliers.

Si le droit des communautés est plus resserré en certaines choses que celui des particuliers, elles ont aussi sur eux des avantages en d'autres choses.

Les communautés jouissent de plusieurs droits accordés aux mineurs, suivant cette règle : *Reipsa minorum jura habent.* En conséquence, les communautés peuvent être restituées par lettres de rescision, pour cause de lésion considérable, contre des engagements de conséquence qu'elles auroient contractés. Les procès qu'elles ont à soutenir, soit en demandant, soit en défendant, dans lesquels il s'agit de la propriété des biens immeubles à eux appartenants, doivent être communiqués aux officiers chargés du ministère public dans les juridictions où les procès se poursuivent; qui doivent donner leurs conclusions avant le jugement; faute de quoi les communautés sont censées n'avoir pas été suffisamment défendues, et ont la voie de la requête civile contre les condamnations pronon-

cées contre elles par des arrêts ou jugements en dernier ressort.

Les choses appartenantes aux communautés ne peuvent être acquises par un tiers-détenteur, quoique avec titre et bonne foi, par la prescription de dix ans ou de vingt ans, ni même de trente : il n'y a que la prescription de quarante ans qui puisse leur être opposée, soit pour acquérir les choses qui leur appartenoient, soit pour se libérer des droits et actions qu'elles avoient. Les communautés ont encore d'autres prérogatives, que nous remarquerons en traitant des différentes matières du droit françois.

FIN DE LA PREMIÈRE PARTIE.

TRAITÉ
DES PERSONNES
ET DES CHOSES.

SECONDE PARTIE.

DES CHOSES.

Les choses sont corporelles ou incorporelles. Les choses corporelles sont celles qui s'aperçoivent par les sens, et qui ont un être réel, comme une maison, une métairie, un cheval, une bibliothèque, et autres.

Les choses incorporelles sont celles *quæ in jure consistunt*, qui n'ont qu'un être intellectuel, et ne s'aperçoivent que par l'entendement, comme une créance, un droit de succession.

On divise encore les choses en meubles et immeubles, en celles qui ont une situation, et celles qui n'en ont point. Ces divisions étant très importantes dans notre droit, nous en traiterons séparément.

§. I. De la division des choses corporelles, en meubles et immeubles.

Il est très important, dans presque toutes les matières de notre droit françois, de distinguer quelles choses sont meubles, et quelles choses sont immeubles. La succession des meubles se régle différemment de celle des immeubles : les meubles que les conjoints ont eus par mariage, et ceux qui leur aviennent par succession, tombent dans la communauté conjugale. Les immeubles n'y tombent pas ; les immeubles étant susceptibles de la qualité de propres, sont en cette qualité sujets au douaire, au retrait lignager, aux réserves coutumières : les meubles ne le sont point. Les immeubles sont susceptibles d'hypothéque, et ont suite par hypothéque : les meubles n'ont pas de suite par hypothéque, et ne sont pas même, dans la plus grande partie des pays coutumiers, susceptibles d'hypothéque, si ce n'est du nantissement. Les saisies des meubles se font différemment de celles des immeubles.

Les meubles sont les choses qui se transportent d'un lieu à un autre. La grandeur du volume, non plus que la grande valeur d'une chose, n'empêchent pas qu'elle ne soit meuble : c'est pourquoi on ne doute pas que les navires ne soient meubles.

Les immeubles sont les fonds de terre, les maisons, et tout ce qui en fait partie. Il faut bien distinguer ce qui sert à garnir une métairie ou une maison, et à son exploitation, et ce qui en fait partie. Les choses transportables de leur nature, qui sont mises dans une métairie ou maison, pour servir à son ex-

ploitation, n'en font pas partie, et sont des meubles : *Instrumentum fundi non est pars fundi.* Ainsi, par exemple, les bestiaux, chevaux, les meubles aratoires, les ustensiles de pressoir, sont meubles. Au contraire, les choses qui sont cohérentes à l'héritage, qui y sont pour perpétuelle demeure, qui servent à le compléter, font partie de l'héritage, et suivent sa nature d'immeuble. C'est sur ce fondement que la coutume de Paris, art. 90, décide que les moulins à eau et à vent, et les pressoirs, sont immeubles quand ils ne peuvent être ôtés sans être dépecés, ni désassemblés ; quand ces moulins, pressoirs, et autres cohérents au sol ou à l'édifice, et y étant édifiés, sont pour perpétuelle demeure, ils font partie du lieu où ils sont édifiés, et, par conséquent, suivent sa nature d'immeuble.

Ce que dit la coutume de Paris des moulins à eau doit s'entendre de ceux qui sont bâtis sur pilotis, et qui sont, par ce moyen, cohérents au sol. A l'égard de ceux qui sont assis sur bateaux, il n'est pas douteux qu'ils ne soient meubles, suivant ce que décide la coutume d'Orléans, qui sert à cet égard d'interprétation à celle de Paris ; car les bateaux sur lesquels ils sont assis étant eux-mêmes meubles, il s'ensuit qu'ils le doivent être aussi.

Vice versâ, l'article 363 de la coutume d'Orléans, qui déclare expressément les pressoirs être immeubles, reçoit une limitation par ce qui est ajouté par celle de Paris, quand ils ne peuvent être ôtés sans être dépecés ni désassemblés, suivant laquelle on doit décider que notre coutume ne doit être entendue que

des grands pressoirs, tels que ceux à grand arbre ou à roue, et non pas de certains petits pressoirs à auge, qui, pouvant se transporter sans dépecer ni désassembler, doivent passer pour meubles. Les échalas auxquels les vignes sont attachées font partie de l'héritage; car, quoiqu'ils soient peu cohérents à l'héritage, n'étant que légèrement plantés en terre, et en étant séparés tous les hivers, néanmoins, comme ils sont dans l'héritage pour perpétuelle demeure, ils semblent ne faire qu'un corps avec la vigne: lorsqu'elle y est attachée ils servent à la compléter; car il manqueroit quelque chose à une vigne, en tant que vigne, si elle n'étoit pas échalacée, c'est-à-dire garnie de ses échalas. C'est pourquoi les échalas sont censés faire partie de l'héritage, et en suivre la nature.

Ils conservent cette nature d'immeuble, même pendant l'hiver qu'ils en sont séparés, car cette séparation, qui n'est que momentanée, ne doit point changer leur nature; et leur destination la doit conserver.

Au reste, ces échalas n'acquièrent la qualité d'immeubles et de partie de l'héritage que par leur union à la vigne. C'est pourquoi des échalas nouvellement amenés dans une maison de vigne, et qui n'ont point encore servi à la vigne, sont meubles; l. 11, ff. *de act.*

Les pailles et fumiers d'une métairie sont aussi censés en faire partie, comme y étant pour perpétuelle demeure, et ne pouvant être divertis par les fermiers. Par la même raison de la perpétuelle demeure, les arrêts ont décidé que l'artillerie d'un château faisoit partie de l'héritage, ainsi que les ornements d'une

chapelle, vases sacrés, missels, et autres choses servant au service divin. On a demandé si les poissons, pigeons, lapins, qui sont dans un héritage, sont meubles, ou s'ils font partie de l'héritage? La régle sur cette question est que, tant que les animaux sont laissés *in naturali laxitate*, ils sont censés faire partie de l'héritage; mais lorsqu'ils cessent d'être *in naturali laxitate*, et qu'ils sont *sub nostrâ custodiâ*, ils sont meubles.

Suivant ce principe, la coutume de Paris, art. 91, et celle d'Orléans, art. 355, décident que le poisson étant en étang est immeuble, et que celui qui est en réservoir est meuble.

Suivant ce même principe, la coutume d'Orléans, art. 74, décide que le poisson d'un étang devient meuble lorsque la bonde est levée; car, se trouvant à sec, il n'est plus *in naturali laxitate;* mais il est *sub nostrâ custodiâ.*

Par la même régle, on doit décider que les pigeons d'un colombier, qui vont et reviennent, font partie de l'héritage: au contraire, ceux qui sont enfermés dans un clapier sont meubles; car ceux-ci sont *sub nostrâ custodiâ*, les autres sont *in naturali laxitate.*

Par la même raison, les lapins d'une garenne font partie de l'héritage: ceux qui sont enfermés dans un clapier sont meubles.

La raison sur laquelle est fondée notre principe est tirée de ce qui est établi aux *Instit.*, au titre *de rerum divisione*, que les animaux, *feræ naturæ non possidentur per se;* ne sont *in bonis nostris* qu'autant qu'ils sont *sub nostrâ custodiâ*, et non pas lorsqu'ils sont

in naturali laxitate. Si donc je ne possède point proprement; si je n'ai point proprement *in bonis* les poissons, les pigeons, les lapins, tant que je les laisse *in naturali laxitate*, et que, dans tous les cas, j'ai seulement *in bonis* un étang empoissonné, un colombier peuplé de pigeons, une garenne remplie de lapins, ces animaux ne peuvent point passer pour biens meubles, mais comme faisant partie de l'étang, du colombier, de la garenne, où ils sont, puisque je n'en ai pas un domaine ni une possession distinguée du domaine ou de la possession de l'étang, du colombier ou de la garenne.

Les fruits qui ne sont point encore séparés de la terre font partie de l'héritage; mais, aussitôt qu'ils en sont séparés, ils deviennent des choses séparées de l'héritage, et sont meubles.

Cette décision est prise des lois romaines: *Fructus pendentes pars soli videntur;* l. 44, ff. *de rei vindicat.* Au contraire, *Fructus perceptos villæ non esse constat;* l. 17, §. 1, ff. *de action. empt.*

La coutume de Paris, art. 92, a une pareille disposition; et elle explique fort bien que les fruits sont censés perçus, et, par conséquent, meubles, aussitôt qu'ils sont coupés et séparés de la terre, quoiqu'ils ne soient pas encore transportés, et qu'ils soient sur le champ. La coutume d'Orléans a suivi cette disposition; elle décide, art. 354, que tous les fruits pendants par les racines sont héritages.

Elle fait pourtant une exception de cette régle à l'égard des bois de la forêt d'Orléans, sujets au droit de gruerie, qu'elle répute meubles, aussitôt que la

coupe en a été adjugée aux siéges des forêts, quoiqu'ils n'aient point encore été abattus; art. 75.

Plusieurs coutumes se sont écartées de la disposition du droit sur les fruits; elles sont différentes entre elles. Quelques unes réputent pour meubles les fruits, tant naturels qu'industriels, quoique encore pendants par les racines, aussitôt qu'ils sont parvenus à un certain point de maturité, qu'elles réglent différemment. Par exemple, il y en a qui réputent meubles les foins à la mi-mai, les blés à la Saint-Jean, les raisins au mois de septembre. D'autres coutumes distinguent entre les fruits naturels et industriels, c'est-à-dire ceux qui viennent à force de culture. Les fruits naturels sont ceux qui sont produits sans aucune culture, tels que sont les foins, les bois, les pommes: elles ne réputent meubles ceux-ci que lorsqu'ils sont coupés; mais elles réputent meubles les industriels aussitôt qu'ils sont parvenus à un certain temps de maturité.

Dans les coutumes qui n'ont aucune disposition à ce sujet, on doit suivre celle du droit romain, comme la plus raisonnable.

A l'égard des maisons, la coutume de Paris, art. 90, et Orléans, art. 356, donnent cette régle pour distinguer ce qui en fait partie d'avec ce qui n'en fait pas partie, et qui est meuble. Elles disent qu'*ustensiles d'hôtel, qui se peuvent transporter sans fraction et détérioration, sont meubles; mais s'ils tiennent à fer et à clou, ou sont scellés en plâtre ou en chaux, ou sont mis pour perpétuelle demeure, et ne peuvent être transportés sans fraction et détérioration, ils sont censés et réputés immeubles.*

Cette régle ne donne pas des idées assez claires, il faut plutôt dire que ce qui est dans une maison pour perpétuelle demeure, et qui sert à la compléter, *ad integrandam domum*, est censé faire partie de la maison. Au contraire, ce qui n'est pas mis pour perpétuelle demeure, et qui sert à meubler et garnir la maison plutôt qu'à la compléter est meuble.

Par exemple, s'il est question de savoir si une glace qui est encadrée dans une cheminée fait partie de la maison ou non, il faut distinguer: si la place à laquelle elle est appliquée est revêtue d'une menuiserie ou d'un enduit de plâtre de la même parure que le reste de la cheminée, il faudra décider que la glace est meuble, car elle n'est mise que pour un plus grand ornement, *ad instruendam domum*, et non pas *ad integrandam*, puisqu'en ôtant cette glace la cheminée est complète en toutes ses parties, et n'exige rien davantage. Au contraire, si la place de la cheminée, à laquelle est appliquée la glace, est brute, ou que, pour la conservation de la glace, elle soit couverte de quelques planches de différente parure du reste de la cheminée, on doit, en ce cas, décider que la glace fait partie de la maison; car elle est mise *ad integrandam domum;* elle sert à compléter la cheminée qui, sans cela, ne seroit point *numeris omnibus absolutus*, et exigeroit quelque chose.

On doit faire la même distinction à l'égard des tableaux qui sont encadrés dans des boiseries.

Tout ce qui tient à fer et à clou n'est donc pas réputé pour cela faire partie de la maison.

Au contraire, *vice versâ*, il y a des choses qui, sans

être attachées à la maison, en font néanmoins partie, parcequ'elles y sont pour perpétuelle demeure, et servent à compléter la maison, *ad integrandam domum*.

De ce nombre sont les clés d'une maison : les clés sont pour perpétuelle demeure ; les clés servent *ad integrandam domum* : car une maison n'est pas complète s'il lui manque quelque chose, par conséquent s'il lui manque des clés.

On doit donc dire la même chose des planches qui servent à la fermeture d'une boutique ; quoiqu'elles ne soient point attachées à la maison, elles en font partie : car il est évident qu'il manqueroit quelque chose à la maison, si elle n'avoit pas cette fermeture. Ces planches servent donc *ad integrandam domum ;* elles sont d'ailleurs destinées à une perpétuelle demeure dans la maison, et, par conséquent, elles en font partie.

On peut voir dans un plus grand détail, dans mon titre *de actionibus empti*, ce qui fait ou ne fait pas partie d'un héritage ou d'une maison.

Il me reste seulement à observer que, n'y ayant que les choses qui sont pour perpétuelle demeure, qui soient réputées faire partie d'un héritage ou d'une maison, il s'ensuit que tout ce qui y a été placé par un locataire ou par un usufruitier n'en fait point partie : car, comme personne n'est présumé donner, l'usufruitier ou locataire n'est censé avoir placé ces choses que pour en jouir pendant que le temps de son bail ou son usufruit durera, et non pas pour les y laisser à perpétuelle demeure. Elles ne peuvent donc pas être cen-

sées faire partie de l'héritage ou de la maison, quoique ce fût des choses qui seroient censées en faire partie, si elles y avoient été placées par le propriétaire. Par exemple, les parquets d'un appartement, les chambranles d'une cheminée, des grilles de fer, des statues posées sur des piédestaux dans des jardins, et mille autres choses semblables, qui seroient réputées faire parties de l'héritage ou de la maison, si elles avoient été placées par les propriétaires, seront réputées meubles si elles ont été placées par un usufruitier, à plus forte raison si c'est un locataire.

Observez encore que toutes les choses qui font partie d'une maison, d'un édifice, sont censées en faire partie, et conservent leur nature d'immeubles, même pendant le temps qu'elles en sont séparées, lorsque cette séparation n'est que momentanée, et que ces choses n'en sont séparées que pour y être replacées. Par exemple, si, voulant élever mon bâtiment, je fais désassembler la couverture, les tuiles, les ardoises, qui auront été séparées de mon bâtiment, pour y être replacées, ces choses ne laisseront pas, même pendant ce temps, de conserver leur nature d'immeuble.

Il en seroit autrement de nouveaux matériaux qui n'y auroient point encore été employés. Ces matériaux, quoique amenés sur le bien, quoique taillés, conservent leur nature de meubles jusqu'à ce qu'ils aient été employés et posés dans les bâtiments.

Dans les bâtiments construits et destinés pour certaines manufactures, tels que sont les raffineries, les cuves et les chaudières qui sont enfoncées en terre, scellées et encastrées, me paroissent devoir faire partie

du bâtiment; car elles y sont mises pour perpétuelle demeure, et elles servent à le compléter, en tant que bâtiment de raffinerie. On peut tirer en argument la loi ff. *de act. empti*, qui décide que *dolia in terram defossa sunt pars fundi.*

Il faut dire le contraire des formes qui servent à mettre les pains de sucre; car ces choses, qui sont amovibles et transportables, servent *ad instruendam, non ad integrandam officinam, sunt instrumenti loco,* par conséquent sont meubles.

Les métiers des passementiers ont été jugés meubles aussi bien que les presses d'imprimerie. Cela a été jugé pour celle du célèbre Robert Étienne.

§. II. De la division des choses incorporelles en meubles et immeubles.

Les choses incorporelles n'étant point des être réels, mais des êtres intellectuels; *quæ in jure consistunt, quæ solo intellectu percipiuntur*, ne sont point proprement par elles-mêmes susceptibles de la qualité de meubles ni de celle d'immeubles. Néanmoins comme, selon notre droit françois, toutes les choses que nous avons *in bonis* sont distribuées en deux classes, de meubles ou d'immeubles, les choses incorporelles, ainsi que les autres, doivent être assignées à l'une ou à l'autre de ces classes.

Les choses incorporelles sont, ou des droits réels, *jus in jure,* ou des créances, *jura ad rem.* Les droits réels que nous avons sur les héritages, tels que les droits de fief, de censive, de champart, de rente foncière, les droits de justice, les droits d'usufruit, d'u-

sage, doivent sans doute appartenir à la classe des immeubles; car ces droits ne sont autre chose que l'héritage même sur lequel nous les avons à prendre, considérés comme nous appartenant à certains égards.

A l'égard des créances *jus ad rem*, elles tirent leur nature d'immeubles ou de meubles de la chose qui fait leur objet. Si la créance est d'une somme d'argent ou de quelque autre chose mobiliaire, cette créance est mobiliaire. Au contraire, la créance de quelque héritage qui nous est dû, et que nous avons droit de demander, est une créance immobiliaire, c'est ce qui est exprimé par cette règle: *Actio ad mobile est mobilis, actio ad immobile est immobilis.*

Par exemple, lorsqu'une maison a été vendue 10,000 livres, la créance du vendeur, qui résulte de ce contrat, l'action qu'il a pour se faire payer du prix y porté, est une action mobiliaire, une créance mobiliaire, puisqu'elle a pour objet une somme de deniers. Au contraire, la créance de l'acheteur, l'action de l'acheteur, pour se faire livrer la maison qui lui a été vendue, est une action immobiliaire, puisqu'elle a pour objet une maison qui est un immeuble.

Lorsque le vendeur qui a vendu la chose d'autrui déclare ne pouvoir accomplir son engagement, l'action immobiliaire que l'acheteur avoit pour se faire livrer ou se faire conserver dans la possession de l'héritage vendu se convertit en une action de dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'engagement du vendeur. Cette action en dommages et intérêts est mobiliaire; ces dommages et intérêts consistant en la

somme d'argent en laquelle ils seront estimés; laquelle somme est quelque chose de mobilier.

Lorsque quelqu'un a acheté des bois sur pied, pour les couper, ou des fruits pendants par les racines, la créance qui résulte de ce contrat est une créance mobiliaire; car elle tend à faire avoir à l'acheteur, à lui faire acquérir ces bois et ces fruits, après qu'il les aura coupés; lesquels ne peuvent lui être acquis plus tôt, puisqu'il n'a pas acheté les fonds dont ils font partie; et, par conséquent, sa créance tend à lui faire acquérir quelque chose de mobilier; car ces bois, ces fruits, deviennent meubles par la coupe qui en est faite. C'est donc une action *ad mobile*, par conséquent une action mobiliaire.

Par la même raison, le droit qu'acquiert un fermier par le bail qui lui est fait d'une métairie est un droit mobilier; car ce droit du fermier n'a pour objet que d'acquérir les fruits qui naîtront dans les terres de cette métairie, quand il les aura perçus, c'est-à-dire lorsqu'ils seront coupés, et par conséquent meubles. Ce droit est donc *actio ad mobile*, et, par conséquent, un droit mobilier. Ce droit d'un fermier ne doit pas être confondu avec celui d'un usufruitier. Le droit de celui-ci est un droit dans l'héritage, *jus in re;* c'est l'héritage même, comme appartenant à certains égards à l'usufruitier, non quant au droit d'en disposer, en quoi consiste le droit de propriété, mais quant au droit d'en jouir, d'en percevoir les fruits pendant sa vie. Au contraire, le droit d'un fermier n'est ni un droit dans l'héritage, ni même un droit à l'héritage,

c'est une simple créance personnelle que le fermier a contre son bailleur; et cette créance n'a pas pour objet l'héritage même, mais les fruits de cet héritage, que le bailleur est obligé de laisser percevoir au fermier.

Toutes les créances d'un fait doivent être placées dans les classes des actions mobiliaires, soit qu'elles consistent dans l'obligation qu'a contractée envers nous le débiteur de faire, ou de ne pas faire quelque chose, *quâ nostra intersit fieri aut non fieri;* car ces créances n'ont pour objet aucun immeuble.

Les créances de fait ne consistent que dans le *quanti nostra interest fieri aut non fieri;* lequel *quanti interest* ne consiste que dans une somme de deniers; ce qui est quelque chose de mobilier. Ces créances ont donc un objet mobilier, et, par conséquent, doivent être rangées dans la classe des actions mobiliaires.

La créance d'un locataire, qui résulte du bail qui lui a été fait d'une maison, est une créance mobiliaire; car cette créance n'a pas pour objet la maison, qui est un immeuble. Ce locataire, bien différent d'un usufruitier, n'a, en vertu de son bail, aucun droit dans la maison, ni à la maison: il est créancier d'un fait, et non pas de la maison; en quoi il diffère de l'acheteur de la maison, *ut sibi in domo habitare liceat.* Il est créancier de ce *quanti interest in eâ domo habitare;* par conséquent son droit de créance est de la classe des droits et actions mobiliaires.

La créance qui résulte à mon profit du marché que j'ai fait avec un architecte pour me bâtir une maison étant la créance d'un fait, en suivant nos principes est une créance mobiliaire: d'où il suit que, quoique le

terrain sur lequel cet architecte s'est obligé de construire cette maison fût un propre de ligne auquel succéde mon héritier aux propres de cette ligne, néanmoins le droit que j'ai, résultant de ce marché contre l'architecte, passera à mon héritier au mobilier. Il arrivera de là que, ni mon héritier au mobilier ne pourra agir contre l'architecte, pour qu'il bâtisse la maison, parcequ'il n'y a aucun intérêt, n'ayant point succédé au terrain, ni mon héritier aux propres, puisqu'il ne succéde pas à l'action qui résulte du marché, cette action étant mobiliaire : mais si l'architecte avoit reçu de l'argent d'avance, comme il ne l'a reçu qu'à la charge de bâtir ce bâtiment, mon héritier mobilier a une action contre lui pour la répétition de cet argent; car j'avois deux actions à mon choix contre l'architecte, au cas qu'il n'exécutât pas son marché; toutes les deux mobiliaires, et de nature à passer à mon héritier au mobilier. L'une, qui est l'action *locati*, à ce qu'il fût tenu de construire l'édifice *quod ædificandum conduxerat;* laquelle ne peut être intentée par mon héritier au mobilier, comme n'ayant aucun intérêt à cette construction ; l'autre, qu'on appelle *condictionem ob rem datam, re non secutâ*, pour la répétition de l'argent par lui reçu ; laquelle peut être exercée par mon héritier au mobilier ; et l'architecte ne pourra éviter la condamnation, qu'en construisant le bâtiment, suivant son obligation.

Pareillement, quoique ni mon héritier au mobilier, ni mon héritier aux propres ne puissent, pour les raisons ci-dessus dites, agir directement, *actione locati*, contre l'architecte pour l'exécution du marché,

ils peuvent l'un et l'autre opposer cette inexécution par exception, si l'architecte, *actione conducti*, demandoit à l'un ou à l'autre le paiement du prix porté par le marché; parceque ce prix ne lui est dû que pour la construction de la maison qu'il s'est obligé de construire. Que s'il étoit porté par le marché qu'il seroit payé d'avance, les héritiers ne peuvent, à la vérité, refuser le paiement, quoique le marché ne soit pas encore exécuté de la part de l'architecte : mais on peut dire que l'architecte, en demandant et en recevant ce prix de l'héritier aux propres, pour la part dont l'héritier aux propres en est tenu, renouvelle envers lui tacitement l'obligation qu'il avoit contractée envers le défunt de construire sa maison, et que dès-lors l'héritier aux propres peut directement agir contre lui pour qu'il soit obligé de la construire.

Lorsque, par un contrat de mariage, l'un des deux conjoints s'oblige d'apporter en communauté ses héritages, jusqu'à la concurrence d'une certaine somme, l'objet de cet engagement étant des héritages, le droit qu'à l'autre conjoint de demander l'exécution de cet engagement, *est actio ad immobile*, et, par conséquent, une action immobiliaire.

Que si le conjoint s'étoit obligé d'apporter une certaine somme, à prendre sur ses héritages, l'engagement auroit pour objet principal une somme de deniers, et, par conséquent, quelque chose de mobilier. L'action qui en résulte est donc une action mobiliaire : en effet, dans cette espèce, quoique la somme dont l'apport est promis soit à prendre en héritages, quoique le conjoint satisfasse à cet apport, en mettant des

héritages en communauté; néanmoins c'est la somme de deniers qui est l'objet principal de l'engagement; ces héritages sont *magis in facultate solutionis, quàm in obligatione.* C'est la somme de deniers qui est due, et qui est, par conséquent, seule considérée pour régler la nature de l'engagement.

Les créances de sommes de deniers, ou autres choses mobiliaires, doivent-elles être rangées dans la classe des meubles, quoiqu'elles soient hypothécaires? La raison de douter est que l'hypothéque que le créancier a sur les héritages de son débiteur est un droit réel, *jus in re.* Or, il a été établi ci-dessus que les droits réels sur les héritages étoient des droits immobiliers: néanmoins il faut décider, au contraire, que les créances de sommes de deniers, quoique hypothécaires, sont mobiliaires. L'hypothéque, il est vrai, est un droit réel sur des héritages; mais c'est un droit qui ne peut subsister par lui-même, et qui est, par sa nature, accessoire d'une créance. La créance est, par rapport à l'hypothéque, la chose principale; l'hypothéque en est l'accessoire. La créance ne doit donc pas recevoir, emprunter une nature de chose immobiliaire de la nature de l'hypothéque, qui n'est que son accessoire; car il est absurde que la chose principale suive la nature de l'accessoire: c'est, au contraire, l'accessoire qui doit suivre la nature de la chose principale: *Accessorium sequitur naturam rei principalis.*

On a autrefois fort agité la question de savoir si les rentes constituées étoient meubles ou immeubles. Les coutumes se sont partagées sur cette question: quelques coutumes les réputent meubles. Les coutumes de

Paris et d'Orléans les réputent immeubles : c'est le droit commun. Les raisons, pour les réputer meubles, sont que le droit du créancier d'une rente constituée se termine à recevoir par chaque année une somme d'argent, et, par conséquent, quelque chose de mobilier; d'où on conclut que la rente constituée est une chose mobiliaire, suivant notre principe : *Actio ad mobile est mobilis.* Les raisons pour décider, au contraire, que la rente constituée est immeuble sont que la rente est un être intellectuel, distinct, et séparé des arrérages qu'elle produit. La vérité de ce principe se prouve de ce que cet être ne reçoit aucune diminution en sa substance, par la perception que fait le créancier des arrérages qui en sont produits : car un créancier qui, pendant plusieurs siécles, a perçu les arrérages d'un principal de rente, posséde après cette perception son principal de rente aussi entier qu'il l'étoit lors de la constitution de cette rente. Étant donc un être distinct et séparé des arrérages qu'elle produit, quoique ces arrérages, à mesure qu'ils échoient, soient une créance mobiliaire, on n'en doit pas conclure que la rente soit elle-même une chose mobiliaire. Elle a bien plus de ressemblance aux immeubles qu'aux meubles, puisque, de même que les vrais immeubles, c'est-à-dire les héritages, produisent tous les ans des fruits, sans diminution de leur intégrité et de leur substance, de même la rente constituée en produit à toujours; et les fruits sont les arrérages. Les raisons tirées de cette ressemblance des rentes avec les immeubles, jointes à une autre, tirée de ce que les rentes constituées composent

aujourd'hui la plus grande partie du patrimoine, souvent tout le patrimoine d'un très grand nombre de familles, ont déterminé à les réputer immeubles.

Les rentes viagères doivent-elles être aussi réputées immeubles? La question souffre grande difficulté, et n'est point encore décidée. Les raisons sur lesquelles nous nous sommes fondés pour décider que les rentes perpétuelles étoient immeubles ne se rencontrent pas tout-à-fait ici : il semble que ces rentes ne sont que la créance d'une chose indéterminée à la vérité, mais qui se déterminera par le temps que durera la vie du créancier ou de celui sur la tête de qui elle a été créée; laquelle créance est payable par plusieurs portions; et ces portions sont les arrérages qui s'en paient tous les ans. Ces arrérages sont tellement la portion de la somme qui fait l'objet et la matière de la rente viagère, que la rente viagère diminue et s'éteint en partie à mesure que les arrérages s'en perçoivent, jusqu'à ce qu'elle se consomme et s'éteigne totalement par la perception de la dernière année. Il semble donc qu'on ne peut pas dire de ces rentes ce que nous disons des rentes perpétuelles, qu'elles ont un être distinct et séparé des arrérages qu'elles produisent, auquel on puisse donner la nature d'immeubles. Nonobstant ces raisons, qui paroissent décisives, plusieurs réputent les rentes viagères immeubles; ils les regardent comme ayant un être distinct et séparé des arrérages qu'elles produisent; être qui, à l'instar des immeubles, produit des fruits qui sont des arrérages, et lequel ne diffère de celui qui est considéré dans les rentes perpétuelles que par la durée, l'être des rentes perpé-

tuelles étant un être dont la durée est perpétuelle, celui des rentes viagères étant un être dont la durée a été bornée à un certain temps.

Les coutumes étant différentes sur la qualité de meuble ou d'immeuble que doivent avoir les rentes, quelle coutume en doit décider?

C'est la coutume du domicile du créancier : une rente constituée est un droit personnel qui naît de l'engagement que le débiteur a contracté envers la personne du créancier. Or, nous avons établi ailleurs que c'étoit la loi du domicile des personnes qui régloit les droits des personnes : c'est donc cette loi qui doit régler la nature de la rente constituée.

Mais pourquoi est-ce plutôt la loi du domicile du créancier que celle du domicile du débiteur?

La raison en est que les choses que nous avons *in bonis*, étant distribuées en deux classes de meubles et d'immeubles, lorsqu'on demande à laquelle de ces deux classes la rente constituée appartient, c'est de la rente, en tant qu'elle est *in bonis nostris*, dont il est question, et partant de la rente, en tant qu'elle est considérée du côté du créancier. Or, c'est la loi du domicile du créancier qui doit régler les droits résidants en la personne du créancier : c'est donc cette loi qui doit régler la nature des rentes constituées.

La créance d'une somme exigible, qui produit intérêt jusqu'au paiement, telle qu'est la créance du prix d'un héritage, est-elle mobiliaire ou immobiliaire? Elle est mobiliaire, car elle a pour objet une somme de deniers qui est quelque chose de mobilier. Cette créance, en cela, est très différente d'une rente con-

stituée; car la rente constituée est la créance d'un revenu annuel et perpétuel, et non d'aucune somme principale, le créancier de la rente n'étant point créancier de la somme pour laquelle elle a été constituée, et pour laquelle elle peut être rachetée, puisqu'il n'a point de droit de l'exiger.

Quid, si une rente constituée étoit devenue exigible, *putà*, faute par le débiteur d'avoir fait l'emploi qu'il s'étoit obligé de faire du prix qu'il avoit reçu pour la constitution de cette rente, la rente seroit-elle, en ce cas, mobiliaire? Non; car ce n'est qu'*ex accidenti*, et non pas par la nature de cette rente, que le principal s'en trouve exigible. L'action qu'a le créancier pour se faire rembourser ne naît pas de la nature de la rente, mais d'un engagement du débiteur, qui ne lui est qu'accessoire. La rente n'est donc pas pour cela *in se*, la créance d'une somme exigible, mais seulement la créance d'une rente annuelle et perpétuelle; et, par conséquent, la nature étant la même, le droit qu'a le créancier *extrinsecùs* d'en exiger le remboursement ne doit point changer la qualité de la rente.

Pour qu'une rente constituée soit réputée immeuble, il est indifférent qu'elle soit constituée par un billet sous signature privée, ou par un acte par-devant notaire. Cet acte par-devant notaire ne sert qu'à donner au créancier de la rente une hypothéque sur les biens du débiteur de la rente; mais la rente ne tire point la qualité d'immeuble de cette hypothéque, mais de sa nature propre, qui est indépendante de cette hypothéque.

Les offices forment une espéce de biens qui est dans

le commerce : il a été autrefois incertain sous quelle classe on les rangeroit, ou sous celle des meubles, ou sous celle des immeubles.

Un office est le droit d'exercer une fonction publique : il y en a de trois sortes ; les domaniaux, les vénaux ou héréditaires, et les purs personnels.

Les domaniaux sont des droits du domaine, auxquels est attachée une fonction publique, comme le droit de greffe ; lesquels droits sont dans le commerce, ayant été engagés pour une finance payée au roi, à la charge par l'engagiste et ses successeurs, de remplir ou faire remplir la fonction publique qui y est attachée, *putà*, fonction de greffier.

Les offices vénaux sont des offices de judicature et de finance. Ils sont censés dans le commerce ; ils sont aliénables, transmissibles aux héritiers de celui à qui ils appartiennent, pourvu que le propriétaire ait payé un droit de paulette, ainsi appelé du nom d'un partisan nommé *Paulet*, qui en a été l'inventeur.

Il y en a qui ont été exemptés de ce droit.

Il faut distinguer dans ces offices le droit d'exercer la fonction publique de l'office d'avec la finance attachée à l'office. Ce n'est point ce droit d'exercer la fonction publique, qui est dans le commerce, c'est la finance attachée à l'office. Cette finance donne à celui qui a payé, lors de la création de l'office, et à ses successeurs, jusqu'à ce qu'il plaise au roi de la rembourser, le droit de présenter au roi un sujet capable pour remplir l'office : il peut présenter soi-même, s'il est capable, ou un autre. Le roi n'est point obligé d'agréer

le sujet, ni de rendre des raisons de son refus : mais, lorsqu'il n'a aucune raison de le refuser, il lui accorde des provisions, sous la condition qu'il sera jugé capable par la cour ou juridiction à qui les provisions sont adressées. Ce pourvu est ensuite reçu dans son office, après qu'il a été informé de ses vie, mœurs, et religion, et qu'il a été examiné et jugé capable; et c'est de cette réception et de ces provisions qu'il acquiert le caractère d'office et le droit d'exercer la fonction publique attachée à son office. Le droit d'exercer la fonction publique, avec tous les honneurs et les prérogatives qui en dépendent, réside toujours dans la personne : mais la finance attachée à l'office ne lui appartient pas toujours; car celui à qui elle appartient ne se fait pas toujours recevoir dans l'office, et y fait quelquefois recevoir un autre, par exemple, lorsque le propriétaire à qui on veut conserver l'office n'est pas en âge d'être pourvu.

La troisième espèce d'office est celle des offices purs personnels, à laquelle il n'y a aucune finance attachée, et qui sont en la pleine disposition du roi. Tels sont les gouvernements, les emplois militaires, les offices de la maison du roi, les chaires des professeurs royaux, les offices de chancelier, de premier président de parlement.

Ces offices n'étant point dans le commerce, ce n'est point sur cette espèce d'offices que peut tomber la question, si les offices sont meubles ou immeubles : car, n'étant point *in bonis*, ils ne peuvent appartenir ni à l'une ni à l'autre classe. La question ne tombe

donc que sur les deux précédents. Il sembleroit que les offices, sur-tout ceux de la seconde espèce, ne consistant que dans la finance qui y est attachée, qui est quelque chose de mobilier, ils devroient être réputés meubles. Néanmoins les offices ayant fait une partie considérable de la fortune des particuliers, la jurisprudence s'est introduite de les réputer immeubles; elle ne s'est introduite que par degrés; les offices n'ayant été réputés immeubles d'abord que quant à certains effets, ensuite quant à d'autres. Aujourd'hui ils ne diffèrent plus des autres immeubles.

§. III. Des choses qui ont une situation, et de celles qui n'en ont pas.

Il y a des choses qui ont une situation dans un certain lieu; et ces choses sont régies par la coutume des lieux de cette situation.

Il y en a d'autres qui n'ont aucune situation; et ces choses suivent les personnes à qui elles appartiennent, et sont, par conséquent, régies par la loi du domicile de cette personne.

La situation des immeubles corporels, tels que sont les fonds de terre et les maisons, ne peut avoir aucune ambiguité.

Les meubles étant par leur nature transportables d'un lieu à un autre, n'ont de situation en aucun lieu, quand même ils y auroient toujours été, et, par conséquent, ne sont régis que par la loi du domicile de la personne à qui ils appartiennent.

A l'égard des choses incorporelles, les droits réels

que nous avons dans des héritages, *jura in re*, comme un droit de rente foncière, de champart, d'usufruit, ces droits n'étant autre chose que l'héritage même, considéré comme nous appartenant à certains égards, ainsi que nous l'avons déja observé au paragraphe précédent, il s'ensuit que ces droits ont la même situation que l'héritage sur lequel ils sont à prendre; et ils doivent, par conséquent, être régis selon la coutume du lieu où ces héritages sont situés.

A l'égard des droits *ad rem*, c'est-à-dire des créances, lorsque la créance a pour objet quelque héritage, elle doit être censée avoir la même situation que cet héritage auquel elle se termine, et dans lequel elle se résout et se convertit, lorsque le débiteur exécute son engagement.

Cela est vrai lorsque la créance est d'un héritage déterminé. La créance indéterminée d'héritage n'a aucune situation, ce qui est indéterminé n'en pouvant avoir.

Les rentes constituées et les rentes viagères n'ont aucune situation, et suivent, par conséquent, la personne du créancier.

Cela a lieu, quand même ces rentes seroient à prendre, par spécial-assignat, sur un certain héritage; car cet assignat n'est qu'un accessoire de la rente, laquelle en soi ne consiste que dans le droit personnel du créancier, qui résulte de l'obligation que le débiteur a contractée envers lui. La jurisprudence a néanmoins apporté une exception à cette régle, à l'égard des rentes créées sur le roi, le clergé, les états des provinces, et

les villes : elle a donné à ces rentes une situation au lieu où est établi le bureau public du paiement des arrérages desdites rentes.

Les offices sont censés avoir pour situation le lieu de leur exercice.

FIN DU TRAITÉ DES PERSONNES ET DES CHOSES, ET DU 23e VOLUME.

TABLE

DES TITRES, SECTIONS, ARTICLES, ET PARAGRAPHES CONTENUS DANS LE TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS, ET DANS CELUI DES PERSONNES ET DES CHOSES.

TRAITÉ

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, *pag.* 1
SECT. I. Des personnes qui peuvent donner, à qui on peut donner, et des choses qui peuvent être données, 2
ART. I. Des personnes qui peuvent donner entre-vifs, *ibid.*
ART. II. Des personnes qui sont capables ou incapables de recevoir des donations entre-vifs, 15
§. I. Des étrangers, *ibid.*
§. II. Des mineurs et interdits, *ibid.*
§. III. Des religieux, 17
§. IV. Des communautés, *ib.*
§. V. Des maris et femmes, et des héritiers présomptifs, 18
§. VI. Des concubines et des bâtards, 21
§. VII. Des juges, officiers et ministres de justice, 23
§. VIII. Des tuteurs, administrateurs, et autres qui sont incapables de recevoir des donations des personnes sur l'esprit desquelles on présume qu'ils ont trop de pouvoir, 25
§. IX. En quel temps se considère la capacité pour recevoir la donation, et si l'on peut donner à ceux qui ne sont pas conçus, 34
ART. III. Des choses qui peuvent être données entre-vifs, 35
SECT. II. Des formes des donations entre-vifs, et par

quels actes doivent-elles être faites, 36
ART. I. De la solennité de l'acceptation, 37
ART. II. De la tradition et de l'irrévocabilité, 48
§. I. De la tradition, 49
§. II. De l'irrévocabilité des donations entre-vifs, 55
§. III. Plusieurs conséquences tirées de la nécessité de la tradition et de l'irrévocabilité des donations entre-vifs, 56
§. IV. Exception à l'égard des donations faites par contrat de mariage, 59
ART. III. De l'insinuation des donations, 61
§. I. Quelles donations sont sujettes à l'insinuation, *ib.*
§. II. Où l'insinuation doit-elle être faite, 70
§. III. Comment et quand doit-on faire l'insinuation, 74
§. IV. Par qui le défaut d'insinuation peut-il être opposé, 78
§. V. Quelles exceptions peut-on opposer ou non contre le défaut d'insinuation, 82
ART. IV. Par quels actes les donations entre-vifs doivent-elles être faites, 87
SECT. III. De l'effet des donations entre-vifs; des cas auxquels elles peuvent être révoquées ou souffrir quelques retranchements, 89
ART. I. De l'effet de la donation entre-vifs, *ibid.*
§. I. De l'effet de la donation par rapport au donateur, *ibid.*
§. II. De l'effet de la donation par rapport au donataire, 92
ART. II. De la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfants, 96
§. I. Quelles donations sont sujettes à cette révocation, 97
§. II. Que requiert la loi en la personne du donateur, pour que la donation soit sujette à la révocation par survenance d'enfants, 105
§. III. Quelle espèce de survenance d'enfants donne lieu à la révocation, 110
§. IV. Comment se révoquent les donations par la survenance des enfants, et de l'effet de cette révocation, 112
§. V. Quelles fins de non-recevoir peut-on ou ne peut-on pas opposer contre la demande en révocation de donation, pour cause de survenance d'enfants, 117
ART. III. De la révocation des donations pour cause d'ingratitude, 120
§. I. Quelles sont les causes d'ingratitude qui peuvent donner lieu à la révocation de la donation, 121
§. II. Par qui et envers qui l'offense doit-elle être commise, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, 126
§. III. Quelles donations sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude, 128
§. IV. De l'effet de la révocation pour cause d'ingratitude, 130

§. V. Quelles fins de non-recevoir sont admises contre cette action, 134
Art. IV. Du droit de retour, 135
Art. V. Du retranchement des donations pour la légitime des enfants, 137
§. I. Quels enfants peuvent demander la légitime, 138
§. II. Des donations qui sont sujettes au retranchement de la légitime, 141
§. III. Comment se fait la supputation de la légitime, et quels enfants doit-on compter pour régler la portion du légitimaire, 145
§. IV. Quelles choses s'imputent sur la légitime, 147
§. V. Quand les donations entre-vifs souffrent-elles retranchement pour la légitime des enfants, dans quel ordre, et si la demande en légitime a lieu contre les tiers-acquéreurs, 148
§. VI. De l'effet du retranchement des donations pour cause de légitime, 153
§. VII. Quelles fins de non-recevoir ont lieu contre la demande en retranchement de la légitime, 155
Art. VI. Du retranchement que souffrent dans quelques coutumes les donations entre-vifs, pour la légitime coutumière, 157
§. I. Par quelles personnes peut être prétendue la légitime coutumière, 158
§. II. Quelles donations sont sujettes à ce retranchement, 159
§. III. En quel cas y a-t-il lieu à cette légitime, 159
Art. VII. Du retranchement que peuvent souffrir les donations par le premier chef de l'édit des secondes noces, 163
§. I. Quelles espèces de donations sont sujettes à ce retranchement, 164
§. II. Quand y a-t-il lieu au retranchement porté par l'édit, 169
§. III. Lorsqu'une femme, depuis son premier mariage, a épousé successivement plusieurs maris, peut-elle donner à chacun une part d'enfant ou seulement une part d'enfant à eux tous, 173
§. IV. De l'effet de l'édit, 174
§. V. Si les enfants du premier mariage peuvent, du vivant de leur mère donatrice, renoncer au bénéfice de cet édit, 179
§. VI. Questions touchant les donations de part d'enfant, 181
Art. VIII. Du second chef de l'édit des secondes noces, 184
§. I. Quelles choses sont comprises en ce second chef de l'édit, 185
§. II. De l'effet du second chef de l'édit, 189
§. III. A quels enfants doivent être réservés les biens donnés à leur mère, 193
§. IV. Quelques cas dans lesquels la seconde disposition de l'édit doit cesser, 196
§. V. Si les enfants du premier

lit sont exclus de prendre part dans les dons du second mari, 197
ART. IX. De l'extension que les coutumes de Paris et d'Orléans ont apportée à l'édit, à l'égard des conquêts du premier mariage, *ibid.*
§. I. Quels biens sont compris dans cette disposition, 198
§. II. De la différence que la coutume d'Orléans met entre le second mari et les étrangers, touchant la défense qu'elle fait à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts, 201
§. III. En quoi diffèrent les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans, touchant les conquêts, et le second chef de l'édit, touchant les choses données par le premier mari, 205
Première différence, 206
Seconde différence, 207
Troisième différence, *ibid.*
Quatrième différence, 208
§. IV. Quand les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans cessent-elles d'avoir lieu, et si elles s'étendent à l'homme qui se remarie, 209

TRAITÉ

DES

PERSONNES ET DES CHOSES.

PREMIÈRE PARTIE.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

Division des personnes en ecclésiastiques, en nobles, gens du tiers-état, et serfs, 211

SECT. I. Des ecclésiastiques, et de leurs privilèges, *ibid.*

SECT. II. De la noblesse et de ses privilèges, comment elle se perd, de quelle manière elle se recouvre, et des usurpateurs de noblesse, 217

ART. I. De la noblesse de race, 218

ART. II. De la noblesse de concession, 221

ART. III. Des privilèges de la noblesse, 235

ART. IV. Comment se perd la noblesse, 239

ART. V. Comment se peut recouvrer la noblesse, 243

ART. VI. Des usurpateurs de la noblesse, 244

SECT. III. Des gens du tiers-état, *ibid.*

SECT. IV. Des serfs, 245

TITRE II.

Seconde division des personnes, en régnicoles et aubains, 247

SECT. I. Quelles personnes sont citoyens, ou régnicoles; quelles personnes sont étrangers, ou aubains, *ibid.*

SECT. II. En quoi l'état des aubains diffère-t-il de celui des citoyens, 252

SECT. III. Comment les étrangers peuvent acquérir les droits de citoyens, 266

SECT. IV. Comment les François perdent les droits de régnicoles, 271

TITRE III.

Division des personnes, par rapport à celles qui ont perdu la vie civile et celles qui l'ont recouvrée, 274
SECT. I. De ceux qui sont incapables d'effets civils, par la profession dans un ordre religieux, 275
SECT. II. Des morts civilement par la condamnation à une peine qui emporte mort civile, 291
SECT. III. Des infames, 297

TITRE IV.

Division des personnes en légitimes et bâtards, 302

TITRE V.

Division des personnes, tirée de l'âge et du sexe, et d'autres causes, 304

TITRE VI.

Division des personnes, par rapport aux différentes puissances qu'elles ont droit d'exercer sur d'autres, ou qui s'exercent sur elles, 306
SECT. I. De la puissance maritale, *ibid.*
SECT. II. De la puissance paternelle, 307
SECT. III. De la garde-noble et bourgeoise, 315
SECT. IV. De la tutèle, 315
ART. I. Combien y a-t-il d'espèces de tutèles, *ibid.*
§. I. De la tutèle légitime, 316
§. II. De la tutèle dative, 319
ART. II. Des causes d'excuses de tutèle, 322
ART. III. Du pouvoir des tuteurs, 326
§. I. Du pouvoir sur la personne, *ibid.*
§. II. Du pouvoir sur les biens, 327
ART. IV. Des obligations du tuteur, 333
ART. V. Des manières par lesquelles finit la tutèle, 340
ART. VI. Du compte de tutèle, 342
SECT. V. De la curatelle, 347
ART. I. Des curateurs aux sourds, muets, fols, prodigues, et autres semblables personnes, *ibid.*
ART. II. Des curateurs des mineurs, 349
ART. III. Des curateurs au ventre, 351

TITRE VII.

Des communautés, 352
ART. I. En quelles choses les corps ont-ils moins de droit que les particuliers, 356
ART. II. Quels sont les avantages des communautés sur les particuliers, 370

TRAITÉ

DES

PERSONNES ET DES CHOSES.

SECONDE PARTIE.

DES CHOSES.

§. I. De la division de choses corporelles, en meubles et immeubles, 374
§. II. De la division des choses incorporelles, en meubles et immeubles, 383
§. III. Des choses qui ont une situation, et de celles qui n'en ont pas, 396

FIN DE LA TABLE DU VINGT-TROISIÈME VOLUME.

TRAITE DES DONATIONS ENTRE-VIFS.
ARTICLE PRELIMINAIRE,
SECT. I. Des personnes qui peuvent donner, à qui on peut donner, et des choses qui peuvent être données,
ART. I. Des personnes qui peuvent donner entre-vifs,
ART. II. Des personnes qui sont capables ou incapables de recevoir des donations entre-vifs,
§. I. Des étrangers,
§. II. Des mineurs et interdits,
§. III. Des religieux,
§. IV. Des communautés,
ib.
§. V. Des maris et femmes, et des héritiers présomptifs,
§. VI. Des concubines et des bâtards,
§. VII. Des juges, officiers et ministres de justice,
§. VIII. Des tuteurs, administrateurs, et autres qui sont incapables de recevoir des donations des personnes sur l'esprit desquelles on présume qu'ils ont trop de pouvoir,
§. IX. En quel temps se considère la capacité pour recevoir la donation, et si l'on peut donner à ceux qui ne sont pas conçus,
ART. III. Des choses qui peuvent être données entrevifs,
SECT. II. Des formes des donations entre-vifs, et par quels actes doivent-elles être faites,
ART. I. De la solennité de l'acceptation,
ART. II. De la tradition et de l'irrévocabilité,
§. I. De la tradition,
§. II. De l'irrévocabilité des donations entre-vifs,
§. III. Plusieurs conséquences tirées de la nécessité de la tradition et de l'irrévocabilité des donations entre-vifs,
§. IV. Exception à l'égard des donations faites par contrat de mariage,
ART. III. De l'insinuation des donations,
§. I. Quelles donations sont sujettes à l'insinuation,
ib.
§. II. Où l'insinuation doit-elle être faite,
§. III. Comment et quand doit-on faire l'insinuation,
§. IV. Par qui le défaut d'insinuation peut-il être opposé,
§. V. Quelles exceptions peut-on opposer ou non contre le défaut d'insinuation,
ART. IV. Par quels actes les donations entre-vifs doivent-elles être faites,
SECT. III. De l'effet des donations entre-vifs; des cas auxquels elles peuvent être révoquées ou souffrir quelques retranchements,
ART. I. De l'effet de la donation entre-vifs,
§. I. De l'effet de la donation par rapport au donateur,
§. II. De l'effet de la donation par rapport au donataire,
ART. II. De la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfants,
§. I. Quelles donations sont sujettes à cette révocation,
§. II. Que requiert la loi en la personne du donateur, pour que la donation soit sujette à la révocation par survenance d'enfants,
§. III. Quelle espèce de survenance d'enfants donne lieu à la révocation,
§. IV. Comment se révoquent les donations par la survenance des enfants, et de l'effet de cette révocation,
§. V. Quelles fins de non-recevoir peut-on ou ne peut-on pas opposer contre la demande en révocation de donation, pour cause de survenance d'enfants,
ART. III. De la révocation des donations pour cause d'ingratitude,
§. I. Quelles sont les causes d'ingratitude qui peuvent donner lieu à la révocation de la donation,
§. II. Par qui et envers qui l'offense doit-elle être commise, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation,
§. III. Quelles donations sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude,
§. IV. De l'effet de la révocation pour cause d'ingratitude,
§. V. Quelles fins de non-recevoir sont admises contre cette action,
ART. IV. Du droit de retour,
ART. V. Du retranchement des donations pour la légitime des enfants,
§. I. Quels enfants peuvent demander la légitime,
§. II. Des donations qui sont sujettes au retranchement de la légitime,
§. III. Comment se fait la supputation de la légitime, et quels enfants doit-on compter pour régler la portion du légitimaire,
§. IV. Quelles choses s'imputent sur la légitime,
§. V. Quand les donations entre-vifs souffrent-elles retranchement pour la légitime des enfants, dans quel ordre, et si la demande en légitime a lieu contre les tiers-acquéreurs,
§. VI. De l'effet du retranchement des donations pour cause de légitime,
§. VII. Quelles fins de non-recevoir ont lieu contre la demande en retranchement de la légitime,
ART. VI. Du retranchement que souffrent dans quelques coutumes les donations entre-vifs, pour la légitime coutumière,
§. I. Par quelles personnes peut être prétendue la légitime coutumière,
§. II. Quelles donations sont sujettes à ce retranchement,
§. III. En quel cas y a-t-il lieu à cette légitime,
ART. VII. Du retranchement que peuvent souffrir les donations par le premier chef de l'édit des secondes noces,
§. I. Quelles espèces de donations sont sujettes à ce retranchement,
§. II. Quand y a-t-il lieu au retranchement porté par l'édit,
§. III. Lorsqu'une femme, depuis son premier mariage, a épousé successivement plusieurs maris, peut-elle donner à chacun une part d'enfant ou seulement une part d'enfant à eux tous,
§. IV. De l'effet de l'édit,
§. V. Si les enfants du premier mariage peuvent, du vivant de leur mère donatrice, renoncer au bénéfice de cet édit,
§. VI. Questions touchant les donations de part d'enfant,
ART. VIII. Du second chef de l'édit des secondes noces,
§. I. Quelles choses sont comprises en ce second chef de l'édit,
§. II. De l'effet du second chef de l'édit,
§. III. A quels enfants doivent être réservés les biens donnés à leur mère,
§. IV. Quelques cas dans lesquels la seconde disposition de l'édit doit cesser,
§. V. Si les enfants du premier lit sont exclus de prendre part dans les dons du second mari,
ART. IX. De l'extension que les coutumes de Paris et d'Orléans ont apportée à l'édit, à l'égard des conquêts du premier mariage,
§. I. Quels biens sont compris dans cette disposition,
§. II. De la différence que la coutume d'Orléans met entre le second mari et les étrangers, touchant la défense qu'elle fait à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts,
§. III. En quoi diffèrent les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans, touchant les conquêts, et le second chef de l'édit, touchant les choses données par le premier mari,
Première différence,
Seconde différence,
Troisième différence,
Quatrième différence,
§. IV. Quand les dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans cessent-elles d'avoir lieu, et si elles s'étendent à l'homme qui se remarie,
TRAITE DES PERSONNES ET DES CHOSES.
PREMIERE PARTIE. DES PERSONNES.
TITRE PREMIER.
Division des personnes en ecclésiastiques, en nobles, gens du tiers-état, et serfs,
SECT. I. Des ecclésiastiques, et de leurs privilèges,
SECT. II. De la noblesse et de ses privilèges, commentelle se perd, de quelle manière elle se recouvre, et des usurpateurs de noblesse,
ART. I. De la noblesse de race,
ART. II. De la noblesse de concession,
ART. III. Des privilèges de la noblesse,
ART. IV. Comment se perd la noblesse,
ART. V. Comment se peut recouvrer la noblesse,
ART. VI. Des usurpateurs de la noblesse,
SECT. III. Des gens du tiers-état,
SECT. IV. Des serfs,
TITRE II.
Seconde division des personnes, en règnicoles et aubains,
SECT. I. Quelles personnes sont citoyens, ou régnicoles; quelles personnes sont étrangers, ou aubains,
SECT. II. En quoi l'état des aubains diffère-t-il de celui des citoyens,
SECT. III. Comment les étrangers peuvent acquérir les droits de citoyens,
SECT. IV. Comment les François perdent les droits de régnicoles,
TITRE III.
Division des personnes, par rapport à celles qui ont perdu la vie civile et celles qui l'ont recouvrée,
SECT. I. De ceux qui sont incapables d'effets civils, par la profession dans un ordre religieux,
SECT. II. Des morts civilement par la condamnation à une peine qui emporte mort civile,
SECT. III. Des infames,
TITRE IV.

Division des personnes en légitimes et bâtards,
TITRE V.
Division des personnes, tirée de l'âge et du sexe, et d'autres causes,
TITRE VI.
Division des personnes, par rapport aux différentes puissances qu'elles ont droit d'exercer sur d'autres, ou qui s'exercent sur elles,
SECT. I. De la puissance maritale,
SECT. II. De la puissance paternelle,
SECT. III. De la garde-noble et bourgeoise,
SECT. IV. De la tutèle,
ART. I. Combien y a-t-il d'espèces de tutèles,
§. I. De la tutèle légitime,
§. II. De la tutèle dative,
ART. II. Des causes d'excuses de tutèle,
ART. III. Du pouvoir des tuteurs,
§. I. Du pouvoir sur la personne,
§. II. Du pouvoir sur les biens,
ART. IV. Des obligations du tuteur,
ART. V. Des manières par lesquelles finit la tutèle,
ART. VI. Du compte de tutèle,
SECT. V. De la curatelle,
ART. I. Des curateurs aux sourds, muets, fols, prodigues, et autres semblables personnes,
ART. II. Des curateurs des mineurs,
ART. III. Des curateurs au ventre,
TITRE VII.
Des communautés,
ART. I. En quelles choses les corps ont-ils moins de droit que les particuliers,
ART. II. Quels sont les avantages des communautés sur les particuliers,
TRAITE DES PERSONNES ET DES CHOSES.
SECONDE PARTIE. DES CHOSES.
§. I. De la division de choses corporelles, en meubles et immeubles,
§. II. De la division des choses incorporelles, en meubles et immeubles,
§. III. Des choses qui ont une situation, et de celles qui n'en ont pas,
FIN DE LA TABLE DU VINGT-TROISIEME VOLUME.