ŒUVRES
DE POTHIER.

TRAITÉS DU DOUAIRE ET DES DONATIONS.

TOME NEUVIÈME.

SE TROUVE

Chez MM. les Secrétaires caissiers des facultés de droit;
Chez MM. les Greffiers des tribunaux de première instance;
Et chez les principaux Libraires de la France et de l'étranger.

DE L'IMPRIMERIE DE J.-L. CHANSON,
RUE DES GRANDS-AUGUSTINS, N° 10.

ŒUVRES

DE POTHIER.

NOUVELLE ÉDITION,

ORNÉE DU PORTRAIT DE L'AUTEUR,

PUBLIÉE

PAR M. SIFFREIN.

TOME NEUVIÈME.

A PARIS,

CHEZ L'ÉDITEUR,

RUE SAINT-JEAN-DE-BEAUVAIS, N° 1;

ET CHEZ CHANSON, IMPRIMEUR-LIBRAIRE,

RUE DES GRANDS-AUGUSTINS, N° 10.

M. DCCCXXI.

TABLE

DES CHAPITRES, ARTICLES, SECTIONS ET PARAGRAPHES CONTENUS DANS LES TRAITÉS DU DOUAIRE ET DES DONATIONS.

TRAITÉ DU DOUAIRE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, pag. 1

PREMIÈRE PARTIE.

Du douaire de la femme, ibid.

CHAPITRE PREMIER.

De l'origine du douaire, et de sa nature; et quelles femmes doivent avoir un douaire, 4

ART. I. Quelle est l'origine du douaire, ibid.

ART. II. de la nature du douaire, 5

ART. III. Quelles femmes doivent avoir un douaire, 7

CHAPITRE II.

En quoi consiste le douaire, 10

SECT. I. En quoi consiste le douaire coutumier, ibid.

ART. I. De la variété des coutumes sur ce en quoi consiste le douaire coutumier, 11

ART. II. Quels sont les biens du mari que la coutume de Paris, et le droit le plus commun des coutumes assujettissent au douaire; et pour quelle portion, 15

§. I. Ce que la coutume entend par ces termes, *des héritages*, 16

§. II. De ce que la coutume entend par les termes, *que le mari tient et posséde au jour des épousailles*, 19

§. III. De ce que la coutume entend par ces termes, *échéent et aviennent en ligne directe au mari*, 27

§. IV. De ce qui résulte de ces termes, *depuis la consommation dudit mariage, et pendant icelui*, 28

§. V. Quelles choses sont censées avenues en ligne directe, 29

§. VI. De la portion que la coutume de Paris accorde à la douairière dans les biens qu'elle assujettit au douaire, 30

§. VII. Sous quelles charges les coutumes accordent-elles le douaire à la femme, 36

ART. III. Si les immeubles dont le mari est grevé de substitution après sa mort, peuvent être sujets au douaire, 40
ART. IV. De ce qui est uni aux héritages sujets au douaire; de ce qui en résulte; et de ce qui y est subrogé, 46
§. I. De ce qui est uni aux héritages sujets au douaire, ibid.
§. II. De ce qui reste d'un héritage sujet au douaire, 47
§. III. De ce qui est subrogé à une chose sujette au douaire, 48
ART. V. Quand les héritages et autres immeubles sujets au douaire cessent-ils de l'être; et de l'indemnité qui peut être prétendue par la douairière, 49
Première maxime, ibid.
Seconde maxime, ibid.
Troisième maxime, ibid.
Quatrième maxime, ibid.
Cinquième maxime, 50
Sixième maxime, 52
Septième maxime, 55
Huitième maxime, 59
Neuvième maxime, 60
Dixième maxime, ibid.
Onzième maxime, 62
ART. VI. En quoi consiste le douaire subsidiaire que certaines coutumes accordent, ibid.
§. I. En quels cas y a-t-il lieu au douaire subsidiaire. 63
§. II. Quels biens sont sujets au douaire subsidiaire; et pour quelle portion, 70
§. III. Du douaire subsidiaire sur les meubles, 74
§. IV. Du douaire subsidiaire qu'accordent quelques autres coutumes, 76
SECT. II. En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel, ibid.
ART. I. Quelles sont les choses dans lesquelles les parties peuvent faire consister le douaire conventionnel; et quel droit sont-elles censées avoir voulu accorder à la douairière dans lesdites choses, lorsqu'elles ne s'en sont pas expliquées, 77
ART. II. Si le douaire préfix peut excéder le coutumier, 80
ART. III. Si le douaire conventionnel exclut le douaire coutumier, 90

CHAPITRE III.

Quand, et comment se contracte l'obligation du douaire; quand est-il ouvert; et comment la femme en est-elle saisie, 97
ART. I. Quand, et comment se contracte l'obligation du douaire, ibid.
ART. II. Quand le douaire est-il ouvert, 102
ART. III. Comment la femme est-elle saisie de son douaire, 106
§. I. Des coutumes qui saisissent la femme de plein droit, ibid.
Corollaire premier, ibid.
Corrollaire II, 107
Corollaire III, ibid.
§. II. Des coutumes qui se sont écartées du principe qui a lieu de droit com-

mun sur le saisissement du douaire, 109
§. III. Quelle est la disposition de la coutume d'Orléans sur le saisissement du douaire, 110
§. IV. Par quelle coutume doit-on décider si la femme est saisie de plein droit, ou non, de son douaire, 111

CHAPITRE IV.

Des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire, 115
Art. I. De l'action de partage, ibid.
§. I. De la forme du partage qui est à faire entre la douairière et l'héritier du mari, 116
§. II. Des raisons respectives qu'ont à se faire quelquefois la douairière et l'héritier, 118
§. III. De la garantie qui naît du partage entre la douairière et l'héritier, 125
Art. II. De l'action *confessoria servitutis usûsfructûs*, 126
Art. III. Des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire conventionnel, 128

CHAPITRE V.

Du droit d'usufruit de la douairière sur les héritages et autres immeubles qui y sont sujets, 130
Art. I. Du droit de percevoir les fruits des héritages et autres droits immobiliers sujets au douaire, ibid.
§. I. Des fruits naturels, 132
§. II. Des fruits civils, 138
§. III. De la jouissance des choses accessoires à celles des héritages sujets au douaire, 143
Art. II. des obligations de la douairière, 144
§. I. De l'obligation de jouir en bon père de famille, 145
§. II. De l'obligation de ne pas changer la forme de l'héritage, et de ne le pas convertir à d'autres usages, 146
§. III. De la caution que doit donner la douairière, 150
§. IV. Si la douairière est obligée d'entretenir les baux faits par son mari, des héritages sujets à son douaire, 153
Art. III. Des charges attachées à l'usufruit de la douairière, 155
§. I. De la charge d'acquitter les charges foncières, ibid.
§. II. De la charge des réparations qui surviennent pendant l'usufruit, 159
Art. IV. A quoi l'usufruit de la douairière oblige-t-il envers elle le propriétaire des héritages qui y sont sujets, 163

CHAPITRE VI.

Quand finit l'usufruit de la douairière; en quels cas en est-elle privée, et si une femme peut avoir don et douaire, 170
Art. I. Pour quelles causes une femme peut-elle être privée de son douaire, 181

ART. II. Si une femme peut avoir don et douaire en même temps, 186

CHAPITRE VII.

Du droit qu'ont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages sujets au douaire, de rentrer en jouissance desdits héritages après l'extinction de l'usufruit de la douairière; et des obligations respectives des héritiers du mari et de la douairière, auxquelles cette rentrée donne ouverture, 188

§. I. Comment s'exerce le le droit qu'ont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages sujets au douaire, de rentrer en la jouissance desdits héritages, à la mort de la douairière, 189

§. II. De l'obligation en laquelle sont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages, de donner le temps à ceux de la douairière d'emporter les meubles qu'ils y ont, 190

§. III. De l'obligation de rembourser les frais faits par la douairière, pour faire venir les fruits qui étoient pendants lors de sa mort, 192

§. IV. Des autres obligations du propriétaire, par rapport anx autres impenses que la douairière a faites dans les héritages dont elle jouissoit pour son douaire, 195

§. V. De l'obligation des héritiers de la douairière de faire les réparations qui se sont trouvées à faire, à la mort de la douairière, aux héritages dont elle jouissoit, 197

§. VI. Des dommages et intérêts dont sont tenus les héritiers de la douairière, soit pour les dégradations par elle faites dans les héritages dont elle jouissoit, soit pour ce qu'elle a laissé perdre par sa faute, 198

§. VII. De l'obligation des héritiers de la douairière, par rapport aux fruits et aux intérêts, 200

SECONDE PARTIE.

Du douaire des enfants, 202

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le douaire des enfants; en quoi il consiste; et quelle est sa nature, 203

ART. I. Quelle est la nature du douaire des enfants, 204

ART. II. Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants; et en quels cas leur est-il dû indemnité, lorsque lesdites choses ont cessé d'exister, ou d'y être sujettes, 208

§. I. Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants, ibid.

§. II. En quels cas les enfants doivent-ils avoir une indemnité pour les choses sujettes au douaire, qui ont

cessé d'exister ou d'y être sujettes, 210
Art. III. Par quelle coutume doit-on décider si la propriété des choses sujettes au douaire coutumier de la femme, appartient aux enfants, 211
Art. IV. Des charges du douaire coutumier, 214
Art. V. En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants; et par quelle coutume doit-on décider si les enfants doivent avoir la propriété de ce douaire, 216
§. I. En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants, ibid.
§. II. Par quelle coutume doit-on décider si le douaire préfix de la femme doit être propre aux enfants, 220
Art. VI. En quoi doit consister la douaire préfix des enfants, lorsqu'on a laissé à la femme le choix de deux choses pour le sien, 224

CHAPITRE II.

Quand, et comment se contracte l'obligation du douaire des enfants; quand est-il ouvert; et comment en sont-ils saisis, 227
§. I. Quand, et comment se contracte l'obligation du douaire des enfants, ibid.
§. II. Quand le douaire des enfants est-il ouvert, 228
§. III. Comment les enfants sont-ils saisis de leur douaire, 231

CHAPITRE III.

Des actions auxquelles donne lieu le douaire des enfants lorsqu'il est ouvert, 234
Art. I. Des actions auxquelles donne lieu le douaire coutumier des enfants, lorsqu'il est ouvert, ibid.
Art. II. Des actions auxquelles donne lieu le douaire conventionnel des enfants, 238
Art. III. De l'bypothèque du douaire, 239

CHAPITRE IV.

A quels enfants le douaire est-il dû, et sous quelles conditions, 240
Sect. I. A Quels enfants le douaire est-il dû, ibid.
Sect. II. De la condition de renoncer à la succession, pour avoir droit au douaire, 242
Sect. III. De la condition que la coutume impose aux enfants douairiers, d'imputer sur leur douaire tout ce qui leur a été donné par leur père, 245
Art. I. Quelles donations doivent être imputées sur le douaire, 246
Art. II. Comment se fait l'imputation des choses données, sur le douaire, 254
§. I. Du cas du rapport, 255
§. II. Du cas de l'imputation, 259
Art. III. De quand le douairier doit-il compter des

fruits et des intérêts de ce qui lui a été donné, 265
§. I. Premier cas, 266
§. II. Deuxième cas, 267

CHAPITRE V.

Comment se partage le douaire ; et quels enfants y font part, 267
§. I. Entre quels enfants se fait ce partage ; et quels sont ceux qui y font part, ibid.
§. II. Comment se fait le partage entre les douairiers, 270

APPENDICE AU TRAITÉ DU DOUAIRE.

DU DROIT D'HABITATION.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 273
Du droit d'habitation, ibid.
SECT. I. Du droit d'habitation coutumière, ibid.
ART. I. Si la femme peut valablement renoncer, par le contrat de mariage, au droit d'habitation que les coutumes lui défèrent ; et quand paroît-elle y avoir renoncé, 274
ART. II. De la variété des coutumes sur la qualité des veuves à qui elles accordent un droit d'habitation, 275
ART. III. De la variété des coutumes sur la chose qui fait l'objet du droit d'habitation, 278
ART. IV. A quoi s'étend le droit d'habitation que les coutumes accordent aux veuves, 280
ART. V. Des charges du droit d'habitation, 284
ART. VI. Des différentes manières par lesquelles s'éteint le droit d'habitation de la veuve, 285
ART. VII. Par quelle coutume doit-on décider si la veuve doit avoir un droit d'habitation, 288
SECT. II. De l'habitation conventionnelle, 290

TRAITÉ DES DONATIONS

ENTRE MARI ET FEMME.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE, 295
ART. I. De la variété de nos lois sur les donations entre mari et femme, ibid.
Première classe, 299
Seconde classe ibid.
Première sous-division, ibid.
Seconde sous-division, 299
Troisième classe, 301
Quatrième classe, 302
ART. II. De la nature des lois municipales qui concernent les donations entre mari et femme, 304

ART. III. Si les parties peuvent, par leur contrat de mariage, déroger aux lois qui concernent les donations entre mari et femme, 309
ART. IV. Division du traité, 313

PREMIÈRE PARTIE.

Des avantages directs et indirects défendus par la coutume de Paris, et autres semblables, entre conjoints par mariage, ibid.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Quelles personnes sont comprises en la disposition de l'article 282, 314

CHAPITRE PREMIER.

Des avantages directs défendus entre mari et femme, 316
ART. I. Quels sont les avantages directs défendus entre mari et femme, ibid.
ART. II. De ce qui résulte de la nullité des avantages que se sont faits des conjoints par mariage, contre la défense de la coutume, 325
§. I. du cas auquel la donation est d'un héritage, et a été suivie de tradition, ibid.
§. II. Du cas auquel la donation faite entre mari et femme, pendant le mariage, est de meubles ou d'une somme d'argent, et qu'elle a été exécutée par la tradition, 334
§. III. Du cas auquel la donation est d'une chose incorporelle, et a été exécutée par une quasi-tradition, 336
§. IV. du cas auquel la donation consiste dans la remise de quelque créance, ou de quelque autre droit, 339
§. V. Du cinquième cas, lorsque la donation que l'un des conjoints a faite à l'autre ne consiste que dans une promesse qui n'a pas été suivie de tradition, ibid.
§. VI. Sixième cas : des donations testamentaires, 340

CHAPITRE II.

Des avantages indirects défendus entre mari et femme, ibid.
ART. I. Des contrats qui interviennent entre conjoints pendant le mariage, qui renferment, ou sont suspects de renfermer quelque avantage que l'un fait à l'autre, ibid.
ART. II. Des faits qui renferment des avantages indirects défendus entre mari et femme, 343
ART. III. Des avantages indirects entre mari et femme, qui se font par des personnes interposées, 352
ART. IV. Des donations faites aux enfants de l'un des conjoints d'un précédent mariage, 361

SECONDE PARTIE.

Du don mutuel permis par

la coutume de Paris, et autres semblables, entre conjoints par mariage, qui n'ont pas d'enfants, 366
Première espèce de variété, ibid.
Seconde espèce de variété, 367
Troisième espèce de variété, 368
Quatrième espèce de variété, ibid.
Cinquième espèce de variété, ibid.
Sixième espèce de variété, 369
Septième espèce de variété, ibid.
Huitième espèce de variété, ibid.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du don mutuel; et de ses caractères, 370
Art. I. De la nature du don mutuel, ibid.
Art. II. Des caractères que doit avoir le don mutuel dans la coutume de Paris, et dans les autres qui ont une semblable disposition, 373
§. I. De l'irrévocabilité du don mutuel, 374
§. II. De l'égalité qui doit être dans le don mutuel, par rapport aux choses données, 380
§. III. De l'égalité d'espérance requise dans le don mutuel. 381

CHAPITRE II.

Entre quelles personnes peut se faire le don mutuel que les coutumes permettent entre mari et femme; et quelles choses peuvent-elles se donner, 382
Art. I. Entre quelles personnes peut se faire ce don mutuel, ibid.
Art. II. Des choses que les conjoints par mariage peuvent se donner par don mutuel, 395

CHAPITRE III.

De la forme du don mutuel entre homme et femme, 405

CHAPITRE IV.

Des conditions d'où dépend le don mutuel, 411
§. I. De la condition de survie, 412
§. II. De la condition qui ni l'un ni l'autre conjoint n'auront aucuns enfants lors du décès du premier mourant, 413
§. III. Si les conjoints qui se font don mutuel peuvent, outre les conditions qui sont de la nature du don mutuel, y en apposer d'autres, 420

CHAPITRE V.

Quand le don mutuel est-il ouvert; comment le donataire mutuel en est-il saisi; et en quoi consiste le droit d'usufruit qu'il a dans les choses comprises au don mutuel, 421
Art. I. Quand le don mutuel est-il ouvert; comment le

donataire mutuel en est-il saisi, 421
ART. II. En quoi consiste le droit d'usufruit du donataire mutuel, dans les choses dont le don mutuel est composé, 427

CHAPITRE VI.

Des charges du don mutuel, 432
ART. I. Des charges du don mutuel, énoncées en l'article 286 de la coutume de Paris, 433
ART. II. Des autres charges du don mutuel, portées par l'article 282 de la coutume de Paris, 442
§. I. De la charge d'entretenir de réparations les héritages compris au don mutuel, ibid.
§. II. De l'acquittement des rentes foncières, 447

CHAPITRE VII.

De quelles manières s'éteint l'usufruit du donataire mutuel; et de la restitution qui doit se faire des biens compris au don mutuel, après l'extinction de cet usufruit, 451

TROISIÈME PARTIE.

D'une autre espèce d'avantage mutuel que la coutume de Paris permet aux conjoints par mariage de se faire pendant le mariage, 453
ART. I. En quoi convient ce don mutuel avec le don mutuel porté par l'article 280; et en quoi il en diffère, 454
§. I. En quoi convient-il, ibid.
§. II. En quoi diffère le don mutuel qui résulte de l'article 281, de celui permis par l'article 280, 458
ART. II. Par quels actes peut se faire la convention permise par l'article 281, 459
ART. III. Dans quels cas peut se faire la convention mentionnée en l'article 281, 460
§. I. Si par ces termes, *en mariant leurs enfants*, la coutume entend que les père et mère doivent leur donner une dot, 461
§. II. Si ces termes de l'article 281, *en mariant leurs enfants*, comprennent les petits-enfants, 463
Premier cas, ibid.
Second cas, 465
ART. IV. Quel est le sens de ces termes de l'article 281, *pourvu qu'il ne se remarie*, 467
ART. V. Quelles choses peuvent être comprises dans l'espèce de don mutuel qui résulte de la convention permise par l'article 281, et quelles en sont les charges, 470
§. I. Quelles choses peuvent être comprises dans cette espèce de don mutuel, ibid.
§. II. Quelles sont les charges de l'espèce de don mutuel permis par l'article 281, 472

ART. VI. Quel est l'effet de la convention permise par l'article 281, 472
ART. VII. De l'effet de la clause de ne pouvoir provoquer le survivant à inventaire ni partage, dans les coutumes qui ne permettent pas l'espèce de don mutuel que celle de Paris permet par l'article 281, 477

APPENDICE AU TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE MARI ET FEMME.

INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE LXVIII DE LA COUTUME DE DUNOIS, 479
§. I. Du motif de la disposition de l'article, 483
§. II. De la nature des donations et testaments permis par cet article, 484
§. III. Entre quels conjoints par mariage la coutume permet-elle les dispositions qu'elle permet par cet article, 488
§. IV. Des choses dont cet article permet de disposer, 492
§. V. Quelles sont les charges du don mutuel permis par cet article, 499
§. VI. Comment le donataire mutuel est-il saisi; et quelle procédure a-t-il à faire vis-à-vis des héritiers du prédécédé, 504

FIN DE LA TABLE.

TRAITÉ
DU DOUAIRE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

UNE des principales conventions matrimoniales, usitées dans les provinces régies par le droit coutumier, est celle qui concerne le Douaire.

Il y a deux espèces de Douaire : 1° le Douaire de la femme; 2° dans quelques coutumes, le Douaire des enfants.

PREMIÈRE PARTIE.

Du douaire de la femme.

1. Le douaire de la femme est ce que la convention ou la loi accorde à la femme dans les biens de son mari, pour sa subsistance, en cas qu'elle lui survive.

2. Il n'y avoit anciennement qu'une seule espèce de douaire, qui étoit le conventionnel. Nous apprenons de Philippe de Beaumanoir, dans ses Coutumes de Beauvoisis, *ch. du Douaire*, que c'est le roi Philippe-Auguste qui, vers le commencment du treizième siècle, a établi le douaire légal, en ordonnant que la femme seroit douée *de la moitié de ce que l'homme avoit lorsqu'il l'épousa;* Loisel, *tit. des Douaires, R.* 1.

Depuis, dans la plupart des coutumes, il y a deux espèces de douaire.

Le *conventionnel,* qui est celui dont les parties sont convenues par le contrat de mariage; et le *coutumier,* qui est celui que la loi municipale accorde.

Il y a néanmoins un petit nombre de coutumes qui n'admettent encore que le douaire conventionnel. Lorsque les biens de l'homme qui se marie, sont régis par ces coutumes, la femme ne peut prétendre aucun douaire, si elle a été mariée sans contrat de mariage, ou si, par le contrat de mariage, il ne lui en a été accordé aucun.

Telles sont les coutumes de la Marche, de la Rochelle, de Cambrai, d'Issoudun, de Vatan, etc.

Il y en a qui font à cet égard une distinction entre les femmes nobles et les roturières, comme nous le verrons *infrà*.

3. Les coutumes qui accordent un douaire ne l'accordent, pour la plupart, qu'à défaut du conventionnel, comme nous le verrons *infrà*.

Il y en a néanmoins qui accordent à la femme le choix de son douaire conventionnel ou du coutumier, quoique ce choix ne lui ait pas été expressément réservé par le contrat de mariage, comme nous le verrons *infrà*.

La femme peut encore, en un cas, n'avoir aucun douaire, même dans les coutumes qui lui en accordent un. Le cas est celui auquel la femme y auroit expressément renoncé par le contrat de mariage. En vain opposeroit-on contre cette convention, que les parties ne peuvent, par leurs conventions, déroger aux lois : *Privatorum conventio juri publico non derogat;* l. 45, §. 1, ff. *de R. J.* La réponse est, que ce principe n'a lieu qu'à l'égard des lois qui ont pour objet quelque intérêt public; mais il en est autrement de celles qui n'ont pour objet que l'intérêt des particuliers. C'est pourquoi Ulpien, en la loi 31, ff. *de pact.*, dit que les parties peuvent, par leurs conventions, déroger à l'édit des édiles, en convenant que l'acheteur n'aura pas les actions que cet édit accorde aux acheteurs contre les vendeurs, en cas d'éviction. Pareillement la loi qui accorde un douaire aux femmes, n'ayant pour objet que leur intérêt particulier, elles peuvent y renoncer valablement par leur contrat de mariage.

Mais pour qu'elles soient censées y avoir renoncé, il faut que la convention soit bien expresse. C'est pourquoi, par arrêt du 2 mars 1648, rapporté au premier tome du

Journal des Audiences, dans l'espèce d'une convention matrimoniale par laquelle il étoit dit, *Il y aura exclusion de communauté..... sans que la future épouse prétende* AUCUNE CHOSE *dans les biens que le futur époux a et possède tant en meubles qu'immeubles, ni même à ceux qui pourront être acquis pendant le mariage, sinon ce qui sera ci-après déclaré;* après quoi il étoit dit plus bas, qu'elle prendroit sur le plus clair des biens du mari, autant de fois 200 livres que le mariage auroit duré d'années; il fut jugé que la femme n'étoit pas censée avoir, par cette convention, renoncé au douaire coutumier, et qu'elle devoit l'avoir, outre ce qui lui avoit été donné.

Nous diviserons cette première partie en sept chapitres. Nous traiterons dans le premier, de l'origine et de la nature du douaire; et des femmes qui doivent avoir un douaire. Nous verrons, dans le second, en quoi consiste le douaire : dans le troisième, quand se contracte l'obligation du douaire, quand il est ouvert, comment il s'acquiert : dans le quatrième, quelles sont les actions de la douairière, auxquelles le douaire donne ouverture : dans le cinquième, du droit d'usufruit de la douairière sur les héritages qui y sont sujets. Dans le sixième, nous verrons quand finit le douaire; pour quelles causes la femme en peut être privée, et si elle peut avoir don et douaire tout à-la-fois. Enfin, dans le septième, nous traiterons de la restitution qui doit être faite des biens sujets au douaire après l'extinction de l'usufruit de la douairière.

CHAPITRE PREMIER.

De l'origine du douaire, et de sa nature; et quelles femmes doivent avoir un douaire.

ARTICLE PREMIER.

Quelle est l'origine du douaire.

4. Ce n'est pas dans le droit romain qu'on doit chercher l'origine du douaire : il n'y a rien dans ce droit, qui y ait rapport. Nous la trouvons plutôt dans les mœurs des anciens peuples de Germanie, qui se sont établis dans nos provinces. Tacite, *de Moribus Germanorum*, rapporte que chez ces peuples, les femmes n'apportoient pas de dot aux maris, mais en recevoient : *Dotem non uxor marito, sed maritus uxori offert.* Cette dot que la femme, au rapport de Tacite, recevoit du mari, étoit vraisemblablement la même chose que ce qu'est notre douaire, c'est-à-dire, quelque portion que l'homme, en se mariant, assignoit dans ses biens à la femme qu'il épousoit, pour que la femme en jouît après la mort de son mari, en usufruit pour sa subsistance. Les femmes, chez la plupart de ces peuples, comme chez les Saliens, étant incapables de succéder aux héritages de leurs parents, il étoit nécessaire que leurs maris pourvussent de leurs biens, après leur mort, à la subsistance de leurs veuves.

Il est fait mention du douaire dans les Capitulaires de nos rois. Il est dit au *liv.* 7, *cap.* 179 de la collection de Benedictus Levita, que l'homme, en se mariant, doit doter la femme qu'il épouse, c'est-à-dire, lui assigner un douaire : *Per consilium et benedictionem sacerdotis, et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitimè dotare debet.*

De là cette ancienne formule qui étoit usitée autrefois dans les célébrations du mariage, comme nous l'apprenons de Philippe de Beaumanoir, qui rapporte que le

prêtre fait dire à l'homme, quand il épouse la femme : « *Du douaire qui est divisé entre mes amis et les tiens,* « *te doue.* »

ARTICLE II.

De la nature du douaire.

5. Quoique le douaire soit pour la femme un titre lucratif, en ce sens qu'elle ne donne rien pour et à la place de ce qu'elle reçoit à ce titre; néanmoins le douaire ne peut être regardé comme une donation que le mari fasse à sa femme. Une donation est une libéralité qu'on fait à quelqu'un, sans y être obligé, *liberalitas nullo jure cogente facta.* C'est ce qu'on ne peut pas dire du douaire. Suivant nos mœurs, et suivant ce que nous venons de rapporter de l'origine du douaire, un homme, en épousant une femme, contracte l'obligation de pourvoir sur ses biens, après sa mort, à la subsistance de sa femme, au cas qu'elle lui survive. La loi laisse aux parties la liberté de régler elles-mêmes, par le contrat de mariage, ce que l'homme doit laisser à sa veuve pour cela. Ce qu'elles ont réglé, est le douaire conventionnel. Lorsque les parties ne l'ont pas réglé par le contrat de mariage, la loi le règle elle-même; et ce que la loi règle, est le douaire coutumier.

De là il suit que le douaire, soit coutumier, soit même conventionnel, n'est pas une donation, puisque ce n'est pas *liberalitas nullo jure cogente facta,* et que tant l'un que l'autre procède d'une obligation que l'homme contracte, par le mariage, envers sa femme en l'épousant.

En vain opposeroit-on qu'étant permis de convenir, par le contrat de mariage, que la femme n'aura aucun douaire, le douaire est *liberalitas nullo jure cogente facta,* et par conséquent une donation. Je réponds, qu'il ne s'ensuit pas de là que le douaire soit une donation, et non une dette; mais il suit seulement que la femme peut, par le contrat de mariage, en faire remise. Le douaire coutumier n'est pas une donation que le mari fasse à sa femme, puisqu'elle le tient de la loi, plutôt que de son mari. Elle peut, par une convention du contrat de mariage, renoncer à ce droit, et

en faire remise, soit pour partie, en se contentant d'un douaire conventionnel moindre que le coutumier, soit pour le total, en convenant qu'elle n'aura aucun douaire.

Le douaire conventionnel n'est pas non plus une donation que le mari fasse à sa femme; car le mari le constitue à la femme pour et à la place du douaire coutumier qu'il lui doit.

6. Mais lorsqu'il excède la valeur du douaire coutumier, n'est-il pas donation de cet excédant? Non. Il est toujours, même en ce cas, censé procéder, non d'une pure libéralité, mais de l'obligation qu'un homme contracte, en se mariant, de pourvoir à la subsistance de sa veuve.

La coutume, en réglant le douaire pour le cas auquel les parties ne l'auroient pas réglé elles-mêmes, ne dit pas que ce qu'il faut pour la subsistance de la veuve ne pourra monter à plus qu'à ce à quoi elle a réglé le douaire: elle s'en rapporte là-dessus à l'estimation qu'en font les parties par le contrat de mariage; elle n'en fait elle-même l'estimation que lorsque les parties ne l'ont pas faite.

De là il suit, que le douaire conventionnel, quoiqu'il excède le coutumier, n'est pas sujet à l'insinuation, à laquelle les ordonnances ont assujetti les donations.

Renusson, *chap.* 4, *n.* 5, apporte une limitation au principe, qui est, que lorsque le douaire préfix, non seulement excède le coutumier, mais est immense, comme lorsqu'il est de l'usufruit de tous les biens du mari, ou lorsqu'il est en propriété, il peut, en ces deux cas, passer pour donation, et être sujet à insinuation. Le maître soutient, au contraire, que, même dans ces cas, il ne doit être regardé que comme une simple convention matrimoniale, non sujette à insinuation.

On a tiré de ces principes une autre conséquence, qui est, que le douaire conventionnel des femmes, et dans les coutumes qui accordent un douaire aux enfants, le douaire conventionnel des enfants, n'est pas sujet à retranchement pour la légitime des enfants. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 27 mars 1629, rapporté par Bardet, *tome* 1.

Dans l'espèce de l'arrêt, c'étoit un enfant d'un premier

mariage, qui demandoit son douaire aux enfants du second mariage, héritiers du père commun, lesquels prétendoient retrancher leur légitime sur ce douaire. L'arrêt jugea qu'il n'étoit pas sujet à ce retranchement, par la raison que le douaire des enfants, dans les coutumes qui le leur accordent, n'est pas une donation, mais une dette qui procède de l'obligation que ces coutumes imposent à tout homme qui se marie, d'assurer sur les biens qu'il a en se mariant, aux enfants qui naîtront du mariage, de quoi leur former un patrimoine, dont leur mère, si elle survit, aura l'usufruit. Par la même raison, le douaire des femmes n'étant pas une donation, mais une dette, puisqu'elle procède pareillement de l'obligation qu'un homme contracte, en se mariant, de pourvoir sur les biens qu'il a, d'une subsistance à sa veuve, il ne doit pareillement être sujet à aucun retranchement pour la légitime des enfants.

Il y a néanmoins un cas auquel le douaire conventionnel est réputé donation, non pas, à la vérité, entièrement, mais seulement jusques à concurrence de ce qu'il excède le douaire coutumier; c'est le cas de l'édit des secondes noces. Le douaire conventionnel, qu'un homme qui a des enfants d'un premier mariage, accorde à une seconde femme, est réputé donation, jusques à concurrence de ce dont il excède le douaire coutumier, et sujet en conséquence, pour cet excédant, au retranchement auquel sont sujettes les donations faites à une seconde femme, comme nous l'avons vu en notre Traité du Mariage, *part.* 7; ce qui a été établi pour empêcher les fraudes qu'un homme qui se remarie, pourroit faire à l'édit, en donnant le nom de douaire à des avantages immenses qu'il feroit à une seconde femme, au préjudice des enfants de son premier mariage, contre la défense de l'édit.

ARTICLE III.

Quelles femmes doivent avoir un douaire.

7. Le droit qu'ont les femmes d'avoir un douaire, étant un des effets civils du mariage, c'est une conséquence que pour qu'une femme, après la mort de son mari, puisse avoir

un douaire sur les biens de sondit mari, il faut non seulement que son mariage ait été valablement contracté; mais il faut aussi que ce soit un mariage qui eût les effets civils.

Néanmoins, lorsque la femme a contracté mariage de bonne foi, ayant un juste sujet d'ignorer l'empêchement qui rendoit le mariage nul, sa bonne foi donne à ce mariage, quoique nul, les effets civils, et donne par conséquent à cette femme le droit d'avoir, sur les biens de ce prétendu mari, un douaire, soit le conventionnel, soit, à défaut du conventionnel, le douaire coutumier, sans que les héritiers de ce prétendu mari puissent lui opposer la nullité du mariage.

8. Lorsqu'une femme étrangère, non naturalisée, contracte un mariage en France, dans les provinces régies par le droit coutumier, soit avec un François, soit avec un étranger, il n'est pas douteux qu'on ne peut lui contester le douaire conventionnel qu'elle a stipulé par son contrat de mariage; car les conventions appartiennent au droit des gens, auquel les étrangers participent avec nous.

Le douaire coutumier souffre plus de difficulté. De même que le droit de transmettre sa succession, et celui de recueillir la succession des autres (le droit de tester, et celui de recueillir les dispositions testamentaires des autres, étant établis par la loi civile), n'appartiennent qu'aux personnes qui ont le droit de citoyen; il semble que l'on doit, par la même raison, décider que le douaire coutumier que les coutumes accordent aux femmes sur les biens de leurs maris, étant un droit accordé par la loi civile, il doit pareillement être censé n'être accordé qu'aux femmes qui ont les droits de citoyen, et ne pouvoir par conséquent être prétendu par une femme étrangère, non naturalisée.

Renusson distingue, lorsqu'une femme étrangère, non naturalisée, s'est mariée en France, dans une province régie par le droit coutumier, sans avoir fait de contrat de mariage. Si c'est à un homme étranger comme elle, il décide que, dans ce cas, la femme ne peut prétendre aucun douaire, par les raisons ci-dessus exposées : mais si c'est à un François que cette femme étrangère s'est mariée,

quoique sans contrat de mariage, il dit qu'elle pourra demander, après la mort de son mari, le douaire tel qu'il est réglé par les coutumes, non comme douaire coutumier, et comme le tenant de la loi, qui ne l'accorde qu'aux femmes qui ont les droits de citoyen, et non aux étrangères, mais comme le tenant d'une convention qu'on doit supposer être tacitement intervenue entre son mari et elle, par laquelle son mari est censé s'être obligé de lui laisser un douaire; et ne s'étant pas expliqué sur la quantité, il est censé le lui avoir accordé tel qu'il est réglé par les coutumes où ses biens sont situés, auxquelles il est censé s'en être rapporté. La présomption de cette convention est fondée sur cette règle de droit : *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione in quâ contrahitur.*

Suivant cette règle, lorsque des parties se marient, elles sont censées être tacitement convenues de tout ce qu'il est d'usage dans le lieu de leur domicile où elles se marient, de convenir en se mariant, quoiqu'elles ne s'en soient pas expliquées. Donc, étant d'usage dans les provinces régies par le droit coutumier, qu'un homme, en se mariant, s'oblige toujours à laisser à sa femme un douaire, dont il fixe la quantité, ou sur laquelle il s'en rapporte à ce qui en est réglé par les coutumes; l'homme qui a contracté mariage avec cette étrangère, dans une province régie par le droit coutumier, où il avoit son domicile, est censé tacitement convenu avec sa femme, en l'épousant, de lui laisser ce douaire après sa mort.

Je suis fort de l'avis de Renusson; mais je ne vois pas pourquoi il ne suppose cette convention que dans le cas auquel cette femme étrangère s'est mariée à un François. Il me semble qu'il y a la même raison pour la supposer lorsqu'elle s'est mariée, dans une province régie par le droit coutumier, à un homme étranger comme elle, et qui y étoit domicilié. Les étrangers étant capables de conventions, il n'importe, pour pouvoir supporter cette convention, que cette femme étrangère se soit mariée à un étranger ou à un François.

9. La coutume de Saintonge n'accorde un douaire cou-

tumier, à défaut du conventionnel, qu'aux femmes nobles. Au contraire, les coutumes d'Anjou et du Maine accordent indistinctement le douaire coutumier, à défaut du conventionnel, à toutes les femmes roturières, et ne l'accordent pas à la femme noble qui a épousé un noble, lorsqu'elle a été héritière principale de ses père et mère, ou de l'un d'eux, ou de quelqu'un de ses lignagers.

Les autres coutumes qui accordent un douaire à défaut du conventionnel, l'accordent à toutes les femmes, soit nobles, soit roturières; sauf que quelques-unes règlent différemment celui des femmes nobles et celui des roturières.

CHAPITRE II.

En quoi consiste le douaire.

SECTION PREMIÈRE.

En quoi consiste le douaire coutumier.

Le douaire coutumier, dans la plupart des coutumes, consiste dans l'usufruit que la coutume accorde aux femmes, d'une certaine portion de certains biens de leurs défunts maris.

Nous diviserons cette section en six articles. Nous exposerons, dans un premier article, la variété des coutumes sur ce en quoi elles font consister le douaire coutumier. Nous verrons, dans un second article, quels sont les biens que la coutume de Paris et le droit le plus commun des coutumes assujettissent au douaire; pour quelle portion et sous quelles charges. Nous verrons, dans un troisième, si les immeubles que le mari avoit au temps des épousailles, ou qui lui sont venus depuis de ses père, mère ou autres ascendants, peuvent être sujets au douaire, lorsqu'ils sont grevés de substitution après sa mort. Nous verrons, dans un quatrième, si le douaire a lieu dans ce qui est uni aux héritages sujets au douaire, dans ce qui en reste, et dans ce qui y est sub-

rogé. Nous verrons, dans un cinquième, quand les immeubles sujets au douaire cessent de l'être; et de l'indemnité qui peut être prétendue par la douairière, Enfin, nous traiterons, dans le sixième article, du douaire subsidiaire de la coutume d'Orléans et de quelques autres coutumes.

ARTICLE PREMIER.

De la variété des coutumes sur ce en quoi consiste le douaire coutumier.

10. Il y a une assez grande variété dans les coutumes, sur les biens dans lesquels elles accordent aux femmes une portion en usufruit pour leur douaire.

Il y a aussi variété entre elles sur la quotité de cette portion.

Les biens dans lesquels les coutumes accordent une portion en usufruit aux femmes pour leur douaire, sont, suivant le droit le plus commun, les immeubles que le mari a au temps auquel se contracte le mariage.

La plupart des coutumes y ajoutent ceux qui, durant le mariage, aviennent au mari de ses père, mère ou autres ascendants, soit à titre de succession, soit à titre de don ou de legs; les dons et legs faits à des enfants, étant censés faits en avancement de succession, ou pour en tenir lieu.

Voyez la raison de ce droit, *infrà*, *n.* 37.

11. La coutume de Paris et le plus grand nombre des coutumes n'accordent aucun douaire à la femme sur les biens qui aviennent à son mari pendant le mariage, par les successions de ses enfants ou de ses collatéraux, ni sur les immeubles qu'il acquiert pendant le mariage, à quelque titre que ce soit, ni encore moins sur les meubles.

Quelques coutumes se sont écartées de ce droit commun.

1° Au lieu que, par le droit commun, le douaire n'a lieu sur les héritages échus au mari pendant le mariage, que lorsqu'ils lui sont venus de ses père, mère ou autres ascendants; au contraire, la coutume de Sedan, *art.* 204, l'accorde sur tous ceux avenus en ligne directe, tant descendante qu'ascendante.

12. 2° Au lieu que, par le droit commun, le douaire des femmes est tellement restreint aux héritages que le mari avoit lorsqu'il s'est marié, et à ceux qui lui sont avenus depuis de ses ascendants, qu'à défaut de ces biens, la femme n'a aucun douaire coutumier à prétendre; au contraire, la coutume d'Orléans, *art.* 221, accorde, à défaut de ces biens, un douaire subsidiaire sur les conquêts immeubles de son mari; à défaut de conquêts, sur ses meubles.

La coutume de Tremblevif, locale de Blois, a la même disposition que celle d'Orléans, pour le douaire subsidiaire; mais elle ne l'accorde qu'entre roturiers.

La coutume de Dunois accorde aussi un douaire subsidiaire; mais elle le fixe à une somme de soixante sous tournois pour une fois.

Nous traiterons du douaire subsidiaire dans un article particulier.

13. 3°. Au lieu que le droit commun accorde le douaire sur les immeubles que le mari avoit lors du mariage, quelques coutumes l'accordent sur ceux qu'il laisse lors de son décès, dont elles exceptent les conquêts. Telles sont les coutumes de Berry et de Bourbonnois.

La raison de l'exception des conquêts que font ces coutumes, est qu'il doit suffire à la femme d'avoir, sur ces conquêts, un droit de communauté. Ces coutumes refusent indistinctement à la femme le douaire sur les conquêts : elle ne peut donc pas le prétendre, même dans le cas auquel elle renonceroit à la communauté; car il suffit, pour que ces conquêts ne soient pas sujets au douaire, que la femme ait pu y avoir droit de communauté, quoiqu'elle n'ait pas voulu user de ce droit. Mais lorsqu'il y a exclusion de communauté par le contrat de mariage, la femme a douaire, dans ces coutumes, sur tous les acquêts faits par le mari, durant le mariage.

C'est la doctrine de Dumoulin, en sa note sur l'article de la coutume de Bourbonnois, qui excepte du douaire de la femme les conquêts; *parceque*, dit la coutume, *elle en a la moitié.* Sur quoi Dumoulin dit : *Secùs ergo si non est*

communis; quod est verum si non est communis ab initio in quo derogatur societati : secùs si non est communis quia renuntiat; non enim doarium augetur, quia semel ab initio limitatum fuit.

14. La seconde espèce de variété consiste dans la quotité de la portion que les coutumes accordent aux femmes pour leur douaire.

Les coutumes se sont partagées entre la moitié et le tiers. Celles de Paris et d'Orléans, et beaucoup d'autres, ont déterminé cette portion à la moitié; et en cela elles se sont conformées à l'ordonnance de Philippe-Auguste, dont nous avons parlé *suprà*. Les coutumes de Normandie et de Bretagne, Poitou, Anjou, Maine, Grand-Perche, etc., ont déterminé au tiers la portion dont la femme doit jouir pour son douaire; ce que ces coutumes paroissent avoir retenu d'une ordonnance de Jean-sans-Terre, roi d'Angleterre, qui avoit réglé le douaire au tiers; la plupart de ces provinces ayant été autrefois sous la domination des rois d'Angleterre.

Quelques coutumes font, pour la quotité du douaire, distinction des différentes espèces de biens, comme Calais et Boulonnois, qui le règlent à la moitié pour les fiefs, et au tiers pour les biens tenus en roture.

15. Celle de Tours distingue la qualité des personnes : elle fixe la quotité du douaire au tiers pour les nobles, et elle la fixe à la moitié pour les veuves des roturiers; sauf à l'égard des fiefs échus en tierce foi, dans lesquels elle n'accorde que le tiers.

16. Quelques coutumes n'ont pas fixé le douaire à une certaine portion de certains biens du mari, mais elles l'ont réglé tout différemment. Celle du comté de Bourgogne règle le douaire des femmes roturières au tiers en usufruit de ce qu'elles ont apporté en mariage.

17. La coutume de Menetou, locale de Blois, règle le douaire des femmes des gens de labour, à une somme de cent sous, lorsqu'il n'y a pas d'enfants du mariage, et à une somme de cinquante sous, lorsqu'il y a des enfants; à prendre ces sommes sur les biens de la communauté. Celle de Cha-

bris, aussi locale de Blois, règle le douaire des femmes des roturiers, à une somme de dix livres, à prendre sur la part du mari dans les meubles.

18. Dans cette variété de coutumes, le douaire qui consiste dans une certaine portion en usufruit des biens du mari, se règle par les coutumes des lieux où sont situés les héritages du mari : car ces coutumes, par rapport à ce douaire, sont des statuts réels : en accordant ce droit aux femmes dans les héritages du mari, elles exercent un empire sur ces héritages; mais elles ne peuvent exercer aucun empire que sur ceux qui leur sont sujets par la situation qu'ils ont dans leur territoire. Elles ne peuvent donc accorder aucun droit de douaire aux femmes, que sur les héritages de leurs maris, qui sont situés dans leur territoire.

Suivant ce principe, lorsque des Parisiens ont contracté mariage à Paris, quoique la coutume de Paris donne aux femmes, pour leur douaire, la moitié en usufruit des héritages que le mari avoit lorsque les parties ont contracté mariage; si ces héritages que le mari avoit alors sont situés sous la coutume de Poitou, la femme n'aura pour son douaire que l'usufruit du tiers de ces héritages, conformément à la coutume de Poitou, qui règle le douaire au tiers : car, quoique les parties fussent domiciliées sous la coutume de Paris, c'est de la coutume de Poitou que la femme tient son douaire, et non de celle de Paris, qui ne peut accorder aucun droit sur des héritages situés hors de son territoire, et sur lesquels elle n'a aucun empire.

Par la même raison, si les héritages que ce Parisien avoit lorsqu'il s'est marié, étoient situés sous la coutume d'Issoudun, qui n'accorde aucun douaire, sa femme n'en aura aucun.

19. Si les héritages qu'avoit le mari étoient situés sous différentes coutumes, la femme auroit dans chacun la portion que la coutume sous laquelle il est situé, assigne pour le douaire. Par exemple, si l'homme avoit une partie de ses biens située sous la coutume du Grand-Perche, qui règle le douaire au tiers, et une portion sous la coutume de Char-

tres, qui le règle à la moitié, la femme aura, pour son douaire, le tiers en usufruit des héritages situés sous la coutume du Grand-Perche, et la moitié de ceux fixés sous celle de Chartres.

20. A l'égard des coutumes qui règlent le douaire à la créance d'une somme qu'elles donnent aux femmes contre la succession de leurs maris, telles que sont celles du comté de Bourgogne, de Chabris, de Menetou, que nous avons ci-dessus rapportées, ces dispositions de coutumes, qui ont pour objet de donner aux femmes un droit, non dans les choses, mais contre la personne de leurs maris, en faisant contracter aux hommes qui se marient, l'obligation de laisser après leur mort, à leurs femmes, la somme à laquelle elles ont réglé le douaire, sont des statuts personnels, qui ne peuvent par conséquent obliger que les personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans leur territoire, lorsqu'elles contractent mariage.

Par exemple, pour qu'une femme puisse prétendre le douaire du tiers en usufruit de ce qu'elle a apporté en mariage, que la coutume du comté de Bourgogne accorde aux femmes, il faut que son mari, lorsqu'il l'a épousée, ait eu son domicile dans le comté.

Observez que si le Franc-Comtois, lorsqu'il s'est marié, avoit des biens situés sous d'autres coutumes, sa veuve, outre le douaire que lui donne la coutume du comté de Bourgogne, ne laissera pas d'avoir aussi celui que lui accordent les coutumes sous lesquelles sont situés les biens qu'avoit son mari lorsqu'il l'a épousée; car les coutumes étant indépendantes les unes des autres, chacune, indépendamment des autres, accorde à la femme le douaire qu'elle leur accorde.

ARTICLE II.

Quels sont les biens du mari que la coutume de Paris et le droit le plus commun des coutumes assujettissent au douaire; et pour quelle portion.

21. C'est ce que nous apprenons de l'article 248 de la coutume de Paris; il est conçu en ces termes : « Douaire « coutumier est de la moitié des héritages que le mari tient

« et possède au jour des épousailles et bénédiction nup-
« tiale, et de la moitié des héritages qui, depuis la consom-
« mation dudit mariage, et pendant icelui, échéent et
« aviennent en ligne directe audit mari. »

Pour intelligence de cet article, il faut savoir, 1° ce que cet article entend par ces termes, *des héritages;* 2° ce qu'il entend par ceux-ci, *que le mari tient et possède au jour des épousailles;* 3° ce qu'il entend par ceux-ci, *qui depuis.... échéent et aviennent en ligne directe audit mari;* 4° enfin ce qui résulte de ceux-ci, *depuis la consommation dudit mariage, et pendant icelui.* C'est ce qui fera la matière de quatre paragraphes. Nous traiterons, dans un cinquième, de la portion que la coutume accorde à la douairière dans les biens qu'elle assujettit au douaire.

§. I. Ce que la coutume entend par ces termes, *des héritages.*

22. Ce terme, *héritages*, ne doit pas être restreint aux seuls immeubles réels; on doit l'expliquer par l'article 255, où il est dit que le douaire est *la moitié des immeubles;* lequel terme d'*immeubles* comprend dans sa généralité tous les biens qui sont réputés immeubles, tels que sont les rentes constituées dans la plupart des coutumes, et les offices, soit vénaux, soit domaniaux.

23. Observez, à l'égard des rentes, que lorsqu'un homme domicilié sous une coutume qui répute immeubles les rentes, s'est marié, les rentes dont il étoit propriétaire lorsqu'il s'est marié, ayant été en conséquence assujetties au douaire coutumier de sa femme, au cas que douaire ait lieu, elles ne cessent pas d'y être sujettes, quoique depuis le mariage lesdites rentes soient devenues meubles par la translation de domicile de cet homme sous une coutume qui répute meubles les rentes; car l'homme n'a pu par son fait, en changeant de domicile, diminuer le douaire de la femme.

Vice versâ, lorsqu'un homme qui se marie est domicilié sous une coutume qui répute meubles les rentes, celles dont il étoit propriétaire alors, qui n'ont point été en conséquence assujetties au douaire, n'y deviennent pas sujettes, quoiqu'elles soient depuis devenues immeubles par la

translation de domicile de cet homme sous une coutume qui répute immeubles les rentes ; car cet homme n'a pu par son fait, en changeant de domicile, augmenter le douaire de sa femme.

24. A l'égard des offices, observez qu'ils ne sont sujets au douaire que subsidiairement ; c'est-à-dire que si, dans la masse des immeubles sujets au douaire de la femme, il se trouve un office ; dans le partage qui sera à faire de cette masse entre la douairière et les héritiers, s'il se trouve dans les autres immeubles de quoi fournir la moitié dont elle doit jouir pour son douaire, on ne doit point assigner l'office pour son lot.

25. Quoique le droit d'usufruit qu'a le mari de quelque héritage, soit un droit immobilier, il est évident qu'il ne peut être sujet au douaire ; car le douaire ne peut être ouvert plus tôt qu'au temps de la mort du mari, par laquelle ce droit d'usufruit s'éteint.

Il en seroit autrement si le droit d'usufruit qui appartient au mari n'étoit pas sur la tête du mari, mais sur celle d'un tiers : il peut être sujet au douaire de la femme, qui en jouira, si celui en la personne de qui réside l'usufruit, survit au mari.

Il en est de même d'une rente viagère dans les coutumes qui réputent les rentes immeubles. Si la rente viagère qui appartient au mari est créée sur sa tête, il est évident qu'elle ne peut être sujette au douaire ; mais si elle est sur la tête d'un tiers qui survive au mari, elle peut être sujette au douaire, comme y est sujet un héritage reversible, quelque peu de temps qu'il reste de la jouissance de cet héritage lors de la mort du mari.

Renusson prétend que, dans ce cas, on doit évaluer l'héritage reversible pour le temps de la jouissance qui en reste ; qu'on doit pareillement évaluer la rente viagère, et qu'on doit payer à la douairière l'intérêt de la somme à laquelle auront été évalués l'héritage reversible ou la rente viagère, au prorata de la portion pour laquelle la douairière a droit de jouir en usufruit de l'héritage reversible ou de la rente : sans cela, dit cet auteur, si la femme percevoit les fruits

de l'héritage reversible, ou les arrérages de la rente viagère, et que la reversion de l'héritage ou l'extinction de la rente arrivassent du vivant de la douairière, il arriveroit que la douairière auroit absorbé le fonds de la chose sujette à son usufruit, dont elle ne doit néanmoins avoir que l'usufruit. Cette opinion de Renusson, *quamvis quamdam proferat speciem æquitatis*, est contraire aux principes. Ce n'est pas de l'estimation de l'héritage reversible et de la rente viagère que la douairière a l'usufruit; c'est de l'héritage même et de la rente même : elle doit donc percevoir les fruits de l'héritage et les arrérages de la rente. Quoiqu'il puisse arriver, *ex accidenti*, qu'elle en absorbe le fonds, dans le cas auquel la reversion ou l'extinction de la rente arriveroient de son vivant, il suffit qu'elle puisse mourir avant la reversion ou l'extinction de la rente, pour qu'il soit vrai de dire qu'elle n'en a que l'usufruit, et que la propriété de l'héritier du mari est quelque chose de réel.

26. Le propre conventionnel du mari, formé par la stipulation, par lequel le mari s'est stipulé propre son mobilier à lui, aux siens et à ceux de son côté et ligne, quoique réputé immeuble, n'est pas sujet au douaire; car il n'est réputé tel que pour les cas de la convention, qui sont celui de la communauté, à l'effet de l'en exclure, et celui des successions des enfants à naître du mariage, pour exclure la femme de leur y succéder.

Quand même le mari, dans la stipulation de propre, auroit ajouté que son mobilier seroit propre *quant à tous effets*, le propre conventionnel formé par cette stipulation ne seroit pas pour cela sujet au douaire; car ce n'est pas en faveur de la femme, mais c'est contre la femme que la stipulation est faite, et que le propre formé par cette stipulation est propre *quant à tous effets;* c'est-à-dire, non seulement à l'effet qu'elle n'y puisse succéder aux enfants qui naîtront du mariage, mais à l'effet que lesdits enfants ne puissent pas plus en disposer envers elle, que d'un propre réel.

Il en est de même de la somme d'argent donnée au mari par ses père et mère, avec la clause, *pour être employée en*

achat d'héritages. Quoique la coutume de Paris, *art.* 93, la répute immeuble, elle n'est pas sujette au douaire; car ce n'est que par fiction que la coutume la répute telle, à l'effet de l'exclure de la communauté. Cette fiction ne doit avoir d'effet que dans le cas pour lequel elle a été faite; *fictio non operatur ultrà casum.* Cette fiction, qui n'a point été faite en faveur de la femme, qui, au contraire, a été faite contre la femme, ne peut donc pas avoir l'effet de rendre sujette au douaire cette somme. C'est l'avis de Renusson, en son Traité du Douaire, *chap.* 3, *n.* 106 *et* 107, nonobstant un arrêt de 1613, qu'on prétend avoir jugé le contraire. Cet avis de Renusson, étant fondé sur les vrais principes de la nature des propres fictifs, est mal-à-propos contredit par Lemaître.

§. II. De ce que la coutume entend par les termes, *que le mari tient et possède au jour des épousailles.*

27. Il est évident que ces termes, *tient et possède*, doivent s'entendre, non d'une nue détention, mais d'une possession civile qu'a le mari, de choses qu'il possède *animo domini*, comme s'en réputant propriétaire.

Un héritage que le mari, au temps de son mariage, auroit tenu à titre de simple ferme ou de loyer, n'est donc pas sujet au douaire : celui dont il auroit été mis en possession par son débiteur, pour en percevoir les revenus en paiement de ses créances, n'y est pas non plus sujet.

Il n'est pas néanmoins nécessaire, pour que les héritages que le mari tient et possède au temps des épousailles, soient sujets au douaire, qu'il eût la propriété qu'on appelle *dominium directum;* il suffit qu'il en eût le domaine utile. C'est pourquoi un héritage que le mari tient à titre d'emphytéose, est sujet au douaire, soit que le bail ait été fait à perpétuité, soit qu'il ait été fait à longues années.

Pareillement, un héritage que le mari tient par engagement, est sujet au douaire, tant que l'engagement subsiste; car un engagiste a une espèce de seigneurie utile de l'héritage qu'il tient par engagement, tant que l'engagement dure.

Observez aussi que le mari est suffisamment présumé pro-

priétaire des héritages qu'il possédoit au jour des épousailles, par cela seul qu'il les possédoit comme s'en réputant le propriétaire, tant qu'il n'en est pas évincé. La veuve, pour y prétendre son douaire, n'a pas besoin d'établir autre chose, sinon qu'il les possédoit dès ce temps.

28. La coutume, par ces termes, *que le mari tient et possède*, ne comprend que ceux que le mari *tient et possède* comme propres de communauté : à l'égard de ceux que le mari a mis en communauté par une convention d'ameublissement, l'effet de cette convention étant que, entre les parties contractantes, ces héritages soient regardés comme conquêts, ils ne doivent pas plus être sujets au douaire coutumier que les conquêts qui n'y sont pas sujets. La femme, par cette convention, préfère d'avoir sur ces héritages le droit de communauté à celui de douaire.

29. Cela est sans difficulté dans le cas auquel la femme accepte la communauté. Il est évident, en ce cas, que la femme ne peut pas avoir tout à-la-fois sur ces héritages le droit de communauté et le droit de douaire.

Mais lorsque la femme a renoncé à la communauté, la convention l'exclut-elle, même en ce cas, du droit de douaire sur les héritages ameublis ? Oui ; car il suffit, pour qu'elle en soit exclue, qu'elle ait préféré au droit de douaire, le droit de communauté sur ces héritages, et qu'elle l'ait eu. Or, quoiqu'elle ait renoncé à la communauté, il n'en est pas moins vrai qu'elle a eu ce droit de communauté sur ces héritages. Si elle n'a pas usé de ce droit, il n'a tenu qu'à elle d'en user, et d'accepter la communauté. Sa renonciation suppose même qu'elle a eu ce droit ; car on ne peut renoncer à un droit qu'on n'a pas.

30. L'observation la plus importante qui est à faire pour l'interprétation de ces termes, *des héritages que le mari tient et possède au temps des épousailles*, est qu'on ne doit pas conclure de ces termes, que, pour qu'un héritage soit sujet au douaire, il faille précisément que ce soit l'héritage même que le mari possédoit au temps des épousailles.

Il suffit pour cela que le mari eût, dès ce temps, le droit par lequel il en est devenu le propriétaire, quoiqu'il ne le

soit devenu que depuis le mariage. Par exemple, si le mari, avant son mariage, a acheté un héritage dont il n'a été mis en possession que depuis son mariage, cet héritage sera sujet au douaire; car, quoiqu'au jour des épousailles il n'eût pas encore l'héritage même, il avoit dès ce temps l'action *ex empto*, qui est le titre par lequel il s'en est fait mettre en possession, et en est devenu le propriétaire; ce qui le doit faire considérer comme ayant eu dès ce temps cet héritage, suivant cette règle de droit, *Is qui actionem habet, ipsam rem habere videtur;* l. 15, ff. *de reg. jur.*

Cette action *ex empto* que le mari avoit au jour des épousailles, étoit un droit immobilier, qui, en cette qualité de droit immobilier, de même que tous les autres droits immobiliers, étoit sujet au douaire : l'héritage auquel ce droit s'est terminé, et dans lequel il s'est fondu et réalisé, doit pareillement y être sujet.

31. Il n'est pas même nécessaire, pour qu'un héritage soit sujet au douaire, que le droit par lequel le mari en est devenu propriétaire, ait été dès ce temps un droit ouvert et formé : quoiqu'il ne fût encore qu'un droit immobilier, si cependant c'est ce droit qu'il avoit au temps des épousailles, quoiqu'il ne soit ouvert que depuis, qui l'a rendu propriétaire de l'héritage, cet héritage sera censé lui avoir appartenu au temps des épousailles, et sera en conséquence sujet au douaire.

Par exemple, si un homme, avant son mariage, avoit fait donation à quelqu'un d'un héritage, dont il fût redevenu propriétaire depuis son mariage, par la révocation de la donation qu'auroit opérée la survenance d'enfants, cet héritage sera sujet au douaire.

Le droit que le mari avoit au temps des épousailles, de rentrer dans l'héritage, n'étoit encore alors qu'un droit conditionnel, qui dépendoit de la condition de la survenance d'enfants; aussi n'étoit-il sujet au douaire que sous cette condition : la survenance d'enfants ayant fait exister la condition, a rendu sujets au douaire et le droit auquel elle a donné ouverture, et l'héritage auquel s'est terminé ce droit, et dans lequel il s'est fondu et réalisé.

Par la même raison, lorsqu'un de mes amis, mort avant mon mariage, m'a légué un certain héritage sous une condition qui n'a été accomplie que depuis mon mariage, l'héritage sera sujet au douaire, quoique je n'en sois devenu propriétaire que depuis mon mariage, par l'accomplissement de la condition; car je le suis devenu en vertu du droit que le testament m'a donné à cet héritage aussitôt la mort du testateur, et que j'avois par conséquent déja au temps des épousailles. Il est vrai que ce droit n'étoit pas encore ouvert alors; ce n'étoit qu'un germe qui n'est éclos par l'accomplissement de la condition, que depuis mon mariage; mais il suffit que j'aie eu, dès le temps des épousailles, le germe et le principe de l'acquisition que j'ai faite depuis de l'héritage, pour que l'héritage soit censé m'avoir, en quelque façon, appartenu dès ce temps, et pour qu'il soit propre de communauté, et sujet au douaire.

Il en seroit autrement si le testateur n'étoit mort que depuis mon mariage, quoique le testament eût été fait auparavant; car un testament ne devient testament que lors de la mort du testateur.

32. Lorsque le mari, au temps des épousailles, avoit une part indivise dans des héritages, le partage qu'il en fait par la suite avec ses cohéritiers ou copropriétaires, détermine cette part aux héritages qui échéent en son lot; et ce sont ceux échus en son lot, qui sont sujets au douaire: car, au moyen de l'effet rétroactif que notre jurisprudence donne au partage au temps de la succession ou de l'acquisition faite en commun, le mari est censé avoir toujours depuis possédé, pour le total, les héritages échus en son lot, et n'en avoir pas possédé d'autres: ce sont par conséquent ces héritages qu'il est censé avoir tenus et possédés pour le total au temps des épousailles, et qui sont par conséquent sujets au douaire.

Il en est de même des licitations et des autres actes qui tiennent lieu de partage. Le mari qui, au temps des épousailles, possédoit, pour une part indivise, un héritage qui depuis lui est échu pour le total, par la licitation ou autre acte tenant lieu de partage, est, au moyen de l'effet rétroac-

tif qu'on donne à ces actes, censé l'avoir tenu et possédé pour le total dès le temps des épousailles, à la charge d'un retour envers ses cohéritiers et copropriétaires ; et par conséquent l'héritage doit être, pour le total, compris dans la masse de ses biens qui sont sujets au douaire.

Voyez ce que nous avons dit des partages et des licitations, en notre *Traité de la Communauté, n.* 140 *et suiv.*

33. Observez que le mari n'étant propriétaire des héritages qui lui sont échus par partage ou licitation, qu'à la charge des retours dont il a été chargé, par lesdits actes, envers ses cohéritiers ou copropriétaires, ces héritages ne doivent pareillement être sujets au douaire qu'à la charge desdits retours. C'est pourquoi, si, lors de l'ouverture du douaire, lesdits retours n'étoient pas encore acquittés, la douairière devroit, pendant tout le temps de son douaire, en payer les intérêts, à la décharge des héritiers de son mari, pour la part dont elle jouit dans lesdits héritages.

Si ces retours avoient été acquittés durant la communauté, la douairière qui a accepté la communauté ne pourra, pendant tout le temps que durera son douaire, exiger des héritiers de son mari la récompense qui lui est due, de la moitié des sommes tirées de la communauté, pour acquitter lesdits retours : les intérêts qu'elle doit desdits retours, pour la part dont elle jouit dans lesdits héritages, devant se compenser avec ceux de la récompense qui lui est due.

Si la douairière a renoncé à la communauté, elle ne peut jouir de l'héritage qu'en payant, pour la part dont elle en jouit, les intérêts des retours aux héritiers de son mari.

Il en est de même du cas auquel le mari, ayant dans ses biens, au temps des épousailles, une action de réméré, ou quelque autre espèce d'action qui consistoit dans le droit de rentrer dans quelque héritage en payant une certaine somme, il l'a exercée pendant son mariage.

34. Nous avons établi que le mari étoit censé avoir tenu et possédé, au temps des épousailles, un héritage, quoi-

qu'il ne possédât pas encore alors l'héritage même, si dès ce temps il avoit le droit qui l'en a depuis rendu propriétaire. Observez qu'il faut, pour cela, que ce droit qu'avoit le mari au temps des épousailles, fût le titre et la cause immédiate qui l'en a rendu propriétaire. Il en seroit autrement si le droit qu'avoit le mari au temps des épousailles, n'eût été qu'une cause éloignée de l'acquisition que le mari a faite depuis de l'héritage : il ne seroit pas, en ce cas, réputé avoir été le propriétaire de l'héritage dès le temps des épousailles; cet héritage seroit un conquêt, et ne seroit pas sujet au douaire.

Par exemple, le mari, dès le temps des épousailles, avoit une seigneurie à laquelle étoit attaché un droit de retrait féodal ou de retrait conventionnel sur les héritages situés dans l'étendue de sa seigneurie. Un desdits héritages ayant été depuis vendu à un tiers, il en a exercé le retrait. Quoiqu'il ait exercé ce retrait en vertu du droit attaché à sa seigneurie, cet héritage est un conquêt qui n'est point sujet au douaire : le droit de retrait attaché à la seigneurie que le mari avoit dès le temps des épousailles, n'est que la cause éloignée de l'acquisition qu'il a faite de l'héritage; le titre et la cause immédiate de cette acquisition est le contrat de vente fait de cet héritage depuis le mariage à un tiers, aux droits duquel le mari a été subrogé par l'action de retrait auquel le contrat de vente a donné ouverture. Cette action est un fruit né, durant le mariage, du droit de retrait attaché à la seigneurie qu'avoit le mari dès le temps des épousailles; et il en est distingué comme la fille l'est de sa mère.

Mais si la vente de l'héritage qui a donné ouverture à l'action de retrait, avoit précédé le mariage; quoique le mari n'eût exercé cette action que depuis le mariage, l'héritage seroit sujet au douaire, puisque la vente de l'héritage, et le droit de retrait conventionnel auquel elle a donné ouverture, qui sont le titre immédiat de l'acquisition que le mari a faite de cet héritage, sont antérieurs au mariage.

Le mari, suivant cette règle de droit, *Qui actionem*

habet, ipsam rem habere videtur, l. 15, ff. *de R. J.*, étoit censé, au jour des épousailles, tenir et posséder l'héritage, par la possession ou quasi-possession en laquelle il étoit du droit de retrait conventionnel, par lequel il en est depuis devenu propriétaire. Le droit de retrait que le mari avoit dès le jour des épousailles, étoit un droit né, un droit immobilier qui faisoit partie de ses biens, lequel étoit, comme tous ses autres immeubles, sujet au douaire : l'héritage qui lui tient lieu de ce droit, et dans lequel ce droit s'est terminé, y doit pareillement être sujet.

Ceux qui soutiennent que, même en ce cas, l'héritage n'est pas sujet au douaire, et qu'il est un conquêt, conviennent bien du principe, que, suivant la règle, *Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*, un héritage dont le mari n'est devenu propriétaire que depuis le mariage, ne laisse pas d'être propre de communauté, et sujet au douaire, lorsque le mari avoit, dès le jour des épousailles, le *jus ad rem*, en vertu duquel il en est depuis devenu propriétaire; mais ils soutiennent que la vente qui a été faite, avant le mariage, de l'héritage sujet au retrait, n'a donné ouverture qu'à une faculté dont le mari pouvoit user ou ne pas user, et qu'il n'a acquis le droit à l'héritage que par l'exercice qu'il a fait de cette faculté. Je réponds qu'il est commun à tous les droits qu'on appelle *jus ad rem*, que nous pouvons en user ou n'en pas user, et que le droit avorte lorsque nous y renonçons, ou expressément, ou tacitement, en n'en usant pas : *Unicuique licet juri suo renuntiare.* C'est pourquoi, quoique je puisse user ou ne pas user du droit de retrait auquel la vente de l'héritage a donné ouverture, je n'en avois pas moins dès-lors le *jus ad rem*, le droit de me faire délaisser l'héritage. Ce droit seroit, à la vérité, avorté, si je ne l'eusse pas exercé; mais il est le titre immédiat de l'acquisition que j'ai faite de l'héritage, en l'exerçant : ce droit, dès avant que je l'exerçasse, faisoit si bien partie de mes biens, que je pouvois en disposer, et le céder à un tiers. Observez, comme nous l'avons déja fait *suprà, n.* 33, que l'héritage n'est sujet au douaire que sous la déduction de ce qu'il en a coûté pour en exercer le retrait.

35. Lorsque le mari est rentré, durant le mariage, dans un héritage que lui ou ses auteurs avoient aliéné avant le mariage, l'héritage n'est sujet au douaire que lorsque le mari y est rentré *ex causâ antiquâ;* parceque, en ce cas, le mari ayant eu, dès le temps des épousailles, le droit en vertu duquel il est rentré dans l'héritage, il est censé avoir eu dès ce temps l'héritage même auquel ce droit s'est terminé. Mais lorsque le mari est rentré *ex causâ novâ*, comme lorsque, ayant fait, avant son mariage, donation à quelqu'un d'un héritage, il a fait révoquer la donation, et est rentré dans l'héritage, pour cause d'une ingratitude survenue depuis le mariage; quoique l'héritage, en ce cas, ne soit pas conquêt, mais soit propre de communauté, parceque le mari est plutôt rentré dans l'héritage qu'il ne l'a acquis, néanmoins il ne sera pas sujet au douaire, parceque la cause pour laquelle le mari est rentré dans l'héritage, étant une cause qui n'est survenue que depuis le mariage, le mari n'avoit, au temps des épousailles, aucun droit de rentrer dans l'héritage; et il ne peut par conséquent être censé avoir eu l'héritage dès le temps du mariage.

36. Il ne nous reste plus qu'une observation à faire; c'est qu'il y a un cas auquel des héritages sont sujets au douaire, quoique le mari ne les possédât plus au temps des épousailles. C'est le cas auquel l'homme, après être convenu, par son contrat de mariage, que sa future épouse sera douée du douaire coutumier, soit expressément, soit tacitement, en ne s'expliquant point sur le douaire, auroit, dans le temps intermédiaire entre le contrat et les épousailles, aliéné les héritages qu'il avoit lors du contrat. Ces héritages, quoique le mari ne les possédât plus au temps des épousailles, doivent être compris dans la masse des biens du mari, sujets au douaire; et la femme doit être récompensée par les héritiers du mari, de ce qu'elle ne peut plus y exercer son douaire. La raison est, que le mari n'a pu par son fait, pendant ce temps intermédiaire, changer les conditions du contrat de mariage, et diminuer les espérances de sa femme, qui comptoit avoir douaire sur

les héritages qu'elle voyoit appartenir alors à son futur époux.

§. III. De ce que la coutume entend par ces termes, *échéent et aviennent en ligne directe au mari.*

37. Quoique ces termes, *en ligne directe*, dans leur signification ordinaire, comprennent tant la ligne descendante que la ligne ascendante; néanmoins, dans cet article de la coutume, ces termes, *qui échéent et aviennent en ligne directe*, ne s'entendent que des héritages et autres immeubles qui échéent et aviennent au mari de ses père, mère et autres parents de la ligne directe ascendante. Il a été jugé par arrêt du 31 juillet 1675, rapporté au Journal du Palais, et par un autre du 24 janvier 1578, rapporté par Bacquet, que ceux avenus au mari de la succession de ses enfans ne sont pas compris sous ces termes, et ne sont pas sujets au douaire.

La raison pour laquelle la coutume a joint aux biens que le mari tient et possède au temps des épousailles, ceux qui lui aviennent depuis de ses père et mère, etc., c'est que le mari est censé avoir, dès le temps des épousailles, une espèce de droit à ces successions, qui lui sont en quelque façon dues. C'est pourquoi, chez les Romains, les enfants qui succédoient à leur père, étoient appelés SUI HÆREDES, *quasi succederent bonis quæ jam sua erant, vivo patre;* ce qu'on ne peut dire des successions des collatéraux, ni encore moins de celles de nos enfants. La raison sur laquelle la coutume paroît s'être fondée, n'ayant d'application qu'à ce qui avient de la ligne directe des ascendants, ces termes, *en ligne directe*, doivent être restreints à cette ligne. La coutume d'Orléans, rédigée par les mêmes commissaires que celle de Paris, et qui s'en est expliquée, *art.* 218, doit servir en ce point d'interprétation à celle de Paris.

38. La coutume comprend sous ces termes, *qui échéent et aviennent*, les héritages et autres immeubles qui *aviennent* au mari, non seulement de succession, mais pareillement à titre de legs, ou autre titre, qui soit un avancement de succession, ou qui tienne lieu de succession.

39. Observez que, pour que des choses auxquelles le mari a succédé durant le mariage à ses père et mère, etc., soient sujettes au douaire, il faut que ce soient des choses réputées immeubles, non seulement dans la personne du mari qui y a succédé, mais dans celle du défunt à qui il a succédé.

C'est pourquoi, si un mari parisien a, durant son mariage, recueilli des rentes des successions de ses père et mère, domiciliés sous la coutume de Troyes, qui répute meubles les rentes; quoique ces rentes soient devenues immeubles aussitôt que le mari parisien y a succédé, cependant parcequ'elles n'étoient que meubles en la personne du défunt, elles ne sont pas des propres en la personne de l'héritier; elles ne sont que des acquêts qui tombent dans sa communauté, comme nous l'avons établi en notre Traité de la Communauté, *n.* 108; et par conséquent elles ne peuvent être sujettes au douaire.

Vice versâ, lorsqu'un Troyen a succédé à son père parisien, les rentes qu'il a recueillies de cette succession, étant devenues meubles en sa personne, elles ne sont pas sujettes au douaire.

40. Cette disposition de la coutume de Paris, et des autres coutumes semblables, cesse lorsqu'il y a une clause par le contrat de mariage, que ce qui aviendra aux conjoints par succession, durant le mariage, entrera en communauté; car quoique tout ce qui est propre de communauté ne soit pas toujours, pour cela, sujet au douaire, on peut néanmoins établir pour règle générale, et qui ne souffre aucune exception, que tout ce qui entre en communauté n'est jamais sujet au douaire.

§. IV. De ce qui résulte de ces termes, *depuis la consommation dudit mariage, et pendant icelui.*

41. La coutume, par ces termes, *la consommation dudit mariage*, entend la bénédiction nuptiale.

Par ceux-ci, *et pendant icelui*, elle décide la question de savoir si le douaire de la femme peut s'étendre aux héritages des père, mère, aïeul ou aïeule du mari, qui ont consenti à son mariage, quoique, par le prédécès du mari,

lesdites successions ne soient échues qu'après la mort dudit mari.

Quelques coutumes, telles que celles d'Anjou, *art.* 303; du Maine, de Poitou, de Normandie, ont décidé cette question pour l'affirmative, en faveur de la douairière. Mais la coutume de Paris, par ces termes, *et pendant icelui*, décide, au contraire, que la femme ne peut prétendre douaire dans les héritages des successions des père, mère et autres ascendants de son mari, que lorsque ces successions sont échues pendant le mariage à son mari; ce qui doit être observé dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

42. Si le père (ou quelques autres ascendants) du mari, lui avoit, par contrat de mariage, assuré la part qu'il doit avoir dans sa succession, le mari étant depuis prédécédé, cette clause du contrat de mariage donne-t-elle à la veuve le droit de prétendre que les héritages de la succession du père de son mari sont sujets à son douaire, pour la moitié de la part qu'y eût eue son mari, s'il ne fût pas prédécédé? Les termes, *pendant icelui*, résistent formellement à cette prétention de la veuve. Tout l'effet de la clause est, que le père s'obligeoit par cette clause à ne point diminuer, par des avantages faits à d'autres enfants, la part que le fils qu'il marioit, espéroit dans sa succession : mais le mari n'a, par cette clause, acquis aucun droit dans les biens de son père, du vivant de son père. Les héritages qui se trouvent dans la succession de son père n'ont jamais appartenu au mari, et ne peuvent par conséquent être sujets au douaire de la femme, qui n'a ce droit que dans les héritages qui ont appartenu à son mari.

Il résulte encore de ces termes, *pendant icelui*, que les enfants ne peuvent prétendre douaire dans les héritages des successions échues à leur père depuis la mort de leur mère, comme nous le verrons dans la seconde partie.

§. V. Quelles choses sont censées avenues en ligne directe.

43. Lorsque le mari a recueilli, pendant le mariage, une substitution d'héritages, faite par un de ses ascendants; quoique ces héritages soient venus au mari par le canal

d'un collatéral, ou même d'un étranger, ils sont néanmoins censés lui être avenus en ligne directe : ils sont en conséquence sujets au douaire. La raison est qu'un substitué, qui recueille une substitution, tient de l'auteur de la substitution, et non du grevé, les biens compris dans la substitution; *tenet à gravante, non à gravato.*

Vice versâ, par la même raison, si l'auteur de la substitution étoit un parent collatéral du mari, qui en auroit grevé le père du mari; quoique le mari ait, pendant le mariage, recueilli les héritages compris en la substitution à la mort de son père, et par le canal de son père, ces héritages ne seront pas sujets au douaire; mais ils tomberont dans la communauté, le mari étant censé les tenir de l'auteur de la substitution, et par conséquent à titre de don à lui fait par un collatéral.

Voyez, sur les titres qui doivent être censés *avancements de succession*, ou *tenir lieu de succession*, ce que nous en avons dit en notre *Traité de la Communauté.*

44. Il nous reste à observer que, pour qu'un héritage soit censé avenu au mari de la succession de ses père ou mère, etc., et qu'il soit sujet au douaire, il n'est pas nécessaire que le mari ait eu l'héritage même de la succession de ses père ou mère; il suffit qu'il ait succédé au droit par lequel il en est depuis devenu le propriétaire. *Voyez* ce que nous avons dit, à cet égard, en notre *Traité de la Communauté.*

§. VI. De la portion que la coutume de Paris accorde à la douairière dans les biens qu'elle assujettit au douaire.

45. L'article 248 de la coutume, rapporté *suprà*, *n.* 21, dit : *Douaire coutumier est de la moitié* des héritages, etc.

Il est toujours de la moitié des héritages que l'homme tient et possède au temps des épousailles, et de ceux qui lui aviennent depuis en ligne directe, lorsque le mariage est le premier mariage que l'homme contracte.

Il en est de même, quoique ce soit un second ou autre ultérieur mariage, si les biens que le mari tient et possède, au temps de ce mariage, ne se trouvent pas engagés à un

autre douaire d'un mariage précédent; *putà*, parcequ'il n'a pas d'enfants de son premier ou autres précédents mariages.

46. Mais lorsque les biens que le mari tient et possède, au temps d'un second ou ultérieur mariage, se trouvent engagés au douaire coutumier d'un précédent mariage, le douaire de ce second ou ultérieur mariage ne peut plus être de la moitié de ces héritages; il n'est que du quart sur les héritages qui, au temps de ce second mariage, se trouvent déja engagés au douaire du premier, et il n'est de la moitié que sur les héritages qui n'y sont point engagés.

Pareillement, lorsque c'est un troisième mariage que l'homme contracte, le douaire de ce troisième mariage ne peut être que d'un huitième sur les héritages qui, au temps de ce troisième mariage, se trouvent déja engagés, tant au douaire du premier qu'à celui du second; du quart sur ceux qui ne sont engagés qu'au douaire de l'un des deux; et il n'est de la moitié que sur les héritages qui, au temps de ce troisième mariage, se trouvent n'être sujets à aucun des douaires des précédents mariages.

Il en est de même des quatrième, cinquième et autres ultérieurs mariages : on ne comprend point dans les biens que le mari a lors de ce mariage, dans lesquels la femme et les enfants doivent avoir moitié pour leur douaire, les portions desdits biens qui se trouvent alors affectées au douaire des mariages précédents.

C'est la disposition de l'article 253 de la coutume de Paris, qui est conçu en ces termes : « Quand le père a été « marié plusieurs fois, le douaire coutumier des enfants du « premier lit est la moitié des immeubles qu'il avoit lors « dudit premier mariage, et qui lui sont avenus pendant « icelui mariage en ligne directe (de ses ascendants); et « le douaire coutumier des enfants du second lit (et par « conséquent de la seconde femme) est le quart desdits « immeubles, ensemble moitié, tant de la portion des con- « quêts appartenants au mari, faits pendant le premier ma- « riage, que des acquêts par lui faits depuis la dissolution « dudit premier mariage jusqu'au jour de la consommation « du second, et la moitié des immeubles qui lui échéent

« en ligne directe pendant ledit second mariage, et ainsi « conséquemment des autres mariages. »

Il est bon d'avertir que Borjon, contre le texte formel de cet article, prétend que le douaire accordé à la seconde femme par cet article, sur la moitié de la portion du mari dans les conquêts du premier mariage, ne peut avoir lieu au préjudice des portions qu'y doivent avoir les enfants du premier mariage. C'est une erreur. Il se fonde sur ce que, par l'article 279 (qui, quoiqu'il ne parle que de la femme, a été étendu à l'homme), un homme ne peut faire aucune donation des conquêts de son premier mariage à sa seconde femme, au préjudice des portions qu'y doivent avoir les enfants de son premier mariage. La réponse est, que cet article ne peut recevoir aucune application. Le douaire que la coutume accorde sur la moitié de la portion du mari dans les conquêts du premier mariage, n'est pas une donation que l'homme fasse à sa seconde femme : elle ne le tient pas de son mari, elle le tient de la loi.

47. La réduction du douaire du dernier mariage, sur les héritages qui étoient déja sujets à ceux des précédents mariages, qui est portée par cet article, a lieu dans la coutume de Paris, quand même, depuis, lesdits héritages auroient été libérés des douaires des précédents mariages, soit par le prédécès des enfants des précédents mariages, soit parceque, dans la succession de leur père, ils auroient préféré la qualité d'héritiers à celle de douairiers.

La raison est, que c'est au temps que se contracte le mariage, que la coutume règle le douaire de ce mariage, et qu'elle assigne les héritages et autres immeubles dont la douairière doit jouir pour moitié par usufruit, et la portion pour laquelle elle en doit jouir. Lors donc que, au temps que se contracte le second mariage, il y a, dans les immeubles que l'homme possède, une portion qui est due aux enfants du premier mariage pour leur douaire, au cas que douaire ait lieu, cette portion est distraite et exclue des biens sur lesquels le douaire du second mariage est à prendre.

La règle, *Douaire sur douaire n'a lieu*, empêche qu'elle n'y puisse être comprise. Le douaire du second mariage ne

peut être assigné que sur le surplus. Quoique par la suite, pendant le second mariage, la portion qui a été distraite, comme étant alors due pour le douaire du premier mariage, cesse d'être affectée à ce douaire par le prédécès des enfants du premier mariage, le second douaire, pour cela, n'est point augmenté, et la veuve ne peut prétendre aucune part dans cette portion, puisqu'elle n'a point été comprise dans les biens sur lesquels la coutume a assigné le douaire du second mariage.

48. Lorsque, par le contrat du premier mariage, il y a clause d'exclusion de douaire, il semble qu'il ne puisse plus y avoir lieu, lors du second mariage, à la règle, *Douaire sur douaire n'a lieu*, et que le douaire du second mariage ne doit souffrir aucune réduction sur les héritages que l'homme possédoit dès le temps que s'est contracté son premier mariage, et qu'il possédoit encore au temps du second mariage. C'est l'avis de Lemaître, sur Paris. Néanmoins d'autres auteurs ont pensé que, nonobstant cette clause portée au contrat de mariage, il suffisoit qu'il y eût des enfants du premier mariage, au temps que s'est contracté le second, pour que le douaire du second mariage fût réduit au quart sur les héritages que le mari possédoit dès le temps que s'est contracté le premier. Ils disent pour raison de leur opinion, que si, au moyen de la clause d'exclusion de douaire, portée au contrat du premier mariage, il ne leur est dû aucune portion dans les biens de leur père à titre de douaire, il leur en est dû une part à d'autres titres; qu'il suffit qu'ils aient droit de concourir avec la veuve et les enfants du second mariage, au partage des biens de leur père, après sa mort, pour que le douaire du second mariage souffre la réduction portée par l'article 253; que c'est leur concours qui cause cette réduction, plutôt que le titre auquel ils concourent, qui doit être à cet égard indifférent. Ferriere est de cet avis. Je me souviens que c'étoit aussi l'avis de M. Rousseau, professeur en droit françois à Paris. Borjon atteste que c'est l'opinion commune du châtelet de Paris.

49. Que doit-on décider dans le cas auquel, par le contrat du premier mariage, il y a un douaire préfix d'une

somme d'argent, moindre que le douaire coutumier? Ceux qui pensent qu'il y a lieu à la réduction du douaire du second mariage, telle qu'elle est portée par l'article 253, même dans le cas auquel il y a une entière exclusion de douaire par le contrat du premier mariage, n'hésiteront pas à décider qu'il doit y avoir lieu, en ce cas, à la réduction du douaire du second mariage, telle qu'elle est portée par ledit article.

Lemaître soutient au contraire que, même en ce cas, le douaire du premier mariage ne consistant que dans une créance d'une somme d'argent qu'ont les enfants du premier mariage, qui n'est qu'une créance mobilière, le douaire du second mariage n'en est pas tenu, étant de principe que les douairiers sont bien tenus de porter leur part des rentes dont le mari étoit débiteur lorsqu'il a contracté mariage, mais non des dettes mobilières.

Cette opinion ne paroît pas soutenable, étant formellement contraire au principe, *Douaire sur douaire n'a lieu*, sur lequel est fondé l'article 253 de la coutume de Paris. Quoique le douaire du premier mariage ne consiste que dans la créance d'une somme d'argent, il n'en est pas moins un douaire, auquel sont affectés les héritages du mari, jusqu'à concurrence de la somme due pour ce douaire. Si le douaire du second mariage étoit à prendre généralement dans tous les héritages du mari, sans en distraire une portion à suffire pour acquitter le premier douaire, il y auroit douaire sur douaire, puisque ce qui doit servir à acquitter le premier douaire feroit partie de la masse dans laquelle le second est à prendre. C'est pourquoi, si on ne veut pas suivre l'opinion de ceux qui pensent que, même dans le cas auquel, par le contrat du premier mariage, il y auroit une entière exclusion de douaire, le douaire du second doit souffrir la réduction telle qu'elle est portée par l'article 253 de la coutume de Paris, en faisant, dans les héritages dans lesquels le douaire du second mariage est à prendre, distraction de la moitié des héritages que le mari avoit dès le temps du premier mariage, et en n'accordant pour le douaire du second mariage dans lesdits héritages, que la moitié du surplus desdits héritages, qui est le quart au total d'iceux.

Il faut au moins, si on ne veut pas suivre cette opinion, distraire desdits héritages, sinon la moitié, au moins une portion à suffire pour acquitter le douaire du premier mariage, et n'accorder dans lesdits héritages que la moitié du surplus pour le douaire du second.

50. Passons au cas auquel le douaire du premier mariage seroit plus fort que le coutumier; *putà*, s'il étoit dit, par le contrat du premier mariage, que le douaire seroit des deux tiers, tant des héritages que l'homme possédoit alors, que de ceux qui lui aviendroient, durant le mariage, des successions de ses père et mère. En ce cas, suivant le principe, *Douaire sur douaire n'a lieu*, il faudroit distraire les deux tiers desdits héritages, dus pour le douaire du premier mariage, et n'accorder pour le douaire du second que la moitié du tiers restant desdits héritages, qui est un sixième au total.

51. Le principe, *Douaire sur douaire n'a lieu*, tiré de l'article 253 de la coutume de Paris, qui ne permet pas de comprendre en la masse des héritages dans lesquels doit se prendre le douaire d'un second ou ultérieur mariage, les portions qui sont dues pour les douaires des mariages précédents, ne reçoit d'application qu'aux différents douaires que le mari constitue pour ses différents mariages. Ce principe ne doit pas s'appliquer au douaire de la mère du mari, laquelle, au temps qu'il se marie, jouit par usufruit d'une portion de ses biens pour son douaire. On ne doit faire, en ce cas, aucune distraction : le douaire est généralement de la moitié de tous les héritages que le mari tient au temps des épousailles, même de ceux dont jouit sa mère pour son douaire; sauf que sa femme et ses enfants ne pourront entrer en jouissance de leur moitié dans les héritages dont l'ancienne douairière jouit en usufruit, qu'après l'extinction de cet usufruit. On ne peut pas dire, en ce cas, que cet homme crée douaire sur douaire; il n'en a créé qu'un : celui de sa mère ne doit être considéré que comme une charge de ses héritages.

52. Il est évident que le principe, *Douaire sur douaire n'a lieu*, ne concerne pas les coutumes qui n'accordent pas de douaire aux enfants, ces coutumes n'accordant qu'un

seul douaire en faveur de la veuve. C'est pourquoi, si, par une convention particulière du contrat du premier mariage, on avoit, dans ces coutumes, stipulé aux enfants qui en naîtroient, un douaire de la moitié, ou d'une autre portion des héritages que l'homme avoit alors; ce douaire inconnu à la coutume, qui naîtroit de cette convention, ne devroit diminuer celui du second mariage que dans le cas auquel il y auroit ouverture; mais dans le cas auquel il n'y auroit pas ouverture, soit par le prédécès des enfants de ce premier mariage, soit parcequ'ils ne se porteroient pas douairiers, le douaire coutumier de la veuve dans tous les héritages que son mari avoit lors des épousailles, n'en devroit souffrir aucune diminution. On ne peut opposer à la veuve le principe *Douaire sur douaire n'a lieu*, ce principe n'ayant pu être établi par une coutume qui n'a établi qu'un seul douaire.

§. VII. Sous quelles charges les coutumes accordent-elles le douaire à la femme?

53. Tant que la femme, après l'ouverture du douaire, jouit en commun, avec les héritiers du mari, des héritages sujets à son douaire, elle doit contribuer, pour la portion qu'elle y a, aux charges usufruitières de tous lesdits héritages. Nous expliquerons, au chapitre cinquième, quelles sont ces charges usufruitières.

Lorsqu'il est intervenu un partage entre la douairière et les héritiers du mari, la douairière ayant seule la jouissance entière des héritages tombés en son lot, elle doit être tenue, pour le total, des charges usufruitières desdits héritages, et être entièrement déchargée de celles des héritages tombés au lot des héritiers.

54. Outre cela, le douaire étant un titre universel, qui donne à la femme la jouissance de la moitié, ou du tiers, suivant les différentes coutumes, de l'universalité des héritages et autres biens immeubles que le mari avoit au temps des épousailles, la femme doit payer, à la décharge des héritiers du mari, pareille portion des arrérages qui courron pendant le temps de sa jouissance, des rentes person-

nelles, soit perpétuelles, soit viagères, dont le mari étoit débiteur dès le temps des épousailles; car ces rentes sont une charge de l'universalité desdits biens, et par conséquent les arrérages sont une charge de la jouissance de l'universalité desdits biens. La douairière doit donc être tenue des arrérages desdites rentes pendant tout le temps que doit durer cette jouissance, pour la portion qu'elle a dans cette jouissance.

55. Lorsque l'homme avoit, au temps qu'il s'est marié, des biens immeubles régis par différentes coutumes, qui ont sur le douaire différentes dispositions; afin de connoître pour quelle portion la douairière doit acquitter les arrérages des principaux de rentes dont le mari étoit alors débiteur, il faut faire une ventilation de ce que les biens de chacune desdites coutumes doivent porter desdits principaux de rente. Par exemple, si la totalité des biens immeubles qu'un homme avoit lorsqu'il s'est marié, montoit à 120,000 livres; qu'il y en eût pour 60,000 sous la coutume de Paris, où le douaire est de la moitié; pour 30,000 livres sous celle d'Anjou, où le douaire n'est que du tiers, et pour 30,000 sous celle d'Issoudun, qui n'accorde aucun douaire coutumier; et qu'il y eût pour 12,000 de principaux de rentes en passif; la douairière sera tenue d'acquitter, pendant le temps de son usufruit, la moitié des arrérages des 6,000 livres que les biens de Paris doivent porter desdits principaux de rentes, et le tiers des arrérages des 3,000 livres qu'en doivent porter les biens d'Anjou; et elle ne doit rien payer des arrérages des 3,000 livres qu'en doivent porter ceux d'Issoudun, dont la coutume n'accorde aucun douaire.

A l'égard des dettes mobilières dont le mari étoit débiteur au temps des épousailles, la femme n'y doit pas contribuer, car elles sont une charge des biens mobiliers, auxquels la douairière n'a aucune part. C'est pourquoi, si elle étoit poursuivie hypothécairement pour lesdites dettes par les créanciers, l'héritier du mari doit l'en acquitter.

On opposera peut-être que les coutumes de Paris, d'Orléans, et plusieurs autres, font porter à l'héritier aux pro-

pres sa part dans les dettes mobilières de la succession. Donc, dira-t-on, les dettes mobilières ne sont pas moins une charge des biens immeubles que des biens meubles; donc, dans ces coutumes, la douairière qui a à titre universel, pour une portion, la jouissance des biens immeubles que son mari avoit au temps des épousailles, doit contribuer aux dettes mobilières dont son mari étoit dès ce temps débiteur.

La réponse est, que ces coutumes se sont, à la vérité, écartées, en matière de succession, de l'ancien principe du droit françois, qui charge les biens meubles de toutes les dettes mobilières, et les immeubles, des rentes : mais ne s'en étant écartées que pour cette matière, l'ayant suivi dans la matière de la communauté, qu'elles chargent de toutes les dettes mobilières des conjoints, comme d'une charge de leurs biens meubles qui y entrent, on doit pareillement suivre ce principe dans la matière du douaire, et regarder en conséquence les dettes mobilières du mari comme une charge de ses biens meubles pour le total, à laquelle la douairière, qui n'a aucune part, en qualité de douairière, dans lesdits biens meubles, ne doit pas par conséquent contribuer, et en doit être acquittée en entier par les héritiers du mari, tant pour le principal que pour les intérêts qui en courroient pendant le temps de la jouissance du douaire.

56. Si les dettes mobilières dont le mari étoit débiteur au temps des épousailles, excédoient les biens mobiliers qu'il avoit alors, ne devroit-on pas regarder, en ce cas, cet excédant comme une charge des biens immeubles que le mari avoit alors, à laquelle la douairière, qui a à titre universel la jouissance d'une portion desdits immeubles, doit contribuer? Renusson, en son *Traité du Douaire*, *chap.* 8, *n.* 20 *et* 21, propose la question; et il atteste que l'usage est constant de faire acquitter, même en ce cas, en entier, la douairière de ces dettes par les héritiers du mari.

57. La douairière n'est tenue en rien des rentes dues par son mari, qui n'ont été créées que depuis le mariage, quand même elles auroient une cause antérieure au mariage, telle

que seroit une rente que le mari auroit constituée depuis le mariage, en paiement d'une obligation dont il étoit débiteur auparavant.

La raison est évidente. Cette obligation étant une dette mobilière dont le douaire de la femme n'étoit pas chargé, il n'a pu être au pouvoir du mari, en la convertissant en rente, d'augmenter par son fait les charges du douaire.

Mais quoiqu'une rente n'ait été constituée par le mari que depuis le mariage, lorsqu'elle tient lieu d'une qu'il devoit dès le temps des épousailles, la somme pour laquelle elle a été constituée, ayant servi à amortir l'ancienne dont il a été fait déclaration par la quittance d'amortissement, la douairière est tenue de cette rente, de la même manière et pour la même portion qu'elle eût été tenue de l'ancienne dont elle tient lieu.

58. Lorsque les deniers pour lesquels la rente a été constituée, ont servi à payer des dettes mobilières pour lesquelles les créanciers avoient des hypothèques antérieures au mariage, ou pour payer des réparations d'entretien, pour lesquelles les ouvriers avoient un privilége sur la maison dont la douairière jouit en usufruit, et qu'il y a, par le contrat de constitution, subrogation au profit de l'acquéreur de la rente, la douairière sera tenue hypothécairement de cette rente; mais elle en devra être acquittée par l'héritier du mari.

Si les deniers ont servi à payer de grosses réparations survenues pendant le mariage, sans la faute du mari, la douairière en sera tenue même vis-à-vis de l'héritier du mari, avec lequel elle sera tenue de contribuer au paiement des arrérages qui courront pendant tout le temps de sa jouissance, pour la part qu'elle a dans ladite jouissance.

59. Il y a un cas auquel la douairière n'est pas tenue d'une rente due par le mari, quoiqu'il en fût débiteur dès le temps des épousailles; c'est lorsqu'elle a été constituée dans le temps intermédiaire entre le contrat de mariage et les épousailles. La raison est tirée d'un principe que nous avons déja exposé, et dans notre Traité de la Communauté, et dans celui-ci; qui est, que la femme devant compter, par

ses conventions matrimoniales, sur l'état des biens de son mari, tel qu'il se trouve, tant en actif que passif, au temps du contrat de mariage, le mari ne peut, par son fait, diminuer le douaire sur lequel la femme avoit droit de compter au temps du contrat de mariage, en le chargeant de rentes qui n'existoient pas alors.

60. Les dettes des successions échues au mari de ses père et mère ou autres ascendants, pendant le mariage, pour la portion qu'en doivent porter les immeubles desdites successions auxquelles le mari a succédé, sont aussi une charge à laquelle la douairière doit contribuer pour la portion qu'elle a dans la jouissance desdits immeubles.

ARTICLE III.

Si les immeubles dont le mari est grevé de substitution après sa mort, peuvent être sujets au douaire.

61. Il sembleroit que les immeubles dont le mari est grevé de substitution après sa mort, ne pourroient jamais être sujets au douaire de sa femme, lorsqu'il y a ouverture à la substitution après la mort du mari : car c'est un principe, qu'un grevé de substitution ne peut aliéner ni obliger, en quelque manière que ce soit, les biens compris dans la substitution. Il ne peut donc pas les obliger et affecter au douaire de sa femme, au préjudice de la substitution. L'effet de la substitution étant de transmettre aux substitués les biens compris dans la substitution, aussitôt après la mort du grevé, qui donne ouverture à la substitution, le grevé de substitution n'a pu faire passer, après sa mort, aucun droit de douaire à sa femme dans lesdits biens, qui ne dépendent pas de sa succession, et qui appartiennent aux substitués, qui doivent recueillir la substitution.

Néanmoins, en certains cas, les biens dont le mari est grevé de substitution après sa mort, sont, nonobstant la substitution, sujets au douaire de sa femme, subsidiairement, et à défaut de biens libres.

Le premier cas est, lorsque l'auteur de la substitution, dont le mari est grevé après sa mort, est le père ou la mère,

ou quelque autre des parents de la ligne directe ascendante du mari. En ce cas, une ancienne jurisprudence, qui a été confirmée par l'Ordonnance des Substitutions de 1747, *art.* 45, les assujettit au douaire, à défaut de biens libres.

Cette jurisprudence est puisée dans le droit romain, qui permet aux enfants, à défaut de biens libres, d'obliger pour la dot, ou pour la donation *propter nuptias*, les biens compris dans la substitution, dont ils auroient été grevés par leurs parents de la ligne directe ascendante.

Elle est fondée sur ce que le desir naturel qu'ont les hommes de se reproduire et se perpétuer dans leur postérité, doit faire présumer que lorsqu'une personne grève de substitution quelqu'un de ses enfants, sa volonté n'est pas de le priver des moyens qui sont ordinairement nécessaires pour trouver à faire un mariage convenable : étant ordinairement nécessaire ; pour parvenir à cette fin, d'avoir de quoi assigner à une femme un douaire convenable, on doit présumer que l'auteur de la substitution a eu la volonté d'excepter de la substitution dont il a grevé son enfant, autant qu'il seroit de besoin pour assigner un douaire convenable à la femme qu'il épousera.

C'est sur le fondement de cette présomption, que la jurisprudence a établi que, lorsqu'une personne avoit grevé quelqu'un de ses enfants de substitution, le douaire de la femme du grevé pouvoit, à défaut de biens libres, se prendre sur les biens substitués.

62. Il n'est pas nécessaire pour cela que le mari n'ait aucuns biens libres; il suffit qu'il n'en ait pas une quantité suffisante pour assigner un douaire convenable, eu égard à ses facultés. Pour cet effet, on compose une masse des biens immeubles, tant libres que substitués, que le mari avoit au temps des épousailles, et de ceux qui lui sont avenus depuis de ses père et mère, et autres ascendants : le douaire de la femme doit être de l'usufruit de la moitié de cette masse. S'il y a en biens libres de quoi la lui fournir, se trouvant pour le moins autant de biens libres que de biens substitués, on ne doit pas, en ce cas, entamer les biens substitués, parcequ'ils ne sont sujets au douaire qu'à

défaut de biens libres : s'il n'y a pas en biens libres de quoi lui fournir cet usufruit, on doit lui donner dans les biens substitués ce qui s'en manque.

63. Le douaire se prend-il, à défaut de biens libres, sur les biens substitués, même dans le cas auquel la substitution n'auroit été faite que depuis le mariage? La raison de douter est, qu'il semble que la raison sur laquelle nous avons dit qu'étoit fondée la jurisprudence qui assujettit au douaire les biens substitués à défaut de biens libres, ne se rencontre pas dans ce cas; car on ne peut pas dire, en ce cas, qu'on présume que l'auteur de la substitution n'a pas voulu priver l'enfant qu'il grevoit de substitution, des moyens nécessaires pour trouver à faire un mariage convenable, puisqu'il étoit déja marié. Néanmoins il est constant que, même en ce cas, les biens substitués sont sujets au douaire de la femme, à défaut de biens libres, par une autre raison, qui est que la femme, lorsqu'elle a épousé son mari, qui a été depuis grevé de substitution, avoit un juste sujet d'espérer alors que, suivant le cours ordinaire de la nature, les biens immeubles de celui qui a fait la substitution, seroient un jour assujettis à son douaire. Or, on doit bénignement présumer de la bonne foi de l'auteur de la substitution, qu'il n'a pas eu, en faisant cette substitution, intention de priver sa bru de ses légitimes espérances, et qu'il a en conséquence voulu excepter de sa substitution ce qui, à défaut de biens libres, seroit nécessaire pour lui fournir son douaire.

64. Lorsque l'auteur de la substitution dont le mari est grevé, n'est pas un de ses parents de la ligne directe ascendante, mais un de ses collatéraux, ou un étranger, les biens substitués ne sont pas sujets au douaire de la femme à défaut de biens libres, si ce n'est en deux cas; savoir, 1° lorsque ce sont les enfants du grevé qui sont appelés à la substitution; 2° lorsque la substitution est faite, à la vérité, au profit d'autres personnes, mais sous la condition que le grevé mourra sans enfants. L'ordonnance de 1747, *part.* 1, *art.* 53, décide que, dans l'un et dans l'autre cas, les biens substitués sont sujets au douaire de la femme, à défaut de biens libres.

La raison est, que l'auteur de la substitution ayant, dans l'un de ces deux cas, appelé les enfants du grevé à la substitution, et les ayant, dans l'autre cas, préféré aux substitués, a suffisamment témoigné, dans l'un et dans l'autre cas, que sa volonté étoit que le grevé eût des enfants, et qu'en conséquence son intention a été de lui laisser les moyens de trouver à faire un mariage convenable qui lui en procurât, et d'excepter pour cet effet de la substitution ce qui seroit nécessaire pour assigner un douaire, à défaut de biens libres, à la femme qu'il épouseroit.

65. On a fait la question de savoir si les biens substitués étoient sujets, à défaut de biens libres, non seulement au douaire du premier mariage du grevé, mais pareillement au douaire d'une femme que le grevé auroit épousée en second, troisième ou ultérieur mariage. L'ordonnance de 1747, *part.* 1, *art.* 52, a décidé la question pour l'affirmative. Elle a néanmoins apporté une exception à sa décision, qui est, que lorsque ce sont les enfants des précédents mariages qui ont recueilli la substitution, la dernière femme ne peut, à défaut de biens libres, prétendre contre eux son douaire sur les biens substitués.

La raison est, que les second et ultérieurs mariages sont défavorables vis-à-vis les enfants des précédents mariages, quoique, vis-à-vis toute autre personne, ils ne soient pas moins favorables que les premiers mariages.

66. On a fait aussi la question de savoir si le droit qu'on accorde aux femmes de prendre, à défaut de biens libres, leur douaire sur les biens dont leur mari étoit grevé de substitution, avoit lieu dans tous les degrés de substitution, lorsque la substitution étoit graduelle; si, en conséquence, après que la femme du premier grevé avoit, après la mort de son mari, à défaut de biens libres, pris son douaire sur les biens substitués, les femmes des substitués, qui sont eux-mêmes grevés de substitution envers un second degré de substitués, pouvoient pareillement, après la mort de leur mari, prendre, à défaut de biens libres, leur douaire sur lesdits biens substitués. L'ordonnance de 1747, en l'article ci-dessus cité, décide pareillement cette question pour l'af-

firmative; et cette décision doit avoir lieu, soit dans le cas auquel l'auteur de la substitution est un parent de la ligne directe ascendante, tant du second grevé, que du premier grevé; soit dans le cas auquel, quoique l'auteur de la substitution fût un collatéral, ou même un étranger, la substitution du premier degré et celle du second degré auroient été faites l'une et l'autre au profit des enfants des grevés, ou sous la condition que les grevés mourroient sans enfants.

Cette disposition de l'ordonnance est fondée sur ce que la raison pour laquelle la jurisprudence a établi que les biens substitués devoient être assujettis au douaire, à défaut de biens libres, ne se rencontre pas moins à l'égard du second degré de substitution, qu'à l'égard du premier.

67. C'est une question, si l'auteur de la substitution, qui a d'ailleurs rempli de la légitime l'enfant qu'il grève de substitution, peut, pour les autres biens qu'il lui laisse, ordonner que les biens substitués ne pourront être obligés ni pour la dot, ni pour le douaire de la femme du grevé, ni pour quelque autre cause que ce soit.

Pour l'affirmative, on dit que la jurisprudence qui a assujetti au douaire les biens substitués, à défaut de biens libres, dans tous les cas rapportés ci-dessus, et l'ordonnance qui a confirmé ce point de jurisprudence, n'étant fondées que sur une présomption de la volonté de l'auteur de la substitution, qu'on présume avoir tacitement ou virtuellement consenti que ce qui seroit nécessaire pour assigner, à défaut de biens libres, un douaire à la femme du grevé, fût excepté de la substitution; on en doit conclure que cette présomption de la volonté de l'auteur de la substitution, ne pouvant plus avoir lieu lorsqu'il s'est expliqué formellement du contraire, les dispositions de l'ordonnance, qui ne sont fondées que sur une présomption de volonté, ne peuvent plus pareillement avoir lieu, et que la veuve du grevé ne peut, en ce cas, prétendre son douaire sur les biens substitués.

Ceux qui tiennent l'opinion contraire, disent que l'ordonnance de 1747 ayant attribué aux femmes le droit

d'exercer leur douaire, à défaut de biens libres, sur les biens substitués, quel qu'ait pu être le motif de l'ordonnance, l'auteur de la substitution n'a pu valablement, par une clause de la substitution, priver la femme du grevé d'un droit que la loi lui accorde : car c'est un principe, que les particuliers ne peuvent déroger aux lois : *Nemo potest testamento suo cavere ne leges locum habeant.*

Il paroît qu'on peut répondre à ce moyen par une distinction. Nous ne pouvons, à la vérité, déroger aux lois qui commandent quelque chose, ou qui défendent quelque chose; mais il n'en est pas de même de celles qui n'ont d'autres objets que d'établir quelque présomption. C'est, au contraire, un principe constant, que nous avons établi en notre Traité des Obligations, *n.* 843, que les présomptions établies par une loi, qu'on appelle *præsumptiones juris*, peuvent se détruire par une preuve contraire. Par exemple, on peut déroger à la loi qui dit qu'homme et femme sont communs en tous biens meubles : car cette loi ne commande pas aux personnes qui se marient, d'apporter en communauté tous les biens meubles : elle établit seulement une présomption qu'elles les y ont apportés, laquelle présomption cesse lorsqu'elles se sont expliquées du contraire. Il en est de même des articles de l'ordonnance qui déclarent les biens substitués sujets au douaire de la femme du grevé, à défaut de biens libres. Cette loi ne doit avoir lieu que lorsque l'auteur de la substitution ne s'est pas expliqué du contraire : car cette loi établit seulement une présomption que l'auteur de la substitution a entendu excepter de sa substitution le cas du douaire de la femme du grevé, mais elle ne lui ordonne pas de l'excepter. En effet l'auteur de la substitution, qui a rempli d'ailleurs de sa légitime l'enfant qu'il a grevé de substitution, ayant eu le pouvoir de ne lui point laisser du tout les biens pour lesquels il l'a grevé de substitution, sans que la femme de cet enfant eût pu s'en plaindre, doit pareillement avoir le pouvoir de ne les lui laisser qu'aux charges que bon lui semble, sans que la femme de cet enfant puisse s'en plaindre.

ARTICLE IV.

De ce qui est uni aux héritages sujets au douaire; de ce qui en résulte; et de ce qui y est subrogé.

§. I. De ce qui est uni aux héritages sujets au douaire.

68. Ce qui est uni depuis le mariage, par une union naturelle, à un héritage sujet au douaire, doit y être sujet comme l'héritage auquel il est uni, et dont il est un accessoire. Cette décision est fondée sur le principe, *Accessorium sequitur naturam et jus rei principalis.*

Par exemple, en supposant que le riverain d'une rivière ait, par concession du prince, le droit d'alluvion : s'il s'est fait, par alluvion, une accrue à l'héritage de ce riverain pendant son mariage, cette accrue sera sujette au douaire auquel est sujet l'héritage; car elle est unie à l'héritage par une union naturelle; elle en est un accessoire, qui doit suivre *naturam et jus rei principalis.*

69. Un second exemple est, lorsqu'un homme, pendant son mariage, a planté des vignes, des bois, ou construit quelque édifice sur un terrain qu'il possédoit dès le temps des épousailles, et par conséquent sujet au douaire : ces vignes, ces bois, cet édifice, seront sujets au douaire, comme le terrain dont ils sont un accessoire : *Quod enim inædificatur, solo cedit.... Plantata solo cedunt;* Inst. tit. *de rer. div.* §. 31-34.

70. On fait à ce sujet la question de savoir, si la douairière, dont le douaire se trouve augmenté par ces améliorations sur l'héritage sujet au douaire, en doit récompenser les héritiers de son mari pour la part dont elle en profite. Elle est traitée *infrà, chap.* 4, *art.* 1, §. 2.

71. Il n'y a que l'union naturelle qui rende sujet au douaire ce qui est uni à l'héritage qui y est sujet; il n'en est pas de même de l'union civile, ni de l'union de simple destination.

C'est pourquoi, si, ayant une terre seigneuriale sujette au douaire, j'ai acquis, pendant mon mariage, un héritage qui en relevoit en fief ou en censive; quoique, par cette

acquisition, il se fasse une union de fief, cet héritage n'étant plus qu'un seul et même fief avec celui que j'avois, néanmoins cette union civile n'empêchant pas que cet héritage ne soit réellement quelque chose de distingué de celui duquel il relevoit, et par conséquent susceptible de qualités différentes; quoique l'ancien héritage fût propre de communauté, et sujet au douaire, celui-ci ne laissera pas d'être conquêt, et ne sera pas sujet au douaire.

Pareillement, lorsque j'ai acquis, pendant mon mariage, quelques mines de terre voisines d'une de mes métairies sujettes au douaire; quoique je les aie réunies à ma métairie, elles ne seront pas pour cela sujettes au douaire.

§. II. De ce qui reste d'un héritage sujet au douaire.

72. Lorsqu'un héritage sujet au douaire a été détruit, quoique par force majeure et sans la faute du mari, tout ce qui en reste est sujet au douaire.

Par exemple, si une maison sujette au douaire a été incendiée par le feu du ciel, et qu'il n'en reste plus que la place et quelques matériaux, il n'est pas douteux que la veuve conserve son droit de douaire et d'usufruit dans la place et les matériaux qui restent de la maison, pour la même portion qu'elle l'auroit eu dans la maison.

La loi 5, §. 2, ff. *quib. mod. ususf. amitt.* paroît contraire à cette décision: Ulpien y dit: *Certissimum est exustis ædibus, nec areæ nec cæmentorum usumfructum deberi.* La raison sur laquelle ce jurisconsulte se fonde, est que le droit d'usufruit d'une maison étant le droit de l'habiter par soi-même ou par d'autres, ce droit ne peut plus subsister lorsqu'il ne reste plus de la maison que la place; une place nue n'étant pas de nature à être habitée.

La réponse à cette loi, est que la décision de cette loi n'est que pour le cas auquel l'usufruit d'une maison appartient à quelqu'un à titre singulier. La loi 34, §. 2, ff. *de usufr.*, décide formellement qu'il n'en est pas de même de l'usufruit que quelqu'un auroit à titre universel, et que si une maison comprise dans l'universalité des biens dont l'usufruit appartient à quelqu'un, vient à être incendiée, l'usu-

fruitier conserve son droit d'usufruit dans la place qui reste de cette maison, parceque cet usufruit universel n'est pas l'usufruit d'une telle maison, ni d'une telle chose, mais l'usufruit de tout ce que comprend l'universalité des biens, dans laquelle la place qui reste de cette maison incendiée, se trouve comprise : *Quoniam*, dit Julien, *qui bonorum suorum usumfructum legat, non solùm eorum quæ specie sunt, sed et substantiæ omnis usumfructum legare videtur: in substantiâ autem bonorum etiam area est; d.* §. L'usufruit de la douairière est un usufruit universel; ce n'est point l'usufruit d'une telle et telle chose nommément, c'est l'usufruit de l'universalité des immeubles que son mari avoit au temps des épousailles : on ne peut donc lui opposer la décision d'Ulpien, qui n'est que pour le cas de l'usufruit particulier d'une telle maison.

J'aurois même de la peine à croire que cette décision d'Ulpien dût être adoptée dans notre droit, même dans son cas : elle paroît n'être fondée que sur une pure subtilité. Il semble, au contraire, équitable que l'usufruitier d'une maison qui a été incendiée, ne pouvant plus jouir de la maison, jouisse au moins de ce qui en reste.

§. III. De ce qui est subrogé à une chose sujette au douaire.

73. Ce que le mari reçoit à la place d'un héritage ou autre immeuble sujet au douaire, est subrogé à cet immeuble, et devient sujet au douaire, comme l'étoit l'immeuble auquel il est subrogé.

Par exemple, si une rente constituée dont le mari étoit créancier au temps des épousailles, et qui étoit par conséquent sujette au douaire, a été rachetée pendant le mariage, la somme de deniers que le mari a reçue pour le rachat, est subrogée à cette rente; et la veuve, lors de l'ouverture du douaire, est bien fondée à demander la jouissance de cette somme de deniers, quant à la même portion pour laquelle elle auroit joui de la rente.

Il en est de même d'une somme de deniers que le mari auroit reçue pendant le mariage pour le prix d'un héritage,

sujet au douaire, qu'il auroit été contraint de vendre pour une cause d'utilité publique.

ARTICLE V.

Quand les héritages et autres immeubles sujets au douaire cessent-ils de l'être? et de l'indemnité qui peut être prétendue par la douairière.

PREMIÈRE MAXIME.

74. Il est évident que l'héritage, ou autre immeuble sujet au douaire, cesse d'y être sujet, lorsqu'il cesse d'exister; car on ne peut avoir aucun droit sur ce qui n'existe plus, et le néant n'est susceptible d'aucune charge.

Est-il dû, en ce cas, quelque indemnité à la douairière? C'est ce que nous apprendrons des maximes suivantes.

SECONDE MAXIME.

75. Lorsque la chose sujette au douaire a cessé d'exister sans le fait ni la faute du mari, quoique le mari n'ait rien reçu à la place, la douairière n'a aucune indemnité à prétendre.

TROISIÈME MAXIME.

76. Lorsque le mari a reçu quelque chose à la place de la chose sujette au douaire, qui est éteinte, le douaire est transféré sur la chose que le mari a reçue à la place.

Voyez des exemples de cette maxime, *suprà*, *n.* 73, dans les cas du rachat d'une rente, ou d'une vente que le mari a été contraint de faire pour cause d'utilité publique.

QUATRIÈME MAXIME.

77. Lorsque la chose sujette au douaire a cessé d'exister par le fait ou la faute du mari, quoique le mari n'ait rien reçu à la place, la douairière doit avoir une indemnité sur les biens du mari.

Par exemple, lorsqu'une rente dont le mari étoit créancier au temps des épousailles, et qui par conséquent étoit sujette au douaire, a été éteinte par la remise volontaire et gratuite que le mari en a faite au débiteur pendant le mariage; la rente ayant, en ce cas, été éteinte par le fait du

mari, la douairière en doit être indemnisée par la succession du mari.

Il en est de même du cas auquel le mari l'auroit laissé prescrire; la rente étant, en ce cas, éteinte par la faute du mari, la douairière doit pareillement être indemnisée. Nous verrons en quoi doit consister cette indemnité.

78. Observez qu'il y a certains droits immobiliers que le mari avoit au temps des épousailles, et qui étoient par conséquent sujets au douaire; pour lesquels néanmoins la douairière ne peut prétendre aucune récompense, lorsque le mari les a laissé éteindre par la prescription, en ne les exerçant pas dans le temps auquel ils devoient être exercés. On peut apporter pour exemples les actions rescisoires, les actions de réméré, les actions de retrait lignager, féodal ou conventionnel, qui étoient ouvertes dès le temps des épousailles. Quoique le mari les ait laissé éteindre par la prescription, en ne les exerçant pas, la douairière n'en peut prétendre aucune récompense; car ces actions ne sont un véritable bien du mari, et ne sont en conséquence sujettes au douaire qu'autant qu'il trouve de l'avantage à les exercer, et qu'il en a la commodité. C'est pourquoi, lorsqu'il ne les a pas exercées, on doit croire, ou qu'il n'y auroit pas eu de l'avantage à les exercer, ou qu'il n'a pas eu la commodité de le faire; et, dans l'un et l'autre cas, il n'est censé avoir donné aucune atteinte au douaire de sa femme.

Par la même raison, quand même ces espèces d'actions que le mari avoit dès le temps des épousailles, subsisteroient encore au temps de l'ouverture du douaire, la douairière ne peut pas obliger les héritiers du mari, à qui elles appartiennent, à les exercer.

CINQUIÈME MAXIME.

79. L'héritage dont le mari étoit propriétaire au temps des épousailles, cesse d'être sujet au douaire, lorsque le droit de propriété qu'avoit le mari, vient à se résoudre *ex causâ antiquâ et necessariâ* : il en est autrement lorsque c'est *ex causâ novâ*, et par le fait du mari.

On peut apporter pour exemples de la première partie de cette maxime, les cas auxquels le mari est évincé de l'héritage, soit pour cause de survenance d'enfants à la personne qui lui en avoit fait donation, soit sur une action rescisoire pour cause de la minorité du vendeur, ou pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, ou pour quelque autre cause que ce soit, soit sur une action de réméré, soit sur un retrait lignager ou seigneurial.

La raison sur laquelle est fondée cette première partie de notre maxime, est évidente. Le mari, ou la loi pour lui, n'ont pu transférer à la femme, pour son douaire, plus de droit dans l'héritage que le mari n'en avoit : *Nemo potest plus juris in alium transferre quàm ipse haberet;* l. 54, ff. *de reg. jur.* Le mari n'ayant donc pas eu un droit de propriété parfaite et irrévocable de l'héritage, n'ayant eu qu'un droit résoluble, celui que la femme y avoit pour son douaire, ne pouvoit être qu'un droit qui étoit pareillement résoluble, et qui doit par conséquent se résoudre lorsque le droit du mari vient à se résoudre. C'est le cas de la maxime, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Voyez néanmoins en l'article précédent, une espèce d'exception à cette maxime, en cas de substitution.

On peut apporter pour exemple de la seconde partie de notre maxime, le cas auquel le mari qui étoit propriétaire d'un héritage au temps des épousailles, en a été évincé depuis, sur une action en révocation pour cause d'ingratitude, ou lorsqu'il l'a fait tomber en commise pour cause de désaveu ou de félonie. L'héritage, dans ces cas, ne retourne au donateur qui a révoqué sa donation, ou au seigneur au profit de qui il est tombé en commise, qu'avec toutes les charges d'hypothèques, de servitudes et autres que le mari y a imposées; et par conséquent, pareillement avec la charge du droit de douaire que la femme y avoit acquis. La raison est que le mari ne peut par son fait priver des tiers, des droits qu'ils ont acquis sur son héritage : *Nemo ex facto alterius prægravari debet.*

SIXIÈME MAXIME.

80. Lorsque le droit de propriété d'un héritage que le mari avoit au temps des épousailles, se résout *ex causâ antiquâ et necessariâ*, mais pour l'avenir seulement; si le mari a reçu quelques sommes de deniers à la place de cet héritage, le douaire de la femme est transféré sur ces sommes de deniers. Il en est autrement lorsque le droit du mari est rescindé, même pour le passé.

81. On peut apporter pour exemple de la première partie de cette maxime, le cas auquel le mari, qui étoit propriétaire d'un héritage au temps des épousailles, en est depuis évincé pendant le mariage, sur une action de réméré, ou sur un retrait lignager, où seigneurial, ou conventionnel. Le droit du mari se résout *ex causâ antiquâ et necessariâ;* mais il ne se résout que pour l'avenir : cette éviction n'empêche pas qu'il n'ait été véritablement propriétaire de cet héritage au temps des épousailles, et jusqu'au temps de l'éviction : les sommes qu'il a reçues du vendeur qui a exercé le réméré contre lui, ou du retrayant, pour le remboursement, tant du prix de l'héritage que du prix des augmentations qu'il y avoit faites avant le mariage, lui tiennent lieu de cet héritage, et y sont subrogées. C'est pourquoi le douaire de la femme, auquel avoit été sujet ledit héritage, jusqu'à ce que le mari en eût été évincé, est transféré sur lesdites sommes, qui tiennent lieu au mari de l'héritage, comme nous l'avons établi en l'article précédent, §. 3; et la douairière a droit de jouir en usufruit desdites sommes, quant à la même portion pour laquelle elle auroit dû jouir de l'héritage duquel elles tiennent lieu.

On peut aussi apporter pour exemple le cas auquel le mari auroit été évincé, sur une action hypothécaire, d'un héritage dont il étoit propriétaire au temps des épousailles, et sur lequel il avoit fait des augmentations avant son mariage. Le droit du mari ne se résolvant, en ce cas, que pour l'avenir, le douaire de la femme, auquel a été sujet l'héritage jusqu'à ce que le mari en ait été évincé, est transféré sur la somme que le mari a reçue du demandeur pour

le prix des augmentations que le mari avoit faites avant le mariage sur cet héritage; car ces augmentations étant quelque chose qui fait partie de l'héritage, appartenoient au mari, et étoient sujettes au douaire, ainsi que l'héritage dont elles font partie.

La somme reçue pour le prix desdites augmentations, qui est subrogée et tient lieu au mari desdites augmentations, doit donc pareillement être sujette au douaire.

Si les augmentations avoient été faites depuis le mariage, la somme payée pour le prix des augmentations devant, en ce cas, appartenir à la communauté, aux dépens de qui elles ont été faites, elles ne sont pas, en ce cas, sujettes au douaire; la femme ne pouvant pas tout à-la-fois avoir sur une même chose droit de douaire et droit de communauté, comme nous l'avons vu *suprà*.

82. On peut apporter pour exemple de la seconde partie de notre maxime, le cas auquel le mari, qui tenoit un héritage au temps des épousailles, en a été depuis évincé, sur des lettres de rescision obtenues par son vendeur, soit pour cause de minorité, soit pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, soit pour quelque autre cause que ce soit. Dans ces cas, la vente qui avoit été faite au mari, de cet héritage, étant rescindée, détruite, et réduite *ad non actum*, le droit du mari, qui résultoit de cette vente, est rescindé, même pour le passé; l'héritage est censé n'avoir jamais appartenu au mari, et par conséquent n'avoir jamais été sujet au douaire. C'est pourquoi la somme d'argent que le mari avoit payée au vendeur pour le prix de la vente, et qui lui est rendue par le vendeur, ne peut être considérée comme subrogée à l'héritage dont il est évincé, puisque cet héritage est censé ne lui avoir jamais appartenu; il reçoit cette somme comme l'ayant payée indûment, *sine causâ*, ou *ex falsâ causâ*, pour le prix d'une vente qui n'a pas eu lieu : cette somme ne peut donc être sujette au douaire de la femme, à la place de l'héritage, puisqu'elle n'est pas subrogée à l'héritage, et que l'héritage lui-même, étant censé n'avoir jamais appartenu au mari, n'y a jamais été sujet.

83. Il en est de même de la somme qu'il a reçue pour le

prix des augmentations faites sur l'héritage. La femme ne peut prétendre son douaire sur cette somme ; car l'héritage dont le mari est évincé, et sur lequel elles ont été faites, étant une chose qui est censée n'avoir jamais appartenu au mari, et n'avoir jamais été sujette au douaire, les augmentations faites par le mari, avant le mariage, sur cet héritage, qui font partie de cet héritage, sont pareillement une chose qui est censée n'avoir jamais appartenu au mari, et n'avoir jamais par conséquent été sujette au douaire. La répétition qu'a le mari, du prix desdites augmentations, n'est qu'une simple créance qu'a le mari, semblable à celle d'un *negotiorum gestor*, qui auroit fait des impenses nécessaires ou utiles sur l'héritage d'autrui.

On peut apporter pour second exemple le cas de l'action rédhibitoire. *Finge.* J'avois, au temps de mes épousailles, un pâtis que j'avois acheté peu auparavant. Je me suis, peu après, aperçu qu'il étoit rempli d'herbes venimeuses : ce vice est rédhibitoire ; l. 49, ff. *Ædil. Ed.;* l. 4, *Cod. d. tit.* J'ai en conséquence intenté l'action contre mon vendeur, et j'ai fait déclarer la vente nulle. Dans cette espèce, la vente étant, comme dans l'espèce précédente, réduite *ad non actum*, on doit pareillement décider que ma femme ne peut prétendre douaire ni sur le pâtis, qui est censé ne m'avoir jamais appartenu, ni sur la somme qui m'a été rendue.

On opposera une différence. Dans le cas de l'action rescisoire, je suis évincé sans mon fait ; mais l'action rédhibitoire que j'ai intentée est mon fait : or je ne puis, en cessant par mon fait de posséder un héritage, priver ma femme du douaire qu'elle y a. Oui, lorsque l'héritage m'a véritablement appartenu : mais celui qui a été l'objet de mon action rédhibitoire ne m'a jamais véritablement appartenu, le consentement que j'ai donné à son acquisition, qui n'étoit fondé que sur l'erreur et l'ignorance du vice, n'ayant pas été un véritable consentement : *Non videntur qui errant consentire ;* l. 116, *sect.* 2, ff. *de reg. jur.*

SEPTIÈME MAXIME.

84. Lorsque le mari, sans le consentement de sa femme, a aliéné, durant le mariage, l'héritage sujet au douaire, si l'aliénation a été volontaire, si elle procède de son fait, l'héritage continue d'être sujet au douaire de la femme, en quelques mains qu'il passe. Si l'aliénation est une aliénation nécessaire, qui ne procède pas du fait du mari, comme lorsqu'elle a été faite pour quelque cause d'utilité publique, l'héritage cesse d'être sujet au douaire; mais le droit de la femme est transféré sur la somme que le mari a reçue pour le prix.

85. La raison de la première partie de notre maxime est évidente. Les héritages que le mari avoit au temps des épousailles, et ceux qui lui sont venus depuis de ses père et mère, ou autres ascendants, ayant été affectés, par le mariage, au douaire de la femme, au cas qu'il eût lieu, le mari n'en est possesseur et propriétaire que *cum eâ causâ*, avec cette affectation; il ne peut donc, en les aliénant, transférer à l'acquéreur la propriété de ces héritages que telle qu'il l'a lui-même, c'est-à-dire, avec l'affectation au douaire de sa femme, au cas qu'il ait lieu, personne ne pouvant transférer à un autre plus de droit dans une chose, qu'il n'en a lui-même. C'est pourquoi, en quelques mains que l'héritage passe, il continue d'être sujet au douaire. La coutume du Grand-Perche en a une disposition en l'article 119, où il est dit : « Si le mari, sans le consentement de sa femme, « vend son héritage sujet au douaire, en tout ou en partie, « la femme peut, après le décès de son mari, demander « son douaire à l'acheteur. »

Cette disposition de la coutume du Grand-Perche doit avoir lieu par-tout, étant fondée sur les principes de droit ci-dessus rapportés, qui sont pris dans la nature.

La coutume dit, *sans le consentement de sa femme*; car, lorsqu'elle a consenti en majorité, elle ne peut pas revenir contre son fait; mais, dans les coutumes qui donnent un douaire aux enfants, le consentement de la femme ne décharge pas l'héritage du douaire des enfants.

La coutume dit, *vend :* cela est dit *exempli gratiâ :* il en est de même des autres titres d'aliénation.

Enfin la coutume dit, *peut demander son douaire à l'acheteur;* ce qui doit s'étendre à tous les tiers détenteurs de l'héritage qui lui ont succédé.

86. Dumoulin, en sa note sur le susdit article, observe que l'héritage sujet au douaire, que le mari a aliéné, continue tellement d'être affecté au douaire, que cette affectation ne peut être purgée ni par aucune prescription, ni par décret, tant que le mariage dure : *Non obstante,* dit-il, *quocumque temporis lapsu, et non obstante decreto, et subhastationibus interdùm interpositis, dummodò matrimonium sit publicum, et non clandestinum.*

L'article 117, inséré dans la coutume de Paris lors de sa réformation, est conforme à cette doctrine de Dumoulin. Il y est dit : *En matière de douaire, la prescription commence à courir du jour du décès du mari seulement.*

La jurisprudence est aussi conforme à la doctrine de Dumoulin, par rapport au décret. Bacquet, *Traité des Droits de Justice, chap.* 15, *n.* 72, cite un arrêt du 6 mai 1562, qui a jugé qu'un héritage, quoique adjugé par décret, ne laissoit pas d'être sujet au douaire de la femme : il en cite d'autres pour le douaire des enfants. La raison est, que le douaire ne devant être ouvert qu'à la mort du mari, il ne peut être purgé avant que d'être né.

87. Le principe que nous venons d'établir reçoit un tempérament d'équité, qui est que les héritages que le mari a aliénés ne continuent d'être sujets au douaire que subsidiairement, dans le cas auquel la femme ne trouveroit pas dans les biens sujets au douaire, qui sont restés dans la succession de son mari, de quoi lui fournir la portion qui lui appartient pour son douaire; mais s'il y a de quoi l'en remplir, la femme n'est pas reçue à poursuivre son douaire contre les tiers détenteurs des héritages sujets à son douaire, comme nous le verrons *infrà.*

88. Pareillement, lorsque le mari a aliéné, à titre d'échange ou de bail à rente, un héritage sujet au douaire de la femme, quoique cette aliénation soit une aliénation

volontaire, qui, selon la subtilité du droit, n'empêche pas l'héritage de demeurer sujet au douaire, néanmoins, lorsque l'échange a été fait sans retour, et le bail à rente sans deniers d'entrée, et de bonne foi, la femme doit prendre son douaire sur la rente ou sur l'héritage reçu en contre-échange, qui sont un juste équivalent de celui qu'elle auroit sur l'héritage.

89. La seconde partie de notre maxime est évidente. Le mari ayant été forcé, pour cause d'utilité publique, de céder son héritage, la même cause d'utilité publique oblige tous ceux qui ont quelque droit sur cet héritage, de céder le droit qu'ils y ont. L'héritage doit donc cesser d'être sujet au douaire, lequel doit être transféré sur la somme que le mari recevra pour le prix dudit héritage : cette somme est, à cet effet, subrogée à l'héritage, comme nous l'avons établi *suprà*.

90. Le déguerpissement que le mari a fait d'un héritage sujet au douaire de sa femme, pour se décharger d'une rente foncière dont il étoit chargé, n'appartient pas à la seconde partie de notre maxime. Ce n'est pas une aliénation nécessaire, puisqu'il étoit au pouvoir du mari de ne pas déguerpir : elle procède de son fait; elle ne décharge donc pas l'héritage des charges dont il se trouvoit chargé au temps du déguerpissement, comme nous l'avons établi en notre *Traité du Bail à Rente, chap.* 6, *sect.* 2, *art.* 7, §. 3. C'est pourquoi, si cet héritage est augmenté de revenu, la femme, à défaut d'autres biens, peut prétendre, contre le créancier à qui il a été déguerpi, la jouissance de la moitié de cet héritage, aux offres qu'elle doit faire de lui payer, pendant le temps qu'elle en jouira, la moitié de la rente dont il étoit chargé, et les intérêts de la moitié de la somme à laquelle montent les impenses nécessaires et utiles qui y ont été faites depuis le déguerpissement, autres que celles d'entretien.

91. Lorsque, du vivant du mari, des créanciers postérieurs au mariage ont saisi et vendu par décret l'héritage sujet au douaire, cette vente par décret, quoiqu'elle n'ait pu être empêchée par le mari, n'est pas néanmoins dans

le cas de la seconde partie de notre maxime; car cette vente procède du fait du mari, qui a hypothéqué, l'héritage depuis le mariage, et qui n'a pas pu, en l'hypothéquant, préjudicier au douaire auquel il l'avoit précédemment affecté en se mariant. L'héritage, ainsi vendu, continue donc d'être sujet au douaire; et la femme peut, après la mort du mari, pousuivre son douaire sur cet héritage contre l'adjudicataire, quoiqu'elle n'ait pas formé opposition au décret, la solennité du décret ne purgeant pas le douaire avant qu'il soit né.

Il en seroit autrement si le saisissant ou quelqu'un des opposants avoient des hypothèques antérieures au mariage: l'adjudication seroit, en ce cas, une aliénation véritablement nécessaire, qui ne procéderoit pas d'un fait du mari, intervenu depuis le mariage. Ces créanciers ayant eu, dès avant le mariage, une hypothèque qui leur donnoit le droit de faire vendre les héritages de leur débiteur, pour être payés de leurs créances, leur débiteur n'a pas pu depuis, en affectant, par son mariage, ses héritages au douaire de sa femme, préjudicier au droit que ses créanciers avoient sur lesdits héritages avant son mariage. Lors donc qu'un créancier hypothécaire, antérieur au mariage, a saisi réellement un héritage du mari, ou s'est rendu cosaisissant, par l'opposition qu'il a formée à la saisie faite par un autre, et que, sur cette saisie, l'héritage a été adjugé, il cesse entièrement d'être sujet au douaire de la femme. C'est l'avis de Renusson, *chap.* 10, *n.* 4, et de Bacquet, *Traité des Droits de Justice, chap.* 15, *n.* 73.

92. Il reste une question: c'est de savoir si, en ce cas, ce qui reste du prix de l'adjudication, après les frais de saisie réelle et les créances antérieures au mariage acquittées, devient, à la place de l'héritage, sujet au douaire, de manière que la douairière, après la mort de son mari, soit fondée à exercer son douaire sur ce restant du prix; et si elle peut obliger les créanciers postérieurs au mariage, qui ont touché à l'ordre ce restant du prix, à rapporter ce qu'ils ont touché, pour que la femme y exerce son douaire.

On peut dire contre la femme, en faveur des créanciers

postérieurs au mariage, qui ont touché à l'ordre, qu'il est vrai que, dans le cas d'une aliénation nécessaire, le droit de douaire que la femme avoit sur l'héritage qui cesse, par cette aliénation, d'y être sujet, est transféré sur ce que le mari a reçu à la place.

Mais lorsque ce que le mari a reçu à la place est de l'argent, ou d'autres choses mobilières, le douaire de la femme est bien transféré sur ces choses; mais elle ne peut l'exercer que sur ce qui se trouve dans la succession du mari, et non contre des tiers. Les choses mobilières n'étant sujettes, dans notre jurisprudence, à aucune suite contre les tiers, lorsqu'elles ont été aliénées, la femme n'est pas fondée à poursuivre son douaire sur les deniers du prix de l'héritage sujet à son douaire, contre les créanciers postérieurs au mariage qui les ont touchés à l'ordre.

Néanmoins Renusson, *chap.* 10, *n.* 6, dit que l'opinion commune est que la femme est fondée, en ce cas, à faire rapporter aux créanciers postérieurs au mariage ce qu'ils ont touché du prix de l'héritage à l'ordre, pour y exercer son douaire. La raison qu'il en apporte est que, n'y ayant eu que les créanciers antérieurs au mariage qui aient eu le droit de faire vendre, les créanciers postérieurs au mariage n'ayant pas eu le droit de le faire vendre au préjudice du douaire, ils n'ont pas eu le droit d'en recevoir le prix. Je ne sais pas si cette raison est bien concluante.

Pour éviter toute difficulté, la femme doit, en ce cas, s'opposer au décret, et demander que les créanciers postérieurs au contrat de mariage ne soient colloqués qu'à la charge de rapport, si, par la suite, il y a lieu au douaire; ce qui ne peut, en ce cas, lui être refusé.

HUITIÈME MAXIME.

93. Lorsque le mari avoit, au temps des épousailles, des héritages en commun avec ses cohéritiers ou autres copropriétaires, entre lesquels il intervient depuis un partage, l'effet rétroactif que notre jurisprudence donne aux partages, ayant déterminé le droit et la part du mari aux choses échues en son lot par le partage, comme nous l'avons vu

suprà, n. 32, la femme ne peut prétendre aucun douaire sur celles qui sont échues, par le partage, aux cohéritiers ou copropriétaires de son mari, dans lesquelles il est censé n'avoir jamais eu aucun droit.

NEUVIÈME MAXIME.

94. Pareillement, lorsqu'un héritage que le mari tenoit, au temps des épousailles, en commun avec ses cohéritiers ou autres copropriétaires, est licité et adjugé à un autre qu'au mari, le douaire de la femme n'est pas à prendre sur cet héritage, mais seulement sur la somme que le mari a eue pour sa part dans le prix de la licitation.

Les licitations tenant lieu de partage, et ayant le même effet rétroactif qu'on donne aux partages, lorsque, sur la licitation, c'est un cohéritier ou copropriétaire du mari qui a été adjudicataire, tout le droit indéterminé que le mari y avoit est censé s'être terminé à la part qu'il a dans le prix de la licitation de l'héritage, qui est censé avoir toujours appartenu à l'adjudicataire. C'est pourquoi la femme ne peut avoir son douaire que sur la part que son mari a eue dans le prix de la licitation, qui lui tient lieu du droit immobilier indéterminé qu'il avoit au temps des épousailles.

Lorsque c'est un étranger qui s'est rendu adjudicataire, la femme ne peut pareillement exercer son douaire que sur la part de son mari dans le prix de la licitation. Pour quelle raison? C'est que la licitation est une aliénation nécessaire, et que, dans le cas des aliénations nécessaires, suivant la septième maxime, l'héritage aliéné cesse d'être sujet au douaire, lequel est transféré sur le prix.

DIXIÈME MAXIME.

95. Lorsqu'un homme a partagé, pendant le mariage, avec ses cohéritiers, la succession de son père ou de sa mère, composée de meubles et d'immeubles, et que, par le partage, il a eu dans son lot beaucoup plus de meubles, et en récompense beaucoup moins d'immeubles qu'il ne lui en revient pour sa part, ou même lorsqu'il n'a eu que des meubles dans son lot, la douairière n'a rien à demander

aux cohéritiers de son mari; mais elle doit être indemnisée sur la succession de son mari, de l'atteinte qu'a reçue, par ce partage, son droit de douaire dans la part afférente à son mari dans l'immobilier de cette succession.

La raison de la première partie de cette maxime est que, suivant l'effet que la jurisprudence donne au partage, les cohéritiers du mari de la douairière sont censés ne tenir rien de lui, et avoir succédé directement au défunt, pour le total, à tous les immeubles échus dans leurs lots.

La seconde partie est fondée en équité, et est tirée de Duplessis, *Traité du Douaire, chap.* 2, *sect.* 1, *observ.* 5. Les lois subviennent à des créanciers hypothécaires, en leur permettant d'assister au partage des successions échues à leur débiteur, pour empêcher qu'on ne fasse tomber dans le lot de leur débiteur, des meubles, qui ne sont pas susceptibles d'hypothèque, à la place de la part qui lui revient dans les immeubles de cette succession, sur laquelle ils ont hypothèque. La femme n'ayant pas la liberté d'intervenir au partage des successions échues à son mari, qui se fait dans un temps auquel elle est sous sa puissance, il est juste de lui subvenir par cette indemnité, son droit étant pour le moins aussi favorable que celui des créanciers de son mari.

Observez qu'il ne doit y avoir lieu à cette indemnité que dans le cas auquel il y a clause, par le contrat de mariage, que le mobilier des successions sera propre, ou lorsque la femme n'est pas commune; car, lorsque le mobilier des successions tombe dans la communauté, le partage ne peut, en ce cas, être soupçonné d'être fait en fraude des droits de la femme, puisque, si le douaire de la femme est diminué de ce que le mari a, dans son lot, moins d'immeubles qu'il ne lui en revenoit pour sa part, d'un autre côté, le droit de communauté de la femme est augmenté de ce que son mari, par ce partage, a eu de plus en mobilier qu'il ne lui en revenoit pour sa part. Bien loin donc que la femme souffre de ce partage, elle y trouve de l'avantage, puisqu'elle a à titre de commune, en pleine propriété, la moitié de ce que son mari a eu en mobilier de plus qu'il ne lui en revenoit, au lieu qu'elle n'eût pu avoir qu'en usufruit la

moitié de ce que son mari a eu de moins dans les immeubles que la part qui lui en revenoit.

ONZIÈME MAXIME.

96. Un héritage cesse d'être sujet au douaire, lorsque le mari a été obligé de le rapporter à la succession de son père, ou d'un autre parent de la ligne directe ascendante, qui le lui avoit donné, ne s'étant pas trouvé, dans cette succession, des héritages de pareille valeur et bonté, en quantité suffisante pour égaler les cohéritiers du mari.

Cette maxime est fondée sur ce que le mari n'ayant eu l'héritage qu'à la charge du rapport, il n'a pu être affecté au douaire de sa femme que sous la même charge, le droit de la femme ne devant pas avoir plus d'étendue que celui de son mari, d'où il dérive.

97. Dans le cas auquel le mari auroit pu retenir l'héritage en moins prenant, parcequ'il s'est trouvé, dans la succession, des héritages de pareille valeur et bonté, en quantité suffisante pour égaler ses cohéritiers, le rapport que le mari a fait de l'héritage doit passer, en ce cas, pour une aliénation volontaire, qui ne peut donner atteinte au douaire de la femme. Je pense néanmoins que la femme ne doit pas être reçue à demander le douaire qu'elle a sur cet héritage, contre le cohéritier de son mari, au lot duquel il est tombé, et qu'elle en doit plutôt être indemnisée sur les biens de la succession de son mari, si elle ne s'en trouve pas suffisamment indemnisée par ce qui est tombé dans le lot de son mari, à la place de l'héritage qu'il a rapporté.

ARTICLE VI.

En quoi consiste le douaire subsidiaire que certaines coutumes accordent.

98. La coutume de Paris, et la plupart des coutumes, n'accordent un douaire à la femme que dans deux espèces de biens du mari; savoir :

1° Dans les immeubles que le mari avoit au temps des épousailles.

2° Dans les immeubles qui lui sont venus depuis de ses père, mère ou autres ascendants.

Lorsque le mari n'a aucuns biens ni de l'une ni de l'autre de ces deux espèces, ces coutumes n'en accordent aucun à la femme sur les autres biens du mari. Quelques coutumes plus indulgentes accordent, en ce cas, à la femme un douaire subsidiaire sur les autres biens de son mari. Notre coutume d'Orléans est de ce nombre : elle dit en l'article 221 : « En traité de mariage auquel il n'y a convention « de douaire, et le mari n'a aucuns propres héritages, la « femme aura pour son douaire le quart des conquêts de la « portion des héritiers du décédé en usufruit, en payant « les charges; et s'il n'y a conquêts, aura la quarte partie « des meubles de la portion des héritiers du trépassé, à « perpétuité, les dettes déduites. »

Nous verrons sur ce douaire subsidiaire, dans un premier paragraphe, en quels cas il y a lieu au douaire subsidiaire accordé par cet article : dans un second paragraphe, quels biens y sont sujets; et pour quelle portion. Nous traiterons, dans un troisième paragraphe, du douaire subsidiaire sur les meubles. Nous rapporterons, dans un quatrième paragraphe, quelques autres espèces de douaire subsidiaire de différentes coutumes.

§. I. En quels cas y a-t-il lieu au douaire subsidiaire?

99. Pour qu'il y ait lieu au douaire subsidiaire, la coutume d'Orléans requiert deux choses : la première, qu'il n'y ait eu entre les parties aucune convention de douaire. C'est ce qui résulte de ces termes, *En traité de mariage auquel il n'y a convention de douaire :* car si, par le traité de mariage, les parties sont convenues d'un douaire, tel qu'elles ont jugé à propos de le régler, ce douaire conventionnel exclut le douaire coutumier, comme nous le verrons *infrà*, et par conséquent il exclut ce douaire subsidiaire, qui est une espèce de douaire coutumier.

Pareillement, si, par le traité de mariage, il y avoit convention que la femme n'auroit aucun douaire, cette convention étant valable, comme nous l'avons vu *suprà*, il ne

peut y avoir lieu au douaire que la coutume accorde par cet article.

100. La seconde chose que la coutume requiert, résulte de ces termes, *et que le mari n'a aucuns propres héritages.*

Si donc le mari avoit quelques héritages ou autres immeubles au temps des épousailles, la femme ayant, en ce cas, le douaire ordinaire sur lesdits héritages, il n'y auroit pas lieu au douaire subsidiaire accordé par cet article, lequel n'a lieu qu'à défaut du douaire ordinaire.

101. Si le mari n'avoit encore, au temps des épousailles, aucuns immeubles, et qu'il en ait eu depuis, qui lui sont venus de ses père, mère ou autres ascendants; ces héritages étant sujets au douaire ordinaire, la femme ayant par conséquent, en ce cas, le douaire ordinaire, il n'y a pas lieu au subsidiaire porté par cet article.

102. La coutume dit, *propres héritages*, c'est-à-dire, *propres de communauté*, qui sont sujets au douaire ordinaire. C'est pourquoi, si le mari avoit, par une convention de son contrat de mariage, ameubli à la communauté tous les héritages qu'il avoit; les héritages ameublis n'étant pas sujets au douaire ordinaire, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 28, et la femme n'ayant par conséquent, en ce cas, aucun douaire ordinaire, il y auroit lieu au douaire subsidiaire accordé par cet article.

103. La coutume n'entend, par *propres héritages*, que ceux qui sont de nature à être sujets au douaire ordinaire. C'est pourquoi, lorsque le mari a des héritages qui lui sont échus pendant le mariage, par succession collatérale; quoique ces héritages soient propres, et n'entrent pas en communauté, néanmoins ces héritages n'étant pas sujets au douaire ordinaire, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 11; si le mari n'en a pas d'autres qu'il ait eus dès le temps des épousailles, ou qui lui soient venus depuis de ses père, mère ou autres ascendants, la femme n'ayant pas, en ce cas, de douaire ordinaire, elle doit avoir le douaire subsidiaire porté par cet article, qui a lieu à défaut du douaire ordinaire.

Lorsque le mari n'a d'autres propres que ceux qui lui sont échus pendant le mariage, par succession collatérale, on ne peut disconvenir que la femme doit avoir, en ce cas, un douaire subsidiaire, l'esprit de cette coutume étant que la femme ait toujours un douaire sur les biens de son mari. Mais il y en a qui pensent que la femme aura bien, en ce cas, un douaire subsidiaire, mais non sur les conquêts, sur lesquels la coutume ne l'accorde que *si le mari n'a aucuns propres;* mais qu'elle aura ce douaire subsidiaire sur ces propres échus par succession collatérale, lesquels ne sont pas, à la vérité, sujets au douaire ordinaire, mais doivent être sujets au subsidiaire. C'est, dit-on, un premier degré de douaire subsidiaire, conforme à l'esprit de cette coutume, quoiqu'elle ait omis de l'énoncer. Je ne suis pas de cet avis. Voyez *infrà, n.* 113, le sens dans lequel je crois que doivent être entendus ces termes, *si le mari n'a aucuns propres.*

104. C'est au temps de la mort du mari, qui donne ouverture au douaire, qu'on a égard s'il a quelque héritage ou autre immeuble sujet au douaire ordinaire. Quoique le mari ait eu un héritage qu'il avoit dès le temps des épousailles, ou qui lui étoit venu de ses père, mère ou autres ascendants, et qui étoit par conséquent affecté au douaire; si cet héritage est péri, ayant été entièrement emporté par une rivière dont il étoit voisin; ou s'il a cessé, de quelque manière que ce soit, d'être sujet au douaire, sans que rien y soit subrogé, et qu'il ne se trouve aucun autre bien sujet au douaire ordinaire, il y a lieu au douaire subsidiaire accordé par cet article.

Il en est autrement dans les cas auxquels la femme a quelque indemnité qui lui tienne lieu et soit subrogée au droit qu'elle eût eu sur l'héritage qui a cessé d'être sujet à son douaire; car cette indemnité étant un douaire ordinaire qu'a la femme, il ne peut plus y avoir lieu au douaire subsidiaire porté par cet article.

Sur les cas auxquels les héritages cessent d'être sujets au douaire, soit avec indemnité pour la femme, soit sans indemnité, *voyez l'article précédent.*

105. Quoique, lors de la mort du mari, il ne se trouve dans sa succession aucun héritage de ceux qui sont sujets au douaire ordinaire; s'il en a aliéné quelqu'un qui y étoit sujet, et qui continue de l'être, l'aliénation ayant été volontaire, il n'y a pas lieu, en ce cas, au douaire subsidiaire : car la femme a un douaire ordinaire sur cet héritage, qu'elle peut poursuivre contre les tiers détenteurs.

Quoique la femme, au moyen du consentement qu'elle auroit donné à l'aliénation, n'ait plus droit de douaire sur l'héritage même, le droit de douaire qu'elle a sur le prix que le mari a reçu, lui forme un douaire ordinaire, qui fait cesser le douaire subsidiaire. Il en est de même à l'égard des aliénations nécessaires, lorsque le mari a reçu une somme d'argent; la femme a sur cette somme d'argent un douaire à la place de celui qu'elle avoit sur l'héritage.

Lorsque la femme a consenti à la donation que son mari a faite à quelqu'un de l'héritage unique qui étoit sujet au douaire; quoique la femme n'ait, en ce cas, aucune indemnité sur les biens de son mari, le mari n'ayant rien reçu à la place de cet héritage, il n'y aura pas lieu au douaire subsidiaire; car il étoit au pouvoir de la femme de ne pas consentir à la donation, et de conserver son douaire sur cet héritage.

106. S'il n'y a d'autres biens sujets au douaire ordinaire, qu'une rente dont le débiteur est insolvable, il y a lieu au douaire subsidiaire; car c'est la même chose pour la femme, qu'il ne se trouve aucuns biens sujets au douaire ordinaire, ou qu'il ne se trouve qu'une rente dont on ne puisse percevoir aucun revenu par l'insolvabilité du débiteur : *Idem est non habere actionem, et habere inanem.*

Observez que la femme qui demande le douaire subsidiaire, en conséquence de la caducité de la rente qui étoit la seule chose affectée au douaire ordinaire, doit renoncer à son douaire sur cette rente caduque; car elle ne peut avoir tout à-la-fois douaire ordinaire et douaire subsidiaire.

Le douaire subsidiaire n'étant fondé, en ce cas, que sur la caducité de la rente, les héritiers du mari peuvent, en ce cas, se défendre du douaire subsidiaire, en rendant la

rente bonne, par des offres qu'ils feroient de s'obliger à la payer à la douairière, quant à la part qu'elle y a pour son douaire, pendant tout le temps qu'il doit durer.

107. Lorsque, au temps de la mort du mari, qui donne ouverture au douaire, le seul héritage sujet au douaire ordinaire se trouve chargé envers un tiers d'un usufruit antérieur au douaire, la femme est censée n'avoir pas le douaire ordinaire, et elle doit avoir le subsidiaire; car le douaire étant donné par les coutumes à la femme pour ses aliments, qui ne peuvent souffrir de retardement, la femme n'est pas censée avoir un douaire effectif, lorsqu'elle ne l'a que sur un héritage dont elle ne peut jouir présentement, et dont elle ne pourra jouir peut-être jamais, l'usufruitier pouvant vivre plus long-temps qu'elle.

Observez que la femme doit avoir, en ce cas, le choix, ou d'avoir le douaire subsidiaire, ou d'attendre l'extinction de l'usufruit dont l'héritage est chargé, pour, après ladite extinction, jouir dudit héritage pour la part que le douaire ordinaire lui donne : mais lorsqu'elle opte le subsidiaire, elle doit renoncer entièrement à tout droit de douaire sur l'héritage; car on ne peut avoir tout à-la-fois douaire ordinaire et douaire subsidiaire.

Le douaire subsidiaire n'étant fondé, en ce cas, que sur le retard que l'usufruit, dont l'héritage sujet au douaire est chargé envers un tiers, apporte à la jouissance du douaire de la femme, je croirois qu'il devroit être permis, en ce cas, à l'héritier d'exclure ce douaire subsidiaire, en rachetant l'usufruit, si le tiers envers qui il en est chargé vouloit bien en consentir le rachat; ou, si le tiers ne le vouloit pas, en offrant à la douairière de lui payer, jusqu'à l'extinction de cet usufruit, une rente équivalente à la moitié du revenu de l'héritage qui lui appartient pour son douaire, et de lui donner bonne et suffisante caution pour le paiement. La femme étant, par le rachat de l'usufruit, ou par ses offres, mise en jouissance du douaire ordinaire, il ne doit plus y avoir lieu au subsidiaire.

108. Lorsque, au temps de l'ouverture du douaire, il ne se trouve rien de sujet au douaire ordinaire qu'un immeu-

ble de nulle considération, *putà*, une rente de vingt sous ou d'un écu, la femme est censée être sans douaire ordinaire, et elle doit en conséquence avoir le douaire subsidiaire; car dans les choses morales, telles que sont celles qui font l'objet de la jurisprudence, peu est réputé pour rien; *Parùm pro nihilò reputatur.*

Cette décision est conforme à celle de Dumoulin, en sa note sur l'art. 51 de la coutume d'Angoumois, qui porte qu'on peut donner tous ses meubles et acquêts, pourvu que le donnant ait patrimoine : sur quoi Dumoulin dit, *scilicet notabile; non enim intelligitur de vili cespite terræ; verba cum effectu notabili accipienda.* On opposera peut-être que, nonobstant cette note de Dumoulin, dans les coutumes de subrogation, le sentiment commun est que le moindre propre, quelque peu considérable qu'il soit, peut empêcher la légitime des collatéraux dans les acquêts, à défaut de propres. La réponse est, qu'on n'en peut rien conclure à l'égard du douaire subsidiaire de la coutume d'Orléans, y ayant une raison qui est particulière au douaire, pour décider que dans l'article 221 de cette coutume, ces termes, si le mari *n'a aucuns propres*, doivent s'entendre, *cum effectu notabili*, et comprendre le cas auquel le mari auroit un petit propre qui ne seroit d'aucune considération. Cette raison est que le douaire, par sa nature, est accordé pour les aliments de la veuve. L'esprit de la coutume, dans cet article, est qu'une veuve trouve dans les biens de son mari un douaire pour subvenir à ses aliments, et que lorsqu'elle n'en trouve pas suffisamment dans ses propres, le mari n'en ayant point, elle en trouve dans ses autres biens. Or, lorsque le mari a un propre, mais qui n'est d'aucune considération, la veuve ne trouve pas plus de quoi pourvoir à ses aliments dans les biens propres de son mari, que s'il n'en avoit aucun : donc elle doit avoir le douaire subsidiaire dans les autres biens de son mari, de même que si son mari n'avoit absolument aucuns propres.

109. Il reste une question, qui est de savoir si, pour exclure le douaire subsidiaire que la coutume d'Orléans accorde, il suffit qu'il se trouve, dans la succession du mari,

des héritages propres situés sous d'autres coutumes, sur lesquels la femme a le douaire ordinaire, quoiqu'il n'y en ait aucun parmi les biens régis par la coutume d'Orléans.

On peut dire pour raison de douter, en faveur de la femme, que les lois coutumières de nos différentes provinces sont indépendantes les unes des autres. Lorsqu'un homme laisse, en mourant, des biens en différentes provinces, la loi coutumière de chacune de ces provinces défère la succession des biens situés dans son territoire, indépendamment des lois coutumières des autres provinces, qui déférent pareillement chacune la succession des autres biens du défunt situés dans le leur. C'est pourquoi, lorsqu'un homme laisse dans sa succession des biens féodaux dans différentes coutumes, lesquelles accordent chacune un manoir au fils aîné, chacune de ces coutumes lui défère ce manoir, indépendamment des manoirs que lui déférent les autres coutumes, et il a droit d'en avoir un dans chacune desdites coutumes. Pareillement, la coutume d'Orléans déférant à la veuve un douaire dans les conquêts, à défaut de propres, et le déférant indépendamment de celui que défèrent les autres coutumes, il suffit qu'il n'y ait aucuns propres sous la coutume d'Orléans, pour que la femme ait son douaire sur les conquêts situés sous ladite coutume, quoiqu'elle ait douaire sur des propres situés sous d'autres coutumes.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que la femme ne peut prétendre le douaire subsidiaire que la coutume d'Orléans accorde sur les conquêts, à défaut de propres, quoique le mari n'ait aucuns propres sous la coutume, lorsqu'il en a sous d'autres coutumes. Si un aîné prend un manoir dans chacune des coutumes qui en défèrent un à l'aîné, c'est que chacune des coutumes le lui défère absolument et sans aucune condition. Au contraire, la coutume d'Orléans n'accorde le douaire sur les conquêts que sous une condition, si *le mari n'a aucuns propres*, et si en conséquence la femme ne peut trouver dans les biens de son mari de quoi subvenir à ses aliments : mais il suffit que le mari laisse des propres sur lesquels la femme a un douaire,

quoiqu'ils ne soient pas situés sous la coutume d'Orléans, pour qu'on ne puisse pas dire que le mari n'a aucuns propres, et qu'elle ne trouve pas dans les biens de son mari de quoi subvenir à ses aliments sans le douaire subsidiaire. Il suffit donc que le mari ait des propres, quelque part qu'ils soient situés, pour que la condition sous laquelle la coutume d'Orléans accorde le douaire sur les conquêts, manque, et pour qu'en conséquence il n'y ait pas lieu à ce douaire. On ne peut pas dire que la coutume d'Orléans sortiroit des bornes de son territoire, en apposant, pour condition à son douaire subsidiaire, que le mari n'ait aucuns propres, quoique situés sous d'autres coutumes : car en apposant cette condition, elle n'exerce aucun empire sur les propres qui sont situés hors de son territoire; ils ne sont pas l'objet de sa disposition, mais seulement de la condition qui y est apposée. Enfin c'est un principe, que le douaire se règle au temps des épousailles; qu'il est dès-lors fixe et invariable. Un homme qui, lors de son mariage, avoit des propres sur lesquels le douaire coutumier de sa femme a été établi, ne peut donc pas l'augmenter en faisant des acquisitions dans la coutume d'Orléans, où il n'a pas de propres. On peut encore autoriser notre décision par une sentence arbitrale rendue dans une espèce semblable, par MM. Barjeton, Lenormand, Cochin, Visnier et Perrinelle, pour les légataires universels de madame Dodun. Il y avoit dans sa succession une terre située sous la coutume de Poitou, qui accorde à l'héritier une légitime sur les acquêts, à défaut de propres. Les propres qui se trouvoient dans la succession étoient situés sous la coutume de Paris; il n'y en avoit aucun sous celle de Poitou. Les arbitres jugèrent qu'il n'y avoit pas lieu à la réserve coutumière, et adjugèrent la terre en entier au légataire universel.

§. II. Quels biens sont sujets au douaire subsidiaire; et pour quelle portion.

110. La coutume, en l'article 221 ci-dessus rapporté, dit : *La femme aura pour son douaire le quart des conquêts de la portion des héritiers du décédé, en usufruit.*

Ce terme de *conquêts* comprend les propres ameublis aussi bien que les véritables conquêts.

111. La coutume donne en ces conquêts le quart en usufruit de la portion des héritiers du mari; ce qui fait un huitième au total.

La coutume suppose le cas d'acceptation de la communauté comme le plus ordinaire. Lorsque la femme renonce à la communauté, les conquêts, en ce cas, appartenant, pour le total, à la succession du mari, la femme doit avoir en ce cas, pour son douaire, l'usufruit du quart au total desdits conquêts.

112. Lorsque, par le contrat de mariage, il y a une clause d'exclusion de communauté, les héritages que le mari a acquis depuis le mariage, sont-ils sujets au douaire subsidiaire? La raison de douter est, que le terme de *conquêts* employé par la coutume ne peut convenir à ces héritages, lesquels, au moyen de la clause d'exclusion de communauté, sont propres au mari, et dans lesquels la femme n'a aucune part. Néanmoins il faut décider qu'ils y sont compris. L'esprit de la coutume est que, à défaut des héritages sur lesquels elle assigne le douaire ordinaire, les autres héritages qui se trouvent dans la succession du mari y soient sujets. Elle n'a assigné le douaire ordinaire que sur les héritages que le mari avoit au temps des épousailles, ou qui lui seroient venus depuis de ses ascendants; mais à leur défaut, elle a voulu que ceux que le mari n'auroit acquis que depuis le mariage, et qui ne sont pas par conséquent sujets au douaire ordinaire, fussent au moins sujets au douaire subsidiaire. Si pour les désigner elle s'est servie du terme de *conquêts*, c'est qu'elle a supposé comme le cas le plus ordinaire, celui auquel il y a une communauté établie entre le mari et la femme; auquel cas, les héritages du mari qui ne sont acquis que depuis le mariage, sont *conquêts*. Mais ce terme de *conquêts*, dont la coutume s'est servie, ne doit pas se prendre *restrictivè*. La coutume, en se servant de ce terme *conquêts*, n'a pas entendu que, pour que les héritages du mari, acquis depuis le mariage, fussent sujets au douaire subsidiaire, il falloit qu'ils eussent la qua-

lité de *conquêts;* car, bien loin que cette qualité soit une raison pour les y assujettir plutôt que les autres héritages, ce seroit plutôt une raison pour ne les y pas assujettir. La part que la femme a déja à titre de commune dans ces héritages, seroit plutôt une raison pour ne lui en pas accorder une autre à titre de douaire, qu'elle n'est la raison qui les y fait assujettir. Bien loin qu'on doive conclure du terme de *conquêts*, employé dans cet article, que les héritages du mari qui ne sont pas conquêts, ne sont pas sujets au douaire subsidiaire, on doit conclure au contraire que puisque la coutume a assujetti au douaire subsidiaire, même les conquêts, pour la portion qui en appartient aux héritiers du mari, quoique la femme ait déja une part dans ces héritages à titre de commune, à plus forte raison elle y assujettit les autres héritages du mari, dans lesquels elle ne peut avoir de part qu'à ce titre de douaire.

113. Par la même raison, on doit décider, dans le cas auquel il est intervenu une séparation de biens pendant le mariage, que les héritages acquis par le mari depuis la séparation, quoiqu'ils ne soient pas conquêts, sont sujets au douaire subsidiaire.

114. Que dirons-nous des héritages qui sont échus au mari par succession collatérale, pendant le mariage? Ces héritages, quoique propres, ne sont pas sujets au douaire ordinaire; sont-ils sujets au douaire subsidiaire? La même raison de douter, tirée du terme de *conquêts* employé par la coutume, se rencontre ici en beaucoup plus forts termes que dans les deux espèces précédentes. Dans le cas de l'exclusion de communauté, on peut dire que si les héritages acquis par le mari pendant le mariage, ne sont pas conquêts, n'y ayant pas de communauté, ils doivent en tenir lieu par rapport au douaire subsidiaire; parceque ce sont les héritages qui seroient les conquêts, sans la clause d'exclusion de communauté, qui n'a été faite que pour priver la femme du droit de communauté, et non pour la priver de son douaire subsidiaire, qui lui est d'autant plus nécessaire, qu'elle est privée de son droit de communauté.

A l'égard du cas de la séparation, on peut dire aussi que

si les héritages acquis par le mari depuis la séparation, ne sont pas *conquêts*, n'y ayant plus de communauté, ils doivent encore, par rapport au douaire subsidiaire, être considérés comme tels; parceque la femme, qui auroit eu son douaire subsidiaire sur ses héritages, s'il n'y avoit pas eu de séparation, n'en doit pas être privée par la séparation; la séparation, qui arrive ordinairement par la faute du mari, ne devant pas profiter au mari, et priver la femme de son douaire subsidiaire.

Mais les héritages échus au mari pendant le mariage, par une succession collatérale, sont de vrais propres, qui ne peuvent, en aucune manière que ce soit, être comparés aux conquêts. La raison de douter, tirée du terme de *conquêts* employé par la coutume, milite donc beaucoup plus. Néanmoins je pense que ces héritages doivent être sujets au douaire subsidiaire, de même que tous les autres héritages et immeubles du mari qui ne le sont pas au douaire ordinaire : la raison est, que le terme *conquêts* employé dans l'article 221, ne doit pas être entendu *restrictivè*, comme nous l'avons établi ci-dessus.

On doit donc entendre ainsi cet article : *En traité de mariage auquel il n'y a convention de douaire, et le mari n'a aucuns propres* (sujets au douaire ordinaire établi par l'article 218), *la femme aura pour son douaire le quart* (des autres héritages et immeubles de la succession du mari, même) *des conquêts de la portion des héritiers du décédé en usufruit, etc.*, à l'égard desquels conquêts il y avoit une plus grande raison de douter s'ils seroient assujettis à ce douaire, parceque la femme y a déja part à titre de communauté.

115. De tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, il résulte trois différences entre le douaire ordinaire et le subsidiaire.

Première Différence. Le douaire ordinaire est de la moitié en usufruit des héritages qui y sont sujets; le douaire subsidiaire n'est que du quart en usufruit.

Seconde Différence. Les héritages que le mari avoit au temps des épousailles, sont dès ce temps affectés au douaire

ordinaire; ceux venus depuis le mariage au mari, de ses père, mère ou autres ascendants, y sont affectés aussitôt qu'ils lui sont avenus : au contraire, les héritages sujets au douaire subsidiaire n'étant que ceux que le mari laisse dans sa succession, ils ne commencent à être sujets au douaire subsidiaire que lors de l'ouverture de la succession du mari.

Troisième Différence. Le douaire ordinaire charge la douairière de payer, à la décharge des héritiers du mari, la moitié des arrérages des rentes dont le mari étoit débiteur au temps des épousailles, qui courront pendant le temps de la jouissance du douaire.

Le douaire subsidiaire charge la douairière de payer, à la décharge du mari pendant ledit temps, le quart des arrérages de toutes les rentes dont il étoit débiteur au temps de sa mort.

Au reste, le douaire subsidiaire sur les immeubles convient avec le douaire ordinaire, en ce qu'il ne charge pas la douairière de contribuer en rien aux dettes mobilières.

§. III. Du douaire subsidiaire sur les meubles.

116. A défaut du douaire ordinaire, faute de biens qui y soient sujets, et à défaut du douaire subsidiaire sur les autres immeubles du mari, lesquels sont compris sous le terme de *conquêts*, la coutume d'Orléans établit à la fin de l'article ci-dessus rapporté, un douaire subsidiaire sur les meubles; il y est dit : *Et s'il n'y a conquêts, aura la quarte partie des meubles de la portion des héritages du trépassé, à perpétuité, les dettes déduites.*

Ces termes, *s'il n'y a conquêts*, doivent s'interpréter de la même manière que nous avons, au paragraphe précédent, interprété les termes de cet article, *s'il n'y a aucuns propres.*

C'est pourquoi il y a lieu à ce douaire subsidiaire, et le mari est censé n'avoir laissé aucuns conquêts, lorsqu'il n'en a laissé aucun qui soit régi par une coutume qui accorde un douaire subsidiaire sur les conquêts.

Pareillement, le mari est censé n'avoir laissé aucuns conquêts, si ceux qu'il a laissés, ou n'ont aucun revenu; comme s'il n'a laissé qu'une rente dont le débiteur est insolvable; ou n'en ont qu'un de nulle considération, ou sont chargés d'un usufruit envers un tiers. La douairière peut donc, dans tous ces cas, demander le douaire subsidiaire sur les meubles, de la même manière et sous les mêmes limitations que nous avons vu au paragraphe premier, qu'elle pouvoit, dans les mêmes cas, demander le douaire subsidiaire sur les conquêts.

Mais si c'étoit envers la femme elle-même que la portion des héritiers du mari dans les conquêts fût chargée d'usufruit par la donation qu'il lui en auroit faite, il n'y auroit pas lieu, en ce cas, au douaire subsidiaire sur les meubles; car on ne doit pas dire, en ce cas, qu'il n'y a pas de conquêts, mais plutôt que la femme confond sur elle-même le douaire que la coutume lui donne sur le quart des conquêts de la portion du mari décédé, son mari n'ayant pu lui donner sa portion de conquêts, ni en propriété ni en usufruit, que sous cette charge.

117. La coutume dit, *aura la quarte partie des meubles*. Par ce terme *meubles*, elle entend généralement tous les biens meubles de la succession du mari, soit corporels, soit incorporels, tant ceux qui dépendent de la communauté que ceux qui ont été stipulés propres.

118. La coutume dit *à perpétuité;* c'est-à-dire qu'elle donne en propriété cette portion des meubles à la douairière, quoique le douaire soit par sa nature viager. Cela paroît venir du peu de cas que nos ancêtres faisoient autrefois des meubles.

119. Enfin la coutume dit, *toutes dettes déduites*. La coutume n'accorde à la femme ce douaire subsidiaire que sur ce qui reste après toutes les dettes acquittées : s'il ne reste rien, la femme n'aura pas de douaire.

Ces termes, *toutes dettes déduites*, comprennent généralement toutes les dettes, de quelque nature qu'elles soient, les rentes comme les dettes mobilières : ils comprennent aussi les frais funéraires, les frais d'inventaire et de vente.

A l'égard des legs, sans en excepter ceux qu'on appelle *legs pieux*, la douairière n'en est aucunement tenue; ils doivent être acquittés entièrement sur les trois quarts qui appartiennent aux héritiers du mari dans le restant des meubles.

§. IV. Du douaire subsidiaire qu'accordent quelques autres coutumes.

120. La coutume de Tremblevif, locale de Blois, a une disposition pour le douaire subsidiaire, à défaut de propres, qui est entièrement semblable à celle d'Orléans; sauf qu'elle n'accorde ce douaire subsidiaire qu'entre roturiers.

121. La coutume de Bourbonnois accorde aussi aux femmes un douaire subsidiaire, à défaut du douaire ordinaire; car à défaut d'héritages propres sur lesquels elle assigne le douaire ordinaire, elle accorde à la femme, en l'article 256, pour douaire subsidiaire, la moitié en usufruit de la portion des biens du mari, tant meubles que conquêts, *deducto ære alieno*, c'est-à-dire, à la charge de prélever auparavant les dettes.

122. La coutume de Dunois, à défaut d'héritages, accorde aux femmes, pour douaire, la somme de soixante sous, une fois payée.

SECTION II.

En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel.

Nous verrons, dans un premier article, quelles sont les choses dans lesquelles les parties, par leur contrat de mariage, peuvent faire consister le douaire conventionnel; quel droit elles sont présumées avoir voulu faire accorder à la douairière dans lesdites choses, lorsqu'elles ne s'en sont pas expliquées. Dans un second article, nous traiterons la question, si le douaire conventionnel peut excéder la valeur du coutumier. Nous traiterons, dans un troisième article, s'il prive la femme du choix du coutumier.

ARTICLE PREMIER.

Quelles sont les choses dans lesquelles les parties peuvent faire consister le douaire conventionnel; et quel droit sont-elles censées avoir voulu accorder à la douairière dans lesdites choses, lorsqu'elles ne s'en sont pas expliquées ?

123. Les parties peuvent faire consister, par leur contrat de mariage, le douaire en telles choses qu'elles jugent à propos de le faire consister. On peut le faire consister dans une certaine quotité. Par exemple, on peut convenir que la femme jouira, pour son douaire, du tiers, du quart des biens de son mari, ou de telle autre portion que les parties auront jugé à propos de fixer. On peut donner à la douairière cette portion, ou dans tous les biens du mari, ou dans une certaine espèce de biens, *putà*, dans ses biens immeubles : on peut le lui donner dans ceux qu'il laissera à sa mort, ou seulement dans ceux qu'il se trouve avoir au temps des épousailles.

On peut faire consister le douaire dans un corps certain, comme lorsqu'il est dit que la femme aura, pour son douaire, la jouissance d'une telle terre.

On peut le faire consister dans une rente; on peut le faire consister dans une somme une fois payée.

Quoique le douaire conventionnel consiste ordinairement en quelque chose de viager, on peut convenir que la femme aura à perpétuité, et en pleine propriété, les choses qu'on lui donne pour son douaire.

124. Observez néanmoins que le douaire étant, par sa nature, viager, puisqu'il est établi pour servir de subsistance à la personne de la femme, le douaire conventionnel est présumé viager; à moins que, par le contrat de mariage, il ne soit dit, en termes formels, que la femme auroit en propriété les choses qui lui sont données pour son douaire.

C'est pourquoi, au lieu que, selon l'usage ordinaire du langage, dans les contrats et dans les testaments, lorsqu'on s'est obligé de donner une chose, ou lorsqu'on a légué une chose, sans expliquer si c'étoit en propriété ou en usufruit, on est présumé s'être obligé de la donner en propriété, ou

l'avoir léguée en propriété; au contraire, dans la convention de douaire, lorsqu'il est dit que la femme aura, pour son douaire, une certaine portion de biens, ou qu'elle aura, pour son douaire, une telle terre, cela ne s'entend que de l'usufruit de cette portion de biens, cela ne s'entend que de l'usufruit de cette terre. Pareillement, lorsqu'il est dit que le douaire de la femme sera de tant de rente par chacun an, cela s'entend d'une rente viagère; et lorsqu'il est dit que la femme aura, pour son douaire, une certaine somme, cela ne s'entend que de l'usufruit de cette somme.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté au quatrième tome du Journal des Audiences. Dans l'espèce de cet arrêt, il étoit dit que le douaire de la femme seroit d'une telle somme *une fois payée:* l'arrêt jugea que la femme n'auroit, pour son douaire, que l'usufruit de cette somme, conformément à la nature du douaire, qui n'est que viager; que les parties n'avoient pas assez suffisamment exprimé par ces termes, *une fois payée*, que la femme doit avoir cette somme en propriété, ces termes signifiant seulement que ce n'étoit pas cette somme par chacun an, mais cette somme une fois payée seulement, qui lui étoit donnée pour son douaire.

125. Quelques coutumes se sont écartées de ce principe, dans le cas auquel le douaire étoit réglé, par le contrat de mariage, à une certaine somme d'argent, ou à quelque autre chose mobilière, comme lorsqu'il est dit que la femme aura pour douaire la somme de tant, ou le vin qui sera récolté dans mes vignes à la première récolte qui suivra mon décès; et elles ont décidé que, dans ce cas, la somme d'argent, ou la somme mobilière, étoit censée donnée en propriété, et non pas en usufruit.

De ce nombre est la coutume d'Auxerre, qui dit en l'article 215: « Femme douée, par douaire préfix, de somme « de deniers, ou autre chose mobilière pour une fois payée, « emporte ledit douaire en pleine propriété. » Celle de Sens, *article* 168, dit pareillement: « Femme douée, par douaire « préfix, de somme de deniers, ou autre chose mobilière, « l'emporte en pleine propriété. »

126. Le douaire d'une somme d'argent étant présumé être en propriété dans ces coutumes, étant censé n'être qu'en usufruit dans celles qui n'ont pas une pareille disposition, par quelle coutume doit-on décider la question? Est-ce par celle du lieu où le contrat a été passé? Est-ce plutôt par celle du lieu du domicile qu'avoient les parties contractantes lors du contrat de mariage? Je pense que c'est plutôt par celle-ci. La loi du lieu où un acte est passé ne règle que la forme extérieure de l'acte; la loi du domicile des parties contractantes, étant celle qui régit les personnes, doit aussi régir la nature et l'étendue des obligations personnelles qu'elles contractent. C'est ce que nous avons établi dans notre *Traité du Contrat de Communauté.*

La question ne doit pas souffrir de difficulté, lorsque les parties contractantes sont domiciliées sous la même coutume; mais si, lors du contrat de mariage, l'une des parties étoit domiciliée sous une coutume dans laquelle le douaire d'une somme d'argent est réputé être de la propriété de cette somme, et que l'autre eût alors son domicile sous une coutume dans laquelle ce douaire n'est réputé être qu'en usufruit, par laquelle doit-on décider? Je crois que c'est par la loi du domicile du mari, lorsqu'il se propose de conserver ce domicile, et d'y emmener sa femme après la célébration; car ce domicile, qui va devenir aussi celui de la femme aussitôt après la célébration du mariage, est le vrai domicile matrimonial, dont la loi doit régler la nature et l'étendue des conventions matrimoniales, comme nous l'avons décidé en notre *Traité de la Communauté*, *n.* 14. C'est donc par cette loi qu'on doit décider si le douaire d'une somme d'argent, stipulé par le contrat de mariage, doit être réputé en propriété, ou seulement en usufruit.

On cite néanmoins un arrêt contraire, du 28 mai 1633, rapporté au premier tome du Journal des Audiences, dans l'espèce duquel un homme de Montargis s'étant marié à une femme de Sens, où le contrat s'étoit passé, le douaire d'une somme d'argent fut jugé devoir être en propriété, conformément à la coutume de Sens. Mais je pense,

nonobstant cet arrêt, qu'on doit s'en tenir aux principes que nous venons d'établir.

Lorsque, par le contrat de mariage, il y a une clause par laquelle les parties se sont soumises à une certaine coutume pour leurs conventions matrimoniales, il n'est pas douteux, en ce cas, que la question doit se décider par la coutume à laquelle les parties se sont soumises.

ARTICLE II.

Si le douaire préfix peut excéder le coutumier.

127. Il y a variété sur cette question. Les coutumes de Paris, d'Orléans, et la plupart des coutumes n'ayant pas limité la quantité du douaire conventionnel, il peut, dans ces coutumes, excéder celle du douaire coutumier; et quoiqu'il l'excède, il n'est considéré que comme une simple convention de douaire, qui n'est point par conséquent sujette à l'insinuation, comme nous l'avons déja vu *suprà*.

Il y a quelques autres coutumes qui ne permettent pas de convenir d'un douaire qui soit plus fort que le douaire coutumier. Telles sont les coutumes de Normandie, de Tours, du Maine, de Poitou, etc.

Dans ces coutumes, le douaire conventionnel peut être moindre que le douaire coutumier, ou tout au plus d'égale valeur : lorsque l'héritier du mari le trouve plus fort, il peut se défendre de la demande qui lui en est faite, en offrant à la veuve le douaire coutumier.

128. Dans cette variété de coutumes, par quelle coutume doit-on décider si le douaire conventionnel, qui se trouve plus fort que le coutumier, doit être réduit, ou non, au coutumier? Est-ce par celle du domicile du mari au temps du contrat de mariage? Est-ce par celle du lieu où le contrat de mariage a été passé? Est-ce par celle du lieu où sont situés les héritages dans lesquels on a constitué le douaire?

La décision de la question dépend de la qualité du statut qui réduit le douaire conventionnel à la valeur du coutumier. Il ne peut être douteux que ce statut est un statut réel, puisqu'il a pour objet des choses dont il restreint la

disposition. Or il est de la nature des statuts réels, qu'ils ne peuvent exercer leur empire que sur les choses qui y sont sujettes, et qu'ils l'exercent sur lesdites choses à l'égard de toutes les personnes à qui elles appartiennent, quand même lesdites personnes ne seroient pas soumises à ces coutumes : d'où il est facile de conclure que c'est par la coutume du lieu où sont situés les héritages dans lesquels on a constitué le douaire, qu'on doit décider s'il est réductible, ou non, à la valeur du coutumier.

Suivant ces principes, si un homme domicilié sous la coutume de Normandie, qui réduit le douaire conventionnel au tiers coutumier, et qui a des héritages situés sous la coutume de Paris, qui ne restreint point le douaire conventionnel, a donné, par contrat de mariage, en douaire la moitié en propriété de tous les biens immeubles qu'il avoit lorsqu'il s'est marié, la veuve de ce Normand sera bien fondée à prétendre, conformément à la convention du douaire, la moitié en propriété de tous les héritages situés sous la coutume de Paris, que ce Normand avoit lorsqu'il s'est marié, sans que le statut de la coutume de Normandie, qui réduit le douaire conventionnel à la valeur du coutumier, y puisse mettre obstacle; car, comme nous l'avons dit, ce statut ne peut exercer son empire que sur les biens de cette coutume; il ne peut l'exercer sur des héritages situés en d'autres provinces, sur lesquels il n'a aucun empire.

Lorsque c'est un Parisien qui a constitué un pareil douaire, et qu'il a des héritages situés sous la coutume de Normandie, le douaire souffrira réduction à l'égard des héritages qui y sont situés, et la veuve ne pourra prétendre dans lesdits héritages que le tiers en usufruit, que la coutume de Normandie accorde pour le douaire des femmes; car, quoique l'homme ne fût pas sujet à cette coutume, il suffit que ces héritages, qui sont situés sous cette coutume, y soient sujets, étant de la nature des statuts réels, comme nous l'avons dit, qu'ils exercent leur empire sur toutes les choses qui y sont sujettes, quoique les personnes à qui elles appartiennent n'y soient pas sujettes par elles-mêmes.

C'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts; un du 30

décembre 1693, rapporté au premier tome des Mémoires de M. Froland; un du 23 janvier 1703, au cinquième tome du Journal des Audiences.

129. Que doit-on décider à l'égard des choses qui n'ont pas de situation, telles que sont tous les meubles, tant corporels qu'incorporels, et les rentes constituées, sauf celles dues par le roi, qui sont censées avoir une situation au lieu où est établi le bureau de paiement? Les choses qui n'ont point de situation suivent les personnes à qui elles appartiennent, et sont régies par la coutume du lieu de son domicile. C'est pourquoi, lorsqu'un douaire conventionnel a été constitué en biens de cette espèce, il n'est réductible à la valeur du douaire coutumier que lorsque la coutume du lieu du domicile de l'homme en a une disposition.

130. Lorsque l'homme, depuis son mariage, a changé de domicile, est-ce la loi du lieu du domicile qu'il avoit lors du mariage, ou celle du lieu de celui qu'il avoit lors de sa mort, qui doit être considérée?

Je pense qu'on doit distinguer si le douaire conventionnel a été constitué en biens qu'il avoit déja lorsqu'il s'est marié, ou s'il a été constitué en biens qu'il laisseroit lors de son décès.

Dans le premier cas, je pense que c'est la coutume du lieu du domicile que l'homme avoit lorsqu'il s'est marié, qui doit seule être considérée. Par exemple, si un homme qui étoit domicilié sous la coutume du Maine au temps de son contrat de mariage, et dont le bien consistoit en rentes constituées, a donné à sa femme, pour douaire conventionnel, la moitié en propriété de toutes les rentes qui lui appartenoient; quoique cet homme ait, depuis son mariage, transféré son domicile sous une coutume qui ne restreint pas le douaire conventionnel, et que ses rentes ne soient plus régies par la coutume du Maine, néanmoins le douaire conventionnel de la moitié en propriété de ses rentes sera réduit, conformément à la coutume du Maine, au tiers en usufruit desdites rentes; car ces rentes ayant été sujettes à la coutume du Maine, au temps du contrat de mariage, il n'a pu alors valablement constituer le douaire porté, par

son contrat de mariage, dans lesdites rentes, que jusqu'à concurrence du douaire coutumier de la coutume du Maine, c'est-à-dire, du tiers en usufruit. Le douaire conventionnel n'ayant été constitué valablement que jusqu'à cette concurrence, le mari n'a pas pu par son fait, en changeant de domicile, l'augmenter.

Vice versâ, lorsqu'un pareil douaire conventionnel a été constitué par un homme qui, au temps de son contrat de mariage, étoit domicilié sous une coutume qui ne restreint pas le douaire conventionnel; quoique cet homme ait transféré, depuis son mariage, son domicile sous la coutume du Maine, ce douaire ne souffrira aucune réduction : car ayant été une fois valablement constitué, le mari ne peut par son fait, en changeant de domicile, y donner atteinte.

131. Il n'en est pas de même lorsque le douaire conventionnel a été constitué en biens que l'homme laisseroit lors de son décès; comme, par exemple, s'il est porté, par le contrat de mariage, que le douaire de la femme sera de la moitié de tous les biens meubles et immeubles que l'homme laissera lors de son décès : dans ce cas, les biens meubles et les rentes que le mari a laissés à son décès, ne commencent qu'au temps de son décès à former le douaire, n'ayant pas pu le former plus tôt, puisque, jusqu'à ce temps, il a été incertain quelles seroient les choses que le mari laisseroit à son décès, et dans lesquelles a été constitué le douaire; ce ne peut être que la loi par laquelle ces choses sont régies au temps du décès du mari, qui est celle sous laquelle il étoit alors domicilié, qui puisse régler si ces choses doivent être sujettes au douaire sans restriction, conformément à la convention, ou si elles ne doivent l'être que jusqu'à concurrence de la valeur du douaire coutumier.

C'est pourquoi, lorsqu'un douaire est de la moitié en propriété des biens mobiliers et des rentes que le mari laisseroit à son décès; quoique le mari fût, lors du contrat de mariage, domicilié sous la coutume du Maine, s'il a transféré son domicile à Orléans, où il est mort, le douaire de ces choses ne sera pas réduit à la valeur du douaire coutumier, suivant la coutume du Maine, qui ne peut exercer

aucun empire sur ces choses, lesquelles, ou n'y ont jamais été sujettes, si elles n'ont été acquises que depuis la translation de domicile, ou du moins ont cessé d'y être sujettes avant qu'elles eussent entré dans la formation du douaire.

Vice versâ, quoique l'homme qui auroit constitué un pareil douaire eût alors son domicile à Orléans; s'il l'a transféré sous la coutume du Maine, et qu'il y soit mort, le douaire sera réductible à la valeur du douaire coutumier : car les choses dont il est formé se trouvent, au temps de la mort du mari, qui est le temps auquel elles commencent à le former, être régies par la coutume du Maine, qui ordonne cette réduction.

En vain opposeroit-on que le mari n'a pu par son fait, en changeant de domicile, donner atteinte au douaire, qui, sans ce changement de domicile, n'auroit souffert aucune réduction.

La réponse est, que le mari ne peut, par son changement de domicile, soustraire au douaire aucune des choses qui le forment déja, ou qui y sont déja affectées ou hypothéquées. Par exemple, lorsqu'un Orléanois, par son contrat de mariage, a constitué le douaire dans la moitié des rentes qui lui appartenoient alors, il ne peut, en transférant son domicile dans la coutume du Maine, rien soustraire au douaire, de la moitié de ces rentes, qui y sont déja affectées, et qui entrent même déja, pour cette moitié, dans la formation et composition du douaire. Mais lorsque le douaire consiste dans la moitié des rentes que le mari laissera lors de son décès, on ne peut pas dire que, en faisant passer ses rentes sous la coutume du Maine, où il a transféré son domicile, il ait rien soustrait au douaire de ce qui y étoit affecté, et de ce qui le composoit : car les rentes qu'il a fait passer sous la coutume du Maine n'étoient pas affectées au douaire lorsqu'il y a transféré son domicile; les choses qui doivent former un tel douaire ne pouvant commencer à le former, et y être affectées, qu'au temps du décès du mari.

132. Lorsqu'un noble d'Issoudun, qui a sous la coutume d'Issoudun des héritages considérables, et sous celle de

Tours une petite terre bien jolie, mais d'un revenu modique, a donné pour douaire conventionnel à sa femme l'usufruit de cette petite terre, ignorant la disposition de la coutume de Tours, qui ne permet pas que le douaire conventionnel excède le coutumier; ce douaire étant réduit au tiers, la douairière peut-elle demander récompense sur les biens d'Issoudun, du retranchement qu'elle souffre, sous le prétexte que la coutume d'Issoudun, qui n'accorde aucun douaire coutumier, permet d'accorder un douaire conventionnel aussi considérable que l'on juge à propos? Je ne pense pas qu'elle y soit fondée. Son mari pouvoit, à la vérité, lui constituer dans ses héritages d'Issoudun un douaire aussi considérable, et même beaucoup plus considérable que celui qu'il lui a constitué, et dans lequel elle a souffert un retranchement par la coutume de Tours : il l'eût peut-être fait, s'il n'eût pas ignoré la disposition de cette coutume : mais il suffit qu'il ne l'ait pas fait, pour que la femme ne puisse le prétendre. Le mari n'a pas fait ce qu'il pouvoit faire, et il a fait ce qu'il ne pouvoit pas faire : *Non fecit quod potuit, fecit quod non potuit.*

133. Lorsque le douaire conventionnel qu'un homme a constitué à sa femme consiste dans une grosse rente viagère, ou dans une somme d'argent en propriété, et qu'il excède la valeur du douaire coutumier accordé par les coutumes où sont les biens de cet homme; quoique cet homme fût domicilié sous une coutume qui restreint le douaire conventionnel à la valeur du coutumier; s'il a des héritages situés sous une autre coutume qui n'apporte aucune restriction au douaire conventionnel, la douairière pourra se faire payer en entier de son douaire sur lesdits héritages, quoiqu'il excède le coutumier.

C'est une suite du principe que nous avons établi ci-dessus, que le statut qui restreint le douaire conventionnel à la valeur du douaire coutumier, est un statut réel. Ces statuts tombent sur les choses plutôt que sur les personnes : la coutume qui renferme un tel statut, ne défend d'accorder un douaire au-delà de la valeur du douaire coutumier, qu'à l'égard des choses soumises à son empire. Elle empê-

che que les choses ne soient disponibles à titre de douaire au-delà de la valeur du douaire coutumier; mais elle ne rend pas les personnes soumises à son empire, incapables de disposer à ce titre, sans restriction, des héritages qu'elles ont dans d'autres provinces, sur lesquels elle n'a aucun empire. C'est pourquoi, quelque considérable que soit la rente ou la somme d'argent qu'un Manceau qui a des héritages situés sous la coutume d'Orléans, a constituée pour le douaire de sa femme, l'héritier de ce Manceau ne pourra se dispenser de payer ce douaire qu'en abandonnant à la femme la propriété de tous les héritages dépendants de la succession, qui sont situés sous la coutume d'Orléans, et en lui laissant le douaire coutumier sur ceux régis par la coutume du Maine.

La douairière, outre les charges du douaire coutumier qu'elle a dans les biens du Maine, doit encore, au moyen de l'abandon qui lui est fait de tous les héritages situés sous la coutume d'Orléans, être tenue des dettes hypothécaires antérieures au mariage, pour la part qu'en doivent porter lesdits héritages qu'on lui abandonne; mais elle n'est aucunement tenue de celles postérieures au mariage, le mari n'ayant pu par son fait, en contractant des dettes postérieures au mariage, donner atteinte au douaire.

Vice versâ, lorsqu'un homme domicilié sous la coutume d'Orléans, qui a des héritages situés sous la coutume du Maine, se marie, il ne peut pas, en fraude de la coutume du Maine, qui ne lui permet pas de disposer, à titre de douaire, desdits héritages au-delà de la valeur du douaire coutumier, constituer à sa femme, pour douaire, une rente ou une somme d'argent trop considérable, qui absorberoit la valeur desdits héritages. C'est pourquoi l'héritier peut se dispenser de payer à la douairière cette somme ou cette rente, en abandonnant à la douairière la propriété de tous les biens de sa succession régis par la coutume d'Orléans, et en lui laissant le douaire coutumier sur les héritages régis par celle du Maine.

Parmi les biens régis par la coutume d'Orléans, que l'hé-

ritier doit, en ce cas, abandonner à la douairière, on doit comprendre tous ceux qui n'ont point de situation, tels que sont tous les biens mobiliers, et les rentes sur particuliers; ces choses qui n'ont point de situation étant, comme nous l'avons déja observé ailleurs, régies par la coutume du lieu du domicile de la personne à qui elles appartiennent.

Observez que si l'Orléanois qui a constitué ce douaire, a transféré son domicile sous la coutume du Maine, quoique, par cette translation de domicile, les rentes qui lui appartenoient deviennent soumises à la coutume du Maine, néanmoins toutes les rentes qui lui appartenoient avant cette translation de domicile doivent être comprises dans l'abandon que l'héritier doit faire à la douairière; car ayant été une fois affectées et hypothéquées au douaire, il n'a pu par son fait, en changeant de domicile, éteindre cette hypothèque.

134. Dans les coutumes qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède le coutumier, c'est une question, si la femme ne peut avoir aucun douaire conventionnel, lorsqu'il n'y a aucun douaire coutumier, ne se trouvant dans les biens du mari aucuns de ceux dans lesquels la coutume accorde un douaire. On dit, contre la femme, que la coutume ayant réduit le douaire conventionnel à la valeur du douaire coutumier, c'est une conséquence que, dans les cas auxquels la coutume n'a accordé aucun douaire coutumier, le douaire coutumier, en ce cas, étant *rien*, le conventionnel doit être pareillement réduit à rien, et que la femme ne peut rien prétendre à ce titre.

Au contraire, on dit, en faveur de la veuve, que la disposition de ces coutumes, qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède la valeur du douaire coutumier, suppose le cas auquel il y a un douaire coutumier, et ne peut avoir lieu que dans ce cas : car on ne peut pas dire que le douaire conventionnel excède le douaire coutumier, lorsqu'il n'y a aucun douaire coutumier; le néant ne pouvant pas être un terme de comparaison, ni être susceptible *de plus* ou *de moins*. Bien loin donc qu'on doive décider dans ces coutumes que, lorsqu'il n'y a aucun

douaire coutumier, il ne peut y avoir de douaire conventionnel, on doit au contraire décider que, dans ce cas, le douaire conventionnel n'est sujet à aucune réduction, n'y ayant aucun douaire coutumier à la valeur duquel il puisse être réduit.

L'esprit de cette coutume n'est pas que le mari ne puisse accorder à sa femme aucun douaire, mais qu'il n'en accorde pas un excessif. C'est par la valeur du douaire coutumier qu'elles décident si le conventionnel est excessif. Le défaut du douaire coutumier n'empêche donc pas que le mari n'ait pu accorder un douaire conventionnel; il empêche plutôt que celui qu'il a accordé, ne puisse être jugé excessif, faute de ce qui devoit servir de mesure pour juger de son excès.

La coutume d'Auxerre s'est expliquée pour ce sentiment, sur la question. Elle est du nombre de celles qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède le douaire coutumier; mais, à défaut de celui-ci, elle déclare le conventionnel non sujet à réduction. Voici comme elle s'explique, *art.* 212 : « Douaire préfix constitué par le mari ayant « héritage propre, ne peut excéder le coutumier. . . . et *si* « *le mari* n'a héritage propre (1), le préfix aura lieu, de « quelque valeur qu'il soit. »

Cette disposition de la coutume d'Auxerre doit-elle être suivie dans les coutumes qui décident que le douaire conventionnel ne doit pas excéder le douaire coutumier, sans s'être expliquées sur le cas auquel il n'y a aucun douaire coutumier? Je le pense, par les raisons qui ont été exposées ci-dessus.

Sauf néanmoins que, à défaut de douaire coutumier, le douaire préfix ne pût excéder ce qu'il est permis au mari de donner à sa femme par contrat de mariage. Par exemple, lorsqu'un homme domicilié sous la coutume de Tours, qui est une de celles qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède le coutumier, a tout son bien en

(1) Auquel cas il n'y a pas de douaire coutumier, qui n'est accordé que sur les propres de communauté.

mobilier; la femme ne pouvant pas, en ce cas, avoir un douaire coutumier, cette coutume ne l'accordant que dans les immeubles du mari, le mari pourra lui accorder un douaire conventionnel; mais ce douaire ne pourra excéder la moitié des meubles du mari : autrement, la disposition de l'article 227 de cette coutume, qui ne permet pas à un homme qui n'a que des meubles, d'en donner plus de la moitié, deviendroit illusoire, s'il pouvoit donner à titre de douaire ce que la coutume lui défend de donner.

135. Si, dans la coutume d'Auxerre, le mari avoit un propre, mais qui ne fût de nulle considération; comme si ce propre étoit une rente de vingt sous; le conventionnel seroit-il réductible à la valeur du douaire coutumier sur cette rente de vingt sous, c'est-à-dire, à dix sous de rente? Je crois que, dans ce cas, le douaire conventionnel ne doit pas plus être sujet à réduction, que si le mari n'avoit aucun propre, et qu'il n'y eût point en tout de douaire coutumier; car, dans les choses morales, *parùm pro nihilò reputatur;* et c'est la même chose, que le mari n'ait aucun propre, ou que ce qu'il a de propre, ne soit d'aucune considération.

136. Lorsque, dans ces coutumes, le mari n'a qu'un héritage propre, qui est chargé d'usufruit envers un tiers, il y a, en ce cas, un douaire coutumier; et s'il n'y avoit pas de douaire conventionnel, la veuve auroit droit de jouir d'une portion du revenu de cet héritage après l'extinction de l'usufruit dont il est chargé. Cela suffit pour que le douaire conventionnel soit, en ce cas, réductible à la valeur de ce douaire coutumier, c'est-à-dire, à la valeur de la portion que la coutume assigne pour le douaire dans le revenu de cet héritage.

137. Les coutumes qui réduisent le douaire conventionnel à la valeur du douaire coutumier, ayant pour objet les biens du mari, dont elles ne lui permettent pas de disposer envers sa femme, à titre de douaire, au-delà de la valeur du douaire coutumier, c'est une conséquence qu'il n'y a lieu à cette réduction que lorsque c'est le mari qui constitue lui-même le douaire à sa femme : mais si c'étoit un tiers qui fût intervenu au contrat de mariage, et qui eût cons-

titué un douaire à la femme, ce douaire ne seroit pas réductible, comme l'ont observé les commentateurs sur la coutume d'Anjou, cités par Dupineau.

Il nous reste à observer que la réduction du douaire préfix à la valeur du coutumier, étant établie dans ces coutumes en faveur de l'héritier du mari, de même que les réserves coutumières, il n'y a que l'héritier qui soit reçu à demander cette réduction. Le Supplément de Denisart rapporte un arrêt du 28 mars 1767, qui a jugé, au profit d'un enfant douairier, que le curateur à la succession vacante du père, et les créanciers postérieurs au contrat de mariage, étoient non recevables dans cette demande. Il y a même raison à l'égard de la veuve.

ARTICLE III.

Si le donaire conventionnel exclut le douaire coutumier.

138. Il n'est pas douteux que la femme ne peut pas avoir tout à-la-fois le douaire conventionnel et le douaire coutumier; mais c'est une question sur laquelle les coutumes sont partagées, de savoir si, lorsqu'on a accordé, par le contrat de mariage, un douaire à la femme, elle est recevable, en renonçant au conventionnel, à prétendre le coutumier.

La coutume de Paris le lui refuse par l'art. 261. Il y est dit : « Femme douée de douaire préfix ne peut demander « douaire coutumier, s'il ne lui est permis par son contrat « de mariage. »

Les coutumes d'Orléans, de Blois, et un très grand nombre d'autres, ont une pareille disposition.

La raison est, que le douaire conventionnel a été autrefois le seul douaire. C'est pour subvenir aux femmes auxquelles il n'avoit pas été pourvu d'un douaire par leur convention de mariage, que Philippe-Auguste, et ensuite les coutumes, ont établi le douaire légal ou coutumier.

Par cette raison, la coutume de Paris et la plupart des autres n'accordent le douaire coutumier qu'à défaut du conventionnel. Lorsqu'il y en a un, elles ne permettent pas

à la femme de prétendre autre chose que ce qu'elle est convenue elle-même qu'elle auroit pour son douaire.

Quelques autres coutumes, comme Meaux, Troyes, le Grand-Perche, etc., donnent à la femme qui a un douaire conventionnel, le choix du coutumier, quoique ce choix ne lui ait pas été expressément accordé par le contrat de mariage, à moins qu'elle n'ait expressément renoncé au coutumier.

Ces coutumes défèrent aux femmes le douaire purement et simplement; elles ne le défèrent pas *à défaut du conventionnel.* C'est pourquoi, dans ces coutumes, la femme ayant deux droits pour demander un douaire, l'un qui lui vient de la loi qui le lui défère, l'autre qui lui vient de la convention, elle peut user de celui des deux droits qu'elle jugera lui convenir le mieux. Dans ces coutumes, quoique le douaire conventionnel lui soit accordé pour et à la place du coutumier, et qu'en conséquence elle ne puisse avoir l'un et l'autre; elle n'est pas néanmoins censée avoir, par la convention du douaire, renoncé au douaire coutumier. C'est pourquoi, en renonçant au droit qui lui vient de la convention du douaire, qui est censée, dans ces coutumes, n'être intervenue qu'en sa faveur, elle peut, dans ces coutumes, demander le douaire coutumier.

139. Dans cette variété de coutumes, suivant laquelle doit-on décider si la femme qui a, par son contrat de mariage, un douaire conventionnel, peut avoir le choix du coutumier? Nous avons déja établi ci-dessus, que les dispositions des coutumes qui concernent le douaire sont des statuts réels, qui, ayant pour objet les choses, exercent leur empire sur celles qui y sont sujettes, quelles que soient les personnes à qui elles appartiennent. Suivant ce principe, il n'est pas douteux que c'est par la coutume qui régit les biens du mari, qu'on doit décider si la femme qui a un douaire conventionnel, conserve le droit du douaire coutumier, ou si elle en est déchue. C'est pourquoi, lorsque des Parisiens ont contracté mariage; quoique la coutume de Paris refuse le douaire coutumier à la femme dans le cas auquel il y a un douaire conventionnel, néanmoins

si l'homme avoit, lors de son mariage, des héritages situés sous la coutume de Troyes, qui conserve, en ce cas, à la femme le choix du coutumier, la femme de ce Parisien aura, en ce cas, le choix du douaire coutumier sur lesdits héritages; et *vice versâ*, la femme d'un Troyen qui a un douaire conventionnel, n'aura pas le choix du coutumier sur les biens que son mari a sous la coutume de Paris.

140. Observez que lorsqu'un homme a des biens sujets au douaire coutumier sous différentes coutumes, dont l'une conserve à la femme qui a un douaire conventionnel, le choix du coutumier, et les autres l'en excluent; si la femme choisit le douaire que lui défère celle qui lui en accorde le choix, elle n'est pas obligée, pour avoir ce douaire coutumier, d'abandonner la totalité de son douaire conventionnel; elle n'en doit abandonner qu'une portion qui soit dans la même raison et proportion qu'est ce qui est sujet au douaire coutumier dans cette coutume, à la totalité de ce qui y est sujet dans toutes celles où le mari a des biens.

Par exemple, en supposant qu'un Parisien a des biens sujets au douaire coutumier sous les coutumes de Paris, d'Orléans et de Meaux, tous lesquels montent ensemble, pour les portions desdits biens qui sont sujettes au douaire coutumier, à une somme de 20,000 liv.; que ceux de Meaux, pour la portion qui y est sujette, montent à la somme de 5,000 liv., qui fait le quart de la totalité de tout ce qui est sujet au douaire coutumier dans toutes lesdites coutumes; la femme qui prend le douaire coutumier dans ladite coutume de Meaux ne renoncera au douaire conventionnel que pour un quart. Par exemple, s'il est de 800 liv. de rente viagère, il sera réduit à 600 liv. La raison est, que le douaire conventionnel est accordé à la femme pour lui tenir lieu de tous les douaires coutumiers qui lui sont déférés par toutes ces coutumes où le mari a des biens qui y sont sujets. Celui que défère la coutume de Meaux, ne montant qu'au quart de la totalité de tous les douaires, il n'y a que le quart du douaire conventionnel qui tienne lieu de ce douaire; et la femme qui accepte ce douaire de la coutume de Meaux,

ne doit par conséquent renoncer qu'au quart du douaire conventionnel.

141. Lorsque l'homme qui a constitué un douaire conventionnel à sa femme, avoit parmi ses biens, au temps du contrat de mariage, des rentes constituées; s'il a, depuis, changé de domicile, c'est la coutume du lieu qui régissoit les rentes au temps du contrat, qui doit décider si la femme à qui on a constitué un douaire conventionnel doit conserver dans les rentes le choix du douaire coutumier. Par exemple, si un homme domicilié sous la coutume de Meaux au temps de son contrat de mariage, qui a constitué un douaire conventionnel à sa femme, a, depuis, transféré son domicile à Paris, où il est mort, la veuve aura conservé le choix du douaire coutumier sur les rentes que son mari avoit au temps de son contrat de mariage, suivant la coutume de Meaux, quoique, par la translation de domicile du mari à Paris, ces rentes aient cessé d'être régies par la coutume de Meaux, et soient devenues sujettes à la coutume de Paris, qui exclut absolument le douaire coutumier, lorsqu'il y a un douaire conventionnel: car ayant été affectées au douaire, au temps du contrat de mariage, par la coutume de Meaux qui les régissoit alors, le mari n'a pas pu par son fait, en changeant de domicile, les en décharger. *Vice versâ*, si c'est un Parisien qui a transféré son domicile à Meaux, la femme qui a un douaire conventionnel, n'aura pas le choix du coutumier sur les rentes qui appartenoient à son mari au temps du contrat de mariage, le mari n'ayant pu par son fait, en changeant de domicile, faire avoir à sa femme un droit de douaire sur les rentes, droit que la coutume de Paris, à laquelle elles étoient sujettes au temps du contrat de mariage, lui avoit refusé.

142. Que doit-on dire à l'égard des rentes constituées qui ne sont venues au mari de la succession de quelqu'un de ses ascendants, que depuis sa translation de domicile? Ce ne peut être la coutume du lieu du domicile qu'avoit le mari au temps de son contrat de mariage, par laquelle lesdites rentes n'ont jamais été régies; ce ne peut être que celle par laquelle elles sont régies au temps qu'elles com-

mencent à appartenir au mari, qui est celui de l'ouverture de la succession, qui peut accorder ou refuser à la femme qui a un douaire conventionnel, le choix du douaire coutumier dans lesdites rentes.

143. Lorsqu'il est dit, par le contrat de mariage, que la femme aura pour douaire une rente de tant, ou le douaire coutumier, sans qu'il soit dit au choix de qui; c'est une question dans la coutume de Paris et autres semblables, si c'est la femme qui doit avoir le choix de l'un ou de l'autre douaire; ou si, au contraire, ce choix appartient à l'héritier du mari. Guérin décide pour l'héritier du mari. La raison sur laquelle il se fonde, est que l'héritier est débiteur de l'un et de l'autre douaire. Or c'est un principe que, lorsque deux choses sont dues sous une alternative, c'est le débiteur qui a le choix de payer celle qu'il voudra, si les parties ne s'en sont pas expliquées, comme nous l'avons établi en notre Traité des Obligations, *n.* 247. Il y a une raison ultérieure, qui est que, dans le doute, les conventions s'interprètent plutôt en faveur du débiteur que du créancier : *Ferè secundùm promissorem interpretamur;* l. 99, ff. *de verb. oblig.*

Au contraire, on dit pour la femme, que le principe sur lequel se fonde Guérin, ne reçoit aucune application.

Il est vrai que, dans le cas d'une créance alternative, c'est le débiteur qui a le choix. Si, par le contrat de mariage, il étoit dit que la femme auroit pour douaire une rente viagère de tant, ou une telle somme en propriété, ce douaire consisteroit en une créance alternative de la rente ou de la somme; et en ce cas, il ne seroit pas douteux que le choix de la rente ou de la somme appartiendroit à l'héritier du mari, qui en est le débiteur. Mais lorsqu'il est dit, par le contrat de mariage, dans la coutume de Paris et autres semblables, que la femme aura pour douaire une rente de tant, ou le douaire coutumier, la femme n'a pas, en ce cas, une simple créance alternative de deux choses, mais elle a plutôt deux droits, qui lui viennent de différentes causes. La femme qui, sans cette clause, seroit censée, en convenant d'un douaire conventionnel, avoir

renoncé au douaire coutumier, s'est, par cette clause, réservé le douaire coutumier, suivant la permission que la coutume lui en donne. Elle a donc deux droits, qui lui viennent de différentes causes; le droit de douaire conventionnel, qui consiste dans la créance de la rente viagère qui lui vient de la convention; et le droit de douaire coutumier, qui lui vient de la loi. Ces deux droits sont incompatibles; elle ne peut avoir les deux ensemble, le douaire conventionnel ne lui étant accordé que pour et à la place du coutumier : mais c'est un principe, que lorsqu'une personne a deux différents droits incompatibles, elle a le choix de celui dont elle voudra user. Ainsi, lorsqu'un enfant est héritier pour partie, et légataire de son père, il a le choix de la part dans la succession, ou du legs : par la même raison, la femme, dans ce cas-ci, doit avoir le choix du douaire conventionnel ou du coutumier. C'est l'avis de Chopin, Tronçon, Lemaître, etc.

144. Lorsque la femme a, soit par la coutume, soit par la convention, le choix du douaire conventionnel ou du coutumier, dans quel temps doit-elle exercer le choix?

Il y a encore sur ce point variété dans les coutumes. Plusieurs coutumes, comme Reims, Amiens, Grand-Perche, Bar, donnent à la femme, pour faire cette option, un délai de quarante jours, du jour de la mort du mari venue à sa connoissance. Celles de Laon et de Châlons, qui donnent ce délai de quarante jours aux femmes roturières, en accordent un de trois mois aux femmes nobles : Sedan ne donne qu'un mois. Paris et la plupart des coutumes n'ont pas fixé le temps dans lequel la femme doit faire cette option, lorsqu'elle se l'est réservée par le contrat de mariage.

On doit, à cet égard, suivre la coutume qui régit les choses sujettes au douaire coutumier.

Dans les coutumes qui ont fixé un terme, la femme, qui n'a pas fait l'option de ce terme, est déchue du droit de demander le douaire coutumier, et ne peut plus avoir que le douaire conventionnel. Reims, *art.* 244, s'en explique formellement; il y est dit : « Et lesdits quarante jours passés, « elle sera tenue prendre le douaire préfix. »

Dans les coutumes qui n'ont fixé aucun temps, c'est le juge qui doit le fixer, sur l'assignation donnée, pour cet effet, à la femme par l'héritier.

145. La femme qui a fait son choix ne peut plus varier. La coutume de Laon, *tit.* 4, *art.* 34, dit : « Encore qu'elle « fût mineure, pourvu qu'elle ait fait l'option par l'avis de « deux de ses prochains parents; ou amis, à défaut de pa- « rents. »

Hors cette coutume, lorsqu'une femme mineure a fait un choix désavantageux qui lui cause une lésion considérable, je ne vois rien qui l'empêche de se faire restituer contre ce choix par des lettres de rescision. La loi 7, §. 7, ff. *de minor.*, décide expressément qu'un mineur est restituable contre un choix désavantageux qu'il a fait : *Si in optionis legato captus sit, dum elegit deteriorem, vel si duas res promiserit, et pretiosiorem dederit, subveniendum est.* Renusson, *chap.* 4, *n.* 14, est d'avis contraire. Il se fonde sur un arrêt du dernier de mars 1637, par lequel il prétend qu'une femme fut déclarée non recevable dans les lettres de rescision qu'elle avoit prises contre l'option qu'elle avoit faite en minorité. Cet arrêt, dont on ignore l'espèce, ne prouve rien; la cour ayant pu, dans l'espèce de cet arrêt, débouter la femme, non parcequ'un tel choix n'est pas sujet à restitution, lorsqu'il est désavantageux, mais parceque, dans le fait, la cour auroit trouvé que, lorsque la femme avoit fait ce choix, il ne lui étoit pas alors désavantageux, quoiqu'il le fût devenu depuis; car, en ce cas, un mineur, qui n'a fait que ce qu'une personne prudente auroit fait, n'est pas restituable, quoique, par l'évènement, il ait été lésé : *Nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas;* l. 11, §. ff. *de min.* Renusson rapporte deux raisons de son opinion : « La « femme, dit-il, a son douaire, en quelque façon, à titre « lucratif : c'est pourquoi on ne peut pas dire qu'elle ait été « lésée, quand elle a fait son option. » Cette raison est contraire aux premiers principes de droit : *Certo jure utimur* (dit Ulpien en la loi 7, §. 6, ff. *de minor.*) *ut et in lucro minoribus succurratur.*

Il dit, en second lieu, que la femme étant capable de jouir de son douaire, quoique mineure, elle est capable de faire l'option : s'ensuit-il de là qu'elle ne doive pas être restituable, lorsqu'elle s'est lourdement trompée, et considérablement lésée dans cette option ?

146. Renusson propose ensuite une autre question, qui est de savoir si la femme à qui on a constitué un douaire conventionnel d'une rente viagère, et qui s'est réservé le choix du coutumier, étant morte depuis l'ouverture du douaire, sans avoir fait ce choix, transmet ce choix à ses héritiers. Cet auteur la décide avec raison pour l'affirmative. Ce droit de choix ayant été ouvert et acquis à la femme par la mort du mari, qui a donné ouverture au douaire, ce droit fait partie des biens de la femme, qu'elle transmet, de même que ses autres droits, à ses héritiers : lesdits héritiers peuvent donc en ce cas, après la mort de la femme, choisir le douaire coutumier, à l'effet d'avoir, sur les héritages sujets à ce douaire, la moitié des fruits perçus ou nés depuis la mort du mari, qui a donné ouverture au douaire jusqu'au temps de la mort de sa femme, laquelle, dans la coutume de Paris, est censée en avoir été saisie du jour de la mort du mari.

CHAPITRE III.

Quand, et comment se contracte l'obligation du douaire ; quand est-il ouvert ? et comment la femme en est-elle saisie ?

ARTICLE PREMIER.

Quand, et comment se contracte l'obligation du douaire.

147. L'obligation du douaire coutumier se contracte par le mariage même. Tous les héritages et autres immeubles que le mari avoit au temps des épousailles, deviennent dès-lors sujets au douaire de la femme, pour la part telle qu'elle est réglée par la coutume qui les régit ; et dès-lors le mari contracte envers sa femme l'obligation de la lui conserver.

L'obligation du douaire conventionnel se contracte par la convention portée au contrat de mariage, par laquelle le mari, ou quelque autre pour lui, s'oblige à donner à la femme pour son douaire telle et telle chose.

Cette convention, et l'obligation qui en naît, dépend, de même que toutes les conventions matrimoniales, de la condition, *si nuptiæ sequantur:* elle dépend en outre, de même que le douaire coutumier, de la condition du prédécès du mari.

Le mariage par lequel se contracte l'obligation du douaire coutumier doit être un mariage qui non seulement soit valablement contracté, mais qui ait les effets civils. Lorsqu'un mariage est privé des effets civils, la femme n'est pas reçue à demander ni le douaire coutumier, ni le conventionnel qui lui a été promis par son contrat de mariage.

Voyez, sur les mariages qui n'ont pas les effets civils, *notre Traité du Mariage, part.* 5, *n.* 396.

Quelquefois l'obligation du douaire, soit coutumier, soit conventionnel, est contractée par un mariage nul, à cause de la bonne foi de la femme qui n'a pu connoître l'empêchement dirimant qui le rendoit nul. *Voyez notre Traité du Mariage, part.* 5, *n.* 440.

148. On avoit pensé autrefois que, pour que le mariage formât l'obligation du douaire coutumier, ou accomplît la condition du douaire conventionnel, il falloit que le mari eût connu sa femme, ou du moins qu'on pût le présumer.

Cette opinion venoit des canonistes, qui distinguoient le mariage qu'ils appeloient *matrimonium ratum*, lequel avoit reçu une première perfection par le consentement des parties; et le mariage qu'ils appeloient *matrimonium consummatum*, lequel, selon eux, recevoit une dernière perfection *per concubitum*. Cette distinction que faisoient les canonistes n'a aucun fondement solide; et on doit tenir que le mariage reçoit toute sa perfection du seul consentement des parties, donné en face d'Église, selon les lois de l'État et les règles de l'Église.

Nous avons néanmoins encore quelques coutumes qui veulent que la femme ait couché avec son mari, pour que

le mariage puisse former l'obligation du douaire coutumier, et accomplir la condition du douaire conventionnel. Telle est la coutume de Normandie, qui, en l'article 352, dit: *La femme gagne son douaire au coucher.* Les coutumes de Bretagne, de Valois, de Ponthieu, de Cambrai, ont une pareille disposition.

Ces coutumes n'exigent pas précisément *concubitum*, pour que le douaire soit dû; mais elles veulent qu'au moins la femme *viro potestatem corporis sui fecerit*, en couchant avec lui. La coutume de Bretagne, *art.* 450, s'en explique; elle dit: « Femme gagne son douaire ayant mis le pied au « lit, après être épousée, avec son seigneur et mari, encore « qu'il n'ait jamais eu affaire avec elle. »

Dans ces coutumes, si le mari, en sortant de l'église après la célébration du mariage, étoit tombé en apoplexie, et étoit mort avant que sa femme eût pu avoir commerce avec lui, la femme ne pourroit prétendre aucun douaire; mais aussitôt que, depuis la célébration du mariage, l'homme et la femme se sont retirés seuls dans une chambre, ils sont présumés y avoir couché ensemble, et l'obligation du douaire est contractée.

149. Dans les autres coutumes, l'obligation du douaire est contractée aussitôt que le mariage a reçu sa perfection par la bénédiction nuptiale. Les coutumes de Péronne et Grand-Perche en ont une disposition précise. Celle de Paris l'insinue aussi en l'article 248. Après ces termes, *Douaire coutumier est de la moitié des héritages que le mari tient au jour des épousailles*, on a ajouté, lors de la réformation, ceux-ci, *et bénédiction nuptiale*, pour insinuer que c'est dès-lors que se contracte l'obligation du douaire. C'est aussi le droit qui a lieu dans toutes les autres coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Les termes de *consommation de mariage*, employés par quelques coutumes, ne s'entendent pas de la consommation du mariage qui se fait par le commerce charnel, mais de la perfection du mariage par la bénédiction : c'est ce que j'ai appris d'une note manuscrite de Me Chotard, avocat, l'un de ceux qui furent chargés de rédiger les articles de la

coutume d'Orléans, lors de la réformation en 1583. Cette coutume, en l'article 218, dit que *la femme est douée de la moitié de tous les héritages que le mari avoit lors de la CONSOMMATION DU MARIAGE;* mais Chotard, dans sa note, dit que ces termes, *de la consommation du mariage*, s'entendent de la perfection du mariage par la bénédiction nuptiale.

150. Les dispositions des coutumes qui concernent le douaire coutumier, étant, comme nous l'avons déja observé plusieurs fois, des statuts réels, c'est par les coutumes qui régissent les biens sujets à ce douaire, qu'on doit décider si l'obligation du douaire est contractée par la seule bénédiction nuptiale, ou s'il faut que la femme puisse être présumée avoir couché avec son mari. C'est pourquoi, lorsque des Parisiens se sont mariés à Paris, si l'homme est mort subitement au sortir de l'église, la veuve jouira du douaire coutumier sur les biens immeubles de feu son mari, qui sont régis par la coutume de Paris; mais si son mari avoit une terre en Bretagne ou en Normandie, elle n'aura pas le douaire coutumier sur cette terre, parceque, dans ces coutumes, la femme ne gagne son douaire qu'au coucher.

151. Observez que les dispositions de ces coutumes n'ont lieu qu'autant qu'il n'y a pas de convention contraire par le contrat de mariage : c'est pourquoi la veuve de cet homme qui est mort subitement au sortir de l'église, pourra prétendre son douaire coutumier dans la terre de Normandie, s'il est dit, par son contrat de mariage, que la future épouse sera douée, aussitôt *la bénédiction nuptiale*, du douaire coutumier.

Pareillement, lorsque, par le contrat de mariage, il y a une clause par laquelle les parties se sont soumises à une certaine coutume pour toutes leurs conventions matrimoniales, c'est en ce cas cette coutume, plutôt que celles qui régissent les biens sujets au douaire, laquelle, *non vi propriâ, sed vi conventionis*, doit décider si l'obligation du douaire a été contractée par la seule bénédiction nuptiale, ou si la femme ne le peut gagner qu'au coucher. C'est pourquoi, s'il y a soumission à la coutume de Paris, la veuve

du mari, mort subitement au sortir de l'église, aura son douaire, même sur les héritages de Normandie : *vice versâ*, s'il y a soumission à la coutume de Normandie, elle ne l'aura pas même sur les biens de Paris.

152. Le douaire coutumier ayant été établi pour suppléer à la convention du douaire qui avoit coutume d'intervenir au temps de la célébration du mariage, lorsqu'elle avoit été omise, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 2, et étant fondé sur l'obligation que l'homme contracte en se mariant, de pourvoir après sa mort à la subsistance de sa femme, il s'ensuit que l'obligation du douaire coutumier est contractée par le mariage, même dans les coutumes qui ne le font consister que dans une portion des héritages que le mari laissera lors de son décès. C'est ce qui paroît par la note de Dumoulin sur l'article 220 de la coutume de Bourbonnois, qui dit que la femme est douée de la moitié des héritages qu'a le mari lors de son trépas, excepté des conquêts, auxquels ladite femme ne prend douaire. Sur quoi Dumoulin fait cette note : *Secùs ergo si non est communis; quod est verum si non est communis ab initio quo derogatur societati : secùs si non est communis quia renuntiat; non enim doarium augetur, quia semel ab initio limitatum fuit.* Dumoulin dit fort bien dans cette note, que, dans la coutume de Bourbonnois, quoiqu'elle fasse consister le douaire dans la moitié des héritages que le mari laissera lors de son décès, l'obligation du douaire est contractée *ab initio*, c'est-à-dire, aussitôt que s'est contracté le mariage, lequel a formé cette obligation. Toute la différence qu'il y a à cet égard entre ces coutumes et celles qui assignent le douaire dans les héritages qu'a le mari lors de la célébration du mariage, c'est que dans celles-ci, non seulement l'obligation du douaire est formée par le mariage aussitôt qu'il est contracté, mais le douaire a, dès ce temps, un objet déterminé dans les héritages qui appartiennent alors au mari, dont le mari ne peut plus dès-lors disposer au préjudice du douaire auquel ils sont affectés : au lieu que, dans les coutumes qui font consister le douaire dans une partie des héritages que le mari laissera à son décès,

quoique l'obligation du douaire soit contractée par le mariage, le douaire n'a encore aucun objet déterminé ; car ne devant consister que dans les héritages que le mari laissera lors de son décès, ce n'est que le temps de son décès qui peut déterminer dans quels héritages consistera le douaire. Mais quoique ce soit le temps du décès qui détermine l'objet du douaire, ce n'est pas pour cela au temps du décès que se contracte l'obligation du douaire ; cette obligation n'en a pas moins été contractée par le mariage, et aussitôt que le mariage a été contracté ; de même que lorsque quelqu'un a fait, par contrat de mariage, une donation des biens, ou d'une partie des biens qu'il laissera à son décès ; quoique ce soit le temps du décès du donateur qui détermine l'objet de la donation, l'obligation qui en naît est contractée par la donation, et dès le temps que s'est faite la donation.

C'est pourquoi, de même que ce donateur, quoiqu'il puisse disposer de ses biens entre vifs, sans fraude, ne peut néanmoins en disposer en fraude de sa donation : pareillement, dans ces coutumes, quoique le mari puisse disposer entre vifs des héritages qui lui appartiennent ; pourvu qu'il en dispose sans fraude, il ne peut en disposer en fraude du douaire ; et ce seroit en disposer en fraude du douaire, s'il en disposoit à titre universel, ou s'il disposoit d'une partie considérable à titre gratuit.

ARTICLE II.

Quand le douaire est-il ouvert ?

153. Quoique l'obligation du douaire se contracte par le mariage, comme nous l'avons vu en l'article précédent ; néanmoins, comme cette obligation n'est qu'une obligation conditionnelle, qui dépend de la condition du prédécès du mari avec sa femme, le droit de douaire qui naît de cette obligation n'est point ouvert ; et ne consiste qu'en espérance, jusqu'à l'accomplissement de cette condition : ce n'est que la mort du mari, survenue du vivant de la femme, qui fait exister la condition sous laquelle l'obligation du douaire a été contractée, et qui donne ouverture au douaire.

De là cette maxime de Loisel, qui est la sixième du titre des douaires, au livre premier de ses Institutes coutumières : *Jamais mari ne paya douaire.*

Il faut donc tenir pour principe, que c'est la mort du mari, arrivée du vivant de la femme, qui donne ouverture au douaire.

J'ai dit, *arrivée du vivant de la femme;* car, pour qu'il y ait ouverture au douaire, il faut que la femme ait survécu au mari.

154. De là naît la décision de la question suivante. Un homme, par son contrat de mariage, a constitué à sa femme un douaire d'une certaine somme en propriété : depuis, l'homme et la femme ont péri ensemble dans un naufrage. Les héritiers de la femme sont-ils fondés à demander cette somme qui lui a été promise pour son douaire? Non; car le douaire n'ayant pu être ouvert que par la mort du mari, survenue du vivant de la femme, le fait de la survie de la femme est le fait qui doit servir de fondement à leur demande. C'est pourquoi les héritiers ne pouvant justifier la survie de la femme, étant incertain lequel de l'homme ou de la femme a survécu, faute par eux de justifier et fonder leur demande, les héritiers du mari en doivent avoir congé.

155. La mort civile du mari donne-t-elle ouverture au douaire? La coutume de Melun décide pour l'affirmative : elle est la seule qui s'en soit expliquée en termes formels.

Celle de Nevers, au contraire, dit que le douaire échet *par la mort naturelle du mari.*

Les autres coutumes disent simplement que le douaire est ouvert *par la mort;* d'autres disent *par le décès;* d'autres *par le trépas.*

On demande si ces termes, *mort, décès, trépas,* ne doivent s'entendre que de la mort naturelle, ou s'ils doivent être étendus à la mort civile que le mari auroit encourue par une condamnation capitale, telle que celle des galères à perpétuité, ou du bannissement à perpétuité hors du royaume.

Dès le temps de Dumoulin, l'opinion commune étoit que ces termes ne doivent s'entendre que de la mort naturelle.

Cet auteur, sur la règle *de infirm. resign., n.* 30, dit : *Statutum loquens de morte, intelligitur de naturali, non autem de civili, nec extenditur ad civilem, nisi in casibus in jure expressis.* Louet, *lettre D, chap.* 36, dit la même chose, et rapporte un arrêt du 27 janvier, qui jugea que le douaire d'une femme n'étoit pas ouvert par la condamnation de son mari à une peine capitale, et adjugea seulement à la femme une provision.

L'Ordonnance des Substitutions, *tit,* 1, *art.* 24, ayant décidé que, lorsque quelqu'un est grevé de substitution après sa mort, la mort civile donne ouverture à la substitution; ne pourroit-on pas en inférer que, suivant l'esprit de cette ordonnance, la mort civile doit pareillement donner ouverture au douaire? Il y a quelque ressemblance entre l'un et l'autre cas, sur-tout dans les coutumes qui l'accordent aux enfants; le douaire étant une espèce de substitution légale d'une certaine portion de biens dont la loi grève l'homme qui se marie, au profit des enfants qui naîtront du mariage, à la charge d'en laisser jouir leur mère.

156. N'y ayant que la mort du mari qui donne ouverture au douaire, il n'y a pas ouverture dans le cas d'une longue absence du mari, tant qu'il est incertain s'il est mort ou vivant. Renusson rapporte un arrêt du 4 décembre 1615, qui a débouté une femme, en ce cas, de la demande qu'elle avoit faite de son douaire, et lui adjuge seulement, par forme de provision, une pension qui étoit d'environ la moitié du douaire.

157. Quoiqu'il n'y ait proprement ouverture au douaire que par la mort du mari, néanmoins quelques coutumes donnent à la femme le droit de l'exiger au moins par provision, en certains cas, du vivant du mari.

Telle est la coutume de Nivernois. Cette coutume, après avoir dit que le douaire, *soit coutumier ou convenu, échet par la mort naturelle du mari*, ajoute : « Si le mari vient « à pauvreté évidente par mauvais ménage, banni, ou ab- « sent par trop long espace de temps, ou échet en autre « évident inconvénient, par lequel les biens du mari soien

« en voie de périr, la femme se pourra pourvoir par jus-« tice, pour avoir provision de son douaire. »

Coquille, qui interprète cet article en sa question 150, dit que la femme doit avoir, en ces cas, délivrance de son douaire, de même que si son mari étoit mort; parceque c'est la même chose pour la fin que la loi s'est proposée en accordant un douaire à la femme, que la femme ait perdu son mari par la mort, ou que son mari soit de son vivant réduit à ne pouvoir plus pourvoir à la subsistance de sa femme. Il y aura néanmoins, ajoute cet auteur, cette différence entre ces cas et celui de la mort naturelle, que, dans ces cas, le douaire n'étant pas encore ouvert, la délivrance qui en sera faite à la femme ne sera pas une délivrance définitive, mais une délivrance provisionnelle : de manière que si la fortune du mari se rétablit; si le mari banni est rendu par le prince à son état civil et à ses biens; si le mari absent revient au pays; dans tous ces cas, la femme se remettant avec son mari, le douaire cessera, et le mari rentrera dans la jouissance des héritages ou autres choses dont la femme jouissoit par provision pour son douaire.

La coutume du Maine a une disposition semblable à celle de Nivernois : elle dit, *art.* 331 : « Si le mari est dissipa-« teur, et ses biens sont vendus, la femme peut s'opposer « pour son douaire; et il lui sera délivré, supposé que son « mari soit encore vivant. »

Ces termes, *supposé que*, en vieux langage, ont le même sens que *quoique*.

Dans les autres coutumes qui n'ont pas pareille disposition, quelques anciens arrêts ont, avant l'ouverture du douaire, dans lesdits cas, accordé à la femme, non la délivrance du douaire entier, mais une pension réglée arbitrairement, à laquelle on avoit donné le nom de demi-douaire, parcequ'elle étoit ordinairement réglée à environ la moitié du douaire.

ARTICLE III.

Comment la femme est-elle saisie de son douaire ?

158. Les coutumes sont différentes sur cette question. La coutume de Paris et le plus grand nombre des coutumes saisissent de plein droit la femme de son douaire, soit coutumier, soit conventionnel, aussitôt qu'il est ouvert par la mort du mari. Il y a d'autres coutumes dans lesquelles la femme n'est point saisie de son douaire, et doit en demander la délivrance aux héritiers du mari. Il y en a quelques unes qui font à cet égard une distinction entre le douaire coutumier et le douaire conventionnel.

§. I. Des coutumes qui saisissent la femme de plein droit.

159. Dans la coutume de Paris, et dans le plus grand nombre des coutumes du royaume, la femme est saisie de plein droit de son douaire coutumier ou conventionnel, aussitôt qu'il est ouvert par la mort du mari.

La coutume de Paris s'en explique ainsi, en l'article 236 : « Douaire, soit coutumier ou préfix, saisit, sans qu'il soit « besoin de le demander en jugement, et courent les fruits « et arrérages du jour du décès du mari. »

Dans ces coutumes, de même qu'un héritier est, dès l'instant de la mort du défunt, saisi de plein droit de la propriété des biens du défunt, pour la part quant à laquelle il en est héritier; pareillement, aussitôt qu'il y a ouverture au douaire coutumier par la mort du mari, la veuve est de plein droit, dès l'instant de la mort de son mari, saisie du droit d'usufruit dans tous les héritages ou autres immeubles sujets au douaire, pour la part qu'elle y doit avoir.

COROLLAIRE PREMIER.

160. Il suit de ce principe, que les fruits, tant naturels que civils, des héritages sujets au douaire, nés ou perçus depuis le jour du décès du mari, et pareillement les arrérages des rentes sujettes au douaire, courus depuis ledit

jour, appartiennent à la douairière pour la portion dont elle a droit de jouir desdits héritages ou rentes. La coutume de Paris, en l'article ci-dessus rapporté, a tiré elle-même ce corollaire.

COROLLAIRE II.

161. De là il suit que, après l'ouverture du douaire, la femme peut d'elle-même se mettre en possession de la jouissance des héritages sujets à son douaire, pour la portion qui lui en appartient, sans qu'elle ait besoin pour cela d'en faire aucune demande à l'héritier du mari, n'étant pas moins saisie par la loi, de sa part dans cette jouissance, que l'héritier ne l'est de la sienne. La coutume, en l'article ci-dessus cité, a pareillement tiré elle-même ce corollaire.

COROLLAIRE III.

162. C'est une suite du principe et du corollaire précédents, que si la femme étoit troublée dans l'usufruit qu'elle doit avoir, soit par les héritiers du mari, soit par d'autres, elle peut, comme étant réputée en possession, former contre eux l'action en complainte. Plusieurs coutumes, comme Melun, Sens, Auxerre, Châlons, Tours, etc., ont tiré elles-mêmes cette conséquence. Si les autres coutumes ne s'en sont pas expliquées, c'est qu'elles ont cru que cela étoit superflu, cette conséquence étant suffisamment renfermée dans le principe.

163. Observez que la femme n'est saisie de plein droit de son douaire, sur les héritages qui y sont sujets, que lorsqu'ils se sont trouvés dans la succession du mari. S'il les avoit aliénés, quoiqu'ils demeurent sujets au douaire, nonobstant l'aliénation qu'il en a faite, comme nous l'avons vu *suprà*, la femme ne peut se mettre d'elle-même en possession du droit de douaire qu'elle a sur lesdits héritages. Il faut qu'elle assigne les tiers détenteurs; qu'elle obtienne contre eux sentence qui déclare sujets à son douaire les héritages, et les condamne en conséquence à lui en laisser la jouissance pour la part qui lui en appartient. La femme n'est pas non plus fondée à leur demander la restitution

des fruits depuis le jour du décès du mari, qui a donné ouverture au douaire : elle ne les peut prétendre que du jour de la demande; ceux perçus auparavant par ces tiers détenteurs, leur ayant été acquis en leur qualité de possesseurs de bonne foi.

164. La coutume, en l'article ci-dessus rapporté, dit aussi que la femme est saisie de plein droit du douaire préfix; ce qui doit s'entendre en ce sens, que si, pour le douaire préfix, on avoit assigné à la femme la jouissance de quelque héritage ou de quelque rente, la femme, le douaire étant ouvert, peut se mettre d'elle-même en possession de cette jouissance, sans en faire aucune demande; *Troyes, art.* 86. Le douaire préfix, lorsqu'il consiste en une pension viagère, ou en une somme d'argent en propriété, saisit aussi de plein droit la femme, en ce sens, que les arrérages de cette pension et les intérêts de cette somme courent de plein droit à son profit, du jour du décès de son mari, contre les héritiers; *encore*, dit la coutume de Châlons, *qu'elle ne les ait sitôt demandés.*

On en avoit néanmoins fait difficulté dans le cas auquel le douaire préfix consiste dans une somme une fois payée. M. Leprêtre, *cent.* 3, *quæst.* 64, cite des arrêts qui ont jugé que les intérêts ne couroient, en ce cas, que du jour de la demande; mais ces arrêts n'ont pas été suivis. Les coutumes ayant dit indistinctement que le douaire préfix saisissoit de plein droit, la femme en doit être saisie de plein droit, en quelque cas que ce soit, et par conséquent même dans le cas auquel il consiste en une somme d'argent. Or, on ne peut dire qu'elle en est saisie de plein droit en ce cas, qu'en ce sens, que les intérêts en courent de plein droit avant aucune demande.

165. Quelques coutumes ont apporté certaines limitations au principe que la femme est saisie de plein droit de son douaire. Celles de Berry et de Montargis, après avoir déclaré que la femme est saisie du douaire coutumier, apportent cette limitation, que, quoiqu'elle en soit saisie de droit, si elle ne s'en est pas mise de fait en possession, elle

ne peut demander aux héritiers du mari plus de cinq années de jouissance de son douaire pour le temps passé.

166. La coutume de Montfort apporte une autre espèce de limitation au principe, par rapport au douaire préfix. Après avoir dit purement et simplement en l'article 140, Douaire coutumier saisit, elle dit, article 141 : *Douaire préfix saisit du jour du décès du mari, pourvu qu'il en apparoisse par écrit, et que la femme le demande dedans l'an et jour du décès; autrement ne saisira, sinon du jour qu'il sera demandé en jugement.* Les coutumes de Mantes et de Dourdan ont une pareille disposition.

Dans ces coutumes, on donne à la demande du douaire préfix, lorsqu'elle est donnée dans l'année, un effet rétroactif au jour du décès, qui fait courir les arrérages ou intérêts du douaire, du jour du décès du mari; mais lorsque la demande est donnée plus tard, les arrérages et intérêts ne sont dus que du jour de la demande.

167. La coutume du Grand-Perche, qui, en l'article 114, admet le principe que la femme est saisie de plein droit du jour du décès de son mari, du douaire, soit coutumier ou préfix, y apporte une exception pour le cas auquel elle a l'option de l'un ou de l'autre; auquel cas elle n'est saisie que du jour de son option. La raison est, que la femme ne peut pas paroître saisie de l'un des deux douaires, tant qu'il est incertain lequel des deux elle aura. Cette raison ne m'a pas paru suffisante pour étendre cette exception aux coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, parce-qu'on peut donner un effet rétroactif au choix que fera la femme.

§. II. Des coutumes qui se sont écartées du principe qui a lieu de droit commun sur le saisissement du douaire.

168. Parmi les coutumes qui se sont écartées du principe qui saisit la femme de plein droit du douaire, soit coutumier, soit conventionnel, les unes s'en sont écartées, tant à l'égard du douaire coutumier que du conventionnel.

Telle est la coutume de Normandie, qui dit indistinctement : « *Douaire* n'est dû, sinon du jour qu'il est

« demandé, s'il n'est autrement convenu par le contrat de « mariage. »

D'autres, comme Senlis, Étampes, Châteauneuf, ne s'en sont écartées qu'à l'égard du douaire conventionnel : elles saisissent de plein droit la femme du douaire coutumier, et elles veulent que le conventionnel soit demandé, et que les arrérages n'en soient dus que du jour de la demande.

La coutume de Blois est singulière, et au rebours des autres : elle dit, article 190, que *le douaire préfix est dû du jour du trépas; et le coutumier, du jour qu'il est requis, et non plus tôt.*

§. III. Quelle est la disposition de la coutume d'Orléans sur le saisissement du douaire.

169. Notre coutume d'Orléans ne s'est pas bien nettement expliquée sur ce point; après avoir dit, en l'article 219, que la femme qui a un douaire préfix n'a le choix du coutumier que lorsque ce choix lui a été accordé par le contrat de mariage, elle ajoute : *Si le douaire coutumier est choisi, se doit demander; et jusqu'à ce qu'il soit demandé, n'est dû.*

Cette disposition, de la manière dont elle est conçue, donne lieu à deux questions.

La première est de savoir ce qu'on doit décider dans cette coutume à l'égard du douaire préfix, sur lequel elle ne s'est pas expliquée Lalande, sur cet article, estime qu'il faut décider, de même qu'à l'égard du coutumier, que les fruits et intérêts n'en sont dus que du jour de la demande. Ce sentiment de Lalande ne convient pas au texte. Si la coutume eût voulu que l'un et l'autre douaire fussent demandés, elle auroit dit indistinctement que le douaire doit être demandé; elle n'auroit pas dit, comme elle le dit, que, si c'est le douaire coutumier qui est choisi, il se doit demander. En disant cela du douaire coutumier, elle laisse à conclure qu'il n'en est pas de même du douaire préfix, suivant cette maxime : *Qui dicit de uno, negat de altero,* et que celui-ci n'a pas besoin, ou du moins n'a pas toujours besoin d'être demandé. Je vois pratiquer ici une distinction qui me paroît

assez plausible. Lorsque le douaire préfix consiste, ou dans la jouissance de quelque héritage de la succession, ou dans une pension viagère, la douairière, par la force de la clause de dessaisine-saisine, qu'on met dans les actes devant notaires, et qui, selon l'article 278 de cette coutume, y équipolle à tradition de fait, est censée saisie de plein droit, soit de la jouissance de l'héritage, soit de la pension viagère, aussitôt que le douaire est ouvert, c'est-à-dire, dès l'instant du décès; et les fruits et les arrérages lui en sont dus de ce jour. Mais lorsque le douaire préfix ne consiste que dans la créance d'une somme d'argent, les intérêts n'en sont dus que du jour de la demande.

170. La seconde question est de savoir si cette décision de la coutume d'Orléans, que le douaire coutumier doit être demandé, ayant été faite à l'occasion du cas particulier auquel la femme a le choix du douaire coutumier ou du conventionnel, elle doit être restreinte à ce cas; ou si c'est une décision générale qui doit pareillement avoir lieu dans le cas auquel il n'y a pas de douaire conventionnel. Lalande, sur cet article, décide avec raison que la décisision de notre coutume est générale. En vain opposeroit-on que la coutume a pu, pour cette décision, se fonder sur une raison particulière, au cas auquel la femme a le choix, qui est que, tant qu'il est incertain lequel des deux douaires aura la femme, elle ne peut être saisie d'aucun des deux. Cette raison mène seulement à décider que la femme, en ce cas, n'est pas saisie de son douaire dès le décès de son mari, et qu'elle ne l'est que lorsqu'elle a déclaré son choix; mais il ne suit pas de là qu'elle doive faire demande de son douaire; la coutume, en déclarant par cet article que la femme doit en faire demande, déclare manifestement qu'elle a rejeté le principe suivi par les coutumes qui saisissent de plein droit la femme du douaire coutumier.

§. IV. Par quelle coutume doit-on décider si la femme est saisie de plein droit, ou non, de son douaire?

171. La question ne peut guère souffrir de difficulté à l'égard du douaire coutumier. La femme en est saisie de

plein droit, lorsque la coutume qui le lui accorde, et de qui elle le tient, est du nombre des coutumes qui saisissent de plein droit la femme de son douaire. Au contraire, la femme n'en est pas saisie, et elle est obligée de le demander, lorsque la coutume qui le lui défère est du nombre de celles qui obligent la femme à le demander.

Par exemple, lorsqu'un Parisien qui s'est marié sans constituer un douaire conventionnel à sa femme, avoit, au temps des épousailles, des héritages et autres immeubles sous la coutume de Paris, et d'autres sous celle de Blois, la douairière sera saisie de plein droit de son douaire sur les biens de Paris; mais elle sera tenue de demander le douaire qu'elle a sur les héritages situés sous celle de Blois; car cette coutume, qui le lui défère, ne l'en saisit pas; elle dit, au contraire, que *douaire est dû du jour qu'il est demandé.*

172. Si ce Parisien, qui avoit des rentes constituées lorsqu'il a contracté mariage à Paris, a, depuis, transféré son domicile dans le Blaisois, où il est mort, la femme sera-t-elle saisie de plein droit de son douaire sur lesdites rentes? La raison de douter est, que les rentes constituées étant régies par la loi du domicile de la personne à qui elles appartiennent, les rentes que le mari avoit lorsqu'il s'est marié, sont, par la translation du domicile du mari dans le Blaisois, passées sous l'empire de la coutume de Blois; elles ne sont plus sous l'empire de celle de Paris. La coutume de Paris ne peut donc pas saisir la femme, lors du décès du mari, de son douaire sur lesdites rentes, sur lesquelles elle n'a plus aucun empire.

Je pense néanmoins qu'on doit décider que la femme est saisie de plein droit de son douaire sur lesdites rentes. La raison est, qu'il suffit pour cela qu'elles aient été soumises à l'empire de la coutume de Paris, au temps auquel le mariage a été contracté. C'est en ce temps que cette coutume les a affectées et assujetties au douaire, de manière que la femme en dût être saisie aussitôt que la mort de son mari arriveroit. Quoique, au temps auquel ce saisissement s'effectue, ces rentes aient cessé d'être soumises à l'empire

de la coutume de Paris, il suffit, pour qu'il doive s'effectuer, qu'elles y aient été soumises au temps du mariage, qui est la cause qui le produit.

Vice versâ, si un Blaisois, qui avoit des rentes constituées lorsqu'il s'est marié, avoit transféré son domicile à Paris, où il est mort; quoique les rentes soient, par la translation de son domicile à Paris, passées sous l'empire de la coutume de Paris, néanmoins la douairière ne sera pas saisie de plein droit de son douaire coutumier sur lesdites rentes, du jour du décès de son mari, et les arrérages ne commenceront à courir à son profit, pour la part qu'elle y a, que du jour de sa demande. La raison est, que c'est la coutume de Blois qui a donné à la femme le droit de douaire qu'elle a sur lesdites rentes, lesquelles, lorsque le mariage a été contracté, et lorsqu'elles ont été assujetties au douaire, étoient sous l'empire de cette coutume; d'où il suit que la femme est tenue de faire la demande de ce douaire, puisque la coutume de Blois, de qui elle le tient, ne le lui accorde qu'à la charge d'en faire la demande. La coutume de Paris, sous l'empire de laquelle les rentes ont passé, ne peut pas la saisir du droit de douaire qu'elle a sur lesdites rentes, puisque ce n'est pas cette coutume qui le lui donne.

173. A l'égard des rentes qui sont venues au mari pendant le mariage, de la succession de ses père et mère ou autres ascendants, ces rentes n'ayant pu devenir sujettes au douaire de la femme que depuis que le mari y a succédé, ce ne peut être que la loi qui régissoit lesdites rentes au temps auquel le mari y a succédé, qui est celle du lieu où étoit alors son domicile, qui ait assujetti lesdites rentes au douaire de la femme; c'est par conséquent par cette loi qu'on doit décider de quelle manière elles y sont assujetties, et si la femme en est saisie de plein droit.

Passons au douaire conventionnel. Lorsqu'il consiste dans l'usufruit d'un certain héritage, c'est encore la coutume sous laquelle l'héritage est situé, qui doit décider si la douairière en doit être saisie de plein droit, ou non. Par exemple, si un Parisien a donné pour douaire à sa femme l'usufruit d'un héritage situé sous la coutume de Ponthieu,

qui ne saisit pas les femmes de leur douaire, la femme, lors de l'ouverture du douaire, n'en sera pas saisie de plein droit; il faudra qu'elle le demande. La raison est, qu'il est de la nature des conventions, qu'elles ne peuvent seules et par elles-mêmes produire qu'une créance de la chose portée en la convention, et ne peuvent transférer aucun droit dans cette chose. Elles ne peuvent donner *jus in re*, mais seulement *jus ad rem : Traditionibus, non nudis conventionibus dominia rerum transferuntur.* Suivant ces principes, la convention de douaire ne peut seule et par elle-même saisir la femme de son droit de douaire; il n'y a que la loi qui puisse l'en saisir de plein droit; sinon la femme ne peut l'être que par la tradition, ou prise de possession faite en exécution de la convention. Mais dans cette espèce, ce n'est pas la coutume de Paris qui peut saisir la femme de son douaire, sur l'héritage porté par la convention; cette coutume ne pouvant agir ni exercer aucun empire sur un héritage situé hors de son ressort. La femme ne peut pas non plus en être saisie par la coutume de Ponthieu, qui est du nombre de celles qui ne saisissent pas les femmes de leur douaire. Le douaire conventionnel n'étant, dans cette espèce, qu'une simple créance de la chose portée par la convention, qui ne gît qu'en action, les fruits de la chose portée par la convention ne sont dus à la douairière que du jour de sa demande; à moins qu'elle ne fût expressément convenue qu'ils lui seroient dus du jour de l'ouverture du douaire; auquel cas la femme ne seroit pas pour cela saisie de son douaire, mais elle seroit créancière des fruits perçus par l'héritier depuis l'ouverture du douaire, quoiqu'avant la demande, comme de choses contenues en la convention et créance du douaire. Dans le cas inverse, lorsqu'un homme domicilié sous la coutume de Ponthieu a donné pour douaire l'usufruit d'un héritage situé sous celle de Paris, la femme, lors de l'ouverture du douaire, sera saisie de plein droit de son douaire, sur cet héritage, qui est sous l'empire de la coutume de Paris, laquelle saisit de plein droit les douairières du douaire, soit coutu-

mier, soit conventionnel, qu'elles ont sur les héritages soumis à son empire.

Quand même, par le contrat de mariage, il y auroit soumission à une coutume, ce ne seroit pas cette coutume, mais celle sous laquelle les héritages sujets au douaire sont situés, qui régleroit si la femme a dû, ou non, être saisie de plein droit de son douaire : car la soumission à une coutume n'est qu'une convention qui ne peut par elle-même saisir la femme de son douaire : elle n'en peut être saisie que par une loi qui saisit les femmes de leur douaire, sur les héritages sujets à son empire.

Lorsque le douaire conventionnel consiste dans l'usufruit de quelques rentes constituées, ces rentes n'ayant aucune situation, étant des droits personnels, qui sont régis par la coutume du lieu du domicile du créancier à qui elles appartiennent, c'est la coutume du lieu du domicile qu'avoit le mari lors du contrat de mariage, qui doit régler si la femme doit être saisie de plein droit, ou non, de son douaire.

Il en est de même lorsque le douaire conventionnel consiste dans une rente viagère, ou dans une somme d'argent dont le mari se constitue débiteur.

CHAPITRE IV.

Des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire.

L'ouverture du douaire coutumier donne lieu principalement à l'action de partage, et à l'action *confessoria servitutis usûsfructûs*. Elles feront chacune la matière d'un article. Nous traiterons, dans un troisième article, des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire conventionnel.

ARTICLE PREMIER.

De l'action de partage.

174. Par l'ouverture du douaire coutumier, la jouissance des héritages et autres immeubles qui y sont sujets devient

commune entre la femme douairière, à qui en appartient la moitié ou le tiers, suivant les différentes coutumes, et les héritiers du mari, auxquels en appartient le surplus.

De cette communauté naît l'action *communi dividundo*, ou action de partage, qui peut être donnée, soit par la douairière contre les héritiers du mari, soit par lesdits héritiers contre la douairière, aux fins de partage de cette jouissance.

Nous traiterons, 1° de la forme de ce partage; 2° des raisons respectives que les parties doivent s'y faire; 3° de la garantie qui en naît.

§. I. De la forme du partage qui est à faire entre la douairière et l'héritier du mari.

Pour parvenir à ce partage, on doit commencer par procéder à une estimation du revenu que produisent chacun des héritages et autres immeubles sujets au douaire. Cette estimation se fait ou par les parties, ou, lorsqu'elles ne s'accordent pas, par des experts dont elles conviennent.

Après cette estimation faite, on dresse une masse de tous les héritages et autres immeubles sujets au douaire, dont la jouissance est à partager entre la douairière et les héritiers du mari, et chacun desdits héritages ou immeubles est compris pour le revenu qu'il produit.

Le manoir que l'aîné choisit pour son droit d'aînesse ne doit pas être excepté de cette masse; car les coutumes donnent à la douairière l'usufruit de la moitié ou du tiers de tous les héritages que le mari avoit au jour des épousailles, et qu'il a eus depuis en directe, sans en rien excepter; et l'aîné n'a son droit d'aînesse que vis-à-vis de ses frères et sœurs, et non vis-à-vis de la douairière. La coutume de Poitou, *art.* 162, ne veut pas, à la vérité, que la douairière puisse avoir le *principal* hébergement, au préjudice et sans le consentement de l'héritier du mari; mais elle ajoute, que c'est à la charge de récompenser la douairière, par estimation, de la part qu'elle y a.

La masse étant arrêtée, doit se partager en deux lots, l'un pour la douairière, l'autre pour les héritiers du mari.

Dans les coutumes qui ne donnent que le tiers à la douairière, on en fait trois, deux desquels sont pour l'héritier du mari, et un pour la douairière.

C'étoit un ancien usage, qui a été retenu par plusieurs coutumes, dans les provinces de Champagne, Picardie et Artois, que c'est la douairière qui doit dresser cette masse, faire l'estimation, composer les lots, et en donner le choix à l'héritier du mari. Loisel en a fait une maxime : *La douairière lotit, et l'héritier choisit;* l. 1, *tit.* 3, *rép.* 22.

C'est avec raison que la douairière est chargée de faire les lots, devant avoir plus de connoissance que l'héritier du mari, du revenu de ces héritages, dont elle a joui conjointement avec son mari pendant le temps du mariage. D'un autre côté, l'héritier du mari n'a pas lieu de craindre que la douairière blesse l'égalité dans les lots, puisqu'il en a le choix.

Dumoulin, en sa note sur l'article 50 de la coutume de Châlons, fait une exception pour le cas auquel la douairière seroit mineure; et il dit qu'elle peut, en ce cas, s'excuser de faire les lots, et demander que le partage soit fait par des arbitres; et que l'héritier peut pareillement le demander, de crainte que si la femme mineure faisoit des lots, elle ne se fît restituer pour cause de minorité, contre son opération : *Fallit*, dit-il, *si est minor viginti-quinque annis, quia ipsa potest supplicare judici ut fiat per arbitrum, vel etiam contrà eam supplicari potest, ne restituatur in integrum.*

175. Tant que l'héritier ne demande pas le partage, la douairière peut jouir tant qu'elle le voudra par indivis, et ne procéder au lotissement que lorsqu'elle se lassera de l'indivis; mais lorsque l'héritier demande le partage, le plus grand nombre de ces coutumes donne à la douairière un terme de quarante jours pour faire les lots, à compter du jour de la sommation qui lui est faite par l'héritier, de les faire; au bout duquel temps, elles veulent que la douairière qui est en demeure soit privée pour l'avenir de sa part dans la jouissance, jusqu'à ce qu'elle ait satis-

fait à cette obligation; Laon, *art.* 45; Saint-Quentin, *art.* 96, etc.

Plusieurs de ces coutumes chargent la douairière seule des frais du partage, sauf de ceux de contestation, dans le cas auquel l'héritier en feroit de mauvaises; Amiens, *art.* 117; Ponthieu, *art.* 53, etc.

176. Cette forme de partage n'est observée que pour les héritages situés sous les coutumes qui ont ces dispositions.

A Paris, à Orléans, et dans toutes les autres coutumes qui n'ont pas ces dispositions, le partage qui est à faire de la jouissance des héritages sujets au douaire coutumier, entre la douairière et l'héritier, se fait à frais communs : la masse, l'estimation et les lots se font par les parties, ou, si elles ne peuvent s'accorder, par des arbitres nommés par elles, ou par le juge, faute par elles d'en nommer; et ces lots se tirent au sort.

Lorsque les lots sont inégaux, le plus fort doit être chargé envers le plus foible, d'un retour en une rente payable par chacun an, pendant tout le temps que durera le douaire, c'est-à-dire, pendant tout le temps de la vie de la douairière.

§. II. Des raisons respectives qu'ont à se faire quelquefois la douairière et l'héritier.

177. La douairière et l'héritier du mari ont quelquefois des raisons à se faire l'un à l'autre au partage.

L'héritier a des raisons à faire la douairière,

1° Dans le cas du rachat fait, durant le mariage, de quelques rentes dues au mari, sujettes au douaire, ou de l'aliénation nécessaire de quelques héritages sujets au douaire, le droit de douaire que la femme avoit dans lesdits héritages et rentes, étant, en ce cas, transféré sur les sommes reçues pour le rachat desdites rentes, ou pour le prix de l'aliénation desdits héritages, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 73, l'héritier doit payer à la douairière, pendant tout le temps que doit durer son usufruit, les intérêts de la moitié ou du tiers desdites sommes, suivant les différentes coutumes.

2° Il en est de même à l'égard des sommes reçues par le mari, dans les espèces qui sont rapportées aux *n.* 82 *et* 83.

3° Lorsque des choses sujettes au douaire ont cessé d'exister par le fait ou par la faute du mari, quoique le mari n'ait rien reçu en la place; comme lorsque le mari a éteint une rente sujette au douaire, par la remise volontaire qu'il en a faite au débiteur, ou en la laissant prescrire, l'héritier doit en dédommager la douairière, en lui payant par chacun an, pendant tout le temps que doit durer son usufruit, la même somme qu'elle auroit reçue pour sa part des arrérages de ladite rente, si elle eût existé.

4° Lorsque le mari a fait des dégradations à quelque héritage sujet au douaire, qui en ont diminué le revenu, l'héritier en doit dédommager la douairière, en lui tenant compte par chacun an, pendant le temps que doit durer son usufruit, de ce que l'héritage auroit produit de plus de revenu pour la part qu'elle y a, s'il n'avoit pas été dégradé.

178. La douairière peut aussi avoir, de son côté, des raisons à faire à l'héritier.

1° Dans les cas mentionnés *suprà*, *n.* 38, dans lesquels des héritages ne sont sujets au douaire que sous la déduction de la somme que le mari a déboursée pendant le mariage, pour les avoir, ces héritages ne peuvent être compris dans la masse des biens sujets au douaire, dont la douairière a droit de jouir pour moitié ou pour un tiers, suivant les différentes coutumes, qu'à la charge par la douairière de faire raison de cette somme, à proportion de la part qu'elle a dans la jouissance, à l'héritier du mari qui l'a déboursée, en lui payant pour cela les intérêts de la moitié ou du tiers de cette somme par chacun an, pendant tout le temps que durera son usufruit, ou en les compensant, comme il sera dit ci-après.

2° Lorsque le mari a déboursé, pendant le mariage, des sommes d'argent pour des augmentations à quelque héritage sujet au douaire, qui en ont augmenté le revenu, la douairière en doit pareillement faire raison à l'héritier, au moins par la voie de la compensation.

3° Lorsque le mari a racheté, pendant le mariage, une

rente dont il étoit déja débiteur au temps des épousailles, la douairière, qui profite du rachat, en doit faire raison à l'héritier du mari, au moins par la voie de la compensation.

179. Lorsque la douairière et l'héritier ont chacun des raisons à se faire l'un à l'autre, il s'en fait compensation jusqu'à concurrence.

Par exemple, si le mari avoit fait dans quelqu'un des héritages sujets au douaire, des dégradations qui en eussent diminué de 300 liv. le revenu annuel, et que, d'un autre côté, le mari eût fait sur un autre héritage sujet au douaire, des augmentations qui en augmentassent de 200 liv. le revenu annuel; la raison que l'héritier est obligé de faire à la douairière pour les dégradations, se compense avec celle que la douairière doit faire à l'héritier pour raison des augmentations; au moyen de laquelle compensation, la diminution du revenu annuel des biens sujets au douaire, dont l'héritier doit faire raison à la douairière, se trouve réduite à la somme de 100 liv.; de laquelle somme de 100 liv. l'héritier paiera la moitié de la somme, ou le tiers, à la douairière par chacun an, pendant le temps que doit durer son usufruit.

Si le mari avoit encore, pendant le mariage, déboursé quelque somme d'argent pour raison de quelque héritage sujet au douaire, *putà*, pour quelque retour de partage, il se fera encore compensation des intérêts que la douairière doit pour raison de ce à l'héritier, avec ceux que l'héritier lui doit.

Pareillement, lorsque le mari a, pendant le mariage, reçu le remboursement d'une rente sujette au douaire, ou qu'il l'a, par sa faute, laissé prescrire; si, d'un autre côté, il a racheté une rente qu'il devoit dès avant son mariage, et qui par conséquent auroit été à la charge de la douairière, si elle n'eût pas été rachetée, il se fait compensation de la raison que l'héritier doit faire à la douairière de la rente dont le mari a reçu le remboursement, ou qu'il a laissé prescrire, avec la raison que la douairière doit, de son côté, faire à l'héritier pour la rente que le mari a rachetée.

180. Lorsque la femme, en sa qualité de douairière, a

quelques raisons à faire à l'héritier, et que l'héritier n'a, de son côté, aucunes raisons à faire à la femme pour raison du douaire; si la femme est commune, il se fera compensation de ce que la femme, en sa qualité de douairière, doit à l'héritier pour les sommes déboursées par le mari, dont elle profite comme douairière, avec la jouissance de la récompense du mi-denier desdites sommes, que l'héritier lui doit en la qualité qu'elle a de commune.

C'est ce qui paroîtra en parcourant les trois différents cas ci-dessus mentionnés, dans lesquels la douairière a quelque raison à faire à l'héritier par rapport aux sommes déboursées par le mari durant le mariage.

Dans le premier cas, supposons, par exemple, que le mari qui, au temps des épousailles, étoit propriétaire par indivis avec d'autres, d'un héritage, s'en est rendu, pendant son mariage, adjudicataire par licitation, et a déboursé pour cet effet une somme de 3,000 liv., pour payer les parts de ses copropriétaires dans le prix de la licitation. Suivant notre principe, la femme, en sa qualité de douairière, doit à l'héritier du mari les intérêts de la somme de 1,500 liv., moitié de celle de 3,000 liv., pendant tout le temps que doit durer son usufruit. L'héritier du mari, de son côté, doit à la femme, en la qualité qu'elle a de commune, pareille somme de 1,500 liv., pour le mi-denier de celle de 3,000 liv., tirée de la communauté par le mari, qui en doit récompense, comme nous l'avons vu en notre Traité de la Communauté, *n.* 629. Il se fait une compensation naturelle des intérêts de la somme de 1,500 liv. que la femme doit, en sa qualité de douairière, pendant le temps de son usufruit, avec ceux de pareille somme de 1,500 liv. que l'héritier lui doit. En conséquence, au moyen de ladite compensation, l'héritier doit jouir de la somme de 1,500 livres qu'il doit pour le mi-denier, pendant tout le temps que doit durer l'usufruit de la douairière, sans en payer aucuns intérêts pendant ledit temps.

Dans les coutumes où la portion de la douairière n'est que le tiers, en retenant la même espèce, la femme, en sa qualité de douairière, pour le tiers qu'elle a dans la jouis-

sance des biens sujets au douaire, doit à l'héritier, pendant le temps que durera son usufruit, les intérêts d'une somme de 1,000 liv., tiers de celle de 3,000 livres déboursée par le mari pendant le mariage, lesquels se compensent avec ceux d'une pareille somme de 1,000 liv., faisant les deux tiers de celle de 1,500 liv., qui lui est due, en sa qualité de commune, pour son mi-denier. En conséquence l'héritier aura la jouissance, pendant le temps que durera l'usufruit de la douairière, des deux tiers seulement du mi-denier qu'elle doit.

181. Ces compensations se font de la même manière dans le second cas, qui est celui auquel le mari a déboursé, pendant le mariage, quelques sommes d'argent pour des augmentations faites à quelque héritage sujet au douaire, et qui en ont augmenté le revenu.

182. Dans le troisième cas, qui est celui auquel le mari a acquitté pendant le mariage quelques charges du douaire, supposons qu'il a racheté des deniers de la communauté une rente de 300 livres par an, dont il étoit débiteur dès le temps des épousailles. La douairière, qui, par ce rachat, se trouve déchargée de 150 livres de rente, qu'elle auroit été obligée de payer au créancier pendant tout le temps qu'auroit duré son usufruit, doit en récompenser l'héritier du mari par la voie de la compensation, en le déchargeant, pendant tout ledit temps, de la rente de 150 l. que ledit héritier est tenu de lui continuer en la qualité qu'elle a de commune, suivant l'art. 245 de la coutume de Paris.

Dans les coutumes où la portion de la douairière n'est que le tiers, la femme, qui n'eût été tenue que du tiers de ladite rente, montant à 100 livres, si elle n'eût pas été rachetée, fera seulement déduction à l'héritier de 100 livres par chacun an, pendant tout le temps que doit durer son usufruit, sur les 150 livres de rente qu'il est tenu de lui continuer.

Rien n'est si équitable que ces compensations. L'équité ne permet pas que la femme demande récompense de la part qu'elle avoit, en qualité de commune, dans les sommes

que son mari a tirées, pendant qu'elle profite desdites sommes comme douairière.

183. Il n'y a pas lieu à cette compensation lorsque l'héritier avoit, de son côté, des raisons à faire à la douairière, pour raison du douaire, dont il s'est fait compensation avec celles que la douairière lui doit faire; autrement il se feroit payer deux fois.

Il est évident qu'il ne peut y avoir lieu à cette compensation lorsque la douairière a renoncé à la communauté : car ne lui étant dû, en ce cas, aucune récompense pour les sommes que son mari a tirées de la communauté, dans les biens de laquelle elle n'a rien à prétendre, elle n'a rien qu'elle puisse compenser avec les choses dont elle doit faire raison à l'héritier, qu'on suppose n'avoir, de son côté, aucune raison à faire à la douairière.

184. La douairière, qui n'a en ce cas aucune compensation à opposer, ne peut se dispenser de payer à l'héritier, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, pendant tout le temps que durera cette jouissance, les intérêts de la somme que le mari a payée, pendant le mariage, pour quelqu'un desdits héritages, qui n'est sujet au douaire que sous la déduction de cette somme, comme nous l'avons vu *suprà*.

185. Dans les deux autres cas, lorsque le mari a déboursé, pendant le mariage, quelque somme pour des augmentations à un héritage sujet au douaire, qui en ont augmenté le revenu, ou pour le rachat de quelque rente par lui due, à laquelle la douairière eût contribué, si elle n'eût pas été rachetée; ne pouvant y avoir lieu à la compensation, au moyen de ce que la douairière a renoncé à la communauté, ou de ce qu'il y a exclusion de communauté, l'héritier est-il fondé à demander à la douairière les intérêts de cette somme, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, pendant tout le temps que doit durer cette jouissance? Les avis sont différents sur cette question. Duplessis et Renusson tiennent la négative : ils disent que le mari, en faisant cette augmentation et en rachetant cette rente, n'a eu d'autre vue que d'améliorer

et de libérer son bien, comme le font tous les bons pères de famille; qu'on ne doit donc point supposer en lui aucune vue d'avantager sa femme, ni aucune intention de faire contracter à sa femme aucune obligation, d'où puisse naître aucune action contre elle. Le mari, en faisant ces augmentations, en rachetant cette rente, *proprium negotium gerebat, non negotium uxoris, quamvis per accidens profuerit uxori.* Renusson autorise son opinion par un arrêt du 13 août 1622, rendu au profit de la dame de l'Encosme, par lequel il dit avoir été jugé qu'elle devoit jouir de son douaire, sans être tenue de récompenser l'héritier du mari, des rentes acquittées par le mari durant le mariage.

La coutume de Normandie, en l'art. 396, a une disposition conforme à cette opinion. Il y est dit : « Si le mari, « constant le mariage, décharge les héritages à lui appar- « tenants lors de ses épousailles..... des rentes hypothé- « caires et foncières..... la femme a le tiers entier pour « son douaire, déchargé desdites rentes racquittées, comme « s'ils n'eussent point été chargés lors et avant les épou- « sailles. »

On ne peut dénier plus formellement à l'héritier la récompense. Cette coutume néanmoins l'accorde par la voie de la compensation, lorsqu'il peut y avoir lieu; car elle dit en l'article suivant : « Si le mari a vendu de son propre pour « faire ledit racquit, la femme prenant douaire sur les hé- « ritages déchargés, ne pourra prendre douaire sur ledit « héritage vendu. »

Nonobstant ces raisons, Lemaître, sur la coutume de Paris, pense que même, *cessante compensatione*, l'héritier est bien fondé à demander à la douairière récompense de ce dont elle profite du rachat des rentes et des augmentations faites par le mari pendant le mariage.

Il n'est pas, selon lui, nécessaire que le mari, pendant le mariage, en faisant le rachat de ces rentes et ces augmentations, ait eu intention d'avantager sa femme, et d'augmenter le revenu de son douaire : il suffit qu'elle en soit effectivement avantagée, et que le revenu de son douaire soit effectivement augmenté aux dépens du mari, pour que

l'héritier soit fondé à demander cette récompense. De même que le revenu du douaire ne peut être diminué par le fait du mari, sans que la femme en soit récompensée; il ne doit pas non plus pouvoir être augmenté aux dépens du mari, sans que la femme en récompense l'héritier du mari. J'inclinerois pour cette seconde opinion.

§. III. De la garantie qui naît du partage entre la douairière et l'héritier.

186. Ce partage produit, comme tous les autres partages, une obligation de garantie entre les copartageants.

En conséquence, lorsque l'un des copartageants a souffert éviction de la jouissance d'un héritage échu en son lot, l'autre copartageant est tenu de lui faire raison pour sa part, par chacun an, pendant tout le temps que durera le douaire, de la somme à laquelle a été estimée, par le partage, la jouissance dont il a été évincé.

Par exemple, supposons que la masse qui a été partagée par moitié entre la douairière et l'héritier du mari, fût de 1,200 liv. de revenu. On a délivré par le partage à la douairière des héritages pour 600 livres de revenu : elle a été évincée de l'un de ces héritages, qui étoit de 300 livres. L'héritier, qui, de son côté, n'a souffert aucune éviction, doit, pour la garantie dont il est tenu envers elle, lui faire raison de 150 livres par chacun an, moitié du revenu de 300 livres dont elle a été évincée; au moyen de quoi la douairière et l'héritier auront chacun 450 livres de revenu, qui est la moitié qu'ils doivent avoir chacun dans les 900 liv. de revenu auxquelles a été, par cette éviction, réduite la masse qui est à partager entre eux.

Dans les coutumes où le douaire n'est que du tiers, si, pour le tiers de la douairière dans une masse de 1,200 liv., on lui a délivré des héritages pour 400 livres de revenu, et qu'elle ait été évincée de l'un de ces héritages de 300 liv. de revenu, l'héritier, tenu pour les deux tiers de la garantie, doit faire raison à la douairière de 200 livres de revenu par chacun an; au moyen de quoi, avec les 100 livres de revenu qui lui restoient, elle aura 300 livres de revenu,

qui fait le tiers des 900 livres, somme à laquelle la masse a été réduite.

Lorsque c'est l'héritier qui a souffert éviction, la douairière, tenue de la garantie pour la part qu'elle a dans la masse, doit faire raison à l'héritier de la même manière.

Voyez, sur cette garantie, ce que nous avons dit en notre *Traité de la Société;* et en celui de la *Communauté entre homme et femme.*

ARTICLE II.

De l'action *confessoria servitutis usûsfructûs.*

187. L'ouverture du douaire donne ouverture à l'action *confessoria servitutis usûsfructûs.*

Cette action est une action réelle, par laquelle la douairière revendique le droit d'usufruit qui lui a été acquis par l'ouverture du douaire dans les héritages sujets au douaire pour la portion qui lui en appartient. C'est de cette action qu'il est traité au titre du Digeste *Si ususfructus petatur.*

Cette action étant une action réelle, elle a lieu contre tous ceux qui possèdent les héritages sujets au douaire, soit contre l'héritier, lorsqu'ils se trouvent dans la succession, soit contre les tiers détenteurs, lorsque le mari les a aliénés; L. 5, §. 1, ff. *Si ususfruct. petat.*

188. Lorsque l'action est donnée contre l'héritier, la douairière peut conclure contre lui à la restitution de tous les fruits nés ou perçus depuis le jour du décès du mari, si l'héritage est situé sous une coutume qui la saisit de plein droit de son douaire.

La femme n'a pas même ordinairement besoin, dans ces coutumes, d'avoir recours à cette action, pouvant, comme nous l'avons vu en l'article précédent, se mettre d'elle-même en possession de la jouissance qui lui appartient dans l'héritage, et même former la complainte contre l'héritier qui l'y troubleroit. Elle n'a besoin d'avoir recours à cette action que lorsque le fond de son droit lui est contesté; *putà*, si l'héritier soutenoit que l'héritage sur lequel la femme veut exercer son douaire, n'y est pas sujet, n'étant pas venu

à son mari en avancement de succession, mais à titre de vente qui lui en auroit été faite par son père, et que la femme soutînt, au contraire, que son mari l'avoit eu en avancement de succession.

Lorsque l'héritage est situé sous une coutume qui ne saisit pas de plein droit la femme de son douaire, elle est obligée d'avoir recours à cette action contre l'héritier, et elle ne peut conclure contre lui à la restitution des fruits, sinon de ceux nés ou perçus depuis l'exploit de demande.

189. Lorsque la demande est donnée contre un tiers détenteur d'un héritage sujet au douaire, que le mari a aliéné pendant le mariage, quand même l'héritage seroit sous une coutume qui saisit de plein droit la femme de son douaire, la femme ne pourra pas conclure contre ce détenteur, possesseur de bonne foi, à la restitution des fruits, si ce n'est de ceux ou nés ou perçus depuis l'exploit de demande; car, comme nous l'avons vu en l'article précédent, les coutumes ne saisissent la femme de plein droit de son douaire, que sur les héritages qui se trouvent dans la succession du mari; mais comme le mari n'a pu préjudicier à la femme, en aliénant les héritages sujets au douaire, dont elle auroit partagé les fruits du jour de l'ouverture du douaire, si le mari n'avoit pas aliéné lesdits héritages, elle en doit être indemnisée par l'héritier du mari.

190. Observez aussi que la douairière n'est reçue à donner cette action contre les tiers détenteurs des héritages sujets au douaire, que lorsque son mari n'a pas laissé dans sa succession assez d'héritages sujets ou douaire, pour lui fournir la portion qu'elle doit avoir dans l'usufruit de la totalité desdits héritages; car ce n'est pas dans une portion de l'usufruit de chacun desdits héritages, mais dans une portion de l'usufruit de la totalité, que consiste le douaire, auquel le mari n'a pas donné atteinte par les aliénations qu'il a faites, lorsque la femme trouve dans les héritages sujets au douaire, restés en la succession du mari, de quoi en être remplie.

191. Lorsque le mari a aliéné tous les héritages sujets au douaire, ou lorsqu'il n'en a pas laissé dans sa succession

suffisamment pour remplir la douairière de sa portion, c'est le cas auquel la douairière peut, par cette action, revendiquer son douaire contre les tiers détenteurs des héritages qui y sont sujets, à commencer par les détenteurs des héritages qui ont été aliénés en dernier lieu, et ainsi en remontant, contre les détenteurs des héritages dont l'aliénation a entamé la portion qui lui appartient pour son douaire.

A l'égard des héritages qui ont été aliénés les premiers, quoiqu'ils soient du nombre de ceux qui composent la masse dans laquelle la douairière doit avoir une portion, la douairière n'a aucune action contre ceux qui en sont détenteurs, si l'aliénation qui en a été faite n'a pas entamé cette portion, ceux qui restoient étant suffisants pour la fournir.

192. Lorsque la femme a consenti aux aliénations des héritages sujets au douaire, qui ont entamé la portion du douaire, ce consentement l'exclut de son action contre les détenteurs desdits héritages, sauf à elle à s'en faire indemniser par l'héritier du mari.

Quoique la femme n'ait pas consenti à ces aliénations, si elle a accepté la communauté qui étoit entre elle et son mari, étant, en cette qualité de commune, tenue pour moitié de l'obligation de garantie que son mari a contractée envers les acquéreurs desdits héritages, elle seroit, pour ladite moitié, exclue de son action contre eux, suivant la la règle : *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio;* sauf à elle à s'en faire indemniser par l'héritier du mari.

ARTICLE III.

Des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire conventionnel.

193. Lorsque le douaire conventionnel consiste dans une portion en usufruit des héritages du mari, l'ouverture de ce douaire donne lieu, de même que celle du coutumier, à l'action de partage et à l'action *confessoria usûsfructûs.*

Lorsqu'il consiste dans l'usufruit d'un certain héritage, l'ouverture du douaire donne seulement lieu à l'action réelle *confessoria usûsfructûs* contre le possesseur de l'héritage, c'est-à-dire, contre l'héritier, s'il est dans la succession; ou

contre le tiers détenteur, si le mari l'avoit aliéné. La douairière peut même, dans les coutumes où le douaire saisit de plein droit, lorsque l'héritage se trouve dans la succession du mari, se mettre d'elle-même en possession de l'usufruit de cet héritage, et former la complainte contre ceux qui l'y troubleroient.

Lorsque le douaire conventionnel consiste ou dans une rente viagère, ou dans une somme d'argent, soit en usufruit, soit en propriété, ce douaire est une dette de la personne et succession du mari, d'où naît une action personnelle qu'a la douairière contre tous les héritiers et successeurs à titre universel aux biens de son mari, qui en sont tenus chacun pour la part qu'ils ont dans les biens de ladite succession.

Si la douairière étoit elle-même donataire à titre universel d'une quotité des biens de son mari, elle devroit, par la même raison, faire confusion sur elle de ce douaire, quant à la part pour laquelle elle est tenue des autres dettes de la succession. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 11 août 1710, rapporté au Supplément du cinquième tome du Journal des Audiences.

Outre l'action personnelle, la douairière a encore l'action hypothécaire contre chacun des héritiers de son mari, qui possède quelque immeuble de sa succession. Ils sont tenus de cette action chacun pour le total.

Elle a aussi cette action contre les tiers acquéreurs des biens hypothéqués à son douaire. *Voyez*, sur l'hypothèque du douaire, *infrà*, *part.* 2, *chap.* 3, *art.* 3.

Elle n'a pas le droit d'exécution, et ne peut procéder par voie de commandement contre les héritiers de son mari, jusqu'à ce qu'elle ait fait déclarer exécutoire contre eux son contrat de mariage, ou qu'ils se soient obligés envers elle par acte devant notaires : car le droit d'exécution n'a lieu que contre la personne qui s'est elle-même obligée, ou qui a été condamnée.

CHAPITRE V.

Du droit d'usufruit de la douairière sur les héritages et autres immeubles qui y sont sujets.

Nous considérerons dans le droit d'usufruit trois choses : 1° le droit de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets au douaire ; 2° les obligations de la douairière attachées au droit d'usufruit ; 3° ses charges ; 4° à quoi l'usufruit de la douairière oblige-t-il envers elle le propriétaire des héritages qui y sont sujets ?

ARTICLE PREMIER.

Du droit de percevoir les fruits des héritages et autres droits immobiliers sujets au douaire.

194. Le droit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, consiste dans celui de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets au douaire, pour la part qu'elle y a, qui seront à percevoir ou qui naîtront pendant tout le temps de son usufruit, c'est-à-dire, à l'égard des coutumes qui la saisissent de plein droit, tous ceux qui seront à percevoir ou qui naîtront depuis le décès du mari jusqu'à la fin dudit usufruit ; et à l'égard des autres coutumes, depuis la demande que la douairière a faite de son douaire, ou depuis que l'héritier, avant aucune demande, l'en a volontairement saisie.

En cela l'usufruit de la douairière diffère de celui d'un titulaire de bénéfice ; celui-ci n'acquiert les fruits perçus pendant le temps de son usufruit, qu'au prorata du temps qu'a duré son usufruit.

Par exemple, si un titulaire a pris possession de son bénéfice le 1^er^ de septembre, et qu'il soit mort le 1^er^ janvier suivant : le temps de son usufruit n'ayant duré que le tiers d'une année, il ne retiendra que le tiers de la vendange qu'il a faite, qui est le fruit d'une année. Au contraire, la

douairière, quelque peu de temps qu'ait duré son usufruit, acquiert entièrement, pour la part néanmoins qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets à son douaire, tous les fruits qui y ont été perçus, ou qui y sont nés pendant le temps de son usufruit, fussent-ils le fruit de plusieurs années. Par exemple, si, peu après que la douairière est entrée en possession de son douaire, il s'est fait sur un héritage sujet au douaire une coupe de bois taillis qu'on a coutume de couper tous les douze ans, et qui est par conséquent le fruit de douze années; quoique la douairière soit morte peu après, et que le temps de son usufruit n'ait pas duré un an, la douairière aura acquis la moitié ou le tiers de toute cette coupe.

Vice versâ, lorsqu'il n'y a eu aucuns fruits perçus ou nés pendant le temps de l'usufruit de la douairière, elle n'en peut prétendre aucuns; comme dans le cas auquel elle auroit été saisie de son douaire peu de jours après la récolte, et seroit décédée quelques jours avant la récolte suivante.

Cependant si un homme, se voyant à l'extrémité, avoit, en fraude du douaire de sa femme, fait récolter les fruits de son héritage avant leur maturité, et qu'il fût mort quelques jours après, avant que la récolte fût faite dans le quartier, la douairière seroit bien fondée à prétendre des dommages et intérêts contre l'héritier.

Il en est de même lorsqu'un homme, se voyant malade, a avancé le temps ordinaire d'une coupe de bois, ou de la pêche d'un étang.

195. La douairière, de même que les autres usufruitiers, a le droit de percevoir les fruits des héritages sujets à son usufruit, non seulement par elle-même, mais par les personnes à qui elle juge à propos de céder son droit, sans qu'elle ait besoin pour cela du consentement du propriétaire : *Cui ususfructus legatus est, etiam invito hærede eum extraneo vendere potest;* l. 67.

Le propriétaire doit-il au moins avoir la préférence sur l'étranger à qui l'usufruitier a vendu ou loué son droit? La question a été autrefois controversée. Plusieurs docteurs pensoient autrefois que le propriétaire devoit être admis

à cette préférence, lorsqu'il se présentoit *rebus integris*, avant que celui à qui l'usufruitier avoit vendu ou loué son droit fût entré en jouissance, et que l'usufruitier étoit sans intérêt. Brunneman, *ad l.* 12, ff. *de usufr.*, suit cette opinion.

Quelques coutumes l'ont suivie à l'égard du douaire. Celle de Berry, *tit.* 8, *art.* 18, donne le droit de retrait au propriétaire, lorsque la douairière a vendu, ou même seulement affermé son douaire. Les coutumes de Sedan, Péronne, Calais, donnent pareillement au propriétaire le droit de retrait sur l'acheteur à qui la douairière a vendu son douaire. Celle du duché de Bourgogne veut aussi que le propriétaire ait la préférence. Je ne crois pas que, dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, on doive accorder au propriétaire aucune préférence : elle seroit préjudiciable à la douairière, qui ne trouveroit pas à vendre ou à louer son usufruit aussi avantageusement, si les acquéreurs avoient un retrait à craindre.

Le droit qu'a la douairière, de même que les autres usufruitiers, de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets à son douaire, soit par elle-même, soit par ceux qui sont à ses droits, s'étend généralement à toutes les espèces de fruits, soit naturels, soit civils : il s'étend même à la jouissance des choses accessoires aux héritages sujets à son usufruit. Nous commencerons par les naturels.

§. I. Des fruits naturels.

196. Les fruits naturels d'une chose sont des êtres physiques que cette chose produit et reproduit.

Par exemple, les blés et autres grains, les foins, les fruits des vignes et des autres arbres, sont les fruits d'une terre; la pêche d'un étang est le fruit de l'étang; les laines et les agneaux sont les fruits d'un troupeau de moutons.

J'ai dit que les fruits d'une chose sont ce qu'elle produit et reproduit : suivant cette définition, les pierres qu'on tire d'une carrière ne sont pas des fruits de la terre sur laquelle on a établi la carrière; car la terre d'où on les tire n'en reproduit pas d'autres à la place de celles qu'on a tirées.

D'où il suit qu'une douairière, de même que tous les autres usufruitiers, non seulement ne peuvent pas ouvrir une carrière sur un héritage dont ils jouissent par usufruit; mais quand même la carrière auroit été ouverte avant que l'usufruit ait commencé, ils n'ont pas droit d'en tirer des pierres pour les vendre.

Mais elle pourroit en faire tirer pour les réparations qui sont à faire aux héritages dont elle a la jouissance.

Je pense même qu'elle pourroit ouvrir une marnière pour marner les terres dont elle a l'usufruit; car c'est faire ce que feroit un bon père de famille.

Cette décision peut recevoir une exception à l'égard de certaines carrières qui sont si riches et si abondantes, qu'elles sont regardées en quelque façon comme inépuisables. Lorsque le propriétaire de l'héritage sur lequel elles sont établies, a été dans l'usage de se faire une espèce de revenu de ces carrières, par les pierres qu'il en tiroit pour les vendre, les personnes qui succèdent à ce propriétaire à l'usufruit de cet héritage, peuvent user des carrières de la même manière qu'il en usoit, et s'en faire un pareil revenu. *Voyez* ce que nous en avons dit en notre *Traité de la Communauté, n.* 97.

197. A plus forte raison, un trésor trouvé dans un fonds de terre où il étoit caché, n'est pas regardé comme un fruit de cette terre; car non seulement la terre n'en reproduit pas, mais ce n'est pas même elle qui l'a produit, elle n'en étoit que la dépositaire. C'est pourquoi la douairière ne peut, en sa qualité d'usufruitière, prétendre aucune part dans le trésor trouvé dans l'héritage dont elle jouit par usufruit; ce trésor doit se partager par tiers, entre celui qui l'a trouvé, le propriétaire de l'héritage, et le seigneur de justice.

198. Les bois de haute-futaie qui sont sur un héritage ne sont pas un fruit; lorsque le propriétaire les abat, il est censé diminuer et entamer son fonds, plutôt que percevoir le fruit de son fonds. En cela les bois de haute-futaie diffèrent des bois taillis, c'est-à-dire, de ceux que l'on coupe lorsqu'ils ont un certain âge, et qu'on laisse repous-

ser pour être pareillement coupés lorsqu'ils auront le même âge, et ainsi successivement. Les coupes de ces bois taillis sont des fruits qui appartiennent à l'usufruitier, lorsqu'il les fait couper pendant le temps de son usufruit, dans les temps auxquels elles doivent se faire; mais l'usufruitier ne peut pas abattre les autres bois : *Si grandes arbores essent, non posse eas cædere;* l. 11, ff. *de usufr.*

Non seulement il n'a pas le droit de les abattre, mais quand même ces arbres auroient été abattus sans le fait de l'usufruitier, par la violence des vents, l'usufruitier ne pourroit pas les vendre et en disposer à son profit; il seroit tenu de les laisser au propriétaire de l'héritage : il lui est seulement permis d'en prendre dans ce qui n'est bon qu'à brûler, autant qu'il en a besoin pour son usage : *Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis, usquè ad usum suum et villæ posse usufructuarium ferre, Labeo ait : nec materiâ pro ligno usurum;* l. 12.

Observez que ce que nous avons dit, qu'il n'étoit pas permis à l'usufruitier d'abattre les bois de haute-futaie, doit s'entendre en ce sens, qu'il ne lui est pas permis de les abattre pour les vendre et en faire son profit; parceque ces arbres ne sont pas un fruit : mais comme ils sont destinés à être employés aux réparations qui sont à faire pour l'entretien des bâtiments de l'héritage sur lequel ils se trouvent, l'usufruitier de l'héritage, lorsqu'il y a des réparations à faire pendant le cours de son usufruit, peut abattre dans lesdits bois ce qu'il est nécessaire d'en abattre pour les faire : *Materiam succidere quantùm ad villæ refectionem, putat posse;* d. l. 12.

Par la même raison, si le propriétaire, lorsqu'il jouissoit par lui-même, étoit dans l'usage de prendre dans un bois de haute-futaie de quoi encharneler la vigne, l'usufruitier doit avoir la même faculté, pourvu que cela ne le dégrade pas trop : *Ex non cæduâ in vineam sumpturum, dùm ne fundum deteriorem faciat;* l. 10, ff. *d. tit.*

199. On subdivise les fruits naturels des héritages, en fruits purement naturels, et en fruits industriels.

Les fruits purement naturels sont ceux que la terre pro-

duit d'elle-même sans culture, tels que sont les foins, les noix, la coupe d'un bois taillis, etc.

Les fruits industriels sont ceux que la terre produit par la culture, tels que sont les blés et autres grains, les fruits de vigne, etc.

Les uns et les autres sont acquis à la douairière, de même qu'à tous les autres usufruitiers, par leur perception; et ils sont censés perçus aussitôt qu'ils ont été séparés de la terre où ils étoient pendants, quoiqu'ils soient encore sur champ, et qu'ils n'aient pas encore été conduits dans les granges; l. 13, ff. *quib. mod. usufr. amitt.*

200. Suivant la subtilité du droit romain, le droit d'usufruitier étant le droit qu'a une personne, de percevoir les fruits d'une chose, les fruits d'un héritage sujet à un droit d'usufruit, n'étoient acquis à l'usufruitier que par la perception qui en étoit faite par lui ou par quelqu'un de sa part. C'est pourquoi, si des voleurs avoient coupé les blés sur un héritage, l'usufruitier de cet héritage avoit bien l'action *furti, quæ datur ei cujus interest rem non fuisse surreptam;* mais l'action en restitution des choses volées, qu'on appelle *condictio furtiva*, qui n'est donnée qu'au propriétaire des choses volées, appartenoit au propriétaire de l'héritage, et non à l'usufruitier, qui n'avoit pu acquérir les fruits par la perception qu'en avoit faite le voleur, ce voleur ne les ayant pas perçus au nom et de la part de l'usufruitier; l. 12, §. 5, ff. *de usufr.*

Par la même raison, le jurisconsulte Paul décidoit que les olives qui se détachoient d'elles-mêmes et tomboient de l'olivier, n'étoient pas acquises à l'usufruitier.

Notre jurisprudence n'admet pas ces subtilités; et nous tenons pour règle générale, que tous les fruits d'un héritage sujet à un droit d'usufruit, qui sont perçus et séparés de la terre où ils sont pendants, pendant le temps de la jouissance de l'usufruitier, lui appartiennent, de quelque manière qu'ils aient été perçus.

201. Le principe que les fruits naturels ne sont censés perçus que par leur séparation de la terre ou il sont pen-

dants, reçoit une exception dans notre coutume d'Orléans, à l'égard de la coupe des bois sujets au droit de gruerie.

Tous les bois de la forêt d'Orléans sont sujets à ce droit envers le duc d'Orléans, à moins que les propriétaires ne justifient leur exemption par des titres; et il consiste dans le droit qu'a le prince d'avoir la moitié du prix de toutes les coupes qui se font du bois sujet à ce droit.

Lorsque les propriétaires ou usufruitiers veulent faire couper leurs bois, ils doivent faire leur déclaration au greffe du siége de la maîtrise des eaux et forêts où ils sont situés, qu'ils entendent mettre en coupe telles et telles pièces de bois. En conséquence lesdites pièces de bois sont mesurées, arpentées et layées (c'est-à-dire que les arbres qui servent de bornes auxdites pièces, qu'on appelle *les pieds corniers*, sont marqués du marteau de la maîtrise); après quoi la coupe qui est à faire de chacune desdites pièces de bois, est criée à l'audience de la maîtrise, et adjugée au plus offrant et dernier enchérisseur, sans que le propriétaire ou usufruitier ait aucune préférence sur les enchérisseurs étrangers.

Notre coutume d'Orléans, article 75, décide que, aussitôt que l'adjudication a été faite, sans qu'il faille attendre que l'adjudicataire ait fait abattre les bois, la coupe de bois qui a été adjugée est censée perçue et acquise à celui à qui le droit de percevoir les fruits de la pièce de bois appartient au temps de l'adjudication. Elle le décide dans le cas d'un seigneur qui a saisi féodalement, et qui a le droit en conséquence de faire siens les fruits du fief saisi, qui sont perçus pendant le temps qu'a duré la saisie. Il y a entière parité dans les autres cas. Suivant cette décision, lorsqu'une coupe de bois en gruerie d'un héritage sujet au douaire a été adjugée avant l'ouverture du douaire, quoique le bois n'ait été abattu que depuis, la douairière ne peut rien y prétendre; et, *vice versâ*, si la coupe du bois a été adjugée pendant le temps de l'usufruit de la douairière, elle lui appartiendra, quoiqu'elle meure avant qu'on ait commencé à abattre les bois.

202. On a fait une question à l'égard des fruits indus-

triels, qui est de savoir si la douairière qui n'étoit pas commune, ou qui a renoncé à la communauté, est tenue, pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, de rembourser l'héritier des frais de labours et semences, faits par le mari pour les fruits qui étoient pendants lors de l'ouverture du douaire, et qu'elle a perçus pour ladite part. Renusson tient l'affirmative. Il se fonde sur la raison que ces frais sont une charge naturelle des fruits, lesquels ne sont *fruits* que sous une déduction : *Fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis;* l. 36, §. 5, ff. *de hæred. petit.* Il est donc juste que ces frais soient supportés par ceux qui perçoivent les fruits, et que la douairière, pour la part qu'elle y a, en fasse raison à la succession du mari qui les a faits.

On dit au contraire, pour la négative, que la règle de droit, *Fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis*, est dans le cas de personnes qui sont comptables de fruits qu'elles ont perçus, qui ne leur appartenoient pas : elles n'en doivent compter que sous la déduction des frais qu'elles ont faits. Mais cette règle ne reçoit ici aucune application. Il n'est dit nulle part que le légataire d'un droit d'usufruit d'un héritage, soit tenu de restituer à l'héritier les frais faits par le testateur pour les fruits qui se sont trouvés pendants sur l'héritage au temps de l'ouverture du legs : l'usufruit de l'héritage est censé avoir été légué en l'état auquel se trouveroit l'héritage au temps de l'ouverture du legs. Pareillement, l'usufruit que la loi ou le mari ont accordé à la douairière, est le droit de jouir des héritages dans l'état auquel ils se trouveront lors de l'ouverture du douaire; les frais faits pour les mettre en cet état font partie de ce qui lui a été donné par la loi ou par son mari. C'est l'avis de Lemaître, qui me paroît le plus juridique.

Quid, si ces labours et semences étoient encore dus à la mort du mari? Bacquet, qui décide que la douairière n'en doit pas faire raison lorsqu'ils ont été acquittés du vivant du mari, pense néanmoins qu'elle est tenue de cette dette. Je pense, au contraire, que dès qu'on établit pour principe que l'usufruit de l'héritage est accordé à la douairière en

l'état qu'il se trouvera au temps de l'ouverture du douaire, c'est une conséquence que la douairière ne doit pas être tenue de cette dette; de même qu'un héritier aux propres, lequel a recueilli les fruits qui étoient pendants sur l'héritage auquel il a succédé, n'est pas pour cela plus tenu de la dette des frais de labours et semences faits pour les faire venir, qu'il ne l'est des autres dettes de la succession.

Il n'y a pas lieu à cette question, lorsque la douairière a accepté la communauté : il ne peut être douteux, en ce cas, que le mi-denier des labours et semences, dont la coutume de Paris, *art.* 231, charge l'héritier de celui sur l'héritage propre duquel se trouvent les fruits pendants, ne peut être dû en entier à la femme, et qu'elle en a fait confusion pour la part qu'elle a, comme douairière, dans lesdits fruits.

Supposons, par exemple, que les frais faits pour les fruits d'un héritage propre du mari, qui se sont trouvés pendants lors de la mort du mari, montent à 300 livres. Il seroit dû, par la succession du mari, à la femme la somme de 150 livres pour le mi-denier, si la femme n'y prenoit pas son douaire : mais la femme ayant, en sa qualité de douairière, la moitié desdits fruits, elle doit faire confusion sur elle de la moitié de ce mi-denier, et l'héritier ne lui doit que 75 livres.

203. Sur le cas inverse, qui est celui auquel, au temps de la mort de la douairière, les fruits étoient pendants sur les héritages dont elle jouissoit en usufruit, *voyez* ce qui en est dit *infrà, chap.* 7.

§. II. Des fruits civils.

204. Les fruits civils sont les revenus d'une chose, qui n'ont aucun être physique, et ne consistent qu'en droits ou créances, lesquels subsistent par l'entendement : *Fructus civiles sunt qui in jure consistunt.*

Tels sont les loyers des maisons, et les fermages des héritages de campagne. Ils forment le revenu de ces maisons et de ces héritages; ils en sont donc les fruits : mais ce ne sont pas des corps et des êtres physiques que l'héritage ait

produits; ce sont des fruits civils, *qui in jure consistunt*, c'est-à-dire, dans le droit d'exiger des locataires ou fermiers les sommes ou autres choses qui font l'objet dedits loyers ou fermages.

Les arrérages des rentes, soit foncières, soit constituées, sont aussi des fruits civils desdites rentes : ces rentes n'ayant elles-mêmes qu'un être civil, ne peuvent produire que des fruits civils.

Il en est de même des arrérages de cens, des profits féodaux ou censuels; ce sont les fruits civils des droits de seigneurie féodale ou censuelle. Les amendes, les droits d'épaves, de déshérence et de confiscation, sont les fruits civils des droits de justice.

205. Tous ces fruits civils qui naissent pendant le temps de l'usufruit, sont acquis à la douairière pour la part qu'elle y a, comme ils le sont à tous les autres usufruitiers aussitôt qu'ils sont nés; et ils sont nés aussitôt qu'ils commencent à être dus, quand même ils ne seroient pas encore exigibles.

Par exemple, supposons qu'une métairie dont la douairière jouit par usufruit, soit affermée pour 500 livres de ferme, par chacun an, payables à la Toussaint. Si la douairière est morte au mois de septembre, après la récolte, la ferme étant due par le fermier comme et pour le prix des fruits qu'il a recueillis, elle est due et acquise à la douairière aussitôt que la récolte a été faite : c'est pourquoi, quoiqu'elle soit morte avant le terme de la Toussaint, auquel elle étoit payable, elle la transmet en entier dans sa succession. Au contraire, si la douairière étoit morte avant la récolte, les héritiers de la douairière ne pourroient rien prétendre de la ferme, qui, n'étant due par le fermier que pour le prix des fruits, n'est due que lorsqu'il les a recueillis, et n'a pu par conséquent être acquise à la douairière, qui est morte auparavant.

Lorsque la douairière est morte pendant la récolte, la ferme due pour cette récolte appartient à sa succession, à proportion de ce qu'il y avoit alors de fruits recueillis. Par exemple, si la récolte étoit alors faite aux deux tiers, la

ferme due pour cette récolte appartiendra pour les deux tiers à la succession de la douairière, et, pour le surplus, au propriétaire de l'héritage.

206. A l'égard des loyers de maisons, ces loyers étant dus par le locataire pour la jouissance de la maison qu'il a, ou qu'il ne tient qu'à lui d'avoir chaque jour, ils se comptent de jour à jour, comme les arrérages de rentes : ils sont dus par partie par le locataire chaque jour, et par conséquent acquis par partie chaque jour à la douairière, de même qu'aux autres usufruitiers. C'est pourquoi, à la mort de la douairière, non seulement les termes des loyers et des arrérages de rentes qui étoient échus avant la mort de la douairière, mais tout ce qui a couru jusqu'au jour de la mort de la douairière exclusivement, du terme qui ne doit échoir qu'après sa mort, est censé avoir été acquis à la douairière, et appartient à ses héritiers.

Pourquoi avons-nous dit *exclusivement?* C'est que la partie de loyer due pour chaque jour, étant due pour la jouissance de ce jour, elle n'est due que lorsque le jour est entièrement révolu : c'est pourquoi le loyer du jour de la mort de la douairière, n'a pu lui être acquis, à moins qu'on ne la supposât morte précisément au dernier instant de la journée.

Il en est de même des arrérages de rentes.

Il en est autrement du cens : étant dû *in recognitionem dominii*, il est dû aussitôt qu'est arrivé le jour auquel la seigneurie doit être reconnue, qui est celui auquel le cens est payable, quoique les censitaires aient tout le jour pour s'acquitter de ce devoir.

Voyez ce que nous en avons déja dit en notre *Traité de la Communauté*, *n.* 224.

207. Il nous reste à observer que les droits honorifiques attachés à une terre dont la douairière jouit en usufruit, ne sont point compris dans les fruits civils de cette terre : *Jura honorifica non sunt in fructu;* Molin. *art.* 1, *gl.* 1, *n.* 19. Ils ne peuvent par conséquent être prétendus par la douairière. C'est ce qui résulte de la définition que nous avons ci-dessus donnée des fruits civils, que nous avons

dit être ce qui formoit le *revenu* d'une chose. Or le revenu ne s'entend que de l'utile, et non de l'honorifique : c'est pourquoi une douairière qui jouit en usufruit d'une terre à laquelle est attaché un droit de justice, a bien le droit, comme nous l'avons dit ci-dessus, de percevoir les amendes, les épaves, les confiscations, les déshérences qui obviennent pendant le temps de son usufruit, ces choses étant des droits utiles, et par conséquent des fruits; mais les droits honorifiques qui sont attachés au droit de justice appartiennent au propriétaire, et non à la douairière : en conséquence c'est au propriétaire, et non à la douairière, qu'appartient le droit d'instituer et de destituer les officiers de la justice.

A l'égard des droits honorifiques dans l'église, quoiqu'ils ne doivent pas appartenir aux usufruitiers, la douairière, par une raison qui lui est particulière, *propter memoriam mariti*, est fondée à les prétendre.

M. Guyot, dans son ouvrage sur les droits honorifiques, *pag.* 46 *et* 47, ne lui accorde que les honneurs moindres, tels que ceux du pain bénit et de l'eau bénite, par distinction : mais je pense que l'héritier du mari auroit mauvaise grâce à s'opposer qu'elle continuât à jouir des grands honneurs, des prières nominales et de l'encens, dont elle jouissoit du vivant de son mari, avec son mari; le curé auroit encore plus mauvaise grâce de les lui refuser. On ne peut sur-tout lui contester la sépulture dans le chœur, lorsque son mari y a été enterré, étant naturel qu'une veuve soit enterrée dans le tombeau de son mari. Mais le droit de la douairière étant éteint par sa mort, les héritiers de la douairière ne seroient pas fondés à vouloir apposer une litre ou ceinture funèbre permanente autour de l'église; on doit seulement leur permettre de placer vis-à-vis de la tombe une litre d'étoffe, pour y rester pendant l'année depuis l'inhumation.

La douairière qui jouit par usufruit d'un fief a bien le droit de percevoir les profits féodaux, ces profits étant des droits utiles, et par conséquent des fruits civils du fief,

qui en forment le revenu ; mais ce n'est pas à la douairière, c'est au propriétaire du fief que les vassaux doivent la foi.

Pareillement, la douairière, comme tous les autres usufruitiers d'un fief, ne peut, pour les profits qui lui sont dus, saisir féodalement en son nom les fiefs des vassaux qui ne sont pas en foi; mais, après sommation faite au propriétaire du fief, de saisir lui-même féodalement les fiefs desdits vassaux, elle peut, à ses risques, faire elle-même, néanmoins sous le nom du propriétaire du fief, la saisie féodale. C'est la disposition de l'article 2 de la coutume de Paris, et de l'article 63 de la coutume d'Orléans, lesquels ayant été formés sur la jurisprudence qui s'observoit lors de la réformation, doivent avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Au surplus, soit que le propriétaire du fief ait fait lui-même la saisie féodale des fiefs mouvants de lui, soit que ce soit la douairière qui ait saisi, sous le nom du propriétaire, les fruits des fiefs saisis qui seront perçus pendant le cours des saisies féodales, sur les fiefs saisis, n'appartiendront pas au propriétaire du fief, au nom duquel les saisies ont été faites, mais à la douairière; car le droit qu'a le seigneur du fief de faire siens, en pure perte pour le vassal, les fruits des fiefs qu'il a mis en sa main par la saisie féodale, est un droit utile de son fief, qui appartient par conséquent à l'usufruitier.

208. Le droit de chasse est regardé parmi nous comme un droit qui consiste *magis* IN HONORE *quàm in quæstu.* C'est pourquoi le propriétaire du fief dont la douairière jouit en usufruit, conserve ce droit sur le fief dont la douairière jouit : il y peut chasser lui et ses amis : mais les revenus qu'on a coutume de retirer des garennes, d'un colombier et de la pêche, appartiennent à la douairière.

Enfin la douairière qui jouit par usufruit, pour son douaire, de quelque seigneurie de la succession de son mari, peut bien se qualifier *Dame douairière d'un tel lieu;* mais il n'y a que le propriétaire qui puisse s'en qualifier seigneur purement et simplement. Les coutumes de Péronne et de

Ribemont en ont une disposition, qui doit à cet égard faire un droit commun.

§. III. De la jouissance des choses accessoires à celles des héritages sujets au douaire.

209. La douairière, de même que tous les usufruitiers, doit avoir la jouissance des choses accessoires à celles des héritages dont elle a l'usufruit; c'est-à-dire, des choses qui, sans faire partie de l'héritage, y sont pour perpétuelle demeure, afin de servir à son exploitation.

Telles sont, dans une maison de campagne, les cuves; elles ne font pas partie de l'héritage, elles sont plutôt du nombre des choses qui servent à son exploitation. Or *instrumentum fundi, non est pars fundi.* Mais comme elles sont pour perpétuelle demeure dans l'héritage, destinées à servir à l'exploitation de l'héritage, la jouissance de ces choses est regardée comme accessoire à celle de l'héritage: c'est pourquoi la douairière qui jouit par usufruit de la maison, des vignes, doit avoir la jouissance des cuves qui y sont. C'est la décision d'Ulpien, en la loi 9, §. 7, ff. *de usufr.*, où il dit que l'usufruitier *instrumenti fructum habere debet;* et dans la loi 15, §. 6, *d. tit.*, où il dit que l'usufruitier d'un héritage doit avoir l'usage des différentes espèces de vases qui s'y trouvent, et qui sont destinés à renfermer le vin.

210. Lorsqu'un homme qui a plusieurs héritages contigus, a assigné pour le douaire de la femme l'usufruit de l'un desdits héritages, où l'on ne peut aborder qu'en passant par les autres, la douairière doit jouir du passage par les héritages qui ne sont pas sujets à son douaire, pour aller à celui dont l'héritage lui a été assigné pour son douaire; la jouissance de ce passage est accessoire à celui de l'héritage dont elle a l'usufruit, où elle ne pourroit aborder sans cela. Cela est conforme aux principes établis par Ulpien, en la loi 1, §. 1, ff. *si usufr. pet. Ususfructus adminiculis eget sine quibus usufrui quis non potest; et ideò si usufructus legetur, necesse est ut sequatur eum aditus.*

Observez une différence entre ce droit de passage, qui

n'est qu'un accessoire d'un droit d'usufruit, et le droit de servitude de passage qui a été constitué *principaliter et per se* à un voisin. Celui qui a le droit de servitude de passage *principaliter et per se*, a droit de passer par tel lieu que bon lui semblera de cet héritage chargé de cette servitude de passage, pourvu néanmoins que cela ne soit pas trop incommode au propriétaire : *Si cui simpliciter via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinitum videlicet per quamlibet partem ire agere licebit, civiliter modò;* l. 9, ff. *de servitut.*

Au contraire, lorsque quelqu'un n'a droit d'avoir la jouissance du passage par des héritages, que comme un accessoire de l'usufruit d'un autre héritage où l'on ne peut aborder sans cela, le propriétaire desdits héritages peut assigner le lieu qui lui est le moins incommode, par où cet usufruitier et son monde pourront passer, sans qu'ils puissent passer par ailleurs. C'est ce que décide Ulpien d'après Nératius : *Rectè Neratius scribit, si subsidii loci usus-fructus legetur, iter quoque sequi, per ea scilicet loca fundi per quæ qui usumfructum cessit, constitueret, quatenùs est ad fruendum necessarium;* l. 2, ff. *si serv. vind.*

ARTICLE II.

Des obligations de la douairière.

211. Les deux principales obligations de la douairière, de même que de tous les autres usufruitiers, sont de jouir en bon père de famille, des héritages dont elle a l'usufruit, et de les rendre en bon état après l'usufruit fini. Nous traiterons, dans un premier paragraphe, de la première de ces obligations; nous renvoyons au chapitre septième ce qui concerne la seconde. C'est encore une obligation de la douairière de ne point changer la forme des héritages dont elle jouit en usufruit, ni de les convertir à d'autres usages : nous en parlerons dans un second paragraphe. Dans un troisième, nous traiterons de la caution qu'elle doit donner. Nous examinerons, dans un quatrième, si elle est obligée d'entretenir les baux faits par son mari.

§. I. De l'obligation de jouir en bon père de famille.

212. Ulpien, en la loi 1, §. 3, ff. *ususf. quemadm. cav.*, nous définit ce que c'est que jouir en bon père de famille : *Viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est non deteriorem se causam usûsfructûs facturum, cæteraque facturum quæ in re suâ faceret.*

Lors donc qu'on dit que la douairière doit jouir en bon père de famille, c'est dire qu'elle ne doit faire aucunes dégradations aux héritages dont elle a l'usufruit, et qu'elle doit faire au contraire tout ce qu'un bon père de famille, c'est-à-dire, un homme soigneux de ses biens, a coutume de faire pour l'entretien de ses biens.

Par exemple, si ce sont des vignes dont elle jouit en usufruit, elle doit les bien cultiver, en y faisant donner toutes les façons qu'on a coutume d'y donner dans le pays; les bien fumer, les bien entretenir d'échalas, les provigner : elle doit arracher successivement celles qui sont trop vieilles, et en planter d'autres à la place.

Elle doit pareillement, dans les vergers des héritages dont elle jouit, substituer des arbres à la place de ceux qui sont morts, ou qui, étant trop vieux, ne rapportent plus de fruit : *Agri usufructu legato, in locum demortuarum arborum aliæ substituendæ sunt, et priores ad fructuarium pertinent;* l. 18, ff. *de usufr.*

Il en est autrement lorsque quelque accident extraordinaire, tel qu'un ouragan, en a renversé une grande partie. L'usufruitier n'est pas, en ce cas, obligé de replanter; cela passe les bornes d'un simple entretien auquel il est obligé : *Arbores vi tempestatis, non culpâ fructuarii eversas, ab eo substitui non placet;* l. 59, ff. *d. tit.*

213. Si ce sont des terres labourables dont la douairière jouit en usufruit, elle doit les bien cultiver selon la manière du pays; elle ne doit pas les épuiser en les dessaisonnant. Par exemple, dans les pays où l'usage est que les terres soient ensemencées en blé la première année, en mars la seconde, et qu'elles se reposent la troisième année, la douairière ne jouiroit pas en bon père de famille,

si elle ne les laissoit pas reposer la troisième année, ou si elle les ensemençoit en blé deux années de suite. Mais il seroit très permis à un usufruitier de laisser reposer les terres pendant plusieurs années, et d'y semer du sainfoin et autres graines propres à les amender; car il lui est permis d'améliorer : *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest;* l. 13, §. 4, ff. *de usufr.*

214. L'obligation que la douairière contracte de jouir des héritages dont elle a l'usufruit, produit une action qui est ouverte aussitôt qu'elle y contrevient, soit en faisant des dégradations sur lesdits héritages, soit en négligeant de les cultiver et de les entretenir comme ils doivent l'être. Le propriétaire n'a pas besoin, pour l'intenter, d'attendre l'extinction de l'usufruit; il peut l'intenter aussitôt que la douairière a contrevenu, et la faire condamner aux dommages et intérêts qui en résultent. Il peut aussi conclure, lorsque la douairière néglige de faire les réparations, à ce qu'elle soit condamnée à les faire, sinon qu'il sera autorisé à les faire, et qu'il aura contre elle exécutoire du coût : *Hæc stipulatio viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum..... statim committetur, quam aliter* (*fructuarius*) *fuerit usus, et sæpiùs committetur; nec expectabimus ut amittatur ususfructus;* l. 1, §. 3 et 6, ff. *ususfr. quemadm. cav.*

§. II. De l'obligation de ne pas changer la forme de l'héritage, et de ne le pas convertir à d'autres usages.

215. La douairière, de même que tous les autres usufruitiers, n'ayant que le droit de percevoir les fruits des héritages dont elle jouit par usufruit, il ne lui est pas permis, non plus qu'à tous les autres usufruitiers, d'en changer la forme; le droit de changer la forme faisant partie du droit de disposer de la chose, qui ne peut appartenir qu'au seul propriétaire.

Cette décision a lieu, quand même la nouvelle forme en laquelle l'usufruitier voudroit convertir l'héritage, seroit une forme qui rendroit l'héritage plus précieux et d'un

plus grand revenu : *Nec ampliare, nec utile detrahere posse, quamvis melius repositurus sit;* l. 7, §. *fin.;* l. 8, ff. *de usufr.*

Ulpien rapporte cet exemple : *Si fortè voluptuarium sit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debebit dejicere, ut fortè hortos olitorios faciat, vel aliud quod ad reditum spectat;* l. 13, §. 4, ff. *d. tit.*

Cela n'est pas contraire à ce qui a été dit ci-dessus, qu'un usufruitier peut améliorer l'héritage dont il jouit par usufruit; car cela doit s'entendre en ce sens, pourvu que cela se fasse sans en changer la forme.

Par exemple, l'usufruitier d'une maison peut orner le plafond d'une salle par de belles peintures, griser les planchers, revêtir de marbre les murs, etc.; mais il ne lui est pas permis de changer l'entrée de la maison, ni la distribution des appartements : *Si ædium ususfructus legatus sit... colores et picturas et marmora poterit (immittere), et sigilla* (1), *et si quid ad domûs ornatum; sed neque diætas transformare, vel conjungere, aut separare ei permittitur, vel aditus porticusve vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere..... excolere enim quod invenit potest, qualitate ædium non immutatâ;* d. l. 23, §. 7.

216. Un usufruitier peut-il, sans le consentement du propriétaire, exhausser la maison dont il jouit par usufruit? Ulpien tient la négative : car quoiqu'il semble que cet exhaussement par lequel sa maison est augmentée, soit un avantage pour le propriétaire, il peut avoir des raisons pour s'y opposer; *putà*, parceque la maison étant élevée, seroit exposée aux vents : *Eum cui ædium ususfructus legatus sit, altiùs tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur, quia tectum magis turbatur;* d. §. 7.

217. Par la même raison, Nératius décide que l'usufruitier ne peut pas, malgré le propriétaire, revêtir des murs

(1) *Sigilla, id est parva signa*, de petites statues qu'on place dans des corniches.

bruts, parceque, quoique cela paroisse être un ornement et une amélioration, néanmoins le propriétaire peut préférer d'avoir des murs bruts, pour n'être pas, après l'extinction de l'usufruit, sujet à l'entretien de l'enduit dont ses murs auroient été décorés : *Ususfructuarius novum tectorium parietibus qui rudes fuissent, imponere non potest; quia tametsi meliorem excolendo ædificium domini causam facturus esset, non tamen id jure suo facere potest; aliudque est tueri quod accepisset, an novum facere;* l. 44, *d. tit.*

Cette décision de Nératius n'est pas contraire à ce qui a été rapporté ci-dessus de la loi 13, §. 7, qu'un usufruitier pouvoit revêtir de marbres les murs; *immittere marmora poterit :* elles sont dans descas différents. Celle de la loi 13 doit s'entendre des murs qui étoient déja revêtus. L'usufruitier, en les revêtissant, quoiqu'il y emploie une matière plus précieuse, ne fait qu'entretenir; mais lorsque les murs sont bruts, le revêtissement est un nouvel ouvrage qu'il ne peut faire sans le consentement du propriétaire.

218. L'usufruitier peut-il, sans le consentement du propriétaire, agrandir les fenêtres de la maison dont il jouit par usufruit, ou au contraire les diminuer? Ulpien, en la loi 13, §. 7, décide qu'il ne peut les diminuer, *nec obstruere eum posse;* mais il paroît permettre au contraire de les agrandir; *Nerva filius lumina immittere eum posse ait.* Je ne crois pas néanmoins qu'il le puisse faire contre le consentement du propriétaire, qui peut avoir ses raisons de préférer de petites fenêtres aux grandes; parceque si les grandes fenêtres donnent plus de jour, d'un autre côté, elles rendent les appartements plus froids en hiver. C'est une espèce de changement dans la forme de la maison, qui ne peut appartenir à un usufruitier.

219. Si, lors de l'ouverture du douaire, il s'étoit trouvé, sur un des héritages sujets au douaire, quelque bâtiment commencé, que son mari n'a pas achevé, et qui, en l'état qu'il est, ne peut être d'aucun usage, la douairière ne peut obliger l'héritier à l'achever. Lui est-il au moins permis d'achever à ses risques et à ses dépens le bâtiment com-

mencé, sans que l'héritier propriétaire de l'héritage puisse s'y opposer? Les jurisconsultes romains ont poussé la subtilité jusqu'à dire qu'un usufruitier n'a pas ce droit, à moins que cela ne lui ait été expressément permis par la constitution d'usufruit : *Ædificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit; nisi in constituendo hoc specialiter adjectum sit; l.* 61, §. 1, ff. *d. tit.*

Brunneman, *ad* l. 8, ff. *de usufr.*, pense, avec raison, que cette décision du jurisconsulte Nératius ne doit pas être suivie. Elle est contraire à l'intention de celui qui a constitué l'usufruit, lequel, en commençant ce bâtiment, n'a pas eu intention qu'il demeurât imparfait; mais que, s'il étoit prévenu par la mort, et que son héritier ne voulût pas le parachever, il fût permis à l'usufruitier de le faire.

220. Non seulement il n'est pas permis à la douairière ni aux autres usufruitiers de changer la forme des héritages dont ils jouissent par usufruit; il ne leur est pas non plus permis de les faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels ils sont destinés. Par exemple, la douairière qui jouit par usufruit d'une maison bourgeoise, ne peut pas en faire des magasins, ni un cabaret : *Si domûs ususfructus legatus sit, meritoria illic facere non debet fructuarius..... meritoria ità accipe quæ vulgò diversoria vel fullonica appellantur; l.* 13, §. *fin.*

Au reste, l'usufruitier d'un magasin n'est pas censé le faire servir à un autre usage qu'à celui auquel il est destiné, quoiqu'il le fasse servir à loger des marchandises d'une autre espèce que celles que le propriétaire y logeoit; car, quelles que soient les marchandises qu'il y loge, il l'exploite toujours comme magasin : *Si dominus solitus fuit tabernis ad merces suas uti..... permittitur fructuario locare eas ad alias merces;* l. 27, §. 1, ff. *d. tit.*

Pareillement, quoique le propriétaire ait toujours joui par lui-même, et fait valoir par ses mains un héritage, cela n'empêche pas qu'il ne soit permis à l'usufruitier de le louer.

221. Cette obligation que la douairière contracte de ne pas changer la forme des héritages dont elle jouit en usu-

fruit, et de ne les pas faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels ils sont destinés, produit une action, qui est ouverte aussitôt que la douairière commence à faire quelque changement dans la forme de quelqu'un des héritages dont elle jouit en usufruit, ou à le faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels il est destiné. Le propriétaire peut dès-lors, sans qu'il soit besoin d'attendre la fin de l'usufruit, intenter cette action contre la douairière, pour qu'il lui soit fait défenses, soit de faire servir l'héritage aux usages auxquels elle le fait servir, qui ne sont pas ceux auxquels il est destiné, soit de continuer le changement qu'elle a commencé de faire dans la forme, et la faire condamner à faire rétablir l'héritage dans la première forme.

Le juge peut néanmoins quelquefois, suivant les circonstances, lorsque le propriétaire ne souffre rien, surseoir jusqu'à la fin de l'usufruit.

§. III. De la caution que doit donner la douairière.

222. Les usufruitiers, lorsqu'ils entrent en possession de leur usufruit, sont ordinairement tenus de donner bonne et suffisante caution de jouir en bons pères de famille, et de rendre en bon état, à la fin de l'usufruit, les choses dont ils doivent jouir; l. 13, ff, *de usufr.;* et l. 4, *Cod. d. tit.*

Néanmoins, la coutume de Paris se contente de la caution juratoire de la douairière, et n'exige point d'elle qu'elle donne aucun fidéjusseur, tant qu'elle demeure en viduité. Elle s'exprime de cette manière en l'article 264 : « Et au « cas que ladite femme ne se remarie, aura délivrance de « son douaire à sa caution juratoire ; mais si elle convole « en autre mariage, sera tenue donner bonne et suffisante « caution. »

Quoique cet article s'entende principalement du douaire préfix, par la connexion qu'il a avec l'article précédent, qui traite du douaire préfix, néanmoins il doit pareillement s'appliquer au douaire coutumier, y ayant même raison.

La coutume de Calais a une disposition entièrement semblable à celle de Paris.

223. Celle d'Orléans, *art.* 218, a aussi une disposition

semblable ; sauf qu'au lieu que la coutume de Paris se contente purement et simplement de la caution juratoire de la femme, lorsqu'elle ne se remarie pas, la coutume d'Orléans ne s'en contente qu'à la charge par la femme d'affirmer qu'elle n'en peut donner d'autre, ce qu'il étoit fort inutile d'exiger ; car l'héritier du mari étant obligé de se contenter de la caution juratoire de la femme, lorsqu'elle ne trouve pas de fidéjusseurs qui veuillent se rendre cautions pour elle, il arrivera toujours qu'elle n'en trouvera point, et qu'aucun de ses parents et amis ne voudra, sans que besoin en soit, contracter pour elle un cautionnement dont elle peut se passer.

Les coutumes de Montfort, de Mantes et de Nivernois, se contentent aussi de la caution de la douairière, *telle qu'elle pourra la bailler*, c'est-à-dire, de la caution juratoire ; car elle dira toujours qu'elle n'en peut bailler d'autre ; et ces coutumes ne font même aucune distinction du cas auquel la douairière demeure en viduité, et de celui auquel elle se remarie.

224. Celle de Nivernois, *tit.* 24, *art.* 11, fait une autre distinction. Elle se contente bien de la caution juratoire de la femme, lorsque son douaire consiste dans l'usufruit d'héritages ; mais si le douaire consiste dans l'usufruit d'une somme d'argent ou de choses mobilières, elle exige de la douairière *bonne et suffisante caution*, c'est-à-dire, caution fidéjussoire ; et faute par elle de la bailler, elle autorise l'héritier à retenir la somme, en faisant à la douairière l'intérêt de ladite somme, jusqu'à ce qu'elle ait fourni ladite caution.

Cette coutume, par ledit article, ordonne aussi que, si la douairière avoit fait des dégradations dans les héritages dont elle jouit, elle soit, outre la privation de son douaire dans les choses détériorées, tenue de donner pour le surplus *caution suffisante*.

225. La coutume d'Auxerre et celle de Châteauneuf sont entièrement opposées à celles que nous venons de rapporter. Elles exigent indistinctement de la douairière une caution *selon la forme de droit ;* ce qui ne peut s'entendre que

de la caution fidéjussoire; car c'est celle que le droit romain exige des usufruitiers, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Celle de Bar ne dispense la douairière de cette caution qu'envers ses enfants; car elle dit en l'*art.* 89 : « Et au cas « qu'il n'y ait enfants du mariage, ou qu'elle convole en « secondes noces, donnera caution. »

226. Que doit-on décider dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur la caution que doit donner la douairière? J'inclinerois à penser qu'on doit étendre à ces coutumes l'article 264 de la coutume de Paris; car cet article étant un des articles ajoutés lors de la réformation, il y a apparence qu'il a été formé sur la jurisprudence qui étoit alors reçue, ainsi que l'ont été la plupart desdits articles ajoutés.

227. Dans cette variété de coutumes, on doit, pour l'espèce de caution que la douairière doit donner, suivre, à l'égard du douaire coutumier, les dispositions des coutumes qui régissent les biens dont il est composé. Par exemple, lorsque les héritages sujets au douaire coutumier sont, les uns situés à Paris, les autres dans l'Auxerrois; quelque part que fût le domicile du mari, la douairière pourra jouir, à sa caution juratoire, des biens situés à Paris; mais elle sera tenue de donner caution fidéjussoire pour jouir de ceux situés dans l'Auxerrois.

A l'égard du douaire conventionnel; comme ce n'est pas des coutumes que la douairière le tient, on doit, pour l'espèce de caution qu'elle doit donner, suivre la coutume à laquelle les parties se sont soumises pour leurs conventions par leur contrat de mariage; et s'il n'y a pas de soumission à une coutume, on doit suivre celle du lieu du domicile que le mari avoit alors.

228. Dans les cas auxquels la douairière est obligée, pour jouir de son douaire, de donner caution fidéjussoire; si elle ne peut la donner, la jouissance des héritages dont elle doit jouir en usufruit doit être séquestrée entre les mains d'un séquestre, qui doit compter tous les ans à la

douairière des revenus, déduction faite des charges et de ses frais de séquestre.

229. Il est évident que l'article 264 de la coutume de Paris, et tout ce que nous avons dit en ce paragraphe, ne concerne que le douaire qui consiste en usufruit, et qu'il n'y a pas lieu à la question, lorsque, par la convention, la douairière a la propriété de son douaire. Néanmoins Lemaître prétend que, même en ce cas, la douairière doit donner caution; parceque, dit-il, dans le cas auquel elle se remarieroit, elle seroit obligée, suivant le second chef, de restituer, après sa mort, aux enfants de son premier mariage, ce qui lui a été donné pour son douaire. Cette opinion de Lemaître me paroît destituée de fondement.

§. IV. Si la douairière est obligée d'entretenir les baux faits par son mari, des héritages sujets à son douaire.

230. A s'en tenir aux principes de droit, la douairière, lorsqu'elle a renoncé à la communauté, paroît n'être aucunement tenue de l'entretien des baux que son mari a faits des héritages sujets à son douaire. Elle n'en doit pas plus être tenue qu'un acheteur qui a acheté un héritage sans la charge de l'entretien du bail, ou un légataire qui n'en auroit pas été chargé par le testateur.

Il est décidé en droit, que cet acheteur et ce légataire ne sont point tenus d'entretenir le bail d'un simple fermier et d'un simple locataire. La raison est, que le droit qu'un simple locataire ou fermier a de jouir de l'héritage qui lui a été loué ou affermé, n'étant pas un droit qu'il ait dans l'héritage, mais un droit personnel, qui procède uniquement de l'obligation que son bailleur a contractée envers lui de lui en accorder la jouissance, il ne peut avoir ce droit que vis-à-vis de son bailleur qui a contracté envers lui cette obligation, et vis-à-vis de ceux qui auroient succédé à cette obligation de son bailleur, tels que sont ses héritiers ou autres successeurs universels; mais il ne peut avoir ce droit vis-à-vis de cet acheteur ou de ce légataire, qui n'ont point été chargés de cette obligation. Or la même raison milite à l'égard d'une douairière qui a renoncé à la communauté :

déchargée de toutes les dettes que son mari a contractées durant la communauté, elle n'est point tenue de celles qui résultent des baux à ferme ou à loyer des héritages sujets à son douaire, que son mari a faits durant la communauté.

En vain opposeroit-on que les baux que le mari a faits, durant le mariage, des héritages propres de sa femme, lorsqu'ils ont été faits sans fraude, obligent la femme, qui est obligée de les entretenir après la mort de son mari, comme nous l'avons vu en notre *Traité de la Puissance du mari*. On en conclut mal qu'elle doit être pareillement tenue de l'entretien des baux des héritages sujets à son douaire. La raison de différence est, que le mari étant, pendant le mariage, l'administrateur de la personne et des biens de sa femme, il est censé faire en cette qualité les baux qu'il fait des héritages propres de sa femme; et par conséquent la femme est censée les avoir faits elle-même par le ministère de son mari, de même qu'un mineur est censé faire lui-même ce que son tuteur fait en sa qualité de tuteur, suivant cette maxime de droit : *Le fait du tuteur est celui du mineur*. Il n'en est pas de même des baux que le mari fait de ses héritages sujets au douaire : ces héritages étant les héritages du mari, le mari fait les baux de ces héritages, tant en son propre nom qu'en son nom de chef de communauté; la femme qui a renoncé à la communauté n'a aucune part à ces baux.

Nonobstant ces raisons, plusieurs pensent que, quoiqu'à s'en tenir à la rigueur des principes, la douairière ne soit pas tenue de l'entretien des baux des héritages sujets à son douaire, néanmoins, lorsqu'ils ont été faits de bonne foi, et sans deniers d'entrée, elle doit les entretenir, par une raison de bienséance, qui est que la mémoire de son mari l'oblige à des égards envers les héritiers de son mari; égards qui ne lui permettent pas de les exposer à des recours de garantie de la part des fermiers et locataires, lorsqu'elle peut, sans beaucoup se préjudicier, entretenir ces baux.

C'est sur une semblable raison que les coutumes obligent le seigneur féodal qui a mis en sa main, par une saisie

féodale, les fiefs de ses vassaux, d'entretenir les baux que ses vassaux ont faits. C'étoit l'avis de feu M. Rousseau.

ARTICLE III.

Des charges attachées à l'usufruit de la douairière.

Nous avons déja traité *suprà*, *chap.* 1, *art.* 2, §. 6, des charges sous lesquelles les coutumes accordoient le douaire coutumier à la femme. Nous ne traitons ici que de celles qui sont attachées à son usufruit, et qui sont communes à tous les usufruitiers.

Nous en remarquons deux; 1° celle d'acquitter toutes les charges foncières de l'héritage dont la douairière jouit en usufruit, et qui naissent pendant le temps de son usufruit; 2° celle d'entretenir les héritages, et de faire les réparations d'entretien qui y surviennent à faire pendant ledit temps.

§. I. De la charge d'acquitter les charges foncières.

231. La douairière, de même que tous les autres usufruitiers, est chargée d'acquitter les charges foncières des héritages dont elle jouit par usufruit, qui échéent pendant tout le temps que dure son usufruit.

Elle est tenue non seulement des charges annuelles et ordinaires, telles que sont les arrérages de cens, de rentes foncières, les champarts, la dîme; elle est pareillement tenue des extraordinaires, telles que sont les tailles d'église, celles pour la réfection des pavés, celles qu'on impose sur les maisons de ville d'un certain quartier, pour la réfection du puits ou de la fontaine de ce quartier; les dixièmes, les vingtièmes, et autres impositions de pareille nature. Cela est conforme à ce qui est décidé en la loi 28, ff. *de usuf. leg.*, qui dit: *Si indictiones temporariæ indictæ sint... hoc onus ad fructuarium pertinet;* l. 27, §. 3, ff. *de usufr.*

232. On a fait la question, si le droit de franc-fief est à la charge de la douairière. Bacquet tient l'affirmative, par la raison qu'il dit que ce droit est dû pour la jouissance.

L'arrêt du conseil du 13 avril 1751, *art.* 20, a suivi cette opinion de Bacquet.

233. Quoique les devoirs de fief et les profits féodaux soient des charges foncières, néanmoins la coutume de Paris en décharge la douairière en l'*art.* 40, où il est dit : « La femme douairière n'est tenue, pour son douaire, faire « la foi et hommage, ne payer aucun relief ni profit; mais « est tenu l'héritier l'en acquitter, et payer le profit, s'il « est dû de son chef. »

La raison est tirée de la nature même de la foi et hommage. Anciennement les fiefs étoient personnels, et ne passoient pas à l'héritier; s'ils sont devenus par la suite héréditaires, c'est à la charge par l'héritier de s'en faire investir par le seigneur. Sans cette investiture, l'héritier est censé, vis-à-vis du seigneur, n'avoir pas encore succédé au fief; et le seigneur peut, par la saisie féodale, s'en mettre en possession comme d'un fief vacant. C'est la foi et hommage que le vassal porte au seigneur, et en laquelle le seigneur le reçoit, qui est l'investiture du fief : c'est donc l'héritier, qui a besoin d'être investi pour succéder au fief, qui doit porter la foi et hommage; la douairière, qui n'est qu'une usufruitière, n'a aucune qualité pour la porter; car ce n'est pas à des usufruitiers, ce n'est qu'au propriétaire que s'accorde, par la réception en foi, l'investiture du fief.

Le relief ou rachat n'est pas dû non plus par la douairière; car ce rachat est le prix de l'investiture. Ce n'est qu'à la charge de ce rachat que le seigneur est tenu d'accorder l'investiture à l'héritier, et que l'héritier, vis-à-vis du seigneur, peut succéder au fief : c'est donc l'héritier, qui a besoin de cette investiture, qui doit le rachat.

234. Sur ces mots, *est tenu l'héritier l'en acquitter*, observez que si l'héritier négligeoit de porter la foi pour l'héritage sujet au douaire, le seigneur, en le saisissant féodalement, ne seroit pas tenu de laisser jouir la douairière, n'étant pas tenu des charges imposées par le vassal sur le fief qu'il met en sa main; mais la coutume veut, en ce cas, que l'héritier qui a donné lieu à la saisie féodale par sa négligence à porter la foi, soit tenu d'acquitter et d'indem-

niser la douairière de la privation de son usufruit pendant tout le temps qu'aura duré la saisie.

Enfin la coutume dit, *payer le profit, s'il est dû de son chef.* Il n'est dû profit du chef de l'héritier, que lorsque l'héritier est un collatéral; sauf à l'égard des fiefs régis par la coutume de Vexin, pour lesquels il est dû même par les enfants.

235. Quoique la coutume, par cet article, ne parle que de la foi et du profit dû pour la mutation qui arrive par la mort du mari, il en est de même de la foi et des profits dus pour toutes les mutations qui peuvent arrriver pendant tout le temps que durera l'usufruit de la douairière : ce n'est point elle qui en est tenue, c'est le propriétaire, par les raisons ci-dessus rapportées.

236. Il y a dans la ville d'Orléans des censives, dans lesquelles il est dû à toutes mutations, même par succession de la ligne directe, un profit qui consiste dans le revenu d'une année de la maison, et qu'on appelle *relevoison à plaisir.* C'est une question, si c'est la douairière qui jouit en usufruit de la maison sujette à ce droit, qui est chargée de la relevoison due par la mort du mari, ou si c'est l'héritier du mari qui doit l'acquitter. Pour en charger la douairière, on dit que les raisons pour lesquelles la coutume de Paris a déchargé la douairière du profit de relief ou de rachat, ne militent point à l'égard des relevoisons à plaisir, qui ne sont point, comme l'est le rachat, le prix d'une investiture, mais ne sont qu'une charge foncière; or la douairière et tous les autres usufruitiers sont chargés des charges foncières. D'ailleurs le seigneur, en prenant, pour le profit qui lui est dû, le revenu d'une année de la maison, fait souffrir à la douairière une éviction du revenu d'une année; de laquelle éviction l'héritier ne doit pas être tenu d'acquitter la femme, l'héritier n'étant garant envers la douairière que des évictions qui procéderoient du fait du mari ou du sien.

Nonobstant ces raisons, on doit décider, dans le cas du douaire coutumier, que la relevoison qui est due par la mort du mari est à la charge de l'héritier du mari, et non

de la douairière. La raison est que, dans la coutume d'Orléans, l'usufruit du douaire coutumier ne commence que du jour qu'il est demandé : la relevoison à plaisir, qui est due par la mort du mari, est née et due dès l'instant de la mort du mari, et par conséquent avant que l'usufruit ait commencé : or, la douairière n'est tenue que des charges foncières qui sont nées pendant le temps de son usufruit, et non de celles qui sont nées auparavant.

A l'égard de l'autre argument, qui consiste à dire que le seigneur ayant le droit d'avoir le revenu d'une année de la maison, la douairière souffre éviction de la jouissance d'une année, de laquelle éviction l'héritier n'est pas garant envers elle, au moyen de quoi la charge de la relevoison tombe sur elle; cet argument porte sur un faux principe. Il suppose que la relevoison à plaisir consiste dans la jouissance en nature de la maison, pendant une année; ce qui est faux. Lorsque la coutume d'Orléans dit, *art.* 124, que la relevoison à plaisir est *le revenu de l'héritage pour un an*, cela ne doit pas s'entendre de la jouissance en nature, mais d'une somme d'argent dont le revenu de l'année de la maison soit la mesure, c'est-à-dire, une somme d'argent égale à celle du revenu d'une année de la maison : ce n'est que dans cette somme d'argent que consiste la relevoison à plaisir.

Il est vrai que l'article 128 permet au censitaire d'offrir au seigneur la jouissance en nature de la maison pendant une année, pour s'acquitter de la relevoison; mais cette jouissance en nature n'est pas la chose qui est due pour la relevoison, mais celle qu'il est permis au débiteur d'offrir à la place, *quand bon lui semble;* et lorsque c'est à lui que cette jouissance appartient, elle n'est qu'*in facultate solutionis;* ce n'est qu'une simple somme d'argent qui est *in obligatione*, et qui est due par l'héritier. Il est donc faux que le seigneur ait droit d'avoir pour la relevoison la jouissance en nature de la maison, et d'en évincer la douairière; il n'est créancier pour cette relevoison, que d'une simple somme. Il est vrai que, faute de paiement de cette somme d'argent qui lui est due pour la relevoison, il peut

obstacler la maison, et en empêcher la jouissance de la douairière; mais elle en doit, en ce cas, être acquittée par l'héritier, puisque c'est lui qui y donne lieu, faute par lui de payer la relevoison dont il est le débiteur.

237. Lorsque la jouissance d'une maison sujette au droit de relevoison à plaisir, a été assignée à une femme pour son douaire conventionnel, il semble qu'on ne peut, en ce cas, se dispenser de charger la douairière du profit de relevoison; car la douairière étant saisie du douaire conventionnel dès l'instant de la mort de son mari, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 169, la relevoison se trouve être née et due pendant le temps de son usufruit, et par conséquent être une charge de son usufruit. Il y a néanmoins encore, en ce cas, une raison pour l'en décharger, tirée, tant de la nature du douaire que de celle de la relevoison à plaisir.

Il est de la nature du douaire, qu'il soit constitué pour servir à la subsistance de la femme; *suprà*, *n.* 1. Il est par conséquent contre le vœu et la fin que se sont proposés les parties par la constitution du douaire, que la douairière fût chargée du profit de relevoison, qui, par sa nature, consiste dans le revenu entier de la maison pendant une année, et qui ne laisse par conséquent rien pour la subsistance de la femme pendant cette année.

On peut employer la même raison pour décharger la douairière des relevoisons qui naissent par les mutations qui arrivent par la mort des propriétaires de la maison pendant le temps de son usufruit; et c'est celle qu'emploie Dumoulin pour décharger la douairière des profits de rachat qui naissent pendant le temps de l'usufruit qu'elle a d'un fief.

§. II. De la charge des réparations qui surviennent pendant l'usufruit.

238. La charge des réparations d'entretien qui surviennent à faire aux héritages dont la douairière jouit en usufruit pendant le cours de son usufruit, est pareillement une charge de l'usufruit de la douairière, qui lui est commune avec tous les autres usufruitiers : *Eum ad quem ususfructus pertinet*,

sarta tecta suis sumptibus præstare debere explorati juris est; l. 7, *Cod. de usufr.*

Cette charge de réparations comprend non seulement celles qui sont à faire des bâtiments, mais généralement toutes les réparations d'entretien qui sont à faire aux héritages dont quelqu'un jouit en usufruit, de quelque nature que soient ces héritages, telles que sont le curage des fossés qui environnent les terres, les réparations qui sont à faire à la chaussée ou à la bonde d'un étang, l'entretien d'une digue, etc.

La douairière et les autres usufruitiers peuvent-ils se décharger des réparations qui se trouvent à faire pendant le temps de leur usufruit, en offrant d'abandonner leur usufruit? Ulpien décide que l'usufruitier est reçu à cet abandon : *Quùm fructuarius paratus est usumfructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus usufructuario hoc onus incumbit;* l. 64, ff. *de usufr.* Paul décide la même chose : *Si, absente fructuario, hæres quasi negotium ejus gerens reficiat, negotiorum gestorum actionem adversùs fructuarium habet; tametsi sibi in futurum hæres prospiceret; sed si paratus sit recedere ab usufructu, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur;* l. 48, ff. *d. tit.*

Cela doit s'entendre avec cette limitation, que l'usufruitier n'est reçu à se décharger des réparations en abandonnant son usufruit, qu'autant qu'elles ne procéderoient pas de son fait : *Quùm fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus, licet usumfructum derelinquere paratus sit;* l. 65, ff. *d. tit.*

Ce principe, qu'un usufruitier peut se décharger des réparations en abandonnant son usufruit, est conforme à un principe général, que celui qui est tenu d'une charge à cause d'une chose, peut, en abandonnant la chose, se décharger de la charge.

Cet abandon auquel est reçu un usufruitier, pour se décharger des réparations survenues pendant le temps de sa jouissance, doit s'entendre de l'abandon de son usufruit,

non seulement pour l'avenir, mais même pour le passé; c'est-à-dire qu'il doit compter des fruits qu'il a perçus, les réparations qui se trouvent à faire en étant des charges.

Si l'usufruitier avoit fait toutes les réparations qui étoient à faire, et qu'il voulût seulement se décharger de celles qui surviendroient à l'avenir, il ne seroit obligé d'abandonner son usufruit que pour l'avenir.

239. La douairière, de même que les autres usufruitiers, n'est tenue que des réparations d'entretien qui surviennent à faire pendant le temps de son usufruit; elle n'est pas tenue des grosses réparations : *Si quæ vetustate corruerint, reficere non cogitur : modica igitur refectio ad eum pertinet;* l. 7, §. 2.

Nous avons expliqué en notre Traité de la Communauté, *n.* 271 *et* 272, quelles sont les réparations qu'on répute grosses, et quelles sont celles qui sont réparations usufruitières; nous y renvoyons.

En un cas, la douairière est tenue même des grosses réparations; savoir, lorsqu'elles procèdent du défaut d'entretien auquel elle est obligée, et par conséquent de sa faute : hors ce cas; elle n'en est pas tenue.

240. Elle n'est pas tenue de celles qui étoient déja à faire lors de la mort de son mari, dès avant que son usufruit ait commencé.

Peut-elle obliger l'héritier à les faire ? Pour la négative, on dira qu'un usufruit est un droit de servitude : or il est de la nature de tous les droits de servitude, que le propriétaire de l'héritage qui en est chargé n'est point tenu de faire aucune chose, mais qu'il est seulement tenu de souffrir jouir de la servitude celui à qui elle est due, et de s'abstenir de faire tout ce qui pourroit en empêcher la jouissance : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis.... sed ut aliquid patiatur, aut non faciat;* l. 15, §. 1, ff. *de servitut.* Suivant ce principe, Pomponius décide que, lorsque l'usufruit d'un héritage a été légué à quelqu'un, l'héritier n'est pas plus tenu de faire les réparations qui s'y trouvent à faire au temps de la mort du testateur, que si c'étoit la propriété qui eût été léguée, le testateur étant

censé avoir légué l'usufruit de l'héritage en l'état auquel il se trouveroit. Dans le cas d'un legs d'usufruit, dit Pomponius, *Non magis hæres reficere quòd vetustate jam deterius factum reliquisset tenetur, quàm si proprietatem alicui testator legasset;* l. 65, §. 1, ff. *de usufr.*

Nonobstant ces raisons, on doit décider que les réparations d'entretien qui sont à faire au temps de la mort du mari, sur les héritages sujets au douaire de la femme, doivent être faites aux dépens de la communauté, lorsque la douairière a accepté la communauté; et aux dépens de l'héritier seul, lorsqu'il y a exclusion de communauté, ou lorsque la femme y a renoncé; et que la douairière a action contre l'héritier pour l'obliger à les faire.

La raison est, que le mari, en se mariant, contracte l'obligation envers sa femme de lui laisser, après sa mort, l'usufruit des héritages que les coutumes ou la convention du mariage lui assignent pour son douaire. Cette obligation renferme une obligation secondaire que le mari contracte, de faire toutes les réparations qui sont à faire, jusqu'au temps de l'ouverture du douaire, aux héritages qui doivent être sujets à cet usufruit, et de les conserver en bon état, de manière que l'usufruit qu'il doit laisser après sa mort à sa femme ne soit pas détérioré. Cela est conforme aux principes généraux de droit, suivant lesquels le débiteur d'une chose contracte une obligation secondaire de la conserver en bon état jusqu'au temps auquel il doit la donner, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, *n.* 142. Le mari ayant donc dû faire les réparations qui se sont trouvées à faire lors de sa mort, son héritier qui succède à ses obligations est tenu de les faire, et de laisser à la douairière, en bon état, les héritages dont elle doit jouir.

A l'égard des raisons que nous avons proposées comme raisons de douter, il est facile d'y répondre. Il est vrai que le droit d'usufruit, de même que le droit de toutes les autres servitudes, n'oblige pas le propriétaire de l'héritage qui en est chargé, à faire quelque chose : aussi ce n'est pas du droit d'usufruit que naît l'action qu'a la douairière pour obliger l'héritier du mari à faire les réparations qui se sont trouvées

à faire, au temps de la mort de son mari, sur les héritages dont elle doit avoir l'usufruit; mais elle naît de l'obligation personnelle que son mari a contractée envers elle en l'épousant.

L'espèce de la loi 65, §. 1, ne peut avoir aucune application à celle d'une douairière. Si, dans l'espèce de cette loi, l'héritier n'est pas obligé à faire les réparations qui se trouvent à faire, au temps de la mort du testateur, à un héritage dont le testateur a légué à quelqu'un l'usufruit, c'est qu'un testateur ne contracte aucune obligation envers ceux à qui il fait des legs : mais le mari, comme nous l'avons dit, contracte, en se mariant, l'obligation de conserver et d'entretenir les héritages dont l'usufruit est assigné à sa femme pour son douaire.

ARTICLE IV.

A quoi l'usufruit de la douairière oblige-t-il envers elle le propriétaire des héritages qui y sont sujets?

241. L'usufruit dont un héritage est chargé, oblige le propriétaire à souffrir jouir l'usufruitier, tant qu'il ne mésuse pas de son fruit : *Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium ità utentem, ne deteriorem ejus conditionem faciat*; l. 15, §. 6, ff. *de usufr.*

On peut à cet égard établir pour principe, qu'il n'est pas permis au propriétaire d'un héritage chargé d'usufruit, de rien faire qui puisse diminuer en rien la jouissance de l'usufruitier.

COROLLAIRE PREMIER. Il ne lui est pas permis de rien détruire de ce qui est sur l'héritage chargé d'usufruit.

La raison est, que l'usufruitier ayant droit de jouir de l'héritage et de tout ce qui en fait partie, le propriétaire, en détruisant quelque chose qui se trouve sur l'héritage, et qui en fait partie, diminueroit en quelque chose la jouissance de l'usufruitier; ce qui, suivant notre principe, n'est pas permis au propriétaire.

Par exemple, il n'est pas permis au propriétaire d'une terre chargée d'usufruit, d'abattre un bois de haute-futaie;

car il fait un agrément qui fait partie de la jouissance de l'usufruitier : cependant si le bois étoit tellement couronné, qu'il fût nécessaire de l'abattre, pour en empêcher le dépérissement et la perte, l'usufruitier ne pourroit en ce cas s'y opposer.

Le propriétaire peut aussi, lorsqu'il survient de grosses réparations, abattre quelques chênes dans ce bois, autant qu'il en faut pour lesdites réparations.

A l'égard des chênes épars dans les champs, l'usufruitier paroît sans intérêt pour empêcher le propriétaire d'en abattre, pourvu qu'il en laisse plus qu'il n'en faut pour les réparations usufruitières qui pourroient survenir.

Le propriétaire ne doit rien détruire de ce qui étoit sur l'héritage lors de la constitution d'usufruit ; mais si la chose n'a été construite sur l'héritage par le propriétaire, que depuis la constitution d'usufruit, le propriétaire qui l'y a attachée peut la détacher et l'enlever, tant que l'usufruitier ne s'y opposera pas ; mais même en ce cas il ne le pourroit pas, si l'usufruitier s'y opposoit. C'est ce qu'enseigne Alfenus : *Hæres in fundo cujus ususfructus legatus est, villam posuit ; eam, invito fructuario, demolire non potest, nihilomagìs quàm si quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet ; sed si antequàm usufructuarius prohibuerit, demolierit, impunè facturum* ; l. 12, ff. *de usufr. legat.*

242. Corollaire second. Le propriétaire ne peut, contre le gré de l'usufruitier, faire sur l'héritage chargé d'usufruit aucune construction non nécessaire, quand même l'usufruit en seroit bonifié.

C'est ce qu'enseigne Labéon, qui dit qu'il n'est pas permis au propriétaire d'un héritage chargé d'usufruit, d'élever d'un étage, contre le gré de l'usufruitier, un bâtiment dépendant de cet héritage, ni de construire un édifice sur une place nue de cet héritage : *Labeo scribit nec ædificium licere domino, te invito, altiùs tollere ; sicut nec areæ fructu legato, potest in areâ ædificium poni ;* l. 7, §. 1, ff. *de usufr.*

La raison est, que l'usufruitier seroit troublé dans la jouis-

sance qu'il a droit d'avoir du bâtiment pendant le temps qu'on emploieroit à l'élever, et de celle qu'il a droit d'avoir de la place pendant le temps qu'on emploieroit à construire un édifice sur cette place : or il n'est pas permis au propriétaire d'apporter sans nécessité aucun trouble à la jouissance de l'usufruitier. D'ailleurs, l'usufruitier ayant le droit de jouir de l'héritage en l'état qu'il est, il ne doit pas être permis au propriétaire de priver l'usufruitier de l'usage qu'il fait d'un terrain nu, en y construisant un bâtiment dont l'usufruitier n'a pas besoin.

A l'égard des constructions nécessaires pour la conservation de l'héritage chargé d'usufruit, telles que sont les grosses réparations qui y sont à faire, il est évident que l'usufruitier ne peut empêcher le propriétaire de les faire.

Il ne peut pas non plus empêcher que le propriétaire fasse garder l'héritage : *Dominus, etiam invito fructuario, fundum vel œdes per saltuarium vel insularium custodire potest;* l. 16, §. 1, ff. *de usu et habit.*

Dans notre droit, la chasse n'appartient pas à l'usufruitier d'un fief; le propriétaire du fief chargé d'usufruit a droit d'y chasser, pourvu qu'il n'en gâte pas les fruits, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 207, et d'y établir des gardes de chasse.

243. Corollaire troisième. Le propriétaire ne peut, au préjudice de l'usufruitier, imposer aucune servitude sur l'héritage chargé d'usufruit, ni pareillement remettre aucune de celles qui sont dues à cet héritage. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec remittere servitutem;* l. 15, §. 7, ff. *de usufr.*

Lorsque nous disons que le propriétaire ne peut, au préjudice de l'usufruitier, imposer aucune servitude sur l'héritage chargé d'usufruit, cela ne peut s'entendre que de celles qui donneroient quelque atteinte à la jouissance de l'usufruitier, et que l'usufruitier a quelque intérêt d'empêcher. Par exemple, le propriétaire d'une maison chargée d'usufruit ne peut pas imposer sur cette maison une servitude de vue ou d'égout; car l'usufruitier a intérêt que le voisin n'ait pas vue sur la maison dont il jouit; il a intérêt

qu'elle ne soit pas sujette à recevoir les eaux de son voisin. A l'égard de celles qui n'altèrent en rien la jouissance de l'usufruitier, il est permis au propriétaire de les imposer; et on ne peut pas dire, en ce cas, qu'il les impose au préjudice de l'usufruitier, puisqu'il n'y a aucun intérêt. Par exemple, le propriétaire d'une maison chargée d'usufruit peut imposer à cette maison la servitude *altiùs non tollendi*, c'est-à-dire, de ne pouvoir élever sa maison plus qu'elle ne l'est; car l'usufruitier n'ayant le droit de jouir de la maison que telle qu'elle est, il est évident qu'il n'a aucun intérêt que la maison ne puisse être élevée plus qu'elle ne l'est : *Proprietatis dominus, nequidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest;* l. 15, §. *fin.* ff. *de usufr. Nisi quâ deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altiùs tollere;* l. 16, ff. *d. tit.*

Observez, à l'égard de ces termes de la loi 15, *ne consentiente quidem fructuario*, que le jurisconsulte Paul parle selon la subtilité du droit. Suivant les principes subtils du droit romain, un usufruitier ne pouvoit faire remise en tout ou partie de son droit d'usufruit, autrement que *modis civilibus*, telle qu'étoit la cession *in jure* : le consentement qu'il donnoit, *nudo pacto*, à l'imposition d'une servitude qui altéroit et diminuoit son usufruit, ne pouvoit donc pas être valable, selon la subtilité du droit. Nous n'avons pas admis dans notre droit toutes ces subtilités; c'est pourquoi il n'est pas douteux, dans notre droit, qu'une servitude qui altère et diminue l'usufruit dont un héritage est chargé, est valablement imposée par le propriétaire, lorsque l'usufruitier a bien voulu y consentir.

244. Le propriétaire n'ayant pas besoin du consentement de l'usufruitier pour imposer sur l'héritage chargé d'usufruit les servitudes qui sont de nature à n'altérer en rien l'usufruit; à plus forte raison, il n'en a pas besoin pour acquérir des servitudes à l'héritage chargé d'usufruit, et l'usufruitier ne seroit pas écouté à s'y opposer; car, par cette acquisition, il ne fait que bonifier l'usufruit, bien loin de l'altérer en rien : *Acquirere planè servitutem eum posse,*

etiam invito fructuario, Julianus ait; l. 15, §. 7, ff. *de usufr.*

245. Ce n'est que sur l'héritage chargé d'usufruit, et par rapport à cet héritage, qu'il n'est pas permis au propriétaire de rien faire qui puisse altérer en rien l'usufruit dont il est chargé; mais si ce propriétaire d'un héritage chargé d'usufruit avoit un autre héritage voisin, dont il eût la pleine propriété, il lui seroit permis de faire ce qu'il jugeroit à propos sur l'héritage dont il a la pleine propriété, quoique l'usufruit dont est chargé l'autre héritage en doive recevoir quelque atteinte, pourvu qu'il n'en reçoive pas trop d'atteinte.

Par exemple, il lui sera permis d'élever la maison dont il a la pleine propriété, quoique cette élévation diminue le jour de celle qui est chargée d'usufruit; mais il ne lui seroit pas permis de l'élever de manière qu'elle ôtât tout le jour à l'autre. C'est ce qu'enseigne Paul : *Si is qui binas ædes habebat, aliarum usumfructum legaverit; posse hæredem Marcellus scribit alteras altiùs tollendo, obscurare luminibus, quoniam habitari potest etiam obscuratis ædibus; quod usquè adeò temperandum est, ut non in totum ædes obscurentur, sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeatur;* l. 30, ff. *de usufr.*

246. Le propriétaire de l'héritage ne doit avoir, sur l'héritage qui est chargé d'usufruit, aucunes choses à lui appartenantes, qui fassent quelque obstacle à la libre jouissance de l'usufruitier; et quand même ce ne seroit ni lui, ni aucune personne de sa part, qui les y auroit apportées, il est obligé de les retirer, ou de les abandonner. C'est ce que le jurisconsulte Pomponius décide dans cette espèce : La violence des vents avoit déraciné et renversé des arbres sur un héritage chargé d'usufruit, lesquels empêchoient la libre jouissance que l'usufruitier doit avoir du terrain où se trouvoient ces arbres renversés. Pomponius décide que l'usufruitier a action contre le propriétaire de l'héritage à qui ces arbres appartiennent, pour qu'il soit condamné à les retirer, ou à en abandonner la propriété : *Si arbores vento dejectas dominus non tollat, per quod incommodior*

fit usufructus vel iter; suis actionibus usufructuario cum ea experiundum; l. 19, §. 1, ff. *de usufr. Quibus actionibus agitur*, ajoute la glose, *ut tollat, vel pro derelicto habeat.*

247. On demande si la douairière peut obliger l'héritier du mari, propriétaire de l'héritage dont elle jouit en usufruit, de faire les grosses réparations qui surviennent à faire à l'héritage pendant le cours de l'usufruit.

Pour la négative, on dira qu'il est de la nature de l'usufruit, de même que de tous les autres droits de servitude, que le propriétaire de l'héritage qui en est chargé soit obligé à laisser jouir l'usufruitier, et à s'abstenir de faire tout ce qui pourroit donner la moindre atteinte à sa jouissance; mais qu'il est contre la nature des droits de servitude, que l'usufruitier puisse l'obliger à faire quelque chose : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis.... sed ut patiatur, aut non faciat;* l. 15, §. 1, ff. *de servit.* Il suit, dira-t-on, de ce principe, que la douairière, bien qu'elle ne soit chargée que des réparations viagères et d'entretien, et non des grosses réparations, ne peut néanmoins contraindre le propriétaire à les faire, quoique, faute de les faire, la maison soit inexploitable, et que, sur le refus du propriétaire de les faire, elle n'a d'autre ressource, pour pouvoir jouir de la maison, que de faire faire elle-même ces réparations, et d'en avancer le coût; sauf aux héritiers de la douairière à retenir la maison, jusqu'à ce qu'ils soient remboursés de ce qu'il en a coûté.

Il semble qu'on peut s'autoriser de la loi 7, §. 2, ff. *de usufr.*, où Ulpien, après avoir dit que l'usufruitier est chargé des réparations d'entretien, ajoute que, à l'égard des reconstructions, on ne peut obliger ni l'usufruitier ni le propriétaire à les faire : *Si quæ vetustate corruissent, neutrum cogi reficere.* Nonobstant ces raisons, nos bons auteurs décident que la douairière peut contraindre l'héritier du mari, propriétaire des héritages dont elle jouit en usufruit, à faire les grosses réparations pendant le cours de l'usufruit. Dupineau, sur l'article 311 de la coutume d'Anjou, le dit en termes formels; et cela est juste; car le mari ayant con-

tracté envers sa femme l'obligation de lui laisser après sa mort, sous certaines charges, la jouissance des héritages qui doivent composer le douaire, à laquelle obligation l'héritier du mari succède, et à l'exécution de laquelle les héritages sont affectés, il ne doit pas être permis à l'héritier du mari, ou autre propriétaire desdits héritages, de contrevenir par des voies indirectes à cette obligation, en imposant indirectement à la douairière d'autres charges que celles dont elle est tenue. Or, s'il étoit permis à l'héritier du mari, propriétaire dudit héritage, de refuser de faire les grosses réparations qui surviennent pendant le cours de l'usufruit de la douairière, à une des maisons dont elle jouit, qu'il ne manqueroit pas certainement de faire si la douairière n'en avoit pas l'usufruit, et qu'il ne refuse de faire que parce qu'il sent que la douairière sera obligée de les faire elle-même, afin de pouvoir jouir de la maison, qui sans cela seroit inexploitable; il est évident que si cela étoit permis à l'héritier du mari, ce seroit lui ouvrir une voie de contrevenir à son obligation, et d'imposer indirectement à la douairière la charge de l'avance des grosses réparations, qui est une charge dont elle n'est pas tenue, ne devant être tenue que de celles d'entretien. Le refus que l'héritier fait de faire les grosses réparations étant donc présumé fait en fraude, il doit être condamné à les faire.

Il en seroit autrement si la maison étoit totalement périe par un incendie ou quelque autre accident : la douairière ne pourroit, en ce cas, contraindre le propriétaire à rebâtir cette maison, qu'il ne rebâtiroit peut-être pas, quand même elle ne seroit pas chargée d'usufruit. On ne peut, en ce cas, suspecter de fraude le refus qu'il fait de la rebâtir. C'est de ce cas qu'on doit entendre ce que dit Ulpien : *Si quæ vetustate corruissent, neutrum cogi reficere.* Le propriétaire n'est, en ce cas, obligé à autre chose qu'à retirer les ruines qui empêchent l'usufruitier de jouir de la place, si mieux n'aime le propriétaire les abandonner; *suprà*, *n.* 241.

CHAPITRE VI.

Quand finit l'usufruit de la douairière; en quels cas en est-elle privée; et si une femme peut avoir don et douaire?

248. L'usufruit de la douairière s'éteint par toutes les manières dont s'éteint celui de tous les autres usufruitiers.

1° Il s'éteint par la mort naturelle de la douairière : *Finitur ususfructus morte usufructuarii;* Instit. tit. *de usufr.*, §. 4.

2° Il s'éteint aussi par sa mort civile : *Finitur ususfructus duabus capitis minutionibus, minimâ et mediâ;* Ibidem.

Il est étonnant que, contre ce texte formel et plusieurs autres, l'auteur du cinquième tome du Journal des Audiences, *liv.* 8, *chap.* 6, *page* 594, ose mettre dans la bouche de M. de Lamoignon, avocat-général, que par les lois romaines l'usufruit, à la différence des autres servitudes personnelles, ne s'éteignoit pas par la mort civile de l'usufruitier. Il est bien certain que ce savant magistrat n'a jamais dit pareille chose.

Si la douairière est condamnée à une peine capitale, telle qu'est celle du bannissement hors du royaume, son droit d'usufruit est éteint et se réunit à la propriété en même temps qu'elle perd la vie civile. Le seigneur confiscataire qui succède aux biens de la douairière ne peut prétendre cet usufruit, qui est éteint, et qui ne se trouve plus dans les biens de la douairière.

Lorsque la douairière a été condamnée par contumace à une peine capitale, son état civil étant en ce cas en suspens, son droit d'usufruit doit pareillement être en suspens. Si elle meurt dans les cinq ans de l'exécution du jugement rendu par contumace, quoique sans s'être représentée; étant censée, en ce cas, n'avoir jamais perdu la vie civile, son droit d'usufruit est censé toujours subsister, jusqu'à sa mort naturelle, et en conséquence tous les fruits perçus jusqu'à ce temps

appartiendront à ses héritiers : au contraire, si elle n'est morte qu'après les cinq ans depuis l'exécution du jugement rendu par contumace, sans avoir été arrêtée ni s'être représentée; étant censée, en ce cas, avoir perdu la vie civile dès le jour de l'exécution du jugement par contumace, son droit d'usufruit sera pareillement censé éteint et réuni à la propriété dès ce jour, et tous les fruits perçus depuis sur les héritages sujets à cet usufruit, appartiendront au propriétaire.

Lorsque la douairière condamnée par contumace a été arrêtée, ou s'est volontairement représentée, soit dans les cinq ans, soit après; tout l'effet de la contumace étant en ce cas détruit, le droit de l'usufruit de la douairière sera censé n'avoir reçu aucune atteinte.

Lorsque la douairière fait profession religieuse dans un monastère par des vœux solennels; cette profession religieuse lui faisant perdre la vie civile, son droit d'usufruit est éteint par cette profession, comme il le seroit par sa mort naturelle.

Néanmoins la jurisprudence des arrêts permet aux douairières, lorsque leur usufruit n'est pas trop considérable, de le conserver en ce cas, par forme de pension alimentaire, pendant leur vie naturelle. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 23 juillet 1629, rapporté au tome 1^er^ du Journal des Audiences, *liv.* 2, *chap.* 23, au profit du couvent des religieuses Minimesses, où une douairière avoit fait profession. L'arrêtiste remarque que le revenu annuel de ce douaire n'étoit que de vingt-cinq à trente écus, et que, s'il eût été considérable, il eût été modéré.

249. 3°. L'usufruit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, s'éteint par la remise qu'elle en fait au propriétaire.

Par le droit romain, cette remise se faisoit par la cession *in jure : In jure cessione amittitur ususfructus, quoties domino proprietatis eum fructuarius in jure cesserit;* Paul, *sentent.*, *lib.* 3, *t.* 8, §. 35.

Notre droit françois n'ayant pas adopté les formalités du droit romain, la douairière, de même que les autres usu-

fruitiers, peut faire remise au propriétaire de son droit d'usufruit par une simple convention.

Renusson met à ce sujet en question, si la douairière ayant fait remise de son droit d'usufruit à son fils propriétaire de l'héritage qui en étoit chargé, et ce fils étant mort depuis sans enfants, du vivant de sa mère, l'usufruit devoit revivre au profit de la douairière. Il décide la question pour l'affirmative, parceque, dit-il, on doit présumer que la douairière n'a fait cette remise que par une considération personnelle pour son fils. Je pense qu'on doit décider, au contraire, que son droit d'usufruit ne revivra pas. Quoique la considération personnelle pour son fils ait été le motif qui l'ait portée à faire la remise de son droit, il suffit qu'elle en ait fait la remise, pour qu'il ait été éteint par la remise qu'elle en a faite; la remise qu'un usufruitier fait au propriétaire de son droit, étant une des manières dont s'éteint le droit d'usufruit : or, ce qui est éteint ne peut plus revivre.

C'est pourquoi si la douairière veut que la convention ne profite qu'à son fils, elle ne doit pas faire une remise de son droit d'usufruit, mais convenir qu'elle n'en fera pas d'usage pendant la vie de son fils.

250. 4° L'usufruit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, et de même que tous autres droits de servitude, s'éteint *non utendo*, c'est-à-dire, lorsque l'usufruitier ne fait aucun usage de son droit pendant un certain temps réglé par la loi : *Finitur ususfructus*, dit Justinien,..... *non utendo per modum et tempus;* Instit. tit. *de usufr.*, §. 4.

Justinien, par ces termes, *non utendo per modum*, nous apprend que, lorsqu'un usufruitier ne se sert de la chose dont il a l'usufruit, que pour des usages auxquels elle n'est pas destinée, il ne perd pas moins son usufruit *non utendo*, que s'il ne s'en étoit pas servi du tout; car le droit d'usufruit qu'il a de cette chose, étant le droit de s'en servir pour les usages pour lesquels elle est destinée, son droit d'usufruit ne lui donnant pas le droit de s'en servir pour d'autres usages; lorsqu'il s'en sert pour d'autres usages, ce n'est pas de son droit d'usufruit qu'il use; il

n'en use pas plus que s'il ne se servoit point du tout de la chose, et par conséquent il ne perd pas moins l'usufruit *non utendo.*

Justinien dit, *non utendo per modum et tempus :* il ne dit pas ici quel est ce temps. Par l'ancien droit, il suffisoit que l'usufruitier d'un héritage eût laissé passer deux ans sans faire usage de son droit, pour qu'il perdît son droit *non utendo.* Par la constitution de Justinien, qui est en la loi 16, §. 1, *Cod. de usufruct.*, il faut dix ans *inter præsentes,* et vingt ans *inter absentes.*

Par notre droit, pour l'extinction du droit d'usufruit par le seul non usage de l'usufruitier, il faut trente ans. Mais lorsqu'un tiers détenteur de l'héritage chargé d'usufruit, l'a possédé comme franc de l'usufruit, dont il n'avoit pas de connoissance, pendant dix ans entre présents, et pendant vingt ans entre absents, il acquiert, par cette possession de dix ou de vingt ans, l'affranchissement et l'extinction du droit d'usufruit dont l'héritage étoit chargé.

Il y a néanmoins des coutumes, du nombre desquelles est notre coutume d'Orléans, qui n'admettent, en fait d'immeubles et de droits réels et immobiliers, d'autre prescription que celle de trente ans.

251. Pour que l'usufruitier perde son usufruit *non utendo,* il faut qu'il n'ait joui ni par lui-même, ni par un autre qui auroit joui par son ordre, ou même sans ordre, mais en son nom.

Par exemple, si l'usufruitier a vendu son usufruit à quelqu'un, ou lui en a fait donation, il est censé jouir par cet acheteur ou donataire, qui jouit par son ordre, et comme étant à ses droits.

Pareillement, si, pendant l'absence de l'usufruitier, quelqu'un, quoique sans son ordre, fait valoir l'héritage, dans l'intention de lui en rendre compte, l'usufruitier est censé jouir par cette personne, parceque c'est pour lui et en son nom qu'elle fait valoir l'héritage. C'est ce qu'enseigne Marcien : *Non utitur fructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius, putà, qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium ejus gerit;* l. 38, ff. *de usufr.*

252. Il y a plus : quand même celui à qui l'usufruitier a vendu son usufruit auroit abandonné la jouissance de l'héritage, et que personne n'en jouiroit, l'usufruitier est censé jouir, par cela seul qu'il jouit de la somme d'argent qu'il a reçue pour le prix de son usufruit : *Si vendidero usumfructum, etiamsi emptor non utatur, videor usumfructum retinere* (d. l. 38); *quia qui pretio fruitur, non magis habere intelligitur, quàm qui principali re utitur fruitur;* l. 39, ff. *d. tit.*

Il en est de même lorsque celui à qui j'ai loué la maison dont j'ai l'usufruit, n'en est pas entré en jouissance par son fait; je ne laisse pas d'être censé jouir de la maison par les loyers qu'il me paie. Mais si j'avois donné gratuitement à quelqu'un l'usufruit que j'ai dans un héritage, je ne puis être censé en jouir qu'autant que le donataire en jouiroit : *Quòd si donavero, non aliàs retineo, nisi ille utatur;* l. 40, ff. *d. tit.*

253. Ce que nous venons de dire, que je suis censé jouir par le prix que j'ai reçu de mon usufruit que j'ai vendu, ou par les loyers que je reçois du locataire à qui j'ai loué l'héritage dont j'ai l'usufruit, quoique ces personnes ne jouissent pas de cet héritage, n'a lieu que lorsque personne n'en jouît : mais si un tiers s'en étoit mis en jouissance, lequel en jouit ou en son propre nom, ou en un autre nom que le mien, je ne puis plus dès-lors être censé continuer de jouir, quand même je continuerois à en recevoir les loyers.

Par exemple, si j'avois donné à ferme l'héritage dont j'ai l'usufruit, à celui qui en est le propriétaire, et que celui-ci eût depuis vendu l'héritage à un tiers, sans réserve de l'usufruit, et qu'il l'en eût mis en possession, je ne pourrois plus dès-lors être censé jouir, quoique je continuasse d'en recevoir les loyers : *Pomponius quærit, si fundum à me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Seio, non deducto usufructu, an usumfructum per emptorem retineam : et ait : Licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, quia non meo*

nomine, sed suo fruitus est emptor; l. 29, ff. *quib. mod. ususfr. amitt.*

Pareillement, si le propriétaire de l'héritage dont j'ai l'usufruit, qui le tenoit de moi à loyer, l'a lui-même donné à loyer à un tiers; si c'est par un sous-bail qu'il lui a fait, comme le tenant lui-même de moi, je serai censé continuer de jouir par ce sous-locataire; mais s'il l'a donné en son propre nom à loyer à ce tiers, je ne pourrai plus dès-lors être censé continuer de jouir; car ce n'est pas en mon nom que jouit celui qui le tient du propriétaire : *Si à me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur ususfructus : sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti; non enim meo nomine fruitur colonus;* d. l. 29.

Observez que le jurisconsulte parle ici selon la subtilité du droit; mais si le propriétaire prétendoit en ce cas l'extinction de l'usufruit, *repelleretur per exceptionem doli.*

254. 5° L'usufruit de la douairière s'éteint par la résolution du droit que son mari, qui le lui a constitué, avoit dans l'héritage, lorsque cette résolution se fait *ex causâ antiquâ et necessariâ.*

Par exemple, lorsqu'une femme a pour son douaire l'usufruit d'un héritage que son mari avoit acquis à titre de donation, d'une personne qui n'avoit point d'enfants; s'il survient un enfant à cette personne, la donation étant en ce cas révoquée, et par conséquent le droit qu'avoit le mari dans l'héritage étant résolu *ex causâ antiquâ et necessariâ,* l'usufruit de la douairière doit pareillement se résoudre et s'éteindre.

La raison est, que personne ne pouvant transférer à un autre plus de droit dans une chose, qu'il n'en a lui-même, le propriétaire d'un héritage, dont le droit est sujet à se résoudre par l'évènement de quelque condition, ne peut accorder à un autre dans cet héritage aucun droit d'usufruit, ni aucun autre droit, qui ne soit pareillement sujet à se résoudre par l'évènement de ladite condition. De là cet axiome, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

255. 6° L'usufruit de la douairière, de même que celui

de tous les autres usufruitiers, s'éteint *consolidatione*, c'est-à-dire, lorsqu'elle a acquis, à quelque titre que ce soit, la propriété de l'héritage dont elle avoit l'usufruit : *Finitur ususfructus*, dit Justinien,.... *si usufructuarius rei proprietatem acquisierit; quæ res consolidatio appellatur;* Instit. tit. *de usufr.*, §. 4.

La raison est, que le droit d'usufruit est incompatible avec la propriété dans une même personne; car il est de l'essence du droit d'usufruit d'être un droit dans la chose d'autrui : on le définit *jus alienis rebus utendi fruendi;* l. 1, ff. *de usufr.* L'usufruit est un droit de servitude, qu'on ne peut par conséquent avoir dans sa propre chose; *Res sua nemini servit.* Il est donc de nécessité, *per rerum naturam*, que, lorsqu'un usufruitier devient propriétaire de la chose dont il avoit l'usufruit, le droit d'usufruit qu'il avoit dans cette chose s'éteigne, et se réunisse à la propriété. Il conserve, à la vérité, en devenant propriétaire, le droit qu'il avoit auparavant, comme usufruitier, de percevoir les fruits de la chose; mais il ne l'a plus sous la forme d'un droit d'usufruit, il l'a comme une dépendance de son droit de propriété.

Lorsque le titre d'acquisition que l'usufruitier a faite de la propriété de l'héritage dont il avoit l'usufruit, vient par la suite à être rescindé et à être déclaré nul, cette acquisition, et la consolidation de l'usufruit qui en devoit être l'effet, sont regardées comme non avenues; et l'usufruitier conserve en conséquence son droit d'usufruit. C'est ce que Papinien décide en la loi 57, *de usufr.*, dans l'espèce de l'usufruitier d'un héritage à qui le propriétaire en avoit légué la propriété : Papinien décide que cet usufruitier étant évincé de la propriété qui lui avoit été léguée, par la querelle d'inofficiosité intentée contre le testament, conservoit son droit d'usufruit.

Doit-on décider de même lorsque le titre de l'acquisition que l'usufruitier a faite de la propriété, n'est détruit que pour l'avenir, quoique *ex causâ antiquâ et necessariâ?* Julien, en la loi 17, ff. *quib. mod. usufr. amitt.*, prétend qu'il en doit être autrement dans ce cas, et que l'usufrui-

tier qui a acquis la propriété de l'héritage dont il avoit l'usufruit, et qui a été depuis évincé de cette propriété, par la résolution qui s'en est faite pour l'avenir, quoique *ex causâ antiquâ et necessariâ*, ne recouvroit pas son droit d'usufruit, qui avoit été éteint par l'acquisition qu'il avoit faite de la propriété, laquelle n'ayant été détruite que pour l'avenir, avoit assez duré pour produire cette extinction de l'usufruit. Voici l'espèce qu'il propose : *Si tibi fundi usus-fructus purè, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, et, pendente conditione, dominium proprietatis (ab hærede) acquisieris, deindè conditio extiterit, pleno jure fundum Titius habebit : neque interest quòd detracto usufructu proprietas legata sit; etenim dum proprietatem acquiris, jus omne legati usûsfructûs amisisti.*

Brunneman, sur cette loi, remarque, après plusieurs autres docteurs, que la décision n'est fondée que sur la subtilité à laquelle les jurisconsultes romains se sont quelquefois trop attachés, et qu'elle est contraire à l'équité. En effet, il est contre l'équité que cet usufruitier, qui n'a acquis le droit d'une nue propriété, séparée du droit de percevoir les fruits de l'héritage qui étoit par-devers cet usufruitier, soit, par la résolution qui s'est faite pour l'avenir de son acquisition, privé de plus qu'il n'a acquis, et qu'on lui fasse perdre le droit de percevoir, pendant sa vie, les fruits de l'héritage qu'il avoit indépendamment et avant l'acquisition qu'il a faite de la nue propriété, et qu'il a toujours depuis conservé, quoique sous une autre forme. Il est contre l'équité que le légataire de la nue propriété de l'héritage, du legs duquel le testateur a nommément excepté le droit de percevoir les fruits pendant la vie de celui à qui il avoit légué l'usufruit, prétende, par une subtilité, contre la volonté du testateur, en dépouiller l'usufruitier. C'est pourquoi, dans notre droit françois, qui rejette les subtilités du droit romain, et qui n'adopte que les décisions de droit qui sont conformes à l'équité, il ne doit pas être douteux que l'usufruitier qui a acquis la nue propriété de l'héritage dont il jouissoit par usufruit, doit, lorsqu'il est évincé de la propriété, retenir son droit d'usufruit, non seulement

lorsque son titre d'acquisition de la propriété a été rescindé et déclaré nul, mais pareillement lorsqu'il n'a été détruit que pour l'avenir.

256. 7°. L'usufruit de la douairière, de même que celui de tous les autres usufruitiers, s'éteint par l'extinction de la chose dont elle jouissoit en usufruit : *Est enim usus-fructus jus in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est;* l. 2, ff. *de usufr.*

Cela est sans difficulté lorsque la chose chargée d'usufruit est tellement éteinte, qu'il n'en reste rien. Par exemple, si une douairière jouissoit par usufruit d'un pré voisin d'une rivière, et que la rivière eût emporté tout le pré; il n'est pas douteux, en ce cas, que l'usufruit de cette douairière est éteint.

Mais que doit-on décider lorsque la chose chargée d'usufruit n'a fait que changer de forme? Les jurisconsultes romains distinguoient l'usufruit qui avoit été légué ou constitué spécialement d'une certaine chose, et l'usufruit légué ou constitué à titre universel; comme lorsque quelqu'un avoit donné ou légué à quelqu'un l'usufruit de tous ses biens. A l'égard de la première espèce d'usufruit, c'est-à-dire, de l'usufruit spécial d'une certaine chose, ils décidoient que, lorsque la chose chargée d'usufruit avoit changé de forme substantielle, et étoit devenue une autre chose que ce qu'elle étoit, l'usufruit de cette chose étoit éteint, et ne pouvoit être prétendu par l'usufruitier dans celle en laquelle elle avoit été convertie.

Par exemple, lorsqu'une maison chargée d'usufruit a été brûlée, ou détruite par quelque accident, et qu'il n'en reste plus que la place et les matériaux, l'usufruit de cette maison, suivant les principes des jurisconsultes romains, est entièrement éteint, et l'usufruitier ne peut prétendre l'usufruit de la place et des matériaux; par cette raison que cet usufruitier avoit l'usufruit d'une maison; que n'y ayant plus de maison, la chose dont il avoit l'usufruit, n'existe plus, ni par conséquent son usufruit. Il reste bien la place et les matériaux de cette maison; mais une place et des matériaux ne sont pas une maison; ils ne sont pas par conséquent la

chose dont il avoit l'usufruit. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Rei mutatione interire usumfructum placet; veluti, Ususfructus mihi ædium legatus est; ædes corruerunt vel exustæ sunt : sine dubio extinguitur : an et areæ? Certissimum est, exustis ædibus, nec areæ, nec cæmentorum usumfructum deberi;* l. 5, §. 2, ff. *quib. mod. usufr. amitt.*

Les jurisconsultes romains avoient poussé la subtilité si loin, que, dans le cas auquel la maison auroit été rebâtie, ils décidoient que l'usufruitier de la maison brûlée n'étoit pas fondé à prétendre l'usufruit de la maison rebâtie, parcequ'elle n'étoit pas la même maison que celle dont il avoit eu l'usufruit : *Etsi domus fuerit restituta, ususfructus extinguitur;* l. 10, §. 7, ff. *d. tit.*

Dans le cas inverse, lorsqu'on avoit bâti une maison sur une place nue, chargée d'usufruit, les jurisconsultes décidoient que l'usufruit de la place étoit éteint, parceque la maison en laquelle avoit été convertie la place, étoit une autre chose; sauf à celui qui avoit eu l'usufruit de la place, son action contre le propriétaire qui avoit bâti la place, et par le fait duquel l'usufruit de la place avoit été éteint : *Si areæ sit ususfructus legatus, et in eâ ædificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui constat. Planè si proprietarius hoc fecit, ex testamento, vel de dolo tenebitur;* d. l. 5, §. *fin.*

Si la place dont j'avois l'usufruit a été, par la démolition du bâtiment, restituée à sa forme de place, je conserve mon usufruit, parceque c'est la même place : *Si in areâ cujus ususfructus alienus esset, quis ædificasset, intrà tempus quo ususfructus perit superficie subtatâ, restitui usumfructum veteres responderunt;* l. 71, ff. *de usufr.*

Suivant les mêmes principes, les jurisconsultes romains décidoient que l'usufruit d'un étang étoit éteint, lorsque l'étang étoit desséché, et converti en terre labourable; parcequ'une terre labourable n'est pas la même chose qu'un étang.

Ils décidoient pareillement que, lorsque, par une maladie

épidémique, un troupeau avoit été réduit à quelques bêtes, qui ne sont pas en nombre suffisant pour former un troupeau, l'usufruit du troupeau étoit éteint, et ne pouvoit être prétendu dans les bêtes qui en restoient, parceque deux ou trois bêtes ne font pas un troupeau, et qu'il n'y a plus de troupeau lorsqu'il n'en reste que quelques bêtes : *Si stagni ususfructus legetur, et exaruerit sic, ut ager sit factus; mutatâ re, extinguitur ususfructus;* l. 10, §. 3, ff. *quib. mod. usufr. amitt. Quum gregis ususfructus legatus est, et usquè eò numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus;* l. 31, ff. *d. tit.*

Toutes ces décisions n'avoient lieu qu'à l'égard de l'usufruit spécial d'une certaine chose; mais à l'égard de l'usufruit d'une universalité de biens, lorsque quelques-unes des choses dont elle est composée ont changé de forme, et ont été converties en d'autres choses, cet usufruit universel subsiste dans les nouvelles choses dans lesquelles ont été converties les anciennes, parcequ'il n'est pas déterminé à telle et telle chose en particulier, mais qu'il comprend généralement les choses qui composent cette universalité de biens : *Universorum bonorum,* dit Julien, *an singularum rerum ususfructus legetur, hactenùs interesse puto, quòd si ædes incensæ fuerint, ususfructus specialiter ædium legatus peti non potest : bonorum autem usufructu legato, areæ ususfructus peti poterit; quoniam qui bonorum suorum usumfructum legat, non solùm eorum quæ in specie sunt, sed et substantiæ omnis usumfructum legare videtur : in substantiâ autem bonorum etiam area est;* l. 34, §. 2, ff. *de usufr.*

Dans notre droit françois, on ne s'attache pas aux subtilités du droit romain; et soit que l'usufruit soit d'une universalité de biens, soit qu'il soit l'usufruit spécial d'une certaine chose; lorsque la chose chargée d'usufruit a changé de forme, et a été convertie en une autre chose, on doit décider que l'usufruit n'est pas éteint, et qu'il doit subsister dans la chose en laquelle a été convertie celle qui a été chargée de l'usufruit.

C'est pourquoi, si l'on a donné à une femme pour son

douaire conventionnel l'usufruit d'une maison; si la maison vient à être incendiée par le feu du ciel, et que le propriétaire ne juge pas à propos de la rebâtir, la douairière doit jouir par usufruit de la place, et la louer comme elle pourra; et elle doit pareillement jouir en usufruit du prix que seront vendus les matériaux qui en restent. Si, au contraire, le propriétaire rebâtit la maison, la douairière aura l'usufruit de la maison qui aura été rebâtie.

Par la même raison, lorsqu'on a donné à une femme pour son douaire conventionnel l'usufruit d'une certaine rente, et que le débiteur en fait le rachat; quoique cette rente, dont la douairière avoit l'usufruit, soit éteinte par le rachat qui en a été fait, l'usufruit de la douairière ne sera pas pour cela éteint; mais il sera transporté sur les deniers provenus du rachat, ou plutôt sur le remploi qui en sera fait en autres rentes ou héritages.

ARTICLE PREMIER.

Pour quelles causes une femme peut-elle être privée de son douaire?

257. La principale cause pour laquelle une femme est privée de son douaire, est la cause d'adultère.

Il faut pour cela qu'elle en ait été déclarée convaincue par sentence du juge, sur la plainte intentée contre elle par son mari. Lorsque le mari n'a pas donné la plainte de son vivant, les héritiers du mari ne sont pas recevables à l'intenter, ni à offrir la preuve de l'adultère de la femme, pour se dispenser de lui payer son douaire.

Quelques coutumes en ont des dispositions, qui sont en cela conformes au droit commun généralement reçu.

Celle de Tours, *art.* 336, porte : « Femme noble ou « roturière, qui forfait en son mariage, perd son douaire, « s'il y en a eu plainte faite par le mari en justice; autre« ment, n'en pourra l'héritier faire querelle après la mort « du mari. »

Néanmoins, si, depuis que la femme a été déclarée convaincue d'adultère, et déchue de son douaire et de toutes ses conventions matrimoniales, son mari l'avoit reçue en sa

maison, où elle auroit demeuré jusqu'à la mort de sondit mari, elle ne seroit pas, en ce cas, privée de son douaire : la peine est censée n'avoir été prononcée contre la femme qu'en considération du mari, lequel en conséquence a le pouvoir de la remettre, et est censé l'avoir remise, lorsqu'il a reçu chez lui, jusqu'à la mort, sa femme.

Quelques coutumes en ont des dispositions, qui sont en cela conformes au droit commun. Celle d'Anjou, *art.* 314, dit : « Si femme mariée, de sa propre volonté, par fornica-« tion, laisse et abandonne son mari, ou par jugement « d'église, par sa faute et coulpe, est séparée d'avec son « mari, *et ne soit depuis réconciliée à lui*, elle perd son « douaire. »

Donc elle ne le perd pas lorsqu'elle s'est réconciliée, quoiqu'il y ait une sentence contre elle.

Ce qui est dit ici du jugement d'église, est un vestige de l'entreprise que les juges d'église avoient faite autrefois sur la juridiction séculière, en voulant connoître de ces causes; mais il n'est pas douteux aujourd'hui qu'ils n'en peuvent connoître sans abus.

258. Une seconde cause pour laquelle la femme doit être privée de son douaire, est lorsqu'elle a abandonné son mari.

La coutume de Normandie en a une disposition; elle dit : « Femme n'a douaire sur les biens de son mari, si elle n'é-« toit avec lui lors de son décès; *art.* 361 : ce qui se doit « entendre, quand elle a abandonné son mari sans cause « raisonnable, etc; *art.* 362. »

Celle de Bretagne, *art.* 451, dit : « Femme qui laisse « volontairement son mari, et s'en va avec un autre, et n'est « avec son mari au temps de sa mort; et aussi si elle le laisse « et ne fait son devoir de le garder, et elle le peut faire au « cas que son mari ne la refuseroit; jaçoit qu'elle ne s'en « aille avec un autre, ne doit être endouairée. »

Les dispositions de ces coutumes étant fondées sur l'équité, doivent être observées par-tout.

Observez néanmoins que, pour que la femme qui a quitté son mari soit privée de son douaire, il faut que ce soit contre le gré de son mari qu'elle l'ait quitté, et qu'il lui ait

fait sommation juridique de revenir avec lui, à laquelle elle n'a pas déféré ; mais si c'est du consentement, au moins tacite, de son mari, qu'elle ne demeuroit pas avec lui (ce qui se présume lorsque son mari ne s'en est pas plaint judiciairement), elle n'est sujette à aucune peine.

259. La débauche de la femme pendant sa viduité, surtout dans l'an du deuil, est, suivant la jurisprudence des arrêts, une troisième cause pour laquelle elle peut être privée de son douaire.

L'héritier du mari est reçu à en faire la preuve, quoique, pour l'honneur du mari, il ne fût pas admis à faire la preuve de celle du temps du mariage. Cela a été ainsi jugé par un arrêt du 15 avril 1571, rapporté par Anne Robert, *Rer. jud. l.* 1, *cap.* 13, par lequel, sur la preuve de la débauche d'une veuve Royer, pendant l'année du deuil, à laquelle les héritiers avoient été admis, ladite veuve Royer fut privée de son douaire.

Il suffit même pour la privation du douaire, que la veuve soit convaincue d'une simple fornication dans l'an du deuil. C'est ce qui résulte de ce qui est rapporté au Journal des Audiences, *liv.* 5, *chap.* 26. La veuve, dans l'an du deuil de son premier mari, après des fiançailles avec un homme qu'elle avoit été obligée de faire venir chez elle pour conduire son labour, avoit eu habitude avec cet homme son fiancé, qu'elle avoit épousé depuis : elle avoit été pour cela privée de son douaire par le premier juge. Le journaliste rapporte que M. l'avocat-général, sur les conclusions duquel la sentence fut infirmée, et la veuve déchargée de la peine, ne s'y détermina que par la réunion de toutes les circonstances de fait, qui tendoient à l'excuser, et à la charge que l'arrêt ne pourroit tirer à conséquence.

Dumoulin, *in Cons. Par.* §. 30, *n.* 143, en fait une maxime : *Mulier si infrà annum luctûs commiserit stuprum, perdit donata et relicta ; et hoc manet in viridi observantiâ.*

260. Il y a des arrêts qui ont prononcé la peine de privation de douaire contre des femmes convaincues du crime de supposition de part. Dufrêne, au Journal des Audiences,

en rapporte un du 6 juin 1636, qui est aussi rapporté par Renusson.

261. Il y en a qui ont prononcé cette peine contre des femmes, pour n'avoir pas poursuivi la vengeance de la mort de leur mari. Je ne crois pas que ces arrêts doivent être suivis : ils ont été rendus par une mauvaise application des principes du droit romain. Chez les Romains, il n'y avoit pas de magistrats chargés de la vengeance publique ; les proches du défunt étoient particulièrement chargés de la poursuite de la vengeance de sa mort : c'étoit un devoir de piété auquel ils ne pouvoient manquer sans crime, et sans encourir la peine de la privation de sa succession, et tout ce qu'ils tenoient de lui. Mais parmi nous, il y a dans chaque juridiction un magistrat qui est seul chargé de la vengeance publique. La veuve et les héritiers du défunt ne donnent la plainte contre l'homicide que pour la réparation civile du tort que leur a causé la mort du défunt ; ils n'ont pas droit de conclure à la peine publique. On ne peut donc point les punir pour n'avoir pas poursuivi la vengeance de la mort du défunt, puisque ce ne sont point eux qui en sont chargés.

262. Il y a une cause de privation du douaire, qui est particulière à la coutume de Bretagne ; elle dit en l'art. 354 : « Femme veuve qui se remarie à son domestique ordinaire, « perd son douaire. »

Ailleurs, la veuve qui se remarie, soit à son domestique, soit à quelque autre homme indigne de sa condition, est seulement sujette aux peines contenues dans l'ordonnance de Blois, *art.* 182, que nous avons rapportée en notre *Traité du Mariage.*

263. Dans quelques coutumes, c'est cause de privation de douaire, lorsque la douairière mésuse des héritages qui composent son douaire, ou de partie d'iceux, y faisant des dégradations considérables. La douairière, dans ces coutumes, est donc en ces cas non seulement tenue des dommages et intérêts résultants desdites dégradations ; elle est en outre punie par la peine de la privation du douaire que l'héritier peut faire prononcer contre elle.

Ces coutumes se partagent encore à cet égard. Celle

d'Anjou, *art.* 311, veut que la femme perde tout son douaire, lorsqu'elle mésuse de quelqu'un des héritages qui le composent : au contraire, celle de Bourbonnois, *art.* 264, la prive de son douaire dans l'héritage seulement dans lequel elle a malversé.

La douairière est pareillement censée mésuser lorsqu'elle vend, comme chose à elle appartenante, des terres qui font partie de son douaire; et elle est pareillement, en ce cas, punie dans ces coutumes par la privation du douaire.

Guenois, sur l'article 264 de Bourbonnois, *feuillet* 619, *v°*, observe que la douairière n'est sujette, dans ces coutumes, à la privation du douaire pour les dégradations faites aux héritages sujets au douaire, que lorsqu'elle jouissoit par elle-même de l'héritage; et qu'elle n'y est pas sujette lorsqu'elles ont été faites sans son ordre, par un fermier; et il cite un arrêt qui en a déchargé, dans ledit cas, la douairière dans la coutume d'Anjou, et l'a seulement condamnée aux dommages et intérêts.

Cette peine de la privation de l'usufruit ne doit pas avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées : la douairière peut seulement être privée de jouir par elle-même; et l'héritier du mari, reçu à jouir par lui-même, à la charge de compter des revenus à la douairière, sous la déduction des charges. La coutume de Bretagne, *art.* 468, en a une disposition, qui mérite d'être étendue aux coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

264. Quoique de droit une femme ne soit pas privée de son douaire lorsqu'elle convole à un autre mariage, néanmoins on peut valablement convenir, par le contrat de mariage, qu'elle le perdra en ce cas, ou pour le tout, ou pour partie.

L'auteur du Traité des Contrats de Mariage nous apprend que l'on convient assez souvent que la femme ayant des enfants, sera privée, en cas de convol, d'une partie de son douaire, de laquelle partie les enfants entreront en jouissance du jour du convol.

ARTICLE II.

Si une femme peut avoir don et douaire en même temps.

265. Le douaire étant un titre lucratif, il est évident qu'une veuve ne peut être douairière et donataire des mêmes choses. Deux causes lucratives ne peuvent pas concourir dans une même personne pour une même chose : *Duæ causæ lucrativæ in eâdem re et in eâdem personâ concurrere non possunt.*

C'est pourquoi lorsqu'une femme est, par son contrat de mariage, donataire, soit en propriété, soit en usufruit, des biens qne son mari laissera lors de son décès; si elle accepte la donation, il est évident qu'elle ne peut plus avoir le douaire coutumier, et qu'il lui devient inutile : car ayant, par la donation qui lui a été faite, le droit de jouir de tous les biens de son mari, elle n'a plus besoin du douaire coutumier, pour jouir de la moitié de ceux que son mari avoit au temps des épousailles.

Ce n'est donc pas sur cet objet que tombe la question; mais la question est de savoir si une veuve peut être douairière de certains biens, et donataire d'autres biens de son mari.

Il y a quelques coutumes qui ne le permettent pas, telles que celles de Bretagne, *art.* 208; d'Anjou, 310; du Maine, 313; de Touraine, 337. Mais dans les autres coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, même dans la coutume de Paris, qui ne permet pas aux enfants d'être douairiers et donataires, cette disposition ne s'étend pas à la femme; c'est pourquoi rien n'empêche que, dans cette coutume, elle ne soit douairière de la moitié des héritages propres, et donataire par don mutuel de la part de son mari, dans les conquêts de la communauté.

266. Dans les coutumes qui ne permettent pas à la femme d'être tout à-la-fois douairière et donataire, la femme, après la mort de son mari, a le choix du douaire ou de la donation. Lorsqu'elle a choisi le douaire, elle est de plein droit déchue de la donation; et *vice versâ*, si elle a accepté la

donation, elle est de plein droit déchue de son douaire. Il n'importe à cet égard que la donation faite à la femme lui ait été faite par son mari, par contrat de mariage, ou depuis; qu'elle soit simple ou mutuelle, entre vifs ou testamentaire.

Il n'importe non plus que ce soit le mari qui ait lui-même constitué le douaire, ou que ce soient les père et mère du mari qui l'aient constitué à la femme, sur les biens qu'ils donnoient en mariage au mari. La femme ne peut, après la mort de son mari, avoir tout à-la-fois ce douaire, et une donation que lui auroit faite son mari; il faut qu'elle opte l'un ou l'autre. C'est ce qui a été observé par Dupineau, sur l'*art.* 310 d'Anjou.

267. Ces dispositions sont des statuts réels, qui, selon la nature des statuts réels, n'exercent leur empire que sur les biens qui y sont sujets : mais ils l'exercent même à l'égard des personnes qui ne sont pas sujettes par elles-mêmes à ces coutumes, n'y étant pas domiciliées.

Suivant ce principe, lorsque les biens d'un Parisien, sujets au douaire de sa femme, sont situés sous la coutume du Maine, et que ceux qu'il a donnés à sa femme y sont pareillement situés, la veuve ne pourra pas avoir tout à-la-fois le don et le douaire; mais elle sera tenue d'opter l'un ou l'autre, suivant que le prescrit la coutume du Maine, sous laquelle sont situés les biens, quoique la coutume de Paris, à laquelle sa personne est soumise, n'ait pas une pareille disposition.

Vice versâ, la veuve d'un Manceau, quoique soumise par sa personne à une coutume qui ne permet pas d'avoir don et douaire, pourra néanmoins avoir l'un et l'autre, si les biens sont situés sous une coutume qui n'a pas une pareille disposition.

Dupineau, sur l'*article* 310 d'Anjou, et les commentateurs de la coutume du Maine, observent que cette incompatibilité du don et du douaire a lieu, quoique les biens sujets au douaire, et les biens compris en la donation, soient situés sous différentes coutumes, qui ont l'une et l'autre une semblable disposition sur l'incompatibilité du don et du

douaire : c'est pourquoi, si les biens sujets au douaire sont situés sous la coutume d'Anjou, et ceux compris en la donation, sous celle du Maine, la femme ne pourra avoir le douaire et la donation; elle sera tenue d'opter.

Mais elle pourra être douairière de biens d'Anjou, et donataire de biens situés à Paris, la coutume de Paris n'ayant pas admis l'incompatibilité du don et du douaire à l'égard de la femme; et *vice versâ*, si tous les biens sujets au douaire sont situés à Paris, et qu'il n'y en ait aucuns en Anjou, elle pourra être douairière des biens de Paris, et donataire des biens d'Anjou.

268. Lorsque le douaire est un douaire conventionnel, qui consiste dans la rente viagère d'une certaine somme d'argent; ce douaire étant à prendre sur tous les biens du mari; si le mari, quoique domicilié sous la coutume de Paris, a dans sa succession quelques biens situés en Anjou, ou sous quelque autre coutume d'incompatibilité de don et de douaire, le douaire qui est à prendre sur tous les biens, étant à prendre en partie sur ceux d'Anjou, la douairière ne pourra être donataire d'aucuns biens situés en Anjou, cette coutume ne permettant pas à la veuve d'y avoir don et douaire.

CHAPITRE VII.

Du droit qu'ont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages sujets au douaire, de rentrer en jouissance desdits héritages après l'extinction de l'usufruit de la douairière; et des obligations respectives des héritiers du mari, et de la douairière, auxquelles cette rentrée donne ouverture.

Nous verrons, 1° comment s'exerce ce droit. 2° Nous traiterons de l'obligation en laquelle est l'héritier (ou ses successeurs) de souffrir les héritiers de la douairière enlever et emporter les meubles qu'elle avoit dans les héritages sujets au douaire; 3° du remboursement des frais faits par la douairière pour faire venir les fruits qui se sont

trouvés pendants par les racines lors de l'extinction du douaire, et qui doivent être recueillis par l'héritier du mari ou ses successeurs; 4° des autres impenses faites par la douairière sur les héritages dont elle jouissoit; 5° de l'obligation en laquelle sont les héritiers de la douairière de faire les réparations qui se sont trouvées à faire au temps du décès de la douairière; 6° des dommages et intérêts dont ils sont tenus, résultants, soit des dégradations, soit de ce que la douairière a laissé perdre par sa faute, des biens qui lui avoient été délivrés; 7° de l'obligation desdits héritiers par rapport aux fruits et aux intérêts.

§. I. Comment s'exerce le droit qu'ont l'héritier du mari ou ses successeurs à la propriété des héritages sujets au douaire, de rentrer en la jouissance desdits héritages à la mort de la douairière.

269. Aussitôt que l'usufruit de la douairière est éteint par sa mort, ou autrement, l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages dont la douairière jouissoit en usufruit, rentrent de plein droit dans la jouissance desdits héritages, qui n'avoit été séparée de la propriété desdits héritages que pour le temps que le droit de l'usufruit devoit durer dans la personne de la douairière.

Ils n'ont donc pas besoin de donner aucune demande contre les héritiers de la douairière pour rentrer dans cette jouissance; il leur suffit de faire une simple sommation auxdits héritiers de la douairiére, de leur laisser la libre jouissance des héritages dont jouissoit la douairière; d'en déloger tous les meubles qu'ils peuvent y avoir, et d'en remettre les clefs après qu'ils auront délogé.

On doit donner aux héritiers de la douairière le délai nécessaire pour ce délogement, lequel délai s'estime *arbitrio judicis*.

Si, après le délai expiré, les héritiers de la douairière étoient en demeure de satisfaire à la sommation, l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété de l'héritage, seroient bien fondés à assigner les héritiers de la douairière, pour voir dire qu'ils seront tenus de déloger dans le délai qui leur seroit prescrit par la sentence; et que, faute par

eux de l'avoir fait, ledit temps passé, sans qu'il fût besoin d'autre jugement, il seroit permis aux demandeurs de faire mettre les meubles hors de la maison.

270. Lorsque les héritages sujets au douaire se trouvent, lors de la mort de la douairière, loués ou affermés, l'héritier du mari doit laisser jouir les locataires ou fermiers pendant l'année courante, qui étoit commencée, et se contenter à cet égard, pour cette année, des fermes et loyers: mais il n'est pas obligé d'entretenir les baux pour le surplus du temps qui en restoit à courir; les locataires et fermiers n'ont même, à cet égard, aucun recours de garantie contre les héritiers de la douairière, lorsqu'elle leur a fait les baux en sa qualité de douairière; mais si elle les leur avoit faits en son propre nom, en leur dissimulant qu'elle n'étoit qu'usufruitière, ils auroient un recours de garantie contre ses héritiers.

§. II. De l'obligation en laquelle sont l'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages, de donner le temps à ceux de la douairière d'emporter les meubles qu'ils y ont.

271. L'héritier du mari, ou ses successeurs, qui rentrent, après la mort de la douairière, dans la jouissance des héritages dont elle jouissoit, sont obligés de donner le temps aux héritiers de la douairière, de déloger, et d'emporter tous les meubles qu'ils y ont.

1° Il n'est pas douteux qu'il doit être permis aux héritiers de la douairière d'emporter tous les meubles dépendants de sa succession, qui servoient à meubler le château ou la maison dont jouissoit la douairière, et qu'elle occupoit par elle-même.

2° Il leur doit être permis d'emporter toutes les choses que la douairière a apportées dans la maison dont elle jouissoit, quand même ces choses y seroient attachées à fer et à clous, de manière qu'elles eussent été censées faire partie de la maison, si elles y eussent été mises par un propriétaire: car c'est un principe que nous avons déja établi dans notre *Traité de la Communauté*, *n.* 56, que ces choses, lorsqu'elles ont été placées dans une maison par

un usufruitier, ne sont pas censées y avoir été placées pour perpétuelle demeure, ni par conséquent faire partie de la maison; mais ce sont de simples meubles, que les héritiers de la douairière peuvent par conséquent détacher et emporter.

Pourvu néanmoins que cela se puisse faire sans détérioration, et à la charge par lesdits héritiers de rétablir les choses dans l'état où elles étoient lorsque la douairière est entrée en jouissance.

Par exemple, si la douairière a mis aux cheminées des maisons dont elle jouissoit, des chambranles de marbre, à la place des chambranles de bois qui y étoient; si elle y a mis des parquets, des boiseries, des alcoves, des croisées à la mode, à la place d'anciennes croisées qui y étoient, etc., on doit permettre à l'héritier de la douairière de détacher et d'enlever toutes ces choses, en replaçant les anciennes croisées et les anciens chambranles, et en rétablissant tout dans l'ancien état; à moins que le propriétaire de la maison n'offrît d'en rembourser le prix.

3° Les bestiaux qui étoient dans les héritages lorsque la douairière est entrée en jouissance, et dont elle a payé le prix aux héritiers du mari, et ceux qu'elle y a mis depuis, sont des meubles dépendants de sa succcession; et il doit être permis à ses héritiers de les emmener; à moins que le propriétaire n'offrît de leur en payer le prix, suivant l'estimation qui en sera faite par experts.

272. Cette règle, que les héritiers de la douairière peuvent emporter toutes les choses que la douairière a mises dans les héritages dont elle avoit la jouissance, souffre exception à l'égard de celles qu'elle étoit obligée d'y mettre comme nécessaires pour l'entretien desdits héritages; cet entretien étant une charge de l'usufruit de la douairière. On peut apporter pour exemple les échalas qu'elle a mis dans les vignes, les fumiers qu'elle a mis dans les terres, un pavé neuf qu'elle a mis dans une chambre à la place d'un vieux qui étoit usé. Toutes ces choses, et autres semblables, sont censées faire partie de l'héritage, et ne peuvent être emportées par les héritiers de la douairière.

§. III. De l'obligation de rembourser les frais faits par la douairière pour faire venir les fruits qui étoient pendants lors de sa mort.

273. Le propriétaire des héritages sujets au douaire, rentrant de plein droit, à la mort de la douairière, en la jouissance desdits héritages, et devant en conséquence recueillir les fruits qui se sont trouvés pendants, lors de sa mort, sur lesdits héritages, il est obligé de rembourser aux héritiers de la douairière les frais de labours, semences, et autres, qu'elle a faits pour les faire venir; car ces frais sont une charge des fruits, et doivent par conséquent être portés par le propriétaire qui les recueille.

Il n'y est pas, à la vérité, obligé *obligatione negotiorum gestorum directâ :* car la douairière, qui ne savoit pas devoir mourir avant la récolte, comptoit, en faisant ces frais, faire sa propre affaire, et non celle du propriétaire, et n'avoit pas par conséquent intention de l'obliger envers elle, ou sa succession, au remboursement de ces frais. Mais s'il n'y est pas obligé *obligatione negotiorum gestorum directâ, et secundùm subtilitatem juris,* il y est obligé *secundùm æquitatem, utili obligatione negotiorum gestorum;* parceque, quoique la douairière, en faisant ces frais, crût faire sa propre affaire, elle a effectivement fait l'affaire du propriétaire de l'héritage; et l'équité ne permet pas qu'il profite des fruits aux dépens de la douairière, qui a fait les frais pour les faire venir.

Notre décision est conforme à celle d'Africanus, qui décide en termes formels, en la loi *fin.*, ff. *de neg. gest.*, que *Danda est negotiorum gestorum actio, si negotium quod tuum esse existimares, quùm meum esset, gessisses.*

La coutume de Paris a suivi cette décision, *art.* 231, en obligeant le conjoint qui recueille les fruits qui se sont trouvés pendants sur son héritage propre lors de la dissolution de communauté, à rembourser la communauté des frais qu'elle a faits pour les faire venir, pendant qu'elle avoit la jouissance de l'héritage.

On nous opposera peut-être que nous avons décidé *suprà, n.* 201, que la douairière qui recueille les fruits qui

se sont trouvés pendants lorsqu'elle est entrée en jouissance de son douaire, n'est pas obligée à rembourser à l'héritier de son mari les frais que son mari a faits pour les faire venir. La réponse à cette objection est, que la loi, ou la convention qui accorde à la femme l'usufruit des héritages sujets au douaire, lui accorde l'usufruit de ces héritages, en l'état qu'ils se trouveront lors de l'ouverture du douaire : les frais faits pour les mettre en cet état font par conséquent partie de ce qui lui a été donné; elle n'en doit donc pas le remboursement. Il n'en est pas de même de ceux que la douairière a faits pour faire venir les fruits qui se sont trouvés pendants lors de sa mort, et qui doivent être recueillis par le propriétaire de l'héritage; la douairière n'ayant jamais fait ni entendu faire aucune donation à ce propriétaire.

274. Renusson, *Traité du Douaire, chap.* 14, *n.* 40, prétend que l'héritier du mari, qui recueille les fruits qui se sont trouvés pendants à la mort de la douairière, peut opposer, en compensation des frais que la douairière a faits pour les faire venir, ceux que le mari a faits pour faire venir ceux qui se sont trouvés pendants lors de l'ouverture du douaire, et qui ont été recueillis par la douairière. Cette décision est une suite de l'opinion en laquelle est cet auteur, que la douairière devoit le remboursement de ces frais; mais ayant établi qu'elle ne le devoit pas, c'est une conséquence que l'héritier du mari ne peut les opposer en compensation de ceux dont il doit le remboursement aux héritiers de la douairière.

275. Le propriétaire de l'héritage seroit-il reçu à offrir aux héritiers de la douairière de leur abandonner la récolte des fruits qui se sont trouvés pendants à la mort de la douairière, pour se décharger envers eux du remboursement des frais faits par la douairière pour les faire venir? La raison de douter se tire de ce principe, que, lorsqu'on est tenu d'une charge à cause d'une certaine chose, on peut s'en décharger en abandonnant la chose. Par exemple, un voisin qui est obligé de contribuer aux réparations d'un puits commun, peut se décharger de cette obligation en aban-

donnant la part qu'il a au puits. La réponse est, que le propriétaire devroit être effectivement déchargé de ce remboursement des frais faits pour faire venir les fruits qui se sont trouvés pendants à la mort de la douairière, s'il n'en étoit tenu qu'à cause desdits fruits; mais il est tenu du remboursement de ces frais encore par une autre raison, qui est que ces frais que la douairière a faits étoient une impense qui étoit absolument nécessaire, et que le propriétaire eût été obligé de faire lui-même, si elle n'eût pas été faite par la douairière, et qu'elle fût morte avant que de la faire. Le propriétaire de l'héritage profite donc, en ce cas, de la somme entière que la douairière a déboursée pour cette impense, puisque la douairière, en faisant cette impense, a épargné au propriétaire de l'héritage la même somme qu'il eût été obligé de débourser, s'il lui eût fallu faire lui-même cette impense. Ce propriétaire de l'héritage est donc *hactenùs locupletior quatenùs propriæ pecuniæ pepercit;* et il est en conséquence précisément obligé au remboursement de ces frais, sans pouvoir s'en décharger en offrant d'abandonner la récolte des fruits.

276. Quelques coutumes, comme Blois, *art.* 184, laissant à la communauté les fruits qui, lors de la dissolution de la communauté, se trouvent pendants sur les héritages propres des conjoints, pour les frais que la communauté, qui en jouissoit en usufruit, a faits pour les faire venir; peut-on en conclure que, suivant l'esprit de ces coutumes, les fruits qui se trouvent pendants à la mort de la douairière, sur les héritages dont elle jouissoit, doivent, dans ces coutumes, être laissés aux héritiers de la douairière, pour les frais qu'elle a faits afin de les faire venir? Je ne le crois pas. La disposition de ces coutumes renferme un petit avantage qu'elles accordent contre le droit commun, en faveur de la communauté qui a été entre les conjoints; mais c'est un principe, qu'un avantage accordé, contre le droit commun, à un certain genre de personnes, dans un certain cas, n'est pas susceptible d'extension à d'autres personnes, ni à d'autres cas.

§. IV. Des autres obligations du propriétaire, par rapport aux autres impenses que la douairière a faites dans les héritages dont elle jouissoit pour son douaire.

277. A l'exception des frais faits pour faire venir les fruits qui se sont trouvés pendants à la mort de la douairière, toutes les autres impenses d'entretien que la douairière a faites étant une charge de son usufruit, il ne peut être douteux que le propriétaire de l'héritage n'en peut devoir aucun remboursement aux héritiers de la douairière.

Il ne peut aussi être douteux que, lorsque la douairière a fait elle-même de grosses réparations nécessaires, qui ne proviennent pas de sa faute, ni de défaut d'entretien, le propriétaire de l'héritage doit rembourser à la douairière ou à ses héritiers ce qu'elles ont coûté ou dû coûter.

La question ne peut tomber que sur les impenses non nécessaires, faites par la douairière sans l'ordre du propriétaire, mais qui ont beaucoup augmenté l'héritage. Le propriétaire qui rentre dans l'héritage est-il obligé de rembourser les héritiers de la douairière, sinon en total, du moins jusqu'à due concurrence de ce qu'il en profite, et de ce que son héritage en est augmenté de valeur? Cette question se décide par le principe qui est établi au titre des Institutes *de rer. divis.*, §. 12. Justinien, après avoir accordé à celui qui a bâti de bonne foi sur un héritage qu'il croyoit de bonne foi lui appartenir, la répétition des impenses utiles qu'il a faites, contre le propriétaire de l'héritage qui en a profité, la refuse à celui qui avoit connoissance que l'héritage ne lui appartenoit pas, par ce principe : *Nam scienti*, dit Justinien, *alienum solum esse, potest objici culpa, quòd ædificaverit temerè in eo solo quod intelligebat alienum esse.*

Suivant ce principe, le droit de la douairière étant un simple droit d'usufruit, qui ne lui donne que le droit de jouir des héritages sujets à son douaire dans l'état où ils sont, et qui ne lui donne point celui d'y construire des bâtiments, d'y faire des plantations et autres améliorations, de son autorité privée, sans l'ordre du propriétaire, la douairière a été en

faute de faire ces améliorations sans l'ordre du propriétaire; et elle ne peut en conséquence, ni elle ni ses héritiers, en avoir aucune répétition contre le propriétaire, qu'elle n'a pas dû constituer dans des dépenses qu'il ne vouloit pas faire.

On ne peut en ce cas opposer la règle, *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari;* cette règle ne devant avoir lieu que lorsque celui qui a fait les impenses dont un autre profite, et dont il lui demande le remboursement, les a faites de bonne foi : mais elle n'a pas lieu lorsque celui qui les a faites est en faute pour les avoir faites sans nécessité sur l'héritage d'autrui, qu'il savoit être l'héritage d'autrui. Faute d'avoir consulté, pour les faire, le propriétaire, qui n'eût peut-être pas voulu s'engager dans cette dépense, il n'en doit avoir aucune répétition, et il doit être censé avoir voulu, en les faisant, en gratifier le propriétaire; *donasse videtur.*

On ne doit pas non plus opposer que, lorsque le mari a, pendant la communauté, fait, des deniers de la communauté, des impenses utiles sur l'héritage propre de la femme, quoique sans son consentement, la femme doit récompense à la communauté de ces impenses, jusqu'à concurrence de ce dont son héritage a augmenté de valeur, comme nous l'avons vu en notre Traité de la Communauté. La réponse est, que cette récompense est fondée sur une raison particulière à cette espèce, qui est que tous avantages directs ou indirects sont défendus entre mari et femme pendant le mariage; et que, si la femme ne devoit pas en ce cas récompense, il seroit au pouvoir du mari de l'avantager indirectement.

278. Le propriétaire de l'héritage sur lequel la douairière a fait des impenses sans nécessité et sans le consulter, n'est pas, à la vérité, obligé de les rembourser aux héritiers de la douairière, quoiqu'elles aient augmenté la valeur de l'héritage sur lequel elles ont été faites; mais au moins ce propriétaire est obligé de souffrir que les améliorations que la douairière a faites viennent en compensation, jusqu'à due concurrence, avec les dégradations que ce propriétaire prétendroit avoir été faites par la douairière sur ledit héritage;

car un héritage ne peut être censé détérioré que sous la déduction de ce dont il est amélioré.

279. Il reste à observer que si le propriétaire de l'héritage n'est pas obligé envers les héritiers de la douairière au remboursement des améliorations faites par la douairière, il doit au moins souffrir qu'ils emportent tout ce qui peut être détaché et emporté sans détérioration, comme nous l'avons déja vu.

§. V. De l'obligation des héritiers de la douairière de faire les réparations qui se sont trouvées à faire, à la mort de la douairière, aux héritages dont elle jouissoit.

280. La douairière, en entrant en jouissance des héritages dont elle jouit pour son douaire, ayant, comme nous l'avons déja vu *suprà, n.* 210, contracté l'obligation d'en jouir en bon père de famille, et par conséquent de les entretenir de réparations, il naît de cette obligation une action qu'a l'héritier du mari propriétaire de ces héritages, contre les héritiers de la douairière, pour les obliger à les faire.

Ils ne sont ordinairement tenus que des réparations d'entretien, et non des grosses réparations qui se trouvent à faire. Néanmoins si les grosses réparations qui se trouvent à faire ont été occasionées par le défaut d'entretien, et proviennent par conséquent de la faute de la douairière, ils en seront aussi tenus.

Le propriétaire qui exerce cette action doit, par l'exploit de demande, donner un état de toutes les réparations qu'il prétend être à faire. Si les héritiers de la douairière conviennent qu'elles sont à faire, le juge les condamne à les faire : s'ils en disconviennent, il en ordonne la visite; et après la visite faite, il les condamne à faire les réparations comprises au rapport. S'ils sont en demeure de satisfaire à ladite sentence, le propriétaire en obtient une seconde, par laquelle le juge autorise le propriétaire à les faire lui-même, et condamne les héritiers à payer la somme qu'elles auront coûtée.

§. VI. Des dommages et intérêts dont sont tenus les héritiers de la douairière, soit pour les dégradations par elle faites dans les héritages dont elle jouissoit, soit pour ce qu'elle a laissé perdre par sa faute.

281. La douairière, en entrant en jouissance de son douaire, ayant, comme nous l'avons deja dit, contracté l'obligation de jouir en bon père de famille des héritages qui le composent, et de conserver tout ce qui en dépend, les héritiers, qui succèdent à toutes ses obligations, sont tenus des dommages et intérêts qui résultent de l'inexécution de cette obligation.

C'est pourquoi, si la douairière y a contrevenu, en laissant dégrader les héritages dont elle jouissoit; *putà*, si elle a laissé périr des vignes, faute d'entretien: si elle a laissé périr des bois, faute de les avoir munis, par de bonnes clôtures, contre les bestiaux qui les ont broutés; si elle a abattu des bois de futaie ou des arbres fruitiers, ou fait d'autres dégradations, les héritiers de la douairière sont tenus des dommages et intérêts qui en résultent, tels qu'ils seront estimés par des experts, dont les parties conviendront.

282. Pareillement, si la douairière a laissé perdre la possession de quelque terrain dépendant d'un héritage dont elle jouissoit, faute de s'être opposée à l'entreprise d'un voisin qui en a usurpé la possession, et d'avoir averti à temps le propriétaire, qui, n'ayant pas été averti, n'a pu former dans l'année la complainte pour en conserver la possession, les héritiers de la douairière sont tenus des dommages et intérêts que le propriétaire souffre de la perte de la possession de ce terrain usurpé, à la charge par le propriétaire de leur céder ses actions au pétitoire, pour, par eux, si bon leur semble, les exercer à leur profit et à leurs risques contre l'usurpateur. Les héritiers de la douairière pourroient se défendre contre ces dommages et intérêts, s'ils avoient la preuve à la main que le terrain, dont le voisin s'est mis en possession, appartient à ce voisin, et avoit été usurpé par le mari de la douairière. Il doit dépendre de la prudence du juge de les recevoir à cette preuve, à laquelle il ne doit

les admettre que lorsqu'ils allèguent quelque chose de clair.

Pareillement, si la douairière a laissé perdre, *non utendo*, des droits de servitude, et autres droits dépendants des héritages dont elle jouissoit, ses héritiers sont tenus des dommages et intérêts qui en résultent.

283. Quoique ce ne soit qu'envers l'héritier de son mari que la douairière ait contracté l'obligation de jouir en bon père de famille, et de conserver les biens dont elle jouissoit pour son douaire, néanmoins le tiers acquéreur qui a acquis de l'héritier du mari l'héritage que la douairière a dégradé, ou dont elle a laissé perdre par sa faute quelques dépendances, est reçu à demander aux héritiers de la douairière les dommages et intérêts qui en résultent. La raison est, que l'héritier du mari, en vendant cet héritage à ce tiers acquéreur, est censé lui avoir cédé avec l'héritage tous les droits et actions qu'il pouvoit avoir par rapport à cet héritage. C'est ce que les notaires ont coutume de comprendre dans leur style, par ces termes, *circonstances et dépendances, noms, raisons et actions*, lesquels doivent s'y sous-entendre, s'ils y avoient été omis. C'est pourquoi ce tiers acquéreur doit être reçu, comme cessionnaire *et procurator in rem suam* de l'héritier du mari, à intenter ces actions en dommages et intérêts contre les héritiers de la douairière.

Il en est de même de tous autres tiers acquéreurs qui ont acquis de l'héritier du mari l'héritage à titre de donation, ou à quelque autre titre que ce soit.

284. Par la même raison, si la douairière, ou l'héritier de la douairière, avoit acheté de l'héritier du mari la propriété de l'héritage dont la douairière jouissoit en usufruit pour son douaire, l'héritier du mari seroit censé avoir cédé avec l'héritage toutes ses actions en dommages et intérêts pour les susdites choses; et il ne seroit plus recevable à les intenter, à moins qu'il ne se les fût expressément retenues.

285. Lorsque l'héritier du mari, après un certain temps de jouissance de la douairière, rachète d'elle son usufruit pour une certaine somme; si, par le contrat, les parties ne se sont pas expliquées sur les réparations qui étoient à

faire aux héritages dont elle jouissoit pour son douaire, sur les dégradations qu'elle y avoit faites, et sur ce qu'elle a perdu par sa faute, l'héritier du mari conserve-t-il ces actions contre la douairière et les héritiers de la douairière pour raison de toutes les susdites choses? Je pense qu'il les conserve; car personne ne doit être facilement présumé renoncer à ses droits : le rachat que l'héritier du mari fait de l'usufruit de la douairière, ne contient rien qui renferme une remise des actions qu'il a contre elle.

Mais si la douairière avoit, par libéralité, fait une remise gratuite de son usufruit à l'héritier du mari, qui auroit accepté ladite remise, cet héritier auroit mauvaise grâce, et ne devroit pas être reçu à poursuivre la douairière pour les réparations qui sont à faire aux héritages dont la douairière a joui, et pour les dommages et intérêts résultants des dégradations faites par la douairière, et de ce qu'elle a laissé perdre.

§. VII. De l'obligation des héritiers de la douairière, par rapport aux fruits et aux intérêts.

286. L'héritier du mari, ou ses successeurs à la propriété des héritages et autres droits immobiliers dont la veuve avoit la jouissance pour son douaire, rentrant de plein droit dans cette jouissance à l'instant de la mort de la douairière, les héritiers de la douairière n'ont ni titre ni qualité pour percevoir aucuns fruits desdits héritages qui naîtront ou seront à percevoir après la mort de la douairière : c'est pourquoi, s'ils en ont perçu quelques-uns, il n'est pas douteux qu'ils doivent les restituer au propriétaire de l'héritage.

Ils peuvent néanmoins recevoir les fermes et loyers des héritages, et les arrérages des rentes dont la douairière jouissoit, qui sont nés et dus du vivant de la douairière, et lui ont été par conséquent acquis, quoique les termes de paiement ne soient échus que depuis sa mort. Voyez *suprà*, *n.* 204.

287. Il y a un cas auquel les héritiers de la douairière sont tenus de faire raison au propriétaire de l'héritage,

de certains fruits recueillis par la douairière elle-même; c'est le cas auquel la douairière les auroit recueillis, et seroit morte avant le temps qu'ils eussent dû être recueillis.

Par exemple, si une douairière jouissoit en usufruit pour son douaire, de quelque héritage dont dépendent des bois taillis, et que l'usage du pays fût de ne couper les bois taillis qu'à l'âge de douze ans au plus tôt; la douairière les ayant coupés à l'âge de dix ans, et étant morte avant le temps auquel ils auroient dû être coupés, les héritiers de la douairière doivent rapporter au propriétaire le prix de cette coupe; car un usufruitier devant jouir en bon père de famille, et par conséquent conformément à l'usage du pays, la douairière n'a pu, en avançant le temps de la coupe, contre l'usage du pays, priver le propriétaire de l'héritage d'une coupe qui lui auroit appartenu, si elle eût été faite en son temps.

Pareillement, si la douairière, s'étant trouvée dangereusement malade vers le temps des vendanges, eût, sur un héritage dont elle jouissoit pour son douaire, fait vendanger des raisins qui n'étoient pas suffisamment mûrs, la douairière étant morte peu après, avant que la vendange fût ouverte dans le quartier, le propriétaire de l'héritage est bien fondé à demander aux héritiers de la douairière le prix de la récolte, qui eût dû lui appartenir, si elle eût été faite en son temps.

Les héritiers ne seroient pas reçus à lui offrir la récolte qui a été faite par la douairière; car il ne seroit pas indemne, si on lui donnoit de mauvais vin vert à la place de bon vin qu'il eût recueilli, si la vendange avoit été faite en son temps.

288. Lorsque le douaire consistoit en une somme d'argent dont la douairière jouissoit pour son douaire, l'héritier du mari, à la mort de la douairière, n'a contre les héritiers de la douairière qu'une simple créance pour la restitution de cette somme, dont les héritiers ne doivent les intérêts que du jour de la demande judiciaire.

SECONDE PARTIE.

Du douaire des enfants.

289. La plus grande partie des coutumes n'accordent le douaire qu'à la femme. Quelques coutumes l'accordent aussi aux enfants : celle de Paris est de ce nombre.

Parmi les coutumes qui accordent le douaire aux enfants, il y en a qui ne font à cet égard aucune distinction entre les personnes nobles et les non nobles, entre les biens nobles et les biens roturiers, ni entre le douaire coutumier et le conventionnel. Celle de Paris est de ce nombre.

290. Il y en a plusieurs qui n'accordent le douaire aux enfants *qu'entre nobles*. De ce nombre sont celles d'Etampes, Châteauneuf, Chartres et Dunois.

Il faut dans ces coutumes, pour que les enfants aient droit de douaire, que leur père ait été noble dès le temps qu'il a contracté mariage. S'il n'est devenu noble que depuis son mariage, ses enfants n'auront pas droit de douaire; car c'est par le mariage que se contracte l'obligation du douaire, soit envers la femme, soit envers les enfants. Donc, si le père n'étoit pas alors noble, l'obligation du douaire n'a pas été contractée; et quoique le père soit depuis devenu noble, les enfants ne peuvent le prétendre.

Pour qu'il y ait lieu, dans ces coutumes, au douaire des enfants, il faut aussi que la noblesse de l'homme qui se marie soit une noblesse transmissible. Ces termes, *entre nobles*, qui sont au pluriel, font entendre que ce n'est pas dans le père seul que la noblesse est requise, et qu'elle l'est pareillement dans les enfants. C'est même principalement dans les enfants; car le douaire étant établi pour eux, c'est principalement dans leurs personnes qu'on doit considérer la qualité requise pour qu'il y ait lieu à ce douaire.

291. La coutume de Clermont, *art.* 160, a fait une distinction à l'égard du douaire des enfants, entre les fiefs

et les héritages roturiers ; elle accorde aux enfants le douaire dans ceux ci, et le leur refuse dans les fiefs.

Celle de Dunois, *art.* 70, fait une autre distinction entre le douaire conventionnel et le coutumier : elle accorde aux enfants la propriété du douaire conventionnel qu'un homme noble a assigné à sa femme ; elle se tait sur le coutumier : d'où l'on doit conclure qu'elle n'accorde pas aux enfants la propriété de celui-ci, suivant la maxime, *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Nous partagerons cette partie en quatre chapitres. Nous verrons, dans le premier, ce que c'est que le douaire des enfants ; et en quoi il consiste : dans le second, nous verrons quand il se contracte ; quand il est ouvert ; et quelles sont les actions qui en naissent : dans un troisième, à quels enfants il est dû ; et sous quelles conditions : dans le quatrième, comment il se partage ; et quels enfants y ont part.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le douaire des enfants ; en quoi il consiste ; et quelle est sa nature.

292. Le douaire des enfants est un certain fonds, soit en héritages ou rentes, soit en argent, que la loi municipale ou la convention du contrat de mariage charge l'homme qui se marie, de laisser, après sa mort, aux enfants qui naîtront du mariage, à la charge d'en laisser jouir la mère pendant sa vie.

Dans la coutume de Paris, et dans les autres coutumes qui accordent un douaire aux enfants (sauf dans celle de Normandie, où le tiers coutumier des enfants ne se règle pas par le douaire de leur mère), le douaire des enfants consiste dans la propriété des mêmes choses dont la loi, ou la convention, a assigné l'usufruit à la femme pour le sien.

De là il suit, que le douaire des enfants et celui de la

femme sont un seul et même douaire, dont la femme a l'usufruit, et les enfants ont la propriété.

De là il suit que, de même qu'il y a deux espèces de douaires de la femme, le coutumier et le préfix, ou conventionnel, il y a pareillement deux espèces de douaires des enfants, le coutumier et le préfix, ou conventionnel.

Pour développer ceci, nous verrons, dans un premier article, quelle est la nature du douaire des enfants; et en quoi il diffère de la légitime : dans un second, nous verrons quelles sont les choses sujettes au douaire coutumier des enfants; et en quels cas il leur est dû une indemnité lorsque ces choses ont cessé d'y être sujettes : dans un troisième, nous verrons par quelle coutume on doit décider si les choses sujettes au douaire coutumier de la femme le sont aussi à celui des enfants. Nous verrons, dans un quatrième article, quelles sont les charges du douaire coutumier des enfants. Nous verrons, dans un cinquième, quand le douaire préfix est propre aux enfants; et en quoi il consiste.

ARTICLE PREMIER.

Quelle est la nature du douaire des enfants.

293. Suivant la coutume de Paris, et toutes les autres qui accordent un douaire aux enfants, à l'exception de celle de Normandie, le douaire des enfants étant le même douaire que celui de la femme, dont la femme a la jouissance, et les enfants ont la propriété, il est de même nature que celui de la femme.

Ce douaire, de même que celui de la femme, n'est pas regardé comme une donation que l'homme fasse aux enfants qui naîtront de son mariage; il n'est pas en conséquence sujet à l'insinuation. C'est pour cela qu'il a été jugé par un arrêt qui est rapporté *suprà*, *n.* 6, qu'il n'étoit pas sujet à retranchement pour la légitime des autres enfants.

Cela a lieu à l'égard des coutumes où le douaire est propre aux enfants : mais dans celles qui n'accordent un douaire qu'à la veuve, lorsqu'on convient par le contrat de

mariage que le douaire sera propre aux enfants qui naîtront du mariage, on ne peut guère se dispenser de regarder ce douaire comme une donation que les conjoints font aux enfants qui naîtront de leur mariage, laquelle n'est pas, à la vérité, sujette à l'insinuation, les donations faites en ligne directe par les contrats de mariage n'y étant pas sujettes; mais elle doit être sujette au retranchement pour la légitime des autres enfants.

Par la même raison, dans les coutumes qui n'accordent pas de douaire aux enfants, si elles sont aussi coutumes d'égalité parfaite, qui obligent les enfants, quoique renonçant à la succession, au rapport des donations qui leur ont été faites, les enfants douairiers doivent faire, à tous leurs frères et sœurs de père, rapport de leur douaire, lequel, dans ces coutumes, est réputé une donation faite aux enfants.

Ces deux points ont été jugés par arrêt du 16 mars 1764, en la troisième des Enquêtes, entre M. de Thuis et consorts, d'une part, et les Dames de Saint-Sulpice et de Maulevrier, d'autre part.

Par la même raison, dans les coutumes d'Anjou et du Maine, lorsqu'on a stipulé un douaire propre aux enfants, le fils aîné, héritier de son père, peut faire réduire le douaire des puînés qui se portent douairiers, à la portion dont il est permis au père de disposer envers eux de ses biens.

294. Ce douaire des enfants est une espèce de légitime que la loi, ou la convention du contrat de mariage, assigne, dans les biens de l'homme qui se marie, aux enfants qui naîtront du mariage, afin de pourvoir à leur établissement, à la charge d'en laisser jouir leur mère pendant sa vie; et qu'elle charge l'homme de leur conserver, sans qu'il puisse en rien vendre ni engager, ni y donner aucune atteinte, de quelque manière que ce soit.

Quoique ce douaire des enfants puisse être regardé comme une espèce de légitime, il est néanmoins très différent de la légitime.

1° La légitime est due tant par le père que par la mère; le douaire n'est dû que par le père.

2° La légitime n'est due que dans les biens que le père ou

la mère laissent lors de leur décès, et dans ceux dont ils ont disposé par donation entre vifs : le douaire coutumier est dû dans tous les héritages et autres immeubles que le père avoit au temps des épousailles, et dans ceux qui lui sont venus pendant le mariage, de ses père, mère, ou parents de la ligne ascendante, sans qu'il puisse les aliéner ni les engager au préjudice du douaire, ni y donner aucune atteinte, de quelque manière que ce soit; et le préfix est dû dans les choses dont on est convenu.

3° La légitime dans les biens que le mari laisse à son décès, ne va qu'après les dettes; au contraire, le douaire n'est chargé que des dettes contractées avant le mariage.

4° La légitime est due aux enfants en leur qualité d'héritiers; au contraire, les enfants doivent renoncer à la qualité d'héritiers de leur père, pour avoir le douaire.

5° Enfin le père ne peut, par son contrat de mariage, priver de leur légitime les enfants qui naîtront du mariage; au contraire, les enfants peuvent être privés du douaire par une convention du contrat de mariage.

295. Ils en sont privés lorsqu'il est convenu, par le contrat de mariage, que la femme n'aura aucun douaire; car le douaire des enfants étant la propriété des choses dont la femme a la jouissance pour le sien, lorsque la femme n'a aucun douaire, les enfants ne peuvent en avoir aucun.

Si le contrat de mariage portoit une donation universelle que le mari feroit à la femme, sans qu'il y fût parlé de douaire, cette donation est-elle censée renfermer une exclusion du douaire qui en prive les enfants? Il a été jugé par arrêt du 18 décembre 1683, rapporté au premier tome du Journal du Palais, qu'il n'y avoit point, en ce cas, d'exclusion du douaire : la femme le trouve et le confond dans sa donation, plutôt qu'il n'est exclus; c'est pourquoi les enfants sont bien fondés à le prendre.

296. Non seulement les enfants peuvent être privés du douaire par la convention que la femme n'aura pas de douaire; on peut aussi, dans les coutumes qui accordent aux enfants la propriété du douaire de la femme, laisser à la femme son douaire, et convenir que les enfants n'en

auront pas la propriété ; de même qu'on peut, au contraire, dans les coutumes qui n'accordent pas aux enfants la propriété du douaire, convenir qu'ils l'auront.

297. Dans les coutumes qui accordent aux enfants la propriété du douaire de la femme, lorsque, par une convention du contrat de mariage, il est porté que la femme aura *sans retour*, ou aura *en propriété*, la somme ou les choses qui lui sont assignées pour son douaire, cette convention est-elle censée exclure du douaire les enfants ? Il semble d'abord qu'elle les en exclut ; car le douaire des enfants étant la propriété des choses qui forment celui de la femme, il semble qu'ils ne peuvent plus avoir de douaire à prétendre, puisque, aux termes de cette convention, la femme doit elle-même avoir cette propriété. Néanmoins la jurisprudence, suivant que l'atteste Renusson, a interprété favorablement cette convention, en ce sens, que les parties sont censées n'avoir pas eu intention, par cette convention, de priver du douaire coutumier les enfants qui naîtroient du mariage, et que, en accordant à la femme, par cette convention, la propriété des choses qui lui avoient été assignées pour son douaire, les parties n'avoient eu en vue que le cas auquel il n'y auroit pas lieu au douaire des enfants, soit parceque l'homme ne laisseroit à son décès aucuns enfants de ce mariage, soit parcequ'ils accepteroient sa succession.

Auzanet a même été jusqu'à dire qu'il suffisoit qu'il y eût des enfants du mariage, quoiqu'ils fussent héritiers et non douairiers, pour que la femme ne pût avoir la propriété de son douaire en vertu de cette convention, qui doit être censée n'avoir été interposée que contre les héritiers collatéraux ; mais la clause étant générale, et ayant interdit indistinctement aux héritiers du mari le retour des choses assignées à la femme pour son douaire, c'est sans fondement que cet auteur la restreint aux héritiers collatéraux. Renusson rapporte deux arrêts qui, contre cette opinion, ont jugé que, dans l'espèce de cette clause, n'y ayant pas eu lieu au douaire des enfants, par l'acceptation qu'ils avoient faite de la succession de leur père, la veuve devoit avoir, conformément à la convention, la propriété de son douaire.

298. Il nous reste à observer, sur la nature du douaire des enfants, que, quoique le douaire ne soit ni une donation, ni encore moins un titre de succession, puisqu'il faut au contraire renoncer à la succession pour l'avoir, néanmoins le douaire, de même que la donation, tient lieu aux enfants de la succession de leur père : c'est pourquoi les héritages de leur père, qu'ils recueillent à ce titre, leur sont propres paternels, de même que s'ils les avoient eus à titre de succession. Quelques coutumes en ont des dispositions, comme Senlis, *art.* 177.

ARTICLE II.

Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants; et en quels cas leur est-il dû indemnité, lorsque lesdites choses ont cessé d'exister, ou d'y être sujettes?

§. I. Quelles choses sont sujettes au douaire coutumier des enfants.

299. Le douaire des enfants, dans les coutumes qui le leur accordent, étant le même douaire que celui de la femme, dont la femme a la jouissance, et dont ils ont la propriété, le douaire coutumier des enfants consiste, dans ces coutumes, dans la propriété des mêmes choses qui sont sujettes à celui de la femme, quant à la portion pour laquelle elles y sont sujettes, à la charge de l'en laisser jouir pendant sa vie.

C'est pourquoi, dans la coutume de Paris et dans les coutumes semblables, le douaire de la femme consistant dans l'usufruit de la moitié des héritages et autres immeubles que le mari avoit au temps des épousailles, et de ceux qui depuis, pendant le mariage, lui sont venus de ses père, mère, ou autres parents de la ligne ascendante, comme nous l'avons vu en la première partie, le douaire des enfants doit consister dans la propriété de cette moitié desdits biens.

On doit donc établir pour principe général, qui ne souffre aucune exception, que toutes les choses qui sont sujettes au douaire coutumier de la femme le sont aussi, dans ces coutumes, au douaire coutumier des enfants, pour la même portion quant à laquelle ils le sont à celui de la femme; et

toutes celles qui ne sont pas sujettes au douaire de la femme, ne le sont pas non plus au douaire des enfants.

C'est pourquoi ce que nous avons dit dans la première partie, *chap.* 2, *art.* 2, §. 2, par rapport au douaire de la femme, sur les héritages qui doivent être censés avoir appartenu au mari dès le temps des épousailles, et être en conséquence sujets au douaire de la femme; ce que nous avons dit aux paragraphes 3 et 4, de ceux qui lui sont échus en directe pendant le mariage; ce que nous avons dit, en l'article 3, des biens chargés de substitution, qui sont sujets subsidiairement au douaire de la femme; ce que nous avons dit, en l'article 4, de ce qui est uni aux héritages sujets au douaire, de ce qui en reste, et de ce qui y est subrogé; tout cela reçoit une entière application au douaire des enfants; les enfants, dans les coutumes qui leur accordent la propriété du douaire, ayant la propriété des mêmes choses qui composent celui de leur mère.

300. Pareillement, ce qui a été dit en la première partie, *chap.* 2, *art.* 2, §. 2, par rapport au douaire de la femme, de la diminution que les douaires des précédents mariages apportent à ceux des mariages subséquents, s'applique au douaire des enfants, qui ont la propriété de la même portion dont leur mère a l'usufruit.

301. Les biens meubles d'un homme, les propres qu'il a ameublis à la communauté, les acquêts qu'il a faits depuis qu'il est marié, les biens qui lui sont échus depuis par succession collatérale, ou de celle de ses enfants, n'étant pas sujets au douaire de la femme, ils ne doivent pas, suivant notre principe, être sujets au douaire des enfants.

302. Pareillement, les héritages et autres immeubles qui ne sont venus à un homme des successions de ses père et mère, que depuis la mort de sa femme, n'ayant pu être sujets au douaire de la femme, ils ne sont pas sujets au douaire des enfants.

Les enfants peuvent bien avoir leur douaire dans les choses qui ont été affectées au douaire de leur mère, quoique le douaire de leur mère ait défailli par son prédécès; mais ils ne peuvent l'avoir que sur celles qui étoient affec-

tées au douaire de leur mère : or il est évident que celles qui ne sont échues à leur père que depuis la mort de leur mère, n'y ont jamais pu être affectées.

La coutume de Paris s'en explique formellement en l'article 253, où il est dit : « Le douaire coutumier des enfants « du premier lit, est la moitié des immeubles qu'il avoit « lors du premier mariage, et qui lui sont avenus *pendant « icelui mariage*, en ligne directe. »

Il résulte de ces termes, *pendant icelui mariage*, que la coutume exclut du douaire des enfants ce qui ne seroit avenu à leur père que depuis la mort de sa femme, qui a dissous le mariage.

Néanmoins, Lemaître cite un arrêt par lequel il prétend avoir été jugé que les enfants avoient leur douaire dans les héritages avenus à leur père en directe, quoique depuis la mort de leur mère : mais cet arrêt, si tant est qu'il existe, ne doit pas être suivi, par les raisons ci-dessus expliquées.

§. II. En quels cas les enfants doivent-ils avoir une indemnité pour les choses sujettes au douaire, qui ont cessé d'exister ou d'y être sujettes ?

303. Nous avons parcouru en la première partie, *chap. 2, art. 5*, par rapport au douaire de la femme, tous les différents cas dans lesquels il étoit dû, ou non, une indemnité à la femme pour les choses sujettes au douaire, qui avoient cessé d'exister ou d'y être sujettes; et nous avons vu en quoi devoit consister cette indemnité. Tout ce que nous y avons dit peut s'appliquer au douaire des enfants; et on peut, dans les coutumes qui accordent aux enfants la propriété du douaire, établir pour principe, lorsque les choses sujettes au douaire ont cessé d'exister ou d'y être sujettes, que, dans tous les cas dans lesquels nous avons dit qu'il étoit dû une indemnité à la femme, il étoit dû aux enfants, pour leur indemnité, la même somme dont nous avons dit que la femme devoit avoir la jouissance pour la sienne, de laquelle somme les enfants devoient avoir la propriété; sauf néanmoins que les compensations établies ci-dessus au *n.* 180, entre l'héritier du mari et la veuve qui est douairière et commune, n'ont pas lieu entre l'héritier du mari et

les enfants douairiers, auxquels appartient la propriété du douaire, lorsque lesdits enfants ne sont pas héritiers de leur mère.

Par exemple, un homme propriétaire, avant son mariage, d'une rente de 100 livres, au principal de 2,000 livres, a reçu le rachat de cette rente pendant son mariage : l'héritier du mari doit faire raison à la femme douairière de cinquante livres par chacun an, pendant le temps que doit durer son douaire, pour la récompense de la moitié de l'usufruit de cette rente qu'elle en eût dû avoir. Si le mari, qui a reçu le rachat de cette rente, a acquitté des deniers de la communauté une rente de pareille somme que la femme devoit, il se fera compensation de la récompense que l'héritier du mari doit à la femme, avec celle qu'elle lui doit pour le rachat de la rente qu'elle devoit, qui a été fait des deniers de la communauté : mais si l'enfant douairier renonce à la succession de sa mère; n'étant pas en ce cas tenu des dettes de sa mère, on ne pourra, contre la somme de 1,000 livres qui lui est due pour le rachat fait à son père, de la rente qui étoit sujette à son douaire pour moitié, lui opposer aucune compensation de ce que son père a payé pour acquitter les dettes de sa mère.

ARTICLE III.

Par quelle coutume doit-on décider si la propriété des choses sujettes au douaire coutumier de la femme appartient aux enfants ?

304. Les dispositions des coutumes qui concernent le douaire coutumier, étant, comme nous l'avons dit plusieurs fois, des statuts réels, lesquels, suivant la nature des statuts réels, exercent leur empire sur les héritages et droits immobiliers situés ou censés situés dans leur territoire, quelque part que soit le domicile de la personne à qui ils appartiennent; ce n'est point la coutume du lieu du domicile du mari, mais ce sont celles sur le territoire desquelles sont situés les héritages que le mari avoit au temps des épousailles, et celles sur le territoire desquelles sont situés ceux qui lui sont avenus depuis en directe, qui doivent décider si les enfants

doivent avoir la propriété du douaire que la femme a sur lesdits héritages.

C'est pourquoi, lorsqu'un homme se marie sans constituer aucun douaire préfix; quoiqu'il soit domicilié sous la coutume d'Orléans, ou sous quelque autre coutume qui ne donne point de douaire aux enfants, les enfants nés de ce mariage ne laisseront pas d'avoir le douaire coutumier dans les héritages qu'il avoit au temps des épousailles, ou qui lui sont avenus de ses père, mère, ou autres parents de la ligne ascendante, pendant son mariage, si lesdits héritages sont situés dans le territoire de la coutume de Paris, ou de quelque autre coutume qui accorde la propriété du douaire coutumier aux enfants.

Vice versâ, lorsqu'un Parisien s'est marié sans contrat de mariage, quoiqu'il soit domicilié sous une coutume qui accorde la propriété du douaire aux enfants; si les héritages qu'il avoit au temps des épousailles, et ceux qui lui sont avenus de ses père, mère, ou autres parents de la ligne ascendante, sont situés dans le territoire de la coutume d'Orléans, ou d'autres qui n'accordent pas le douaire aux enfants, les enfants n'y auront aucun douaire.

Il en seroit de même s'il y avoit un contrat de mariage, mais par lequel il ne seroit pas parlé de douaire en aucune manière. *Secùs*, s'il étoit dit que la femme auroit pour douaire le douaire coutumier. Voyez *infrà*, *art.* 5, §. 2.

305. Les droits immobiliers qu'on a dans un héritage, ou par rapport à un héritage, sont censés avoir la même situation que l'héritage : les rentes constituées dues par le roi sont censées avoir une situation dans le lieu où est le bureau de paiement; les offices, dans le lieu où s'en fait l'exercice. En conséquence, les enfants ont ou n'ont pas droit de douaire coutumier sur les biens de cette espèce que leur père avoit au temps des épousailles, ou qui lui sont échus en directe, comme dit est, suivant que les coutumes où lesdits biens sont situés ou censés situés, accordent ou n'accordent pas douaire aux enfants.

306. A l'égard des autres rentes constituées, elles n'ont aucune situation : elles sont attachées à la personne à qui

elles appartiennent, et sont en conséquence régies par la loi du lieu qui régit cette personne, c'est-à-dire, par la loi du lieu de son domicile. C'est donc par la loi du domicile que l'homme avoit lorsqu'il a contracté mariage, qu'on doit décider si les enfants qui en sont nés, doivent ou ne doivent pas avoir douaire dans les rentes qui lui appartenoient au temps des épousailles.

Si l'homme qui, lorsqu'il a contracté mariage, avoit son domicile sous une coutume qui accorde aux enfants la propriété du douaire, transfère son domicile sous une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, les rentes constituées qui lui appartenoient au temps des épousailles, ou qui lui sont avenues en directe avant sa translation de domicile, continuent, nonobstant cette translation de domicile, d'être sujettes au douaire des enfants; car la loi qui les régissoit les ayant une fois affectées à ce douaire, l'homme n'a pu par son fait, en changeant de domicile, y donner atteinte.

307. A l'égard de celles qui ne lui sont échues de ses père ou mère, que depuis sa translation de domicile sous une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, les enfants n'y pourront pas prétendre douaire; car la loi du domicile que le mari avoit au temps de son mariage n'a pu assujettir au douaire des enfants, ces rentes, qui n'ont jamais été soumises à son empire, n'ayant commencé à appartenir à leur père que depuis que leur père avoit, par sa translation de domicile, cessé d'y être sujet.

Vice versâ, lorsqu'un homme qui avoit, lorsqu'il a contracté son mariage, son domicile sous une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, a transféré son domicile sous une coutume qui accorde aux enfants la propriété du douaire, les rentes constituées qui lui appartenoient au temps des épousailles, et celles qui lui sont venues de ses père, mère, ou autres ascendants, avant sa translation de domicile, ne deviendront pas, par cette translation de domicile, sujettes à un douaire envers les enfants; car c'est au temps que se contracte le mariage, que se contracte l'obligation du douaire à l'égard des héritages ou rentes qui

appartiennent à l'homme qui se marie : les rentes que le mari avoit, n'ayant pas été affectées alors au douaire des enfants, comme étant alors régies par une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, elles ne peuvent pas y devenir affectées par la suite.

Pareillement, lorsqu'il échet au mari, pendant le mariage, une succession de ses père, mère, ou autres ascendants, c'est au temps de l'échéance de la succession que se contracte l'obligation du douaire sur les héritages ou rentes de cette succession; celles qui n'ont pas été alors affectées au douaire des enfants, comme étant régies alors par une coutume qui ne leur accorde pas de douaire, ne peuvent pas devenir par la suite sujettes au douaire.

ARTICLE IV.

Des charges du douaire coutumier.

308. Les héritages sujets au douaire coutumier des enfants, passent aux enfants douairiers avec toutes les charges réelles et foncières dont ils sont chargés, et qui sont antérieures au mariage.

Les enfants ne sont pas obligés de reconnoître celles qui n'ont été imposées sur lesdits héritages que depuis qu'elles ont été affectées au douaire, telles que seroient, par exemple, des servitudes que leur père, depuis son mariage, auroit imposées sur quelqu'un desdits héritages; car leur père n'a pu donner aucune atteinte au douaire, en imposant des charges sur les héritages qui y sont sujets.

309. A l'égard des rentes constituées, perpétuelles ou viagères, dont l'homme étoit débiteur lorsqu'il s'est marié; si les héritages et autres biens immeubles qu'il avoit alors, étoient tous régis par la coutume de Paris ou par quelque autre coutume semblable, où le douaire est la moitié, et est propre aux enfants, le douaire coutumier des enfants sera chargé de la moitié desdits principaux de rente, de manière néanmoins que la douairière sera tenue d'en acquitter les arrérages pendant tout le temps de son usufruit.

Mais s'il n'y avoit qu'une partie des héritages et autres

biens immeubles que l'homme avoit lorsqu'il s'est marié, qui fût régie par la coutume de Paris ou autre semblable, et que le surplus fût régi par des coutumes qui ne donnent pas aux enfants la propriété du douaire, il faudra faire une ventilation; et les enfants douairiers ne seront chargés des principaux desdites rentes passives, que pour la portion qu'ils se trouveront, par ladite ventilation, avoir dans la totalité desdits biens immeubles.

Par exemple, si la totalité des biens immeubles qu'un homme avoit lorsqu'il s'est marié, montoit à 100,000 livres, dont il y en eût seulement pour 40,000 livres sous la coutume de Paris, le surplus sous des coutumes qui n'accordent pas la propriété du douaire aux enfants, les enfants n'ayant pour leur douaire que la moitié de ceux régis par la coutume de Paris, laquelle moitié est de 20,000 livres, qui fait le cinquième de la totalité desdits biens, les enfants douairiers seront débiteurs pour un cinquième, des principaux de rentes dont leur père étoit débiteur au temps de son mariage.

310. A l'égard des dettes mobilières, quoique antérieures au mariage, le douaire de la femme n'en étant pas chargé, comme nous l'avons vu *suprà*, celui des enfants ne l'est pas non plus.

311. Le douaire, soit de la femme, soit des enfants, n'est chargé d'aucunes dettes postérieures au mariage; car l'homme ayant, par le mariage, contracté l'obligation de conserver le douaire dans son intégrité, il n'a pu par son fait, en contractant des dettes, y donner aucune atteinte.

312. S'il est échu à un homme, pendant son mariage, quelque succession en directe, dans les immeubles de laquelle ses enfants aient une portion pour leur douaire, ils seront tenus des dettes de cette succession, à proportion de la portion qu'ils y auront pour leur douaire.

ARTICLE V.

En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants; et par quelle coutume doit-on décider si les enfants doivent avoir la propriété de ce douaire?

§. I. En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants.

313. Le douaire préfix ou conventionnel des enfants est, de même que leur douaire coutumier, le même douaire que celui de la femme, dont la femme a la jouissance, et dont ils ont la propriété.

De même donc que le douaire coutumier des enfants consiste dans la propriété de la portion des héritages et autres biens immeubles dont les coutumes assignent à la femme la jouissance pour son douaire, pareillement le douaire préfix ou conventionnel des enfants consiste dans la propriété des choses que la convention du contrat de mariage assigne pour le douaire de la femme.

C'est ce qui résulte de l'article 255 de la coutume de Paris, où il est dit : « Le douaire constitué par le mari, « ses parents ou autres de par lui, est le propre héritage « aux enfans issus du mariage, pour d'icelui jouir incon- « tinent que douaire à lieu. »

Le sens de ces termes, *est le propre héritage aux enfants*, est que les enfants ont la propriété de ce qui a été constitué pour douaire, quelles que soient les choses dans lesquelles il a été constitué; soit que ce soit en une somme d'argent, soit que ce soit en une rente dont le futur époux, ou ceux qui ont pour lui constitué le douaire, se sont rendus débiteurs; ou en quelque chose que ce soit.

Observez sur ces termes de l'article, *est le propre héritage*, que le terme *héritage* n'y est pas pris pour *biens fonds*, ni pour *immeubles*; car le douaire conventionnel ne consiste souvent que dans la créance d'une somme d'argent : mais ces termes, *propre héritage*, se prennent pour *biens en propriété*, qui sont comme *un patrimoine* des enfants, et qui leur tient lieu *de l'héritage* et de la succession de leur père à laquelle ils ont renoncé.

Au reste, lorsque le douaire consiste en une somme d'argent qui a été reçue par les enfants douairiers, cette somme d'argent est un pur meuble en la personne desdits enfants. La coutume de Paris, *art.* 257, s'en explique; il y est dit: « Douaire d'une somme de deniers pour une fois payer, « venue aux enfants, est réputé mobilier, et perd sa nature « de douaire, et y succèdent les plus proches héritiers mo- « biliers. »

314. Pour développer davantage en quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel des enfants, nous parcourrons différents cas.

Premier cas. Lorsqu'il est dit, par le contrat de mariage, *Le douaire sera de la somme de tant, putà*, de la somme de 4,000 livres, le douaire des enfants consiste, en ce cas, dans la propriété de cette somme, à la charge d'en laisser la jouissance à leur mère : cette somme doit en conséquence être, après la mort de l'homme, remise à sa veuve, pour, par elle, en jouir et en disposer, à la charge par elle de s'obliger envers ses enfants, de la leur rendre après sa mort.

Il n'importe que la clause du douaire soit conçue en ces termes : *Le douaire sera de la somme de tant;* ou en ces termes : *La femme sera douée de la somme de.* De quelque manière qu'elle soit conçue, la propriété de la somme doit appartenir aux enfants pour leur douaire.

Quand même il seroit dit, le douaire sera de la somme de tant *en usufruit;* ces termes, *en usufruit*, n'empêchent pas que les enfants n'aient droit d'avoir, en ce cas, pour leur douaire la propriété de cette somme : ces termes, *en usufruit*, ne concernent que le douaire de la femme. Les parties, par ces termes, n'ont voulu dire autre chose, sinon que la femme n'auroit pour son douaire que l'usufruit de cette somme, et que, dans le cas auquel il n'y auroit pas lieu au douaire des enfants, elle seroit tenue de la rendre après sa mort aux héritiers du mari.

Quid, s'il étoit dit que la future épouse seroit douée de la somme de tant, sans retour, ou en propriété? Cette question est traitée *suprà*, *n.* 296 : nous y renvoyons.

315. Le second cas est, lorsque le douaire préfix ou conventionnel est constitué dans une rente dont le mari, ou ceux qui ont constitué le douaire pour lui, se rendent débiteurs; comme lorsqu'il est dit, La future épouse sera douée de tant de rente, ou de tant de pension viagère par chacun an; le douaire des enfants consiste, en ce cas, dans la propropriété de cette rente, qui, quoique qualifiée viagère par rapport à la femme, est une rente perpétuelle vis-à-vis des enfants, qui en sont créanciers contre la succession du mari, ou contre ceux qui ont constitué ce douaire pour lui; de manière néanmoins que les arrérages n'en courent au profit des enfants qu'après l'extinction de l'usufruit de la veuve, qui en doit jouir pendant sa vie.

316. Lorsque les parties se sont expliquées par le contrat de mariage sur le rachat de cette rente, on doit suivre à cet égard la convention. Par exemple, s'il est dit que le douaire sera de 1,000 livres de rentes, rachetable de 20,000 livres, ou au principal de 20,000 livres, il ne peut guère être douteux que le rachat peut s'en faire pour cette somme, même du vivant de la douairière; et, en ce cas, ce rachat doit se faire tant aux enfants qu'à la femme; et les deniers du rachat doivent rester entre les mains du notaire, jusqu'à ce qu'on trouve à en faire un emploi en d'autres rentes, dont la douairière aura pareillement l'usufruit, et les enfants la propriété.

317. Lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur le rachat, on convient assez qu'on la doit présumer constituée sous la faculté de rachat, et que le rachat peut en être fait au moins après la mort de la douairière. On a fait la question, s'il pouvoit être fait même du vivant de la douairière. Les raisons de douter sont, que le douaire étant accordé à la femme pour ses aliments et sa subsistance, il ne doit être susceptible d'aucune interruption. Or, si le rachat de la rente dont la femme jouit pour son douaire pouvoit se faire de son vivant, son douaire souffriroit interruption pendant le temps qui seroit nécessaire pour trouver à faire un emploi des deniers du rachat. On ajoute que la rente dont la femme jouit pour son douaire est, vis-à-vis d'elle,

une rente viagère : or, les rentes viagères ne sont pas rachetables. Nonobstant ces raisons, les arrêts ont jugé que le rachat de la rente pouvoit se faire, même du vivant de la douairière. Il est faux, en ce cas, que la rente dont jouit la douairière soit une rente viagère : elle ne jouit pas d'une rente différente de celle dont les enfants sont créanciers; or, celle dont les enfants sont créanciers est une rente perpétuelle, qui est présumée créée sous la faculté du rachat.

318. On a fait une autre question, de savoir si le rachat devoit s'en faire au taux des rentes constituées qui avoit lieu au temps du contrat de mariage, ou au taux qui a lieu au temps du décès du mari. Par exemple, si, par un contrat de mariage entre Parisiens, passé dans un temps où le taux des rentes étoit le denier vingt, il a été dit simplement que le douaire seroit de cent pistoles de rente; le taux des rentes se trouvant, au temps du décès du mari, réduit au denier vingt-cinq, suffit-il de faire le rachat sur le taux du denier vingt, en payant une somme de 20,000 livres? ou le rachat ne peut-il plus se faire que de la somme de 25,000 livres, qui est le taux du denier vingt-cinq? Renusson, en son Traité du Douaire, *ch.* 4, *n.* 38, cite deux arrêts par lesquels il prétend avoir été jugé que le rachat devoit se faire suivant le taux qui avoit lieu au temps du décès du mari; parceque ce n'est que de ce temps que la rente a commencé d'exister. L'opinion de ceux qui pensent que le rachat doit se faire suivant le taux qui avoit lieu au temps du contrat de mariage, me paroît plus conforme aux principes. C'est au temps du contrat de mariage que se contracte le douaire; c'est au temps du mariage et par le contrat de mariage qu'a été constituée la rente dans laquelle consiste le douaire. Les parties étant présumées, en constituant cette rente, être tacitement convenues d'une faculté de rachat, sont aussi présumées être convenues de cette faculté, suivant le taux qui étoit alors en usage : car c'est un principe, que, lorsqu'on contracte, on est censé contracter suivant ce qui est d'usage au temps du contrat.

On trouve au cinquième tome du Journal des Audiences un arrêt du 27 mars 1691, qui a jugé, conformément

à notre opinion, que le rachat d'une rente constituée pour douaire pouvoit être fait au taux des rentes qui avoit lieu au temps du contrat de mariage.

319. Le troisième cas est, lorsque, par le contrat de mariage, on a assigné à la femme pour son douaire préfix la jouissance d'un certain héritage. En ce cas, le douaire des enfants est la propriété de cet héritage; et cet héritage, passant, lors de l'ouverture du douaire, de la personne du père à celle de ses enfants à titre de douaire, qui est un titre qui leur tient lieu de succession, est un propre paternel en la personne desdits enfants.

§. II. Par quelle coutume doit-on décider si le douaire préfix de la femme doit être propre aux enfants?

320. Il n'y a lieu à cette question que lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées par le contrat de mariage. S'il est porté, par le contrat de mariage, que le douaire sera propre aux enfants, il n'est pas douteux, en ce cas, que les enfants qui naîtront du mariage doivent avoir un douaire, qui doit consister dans la propriété des choses qui ont été assignées pour celui de la femme, en quelque lieu que fût le domicile des parties, et en quelque lieu que fussent situés leurs biens.

Contrà, vice versâ, s'il est dit, par le contrat de mariage, que le douaire sera personnel à la femme, et qu'il ne pourra être prétendu par les enfants; en ce cas, en quelque lieu que fût le domicile des parties, et en quelque lieu que leurs biens soient situés, les enfants qui naîtront du mariage n'auront aucun douaire à prétendre.

Pareillement, lorsqu'il est porté, par le contrat de mariage, que le douaire sera réglé suivant une telle coutume; ou même si, sans parler de douaire, il est dit en termes généraux que les parties entendent se marier suivant une telle coutume; ou s'il est dit qu'elles se soumettent à une telle coutume; dans ces cas, en quelque lieu que fût le domicile des parties, en quelque lieu que soient situés leurs biens, la propriété du douaire appartiendra aux enfants, si la coutume à laquelle se sont soumises les parties la leur accorde;

et au contraire les enfants n'auront aucun douaire à prétendre, si la coutume à laquelle se sont soumises les parties ne leur en accorde aucun.

Lorsqu'il est seulement dit, par le contrat de mariage, que la communauté sera régie par une telle coutume, cette clause ne s'étend pas au douaire, le douaire étant quelque chose qui n'a rien de commun avec la communauté.

321. Lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur le douaire des enfants, et que le contrat de mariage ne contient pas de soumission à une certaine coutume, c'est le cas auquel il y a lieu à la question de savoir par quelle coutume on doit décider si les enfants doivent avoir la propriété du douaire préfix ou conventionnel qui a été constitué par le contrat de mariage. On doit suivre, en ce cas, la coutume du lieu où étoit le domicile de l'homme au temps du contrat de mariage. La raison est, que le douaire préfix ou conventionnel étant formé par la convention, il doit être de la qualité dont les parties sont convenues : or, les parties qui contractent étant censées suivre dans leurs conventions les coutumes et usages de leur pays, tant qu'elles ne s'expliquent pas du contraire, les parties qui conviennent d'un douaire par leur contrat de mariage sont censées convenir du douaire, de la qualité dont est le douaire par la coutume sous laquelle elles vivent; par conséquent d'un douaire propre aux enfants, si elles sont domiciliées sous une coutume où le douaire est propre aux enfants; ou d'un douaire personnel à la femme, si elles sont domiciliées sous une coutume où le douaire est personnel à la femme.

Lorsque l'homme et la femme qui contractent mariage, ont leur domicile sous différentes coutumes, c'est celle du domicile de l'homme, où il doit emmener sa femme après le mariage, qui règle leurs conventions matrimoniales, et qui règle par conséquent la qualité du douaire conventionnel : mais si l'homme s'étoit marié dans le dessein de fixer son domicile dans le lieu du domicile de sa femme, il seroit censé avoir abdiqué le sien, et choisi celui-ci; et ce seroit la coutume de celui-ci qui règleroit leurs conventions

matrimoniales, et la qualité du douaire conventionnel. *Voyez notre Traité de la Communauté, n.* 14, 15, 16.

Quand même, par la convention de douaire entre des parties domiciliées sous une coutume où le douaire est propre aux enfants, il n'auroit été parlé que de la femme; comme s'il étoit dit que la femme seroit douée de tant de rente viagère, sans dire un mot des enfants; les parties ne laisseroient pas d'être censées convenues d'un douaire propre aux enfants. Il faut, pour qu'elles soient censées être convenues d'un douaire personnel à la femme, qu'il soit dit expressément qu'il sera personnel à la femme, et ne passera pas aux enfants. C'est un des points jugés par un arrêt du 8 août 1758. Il y étoit question du douaire porté au contrat de mariage du marquis de Nesle. Le douaire étoit accordé à la future, sans qu'il fût dit un mot des enfants, et assigné à prendre sur une terre située sous la coutume de Troyes, qui ne donne pas de douaire aux enfants. Nonobstant cela, l'arrêt jugea que le douaire étoit propre aux enfants, par cela seul que les parties contractantes étoient domiciliées sous la coutume de Paris.

Je vais plus loin. Quand même, par le contrat de mariage de personnes domiciliées sous une coutume où le douaire est propre aux enfants, on auroit accordé à la femme pour douaire l'usufruit d'une terre située sous une coutume où le douaire est personnel à la femme, ce douaire ne laissera pas d'être propre aux enfants; car le douaire n'étant pas accordé par la loi, mais par la convention, ce n'est pas la loi sous l'empire de laquelle est l'héritage, mais c'est la convention qui en doit régler la qualité. Or, les parties, en convenant d'un douaire, sont censées être convenues d'un douaire de la qualité et tel qu'il est dans leur pays, et par conséquent d'un douaire propre aux enfants.

Il y a plus : quand même il seroit porté, par le contrat de mariage de personnes domiciliées sous une coutume où le douaire est propre aux enfants, que la future épouse seroit douée du douaire coutumier; ce douaire, quoique appelé douaire coutumier par le contrat de mariage, ayant été convenu par le contrat de mariage, est un douaire conven-

tionnel, dont la qualité doit se régler par la coutume du lieu du domicile des parties contractantes, et par conséquent être propre aux enfants, même à l'égard des biens situés sous des coutumes où le douaire est personnel à la femme.

Les parties, en convenant que la future épouse auroit le douaire coutumier, sont censées s'en être rapportées aux coutumes sous lesquelles les biens de l'homme sont situés, pour régler la quantité du douaire, c'est-à-dire les choses qui seroient sujettes au douaire, et la portion pour laquelle elles y seroient sujettes; mais non pour en régler la qualité.

Lorsqu'un homme avoit son domicile, lors du contrat de mariage, sous une coutume où le douaire est propre aux enfants, l'obligation du douaire préfix étant contractée par le contrat de mariage envers les enfants, au cas que douaire ait lieu; quand même l'homme auroit depuis transféré son domicile sous une coutume qui n'accorde pas de douaire aux enfants, et y seroit mort, les enfants n'en auront pas moins la propriété de ce douaire : car quoique ce soit la mort de l'homme qui donne ouverture au douaire, ce n'est pas néanmoins au temps de la mort, mais c'est par le contrat de mariage que se contracte l'obligation du douaire, à laquelle l'homme n'a pu depuis donner aucune atteinte par son fait, en changeant de domicile.

Vice versâ, si l'homme, lors de son contrat de mariage, avoit son domicile sous une coutume qui n'accorde aucun douaire aux enfants, telle qu'est celle d'Orléans; quoiqu'il ait depuis transféré son domicile à Paris, et qu'il y soit mort, les enfants ne peuvent prétendre la propriété du douaire préfix constitué par le contrat de mariage; car ce n'est que par le contrat de mariage que se contracte l'obligation du douaire : la convention du douaire ayant été régie par la coutume d'Orléans, qui n'accorde aucun douaire aux enfants, les enfants ne peuvent prétendre aucun douaire.

ARTICLE VI.

En quoi doit consister le douaire préfix des enfants, lorsqu'on a laissé à la femme le choix de deux choses pour le sien.

322. Lorsqu'un homme domicilié sous la coutume de Paris, ou sous quelque autre semblable, a, par son contrat de mariage, donné à sa femme pour son douaire le choix de deux choses, *putà*, de l'usufruit d'un certain héritage, ou de cent pistoles de rentes, le douaire des enfants dépend, en ce cas, du choix que la femme fera. Si elle choisit pour son douaire l'usufruit de cet héritage, les enfants auront pour leur douaire la propriété de ce même héritage; et si au contraire elle choisit la rente, les enfants, pour leur douaire, auront la propriété de cette rente.

C'est une suite de notre principe que le douaire des enfants est le même que celui de la femme, dont les enfants ont la propriété, et la femme l'usufruit. Il ne peut donc consister que dans la propriété de la même chose que la femme a choisie pour son douaire.

323. De là naît une question. Un Parisien, par son contrat de mariage, a accordé pour douaire à sa femme cent pistoles de rentes pendant sa vie, si mieux elle n'aimoit le douaire coutumier. Après la mort du mari, la veuve a choisi le douaire coutumier. Les héritages sujets à ce douaire sont tous situés sous la coutume d'Orléans, qui n'accorde pas un douaire aux enfants : les enfants auront-ils, en ce cas, un douaire? Auzanet tient la négative. Ses raisons paroissent assez spécieuses. Les enfants, dit-il, ne peuvent pas avoir pour douaire la propriété de la rente de cent pistoles; car cette rente n'étant pas le douaire de la femme, au moyen du choix qu'elle a fait du coutumier, ne peut être celui des enfants, étant de l'essence du douaire des enfants, qu'il soit la propriété des mêmes choses dont la femme a la jouissance pour le sien. Les enfants ne peuvent pas non plus, dit cet auteur, demander la propriété du douaire coutumier que la femme a choisi, les héritages qui le composent étant régis par une coutume qui n'accorde pas de douaire aux

enfants. Je pense, au contraire, que les enfants doivent avoir en ce cas, pour douaire, la propriété de la portion des héritages dont la femme jouissoit en usufruit. La raison est, que ce Parisien, en constituant un douaire préfix d'une rente de cent pistoles, dont les enfants auroient eu la propriété, si la femme l'eût choisi, a par-là témoigné que son intention étoit que les enfants eussent un douaire.

Il n'a pas intention, en laissant à sa femme le choix du douaire coutumier, de changer par-là la condition des enfants par rapport au douaire; tout ce qu'il a voulu, en accordant ce choix à sa femme, est que le douaire qu'il lui donnoit ne fût pas moindre que ce qu'elle auroit eu de la loi. Il a voulu pour cet effet que, si au temps de l'ouverture du douaire le douaire coutumier excédoit la rente de cent pistoles qu'il lui constituoit pour douaire, elle pût choisir le douaire coutumier. La femme qui choisit, en ce cas, le douaire coutumier, le tient plutôt de son mari, qui lui en a accordé le choix, que de la loi. Ce douaire qu'elle choisit, n'est le douaire coutumier que quant à la substance, en ce qu'il est composé des mêmes choses que celui que la coutume défère; mais il n'a pas la qualité qu'a celui que la coutume défère, d'être personnel à la femme, et de ne pas passer aux enfants : il est, quant à sa qualité, douaire conventionnel, et propre aux enfants.

324. Lorsqu'un Parisien a accordé purement et simplement un douaire de cent pistoles de rente à sa femme; si les biens de ce Parisien, sujets au douaire coutumier, sont situés sous une coutume qui accorde à la femme, qui a un douaire préfix, le choix du coutumier, et qui n'accorde pas de douaire aux enfants; la femme ayant, dans ce cas, choisi le douaire coutumier, les enfants ne paroissent pas être fondés à en prétendre la propriété, quoiqu'ils eussent eu celle du douaire de cent pistoles de rente, si leur mère l'eût choisi. Les raisons employées en faveur des enfants dans l'espèce précédente ne militent plus dans celle-ci. La femme ne tient pas, dans cette espèce, le choix qu'elle avoit du douaire coutumier qu'elle a choisi, de la constitution de douaire portée au contrat de mariage, qui n'en contient

aucun, mais de la loi qui lui a accordé ce choix : le douaire coutumier qu'elle a choisi en conséquence ne peut passer pour un véritable douaire coutumier qu'elle tient de la loi, et qui a par conséquent la qualité que lui donne la loi qui le lui défère, je veux dire, d'être un douaire personnel à la femme, qui ne passe pas aux enfants.

325. Dans les coutumes où le douaire est propre aux enfants, lorsque, par la constitution de douaire, portée au contrat de mariage, on a donné à la femme le choix de deux choses, *putà*, de cent pistoles de rente, ou de la jouissance d'une certaine terre ; ou bien de cent pistoles de rente, ou du douaire coutumier; si le douaire défaillit en la personne de la femme par son prédécès, ou si, ayant été ouvert au profit de la femme, elle est morte depuis, avant que d'avoir fait son choix, ce choix passe aux enfants. Les enfants doivent en ce cas s'accorder sur ce choix. L'opinion de Duplessis, qui pense que, dans ce cas, l'un des enfants peut choisir sa part dans l'une des choses dont on a donné le choix, et l'autre enfant sa part dans l'autre chose, paroît contraire au principe sur les créances alternatives, qui ne permet pas que le choix puisse être fait autrement que de l'une ou de l'autre chose en entier, et non pas de partie de l'une et de partie de l'autre; comme nous l'avons remarqué en notre Traité des Obligations, *n.* 247, conformément à la loi 8, §. 2., ff. *de legat.* 1°.

Quid, s'ils ne pouvoient s'accorder, l'un persistant toujours à choisir l'une des choses dont ils ont le choix, et l'autre à choisir l'autre, doit-on dire que le choix doit être, en ce cas, référé à l'héritier débiteur de ce douaire alternatif? Je pense qu'il y auroit de l'inconvénient à référer en ce cas le choix à l'héritier du mari; cela pourroit donner lieu à des fraudes. Lorsqu'il y a une grande inégalité de valeur entre les deux choses dont les enfants ont le choix, l'héritier pourroit colluder avec l'un des enfants, au préjudice de l'autre, en donnant sous main quelque chose à l'un des enfants pour choisir la chose la moins précieuse. C'est pourquoi je pense que dans ce cas, lorsqu'ils sont plusieurs enfants qui ne s'accordent pas sur le choix qu'ils ont à

faire, on doit faire prévaloir l'avis du plus grand nombre; et que s'ils sont entre eux partagés d'avis, le juge les doit renvoyer par-devant des arbitres, pour en passer par le choix que les arbitres auront jugé être le plus avantageux.

326. On doit pareillement entrer dans l'examen du *quid utilius*, lorsque l'enfant qui avoit pour son douaire le choix d'une somme d'argent ou du douaire coutumier, est mort après l'ouverture du douaire, sans avoir fait son choix, et a laissé des héritiers qui ont, par rapport au choix de ce douaire, des intérêts opposés; comme lorsqu'il a laissé pour son héritière au mobilier, son aïeule maternelle, qui a intérêt que le choix tombe sur le douaire de la somme d'argent, parcequ'elle y succéderoit comme héritière au mobilier; et d'un autre côté, des héritiers aux propres paternels, qui ont intérêt que le choix tombe sur le douaire coutumier, lequel consiste en héritages qui sont propres paternels de cet enfant.

CHAPITRE II.

Quand, et comment se contracte l'obligation du douaire des enfants; quand est-il ouvert; et comment en sont-ils saisis?

§. I. Quand, et comment se contracte l'obligation du douaire des enfants.

327. L'obligation du douaire coutumier, soit des enfants, soit de la femme, se contracte lors du mariage et par le mariage. C'est du jour du mariage, comme nous l'avons déja vu en la première partie, *chap.* 3, *art.* 1, par rapport au douaire de la femme, que tous les héritages et autres immeubles que l'homme avoit alors, et qui sont régis par des coutumes où le douaire est propre aux enfants, deviennent affectés au douaire, soit des enfants, soit de la femme; de manière que dès-lors il n'est plus permis au mari d'aliéner ni d'obliger la portion dont les enfants doivent avoir pour leur douaire la propriété, et la femme la jouissance, ni y donner atteinte en quelque manière que ce soit.

A l'égard des héritages et autres immeubles régis par lesdites coutumes, qui viennent pendant le mariage au mari, de ses père, mère et autres parents de la ligne directe ascendante, ils sont, aussitôt qu'il y a succédé, affectés au douaire, soit des enfants, soit de la femme.

A l'égard du douaire préfix ou conventionnel, lorsqu'il est propre aux enfants, c'est par le contrat de mariage que se contracte l'obligation de ce douaire, c'est de ce jour que le mari devient débiteur des choses dans lesquelles il est constitué, soit envers la femme pour l'usufruit, soit envers les enfants pour la propriété, en cas que douaire ait lieu, et que, lors de son ouverture, les enfants se trouvent habiles à le recueillir.

§. II. Quand le douaire des enfants est-il ouvert?

328. Quoique l'obligation du douaire se contracte dès le temps du mariage, néanmoins le douaire des enfants, de même que celui de la femme, n'est ouvert qu'au temps de la mort de leur père. Tant qu'il vit, il ne résulte de l'obligation qu'un droit informe qui avorte et défaillit lorsque les enfants viennent à mourir avant leur père.

De là il suit, 1° que les enfants qui meurent du vivant de leur père, ne transmettent rien du douaire dans leur succession.

329. De là il suit, 2° que le décret qui seroit fait du vivant du père, d'un héritage sujet au douaire, par des créanciers postérieurs au mariage, ne peut purger le douaire; car ce qui n'est pas encore né ne peut être purgé; mais aussitôt que le douaire est ouvert par la mort du père, le décret purge le douaire.

Un décret d'héritages sujets à un douaire ayant été mis à chef, après la mort du père, à la vérité, mais pendant que les enfants étoient encore dans les délais que l'ordonnance leur accorde pour délibérer sur la qualité qu'ils ont à prendre, on a élevé la question de savoir si le décret avoit purgé le douaire. Denisart rapporte un arrêt du 13 décembre 1758, qui a jugé pour l'affirmative. La raison est que, aussitôt que le douaire a été ouvert par la mort du père,

les enfants ont pu s'opposer pour la conservation de leur droit qui leur étoit déféré, sans préjudice des qualités qu'ils auroient à prendre.

Le sceau des provisions d'un office hypothéqué à un douaire, a plus d'effet que le décret. Lorsque les provisions ont été scellées sans charge du douaire, quoique le douaire ne fût pas encore ouvert, le pourvu de l'office ne peut être troublé ni par la veuve, ni par les enfants douairiers, parce qu'il est censé tenir l'office non de celui qui le lui a vendu, mais du roi. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 11 juillet 1702, rapporté au cinquième tome du Journal des Audiences.

Du principe que le douaire n'est ouvert que du jour de la mort du père, naît aussi la conséquence qu'en a tirée l'art. 117 de la coutume de Paris : « En matière de douaire, « la prescription commence à courir du jour du décès du « mari seulement, entre âgés et non privilégiés. »

Il y en a qui ont prétendu que le temps de la prescription contre les enfants douairiers et majeurs, ne commençoit pas toujours à courir du jour de la mort de leur père, mais qu'il falloit encore attendre la mort de leur mère qui avoit survécu, lorsque leur mère s'étoit obligée avec leur père à la garantie des héritages sujets au douaire, que leur père a vendus; ou lorsque ces héritages avoient été donnés en paiement de dettes postérieures au mariage, contractées solidairement par leur père et par leur mère; parceque, en ce cas, disent-ils, les enfants ont été empêchés d'agir contre les détenteurs, par la crainte d'exposer leur mère à une action de garantie.

On cite quelques anciens arrêts pour cette opinion : elle a été rejetée avec raison par les arrêts les plus récents. Denisart en rapporte trois, l'un du 11 août 1711, le second du 24 juillet 1727, et le troisième du 4 mars 1735, qui ont jugé que le temps de la prescription contre l'action que des enfants douairiers avoient contre les détenteurs d'héritages sujets à leur douaire, vendus par leurs père et mère, avoit commencé à courir dès l'instant de la mort de leur père, quoique leur mère, contre qui l'action réfléchis-

soit, eût survécu long-temps depuis. Des enfants douairiers majeurs ne sont pas dans une assez grande dépendance de leur mère, pour qu'on puisse dire qu'ils ont été, pendant la vie de leur mère, dans l'impuissance d'intenter leurs actions qui réfléchissoient contre elle : si, par égard pour elle, ils n'ont pas voulu les intenter, il n'en est pas moins vrai qu'il étoit en leur pouvoir de le faire; ce qui suffit pour faire courir le temps de la prescription.

330. Le douaire des enfants n'étant ouvert que par la mort de leur père, le fait de la mort de leur père est un fait que les enfants sont tenus de justifier lorsqu'ils demandent leur douaire. C'est pourquoi, dans les cas d'une longue absence de leur père, étant incertain s'il est vivant ou mort, les enfants peuvent bien demander à être mis en possession des biens de leur père, comme ses héritiers présomptifs; mais ils ne peuvent demander, contre les créanciers qui les auroient saisis, la délivrance de leur douaire dans lesdits biens, faute de pouvoir prouver le fait de la mort de leur père, qui doit servir de fondement à cette demande.

Si, par le rapport de l'extrait baptistaire de leur père, ils justifioient qu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de leur père, on devroit présumer, en ce cas, la mort de leur père, et le douaire ouvert. Cette présomption est établie par les lois romaines, qui ont regardé le temps de cent ans comme le plus long terme de la vie des hommes : *Spatium centum annorum finis vitæ longissimum est;* l. 8, ff. *de usufr. legat.* Quoique quelques hommes, dont le nombre est infiniment petit, passent ce terme, il suffit que communément la vie des hommes n'aille pas au-delà de ce terme, pour qu'un homme doive être, au bout de ce terme, présumé mort. Les présomptions se forment *ex eo quod plerumque accidit*, comme l'observe Cujas, *in Parat. ad tit. de probat. et præsumpt.*

331. Sur la question, si la mort civile donne ouverture au douaire, *voyez* ce qui en a été dit en la première partie, *n.* 155.

332. L'effet de l'ouverture du douaire est que, dès l'ins-

tant de la mort du père, qui y donne ouverture, le droit est acquis aux enfants, qui le transmettent dans leur succession, quand même ils mourroient avant que de s'être expliqués sur la qualité qu'ils veulent prendre d'héritiers ou de douairiers : car la condition de renoncer à la succession du père pour avoir le douaire, n'est pas une condition suspensive qui suspende l'ouverture du douaire; c'est plutôt *lex faciendi*, que les héritiers, ou autres successeurs universels de l'enfant, qui succèdent au droit de douaire qui lui a été acquis, peuvent accomplir en renonçant de son chef à la succession du père. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 1^er^ septembre 1678, rapporté au Journal du Palais.

Il résulte de ce que nous venons de dire, que Lauriere a donné une mauvaise interprétation à l'art. 255 de la coutume de Paris, où il est dit : « Le douaire constitué par le « mari. . . . est le propre héritage aux enfants, pour d'ice- « lui jouir après le trépas de père et mère, *incontinent* que « douaire a lieu. » Lauriere, en sa note, dit que ces termes, *incontinent que douaire a lieu*, signifient incontinent que les enfants ont renoncé à la succession de leur père : car, dit-il, le douaire n'a lieu et n'appartient aux enfants que quand ils se sont abstenus de la succession de leur père.

Il faut dire, au contraire, que ces termes, *incontinent que douaire a lieu*, signifient, incontinent la mort du père; car, suivant ce que nous venons de dire, et suivant ce qui a été jugé par l'arrêt que nous venons de rapporter, le douaire est ouvert, et le droit en est acquis aux enfants, du jour de la mort de leur père, à la charge par eux, ou par ceux qui sont à leurs droits, de renoncer à sa succession.

§. III. Comment les enfants sont-ils saisis de leur douaire ?

333. L'art. 256 de la coutume de Paris, qui a été déja rapporté ci-dessus, *n.* 159, dit : « Douaire, soit coutumier « ou préfix, saisit, sans qu'il soit besoin de le demander « en jugement. » La coutume ne fait à cet égard aucune

distinction entre la femme et les enfants : par conséquent, dans la coutume de Paris et dans les autres coutumes semblables, de même que la femme est censée saisie de plein droit, dès l'instant de la mort de son mari, de la jouissance des choses qui forment et composent le douaire, pareillement les enfants sont censés saisis dès-lors de la propriété desdites choses.

Par exemple, lorsque le douaire est le douaire coutumier, les enfants sont censés saisis et devenus propriétaires et possesseurs, dès l'instant de la mort de leur père, de la portion indivise qui leur appartient pour leur douaire, dans les héritages sujets à ce douaire, sans qu'ils aient besoin d'en demander aucune délivrance; et si leur mère, qui en doit avoir la jouissance lorsqu'elle survit à son mari, étoit prédécédée, tous les fruits nés et perçus depuis le décès de leur père, appartiendroient auxdits enfants douairiers, pour la portion qu'ils ont dans lesdits héritages.

Pareillement, lorsque le douaire est le douaire préfix d'un certain héritage dont on a donné la jouissance à la femme pour son douaire par le contrat de mariage, les enfants douairiers sont censés pareillement avoir été saisis de plein droit, et devenus propriétaires et possesseurs de cet héritage, dès l'instant de la mort de leur père.

Il suit de là que lorsqu'un enfant se met, après la mort de son père, en possession d'un héritage sujet à son douaire, sans déclarer si c'est en qualité d'héritier, ou en celle de douairier, qu'il s'en met en possession, il ne fait point acte d'héritier; car l'art. 317 de la coutume de Paris, qui dit que celui qui appréhende les biens d'un défunt, fait acte d'héritier, ajoute, *sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens.* Or l'enfant, qui avoit le choix de la qualité d'héritier ou de celle de douairier, lorsqu'il s'est mis en possession des héritages sujets à son douaire, avoit une autre qualité que celle d'héritier, qui lui donnoit le droit de s'en mettre en possession, savoir, celle de douairier : on ne peut donc pas dire qu'il ait fait acte d'héritier en s'en mettant en possession.

Observez, comme nous l'avons déja dit en la première

partie, par rapport au douaire de la femme, que les enfants ne peuvent être ainsi saisis de plein droit que des héritages sujets à leur douaire, que leur père a laissés à son décès. A l'égard de ceux qu'il a aliénés de son vivant, ils ne peuvent pas en être saisis dès l'instant de la mort de leur père, qui n'a pas pu leur transmettre, à sa mort, une possession qu'il n'avoit plus lui-même; ils ne peuvent en devenir possesseurs que par le délaissement qui leur en sera fait par le détenteur, sur la demande qu'ils intenteront contre lui.

334. Lorsque le douaire préfix consiste dans une certaine somme d'argent ou une certaine rente, les enfants douairiers sont censés pareillement en avoir été saisis, et être devenus créanciers de cette somme, ou du fonds de cette rente, dès l'instant du décès de leur père; et les arrérages de cette rente, aussi bien que les intérêts de cette somme, si elle n'avoit pas encore été délivrée, courroient de plein droit au profit des enfants aussitôt après le décès de leur mère, qui en doit avoir la jouissance pendant sa vie; et si elle étoit prédécédée, ils courroient au profit des enfants, du jour du décès de leur père.

335. Dans les coutumes qui ne saisissent pas de plein droit la femme de son douaire, les enfants douairiers ne le sont pas non plus; ils n'ont, de même que la femme, qu'une action pour le demander, laquelle action ils peuvent intenter contre les héritiers de leur père, ou le curateur à sa succession vacante, après qu'ils auront renoncé à sa succession pour prendre la qualité de douairiers.

Tout ce que nous avons dit sur cette matière, par rapport au douaire de la femme, en la première partie, *chap.* 3, *art.* 3, reçoit application au douaire des enfants. Nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

CHAPITRE III.

Des actions auxquelles donne lieu le douaire des enfants, lorsqu'il est ouvert.

ARTICLE PREMIER.

Des actions auxquelles donne lieu le douaire coutumier des enfants, lorsqu'il est ouvert.

336. Le douaire coutumier des enfants, lorsqu'il est ouvert, donne lieu à l'action *communi dividundo*, qu'ont les enfants douairiers contre les héritiers de leur père, ou le curateur à sa succession vacante, et que lesdits héritiers ou curateur ont respectivement contre lesdits enfants douairiers, pour être procédé entre eux au partage des héritages sujets à ce douaire.

La femme, lorsqu'elle a survécu à son mari, devant avoir l'usufruit de la portion dans lesdits héritages, qui appartient à ses enfants, doit intervenir avec eux à ce partage.

337. Les parties ont quelquefois des raisons respectives à se faire à ce partage.

Les héritiers du père, ou le curateur à sa succession vacante, en ont à faire aux enfants douairiers, dans les cas suivants.

1° Lorsque le père, de son vivant, a reçu le rachat de quelque rente sujette au douaire, ou a été obligé d'aliéner, pour quelque cause d'utilité publique, quelque héritage sujet au douaire, la succession du père est tenue de faire raison aux enfants douairiers, des deniers du rachat de la rente, et du prix de l'héritage, pour la même portion que lesdits enfants douairiers auroient eue dans la rente, si elle n'eût pas été rachetée, et dans l'héritage, s'il n'eût pas été aliéné.

2° La succession du père est tenue de faire raison aux enfants douairiers, pour les parts qu'ils ont dans les biens sujets au douaire, des sommes qu'il a reçues dans les cas qui ont été rapportés ci-dessus, aux nombres 80, 81, 82.

3° Lorsque le père a, par sa faute, laissé perdre quelqu'une des choses sujettes au douaire, sa succession doit faire raison aux douairiers, du prix de cette chose, pour la portion qui leur en auroit appartenu.

4° Enfin, lorsque le père, de son vivant, a fait des dégradations dans quelque héritage sujet au douaire, sa succession doit faire raison aux enfants douairiers, de l'estimation de ces dégradations, pour la portion que les enfants douairiers ont dans l'héritage.

338. Observez, à l'égard de ces dégradations, une différence entre la femme douairière et les enfants. La femme douairière n'ayant que l'usufruit de la portion qu'elle a dans les héritages sujets au douaire, on ne lui fait raison que des dégradations qui ont apporté quelque diminution au revenu de l'héritage : on ne lui en doit faire aucune pour celles qui n'ont apporté aucune diminution au revenu de l'usufruit; comme lorsqu'on a abattu sur l'héritage un bois de haute-futaie. Au contraire, les enfants douairiers ayant la propriété de la portion qu'ils ont dans les héritages sujets au douaire, on doit leur faire raison, non seulement des dégradations qui diminuent le revenu de l'héritage, mais généralement de toutes celles qui diminuent le prix du fonds.

339. Les enfants douairiers ont aussi quelquefois des raisons à faire à la succession de leur père.

1° Lorsqu'il y a quelque héritage qui n'est sujet au douaire que sous la déduction de quelque somme d'argent que leur père a été obligé de débourser pendant son mariage, pour l'avoir, comme dans le cas des nombres 33 et 178; les enfants douairiers doivent faire raison à la succession de leur père, de cette somme, pour la portion qu'ils doivent avoir dans cet héritage.

2° Lorsque le père, pendant son mariage, a déboursé une somme d'argent pour racheter des rentes dont il étoit débiteur dès avant son mariage, les enfants douairiers doivent faire raison, au moins par la voie de la compensation, à la succession de leur père, de cette somme, pour la por-

tion qu'ils auroient portée dans ces rentes, si leur père ne les eût pas rachetées.

3° Lorsque le père a fait, pendant le mariage, des améliorations sur quelqu'un des héritages sujets au douaire, les enfants douairiers doivent faire raison, au moins par la voie de compensation, à la succession de leur père, de l'estimation de ces améliorations, pour la part qu'ils ont dans cet héritage.

Observez, par rapport à ces améliorations, une différence entre la femme douairière et les enfants douairiers. La femme n'ayant que l'usufruit de la portion qu'elle a dans les héritages sujets au douaire, elle ne doit faire raison que des améliorations qui ont augmenté le revenu de son usufruit, et jusqu'à concurrence seulement de ce qu'elles l'ont augmenté. Au contraire, les enfants ayant la propriété de la portion qu'ils ont dans les héritages sujets au douaire, ils doivent faire raison à la succession de leur père, pour la portion qu'ils ont dans l'héritage sur lequel ont été faites les améliorations, de l'estimation desdites améliorations, jusqu'à concurrence de ce qu'elles ont augmenté la valeur de l'héritage, quoiqu'elles n'en aient pas augmenté le revenu. On peut apporter pour exemple, des plantations d'ormes qui auroient été faites sur un héritage.

340. Lorsque les héritiers du père et les enfants douairiers ont, de part et d'autre, des raisons respectives à se faire, il doit s'en faire compensation jusqu'à due concurrence. Si ce que l'héritier doit excède ce que les enfants douairiers doivent de leur côté, cet excédant lui sera précompté sur la part qu'il doit avoir au partage qui est à faire des héritages sujets au douaire, entre lui et les enfants douairiers; et, *vice versâ*, si ce que les enfants douairiers doivent excède ce qui est dû par l'héritier, cet excédant doit pareillement être précompté aux enfants sur leur part audit partage.

Lorsque le partage entre l'héritier et les enfants douairiers n'a pu se faire sans un retour en deniers; si c'est la part de l'héritier qui est chargée de ce retour, la somme due pour ce retour doit être payée à la femme douairière,

qui en doit jouir pendant sa vie, à la charge de la restituer, après l'extinction de l'usufruit, aux enfants propriétaires du douaire. Si au contraire c'est la part des douairiers qui est chargée d'un retour, la femme, qui a la jouissance du douaire, doit payer à l'héritier la somme due pour ce retour, et en faire l'avance; à la charge par les enfants douairiers, après l'extinction de l'usufruit de leur mère, de faire raison de cette somme à la succession de leur mère, au cas qu'ils y renoncent, ou qu'ils y viennent avec d'autres enfants.

341. Nous avons vu que, lorsque le père avoit augmenté le fonds du douaire, soit en remboursant des rentes passives dont il étoit chargé, soit en faisant des améliorations sur des héritages, les enfants douairiers en devoient faire raison, par la voie de la compensation, à ce qu'ils auroient, de leur côté, à prétendre pour la diminution que leur père auroit d'ailleurs apportée au fonds du douaire, soit en recevant le rachat des rentes sujettes au douaire, soit en faisant des dégradations sur des héritages sujets au douaire. Cela ne souffre pas de difficulté : les enfants ne peuvent pas se plaindre que leur père ait diminué leur douaire, lorsque, en le diminuant d'un côté, il l'a augmenté d'un autre côté.

Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si, dans le cas auquel les enfants n'ont, de leur côté, aucunes raisons qui doivent leur être faites par la succession de leur père, qui n'a apporté aucune diminution au douaire, les héritiers ou le curateur à la succession vacante peuvent exiger des enfants douairiers, pour la portion qu'ils ont dans les héritages sujets au douaire, le remboursement des sommes employées par le père depuis le mariage, soit au rachat des rentes passives dont le douaire étoit chargé, soit à des améliorations sur des héritages sujets au douaire. Cette question est entièrement la même que celle que nous avons déja agitée au nombre 185, par rapport au douaire de la femme. Nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

342. Outre l'action de partage, dont nous avons parlé jusqu'à présent, que les enfants douairiers ont contre les

héritiers de leur père, ou contre le curateur à la succession vacante, ils ont des actions contre les tiers détenteurs des héritages sujets à leur douaire, que le père a aliénés pour revendiquer la portion qu'ils y ont, et la leur faire délaisser.

Observez, comme nous l'avons déja fait par rapport au douaire de la femme, *n.* 190, que les enfants n'ont ces actions contre les tiers détenteurs de ces héritages, que lorsque leur père n'a pas laissé dans sa succession une quantité suffisante des héritages sujets au douaire, pour remplir les enfants douairiers de la portion qui leur appartient dans l'universalité des héritages sujets au douaire. Ce n'est que dans ce cas que les enfants peuvent intenter action contre ces détenteurs, en commençant par les détenteurs des héritages qui ont été aliénés les derniers, et ainsi en remontant contre les autres, jusqu'aux détenteurs de ceux dont l'aliénation a commencé à entamer la portion sujette au douaire.

ARTICLE II.

Des actions auxquelles donne lieu le douaire conventionnel des enfants.

343. Lorsque, par la convention portée au contrat de mariage, on a fait consister ce douaire dans une quotité d'un certain genre d'héritages, ce douaire donne lieu, en ces cas, aux mêmes actions auxquelles nous avons vu que le douaire coutumier donnoit lieu.

344. Lorsqu'on a assigné pour le douaire conventionnel un certain héritage, dans les coutumes où le douaire saisit de plein droit, les enfants douairiers peuvent, de même que la douairière, s'en mettre d'eux-mêmes en possession lorsque cet héritage se trouve dans la succession de leur père, et intenter l'action de complainte contre ceux qui les y troubleroient. Dans les autres coutumes, les enfants douairiers ont contre les héritiers, ou le curateur à la succession vacante, une action qui naît de la convention du douaire, pour en avoir délivrance. Si leur père l'avoit aliéné, les enfants douairiers auroient cette action contre ceux qui se trouveroient possesseurs, cette action étant *personalis*

in rem scriptam, l'héritage étant, par le contrat de mariage, affecté au douaire.

Lorsque le douaire conventionnel consiste, ou dans une somme d'argent, ou dans une rente, dont leur père s'est constitué débiteur par la constitution du douaire, les enfants douairiers, de même que la veuve, ont contre les héritiers de leur père une action personnelle, qui naît de la convention du douaire.

Tous les biens présents et à venir du mari ayant été hypothéqués au douaire par le contrat de mariage, les enfants ont aussi des actions hypothécaires contre ceux qui ont acquis depuis le mariage.

ARTICLE III.

De l'hypothèque du douaire.

Lorsqu'il n'y a pas eu de contrat de mariage, ou que, par le contrat de mariage, il n'a pas été parlé de douaire, l'hypothèque du douaire coutumier qui est dû en ce cas, est du jour de la célébration du mariage.

Lorsque, par le contrat de mariage, les parties sont convenues d'un douaire, soit du coutumier, soit d'un douaire différent du coutumier, l'hypothèque du douaire est du jour du contrat de mariage.

Quoique l'hypothèque du douaire et celle des autres créances de la femme soient du même jour, néanmoins la jurisprudence y a établi un ordre. La grande faveur de la dot fait marcher avant l'hypothèque du douaire celle de la femme, pour la restitution qui lui est due de ses deniers dotaux, et pour le remploi du prix de ses propres aliénés, lorsque l'aliénation a été nécessaire : mais l'hypothèque de la femme, pour le remploi du prix de ses propres, à l'aliénation desquels elle a consenti, et celle qu'elle a pour l'indemnité des dettes auxquelles elle s'est obligée avec son mari, ne va qu'après celle du douaire des enfants ; car étant chargée, aussi bien que son mari, par l'article 279 de la coutume de Paris, de veiller à la conservation du douaire de ses enfants, elle n'a pu par son fait y donner atteinte,

en consentant à l'aliénation de ses propres, et en contractant volontairement des dettes pour son mari.

La faveur du douaire a fait aussi préférer l'hypothèque du douaire à celle de la femme, pour son préciput stipulé en cas de renonciation, et pour les autres avantages que lui a faits son mari.

On entend par deniers dotaux, non seulement ceux qu'elle a stipulés propres, mais ceux qu'elle a fait entrer en communauté lors et depuis le mariage, et dont elle a stipulé la reprise en cas de renonciation à la communauté.

Tous ces points ont été décidés par l'arrêt du 30 août 1661, au second tome du Journal des Audiences, et par l'acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 14 avril 1676.

La créance de la femme pour les arrérages échus du douaire, et celle des enfants pour le fonds du douaire, paroissent devoir être colloquées par concurrence : et c'est l'avis de Lemaître. Néanmoins Renusson, *chap.* 10, *n.* 23, rapporte deux arrêts qui ont donné la préférence à la veuve. Mais la jurisprudence a changé; et l'arrêt du 10 décembre 1718, rendu pour l'ordre des biens de M. Portail, qui est rapporté par Borjon, a jugé pour la concurrence.

CHAPITRE IV.

A quels enfants le douaire est-il dû; et sous quelles conditions?

SECTION PREMIÈRE.

A quels enfants le douaire est-il dû ?

345. Lorsqu'un homme, en se mariant, ou la loi pour lui, constitue un douaire à la femme qu'il épouse, et que, par la loi ou par la convention, ce douaire doit être propre aux enfants, c'est aux enfants de ce mariage, qui se trouvent, lors de l'ouverture du douaire, habiles à succéder, que ce douaire est dû.

Les enfants que cet homme auroit eus d'un autre mariage, ni ceux que la femme à qui le douaire a été constitué, auroit d'un autre mariage, n'ont donc aucune part à ce

douaire. C'est ce qui résulte de ces termes des articles 249 et 255 de la coutume de Paris : *Douaire..... est le propre héritage aux enfants issus du mariage.*

346. Les enfants nés du commerce que leurs père et mère ont eu ensemble avant leur mariage, étant légitimés depuis, sont censés être, par anticipation, *issus de ce mariage;* et de même qu'ils sont habiles à succéder, ils ont aussi droit au douaire.

347. L'enfant posthume dont la femme étoit enceinte lors de la mort de son mari, et qui est né depuis, vivant et à terme, quoiqu'il ne fût pas encore né au temps de la mort de son père, qui a donné ouverture au douaire, ne laisse pas d'avoir droit au douaire, de même qu'il est habile à succéder, suivant cette règle de droit : *Is qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur.*

348. Les petits-enfants d'un enfant du mariage qui est prédécédé, sont aussi censés *enfants issus du mariage;* et ils ont le même droit au douaire de leur aïeul, qu'ils ont à sa succession.

Quand même ces enfants auroient déja eu un douaire dans les biens de leur père, cela ne les excluroit pas du droit qu'ils ont au douaire de leur aïeul.

349. Lorsqu'un enfant unique, qui a survécu à son père, a renoncé à la succession et au douaire; quoique par sa renonciation les enfants de cet enfant, comme étant dans le degré suivant, aient droit à la succession de leur aïeul, néanmoins ils n'ont pas droit au douaire; car l'enfant à qui ce douaire étoit déféré, et qui y a renoncé, en a libéré la succession.

350. Il n'y a que les enfants qui sont habiles à succéder, qui aient droit au douaire : ceux qui, au temps de l'ouverture du douaire, n'ont plus l'état civil qu'ils ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale, n'étant pas habiles à succéder, n'ont pareillement aucun douaire.

Ceux qui ont été exhérédés par leur père, pour une juste cause, n'ayant plus de droit à la succession, n'ont plus pareillement aucun droit au douaire.

SECTION II.

De la condition de renoncer à la succession, pour avoir droit au douaire.

351. Les enfants, pour pouvoir prétendre le douaire dans les biens de leur père, doivent renoncer à sa succession.

C'est ce qui résulte des articles 250 et 251 de la coutume de Paris. Il est dit en l'article 250 : « Si les enfants « venant dudit mariage ne se portent héritiers de leur père, « et s'abstiennent de prendre sa succession, en ce cas le « douaire appartient auxdits enfants, purement et simple- « ment, etc. » L'article 251 dit : « Nul ne peut être héritier « et douairier ensemble, pour le regard du douaire coutu- « mier ou préfix. »

Quelle est la raison de cette incompatibilité ? Dumoulin, en sa note sur l'article 178 de la coutume de Senlis, dont la disposition est semblable à celle de Paris, en rapporte cette raison : *Quia*, dit-il, *tenentur doarium conferre.* Des enfants venant à la succession de leur père, ne peuvent avoir aucun avantage, les uns sur les autres, dans les biens de leur père. A l'exception seulement de celui que la loi fait à l'aîné, pour son droit d'aînesse, tous les autres avantages faits à quelqu'un des enfants, soit qu'ils les tiennent de leur père, par les donations qu'il leur auroit faites, soit qu'ils les tiennent du bénéfice de la loi, tel qu'est le douaire, doivent être rapportés et conférés : par conséquent, un enfant qui est héritier seroit inutilement douairier vis-à-vis des autres enfants ses cohéritiers, soit du même lit, soit d'un autre lit, parcequ'il seroit tenu de leur conférer ce qu'il auroit à titre de douaire.

Lorsqu'il n'y a qu'un enfant unique héritier, cette raison ne milite pas : mais il y en a une autre encore plus décisive, pour que cet enfant unique héritier ne puisse être douairier ; c'est que le douaire est une dette de la succession du père envers ses enfants. Étant, en sa qualité d'unique héritier de son père, seul tenu de toutes les dettes de la suc-

cession de son père, il ne peut pas être débiteur du douaire envers lui-même; il ne peut pas en être tout à-la-fois le débiteur et le créancier; ce sont deux qualités qui se détruisent nécessairement.

Un enfant peut-il être douairier et héritier sous bénéfice d'inventaire? S'il y a d'autres enfants qui viennent avec lui à la succession, il ne peut pas, vis-à-vis d'eux, être douairier, quoiqu'il ne soit qu'héritier sous bénéfice d'inventaire; car un héritier, quoique sous bénéfice d'inventaire, est un véritable héritier, tenu par conséquent, en cette qualité, au rapport envers ses cohéritiers, auquel la loi oblige les enfants qui viennent à la succession de leur père. Le bénéfice d'inventaire n'est établi que contre les créanciers, pour empêcher que l'héritier qui y a recours ne soit tenu, envers les créanciers, des dettes de la succession *ultrà vires;* mais ce bénéfice d'inventaire ne peut déroger à la loi du rapport qui doit avoir lieu au partage des biens de la succession.

Il suffit même qu'un enfant se soit porté héritier, quoique sous bénéfice d'inventaire, pour qu'il ne puisse plus, en renonçant à la succession bénéficiaire, demander sa part du douaire à ses cohéritiers. C'est ce qui a été jugé entre deux sœurs cohéritières de leur père, par un arrêt rendu en forme de règlement, du 22 février 1702, qui est dans le Recueil de Joui, et au cinquième tome du Journal des Audiences.

352. Un enfant peut-il, vis-à-vis des créanciers de la succession de son père, être héritier sous bénéfice d'inventaire, et douairier, de manière qu'il puisse, en abandonnant aux créanciers les biens de la succession bénéficiaire, prendre, sur les héritages de ladite succession, son douaire préférablement aux créanciers postérieurs au mariage? La raison de douter est, qu'il semble que la coutume oppose au douaire, comme une condition absolue, que l'enfant renonce à la succession de son père, afin de pouvoir avoir le douaire. Elle dit en l'article 250 : « Si les enfants ne se « portent héritiers de leur père, et s'abstiennent des biens « de sa succession, en ce cas ledit douaire appartient auxdits

« enfants purement et simplement, sans payer aucunes « dettes créées depuis le mariage. » Et en l'article 251, elle dit absolument et indistinctement : « Nul ne peut être hé- « ritier et douairier. » D'où on conclut que ces deux qualités d'héritier et de douairier sont absolument incompatibles; qu'un enfant ne peut les réunir en sa personne; et que tous ceux qui ont intérêt de l'empêcher d'être douairier, les créanciers de la succession, aussi bien que ses cohéritiers, peuvent opposer à l'enfant cette incompatibilité de qualités, pour l'empêcher de prendre un douaire dans les biens de la succession : on cite même un arrêt en faveur de cette opinion. Nonobstant ces raisons, on doit décider qu'un enfant peut, vis-à-vis des créanciers de la succession de son père, être douairier et héritier sous bénéfice d'inventaire. La raison est, que l'effet du bénéfice d'inventaire est de conserver à l'héritier qui y a recours, tous les droits et toutes les créances qu'il a contre la succession. L'enfant qui y a recours doit donc conserver son douaire, qui n'est autre chose qu'une créance qu'il a contre la succession de son père. Il peut donc, vis-à-vis des créanciers de la succession, être héritier et douairier.

A l'égard de l'objection qu'on fait, que la coutume dit absolument et indistinctement, qu'on ne peut être héritier et douairier, je réponds qu'il est dit pareillement, *qu'aucun ne peut être héritier et donataire;* Blois, *art.* 158. Néanmoins tout le monde convient que cette maxime n'a d'application que vis-à-vis des cohéritiers de l'enfant donataire, auxquels, lorsqu'il est héritier, il doit conférer et rapporter tout ce qui lui a été donné; mais que cette règle n'empêche pas un enfant qui n'a pas de cohéritiers, d'être héritier par bénéfice d'inventaire, et donataire, sans que les créanciers de la succession bénéficiaire puissent lui opposer cette règle pour l'obliger au rapport des choses qui lui ont été données entre vifs. Pourquoi ne dira-t-on pas pareillement que la règle, *Nul ne peut être héritier et douairier,* n'a d'application que vis-à-vis des cohéritiers du douairier, auxquels l'enfant qui se porte héritier doit rapporter et conférer son douaire; d'autant que c'est le sens

dans lequel Dumoulin l'a entendu en sa note ci-dessus rapportée?

Cette question a été décidée par un arrêt du 4 mars 1750, en la quatrième chambre des enquêtes, au rapport de M. de Lépine de Granville, par lequel il a été jugé que les enfants du sieur Fumée-Dubuisson, quoiqu'ils se fussent portés héritiers sous bénéfice d'inventaire de leur père, ayant depuis renoncé aux biens de cette succession, étoient bien fondés dans une demande hypothécaire contre les enfants du sieur Dupont, qui avoit acquis des biens hypothéqués à leur douaire.

On avoit opposé un arrêt du 7 juillet 1624, rapporté au Journal du Palais, par lequel un enfant qui avoit fait abandon des biens de la succession de son père, sous bénéfice d'inventaire, étoit, nonobstant cet abandon, non recevable à demander le douaire. On répondoit que cet arrêt étoit dans une espèce différente; qu'il étoit dans l'espèce d'un douaire d'une somme d'argent, avec la clause que la femme l'auroit sans retour. La propriété d'un tel douaire est censée accordée à la femme, non seulement pour le cas auquel il n'y a pas d'enfant, mais pareillement pour le cas auquel les enfants seroient héritiers; la propriété n'en est laissée aux enfants que dans le cas auquel ils renonceroient à la succession, pour prendre la qualité de douairiers. L'enfant ayant donc accepté la succession, a fait exister la condition sous laquelle la propriété en a été accordée à la femme. Il n'est donc plus recevable à la demander, nonobstant l'abandon qu'il offre de faire; car cet abandon n'empêche pas qu'il ne demeure héritier: *Semel hæres, semper hæres.* Il ne peut opposer à la douairière ni à ses héritiers le bénéfice d'inventaire, qui n'est établi que contre les créanciers.

SECTION III.

De la condition que la coutume impose aux enfants douairiers, d'imputer sur leur douaire tout ce qui leur a été donné par leur père.

353. C'est une maxime, que les enfants ne peuvent avoir don et douaire.

La coutume de Paris s'en explique en l'article 252, où il est dit : « Celui qui veut avoir le douaire, doit rendre et « restituer ce qu'il a eu et reçu en mariage, et autres avan- « tages de son père, ou moins prendre sur le douaire. »

La raison de cette disposition est tirée de la nature du douaire des enfants. Ce douaire, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 293, est une espèce de légitime que la loi municipale assure aux enfants sur les biens de leur père, pour leur subvenir contre la dissipation qu'il en pourroit faire. De là il suit que de même que tout ce qu'un père donne à ses enfants s'impute sur la légitime qu'il leur doit, lorsqu'ils se tiennent à leur légitime; pareillement tout ce qu'il leur a donné, doit s'imputer sur leur douaire, ce douaire étant une espèce de légitime.

354. Si, par la donation qu'un père a faite à un de ses enfants, il étoit expressément stipulé que l'enfant ne seroit pas obligé d'imputer sur son douaire les choses comprises en la donation, cette clause seroit-elle valable? Elle est nulle vis-à-vis des autres enfants héritiers, et vis-à-vis des créanciers antérieurs à la donation.

A l'égard des créanciers postérieurs à la donation, n'ayant pas dû compter sur des biens que celui avec qui ils ont contracté n'avoit plus, ils ne peuvent être recevables à contester la clause apposée à la donation de ces biens, ni à en demander l'imputation au douaire.

Sur cette imputation que le douairier doit faire sur son douaire, des choses qui lui ont été données, nous verrons, 1° quelles donations sont sujettes à cette imputation; 2° comment se fait cette imputation; 3° de quand le douairier doit rapporter ou imputer sur son douaire les fruits et intérêts de ce qui lui a été donné.

ARTICLE PREMIER.

Quelles donations doivent être imputées sur le douaire.

355. L'enfant tenant de son père seul le douaire, il ne doit y imputer que ce qui lui a été donné par son père; il

n'est pas obligé d'y imputer rien de ce qui lui a été donné par sa mère.

En conséquence, lorsqu'un père a donné, soit en mariage, soit autrement, des biens de sa communauté à un de ses enfants, quoiqu'il ait parlé seul à la donation qu'il en a faite, si la femme accepte la communauté, il est censé avoir fait la donation tant pour elle que pour lui; la femme est censée en avoir donné, par le ministère de son mari, la moitié : en conséquence le père n'en ayant donné que la moitié, l'enfant n'en imputera que la moitié sur son douaire.

Si la femme renonce à la communauté, le père se trouvera avoir donné le total : le total sera par conséquent imputé sur le douaire de l'enfant.

Quoique la femme renonce à la communauté, si elle a donné conjointement avec son mari, elle est censée avoir donné la moitié dont il lui sera fait déduction sur sa dot : le père n'aura donc donné que la moitié, et l'enfant ne sera tenu d'imputer que la moitié sur son douaire.

Lorsque le père a donné un de ses propres à un de ses enfants; s'il a fait seul la donation, il n'est pas douteux qu'il a donné le total, et que l'enfant sera tenu d'imputer le total sur son douaire; mais si la femme a donné, conjointement avec son mari, ce propre de son mari, il est censé en avoir donné la moitié pour sa femme, qui doit tenir compte à son mari, ou à sa succession, de la moitié du prix : le père n'aura donc donné, en ce cas, que la moitié, et l'enfant par conséquent n'imputera que la moitié sur son douaire.

Lorsque c'est un propre de la femme qui a été donné; si le père a été seulement présent à la donation pour autoriser sa femme, le père n'ayant en ce cas rien donné, l'enfant n'aura rien à imputer sur le douaire.

Mais si le père a donné, conjointement avec sa femme, un héritage propre de sa femme; le père étant censé en avoir donné en ce cas la moitié, du prix de laquelle il est débiteur envers sa femme, l'enfant sera tenu d'en imputer la moitié sur son douaire.

Lorsque le père et la mère ont donné conjointement différentes choses, dont les unes appartenoient au père, les

autres à la mère, sans expliquer ce que chacun donnoit; chacun est censé n'avoir donné, en ce cas, des choses données, que celles qui lui appartenoient; et l'enfant par conséquent ne sera tenu, en ce cas, d'imputer sur son douaire que celles qui appartenoient à son père.

356. L'enfant n'étant obligé d'imputer sur son douaire qu'il tient de son père, que ce qui lui a été donné par son père, il n'est pas régulièrement tenu d'y imputer ce qui lui a été donné par son aïeul paternel.

Néanmoins si son père, en venant à la succession de cet aïeul, avoit été obligé, conformément à l'article 306 de la coutume de Paris, de faire rapport à ses cohéritiers en la succession de cet aïeul, de ce qui a été donné à son enfant par cet aïeul, le père ayant, en ce cas, pris pour son compte la donation qui a été faite à cet enfant par l'aïeul, en la rapportant et en tenant compte à la succession de l'aïeul, le père est censé être devenu le donateur à la place de l'aïeul, de ce qui lui a été donné par l'aïeul; et l'enfant doit en conséquence être tenu de l'imputer.

357. Lorsqu'un petit-fils vient, par représentation de son père ou de sa mère, au douaire de son aïeul, il doit imputer sur ce douaire, non seulement ce qui a été donné à lui directement par cet aïeul, mais pareillement ce qui a été donné à la personne qu'il représente, quand même il auroit renoncé à sa succession; car un représentant ne peut avoir plus de droit que la personne qu'il représente : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.* Or la personne qu'il représente n'eût pu être admise à ce douaire, si elle eût vécu, sans y imputer ce qui lui a été donné : il doit donc être pareillement tenu de l'imputer.

358. Lorsqu'un petit-fils vient au douaire de son aïeul, non par représentation, mais de son chef; comme dans le cas auquel le père de cet enfant, qui le précédoit en degré, et qui est prédécédé, auroit été enfant unique; le petit-fils, en ce cas, n'est tenu d'imputer, sur le douaire de cet aïeul, ce qui a été donné à son père, que lorsqu'il a été héritier de son père; étant censé avoir trouvé, en ce cas, dans la succession de son père, le don de l'aïeul : mais s'il

avoit renoncé à la succession de son père, il ne seroit pas obligé de l'imputer.

359. L'enfant est-il obligé d'imputer sur son douaire, non seulement ce qui a été donné à lui, mais ce qui a été donné à ses enfants ? Les auteurs sont partagés sur cette question.

Pour la négative, on dit qu'un débiteur ne peut pas s'acquitter de ce qu'il doit à son créancier, en le payant aux enfants de son créancier; et le créancier qui n'y a pas consenti, n'est pas tenu d'imputer, sur ce qui lui est dû, ce qui leur a été payé, lorsqu'il n'en a pas profité. Or le douaire est une dette véritable que le père contracte envers ses enfants, en se mariant : il est véritablement débiteur envers eux de ce douaire. Il ne le peut donc valablement payer qu'à eux-mêmes; et l'enfant à qui le douaire est dû, n'est pas tenu d'imputer sur ce douaire qui lui est dû, ce qui a été donné à ses enfants, lorsqu'il n'y a pas consenti, et qu'il n'en a pas profité. La loi veut que le douaire soit assuré aux enfants; qu'ils n'en puissent être frustrés; que le père n'y puisse donner atteinte : mais il est évident que le père y donneroit atteinte, et qu'il dépouilleroit son enfant du douaire qui lui est dû, si cet enfant étoit obligé d'imputer sur ce douaire ce qui auroit été donné à ses enfants, sans sa participation, et sans qu'il en eût profité. Par ces raisons, Duplessis décide que l'enfant douairier n'est pas tenu de faire cette imputation.

On dit au contraire, en faveur de l'imputation, que ce qui est donné aux enfants de l'enfant douairier, est censé donné à l'enfant douairier lui-même, suivant la règle, *Donatum filio, videtur donatum patri.* C'est en conséquence de cette règle, que la coutume de Paris, *art.* 306, oblige l'enfant qui vient à la succession de ses père et mère, de rapporter non seulement ce qui lui a été donné à lui-même, mais ce qui a été donné à ses enfants; parceque sans cela il seroit au pouvoir de ses père et mère d'éluder la loi qui ne permet pas qu'un enfant puisse être héritier et donataire, en donnant aux enfants d'un enfant qui doit venir à leur succession, ce qu'ils ne peuvent lui donner à lui-même.

Pareillement la loi qui ne permet pas qu'un enfant soit douairier et donataire, seroit éludée, si on pouvoit faire des donations aux enfants de l'enfant douairier, sans qu'il fût obligé de les imputer sur son douaire. Quant à ce qu'on dit en faveur de la première opinion, que le douaire est une dette du père envers l'enfant, qui ne peut recevoir aucune atteinte, et qu'il doit par conséquent payer à lui, et non à d'autres; on répond que la légitime est pareillement une dette du père envers ses enfants : cela n'empêche pas que l'enfant qui vient à la succession de ses père et mère, ne doive faire rapport de ce qui a été donné à ses enfants, même dans le cas où ce rapport entameroit sa légitime; et on remédie à l'atteinte que ce rapport y donne, en le renvoyant contre ses enfants, pour retrancher à son profit, des donations qui leur ont été faites, ce qui manque à sa légitime. On peut pareillement remédier à l'atteinte que donne au douaire l'imputation que le douairier doit faire des donations faites à ses enfants, en le renvoyant contre ses enfants, pour prendre, sur les donations qui leur ont été faites, ce qui manque à son douaire. C'est l'avis de Lemaître.

360. Il nous reste à observer qu'il y a de certaines donations qui sont regardées plutôt comme l'acquittement d'une dette naturelle, que comme donations, lesquelles ne sont pas sujettes à être imputées sur le douaire. On peut établir à cet égard pour règle, que tout ce qui n'est pas sujet à rapport en matière de succession, n'est pas non plus sujet à être imputé sur le douaire. Tels sont, suivant l'article 309 de la coutume d'Orléans, qui forme à cet égard un droit commun, *les nourritures, entretenement, instructions et apprentissages d'enfants.*

Ce qui est dit des nourritures, souffre exception à l'égard de celles qui font partie d'une dot. Lorsqu'un père, en mariant un de ses enfants, promet de nourrir chez lui les futurs conjoints et leur famille pendant un certain nombre d'années, ces nourritures qu'il lui administre en conséquence font partie de la dot, et l'enfant douairier à qui elles ont été administrées, est tenu de les imputer sur son douaire,

de même qu'il auroit été tenu d'en faire le rapport à ses cohéritiers.

361. Pareillement, le trousseau et les habits nuptiaux qu'on a donnés à un enfant, en le mariant, doivent lui être imputés sur son douaire, de même qu'ils sont sujets à rapport; car ils sont censés faire partie de sa dot.

A l'égard de la dépense que le père a faite pour le festin des noces d'un enfant; cet enfant n'en ayant pas profité, de même qu'elle n'est pas sujette à rapport, elle ne s'impute pas sur le douaire.

Observez à l'égard du trousseau, des habits nuptiaux, et des nourritures qui font partie de la dot d'un enfant, et qui doivent en conséquence s'imputer sur son douaire, qu'elles n'y doivent être imputées que pour moitié, lorsque le père et la mère ont doté conjointement l'enfant, ou lorsque la mère, quoiqu'elle n'ait point parlé à la dot, a accepté la communauté; car, en ce cas, le père est censé n'avoir donné ces choses que pour moitié, la mère étant censée les avoir données pour l'autre moitié; *suprà*, *n.* 354.

362. Il n'est pas douteux que le legs qu'a fait le père à l'enfant, d'une pension alimentaire, ne doive être imputé sur le douaire de cet enfant.

363. Lorsqu'un aïeul a pris chez lui un de ses petits-enfants, qu'il a nourri et élevé; quoiqu'il ne lui dût pas des aliments, cet enfant ayant alors son père et sa mère, qui étoient en état de lui en fournir; néanmoins, si ce petit-enfant vient par la suite au douaire de son aïeul, il ne sera pas tenu d'imputer sur le douaire qu'il a de cet aïeul, les aliments que cet aïeul lui a fournis. Ce n'est pas une donation qu'il ait faite à cet enfant, qui n'en a pas profité, puisqu'il auroit été pareillement nourri et élevé chez ses père et mère, si son aïeul ne l'eût pas pris chez lui. Ce n'est pas non plus une donation que cet aïeul ait faite aux père et mère de cet enfant, en fournissant, à leur décharge, des aliments à cet enfant; car cet enfant ne leur étoit pas à charge : ce n'est que pour faire plaisir à son aïeul, et pour sa propre satisfaction, qu'ils lui ont laissé prendre cet enfant chez lui.

564. L'article ci-dessus cité, en exceptant de la loi du rapport *les entretenements*, comprend sous ce terme, non seulement l'entretien ordinaire, mais la dépense qui auroit été faite pour l'équipage d'un enfant afin de l'envoyer au service : par la même raison on ne doit pas l'imputer sur le douaire de l'enfant pour qui on a fait cette dépense.

La coutume ajoute, *instructions et apprentissages d'enfants*. Cela comprend les pensions qu'on paie pour les enfants qu'on envoie dans les colléges, dans les universités, dans les académies à monter à cheval, dans les séminaires, les appointements des précepteurs et gouverneurs, et des différents maîtres qu'on donne aux enfants pour leur éducation; les livres, *intrà justum modum;* les frais de baccalauréat et de licence. Toutes ces choses ne sont regardées que comme frais faits pour l'éducation qu'un père doit à ses enfants, et ne doivent pas par conséquent lui être imputées sur son douaire.

Pareillement, entre artisans, les frais d'apprentissage d'un métier sont regardés comme frais de simple éducation, et ne sont pas imputés sur le douaire de l'enfant pour qui ils ont été faits : mais lorsque le père l'a fait recevoir maître dans quelque art, les frais de maîtrise, étant faits pour son établissement, doivent être imputés sur son douaire.

565. L'enfant douairier n'est pas obligé d'imputer sur son douaire les fruits des héritages que son père lui a donnés, qu'il a perçus jusqu'au temps de l'ouverture du douaire : il n'est pas non plus tenu de compter jusqu'audit temps, des intérêts des sommes d'argent qui lui ont été données.

Mais après l'ouverture du douaire, l'enfant douairier doit faire raison à l'héritier, des fruits des héritages qui lui ont été donnés, et des intérêts des sommes qui lui ont été données, depuis le même temps que l'héritier lui doit, de son côté, faire raison des fruits et des intérêts du douaire, c'est-à-dire, du jour du décès du père, dans les coutumes où le douaire saisit de plein droit; et dans les coutumes où

le douaire doit être demandé, du jour seulement de la demande que le douairier en a faite.

Par exemple, supposons que le douaire est d'un certain héritage, et que le père qui a constitué ce douaire, a donné à son fils une somme de mille écus. Ce fils s'étant porté douairier, les héritiers ou le curateur à la succession vacante du père, dans les coutumes où le douaire saisit de plein droit, doivent faire délivrance de l'héritage à l'enfant douairier, et lui compter des fruits qui en ont été perçus depuis le décès du père; et le douairier, de son côté, doit rapporter et payer aux héritiers, ou au curateur à la succession vacante, la somme de 3,000 livres qui lui a été donnée, et les intérêts de cette somme, à compter du même jour du décès du père.

Dans les coutumes où le douaire doit être demandé, comme on ne tiendroit compte à l'enfant des fruits de l'héritage sujet à son douaire, que du jour de la demande qu'il auroit faite de son douaire, il ne doit pareillement tenir compte des intérêts de la somme qu'il doit rapporter, que du jour de cette demande.

Lorsque la veuve a survécu, l'enfant doit-il, même en ce cas, le rapport des fruits et intérêts du jour de la mort de son père, dans les coutumes où le douaire est saisi de plein droit? Duplessis dit qu'il ne le doit que du jour de la mort de sa mère, parcequ'il ne commence à jouir que de ce jour. Lemaître décide, au contraire, qu'il doit ce rapport du jour de la mort de son père. La raison est que, quoiqu'il ne jouisse qu'après la mort de sa mère, il est néanmoins saisi, du jour de la mort de son père, de la propriété du douaire. Il est, dès ce jour, tenu d'imputer et de précompter sur ce douaire tout ce qui lui a été donné par son père : il cesse, dès ce jour, de le tenir à titre de donation; il ne le tient plus à titre de donation, il ne le tient plus qu'à titre de douaire. Dès ce jour, ce n'est donc plus à cet enfant, c'est à la veuve douairière que la jouissance en appartient, laquelle jouissance doit venir à ladite veuve en déduction de la jouissance du douaire que les héritiers ou créanciers de son mari doivent lui délivrer. Lesdits héritiers ou créan-

ciers du mari ayant fait délivrance à la veuve de l'usufruit de la moitié de tous les héritages que son mari avoit au temps des épousailles, et de ceux qui lui sont avenus depuis en directe, sans lui faire aucune déduction de la jouissance de ce que son mari a donné à l'enfant douairier, laquelle déduction ils n'ont pu faire à la veuve, parceque l'enfant douairier la retenoit indûment; l'enfant douairier qui a eu cette jouissance indûment, au préjudice des héritiers ou créanciers de son père, qui n'en ont pu faire déduction à la veuve à qui elle devoit appartenir, et venir en déduction de son usufruit du douaire, doit leur en faire raison par le rapport des fruits perçus, ou des intérêts courus depuis le jour de la mort de son père, depuis lequel temps la jouissance devoit appartenir à la veuve.

Dans les coutumes où le douaire ne saisit pas de plein droit, l'enfant douairier n'est tenu, en ce cas, du rapport des fruits et intérêts, que du jour que la veuve a eu délivrance de l'usufruit : car ce n'est que de ce jour que la succession du mari souffre de ce que l'enfant a retenu indûment la jouissance de ce qui lui a été donné à compte du douaire, puisque ce n'est que de ce jour qu'elle en eût fait la déduction sur l'usufruit de la veuve.

366. Lorsqu'un père a donné en dot à l'un de ses enfants les fruits ou le revenu d'un certain héritage pendant un certain nombre d'années, l'enfant doit imputer sur son douaire tous ces fruits qu'il a perçus, quoique avant l'ouverture du douaire; car ces fruits ne sont pas les fruits d'un héritage qui lui a été donné, le père ne lui ayant pas donné l'héritage; ils sont la chose même qui lui a été donnée *principaliter*.

ARTICLE II.

Comment se fait l'imputation des choses données, sur le douaire.

367. La coutume de Paris, en l'article rapporté ci-dessus, numéro 362, donne à l'enfant douairier le choix de deux choses; ou de retenir son douaire en entier, en rendant toutes les choses qui lui ont été données, et qui sont

sujettes à ce rapport; ou de retenir les choses qui lui ont été données, en prenant d'autant moins sur son douaire.

§. I. Du cas du rapport.

368. Dans le premier cas, lorsque l'enfant choisit le parti de retenir son douaire entier, en restituant à la succession de son père les choses qui lui ont été données; si ce sont des héritages qui lui ont été donnés, et qu'il les ait encore en sa possession, il doit les rendre en nature.

Il doit faire à ses dépens toutes les réparations d'entretien qui se sont trouvées à y faire lors de l'ouverture du douaire; car elles sont une charge de la jouissance qu'il en a eue jusqu'à ce temps.

A l'égard des grosses réparations, l'enfant n'en est pas tenu, lorsqu'elles proviennent de vétusté, ou de quelque accident de force majeure; mais il en est tenu lorsqu'elles proviennent de sa faute, ayant été occasionées par défaut d'entretien.

Il est pareillement tenu des dommages et intérêts résultants de toutes les dégradations desdits héritages, qui proviennent, soit de son fait, soit de sa faute; pour quoi les héritiers ou le curateur à la succession vacante du père, peuvent demander la visite desdits héritages par experts, dont les parties conviennent, pour déclarer les dégradations qui s'y trouvent, et la somme à laquelle ils estiment monter les dommages et intérêts qui en résultent.

369. Au contraire, lorsque le douairier a fait sur l'héritage qui lui a été donné, et qu'il rapporte à la succession de son père, des impenses nécessaires ou utiles pour l'amélioration de l'héritage (autres néanmoins que celles d'entretien), la succession de son père, à laquelle il fait le rapport, doit lui faire raison du prix desdites impenses.

Ce que la coutume de Paris, *article* 305, ordonne à l'égard du rapport qu'un enfant qui vient à la succession, doit faire à ses cohéritiers, s'applique à cet égard au rapport que l'enfant douairier doit faire des choses à lui données, pour conserver son douaire.

Il y a une distinction à faire entre les impenses nécessaires et celles qui ne sont qu'utiles. La succession doit faire raison à l'enfant de tout ce qu'il lui en a coûté ou dû coûter pour les impenses nécessaires que le père eût été obligé de faire lui-même, s'il ne lui eût pas donné l'héritage; car *hactenùs locupletior est, quatenùs propriæ pecuniæ pepercit :* mais à l'égard des utiles, la succession n'est tenue d'en faire raison que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage en est plus précieux au temps du rapport qui en est fait.

370. L'enfant qui, pour conserver son douaire, rend les héritages qui lui ont été donnés par son père, doit aussi faire raison à la succession de son père, des fruits qu'il a perçus depuis la mort de son père, comme nous le verrons en l'article suivant.

371. Passons au cas auquel l'enfant douairier n'a plus en sa possession les héritages qui lui ont été donnés par son père.

S'il en a été évincé sans son fait, il n'est obligé au rapport que de ce qu'il a reçu à la place; et s'il n'a rien reçu, il n'est obligé à rien rapporter.

Par exemple, si le douairier avoit été obligé de délaisser l'héritage qui lui a été donné, sur une action rescisoire ou sur une action de réméré qu'avoit celui qui l'avoit vendu à son père, le douairier ne seroit tenu au rapport que de la somme qu'il auroit reçue du demandeur.

Pareillement, si l'enfant douairier avoit été obligé de délaisser, sur une demande en revendication ou sur une action hypothécaire, l'héritage qui lui a été donné par son père, et qu'il eût été remboursé d'une certaine somme par le demandeur, pour le prix des améliorations faites par son père sur ledit héritage, il ne seroit obligé de rapporter que cette somme, étant la seule chose dont il se trouve avoir profité de la donation; mais si c'étoit lui qui eût fait lui-même ces améliorations, il ne seroit obligé de rien rapporter, n'ayant reçu que le remboursement de ce qu'il avoit déboursé lui-même, et n'ayant en ce cas profité de rien de la donation.

372. Lorsque c'est par une aliénation volontaire que le douairier a faite de l'héritage qui lui a été donné par son père, qu'il ne s'en trouve plus en possession au temps de l'ouverture du douaire; ne pouvant plus le rapporter en nature, est-ce le prix pour lequel il l'a vendu, qu'il doit rapporter, ou le prix que vaut cet héritage au temps de l'ouverture du douaire? La donation étant censée lui avoir été faite en avancement de son douaire, et l'enfant ayant en conséquence contracté tacitement l'obligation de précompter sur son douaire cet héritage, sur le pied qu'il se trouveroit valoir au temps de l'ouverture du douaire, il n'a pu par son fait changer l'objet de son obligation; il doit en rapporter ou en imputer sur son douaire le prix qu'il vaut au temps de l'ouverture du douaire. S'il étoit alors en mauvais état de réparations, il devroit rapporter ou imputer, non le prix qu'il vaut, mais le prix qu'il vaudroit s'il étoit en bon état de réparations.

373. Lorsque la chose qui a été donnée à l'enfant douairier, étoit une part indivise que son père avoit dans des héritages qui lui étoient communs avec d'autres, que le douairier a, depuis, partagés avec ses copropriétaires, il doit rapporter tout ce qui est échu en son lot, même la somme qu'il auroit reçue de ses copropriétaires pour retour de partage.

Si c'est au contraire lui qui a été chargé d'un retour, la succession de son père, à laquelle il fait rapport de tout ce qui lui est échu en son lot, doit le rembourser de la somme qu'il a payée pour ce retour.

Lorsqu'il a licité les héritages avec ses copropriétaires, il doit rapporter la somme qu'il a reçue ou dû recevoir de l'adjudicataire, pour le prix de l'adjudication.

Si c'est lui qui s'en est rendu adjudicataire, il ne doit rapporter ces héritages en nature, qu'à la charge, par la succession de son père, de le rembourser des sommes qu'il a payées à ses copropriétaires pour leurs parts dans le prix de l'adjudication; et si la succession n'avoit pas des deniers comptants pour lui faire ce remboursement, il devroit imputer sur son douaire ces héritages pour le prix qu'ils

valent au temps de l'ouverture du douaire, sous la déduction desdites sommes.

374. Lorsque les choses données à l'enfant douairier sont des principaux de rentes dues par des tiers, il peut conserver son douaire en entier, en les rendant en nature à la succession de leur père, quand même elles se trouveroient alors caduques par l'insolvabilité des débiteurs, pourvu que ce soit sans la faute de l'enfant qu'elles le soient devenues.

Mais si l'enfant avoit laissé perdre les hypothèques d'une rente, faute de s'opposer au décret de quelque héritage qui y étoit hypothéqué, ou faute d'avoir interrupté les tiers acquéreurs, et généralement faute d'avoir fait ce qu'il étoit nécessaire de faire pour la conservation desdites hypothèques, la succession du père peut refuser le rapport de cette rente, et peut obliger le douairier à l'imputer sur son douaire.

375. Lorsque le douairier a été donataire de son père, d'une rente, soit perpétuelle, soit viagère, dont son père s'est constitué débiteur envers lui, le douairier en doit décharger la succession de son père.

376. Le douairier n'est pas reçu à rapporter en nature les choses mobilières qui lui ont été données par son père; le donataire, en les recevant, les prend à ses risques, et il doit rapporter la somme qu'elles valoient lorsqu'il les a reçues, ou l'imputer sur son douaire. On doit ordinairement s'en rapporter, pour le prix desdites choses, à l'estimation portée par l'acte de donation; à moins que les héritiers, ou le curateur à la succession vacante, ne fussent en état de justifier que cette estimation est frauduleuse, et faite à un prix considérablement au-dessous de leur juste valeur. S'il n'y a pas eu d'estimation portée par l'acte de donation, il faut en faire une, et prendre, pour estimateurs, des personnes qui les avoient connues au temps de la donation, si on en peut trouver.

377. Quoique les offices soient des immeubles, néanmoins le rapport ne s'en fait pas en nature; l'indécence qu'il y auroit à destituer un officier pour faire le rapport

de l'office, a fait établir que le donataire de l'office est censé le prendre à ses risques, et qu'il doit faire le rapport de la somme que valoit l'office au temps de la donation, ou l'imputer sur son douaire.

Lorsque l'office a été donné au douairier par son père, pour le prix qu'il avoit coûté à son père, on n'est pas recevable à contester ce prix, sous prétexte que l'office auroit augmenté de valeur.

Le douairier n'est pas seulement tenu au rapport du prix de l'office; il doit pareillement rapporter les sommes qui lui ont été fournies par son père pour les frais de réception ou de provisions.

Lorsqu'un père qui avoit un office de la maison du roi, ou quelque autre office semblable, auquel il n'y a aucune finance attachée, l'a résigné à son fils avec l'agrément du roi, le fils n'a rien à rapporter ni à imputer sur son douaire; car ces offices n'étant pas censés *in bonis*, n'étant pas censés faire partie du patrimoine de l'officier qui en est revêtu, le père, en se démettant de cet office en faveur de son fils, n'est pas censé lui avoir rien donné de ses biens, et le fils n'est pas tenu par conséquent à rien rapporter ni imputer sur son douaire.

Mais si le père avoit acheté un office de cette espèce pour en faire revêtir son fils, le fils seroit donataire de la somme pour laquelle son père l'a acheté, de même que si son père lui avoit acheté tout autre office, et il doit la rapporter ou l'imputer sur son douaire.

§. II. Du cas de l'imputation.

378. Lorsque le douairier prend le parti de retenir les choses qui lui ont été données, en les imputant sur son douaire, il faut, pour procéder à cette imputation, arrêter deux masses; l'une du montant des choses données que le douairier retient, et dont l'imputation doit être faite sur le douaire; et l'autre du montant des choses qui composent le douaire.

379. Pour faire le montant de la masse des choses données dont l'imputation doit être faite sur le douaire; lors-

que les choses données sont des héritages que le douairier a encore en sa possession, ces héritages devant s'imputer sur le douaire, sur le pied de leur valeur au temps de l'ouverture du douaire, ils doivent être estimés par des experts, dont l'un doit être nommé par le douairier, et l'autre par l'héritier ou le curateur à la succession vacante du père, et portés dans cette masse pour le prix porté par l'estimation de ces experts.

S'ils avoient été dégradés par la faute du douairier, il faudroit les estimer, non ce qu'ils valent, mais ce qu'ils vaudroient s'ils étoient en bon état.

380. Lorsque le douairier n'a plus en sa possession les héritages qui lui ont été donnés; si c'est par une aliénation volontaire, le rapport du prix devant en être fait, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, sur le pied de la valeur qu'ils ont au temps de l'ouverture du douaire, l'imputation doit pareillement en être faite sur le pied de cette valeur; et pour y parvenir, l'estimation doit être faite desdits héritages, de même que si le douairier les avoit encore en sa possession. S'ils se trouvoient dégradés, soit par la faute du douairier, soit par celle des propriétaires et successeurs qui lui ont succédé, l'estimation devroit s'en faire sur le pied qu'ils vaudroient s'ils étoient en bon état.

381. Lorsque le douairier a été évincé, sans son fait, des héritages qui lui ont été donnés, on ne doit en ce cas comprendre, dans la masse de ce qui doit être imputé sur le douaire, que les sommes que le douairier a reçues à la place desdits héritages; et il n'y a aucune estimation à faire.

382. Lorsque ce sont des rentes qui ont été données, et dont le douairier se trouve encore en possession, le douairier doit les comprendre pour leur capital dans la masse de ce qu'il doit imputer; et il n'est pas reçu à demander qu'elles y soient comprises pour une moindre somme, sous prétexte qu'elles ne sont pas bien solides : car si c'est sans sa faute, il ne tient qu'à lui de les rendre en nature; si c'est par sa faute, pour avoir laissé perdre des hypothèques, il est tenu de sa faute à cet égard.

383. Si ce sont des rentes à un taux très bas, comme au denier quarante ou cinquante; ces rentes étant intrinsèquement d'une valeur moindre que leur principal, je pense qu'elles pourroient être comprises dans la masse pour un prix moindre, suivant l'estimation qui en seroit faite.

384. Lorsque, les biens des débiteurs ayant été discutés, le douairier n'a pu recevoir qu'une partie du principal de sa rente, ou même rien du tout; si c'est sans sa faute, il n'est tenu d'imputer que la somme qu'il a reçue, ou même rien du tout, s'il n'a pu rien recevoir; mais si c'est par sa faute, pour avoir laissé perdre les hypothèques, il doit imputer ce qu'il eût pu recevoir, s'il ne les eût pas laissé perdre.

385. Lorsque ce sont des meubles qui ont été donnés, l'imputation doit s'en faire, comme nous l'avons déja observé au paragraphe précédent, sur le pied de la somme qu'ils valoient au temps de la donation, et ils doivent en conséquence être employés pour cette somme dans la masse de ce qui doit être imputé. Il en est de même d'un office, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent.

386. Le montant de la masse des choses données qui doivent être imputées sur le douaire, étant fixé et arrêté, on doit pareillement fixer et arrêter le montant de ce qui compose le douaire sur lequel doit se faire l'imputation.

Si le douaire ne consistoit que dans la créance d'une somme d'argent, ou d'une rente qui a été constituée pour douaire par le contrat de mariage, l'imputation se feroit en ce cas bien facilement. Il suffiroit de faire, sur la somme due pour le douaire, déduction de celle à laquelle a été fixée et arrêtée la masse de ce qui doit y être imputé; et la succession du père demeureroit débitrice du surplus envers le douairier. Par exemple, si on avoit constitué, par le contrat de mariage, un douaire de cent pistoles de rente, qui font un capital de 20,000 livres, et que le montant de ce qui doit être imputé sur le douaire, eût été fixé et arrêté à 12,000 livres; en faisant déduction de cette somme sur celle de 20,000 livres, le douaire seroit réduit à un

principal de 8,000 livres, produisant 400 livres de rente dues par la succession du père.

Mais lorsque le douaire consiste dans des héritages, il faut que les mêmes experts qui ont fait l'estimation des héritages donnés au douairier, et qui doivent composer la masse de ce qui doit être imputé sur le douaire, fassent pareillement l'estimation des héritages et droits immobiliers qui composent le douaire, eu égard à l'état auquel ils se trouvent et à ce qu'ils valent au temps de l'ouverture du douaire. Cette estimation faite, on dresse une masse de tous les héritages et droits immobiliers qui composent le douaire, dans laquelle chacun des héritages et droits immobiliers est compris pour la somme à laquelle il a été estimé, de toutes lesquelles sommes on fait une somme totale à laquelle on arrête le montant des choses qui composent le douaire.

387. On doit aussi, comme nous l'avons déja dit, dresser un état des sommes dont la succession du père est tenue de faire raison au douairier pour son douaire; *putà*, pour le remboursement qu'il a reçu des principaux de rentes sujettes au douaire, pour les dégradations qu'il a faites par sa faute dans les héritages sujets au douaire, et pour les réparations qui s'y sont trouvées à faire lors de l'ouverture du douaire. On doit pareillement dresser un état des sommes dont le douairier doit faire raison à la succession de son père par rapport au douaire; *putà*, pour le rachat que le père a fait des rentes dont le douaire étoit chargé, ou pour les améliorations faites par le père sur les héritages sujets au douaire.

Après compensation faite des sommes dont la succession du père et le douairier doivent se faire raison respectivement; si celles dont la succession du père est débitrice excèdent celles dont le douairier est débiteur, le douairier est créancier de la succession de son père, de la somme à laquelle monte cet excédant; et la créance de cette somme fait partie du douaire, et doit être ajoutée à la masse des héritages et droits immobiliers qui le composent.

Si, au contraire, ce sont les sommes, dont le douairier

doit faire raison, qui excèdent celles dont la succession du père lui doit faire raison, la somme à laquelle monte cet excédant est une dette du douairier envers la succession du père, qui doit être ajoutée au montant de la masse des choses données, et qui doit être imputée sur le douaire.

388. Pour procéder ensuite à l'imputation du montant de la masse des choses données, qui doit être faite sur le douaire, lorsque le douairier est créancier de quelque somme de la succession de son père par rapport au douaire, il fait d'abord compensation, jusqu'à due concurrence, de la somme à laquelle monte ce qui doit être imputé sur le douaire avec cette créance. Pour faire l'imputation de la somme qui restera à imputer sur le douaire, après cette compensation faite, l'héritier, ou le curateur à la succession vacante du père, retranchera de la masse des héritages et droits immobiliers qui composent le douaire, une partie desdits biens pour les sommes pour lesquelles ils y sont portés, jusqu'à concurrence de ce qui est à imputer; et le douaire sera réduit à ce qui restera de ladite masse après ce retranchement fait.

Par exemple, si le montant de la masse des héritages et droits immobiliers qui composent le douaire, est de 20,000 livres; que le douairier soit en outre créancier de la succession de son père, par rapport à son douaire, d'une somme de 14,000 livres; et que le montant de ce qui doit être imputé sur le douaire pour les donations qui lui ont été faites, soit de 18,000 livres; il se fait d'abord une compensation jusqu'à due concurrence, de cette somme de 18,000 livres avec la créance de 14,000 livres du douairier. Restera 4,000 livres à imputer sur la masse des héritages et droits immobiliers. L'héritier, ou le curateur, prendra dans ladite masse des biens, jusqu'à concurrence de ladite somme de 4,000 livres; et cette masse se trouvera réduite, pour ce qui en restera au douairier, à la somme de 16,000 livres.

389. Est-ce l'héritier (ou le curateur à la succession, à défaut de l'héritier) qui doit choisir dans la masse les biens qui doivent former les 4,000 livres qu'il doit en retrancher;

ou est-ce, au contraire, au douairier à y choisir ceux qui doivent former les 16,000 livres qu'il doit avoir ? Je crois que ce choix ne doit être laissé ni à l'un ni à l'autre, mais à des arbitres, qui, en observant, autant qu'il sera possible, l'égalité entre les parties, choisiront des biens dans la masse, pour former les 4,000 livres que l'héritier a droit d'en retrancher : et s'ils ne pouvoient faire au juste la somme de 4,000 livres en biens de ladite masse, ils en retrancheroient pour quelque chose de plus, en chargeant la succession du père d'un retour en deniers envers le douairier, pour ce qu'ils en auroient retranché de plus que ladite somme de 4,000 livres ; ou ils en retrancheroient pour quelque chose de moins, en chargeant le douairier envers la succession du père, d'un retour en deniers pour ce qu'ils en auroient retranché de moins.

390. Lorsque le montant des choses données se trouve excéder la valeur du douaire, l'enfant qui a pris la qualité de douairier peut-il, en renonçant entièrement au douaire, conserver tout ce qui lui a été donné ? Je pense qu'il le peut. Lorsque la coutume de Paris, en l'*art.* ci-dessus, *n.* 352, dit que « *Celui qui veut avoir le douaire doit* « *restituer ce qu'il a eu et reçu de son père, ou moins* « *prendre sur le douaire,* » elle ne veut dire autre chose, sinon qu'un enfant donataire ne peut avoir douaire outre la donation. Par ces termes dont elle se sert, *celui qui veut avoir le douaire,* elle déclare assez qu'elle n'oblige à la restitution du don, que l'enfant *qui veut avoir le douaire,* et non celui qui n'en veut point, et qui y renonce entièrement. On opposera peut-être qu'un enfant qui a une fois pris qualité d'héritier ne peut plus, en offrant de s'abstenir de prendre part dans les biens de la succession, se dispenser du rapport des choses données : donc, dira-t-on, un enfant qui s'est une fois porté douairier, ne doit plus pareillement être reçu à offrir de renoncer au douaire, pour se dispenser de la restitution des donations qui lui ont été faites. La raison de différence est, que ce n'est pas à cause de la part que l'enfant qui s'est porté héritier de son père, prend dans les biens de la succession de son père,

qu'il est obligé au rapport des donations qui lui ont été faites : il y seroit obligé, quand même il ne se trouveroit dans la succession aucuns biens à partager, tout ayant été vendu par les créanciers. C'est la seule qualité d'héritier qui l'oblige à ce rapport, parceque nos lois municipales ne permettent pas que, entre plusieurs enfants héritiers d'un même père, l'un soit plus avantagé que les autres ; et ayant une fois pris la qualité d'héritier, il ne peut plus cesser de l'être ; *semel hæres, semper hæres :* car la qualité d'héritier n'est pas la qualité d'un simple successeur à des biens qu'on peut cesser d'avoir en les abandonnant ; c'est la qualité de successeur à la personne du défunt, à tous ses droits actifs et passifs, dont celui qui s'en est une fois revêtu, ne peut plus se défaire. L'enfant qui a une fois pris la qualité d'héritier ne peut donc plus se dispenser du rapport. On ne peut rien dire de semblable de l'enfant donataire qui a pris la qualité de douairier. Cet enfant n'est obligé au rapport des donations qui lui ont été faites, que parceque la loi ne permet pas qu'il ait un douaire outre et par-dessus les donations qui lui ont été faites par son père. N'étant donc tenu à rendre ce qui lui a été donné qu'à cause du douaire qu'il prend dans les biens de son père, il peut, quoiqu'il ait pris la qualité de douairier, retenir tout ce qui lui a été donné, en renonçant absolument au douaire et en n'y prenant rien. Le douaire est une succession à certains biens : un enfant n'est plus douairier, quoiqu'il en ait pris la qualité, lorsqu'il renonce à ses biens, et qu'il n'y prend rien.

ARTICLE III.

De quand le douairier doit-il compter des fruits et des intérêts de ce qui lui a été donné ?

Nous examinerons cette question en deux cas ; 1° dans le cas auquel le père est mort après sa femme ; 2° dans le cas auquel il est mort avant sa femme.

§. I. Premier cas.

391. La question ne souffre aucune difficulté dans le premier cas auquel le père est mort après sa femme. On doit établir, en ce cas, un principe certain, que le douairier qui, pour conserver son douaire, rend à la succession de son père ce qui lui a été donné par son père, doit compter des fruits des héritages qu'il rend en nature, et des intérêts des sommes dont il tient compte, depuis le même jour depuis lequel les fruits des héritages sujets au douaire appartiennent au douairier, et depuis lequel (lorsque le douaire consiste en une somme d'argent) les intérêts de cette somme commencent à courir à son profit.

C'est pourquoi, dans les coutumes où le douairier est saisi de plein droit de son douaire du jour de son ouverture, c'est-à-dire, du jour de la mort de son père, tous les fruits à recueillir sur les héritages sujets au douaire, devant depuis ce jour lui appartenir, et lorsque le douaire consiste en une somme d'argent, les intérêts de cette somme commençant dès ce jour à courir à son profit, c'est aussi de ce jour que le douairier qui rend à la succession de son père ce qui lui a été donné par son père, doit tenir compte des fruits et des intérêts.

Dans les coutumes où le douairier n'est pas saisi de plein droit de son douaire, les fruits des héritages sujets au douaire n'étant dus au douairier que du jour de la demande, et lorsque le douaire consiste en une somme d'argent, les intérêts ne lui en étant dus que dudit jour, ce n'est aussi que dudit jour que le douairier doit compter à la succession de son père, des fruits des héritages et des intérêts des sommes qu'il doit rendre à la succession; ou, lorsqu'il n'y a pas de demande du douaire, du jour que l'héritier ou le curateur en a mis le douairier en possession, sans attendre qu'il l'ait demandé.

S'il n'y avoit qu'une partie des héritages sujets au douaire, qui fût située sous une coutume où le douaire doit être demandé, *putà*, le quart, et que le surplus fût situé sous une coutume où le douairier est saisi de plein droit, le

douairier donataire ne seroit tenu de compter du quart des fruits des héritages, et du quart des intérêts des sommes qu'il doit rendre, que du jour de la demande qu'il a faite de son douaire, ou du jour que, sans demande, il en a été mis en possession; et il doit compter du surplus desdits fruits et intérêts, du jour de l'ouverture du douaire.

§. II. Deuxième cas.

392. Le cas auquel le père est mort avant sa femme, souffre plus de difficulté. La veuve jouit en ce cas, pendant sa vie, du douaire en tout son entier, sans aucune diminution des donations qui ont été faites à son enfant douairier; son mari n'ayant pu, par ces donations, donner aucune atteinte au droit qu'elle a de jouir de tout le douaire. Dans ce cas l'enfant douairier, qui ne doit jouir du douaire qu'après la mort de sa mère, doit-il néanmoins compter des fruits des héritages qui lui ont été donnés, et des intérêts des sommes qui lui ont été données, du jour que les fruits et les intérêts du douaire ont commencé à appartenir à sa mère? Nous avons traité cette question *suprà*, *n.* 364: nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

CHAPITRE V.

Comment se partage le douaire; et quels enfants y font part.

§. I. Entre quels enfants se fait ce partage; et quels sont ceux qui y font part.

393. Après l'ouverture du douaire, le douaire se partage entre les enfants qui y ont droit.

Ceux qui n'y ont jamais eu de droit, ne sont pas comptés, et n'y font pas de part.

Tels sont ceux qui sont prédécédés sans laisser aucun enfant qui les représente; car, étant décédés avant l'ouverture du douaire, ils n'ont pu jamais y avoir aucun droit. On ne doit pas compter non plus ceux qui, lors de l'ouver-

ture du douaire, n'ont plus l'état civil qu'ils ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale : car, étant retranchés de la société civile, ils sont incapables d'aucun droit.

On ne doit pas compter non plus celui qui a été exhérédé par le père pour une juste cause; car l'exhérédation le prive de tout droit aux biens de son père ; du droit de venir au douaire, comme de celui de venir à sa succession.

394. Doit-on compter l'enfant qui pourroit avoir part au douaire en renonçant à la succession, mais qui s'en est exclus en prenant la qualité d'héritier? Oui. Il se fait confusion de la part qu'il eût eu droit d'avoir dans le douaire, plutôt qu'elle n'est vacante; il est censés 'en être payé dans les biens de la succession qu'il a recueillie. Sa part ne doit donc pas accroître aux autres douairiers; mais elle doit demeurer confondue dans la succession. C'est pourquoi si, de quatre enfants qu'un père a laissés, il y en a un qui a accepté la succession, et trois qui se sont tenus au douaire, l'héritier ne doit payer à chacun des trois douairiers que le quart du douaire; l'autre quart demeure confondu dans la succession.

La coutume de Valois en a une disposition en l'*art.* 110, où il est dit : « Aucun ne peut être héritier et douager; « mais en acceptant la succession du père, la part et por- « tion du douaire contingente audit acceptant est confuse « en ladite succession en sa personne. »

Celle de Senlis, *art.* 186, dit pareillement : « Si le père « va de vie à trépas, délaissés plusieurs enfants, l'un des- « quels renonce, et accepte le douaire, et les autres se por- « tent héritiers; celui qui aura renoncé à la succession, « n'aura audit douaire que telle part et portion que si les « autres se fussent déclarés douairiers, et non héritiers. »

Les dispositions de ces coutumes, étant fondées sur les principes de la matière, doivent être suivies dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

395. Il en est de même lorsque, de quatre enfants, trois sont douairiers, et le quatrième a renoncé tant à la succession qu'au douaire, pour se tenir aux donations qui lui ont

été faites par son père : sa part n'accroît pas aux autres enfants, qui ne peuvent prétendre que leur quart du douaire. La raison est, que la part qu'avoit droit de prétendre dans le douaire l'enfant renonçant, n'est pas vacante : cet enfant en est payé par les donations qui lui ont été faites. Son père, en les lui faisant, est censé les lui avoir faites en paiement de ce qui lui revenoit pour sa part dans le douaire, et en avoir libéré sa succession.

396. Il y a plus de difficulté lorsque celui des enfants qui renonce, tant à la succession qu'au douaire, y renonce gratuitement, sans avoir rien reçu de son père. Duplessis décide que la part de ce renonçant accroît, en ce cas, aux autres enfants douairiers, qui peuvent en conséquence prétendre le total du douaire. La raison est, que le douaire est une espèce de substitution et de fidéicommis légal dont la loi charge le père au profit des enfants qui naîtront du mariage, lesquels y sont appelés *collectivè, conjunctim, nullis adscriptis partibus;* que ces enfants sont, par rapport à ce fidéicommis légal, *conjuncti re et verbis, inter quos est locus juri accrescendi.* Lorsque les enfants d'une personne sont appelés *conjunctim, nullis adscriptis partibus,* à une substitution, par une donation ou par un testament, il y a lieu entre eux au droit d'accroissement, et la part de celui qui renonce à la substitution accroît aux autres : pourquoi n'y auroit-il pas pareillement lieu dans le cas de cette espèce de substitution à laquelle ils sont appelés par la loi ou par la convention du douaire ?

Le parlement de Normandie a embrassé l'opinion contraire. Il est dit en l'*article* 89 de ses arrêtés : « Les enfants « n'auront pas le tiers entier, si tous n'ont renoncé : mais « celui qui aura renoncé, aura la part audit tiers, qu'il « auroit eue si tous avoient renoncé. »

Lemaître, sur la coutume de Paris, s'est aussi décidé contre l'accroissement. Les raisons qu'il apporte pour son opinion me paroissent foibles. Il dit que le douaire est une créance que les enfants ont contre la succession de leur père; que la renonciation que fait l'un d'eux au douaire, est une remise qu'il fait de la part qu'y a l'héritier de son

père, qui en est le débiteur; que c'est l'héritier, à qui la remise est faite, qui en doit profiter.

La réponse est, qu'une substitution est pareillement une créance que les substitués ont contre l'héritier du grevé qui en est le débiteur. Cela n'empêche pas qu'il n'y ait lieu entre les substitués au droit d'accroissement des parts de ceux qui les répudient. Lorsque l'un des substitués répudie la substitution, on ne doit pas dire qu'il fait remise de sa part à l'héritier qui en est le débiteur; on doit plutôt dire que, par la renonciation qu'il fait à la part qu'il eût pu prétendre, il n'y a jamais eu de part, et que le total est demeuré à ses cosubstitués, *jure non decrescendi, magis quàm jure accrescendi.* Pareillement, lorsqu'un des héritiers renonce gratuitement au douaire, on ne doit pas dire qu'il fait remise de sa part à la succession du père, qui en est débitrice; mais plutôt qu'en renonçant à la part qu'il eût pu y prétendre dans le douaire, il n'y a jamais eu aucune part, et que le total doit demeurer aux autres enfants: *Utrobiquè eadem ratio, utrobiquè idem jus statuendum est.*

397. Si l'enfant qui a renoncé gratuitement au douaire avoit déclaré expressément, par une clause de l'acte de renonciation, qu'il y renonçoit en faveur de la succession de son père, il n'est pas douteux, en ce cas, qu'il n'y auroit pas lieu au droit d'accroissement, et que la part de ce renonçant doit rester dans la succession. L'enfant, dans ce cas, est censé avoir accepté la part qu'il avoit droit d'avoir dans le douaire, et en avoir disposé au profit de la succession de son père, pour qu'il s'y trouvât de quoi acquitter les dettes de son père, et faire honneur à sa mémoire.

§. II. Comment se fait le partage entre les douairiers.

398. Lorsque le douaire est un douaire préfix qui consiste en une rente ou en une somme d'argent, il n'y a pas de partage à faire; chacun y a sa part.

Lorsqu'il consiste en héritages, le partage doit s'en faire entre les douairiers, comme se font les partages entre des copropriétaires. *Voyez*, à cet égard, *notre Traité du Contrat de société, et le premier Appendice.*

Tout ce qu'il y a à observer à l'égard de ce partage, est que le fils aîné qui a renoncé à la succession de son père, et qui partage le douaire avec ses frères et sœurs, n'a aucune prérogative dans les biens féodaux qui le composent. La coutume de Paris, *art.* 250, s'en explique. Il y est dit sur la fin : « Se partit le douaire, soit préfix, soit coutu-« mier, entre eux (enfants), sans droit d'aînesse ou préro-« gative. »

Cette disposition de la coutume de Paris fait à cet égard le droit commun, et s'observe dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. La raison est, que les coutumes n'accordent le droit d'aînesse au fils aîné qu'*en succession :* or le titre de douaire n'est pas titre de succession, puisqu'il faut au contraire renoncer à la succession pour être douairier, comme nous l'avons vu *suprà.*

Il y a néanmoins quelques coutumes, comme Normandie, *art.* 402, et Valois, qui ont conservé à l'aîné le droit d'aînesse dans le partage du douaire.

On doit suivre à cet égard la coutume des lieux où les héritages féodaux qui se trouvent composer le douaire, sont situés. Par exemple, si, parmi les héritages qui forment et composent le douaire, il y a quelques héritages féodaux, situés sous la coutume de Valois, l'aîné y prendra son droit d'aînesse, tel qu'il est réglé par cette coutume; mais il ne le prendra pas dans les autres héritages féodaux dont le douaire est composé, s'ils sont situés sous des coutumes qui n'ont pas une pareille disposition.

399. Si l'aîné se portoit héritier, et que les puînés se portassent douairiers, l'aîné pourroit-il prétendre son droit d'aînesse sur les héritages féodaux qui composeroient le douaire, de même qu'il a droit de le prétendre sur les biens féodaux dont le père a fait donation à ses puînés? Duplessis tient avec raison la négative. Il y a une grande différence entre le douaire et les donations. Le droit d'aînesse est, à la vérité, une espèce de légitime due à l'aîné, à laquelle il n'est pas permis au père de donner atteinte par des donations de biens féodaux qu'il feroit à ses puînés : mais le douaire n'est pas une donation; c'est une créance qui n'est

pas sujette au retranchement pour la légitime, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 292.

Cela a lieu dans les coutumes où le douaire est propre aux enfants. Dans celles où il est personnel à la femme, lorsque, par une convention du contrat de mariage, on est convenu que les enfants auroient la propriété du douaire, le douaire des enfants est, en ce cas, regardé comme une donation qui leur est faite par leur père, comme nous l'avons observé *ibidem.* C'est pourquoi, dans ces coutumes, les parts que les puînés ont dans les biens féodaux qui le composent, ne peuvent donner atteinte au droit d'aînesse du fils aîné qui s'est porté héritier de son père.

FIN DU TRAITÉ DU DOUAIRE.

APPENDICE

AU TRAITÉ DU DOUAIRE.

DU DROIT D'HABITATION.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Quelques coutumes accordent aux veuves, outre le douaire, un droit d'habitation.

On stipule aussi quelquefois, par les contrats de mariage, une habitation pour la femme, au cas qu'elle survive.

Comme ce droit tient beaucoup du douaire, et qu'il en est une espèce d'extension, il fera la matière d'un Appendice au *Traité du Douaire*.

De même qu'il y a deux espèces de douaires, le *douaire coutumier* et le *conventionnel*, on peut aussi distinguer deux espèces de droit d'*habitation;* l'*habitation coutumière* et l'*habitation conventionnelle*. Nous traiterons de chacune séparément.

SECTION PREMIÈRE.

Du droit d'habitation coutumière.

2. On peut définir ce droit, le droit que la loi municipale accorde à une veuve, outre le douaire, d'habiter pendant sa vie, ou du moins pendant sa viduité, dans une des maisons de la succession de son mari.

Nous verrons sur le droit d'habitation, 1° Si la femme peut renoncer à ce droit par le contrat de mariage; et quand elle est censée y avoir renoncé; 2° quelle est la variété des coutumes par rapport aux personnes auxquelles elles

accordent ce droit; 3° quelle est la variété des coutumes par rapport à ce qui fait l'objet de ce droit; 4° à quoi s'étend le droit d'habitation que les coutumes accordent à la veuve; 5° quelles en sont les charges; 6° comment il s'éteint; 7° par quelle coutume doit se régler ce droit d'habitation.

ARTICLE PREMIER.

Si la femme peut valablement renoncer, par le contrat de mariage, au droit d'habitation que les coutumes lui déférent; et quand paroît-elle y avoir renoncé?

3. Nous avons vu en notre Traité du Douaire, *n.* 3, qu'on pouvoit valablement convenir, par le contrat de mariage, que la femme n'auroit aucun douaire. Par la même raison, dans les coutumes qui accordent aux veuves un droit d'habitation, une femme peut, par le contrat de mariage, valablement renoncer à ce droit; car, outre que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes conventions, il est permis à chacun de renoncer à un droit qui n'est établi qu'en sa faveur.

4. Lorsqu'il est porté, par le contrat de mariage, que les parties se sont mariées suivant une telle coutume; si cette coutume à laquelle elles se sont soumises est du nombre de celles qui n'accordent aux veuves aucun droit d'habitation, la femme est censée, par sa soumission à cette coutume, avoir renoncé au droit d'habitation.

Il en seroit autrement si le contrat portoit seulement que la communauté seroit régie suivant une telle coutume; car cette convention ne s'applique qu'à ce qui concerne la communauté, et n'embrasse pas les autres droits qui résultent du mariage.

5. Lorsqu'il est porté, par le contrat de mariage, que la femme n'aura pas de douaire, est-elle censée avoir, par cette convention, renoncé pareillement au droit d'habitation? La raison de douter est, que le droit d'habitation paroît faire en quelque façon partie du douaire, et être en conséquence compris dans cette convention : néanmoins on doit décider pour la négative, parceque le droit d'habitation, quoiqu'il soit une espèce d'extension du douaire,

est néanmoins un droit distingué du douaire ; ce qui suffit pour que la convention d'exclusion du douaire n'y puisse être étendue, cette convention, qui est très-exorbitante du droit commun, n'étant pas susceptible d'extension.

6. Lorsque, par le contrat de mariage, il a été convenu que la femme auroit une certaine habitation, la femme est-elle censée, par cette convention d'habitation conventionnelle, avoir renoncé au droit d'habitation qui lui seroit déféré par les coutumes? L'affirmative ne doit pas souffrir difficulté dans les coutumes qui décident que le douaire conventionnel exclut le coutumier. La même raison qui fait présumer que la femme, dans ce cas, se contente du douaire convenu, et qu'elle renonce en conséquence à celui que la loi lui défère, doit faire présumer pareillement que la femme, qui est convenue, par le contrat de mariage, de certaines choses pour son habitation, s'est contentée de cette habitation, et a renoncé à celle que la loi lui défère.

Au contraire, dans les coutumes, telles que celle du Grand-Perche, qui donnent à la veuve le choix du douaire coutumier ou du conventionnel, la convention de douaire n'étant pas regardée comme une renonciation au douaire que la coutume défère, et que la femme peut en conséquence choisir au lieu du conventionnel, il paroît que, suivant l'esprit de ces coutumes, la convention d'une certaine habitation, par le contrat de mariage, ne doit pas être regardée comme une renonciation faite à celle que la loi défère, et que la femme peut en conséquence, dans ces coutumes, avoir le choix de l'habitation, ou de celle qui est portée par la convention, ou de celle que la coutume défère.

ARTICLE II.

De la variété des coutumes sur la qualité des veuves à qui elles accordent un droit d'habitation.

7. Il y a beaucoup de variété dans les coutumes, par rapport au droit d'habitation.

La première espèce de variation concerne la qualité des veuves auxquelles les coutumes accordent ce droit d'habitation.

Un grand nombre de ces coutumes n'accordent ce droit qu'aux nobles : d'autres l'accordent expressément à la veuve *noble* ou *roturière;* comme Sedan, *art.* 213; enfin il y en a qui ne s'expliquent point sur la qualité des veuves auxquelles elles accordent ce droit.

Il n'est pas douteux que, dans celles-ci, les veuves roturières, aussi bien que les nobles, doivent avoir ce droit, suivant la maxime : *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere.*

A l'égard des coutumes qui n'accordent ce droit qu'aux veuves nobles, la première question qui se présente est de savoir si, lorsqu'une femme noble de naissance a épousé un roturier, cette femme, qui, à la mort de son mari, reprend sa qualité de noble, doit avoir ce droit d'habitation que ces coutumes accordent aux veuves nobles. Ces coutumes se sont exprimées différemment. La plupart s'expriment ainsi, *entre nobles.* Ces termes, *entre nobles*, supposent clairement la noblesse dans les deux conjoints, tant dans le mari que dans la veuve : c'est pourquoi il ne peut guère être douteux, dans ces coutumes, que la veuve d'un roturier, quoiqu'elle soit noble de naissance, ne peut être fondée à demander le droit d'habitation.

Cela reçoit encore moins de doute dans les coutumes qui disent expressément, *la veuve d'un noble, etc.*

La coutume d'Anjou, *art.* 309; celle du Maine, *art.* 322, disent simplement, *femme noble, etc.;* mais ce qui est dit ensuite, *mais ainsi n'est pas de la femme d'un roturier*, fait assez connoître que par ces termes, *femme noble*, ces coutumes ont entendu, *la femme d'un noble.*

Il pourroit y avoir un peu plus de difficulté dans celle de Péronne, qui dit simplement, *femme noble*, sans s'expliquer ailleurs de ce qu'elle entend par *femme noble.* Néanmoins je pense que, même dans cette coutume, ces termes, *femme noble*, doivent s'entendre de la femme d'un noble.

La raison est, que le droit qui accorde une habitation aux veuves, est un droit qui n'a été adopté que par l'état de noblesse de cette province; le tiers-état ne s'y est pas

soumis : d'où il suit que la veuve d'un homme du tiers-état n'est pas fondée à prétendre une habitation dans la succession de son mari, lequel, étant du tiers-état, n'est pas soumis à ce droit.

8. La seconde question est de savoir si la veuve d'un noble, lorsqu'elle est de naissance roturière, a, dans ces coutumes, le droit d'habitation. Il faut décider qu'elle a ce droit. Son mariage l'a rendue participante de la noblesse de son mari : elle en a toutes les prérogatives et tous les droits, et par conséquent le droit d'habitation.

9. La troisième question est de savoir si, dans les coutumes qui n'accordent aux veuves le droit d'habitation qu'entre nobles, la veuve d'un noble qui jouissoit d'une noblesse personnelle, et non transmissible, telle que celle qui est attachée à plusieurs offices, est fondée à prétendre ce droit dans la succession de son mari. Je ne l'y crois pas fondée. La noblesse de son mari étant finie avec lui, sa succession qui lui survit n'est pas une succession noble. C'est pourquoi, dans les coutumes qui ont des règles différentes pour le partage des successions des nobles, et pour celui des successions des non nobles, on juge que la succession de ces personnes ne doit pas se partager noblement. Par la même raison, il me paroît qu'on doit décider que les veuves de ces personnes ne sont pas fondées à demander le droit d'habitation dans la succession de leurs maris, dans les coutumes qui n'accordent qu'entre nobles le droit d'habitation; les successions de ces personnes n'étant pas des successions nobles.

10. Enfin la dernière question est de savoir si, dans ces coutumes, pour que la veuve puisse prétendre le droit d'habitation, il suffit que son mari fût noble lors de son décès, quoiqu'il ne le fût pas encore lorsque les parties ont contracté leur mariage. Je crois que cela suffit; car ce n'est que lors du décès du mari, que la loi accorde et défère ce droit à la veuve; ce n'est donc que dans ce temps qu'on doit considérer la condition du mari. En cela le droit d'habitation est différent du douaire; *voyez infrà*, *n.* 19.

ARTICLE III.

De la variété des coutumes sur la chose qui fait l'objet du droit d'habitation.

11. Il y a une très grande variété dans les coutumes, sur ce qui fait l'objet du droit d'habitation qu'elles accordent à la femme.

PREMIÈRE VARIÉTÉ. La coutume de Saint-Quentin, *tit.* 5, *art.* 95, donne à la veuve *une maison de celles sujettes à son douaire*, c'est-à-dire, de celles qui font partie des biens immeubles que son mari avoit dès le temps des épousailles, ou qui lui sont venues depuis de ses père et mère, et autres parents de la ligne ascendante, que la veuve prend par préciput avant le partage desdits biens. Au contraire, la plupart des autres coutumes donnent à la veuve, pour son habitation, une des maisons qui se trouvent dans la succession de son mari, sans distinguer si elles font partie, ou non, des biens sujets au douaire coutumier.

12. SECONDE ESPÈCE DE VARIÉTÉ. La coutume de Montreuil, *art.* 41, dit que la femme douairière n'a aucune part au château et forteresse de la seigneurie où elle a son douaire, lequel château appartient en entier à l'héritier, sauf à elle à prendre son habitation dans la basse-cour et autres édifices. Celle d'Amiens et celle de Boullenois ne permettent pas non plus à la douairière de prendre pour son habitation un château ou lieu fort. Au contraire, les coutumes de Clermont, Reims, Saint-Quentin, lui permettent de prendre même une forteresse pour son habitation.

13. TROISIÈME ESPÈCE DE VARIÉTÉ. Lorsqu'il y a plusieurs maisons dans la succession du mari, les coutumes de Vitry, Laon, Châlons, Noyon et plusieurs autres, donnent à la veuve le choix de celle qu'elle voudra pour son habitation. Au contraire, les coutumes de Beauquesne, de Tours, de Loudunois, de Grand-Perche, de Bourbonnois, ne donnent le choix à la veuve qu'après que l'héritier aura choisi une maison pour lui.

14. QUATRIÈME VARIÉTÉ. Lorsqu'il n'y a qu'une maison

dans la succession du mari, la plupart des coutumes n'en donnent que la moitié à la femme pour son habitation. Celles de Châlons et de Sedan ne restreignent l'habitation de la veuve à la moitié, que lorsque la maison est assez spacieuse pour être partagée en deux appartements, de l'un desquels elle donne le choix à la veuve; mais lorsqu'elle n'est pas assez spacieuse pour qu'une partie soit un logement suffisant pour cette veuve, selon son état, elle donne la maison entière à la veuve pour son habitation. Celles de Noyon et de Péronne donnent indistinctement la maison entière à la veuve pour son habitation, lorsqu'il n'y en a qu'une. Au contraire, la coutume du Grand-Perche permet seulement à la femme de demeurer, pendant un an et jour, dans la maison où demeuroit son mari, lorsqu'il n'y en a pas d'autres dans la succession, et elle ne lui donne au surplus aucune habitation. La coutume de Tours, lorsqu'il n'y a d'autre maison dans la succession du mari que celle où il est mort, accorde à la veuve sa demeure dans ladite maison, *au cas auquel elle et les héritiers y puissent, avec elle, commodément loger;* d'où il paroît suivre que si la maison n'est pas assez spacieuse pour loger l'héritier et la veuve, elle n'accorde, en ce cas, à la veuve aucune habitation.

15. Quelque variété qu'il y ait entre les coutumes sur ce qui fait l'objet du droit d'habitation, elles conviennent toutes en un point, qui est, qu'elles n'accordent à la veuve ce droit d'habitation que sur quelques maisons de la succession du mari; que s'il n'y en a aucune, il n'y a pas lieu au droit d'habitation. Celle d'Amiens, *art.* 120, s'en explique; elle dit : *L'héritier est tenu bailler à la veuve maison de douaire; mais quand il n'y en a, n'est tenu de lui en bailler.* Celle de Saint-Paul, *tit.* 6, *art.* 46, dit pareillement : *S'il n'en avoit, la femme n'en auroit point.* Cela se doit supposer dans les autres coutumes.

16. Si le mari ne laissoit à sa mort qu'une maison grevée de substitution au profit de ses enfants, la veuve pourroit-elle, nonobstant la substitution, y prétendre son habitation ? La raison de douter est, que nous avons vu en notre

Traité du Douaire, *n.* 61 *et suivants*, que, suivant une ancienne jurisprudence, confirmée par l'ordonnance de 1747, la douairière a le droit, à défaut de biens libres, de prendre son douaire sur les biens grevés de substitution. Or, comme nous l'avons dit *suprà*, *n.* 1, le droit d'habitation tient de la nature du douaire, et en est, dans les coutumes qui l'accordent à la veuve, une espèce d'extension; il doit donc, de même que le douaire, se prendre, à défaut de biens libres, sur les biens grevés de substitution.

Nonobstant ces raisons, je pense que la douairière n'a pas ce privilége pour son droit d'habitation; car il est de la nature des priviléges de n'être pas susceptibles d'extension. Celui que la douairière a pour son douaire, sur les biens grevés de substitution, ne doit pas s'étendre à son droit d'habitation, qui ne fait pas proprement partie du douaire, mais qui en est seulement une espèce d'extension, et un droit qui en est distingué.

ARTICLE IV.

A quoi s'étend le droit d'habitation que les coutumes accordent aux veuves.

17. Le droit d'habitation que les coutumes accordent à une veuve, dans une des maisons de la succession de son mari, comprend généralement tout ce qui fait partie de cette maison; c'est pourquoi la coutume de Péronne, *art.* 141, dit que la femme doit avoir la maison *avec les jardins et fossés pour sa demeure.* Celle de Ribemont, *tit.* 9, *art.* 91, dit, avec toutes les aisances et commodités, fût-ce hors la maison, pourvu qu'elles aient été destinées à l'aisance et commodité d'icelle, comme caves, greniers, celliers et autres.

18. On fait une question, qui est de savoir, si la veuve a droit de louer à son profit la maison que la coutume lui donne, lorsqu'elle ne veut pas l'occuper par elle-même. Il faut distinguer deux cas; le premier cas est celui auquel la femme a l'habitation d'une maison entière. On dit pour l'affirmative, dans ce cas, qu'étant indifférent à l'héritier du mari propriétaire de la maison dans laquelle la femme

a droit d'habitation, qu'elle soit occupée par la femme elle-même ou par un locataire, il est sans intérêt pour empêcher la femme de donner à loyer cette maison. D'ailleurs Justinien, par la loi 13, *Cod. de usufr. et habit.*, permet expressément à ceux qui ont droit d'habitation, de donner à loyer la maison sujette à ce droit, sans être tenus d'y habiter eux-mêmes.

Au contraire, pour la négative, on peut dire que Justinien, en permettant à celui qui a droit d'habitation, de donner à loyer la maison en entier, en demeurant ailleurs, a confondu les notions naturelles que nous avons des différents droits de servitudes personnelles. De tous les droits, il n'y a que celui d'usufruit qui renferme non seulement le droit d'user, c'est-à-dire, le droit de se servir, mais encore celui d'en *jouir*, *jus utendi fruendi*, c'est à-dire, d'en percevoir toute l'utilité et tous les revenus : c'est ce que contient ce *jus fruendi*. Les autres droits de servitudes personnelles ne sont qu'un simple droit d'user de la chose pour un certain usage. Le droit d'habitation n'est autre chose que le droit que celui, à qui il appartient, a d'user et de se servir de la maison, pour l'habiter avec sa famille. Justinien, en lui donnant le droit de donner à loyer la maison en entier, sans y demeurer lui-même, confond cette servitude avec l'usufruit ; il lui donne le droit de *jouir*, qui n'appartient qu'à l'usufruitier; car le pouvoir de vendre et de louer l'usage d'une chose à d'autres, sans s'en servir pour lui-même, est ce en quoi consiste la jouissance d'une chose. Dans nos provinces qui ne sont pas régies par le droit écrit, et où nous n'empruntons des lois romaines que ce qui nous paroît conforme à la raison, nous pouvons abandonner sur le droit d'habitation la décision de Justinien, et nous en tenir à l'ancien droit qui s'observoit avant lui, comme plus conforme aux notions naturelles des choses, lequel ne permettoit pas à celui qui n'a qu'un droit d'habitation, de donner à loyer la maison entière, en demeurant ailleurs; mais qui lui permettoit seulement, comme par grâce, lorsqu'il habitoit la maison avec sa famille, de prendre avec lui un étranger pour occuper ce

qu'il avoit de trop, et d'en retirer un loyer. On doit d'autant plus borner à cela l'habitation de la femme, que cette habitation, dans une des maisons de son mari, paroît lui être accordée pour conserver la mémoire de son mari, plutôt que pour en tirer du profit.

A l'égard de l'objection qu'on fait, qu'étant indifférent au propriétaire de la maison par qui elle soit occupée, il est sans intérêt pour empêcher la femme d'en jouir; la réponse est que, lorsque la femme abandonne le droit qu'elle a d'habiter la maison, en allant demeurer ailleurs, il a intérêt de reprendre la jouissance de sa maison, faute par la femme d'user de son droit, et d'empêcher la femme de s'attribuer, en louant la maison, une jouissance de cette maison qui ne lui appartient pas.

Dans le second cas, lorsque le droit d'habitation de la femme ne consiste que dans un appartement de la maison qui s'est trouvée la seule dans la succession du mari, il est sans difficulté qu'elle ne peut louer ni céder à d'autres cet appartement; l'héritier du mari qui demeure dans la maison ayant intérêt qu'elle ne mette pas à sa place, dans cet appartement, des locataires dont le voisinage pourroit ne lui pas convenir.

19. Enfin on demande si la femme a droit d'obliger l'héritier de son mari à mettre en bon état la maison qu'elle a choisie pour y avoir son habitation. Je crois qu'elle n'y est pas fondée. Le droit d'habitation est un droit que la coutume n'accorde à la veuve qu'au temps du décès de son mari. De même qu'elle ne lui donne ce droit qu'autant qu'il se trouvera quelque maison dans la succession de son mari, de même elle ne lui donne ce droit sur une desdites maisons qu'en l'état auquel elles se trouvent. En cela ce droit, que la loi seule accorde à la veuve, est différent de celui qu'elle auroit stipulé par le contrat de mariage. Le mari ayant dès ce temps contracté l'obligation envers sa femme de lui donner, après sa mort, l'habitation d'une maison, a contracté dès ce temps envers elle l'obligation de conserver la maison en tel état que la femme puisse jouir de l'habitation qu'il lui a promise : l'héritier du mari succède à cette obligation,

et il est tenu en conséquence de la remplir, lorsque le défunt ne l'a pas remplie, et de mettre la maison en bon état, lorsqu'elle n'y est pas au temps de la mort du mari.

Au contraire, lorsque la veuve n'a d'autre droit d'habitation que celui que la loi lui donne au temps de la mort de son mari, le mari n'ayant contracté envers elle aucune obligation, au temps de son mariage, par rapport à ce droit d'habitation, son héritier ne peut être obligé à autre chose qu'à laisser jouir la veuve de son droit d'habitation dans la maison qu'elle a choisie pour son droit d'habitation, en l'état que cette maison se trouve.

Cette différence a été très bien observée par la coutume de Ribemont. Elle dit, *art.* 98, qu'après que la veuve a choisi une maison pour son habitation, *Ne seront tenus les héritiers de la réparer et de la mettre en autre état qu'en l'état qu'elle se trouve.* Elle ajoute ensuite en l'article suivant : *Autre chose est quand la douairière, par spéciale convention, doit avoir maison certaine; car, en ce cas, l'héritier la doit bailler à la douairière en bon et suffisant état.*

Le droit d'habitation est aussi différent en cela du douaire coutumier. Le mari contracte l'obligation du douaire coutumier dès en se mariant. Il s'oblige dès ce temps envers sa femme à lui laisser, au cas qu'elle lui survive, la moitié en usufruit de tous les héritages et autres immeubles qu'il a eus au temps des épousailles, et de ceux qui lui aviendront de ses père et mère, et autres parents de la ligne ascendante, pendant le mariage. Il s'oblige dès ce temps à lui conserver cet usufruit. C'est pourquoi, s'il se trouve diminué par les dégradations qu'il a faites aux héritages sujets à ce douaire, ou par défaut d'entretien, sa succession en doit être tenue envers la douairière; mais le mari n'ayant contracté aucune obligation par rapport au droit d'habitation, la veuve doit prendre la maison qu'elle a choisie pour son droit d'habitation, en l'état qu'elle se trouve.

20. Quoique les héritiers du mari ne soient pas obligés de mettre la maison en bon état, néanmoins, après l'expiration du temps que doit durer l'habitation de la femme,

les héritiers du mari ne peuvent rentrer dans la maison qu'en remboursant la femme, ou quoique ce soient les héritiers de la femme, des impenses qu'elle a faites pour mettre la maison en bon état : cela est fondé sur un grand principe d'équité, qu'il n'est jamais permis de s'enrichir aux dépens d'autrui. Faute par l'héritier du mari d'offrir ce remboursement, les héritiers de la femme ont droit de retenir la maison, jusqu'à ce qu'ils soient payés par les jouissances de la maison, des impenses faites par la femme.

La femme, pour se ménager, après l'expiration de son droit d'habitation, le remboursement de ses impenses, doit, peu après la mort de son mari, faire constater l'état des réparations qui étoient à faire à la maison qu'elle a choisie pour son habitation, par un procès-verbal d'experts fait contradictoirement avec l'héritier du mari, ou par défaut contre lui.

ARTICLE V.

Des charges du droit d'habitation.

21. La veuve qui jouit d'une maison pour son droit d'habitation, doit acquitter les charges foncières ordinaires et extraordinaires de la maison, qui naissent pendant tout le temps de la durée de son droit d'habitation : elle doit souffrir les servitudes auxquelles la maison est sujette : enfin elle doit faire les réparations d'entretien qui surviennent à faire pendant ledit temps de son habitation.

Plusieurs coutumes se sont expliquées sur cette charge de l'entretien de la maison. Celle de Clermont dit que la veuve la doit entretenir de clôture et de couverture. Celle de Noyon dit, *de pel torche et couverture, comme usufruitière doit faire.* Celles d'Amiens, de Montreuil, disent *de pel verge et couverture.* D'autres coutumes disent simplement qu'elle doit l'entretenir.

Ce que nous avons dit en notre Traité du Douaire, *part.* 1, *chap.* 5, *art.* 3, des charges de l'usufruit de la douairière par rapport aux héritages sujets au douaire, peut recevoir ici une entière application.

Lorsque la veuve ne jouit, pour son droit d'habitation,

que d'une partie de la maison, elle ne doit être tenue desdites charges qu'à proportion de la partie dont elle jouit. C'est ce qui résulte de la loi 18, ff. *de usufr. et habit.*, où Paul décide que la charge de l'entretien d'un héritage ne se partage entre le propriétaire de l'héritage et celui qui en a l'usage, que lorsqu'il reste une partie des fruits au propriétaire; mais lorsque le droit d'usage les absorbe en entier, celui qui a le droit d'usage en est seul chargé.

La décision de cette loi condamne l'opinion de ceux qui pensent que la personne qui n'a qu'une habitation bornée à un appartement, n'est tenue, de même qu'un locataire, qu'aux réparations locatives de l'appartement qu'elle occupe, et qu'elle ne doit contribuer aucunement à l'entretien ni aux charges du fonds. Ce droit d'habitation dans une partie de la maison est très différent de celui d'un locataire. Celui-ci n'a aucun droit dans le fonds, et il ne doit pas être par conséquent tenu des charges du fonds; il est seulement tenu des réparations locatives, parcequ'elles sont présumées provenir de son fait, ou de sa faute, ou de celle de ses domestiques : mais la personne qui a un droit d'habitation dans un appartement d'une maison, a un droit dans le fonds; le fonds lui appartient *aliquatenùs* par rapport à ce droit : elle doit donc contribuer à l'entretien et aux charges de ce fonds, à proportion de la jouissance de ce fonds, que le droit qu'elle y a lui donne.

ARTICLE VI.

Des différentes manières par lesquelles s'éteint le droit d'habitation de la veuve.

22. Le droit d'habitation étant un droit de servitude personnelle, dont la maison que la femme a choisie pour son habitation est chargée envers elle, il doit, de même que tous les autres droits de servitude personnelle, s'éteindre par la mort, soit naturelle, soit civile, de la veuve à qui ce droit appartient.

23. Le droit d'habitation s'éteint pareillement *non utendo*, lorsque la veuve n'a pas joui de son droit : il s'éteint aussi

consolidatione, de même que tous les autres droits de servitude, lorsque la veuve acquiert, à quelque titre que ce soit, la propriété de la maison dans laquelle elle avoit ce droit. *Voyez notre Traité du Douaire, part.* 1, *chap.* 6.

24. Il s'éteint aussi par la destruction de la maison dans laquelle la veuve a son droit d'habitation, *putà*, lorsqu'elle a été incendiée par le feu du ciel.

25. La veuve peut-elle, en ce cas, prétendre jouir de la place et du prix qu'ont été vendus les matériaux? Nous avons, contre la subtilité du droit romain, décidé pour l'affirmative à l'égard de l'usufruit qu'a la douairière dans les maisons sujettes à son douaire; mais je crois qu'on doit décider le contraire à l'égard du simple droit d'habitation. La raison de différence est, que le droit d'usufruit est *jus fruendi;* c'est le droit de percevoir tous les revenus que la chose chargée de cette servitude peut produire. Il est vrai que l'usufruitier en doit jouir comme un bon père de famille, et qu'il ne peut en conséquence la faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels le propriétaire, comme bon père de famille, la feroit servir : mais un bon père de famille, propriétaire d'une maison qui viendroit à être incendiée, s'il ne jugeoit pas à propos de la rebâtir, tireroit de la place qui en reste les revenus dont une place nue est susceptible, en la louant pour les usages auxquels elle peut servir, *putà*, pour faire un chantier. L'usufruitier d'une maison qui, par l'incendie, se trouve réduite à une place nue, a donc le droit de percevoir les revenus dont une place nue est susceptible. Il n'en est pas de même du droit d'habitation : ce n'est pas *jus fruendi*, lequel comprend toute l'utilité, tous les revenus que la chose peut produire; c'est *jus habitandi*, le droit d'habiter la maison, de s'y loger. Or il est évident que ce droit ne peut plus avoir lieu, la maison chargée de cette servitude se trouvant réduite à une place nue.

26. La veuve qui a perdu son droit d'habitation par l'incendie, ou la ruine de la maison dans laquelle elle avoit ce droit, est-elle fondée à demander à l'héritier qu'il lui donne une autre maison pour son habitation, lorsqu'il y

en a plusieurs dans la succession du mari? Je ne crois pas qu'elle y soit fondée. Dans les coutumes qui donnent un droit d'habitation à la veuve, l'héritier est débiteur, envers la veuve, d'une habitation dans une des maisons de la succession : la délivrance qu'il a faite à la veuve d'une maison de la succession, pour y avoir son habitation, est un paiement qu'il lui fait de la chose dont il étoit débiteur envers elle, qui le libère entièrement de cette dette; *Solutione extinguitur obligatio.* Quelque chose donc qui arrive par la suite, la veuve ne peut être fondée à rien demander à cet héritier, qui, par le paiement qu'il lui a fait, est quitte envers elle.

27. Il n'en est pas de même lorsque la veuve a été évincée de la maison qui lui avoit été délivrée pour son habitation. La raison est que, suivant les principes établis en notre Traité des Obligations, *n.* 540, *et* 543, un paiement n'est valable qu'autant que le créancier acquiert irrévocablement par ce paiement la chose qui lui est payée; et il est censé n'avoir pas été valable, lorsqu'il a été par la suite évincé de cette chose par une éviction dont la cause, ou le germe, existoit dès le temps du paiement.

Suivant ces principes, lorsque la veuve a été évincée de la maison qu'on lui avoit délivrée pour son habitation, l'héritier du mari est censé ne s'être pas acquitté envers elle de son obligation de lui fournir une habitation : la veuve, en conséquence, a le droit de choisir pour son habitation une autre maison, s'il s'en trouve encore plusieurs dans les biens de la succession; et s'il n'en restoit qu'une, elle auroit droit de l'avoir, soit pour le total, soit pour partie, suivant les différentes dispositions qu'ont les différentes coutumes pour le cas auquel il n'y a qu'une maison dans la succession; celle dont elle a été évincée ne devant pas être comptée.

S'il n'y avoit aucune autre maison dans les biens de la succession, la femme n'auroit, pour cette éviction, aucun recours contre l'héritier du mari, qui ne doit une habitation à la veuve qu'autant qu'il y a quelque maison dans la succession, comme nous l'avons vu *suprà.*

28. Le droit d'habitation de la veuve s'éteint lorsqu'elle passe à un autre mariage. Plusieurs coutumes, comme Laon, Reims, etc., en ont des dispositions expresses. Il en doit être de même dans celles qui ne s'en sont pas expliquées. La jurisprudence des arrêts l'a décidé à l'égard de l'habitation accordée à la femme par son contrat de mariage. Il y a, entre autres, un arrêt du 14 juillet 1760, qui a déclaré la veuve de Me. Andrieu, avocat, déchue de plein droit, par son convol en secondes noces avec le sieur de Mauron, du droit d'habitation qui lui avoit été accordé par son contrat de mariage avec ledit Andrieu, quoique les parties ne s'y fussent pas expliquées sur le cas du convol à un autre mariage. Il y a même raison de le décider à l'égard de l'habitation que les coutumes accordent à la veuve, sans s'expliquer sur le cas du convol à d'autres noces. La raison est que la femme, par le mariage qu'elle contracte, acquérant le domicile de son second mari, c'est dorénavant à son second mari à lui fournir son logement : les héritiers du premier doivent donc cesser d'être obligés à lui fournir l'habitation que la loi, ou la convention, lui avoit accordée, et qui lui devient inutile. D'ailleurs la bienséance ne permet pas qu'elle introduise son second mari dans une maison dont l'habitation ne lui a été accordée qu'en considération de la mémoire du premier.

ARTICLE VII.

Par quelle coutume doit-on décider si la veuve doit avoir un droit d'habitation?

29. Les coutumes qui accordent à la veuve un droit d'habitation dans une des maisons de la succession du mari, ayant pour objet des choses, sont des statuts réels, qui, suivant la nature des statuts réels, n'exercent leur empire que sur les choses qui y sont sujettes par la situation qu'elles ont dans leur territoire, et qui l'exercent sur ces choses, quelles que soient les personnes à qui elles appartiennent.

De là il suit qu'une veuve, quoique son mari fût domi-

cilié sous une coutume qui accorde aux veuves un droit d'habitation, n'est pas fondée à le prétendre, si les maisons que son mari a laissées dans sa succession sont situées sous une coutume qui n'accorde pas le droit d'habitation aux veuves; et qu'au contraire la veuve d'un mari, quoique domiciliée sous une coutume qui ne l'accorde pas, est fondée à le prétendre dans l'une des maisons de la succession de son mari, qui sont situées sous des coutumes qui accordent ce droit aux veuves.

3o. Lorsque le mari a laissé dans sa succession plusieurs maisons situées sous différentes coutumes qui accordent à la veuve une maison pour son habitation, la femme est-elle fondée à prétendre une habitation dans chacune de ces coutumes? Pour l'affirmative, on dira que les coutumes sont indépendantes les unes des autres; que le droit qu'une coutume défère à quelqu'un sur les héritages situés dans son territoire, est indépendant de celui qu'une autre coutume lui accorde en ceux situés dans le sien; qu'on décide en conséquence que, lorsqu'un homme a laissé dans sa succession plusieurs manoirs féodaux, situés sous différentes coutumes, dont chacune accorde à l'aîné de ses enfants un manoir par préciput, l'aîné a droit de prendre un manoir par préciput dans les héritages situés en chacune de ces coutumes. Par la même raison, dira-t-on, une veuve peut être fondée à demander une habitation dans chacune des coutumes qui lui défèrent ce droit.

Nonobstant ces raisons, je pense que la veuve ne peut demander qu'une seule habitation, et la choisir dans toutes les maisons situées sous les différentes coutumes qui lui accordent ce droit. La raison est, que la veuve ne pouvant habiter qu'une maison, il est contre la nature de l'habitation, que la femme puisse avoir ce droit dans plusieurs maisons. C'est pourquoi, dans la disposition de chacune des coutumes qui défèrent à la veuve une habitation dans une des maisons soumises à leur empire, on doit sous-entendre cette condition tacite, pourvu qu'elle n'en ait pas choisi une ailleurs.

SECTION II.

De l'habitation conventionnelle.

31. On peut, soit dans les coutumes qui accordent aux veuves un droit d'habitation, soit dans celles qui ne le leur accordent pas, convenir, par le contrat de mariage, que la femme aura son habitation dans quelqu'une des terres ou des maisons de son mari, au cas qu'elle lui survive.

Cette convention se fait de différentes manières.

Première espèce. Quelquefois on convient, par le contrat de mariage, que la future épouse, en cas de prédécès du futur, aura une telle maison pour son habitation.

Le droit d'habitation, dans cette espèce, comprend la maison entière, quelque spacieuse qu'elle soit. Le jardin, le colombier, n'en sont pas exceptés : la veuve a les fruits du jardin, et les pigeons du colombier.

32. Le droit d'habitation qui naît de la convention, convient en cela avec le légal : mais il a cela de plus que le légal, que la femme qui a ce droit par son contrat de mariage, peut obliger l'héritier du mari à mettre en bon état de réparations la maison dont l'habitation lui a été accordée par son contrat de mariage. Nous avons observé *suprà, n.* 19, les raisons de différence à cet égard entre l'un et l'autre droit.

A l'égard de toutes les réparations usufruitières qui surviennent depuis qu'elle est entrée en jouissance de son droit d'habitation, pendant tout le temps qu'il dure, la femme en est tenue de même qu'en est tenu un usufruitier, comme nous l'avons déja observé en la section précédente.

33. La seconde espèce de convention d'habitation, est lorsque l'on convient que la future, en cas de prédécès du futur, aura son habitation dans un tel château, ou dans une telle maison. Le droit d'habitation qui résulte de cette convention, comme l'a fort bien remarqué l'auteur du *Traité des Contrats de mariage,* est très différent de celui qui a lieu dans la première espèce. Au lieu que, dans la

première espèce, la veuve a droit de jouir de la maison entière; dans celle-ci, au contraire, le droit d'habitation de la veuve se borne à un logement convenable que l'héritier du mari doit y donner à la veuve, sans même qu'elle ait le choix de l'appartement : elle n'a aucune part ni aux pigeons du colombier, ni aux fruits du jardin. Je pense néanmoins qu'on doit lui laisser la faculté de s'y promener.

34. Au reste, les deux espèces conviennent en ce que, dans l'une et dans l'autre, le droit d'habitation de la femme est déterminé à une certaine maison; de manière que si cette maison vient à être détruite par le feu du ciel, ou par quelque autre force majeure, sans avoir été rebâtie avant l'ouverture du droit d'habitation, la convention d'habitation demeure sans effet; et quand même le mari laisseroit dans sa succession d'autres maisons, la femme ne seroit pas fondée à prétendre un droit d'habitation dans quelqu'une desdites maisons, en vertu de la convention d'habitation portée au contrat de mariage; l'habitation ne lui ayant été promise par ladite convention, que dans celle qui n'existe plus, et non dans les autres.

35. Mais si les maisons que l'homme a laissées dans sa succession, sont situées sous des coutumes qui défèrent aux veuves un droit d'habitation, la veuve pourra prétendre le droit d'habitation que les coutumes lui défèrent; car elle n'est censée avoir renoncé à ce droit, par la convention d'habitation portée au contrat de mariage, qu'autant que cette convention auroit effet.

Il en seroit autrement si la maison qui fait l'objet du droit d'habitation de la femme, qui lui a été accordé par son contrat de mariage, n'avoit été détruite par une force majeure que depuis l'ouverture du droit d'habitation; car le droit d'habitation qui résulte de la convention, ayant été ouvert et acquis à la femme, a fait cesser celui que la loi lui déféroit.

36. Lorsque la maison déterminée par la convention d'habitation a péri par la faute du mari et le défaut d'entretien, la femme est fondée à demander, contre l'héritier du mari, une indemnité de la perte de son droit d'habita-

tion qui en résulte; car le mari, en contractant, par la convention portée au contrat de mariage, l'obligation de donner à la femme l'habitation de cette maison, a contracté envers elle une obligation secondaire de conserver et d'entretenir tellement la maison, qu'il pût remplir à cet égard son obligation, suivant le principe établi en notre Traité des Obligations, *n.* 142.

En cela le droit d'habitation qui est formé et qui naît de la convention, est différent de celui que la loi défère.

37. Le droit d'habitation conventionnelle dans les deux espèces ci-dessus, diffère encore de celui que la loi défère. Celui-ci n'empêche pas le mari de disposer librement entre vifs de ses maisons, la loi ne déférant le droit d'habitation qu'au temps de la mort du mari, et sur les maisons qui se trouvent dans sa succession. Au contraire, dans les deux espèces ci-dessus, la maison ayant été, par le contrat de mariage, déterminée et affectée à l'habitation de la femme, le mari n'a pu par son fait, par une aliénation volontaire, préjudicier au droit d'habitation de la femme dans ladite maison; et la femme peut en conséquence réclamer son droit contre les tiers détenteurs de ladite maison, à moins que l'héritier du mari ne lui donne un équivalent.

38. Une troisième espèce de convention d'habitation, est lorsqu'il est dit, par le contrat de mariage, que la future épouse, en cas de survie, aura pour son habitation un des châteaux de son mari.

Dans cette espèce, de même que dans la première, la veuve doit avoir le château entier pour son habitation; mais elle diffère de la première espèce, en ce qu'il n'est point déterminé. C'est pourquoi, dans cette espèce, lorsqu'il y en a plusieurs, l'héritier du mari peut assigner à la veuve celui qu'il jugera à propos pour son habitation : elle n'en doit avoir le choix que lorsqu'il lui a été expressément accordé par le contrat de mariage; sans cela le choix appartient au débiteur, suivant les principes établis en notre Traité des Obligations, *n.* 247.

39. Une quatrième espèce de convention d'habitation, c'est lorsqu'il est dit que la veuve aura son habitation dans

un des châteaux du mari. Elle ne diffère de l'espèce précédente qu'en ce que, dans cette espèce, l'héritier du mari, quoiqu'il y ait plusieurs châteaux dans la succession du mari, n'est pas tenu de laisser à la veuve l'un des châteaux en entier pour son habitation; il suffit qu'il lui assigne dans un des châteaux un appartement convenable.

40. Dans ces deux dernières espèces, l'objet de la convention étant indéterminé, la ruine qui survient, quoique sans le fait ni la faute du mari, de quelques-uns des châteaux ou maisons du mari, n'éteint pas le droit d'habitation résultant de la convention; il suffit qu'il en reste un seul, pour que le droit soit conservé dans celui qui reste. Cela est conforme aux principes établis en notre Traité des Obligations, *n.* 250.

Mais lorsque, après l'ouverture du droit d'habitation, l'héritier du mari a donné à la veuve une maison pour son habitation, le droit d'habitation de la veuve étant, par le paiement qui lui a été fait, déterminé à cette maison; si par la suite elle vient à périr, sa perte éteindra le droit d'habitation.

41. Une cinquième espèce est, lorsqu'il est dit que la future épouse, en cas de survie, aura, outre son douaire, une habitation, sans ajouter, *dans un des châteaux ou maisons du futur.*

Cette espèce diffère des précédentes, en ce que l'habitation stipulée par la femme n'étant pas, dans cette espèce, limitée aux châteaux ou maisons du mari; s'il ne se trouvoit dans les biens du mari aucune maison qu'on pût donner à la veuve pour son habitation, l'héritier du mari seroit tenu de lui payer par chacun an une somme à laquelle on arbitreroit que pourroit monter le loyer d'une maison ou d'un appartement convenable, suivant l'état de la veuve, dans la ville où étoit le domicile de son mari lors de sa mort.

42. Une sixième espèce, c'est lorsqu'il est dit, par le contrat de mariage, que la future épouse aura son habitation dans une des maisons de son mari, ou une certaine somme d'argent par chacun an.

Dans cette espèce, suivant la nature des obligations alternatives, l'héritier du mari a le choix de donner à la veuve l'une des deux choses, ou la rente d'une somme d'argent, ou une habitation, à moins que le choix n'eût été, par la convention, expressément accordé à la femme. Si, lors de la mort du mari, il ne restoit dans sa succession aucune maison, le droit de la veuve subsisteroit dans la rente viagère de la somme convenue, que l'héritier seroit tenu de lui faire. *Voyez notre Traité des Obligations, n.* 247 *et* 250.

Mais lorsque, après l'ouverture du droit d'habitation, l'héritier du mari a donné à la veuve une habitation en nature dans une des maisons de la succession du mari, l'obligation étant acquittée par ce paiement, et déterminée à cette habitation en nature, la ruine de cette maison qui arriveroit par la suite, éteindroit entièrement son droit d'habitation, sans qu'elle pût demander la rente.

FIN DU DROIT D'HABITATION.

TRAITÉ

DES DONATIONS

ENTRE MARI ET FEMME.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

Nous diviserons ce chapitre en quatre articles. Nous exposerons, dans le premier, la variété de nos lois sur les donations entre mari et femme. Nous traiterons, dans un second, de la nature de ces lois. Nous verrons, dans un troisième, si l'on peut y déroger par le contrat de mariage. Le quatrième article contiendra la division de ce Traité.

ARTICLE PREMIER.

De la variété de nos lois sur les donations entre mari et femme.

1. Suivant le droit romain, c'étoit un des effets du mariage, que l'homme et la femme ne pouvoient, pendant le mariage, se faire valablement à l'un et à l'autre aucune donation entre vifs.

Ulpien nous en donne de très belles raisons : *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 ergà se facilitate;* l. 1, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*

Il en apporte encore une autre raison : *Majores nostri*, dit-il, *inter virum et uxorem donationes prohibuerunt.... famæ conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur; neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret;* l. 3, ff. *d. tit.*

2. Il n'y avoit que les donations entre vifs qui fussent défendues par le droit romain entre des conjoints par mariage. Il leur étoit permis de disposer à leur gré l'un envers l'autre par donation pour cause de mort, ou par testament : *Inter virum et uxorem mortis causâ donationes receptæ sunt;* l. 9, ff. *d. tit. Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt;* l. 10, ff. *d. tit.*

3. La rigueur du droit romain, qui déclaroit absolument nulles les donations entre vifs faites entre mari et femme pendant le mariage, reçut un tempérament par la constitution des empereurs Sévère et Antonin Caracalla son fils, qu'il avoit associé à l'empire. Cette constitution ordonne que, lorsque celui des conjoints qui a fait une donation de certaines choses à l'autre conjoint, meurt sans avoir témoigné à cet égard aucun changement de volonté, l'héritier de ce conjoint donateur ne soit pas recevable à répéter les choses données; la mort du donateur, qui meurt sans avoir changé de volonté, devant être censée, en ce cas, avoir confirmé la donation, sans qu'il fût besoin dorénavant qu'il la confirmât par testament.

C'est ce qui résulte des termes de cette constitution, qui nous sont rapportés par Ulpien : *Ait oratio, fas esse eum quidem qui donavit pœnitere; hæredem verò eripere, forsitan adversùs supremam voluntatem ejus qui donavit, durum et avarum esse;* l. 32, §. 1, ff. *d. tit.*

4. De même que l'héritier du conjoint donateur qui est mort sans avoir changé de volonté, ne peut, suivant les principes du droit romain, répéter contre le conjoint donataire les choses données, dont le donateur lui a fait la tradition; de même, lorsque l'un des conjoints a, par donation, fait remise à l'autre conjoint des créances qu'il avoit contre lui, et est mort sans avoir changé de volonté, son héritier n'est pas reçu à faire aucune demande de ces créances : *Sive res fuit quæ donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habituram;* d. l. 32, §. 13.

5. Par le droit du Digeste, il n'y avoit que les donations

qui avoient reçu toute leur exécution du vivant du donateur qui étoit mort sans changer de volonté, qui fussent confirmées par la constitution de Caracalla. Elle n'alloit pas jusqu'à donner une action au conjoint donataire pour demander l'exécution des donations qui lui avoient été faites par le conjoint donateur, quoiqu'il fût mort sans avoir changé de volonté : *Papinianus rectè putabat orationem D. Severi ad rerum* (1) *donationem pertinere. Denique si stipulanti spopondisset uxori suæ, non putabat conveniri posse* (2) *hæredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit;* l. 23, ff. *d. tit.*

Mais Justinien, par sa Novelle 162, *chap.* 1, a voulu que les donations entre mari et femme, quoiqu'elles n'eussent pas été exécutées par la tradition, fussent confirmées par la mort du donateur qui n'avoit point changé de volonté; et il a accordé une action en ce cas au conjoint donataire, contre l'héritier du donateur, pour en poursuivre l'exécution.

6. On a élevé la question, si, dans les provinces régies par le droit écrit, ces principes du droit romain, qui confirment les donations entre mari et femme, lorsque le donateur est mort sans avoir changé de volonté, étoient abrogés par l'ordonnance de 1731, qui porte, *art.* 3, *Qu'il n'y ait plus dans nos États que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre vifs, l'autre, celle des testaments ou des codicilles.*

Suivant cette disposition de l'ordonnance, il ne peut plus y avoir que deux espèces de donations qui soient valables; les donations entre vifs, et celles qui sont revêtues de la forme des testaments ou des codicilles. Or la donation faite entre mari et femme, quoique le donateur soit mort sans avoir changé de volonté, n'appartient ni à l'une ni à l'autre de ces deux espèces. Elle n'est pas donation entre vifs, le

(1) *Donationes rerum appellat, eas quæ re seu traditione consummatæ sunt.*

(2) La loi 33, ff. *d. tit.*, paroît contraire. *Voyez* les conciliations que nous avons rapportées en notre note sur cette loi, *in Pandect. Just., d. tit., n.* 73.

donateur ayant eu jusqu'à sa mort le droit de la révoquer. Elle n'est pas non plus revêtue de la forme des testaments ou codicilles : elle ne peut donc plus aujourd'hui être valable.

Nonobstant cette raison, il paroît que les parlements des provinces du droit écrit sont demeurés attachés aux principes du droit romain sur la confirmation des donations entre mari et femme, quand le donateur est mort sans avoir changé de volonté. C'est ce qui paroît par l'article 40 des réponses faites par le parlement de Toulouse, depuis l'ordonnance de 1731, aux questions proposées par M. le chancelier d'Aguesseau. Il y est dit que la loi romaine à laquelle il se conforme par ses arrêts, défend, à la vérité, les donations entre mari et femme; mais qu'elle veut qu'elles soient confirmées par la mort du donateur, lorsqu'il a persévéré dans la même volonté.

A l'égard du parlement de Paris, la question s'y est présentée l'année dernière. Un mari, dans la vue d'avantager sa femme, lui avoit donné quittance d'une certaine somme pour augmentation de dot, sans l'avoir reçue. La femme, après la mort de son mari, demanda cette somme. Elle convenoit bien que son mari ne l'avoit pas reçue, et que la quittance que son mari lui en avoit donnée étoit un avantage que son mari avoit voulu lui faire; mais elle soutenoit que cet avantage étoit valable, ayant été confirmé par la mort de son mari, qui étoit mort sans avoir à cet égard changé de volonté. Le premier juge l'avoit jugé ainsi. Par arrêt rendu en la troisième des Enquêtes, au mois d'août dernier, la sentence a été infirmée, et il a été donné congé de la demande de la femme. Cet arrêt a jugé que l'avantage que le mari avoit fait à cette femme par cette quittance, n'avoit pu être confirmé par la mort du mari, l'ordonnance de 1731 y mettant un obstacle.

7. A l'égard de nos coutumes, il y a beaucoup de variétés entre elles sur les donations entre mari et femme. Nous les diviserons en trois principales classes.

PREMIÈRE CLASSE.

8. La première classe, est des coutumes qui défendent toutes donations et tous avantages directs ou indirects entre mari et femme pendant le mariage, les testamentaires aussi bien que celles entre vifs. De cette classe sont les coutumes de Paris et d'Orléans, et le plus grand nombre des coutumes.

Ces coutumes, pour la plupart, apportent une exception à cette défense, en permettant aux conjoints par mariage de se faire, pendant le mariage, un don mutuel, au moins de certains biens, et en certains cas.

Il y a une très grande variété entre ces coutumes, par rapport à ce don mutuel, que nous observerons en la seconde partie de ce traité.

SECONDE CLASSE.

9. La seconde classe, est des coutumes qui défendent bien les donations entre vifs entre mari et femme pendant le mariage, sauf le don mutuel à l'égard de certains biens et en certains cas, mais qui leur permettent les donations testamentaires.

Il y a deux sous-divisions à faire de ces coutumes qui permettent aux conjoints par mariage de se donner par testament.

Première sous-division.

10. Cette sous-division concerne les cas dans lesquels ces coutumes permettent à un conjoint par mariage de donner à l'autre par testament.

Plusieurs, comme Chartres, Châteauneuf, Péronne, etc., le permettent, soit qu'il y ait des enfants, ou non.

Au contraire, la coutume de Mantes ne le permet que dans le seul cas auquel il n'y a pas d'enfants.

Seconde sous-division.

11. Cette sous-division concerne ce que ces coutumes permettent à un conjoint par mariage de donner à l'autre par testament.

Il y en a qui permettent à un conjoint par mariage de donner par testament à l'autre conjoint tout ce qu'il pourroit donner par testament à un étranger. Telles sont les coutumes de Péronne, *art.* 111; celle de Ponthieu, *tit.* 2, *art.* 24; celle de Châteauneuf, *chap.* 17, *art.* 113; celle de Dreux, *tit.* 18, *art.* 81; celle de Chartres, *chap.* 17, *art.* 91; sauf que dans celle du Perche, qui est locale de Chartres, le conjoint ne peut pas donner par testament à l'autre l'année du revenu de tous ses propres, qu'il auroit pu donner à un étranger.

D'autres coutumes, qui permettent aux conjoints par mariage de se donner l'un à l'autre par testament, ne le permettent que sous certaines restrictions.

Telle est la coutume de Reims, *art.* 291, qui permet bien aux conjoints par mariage de se léguer l'un à l'autre leurs meubles et conquêts en propriété; mais elle ne leur permet de disposer par testament l'un envers l'autre *de la moitié de leur naissant et acquêts faits auparavant leur mariage, qu'en usufruit seulement.*

Enfin il y en a qui distinguent à cet égard le cas auquel il n'y a pas d'enfants, et le cas auquel il y a des enfants.

Telle est celle d'Amiens, *tit.* 5, *art.* 106, qui permet aux conjoints par mariage de se donner l'un à l'autre par testament, lorsqu'il n'y a pas d'enfants, tout ce qu'ils pourroient donner par testament à un étranger; mais qui ne leur permet pas de se rien donner par testament qu'en usufruit, lorsqu'il y a des enfants.

12. On a fait la question, si les coutumes qui ont défendu les donations entre vifs entre conjoints par mariage, et qui ne se sont pas expliquées sur les testamentaires, doivent être rangées sous cette classe. Je pense qu'elles y doivent être rangées, et qu'il est permis, dans ces coutumes, aux conjoints par mariage, de se donner l'un à l'autre, par testament, tout ce qu'on peut donner par testament à un étranger. La raison est, que la liberté naturelle que chacun a de tester à son gré de ses biens envers qui bon lui semble, ne peut être restreinte que par une loi prohibitive. Or il ne s'en trouve aucune dans les coutumes qui ont

défendu aux conjoints les donations entre vifs, sans parler des testamentaires. On ne peut tirer aucune conséquence de la défense qu'elles ont faite de celles entre vifs, pour en conclure qu'elles défendent pareillement les testamentaires; car il n'y a pas même raison; la contrainte et les sollicitations qui sont à craindre dans les donations entre vifs, qui sont irrévocables, ne l'étant pas également dans les testamentaires, qu'un testateur est toujours le maître de révoquer secrètement, lorsqu'il les a faites contre son gré. C'est pourquoi le droit civil, qui défend les donations entre vifs, ne laisse pas de permettre expressément les testamentaires.

Si la coutume de Paris, et plusieurs autres, ont défendu les donations testamentaires aux conjoints par mariage, aussi bien que celles entre vifs, il y en a un assez grand nombre d'autres qui leur permettent les testamentaires, pour qu'on ne puisse pas dire que celles qui les défendent fassent un droit commun pour tout le pays coutumier, et pour les étendre hors de leur territoire. Enfin Coquille, dans son Commentaire sur l'*art.* 27 du *tit.* 23 de la coutume de Nivernois, qui est du nombre de celles qui défendent les donations entre vifs, et se taisent sur les testamentaires, atteste que l'usage de la province est de les regarder comme permises; et il rapporte un arrêt de 1531, qui a jugé qu'il étoit permis aux conjoints de se donner par testament l'un à l'autre, dans les coutumes qui n'avoient pas de disposition contraire.

TROISIÈME CLASSE.

13. La troisième classe, est des coutumes qui admettent non seulement les donations testamentaires que l'un des conjoints feroit à l'autre, mais même les donations simples entre vifs, lorsque le conjoint est prédécédé sans les avoir révoquées, conformément aux principes du droit romain.

Telle est la coutume de Touraine, dans le cas seulement auquel les conjoints n'ont pas d'enfants. Telle est celle de Poitou, soit qu'il y ait enfants, ou non.

L'ordonnance de 1731 étant censée avoir abrogé cette disposition du droit romain, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 6, elle doit être censée, par la même raison, avoir abrogé cette disposition de ces coutumes, lesquelles par conséquent rentrent dans la seconde classe.

QUATRIÈME CLASSE.

14. La quatrième classe des coutumes, est de celles qui permettent à l'un des conjoints par mariage, de faire à l'autre donation entre vifs simple, au moins en certains cas, et sous certaines restrictions.

Telles sont, celle d'Angoumois, *art.* 52, qui permet aux conjoints par mariage de se faire, pendant le mariage, l'un à l'autre, donation entre vifs, ou mutuelle, ou simple en usufruit, de leurs meubles acquêts, et du tiers de leurs propres, dans le cas auquel ils n'ont pas d'enfants.

Celle de Montfort, qui leur permet pareillement de se donner l'un à l'autre, par donation entre vifs en usufruit, leurs meubles et conquêts, et le quart de leurs propres, quand il n'y a pas d'enfants.

Celle de Noyon est encore plus favorable aux conjoints par mariage. Elle leur permet, *tit.* 13, *art.* 21, de se faire donation entre vifs l'un à l'autre, soit qu'il y ait enfants, ou non; sauf que lorsqu'il n'y a pas d'enfants, elle permet aux conjoints de se donner l'un à l'autre entre vifs leurs meubles et acquêts en propriété, et l'usufruit de la moitié de leurs propres; au lieu que, lorsqu'il y a des enfants, elle ne leur permet que la donation des meubles et acquêts, sauf la légitime des enfants; et elle ne leur permet pas de se rien donner de leurs propres.

La coutume de Saint-Jean-d'Angély est aussi du nombre des coutumes qui permettent aux conjoints les donations entre vifs simples, aussi bien que les mutuelles. Maichain, en son Commentaire sur l'*art.* 13 du *tit.* 8 de cette coutume, dit qu'on en avoit douté dans la province, et que plusieurs entendoient l'article 13, qui contient cette permission, non des véritables donations entre vifs, mais de celles qui étoient confirmées par la mort du donateur qui

mouroit sans les avoir révoquées : mais cette interprétation étant contraire au sens obvie du texte, sans qu'il y eût rien dans cette coutume qui la favorisât, a été rejetée; et il a été jugé par un arrêt du parlement de Bordeaux, du mois de mai 1642, dans l'espèce d'une donation entre vifs simple, faite par une femme à son mari pendant le mariage, qu'elle étoit une véritable donation entre vifs, que la donatrice n'avoit pu révoquer.

La coutume d'Auvergne, *chap.* 14, *art.* 28, fait une distinction entre l'homme et la femme. Elle permet à l'homme de faire à sa femme donation entre vifs de tous ses biens, sauf la légitime des enfants; et elle ne permet pas à la femme de rien donner à son mari.

15. On a élevé la question, à l'égard des coutumes qui permettent les donations entre vifs, et qui ne se sont pas expliquées sur les testamentaires, si les restrictions qu'elles apportent à la permission des donations entre vifs, doivent s'étendre aux testamentaires. Par exemple, si, dans la coutume de Montfort, qui permet aux conjoints par mariage, lorsqu'il n'y a pas d'enfants, de se faire l'un à l'autre donation entre vifs, mais avec cette restriction, qu'elle ne permet de la faire qu'en usufruit, cette restriction doit s'étendre aux donations testamentaires. Thouret, sur la coutume de Montfort, rapporte deux arrêts, un du 13 avril 1604, et l'autre du 7 septembre 1637, qui ont jugé que, dans cette coutume, elle ne devoit pas s'y étendre, et que les conjoints pouvoient se léguer l'un à l'autre en propriété tout ce qu'il est permis de léguer à un étranger; et il atteste que c'est l'usage constant de sa province.

En effet, si la défense expresse et absolue que plusieurs coutumes font de toutes donations entre vifs entre conjoints, ne s'étend pas aux testamentaires, sur lesquelles elles ne se sont pas expliquées, comme nous l'avons établi *suprà*, *n.* 12, la défense que cette coutume fait tacitement des donations entre vifs en propriété, en permettant de les faire en usufruit, ne doit pas non plus s'étendre aux donations testamentaires.

16. Il sembleroit que l'autre restriction que cette cou-

tume appose à la permission des donations entre vifs, en ne les permettant que dans le seul cas auquel il n'y a pas d'enfants, ne devroit pas non plus s'étendre aux testamentaires, sur lesquelles elle s'est tue. Néanmoins Thouret nous atteste que, dans sa province, l'usage est constant de l'y étendre, et de réputer les conjoints par mariage, qui ont des enfants, incapables de se rien donner l'un à l'autre par testament, aussi bien qu'entre vifs. La raison qu'il en donne, est que la défense que fait cette coutume des donations entre vifs, dans le seul cas auquel il n'y a pas d'enfants, étant uniquement fondée sur la faveur des enfants; et ce même motif qui a porté la coutume à défendre en ce cas les donations entre vifs, se rencontrant à l'égard des testamentaires, on en doit conclure que l'esprit de la coutume est de défendre pareillement, en ce cas, aux conjoints par mariage, de se faire l'un à l'autre aucune donation testamentaire, suivant cette règle : *Ubi eadem ratio et æquitas occurrit, idem jus statuendum est.*

17. On fait une autre question à l'égard des coutumes qui ne permettent les donations entre vifs simples, et les donations testamentaires, que dans le seul cas auquel les conjoints n'ont pas d'enfants; s'il suffit pour qu'une donation entre vifs simple, ou pour qu'une donation testamentaire soit valable dans ces coutumes, que celui qui a fait la donation n'ait point d'enfants, quoique celui à qui elle a été faite en ait d'un précédent mariage. Il paroît que cela suffit; car la défense de ces donations, en cas d'enfants, n'étant, dans ces coutumes, fondée que sur la faveur des enfants, il n'y a que les enfants du donateur, comme les seuls intéressés à l'empêcher, qui puissent y mettre obstacle.

ARTICLE II.

De la nature des lois municipales qui concernent les donations entre mari et femme.

18. Les lois municipales qui concernent les donations entre mari et femme, ayant pour objet de régler quelles donations on doit permettre ou défendre à des conjoints par

mariage, de se faire l'un à l'autre *de leurs biens*, sont des statuts réels; car on appelle statuts réels ceux qui ont pour objet les biens.

Suivant la nature des statuts réels, la seule loi qui régit chacun des biens des conjoints, doit décider s'il leur est permis ou défendu de se les donner l'un à l'autre. Les biens qui ont une situation, tels que sont les fonds de terre et les maisons, sont régis par la loi du lieu où ils sont situés.

Pareillement les droits réels que nous avons dans quelque héritage, tels qu'un droit de rente foncière, étant censés avoir la même situation que l'héritage, sont régis par la loi du lieu où est situé l'héritage.

Les rentes sur le roi étant censées avoir leur situation où est le bureau de paiement des arrérages, sont régies par la loi de ce lieu. Par exemple, les rentes sur l'Hôtel-de-Ville de Paris sont régies par la coutume de Paris, où est le bureau de paiement desdites rentes.

Les offices étant censés avoir leur situation au lieu où est le principal siége de l'exercice, c'est la loi de ce lieu qui les régit.

C'est donc la loi du lieu où ces différents biens sont situés, ou censés situés, qui doit décider si les donations que s'en feroient les conjoints par mariage, sont permises ou défendues : et il n'importe à cet égard en quel lieu les conjoints par mariage aient leur domicile; car c'est le caractère des statuts réels, qu'ils exercent leur empire sur les biens qui y sont soumis, quelles que soient les personnes à qui ils appartiennent, et quoiqu'elles aient leur domicile dans d'autres provinces.

Suivant ces principes, si des conjoints par mariage, domiciliés à Lyon, ont des héritages situés sous la coutume de Paris, ou des rentes foncières à prendre sur des héritages de Paris, ou des rentes constituées sur l'Hôtel-de-Ville de Paris, ou quelque office qui s'exerce à Paris; quoique la loi observée à Lyon, qui est pays de droit écrit, permette aux conjoints par mariage de se donner l'un à l'autre par testament tous leurs biens, néanmoins le conjoint par mariage,

à qui appartiennent lesdits biens, n'en pourra rien donner à l'autre conjoint, parceque la coutume de Paris, qui régit lesdits biens, ne le permet pas.

Vice versâ, si des conjoints par mariage, domiciliés à Paris, ont des biens situés dans le Lyonnois, ils pourront en disposer par testament l'un envers l'autre, quoique la coutume de Paris, où est leur domicile, défende aux conjoints par mariage de se rien donner, ni entre vifs, ni par testament.

19. Les rentes constituées, à l'exception de celles du roi, quand même elles seroient assignées spécialement sur quelque héritage, sont censées n'avoir aucune situation : elles suivent en conséquence la personne à qui elles appartiennent, et elles sont régies par la loi du domicile de cette personne. Il en est de même de tous les biens meubles, soit corporels, soit incorporels.

C'est donc la loi du lieu du domicile des conjoints par mariage, auxquels les biens de cette espèce appartiennent, qui doit décider si la donation que le conjoint à qui ils appartiennent, en fait à l'autre conjoint, est permise ou défendue.

Les donations entre vifs ayant toute leur perfection lorsqu'elles se font, c'est la loi du domicile que les conjoints par mariage ont au temps que se fait la donation, qui doit seule décider si la donation que l'un des conjoints a faite des biens de cette espèce à l'autre conjoint, est permise ou défendue; et l'on n'a aucun égard à la loi du domicile qu'ils avoient au temps qu'ils se sont mariés.

C'est pourquoi, si des conjoints qui, lorsqu'ils se sont mariés, avoient leur domicile sous la coutume de Paris, qui défend tous avantages entre conjoints, ont depuis transféré leur domicile sous la coutume de Noyon, qui permet les donations entre mari et femme; la donation que l'un desdits conjoints aura faite des biens de cette espèce à l'autre conjoint, depuis leur translation de domicile à Noyon, sera valable.

Vice versâ, si des conjoints qui avoient leur domicile à Noyon lorsqu'ils se sont mariés, ont transféré leur domicile à Paris; quoique la coutume de Noyon, où ils se sont

mariés, leur permît de se donner entre vifs les biens de cette espèce, ils ne pourront plus, depuis leur translation de domicile à Paris, se les donner.

Mais celle qu'ils se seroient faite pendant qu'ils avoient encore leur domicile à Noyon, sera valable, quoiqu'ils aient depuis transféré leur domicile à Paris.

20. Observez que pour que des gens mariés qui, lorsqu'ils se sont mariés, étoient domiciliés sous une coutume qui défend les donations entre mari et femme, puissent, en transférant leur domicile sous une coutume qui les permet, acquérir le pouvoir de se donner l'un à l'autre leurs biens meubles et leurs rentes, il faut que cette translation de domicile soit sincère; il faut que le nouveau domicile soit un véritable domicile où ils aient eu dessein de se fixer pour toujours, et non un domicile simulé. On juge de cette intention par les circonstances.

Par exemple, si un Parisien, après s'être marié à Paris, avec une femme de Paris, emmène sa femme à Noyon, y loue une maison, se fait mettre sur le rôle de la capitation des bourgeois de Noyon, y demeure pendant trois ou quatre ans, pendant lequel temps il fait une donation à sa femme de ses meubles et de toutes ses rentes, après quoi il quitte Noyon, et revient demeurer à Paris; il est visible, en ce cas, que le domicile que cet homme prétend avoir eu à Noyon, n'étoit qu'un domicile simulé, et n'étoit point un véritable domicile; qu'il n'a point eu intention de fixer son domicile à Noyon; qu'il n'y est allé, et n'y a passé le temps qu'il y a passé, que pour y faire la donation qu'il y a faite à sa femme : c'est pourquoi cet homme doit être censé avoir toujours conservé son domicile à Paris, où il a toujours eu la volonté de retourner. Il n'a point cessé par conséquent d'être sujet à la coutume de Paris; et la donation qu'il a faite à sa femme est nulle.

Mais si ce Parisien a eu véritablement intention de fixer son domicile à Noyon, et que cela paroisse, parcequ'il a effectivement demeuré à Noyon jusqu'à la dissolution de son mariage, ou du moins pendant un temps très considérable, il aura cessé d'être soumis à la coutume de Paris, en

transférant son domicile à Noyon, et la donation qu'il y a faite à sa femme doit être jugée valable.

21. Cela a lieu, quand même ce Parisien se seroit porté à transférer son domicile à Noyon uniquement dans la vue de pouvoir faire à sa femme la donation qu'il lui a faite, pourvu qu'il ait eu véritablement intention d'y fixer son domicile pour toujours. La donation que le Parisien fait en ce cas à sa femme, depuis sa translation de domicile à Noyon, est très permise dans le for de la conscience, aussi bien que dans le for extérieur; et on ne peut pas dire que ni la translation de domicile, ni la donation, soient faites en fraude de la loi. Une personne agit en fraude de la loi, lorsque, demeurant sous l'empire de la loi, elle fait, par des voies obliques, quelque chose que la loi défend, quelque chose qui, sans paroître contraire aux termes de la loi, est opposé à l'esprit de la loi : *In fraudem legis facit qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit;* l. 29, ff. *de leg.* Mais ce n'est rien faire en fraude de la loi, que de se soustraire, par une voie licite, à l'empire d'une loi positive et locale. Nos lois municipales étant des lois positives et locales, qui n'ont d'empire que sur les personnes qui ont leur domicile dans leur territoire, et étant très permis à chacun de transférer son domicile d'un lieu dans un autre, ce Parisien ne fait rien en fraude de la loi de Paris, en transférant son domicile à Noyon, pour soustraire sa personne, et les droits attachés à sa personne, à l'empire de la coutume de Paris; *Non videtur dolo facere qui jure communi utitur;* pourvu qu'il ait véritablement intention d'y transférer son domicile; car s'il avoit intention de retourner dans le lieu de son premier domicile, cet esprit de retour lui conserveroit son premier domicile, aux lois duquel il continueroit toujours d'être sujet.

22. Nous avons vu, à l'égard des donations entre vifs que l'un des conjoints par mariage a faites de ses biens meubles ou de ses rentes à l'autre conjoint, que c'étoit la seule loi du lieu où les parties avoient leur domicile au temps de la donation, qui devoit décider si elle étoit permise ou défendue, sans qu'on ait égard à celle du lieu où elles ont

depuis transféré leur domicile. Il n'en est pas de même des donations testamentaires. Comme celles-ci n'acquièrent leur perfection et même leur être qu'au temps de la mort du testateur; quoique le conjoint qui a disposé des biens de cette espèce au profit de l'autre conjoint, eût, au temps qu'il a fait son testament, son domicile sous une coutume qui permet ces dispositions, la disposition ne sera pas valable, si, au temps de sa mort, il avoit son domicile sous une coutume qui la défend. Par exemple, si un homme domicilié sous la coutume de Chartres, qui permet aux conjoints par mariage de disposer par testament de leurs biens l'un envers l'autre, après avoir fait son testament à Chartres, par lequel il a légué tous ses biens meubles à sa femme, a depuis transféré son domicile à Paris, où il est mort, le legs qu'il a fait à sa femme sera nul, parcequ'il n'est pas permis par la coutume de Paris, par laquelle ses biens meubles étoient régis lors de sa mort.

ARTICLE III.

Si les parties peuvent, par leur contrat de mariage, déroger aux lois qui concernent les donations entre mari et femme.

23. Il faut, à cet égard, distinguer entre les lois prohibitives qui défendent les donations entre mari et femme, et celles qui les permettent.

Il ne peut être douteux que les parties ne peuvent, par leur contrat de mariage, déroger aux lois prohibitives qui défendent les donations entre mari et femme. La raison est que, *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; l. 38, ff. *de pact. Privatorum conventio juri publico non derogat*; l. 45, ff. *de reg. jur.*

C'est pourquoi, si, par la clause d'un contrat de mariage, quoique passé dans un lieu dont la coutume permet les donations entre mari et femme, entre des parties qui y ont leur domicile, il étoit porté que, en quelque lieu que les parties transférassent leur domicile, et en quelque lieu que fussent situés leurs biens, il leur seroit permis de se faire, pendant leur mariage, telles donations qu'elles jugeroient

à propos, il est évident qu'une telle convention seroit nulle.

Le principe qui rend nulle la clause d'un contrat de mariage par lequel les parties conviendroient qu'elles pourroient se faire les donations que les coutumes défendent entre conjoints par mariage, reçoit exception dans la coutume de Bourgogne. Cette coutume, *chap.* 4, *art.* 7, après avoir dit, « Le mari et la femme ne peuvent faire traité, « donation, concession, n'autres contrats constant leur « mariage, » ajoute à la fin de l'article, « *s'autrement* par « le traité de mariage il n'étoit *entr'eux convenu.* »

Cette disposition est très singulière, et ne peut être étendue aux autres coutumes qui n'ont pas une pareille disposition.

24. Non seulement les conventions qui dérogent ouvertement et expressément aux lois qui défendent les donations entre mari et femme, sont nulles; toutes celles même qui tendent indirectement à laisser aux conjoints par mariage le pouvoir de se faire, pendant le mariage, quelque avantage indirect défendu par ces lois, sont pareillement nulles.

Telle est, par exemple, la clause que les futurs conjoints n'auront aucun remploi du prix de leurs propres qui seront aliénés pendant le mariage. Il est évident que par cette clause chacun des conjoints auroit une voie ouverte d'avantager pendant le mariage, si bon lui sembloit, l'autre conjoint, en vendant ses héritages propres pendant le mariage, ou en trouvant des moyens de se procurer, pendant le mariage, le rachat de ses rentes; puisque le prix de la vente de ses héritages et du rachat de ses rentes tombant dans la communauté, l'autre conjoint profiteroit de ce prix pour la part qu'il a dans la communauté. Une telle clause ne doit donc pas être valable.

25. Telle est pareillement la clause par laquelle des futurs conjoints, en se mariant avec exclusion de communauté, conviendroient qu'il leur seroit néanmoins permis, pendant leur mariage, d'établir une communauté, si bon leur sembloit.

Il est évident que, en établissant une communauté pendant

le mariage, celui des conjoints qui a un gros revenu à y apporter, fait un très grand avantage à l'autre conjoint qui en a peu. Cette clause qni permet aux conjoints d'établir entre eux une commuuauté pendant le mariage, tend donc à lui permettre de faire un avantage à l'autre conjoint pendant le mariage, contre la défense de la loi; elle ne doit donc pas être valable. C'est ce que décide Dumoulin, qui, sur l'article 110 de l'ancienne coutume de Paris, dit que par contrat de mariage *non potest vir sibi reservare facultatem* de l'appeler (sa femme) à la communauté.

26. Par la même raison, la clause d'un contrat de mariage par lequel il seroit dit que la femme auroit moitié dans les meubles et conquêts de la communauté, et ne seroit point tenue des dettes de la communauté, ou en seroit seulement tenue pour un tiers, n'est pas valable, puisqu'elle ouvriroit au mari une voie d'avantager sa femme pendant le mariage, en faisant beaucoup d'acquisitions pendant le mariage, dont il devroit le prix; ce qui seroit un avantage pour la femme, qui auroit moitié de ces acquisitions, et ne paieroit rien du prix, ou n'en paieroit que le tiers. *Voyez* ce que nous avons dit en notre *Traité de la Communauté*, *n.* 449, sur cette clause, et sur la clause inverse.

27. C'est offenser les lois, que de se permettre ce qu'elles défendent; mais ce n'est pas les offenser, que de s'interdire ce qu'elles permettent : c'est pourquoi on demande si les parties peuvent, par leur contrat de mariage, déroger aux lois qui permettent aux conjoints par mariage de se donner; et si la clause portée par un contrat de mariage, par laquelle il seroit dit que les futurs époux, en quelque lieu qu'ils eussent leur domicile, et en quelque lieu que leurs biens fussent situés, ne pourroient se faire l'un à l'autre aucune donation, ni entre vifs, ni par testament, seroit valable.

Ferriere, sur l'article 280 de la coutume de Paris, *gloss.* 1, *n.* 33, rapporte un arrêt du mois de juin 1640, qui a jugé que cette convention étoit valable, et qu'un homme et une femme qui avoient inséré cette convention dans leur contrat de mariage, n'avoient pu, en conséquence de cette con-

vention, se faire, pendant leur mariage, le don mutuel permis par la coutume de Paris. Cette décision ne pouvoit souffrir aucune difficulté, lorsqu'on regardoit les conventions des contrats de mariage comme des conventions qui étoient censées intervenir non seulement entre les deux futurs conjoints, mais encore entre leurs familles respectives, lesquelles avoient intérêt de faire cette convention, pour empêcher que les biens d'une famille ne passassent à l'autre; mais depuis que l'arrêt en forme de règlement, que nous avons rapporté en notre Traité de la Communauté, *n.* 349, a établi pour principe que les conventions matrimoniales ne doivent plus être regardées que comme des conventions entre les seules parties contractantes, la question peut souffrir plus de difficulté; car on peut opposer, contre cette convention, que les futurs conjoints ne paroissent pas pouvoir avoir intérêt de s'interdire la liberté naturelle que la loi leur laisse de disposer de leur bien à leur gré, et de s'en avantager l'un l'autre, si bon leur semble : ils paroissent, au contraire, avoir plutôt intérêt de se la conserver. Or c'est un principe que *Nemo utiliter stipulari potest quod suâ non interest.*

On peut répondre que l'intérêt d'affection qu'a chacun des futurs conjoints de conserver son bien à sa famille, peut servir de fondement suffisant aux conventions matrimoniales. La convention par laquelle l'un des conjoints stipule que son mobilier sera propre à ceux de son côté et ligne, à l'effet d'empêcher l'autre conjoint survivant d'y succéder à leurs enfants communs, et de le conserver à la famille de celui qui a fait la stipulation, n'a pas d'autre fondement; et cependant c'est une convention très usitée, et dont la validité n'a jamais été révoquée en doute. Cette raison se rencontre dans la convention par laquelle ils s'interdisent la liberté naturelle que la loi leur laissoit de s'avantager l'un l'autre : leur motif est d'éviter par-là de se trouver dans la fâcheuse alternative, ou de priver leur famille de leurs biens contre leur inclination, par les donations que l'un d'eux feroit à l'autre; ou d'altérer la concorde conjugale

par le refus qu'il feroit de faire à l'autre conjoint les donations qu'il le solliciteroit de lui faire.

28. Il ne peut être douteux que la clause insérée à la donation faite à l'un des conjoints par le contrat de mariage, qu'il ne pourra rien donner à l'autre conjoint des biens compris en la donation, au préjudice de sa famille, est valable, étant permis à un donateur d'apposer telle loi que bon lui semble à la donation qu'il fait.

ARTICLE IV.

Division du traité.

Nous diviserons ce Traité en trois parties. Nous traiterons, dans la première partie, des avantages directs et indirects qui sont défendus par la coutume de Paris et autres semblables, entre conjoints par mariage. Dans la seconde, nous traiterons du don mutuel permis, par l'article 280 de la coutume de Paris, entre conjoints par mariage, qui n'ont point d'enfants. Nous traiterons, dans la troisième partie, d'une autre espèce de don mutuel, que l'article 281 de la coutume de Paris permet à des conjoints par mariage, qui ont des enfants, de se faire l'un à l'autre en mariant leurs enfants.

PREMIÈRE PARTIE.

Des avantages directs et indirects défendus par la coutume de Paris, et autres semblables, entre conjoints par mariage.

La coutume de Paris défend aux conjoints par mariage de se faire l'un à l'autre, pendant leur mariage, aucun avantage, ni direct ni indirect.

Voici comme elle s'en explique en l'art. 282 : « Homme « et femme conjoints par mariage, constant icelui, ne se « peuvent avantager l'un l'autre par donations entre vifs,

« par testament ou ordonnance de dernière volonté, ne au-« trement, directement, ne indirectement, sinon par don « mutuel, comme dessus. »

Après avoir prémis quelque chose sur les personnes comprises en la disposition de cet article 282, nous traiterons, dans un premier chapitre, des avantages directs qui sont défendus entre mari et femme; et dans un second, des indirects.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Quelles personnes sont comprises en la disposition de l'article 282.

29. La coutume dit, *homme et femme conjoints par mariage.* Cela comprend tous les conjoints par mariage, soit qu'ils soient communs en biens, soit qu'ils soient séparés de biens, ou même d'habitation.

30. La disposition de la coutume a-t-elle lieu entre un homme et une femme dont le mariage seroit nul, ayant été contracté contre les lois? Ulpien en élève la question dans le droit romain, qui défendoit pareillement les donations entre mari et femme : *Si senatoris filia libertino contrà senatûs-consultum nupserit, vel provincialis mulier ei qui ibi meret; valebit donatio, quia nuptæ non sunt? Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt;* l. 3, §. 1, ff. *de donat. int. vir. et ux.*

L'empereur Alexandre décide pareillement que la donation faite par une femme à un homme avec qui elle avoit contracté un mariage nul, quoiqu'elle pût paroître valable, en s'en tenant à la lettre, devoit néanmoins être déclarée nulle : *Si matrimonium jure non valeat, licet ipso jure donatio tenuerit, quia tamen indigna persona fuit, qui nec maritus potest dici, utiles actiones super revocandis his tibi competunt;* l. 7, *Cod. d. tit.* Nous devons pareillement décider que les donations faites entre personnes mariées, soit que leur mariage soit valable, soit qu'il ne le soit pas, sont comprises sous la disposition de cet article, qui défend tous avantages entre homme et femme. Les raisons qui sont rap-

portées *suprà*, *n.* 1, militent également, soit que le mariage soit valable, soit qu'il ne le soit pas.

Cela doit s'entendre tant que ces personnes se portent pour mari et femme; mais si elles s'étoient séparées après que leur mariage auroit été déclaré nul par un jugement de l'Official, ou par un arrêt rendu sur un appel comme d'abus, ces personnes doivent passer pour étrangères, et je ne vois rien qui doive les empêcher de pouvoir se faire l'un et l'autre des donations, comme le peuvent des personnes étrangères.

31. Un homme et une femme qui, sans avoir contracté mariage, vivent en concubinage, sont aussi incapables de se faire aucunes donations; non par cet article, car on ne peut pas dire qu'ils soient *conjoints par mariage;* mais par une raison qui leur est particulière, savoir, qu'il seroit contre les bonnes mœurs et l'honnêteté publique que ces personnes pussent recevoir par des donations la récompense de leur mauvais commerce. Plusieurs coutumes en ont des dispositions.

C'est pourquoi, même dans les coutumes qui permettent les donations entre mari et femme, comme Tours, *art.* 243, celles faites entre ces personnes qui vivent en concubinage, sont défendues; *Tours, art.* 246.

Je pense que cela doit avoir lieu même après que ces personnes se sont séparées, et ont cessé ce mauvais commerce; car les donations qu'elles se feroient, pourroient toujours paroître faites en considération des habitudes qu'elles ont eues ensemble, et être une récompense du mauvais commerce qu'elles ont eu. On permet néanmoins des donations faites à des concubines, lorsqu'elles sont modiques, et faites pour aliments.

32. Lorsqu'un homme et une femme, après avoir vécu en concubinage, contractent ensemble un mariage légitime, la dignité du mariage effaçant, en ce cas, la honte du mauvais commerce qu'ils ont eu par le passé, les rend capables de se faire des donations par leur contrat de mariage. Mais si la donation que l'homme feroit à sa femme, par ce contrat de mariage, étoit excessive, comme si elle

étoit de tous ses biens, ou si c'étoit une donation en propriété d'une grande partie de ses biens, une telle donation paroîtroit dictée par la passion, et être un effet de l'empire que ces sortes de femmes acquièrent sur les hommes qu'elles séduisent; et elle devroit en conséquence être déclarée nulle, ou du moins réduite.

Si le mari laissoit pour héritiers des enfants qui ont été légitimés par le mariage qu'il a contracté avec sa concubine, ces enfants seroient-ils recevables à attaquer la donation portée par le contrat de mariage, ce contrat de mariage étant, dit-on, le titre qui leur a donné leur état civil? Je pense qu'ils y seroient recevables. Le titre qui leur a donné leur état civil est le mariage : ils n'attaquent point ce titre en attaquant la donation, qui, quoique portée par le contrat de mariage, est quelque chose de différent et de distingué du mariage.

CHAPITRE PREMIER.

Des avantages directs défendus entre mari et femme.

Nous verrons, dans un premier article, quels sont ces avantages : nous traiterons, dans un second, de ce qui résulte de la nullité de ces avantages.

ARTICLE PREMIER.

Quels sont les avantages directs défendus entre mari et femme.

33. La coutume défend, par cet article, aux conjoints par mariage, de s'avantager par donation entre vifs. Cela comprend non seulement les donations simples que l'un des conjoints feroit à l'autre, mais aussi les donations mutuelles que les conjoints se feroient mutuellement l'un à l'autre, sauf seulement celles qu'elle permet par les articles 280 et 281.

34. La défense comprend non seulement les donations d'héritages ou d'autres immeubles, mais même les dona-

tions de meubles qu'un conjoint séparé de biens auroit faites à l'autre, lorsque ces meubles sont considérables : mais un conjoint, ni ses héritiers, ne seroient pas écoutés à redemander de petits présents que ce conjoint auroit faits à l'autre conjoint; ce qui doit s'estimer eu égard aux facultés des parties : *Si vir uxori munus* IMMODICUM *Kalendis Martiis aut natali die dedisset, donatio est (prohibita);* l. 31, §. 8. Pomponius, en regardant les présents, lorsqu'ils sont trop considérables, comme donations défendues entre mari et femme, laisse à conclure qu'il en est autrement des petits présents. Par exemple, si, entre conjoints séparés de biens, le mari a fait présent à sa femme d'une robe ou d'une garniture de tête, pour qu'elle parût parée à quelque jour de fête où elle devoit se trouver; ou même s'il lui a donné en argent de quoi faire cette emplette, ces présents ne passeront pas pour une donation défendue entre mari et femme : c'est pourquoi Pomponius, après ce que nous venons de rapporter de la loi 31, §. 8, ajoute de suite : *Sed si impensas quas faceret mulier, quò honestiùs se tueretur, contrà est.*

Pareillement, les petits présents qu'une femme fait à son mari, ne sont point regardés comme des donations défendues; comme si elle lui a fait présent d'une veste qu'elle lui avoit brodée, ou de quelques douzaines de chemises faites du lin qu'elle avoit filé elle-même.

35. Les sommes qu'un homme donne à sa femme non commune en biens, tous les ans ou tous les mois, pour son entretien et pour ses menues nécessités, même celles qu'il lui donne par extraordinaire, ou pour quelque dépense extraordinaire, comme pour un voyage, sont regardées comme un acquittement des charges du mariage, plutôt que comme une donation qu'il ait faite de ces sommes d'argent à sa femme : c'est pourquoi, si elle avoit fait quelques épargnes sur les sommes qu'elle a reçues, qu'elle se trouvât avoir au temps de la dissolution du mariage, elle ne seroit pas obligée d'en rien rendre; pourvu que les sommes qu'elle a reçues ne fussent pas excessives; ce qui s'estime eu égard à la qualité des parties, et à la valeur de

la dot que le mari a reçue : *Ex annuo vel menstruo quod uxori maritus præstat, tunc quod superest, revocabitur, si satis immodicum est, id est, suprà vires dotis;* l. 15, ff. *de don. int. vir. et ux.*

Il est vrai que la femme n'est pas, à la vérité, obligée de rendre les sommes que son mari lui a données pour les causes susdites; mais elle n'a pas d'action pour exiger de lui celles qu'il lui a promises, durant le mariage, pour les susdites causes; l. 11, *Cod. d. tit.*

36. Non seulement, il n'est pas permis à l'un des conjoints de donner à l'autre conjoint les choses mêmes; il ne lui est pas même permis de lui en donner la jouissance : *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est;* l. 46. ff. *de don. int. vir. et ux.*

37. Cela ne doit pas néanmoins s'interpréter d'une manière trop rigoureuse; et on ne doit pas regarder comme donation défendue entre mari et femme, les prêts que l'un des conjoints auroit faits à l'autre de quelques uns de ses meubles. Par exemple, si, dans nos colonies, l'un des conjoints séparés de biens avoit prêté quelques nègres de son habitation à l'autre conjoint, pour travailler dans l'habitation de l'autre conjoint, ce prêt ne devroit pas être regardé comme une donation défendue entre mari et femme. C'est précisément l'espèce de la loi 28, §. 2, ff. *d. tit.*, où Paul dit : *Si quas servi operas vir uxori præstiterit, vel contrà; magis placuit nullam habendam earum rationem : non amarè nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.*

Il en est de même du prêt qu'un laboureur séparé de biens auroit fait de ses bœufs ou de ses chevaux à sa femme, pour faire quelque petit lot de terre que sa femme a dans le voisinage des siennes; et généralement de tous les autres prêts que l'un des conjoints fait à l'autre, de quelque espèce de meubles que ce soit.

Cela a lieu, quand même les choses prêtées auroient été usées et dépréciées par l'usage qu'en a eu le conjoint à qui elles ont été prêtées. C'est ce qu'enseigne Papinien en l'es-

pèce suivante : *Res in dotem æstimatas* (1) *consentiente viro mulier in usu habuit : usu deteriores si fiant, damni* (2) *compensatio non admittitur;* l. 53, §. 1, ff. *d. tit.*

38. Lorsque l'un des deux conjoints séparés de biens paie à l'autre, avant l'échéance, une somme d'argent qu'il lui doit, on ne doit pas regarder cette anticipation de paiement comme un avantage et une donation défendue entre mari et femme : *Quod vir uxori in diem debet, sine metu donationis præsens solvere potest, quamvis commodum temporis, retentâ pecuniâ, sentire potuerit;* l. 31, §. 6, ff. *d. tit.*

Mais lorsque le mari a rendu, avant la dissolution du mariage, à sa femme, les héritages qu'elle lui avoit apportés en dot, cette restitution anticipée est une donation prohibée : *Si, constante matrimonio, à marito uxori dos sine causâ legitimâ refusa est, quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere; eâdem uxore quo casu maritus dotem lucratur defunctâ, ab ejus hæredibus cum* FRUCTIBUS *ex die refusæ dotis, marito restituatur;* l. *un. Cod. si dos const. matrim.*

39. La remise gratuite qu'un créancier fait à son débiteur de ce qu'il lui doit, étant une véritable donation, il n'est pas douteux que celle que l'un des conjoints créancier de l'autre lui feroit, ne seroit pas valable, comme étant une donation prohibée par la coutume. Il en est de même de la remise qu'il lui feroit de quelque droit de servitude, ou autre, qu'il a sur son héritage.

40. Néanmoins si l'un des conjoints par mariage, séparé de biens, avoit, pendant le mariage, acquis un héritage relevant en fief ou en censive de l'autre conjoint, je pense que la remise que le conjoint acquéreur auroit obtenue de l'autre conjoint, d'une partie du profit dû pour l'acquisition, seroit valable, et ne devroit pas être censée comprise

(1) Dont le mari avoit par conséquent la propriété irrévocable.

(2) C'est-à-dire, les héritiers du mari ne pourront pas retenir, sur la somme qu'ils doivent rendre à la femme pour le prix des choses par elle apportées en dot, ce dont ces choses sont dépréciées par l'usage qu'elle en a eu, le mari ayant pu licitement lui donner cet usage.

dans la prohibition que la coutume a faite des donations entre mari et femme.

Cela est sur-tout sans difficulté, si la remise a été faite avant la vente volontaire de l'héritage; les remises qui se font en ce cas étant plutôt des compensations que des donations, et se faisant assez souvent, en ce cas, moins par libéralité, que par la crainte de manquer le profit, en faisant manquer la vente par trop de rigueur.

Lorsque la remise n'a été faite que depuis le contrat de vente, ou lorsque la vente étoit une vente forcée, on ne peut, en ce cas, disconvenir qu'elle est une véritable donation; elle est *liberalitas nullo jure cogente facta :* mais cette espèce de donation étant une donation d'usage et de bienséance qu'un seigneur généreux feroit à un acquéreur étranger, elle ne doit pas être comprise dans la prohibition de la coutume; l'esprit de la coutume, en faisant cette prohibition, n'ayant pu être que le mari dût traiter, en ce cas, sa femme avec plus de rigueur qu'un étranger.

Lorsqu'un mari qui a tout son bien en mobilier, a fait faillite, et a fait un contrat d'atermoiement avec tous ses créanciers, par lequel ils lui ont fait remise d'une certaine partie de leurs créances; la remise que la femme a faite d'une semblable partie des siennes, ne doit pas être regardée comme une donation qu'elle ait faite à son mari contre la défense de la coutume, la femme ayant été obligée de suivre la condition des autres créanciers : cette remise ayant été forcée, n'est pas une véritable donation; elle n'est point *liberalitas nullo jure cogente facta.*

41. La remise qu'une femme fait à son mari, d'un droit d'hypothèque qu'elle a sur un héritage de son mari, en consentant à la vente qu'il en fait, est valable, et n'est point regardée comme une donation prohibée entre mari et femme : *Si pignus vir uxori vel uxor marito remiserit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium;* l. 18, ff. *quæ in fraud.* La raison est, que la remise qui est faite au conjoint, de ce droit d'hypothèque, n'apportant aucune diminution à sa dette, ne le rend pas plus riche qu'il ne l'étoit auparavant. Or c'est un principe du

droit romain, qu'il n'y a de donations prohibées entre homme et femme, que celles par lesquelles l'un s'enrichit aux dépens de l'autre : *Ubicumque non deminuit de facultatibus suis qui donavit; vel etiam si deminuat, locupletior tamen non sit qui accepit, donatio valet;* l. 5, §. 16, ff. *de donat inter vir. et uxor.*

42. Suivant ce principe, les lois romaines décidoient que la donation d'une somme d'argent, faite par une femme à son mari, pour subvenir à une dépense à laquelle l'engageoit une dignité qui lui avoit été déférée, étoit valable; le mari n'étant pas devenu, par cette donation, plus riche qu'il ne l'étoit. C'est ce que nous apprend Gaïus : *Nuper ex indulgentiâ principis Antonini recepta est alia causa donationis, quam dicimus honoris causâ, si uxor viro lati-clavi* (1) *petendi gratiâ donet, vel ut equestris ordinis fiat, vel ludorum gratiâ*; l. 42, ff. *d. tit.* Pourroit-on tirer argument de cette loi, pour dire qu'une femme peut licitement donner à son mari, pendant le mariage, une somme d'argent pour obtenir des provisions et se faire recevoir dans un office honorable ? Je ne le crois pas : les frais de provisions et de réception sont aujourd'hui trop considérables pour qu'on puisse se dispenser de les regarder comme une donation que la femme fait à son mari, lorsqu'elle fournit la somme nécessaire pour ces frais. En vain opposeroit-on que le mari n'en a pas été enrichi, ces frais tombant en pure perte pour l'officier, et n'apportant aucune augmentation au prix de son office. La réponse est, que le mari eût été obligé de prendre sur son bien ces frais de provisions et de réception, si la femme ne les lui eût fournis, et son bien s'en trouveroit diminué d'autant : sa femme, en les lui fournissant, l'a donc enrichi, en lui épargnant cette dépense : *Locupletior est quatenùs propriæ pecuniæ pepercit.*

43. Les lois romaines permettoient aussi la donation que l'un des conjoints faisoit à l'autre pour la réparation de quelque

(1) *Latus-clavus erat purpura quæ suprà vestem in pectus demittebatur, senatoriæ dignitatis insigne; hunc nonnulli equites, datâ pecuniâ, à principe obtinebant.* Cujac. *observ.* XII, 39.

dommage qu'il avoit souffert par quelque accident imprévu dans ses biens ; comme si l'un d'eux avoit donné à l'autre de quoi reconstruire sa maison incendiée : *Si vir uxori cujus ædes incendio consumptæ sunt, ad refectionem earum ædium pecuniam donaverit, valet donatio in quantum ædificii exstructio postulat ;* l. 14, ff. *d. tit.*

Notre droit est plus rigoureux en ce point que le droit romain ; il ne permet point cette donation. L'argent que la femme donne, en ce cas, à son mari pour reconstruire sa maison, est un véritable avantage qu'elle lui fait à ses dépens, compris sous la généralité des termes de la coutume, qui défendent tous avantages directs et indirects. Automne, dans sa Conférence sur cette loi, pense qu'elle ne doit pas même être suivie dans les pays régis par le droit écrit ; il dit : *Hanc l. quòd si vir uxori, abrogandam censeo.*

44. Il nous reste à observer que la donation que l'un des conjoints fait à l'autre pendant le mariage, ne peut pas être rendue valable par le consentement qu'y donneroient, par l'acte de donation, les héritiers présomptifs du donateur qu'on feroit intervenir à l'acte.

La raison est que, outre que ce n'est pas seulement en faveur des héritiers que ces donations sont défendues, un tel consentement des héritiers n'est pas libre, mais est extorqué par la crainte que le donateur ne les privât, par d'autres voies, de sa succession, s'ils refusoient de le donner. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de 1543, *n.* 7, rapporté par Dumoulin, sur l'*art.* 156 de l'ancienne coutume : *Et bene*, dit-il ; *quia videtur consensus extortus ; quia aliàs donaret aliis extraneis ; tum quia ut non sit amor conjugum venalis.*

Néanmoins la coutume de Bourgogne, *chap.* 4, *art.* 7, après avoir dit que le mari et la femme ne peuvent faire traité ou donation au profit l'un de l'autre, ajoute, si ce n'est du consentement des plus prochains parents vivants, qui devroient succéder au mari ou à la femme qui feroient seuls lesdits traités : mais la disposition de cette coutume, étant exorbitante du droit commun, doit être restreinte à son territoire.

45. Passons aux donations testamentaires. La coutume, en l'*art.* 282, les défend expressément entre mari et femme, aussi bien que celles entre vifs.

Cela a lieu quand même le testament auroit précédé le mariage : c'est pourquoi, si j'ai fait avant mon mariage mon testament, par lequel j'ai fait un legs à Marie, qui n'étoit point alors une personne prohibée, le mariage que j'ai depuis contracté avec elle rend le legs nul; car un legs ne peut être valable qu'autant qu'il se trouve être, à la mort du testateur, la dernière volonté du testateur. Mais Marie étant devenue, par le mariage que j'ai contracté avec elle, une personne prohibée à qui la loi ne me permet pas de rien laisser de mes biens par testament, il ne m'a plus été permis de persévérer dans la volonté que j'avois eue de lui faire un legs, lorsque j'ai fait mon testament : ce legs ne peut donc plus être valable. C'est l'avis de Dumoulin, sur l'*art.* 156 de l'ancienne coutume, *n.* 6.

46. Quand même le conjoint qui a, par son testament, chargé ses héritiers de payer à l'autre conjoint une certaine somme, auroit déclaré, par son testament, qu'il est débiteur de cette somme, et que c'est pour décharger sa conscience qu'il en ordonne la restitution, cette déclaration ne seroit pas suffisante pour donner au conjoint, au profit de qui elle est faite, une action pour demander cette somme, à moins qu'il n'eût d'ailleurs des preuves de cette dette; car c'est un principe, que *qui non potest donare, non potest confiteri.* Autrement, un testateur auroit une voie ouverte pour éluder les lois qui défendent de léguer aux personnes prohibées.

47. La défense que fait la coutume aux conjoints par mariage, de s'avantager par testament, comprend-elle les dispositions par lesquelles l'un des conjoints chargeroit les héritiers de vendre à l'autre conjoint survivant un de ses propres, pour le prix qu'il seroit estimé, ou par lesquelles il les chargeroit de laisser prendre au survivant, au partage de la communauté, certains effets de la communauté, pour le prix auquel ils auroient été estimés; sauf à eux à s'égaler en effets de pareille valeur et bonté, pour autant? La raison

de douter est, que ces dispositions testamentaires paroissent ne renfermer proprement aucun avantage, puisque la personne envers qui la disposition est faite, paie le juste prix de la chose qui en fait l'objet. Néanmoins Dumoulin, sur l'*art.* 256 de l'ancienne coutume de Paris, *n.* 5, décide que ces dispositions testamentaires ne sont pas valables : *Si vir leget uxori, quod possit domum talem communem conquæstum, etiam nedum propriam viri, habere pro pretio, vel in partem suam dividendo conquæstus, alia quædam relinquendo, non valet.* La raison est, que ce choix, cette préférence qui est accordée à la femme pour lesdits effets sur les héritiers du mari, est une espèce d'avantage qui est fait à la femme, lequel, s'il n'a pas une valeur pécuniaire, au moyen de ce qu'elle doit payer le prix de la chose qui lui est laissée, a une valeur et un prix d'affection; ce qui a paru suffire pour le comprendre dans la défense générale que la coutume fait aux conjoints par mariage, de tous avantages directs et indirects par testament.

48. Lorsque l'un des conjoints fait l'autre conjoint exécuteur de son testament, et lui a légué quelques meubles ou quelque somme d'argent, le conjoint qui s'est chargé de l'exécution testamentaire est fondé à prétendre ce legs, pourvu qu'il ne soit pas excessif; ce qui s'estime eu égard aux facultés et à la qualité des personnes. La raison est, qu'un tel legs est moins un legs, qu'une rémunération des soins de l'exécution testamentaire.

49. Lorsque des conjoints sont séparés de biens, que l'un d'eux est riche, et que l'autre n'a aucun bien pour subsister, je crois que le riche peut lui léguer valablement quelque pension viagère, ou quelque usufruit pour ses aliments, *intrà justum modum*, eu égard aux facultés et à la qualité des parties : je pense même que s'il avoit omis de le faire, le conjoint seroit écouté à demander des aliments.

ARTICLE II.

De ce qui résulte de lanullité des avantages que se sont faits des conjoints par mariage, contre la défense de la coutume.

Nous distinguerons six cas. Le premier est lorsque la donation est d'un héritage, et qu'elle a été exécutée par la tradition; le second, lorsqu'elle est d'une somme d'argent ou de quelque autre chose mobilière, et qu'elle a été pareillement exécutée par la tradition; le troisième cas, lorsque la donation est d'une chose incorporelle, exécutée pareillement par une quasi-tradition; le quatrième cas est lorsque la donation consiste dans une remise que l'un des conjoints a faite à l'autre, de quelque créance qu'il avoit contre lui, ou de quelque droit qu'il avoit sur quelqu'un des héritages; le cinquième cas est lorsque la donation ne consiste que dans une promesse qui n'a pas eu son exécution; le sixième cas est lorsque c'est une donation testamentaire.

§. I. Du cas auquel la donation est d'un héritage, et a été suivie de tradition.

50. Il y a lieu en ce cas à deux actions : 1° à l'action de revendication. La raison est que, par les termes de l'article de la coutume, *homme et femme* NE SE PEUVENT *avantager l'un l'autre par donation entre vifs, etc.*, les conjoints par mariage étant incapables de se faire donation d'aucune chose, la donation qu'ils se sont faite est un titre nul. Or c'est un principe, que la tradition qui se fait d'une chose en exécution d'un titre nul, n'en transfère pas la propriété : *Non nuda traditio transfert dominium; sed ità si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur;* l. 31, ff. *de acquir. rer. dom.* Donc (et c'est la conséquence que les lois elles-mêmes en ont tirée) la tradition qui se fait d'une chose en exécution d'une donation entre mari et femme, n'en transfère pas la propriété au donataire. *Sciendum est,* dit Ulpien, *ità interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat quod actum est, proindè si corpus sit, quod*

nec traditio quicquam valet; L. 3, §. 10, ff. *de don. int. vir. et ux.* La propriété de la chose donnée n'est donc point transférée au donataire par la tradition que le donateur lui en a faite; le donateur, nonobstant la donation et la tradition qu'il a faite de la chose donnée, en conserve la propriété, et la transmet à ses héritiers : il y a lieu par conséquent à l'action de revendication contre le conjoint donataire, ses héritiers ou autres qui s'en trouvent en possession : *Si donatæ res extant, etiam vindicari poterunt;* l. 36, ff. *de don. int. vir. et ux.*

51. Il y a lieu, 2° aussi à une action personnelle; car le conjoint donataire, en recevant indûment l'héritage qui lui est donné contre la défense de la loi, contracte l'obligation de le rendre au donateur et à ses héritiers avec tous les fruits qui en doivent provenir, et de le conserver en aussi bon état qu'il l'a reçu. Cette obligation naît de la loi naturelle qui oblige tous ceux qui retiennent indûment une chose qui ne leur appartient pas, à la rendre à celui à qui elle appartient, avec tout ce qui en est provenu depuis qu'elle est en leur possession, et à apporter un soin convenable à la conservation de la chose, jusqu'à ce qu'il se soit acquitté de l'obligation de la rendre. De cette obligation, que le conjoint donataire a contractée, naît une action personnelle contre lui et ses héritiers, que nous appellerons *actio in factum*, à défaut d'autre nom.

52. Quoique la vue de conserver les biens dans les familles, en empêchant les conjoints par mariage de priver de leurs biens leurs héritiers, par des donations qu'ils se feroient l'un à l'autre (ce qui auroit pu arriver trop souvent), ait été un des motifs qui ont porté la coutume à défendre les donations entre mari et femme, néanmoins ce motif n'a pas été le seul; il y en a d'autres que nous avons rapportés *suprà, n.* 1, qui tombent sur la personne même des conjoints. C'est pourquoi, ce ne sont pas seulement les héritiers du conjoint donateur qui peuvent, après la mort du donateur, se plaindre des donations que le défunt a faites à leur préjudice à l'autre conjoint, et exercer ces actions; le donateur, lorsqu'il se repent de la donation qu'il a

faite, peut aussi les exercer; et il est reçu lui-même à intenter l'action de revendication des choses qu'il a données, soit contre le conjoint donataire, soit contre tous les autres qu'il en trouve en possession : *Quæ jam nuptæ maritus donavit, viri manent, et potest ea vindicare;* l. 48, ff. *d. tit.*

Il n'a pas besoin pour cela de prendre des lettres de rescision contre la donation qu'il a faite, puisque c'est la loi elle-même qui annule cette donation.

53. Par la même raison, le légataire universel du conjoint donateur, quoique étranger à la famille, peut, après qu'il s'est fait servir de son legs, former la demande en revendication des choses données, sans qu'on puisse, pour l'exclure de cette demande, lui opposer qu'il est étranger à la famille du donateur : car, comme nous l'avons observé, ce n'est pas seulement en faveur de la famille des conjoints que la coutume a défendu les donations entre mari et femme; il suffit à ce légataire que la propriété des choses données, et le droit de les revendiquer, se soient trouvés dans les biens du donateur, pour que ce légataire puisse, après s'être fait saisir du legs desdits biens, donner la demande en revendication.

54. Cette action de revendication doit être donnée contre ceux qui se trouvent en possession des choses données, soit que ce soient le donataire ou ses héritiers qui s'en trouvent en possession, soit que ce soient des tiers.

55. Lorsque ce sont le donataire ou ses héritiers qui se trouvent en possession des héritages, ou autres choses comprises au contrat de donation, ils ne peuvent se défendre de la demande en revendication formée contre eux, par quelque long temps qu'ils les aient possédés, quand même ils les auroient possédés pendant cinquante ou soixante ans, et beaucoup plus, depuis la mort du donateur.

La raison est, qu'un possesseur peut bien acquérir par la prescription un héritage qu'il a possédé pendant trente ans, quoiqu'il ne rapporte aucun titre de sa possession; mais lorsque le titre de sa possession est produit, et se trouve vicieux, la possession qu'il a eue en vertu de ce titre, étant

dans son origine une possession vicieuse, continue toujours d'être une possession vicieuse, qui ne peut, par quelque laps de temps que ce soit, faire acquérir aucun droit à un possesseur : *A veteribus præceptum est*, dit Paul, *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse;* l. 3, §. 19, ff. *de acquir. possess.* C'est le cas de la maxime, *Melius est non habere titulum, quàm habere vitiosum.* En vain les héritiers du conjoint donataire allégueroient-ils leur bonne foi, et qu'ils n'ont point eu de connoissance du titre en vertu duquel le conjoint donataire possédoit les héritages qu'ils ont trouvés dans sa succession : on leur répond que les héritiers étant la continuation de la personne du défunt, succédant à tous ses droits actifs et passifs, la possession qu'ils ont des héritages compris en la donation, est la même possession que celle qu'a eue le conjoint donataire auquel ils ont succédé; laquelle, ayant été vicieuse dans son origine, continue toujours de l'être dans leurs personnes, comme elle l'étoit dans la personne du défunt dont ils sont la continuation. C'est ce que nous apprend Papinien, lorsqu'il nous dit : *Quùm hæres in jus omne defuncti succedit, ignoratione suâ defuncti vitia non excludit;* l. 11, ff. *de div. temp. præs.* C'est ce que nous apprend pareillement la loi 11, *Cod. de acq. et retin. possess.*, où il est dit : *Vitia possessionum à majoribus contracta perdurant, et successorem auctoris sui culpa comitatur.* Les héritiers du conjoint donataire, et les héritiers desdits héritiers, médiats ou immédiats, ne peuvent donc pas plus acquérir par prescription les choses comprises en la donation, que ne l'eût pu lui-même le conjoint, par quelque long temps qu'ils les aient possédées.

56. Lorsque l'héritage compris en la donation se trouve en la possession d'un tiers qui l'a acquis du donataire ou de ses héritiers, soit à titre d'achat, soit à quelque autre titre, ou qui s'en trouve en possession, de quelque manière que ce soit, le donateur ou ses héritiers peuvent donner la demande en revendication contre ce tiers, avec cette différence, qu'au lieu que, lorsque ce sont le donataire ou ses héritiers qui possèdent, ils ne peuvent opposer la prescrip-

tion contre la demande en revendication : au contraire, les tiers détenteurs peuvent l'opposer, lorsqu'ils ont possédé l'héritage pendant le temps requis pour la prescription par la loi du lieu où l'héritage est situé.

Ce temps, dans le pays de droit écrit, dans la coutume de Paris, et dans la plupart des coutumes, est de dix ans entre personnes domiciliées dans une même province, et de vingt ans entre personnes domiciliées en différentes provinces, lorsque le possesseur produit un titre de son acquisition, et est un possesseur de bonne foi, laquelle se présume tant que le contraire ne paroît pas. Lorsque le possesseur ne rapporte aucun titre d'acquisition, le temps de la prescription est de trente ans.

Quelques coutumes, du nombre desquelles est celle d'Orléans, exigent, pour la prescription, trente ans de possession, indistinctement, soit que le possesseur produise un titre d'acquisition, soit qu'il n'en produise point.

On ne compte pour la prescription, que le temps depuis lequel ces tiers acquéreurs ont commencé de posséder; on ne compte point le temps de la possession du donataire et de ses héritiers de qui ils ont acquis, cette possession étant vicieuse; car c'est un principe, que *Vitiosa possessio non potest accedere ei quæ vitiosa non est;* l. 13, §. *fin.* ff. *de acquir. possess.*

Lorsque ces tiers acquéreurs ont été adjudicataires de ces héritages par un décret solennel, ils n'ont pas besoin de les avoir possédés pendant le temps requis pour la prescription : ils ont un autre moyen pour se défendre de la demande en revendication du donateur, ou de ceux qui seroient à ses droits; c'est le défaut d'opposition formée au décret : car faute par le donateur, ou ceux qui sont à ses droits, d'avoir formé une opposition au décret, à fin de distraire, le décret a éteint le droit de propriété qu'ils avoient dans ces héritages.

57. Sur la demande en revendication, l'héritage doit être délaissé en l'état qu'il se trouve, avec ce qui a été uni et qui en fait partie; à la charge néanmoins de rembourser au possesseur les impenses qu'il a faites à l'héritage, jusqu'à

concurrence de ce qu'il s'en trouve plus précieux. C'est ce qu'enseigne Pomponius : *Si vir uxori aream donaverit, et uxor in eâ insulam ædificaverit, ea insula sine dubio mariti est.... si maritus vindicet insulam, retentionem impensæ mulierem facturam;* l. 31, §. 2, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*

58. *Quid*, si l'héritage se trouvoit au contraire dégradé? Il y a à cet égard une distinction. Lorsque c'est contre le donataire ou ses héritiers que la demande en revendication est donnée, le donateur, ou ceux qui sont à ses droits, peuvent conclure aux dommages et intérêts résultants de ces dégradations : car le donataire, en recevant indûment la donation d'un héritage que la loi lui défendoit de recevoir, a contracté l'obligation de le rendre au donateur, et par conséquent de le conserver, et de ne le pas dégrader; et les héritiers du donataire succèdent à cette obligation.

Il en est autrement lorsque la demande est donnée contre un tiers acquéreur, possesseur de bonne foi. Il n'est point tenu des dégradations faites avant la demande, soit par ses auteurs, soit par lui-même; car il a pu dégrader un héritage qu'il croyoit lui appartenir; *potuit negligere rem quam existimabat suam.* Il n'a contracté par rapport à cet héritage, avant la demande, aucune obligation envers le donateur : ce n'est que par la demande, et par la copie qu'on lui donne des titres, qu'il apprend que l'héritage appartient au demandeur, et qu'il contracte l'obligation de le rendre en l'état auquel il se trouve au temps de cette demande.

Observez néanmoins que si les dégradations faites avant la demande par le tiers acquéreur, possesseur de bonne foi, étoient des dégradations dont il eût profité; comme s'il avoit vendu des bois de haute-futaie qui étoient sur l'héritage; il seroit tenu de cette dégradation jusqu'à concurrence de ce qu'il en a profité; car il ne peut jamais être permis de s'enrichir du bien d'autrui : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari;* l. 206, ff. *de reg. jur.*

Le donateur ou ses héritiers, qui ne peuvent se faire

faire raison par le tiers acquéreur, des dégradations qu'il a faites, dont il n'a pas profité, ont recours, pour les dommages et intérêts résultants desdites dégradations, contre le donataire et ses héritiers; car le donataire et ses héritiers n'ont pu par leur fait, en mettant hors de leurs mains l'héritage, se décharger de l'obligation que le donataire, en recevant indûment cet héritage, a contractée de le rendre en aussi bon état qu'il l'a reçu.

59. Le donateur ou ses héritiers peuvent, sur la demande en revendication contre le donataire et ses héritiers, conclure à la restitution des fruits perçus par le donataire et ses héritiers.

Les jurisconsultes romains faisoient à cet égard une distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels : ils obligeoient le conjoint à la restitution de tous les fruits naturels qu'il avoit perçus. On appelle fruits naturels, ceux que la terre produit sans culture, tels que sont les coupes d'un bois taillis, les foins que produisent les prés, les pommes, les noix, etc. Au contraire, ils déchargeoient le conjoint donataire, de la restitution des fruits industriels, c'est-à-dire, de ceux que la terre ne produit que par la culture, tels que sont les vins, les blés, et autres grains. C'est ce qu'enseigne Pomponius : *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donatâ suos facit, illos tamen quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex silvâ cœdit, non fit ejus; quia* (ajoute-t-il, et c'est la raison de différence) *non ex facto ejus is fructus nascitur;* l. 45, ff. *de usur.*

La pensée du jurisconsulte, qui a besoin d'être développée, est que le donataire tient les fruits industriels des peines qu'il a prises, et des impenses qu'il a faites pour les faire venir; ce qui peut lui servir de fondement pour les retenir *pro culturâ et curâ;* mais les fruits naturels étant produits sans aucune culture, il ne peut paroître les tenir que de la donation qui lui a été faite de l'héritage, laquelle, étant un titre illicite, ne peut lui donner aucun droit de les retenir. C'est le sens de ces termes, *quia non ex facto ejus is fructus nascitur.*

Je ne crois pas que cette distinction soit suivie dans notre droit. La donation entre mari et femme étant un titre nul, le conjoint donataire ayant possédé indûment et sans titre l'héritage qui lui a été donné, il n'a pas eu le droit d'en percevoir les fruits; et il doit rendre au donateur, ou à ses héritiers, tous ceux qu'il a perçus, de quelque espèce qu'ils soient, naturels, industriels ou civils. Automne, en sa Conférence, dit sur cette loi : *Hæc lex fructûs non est in usu.*

60. Observez néanmoins que, quelque long temps que le donataire et ses héritiers aient possédé l'héritage, on ne peut leur demander le rapport des fruits que des vingt-neuf années qui ont précédé la demande, et ceux qui ont été perçus depuis la demande. Si le donataire et ses héritiers ne peuvent se défendre de la restitution de l'héritage par aucune prescription, c'est que l'héritage existe : le donateur et ses héritiers, qui en sont toujours demeurés propriétaires, peuvent revendiquer une chose qui leur appartient, en quelque temps que ce soit; mais les fruits de cet héritage que le donataire et ses héritiers ont perçus, ont été consommés, et n'existent plus. Le donateur et ses héritiers ne peuvent donc plus les revendiquer; ils n'ont qu'une créance pour en demander l'estimation au donataire et à ses héritiers, qui les ont indûment perçus. Or toutes les créances sont sujettes à la prescription de trente ans, qui commence à courir du jour que la demande a pu s'en faire : celle du donateur pour les jouissances que le donataire a eues trente ans avant la demande, est donc prescrite; et il ne peut par conséquent demander que celles des vingt-neuf années qui ont précédé la demande.

61. Lorsque la demande en revendication est donnée contre un tiers acquéreur de bonne foi, le donateur, ou ceux qui sont à ses droits, ne peuvent demander contre lui le rapport que des fruits qu'il auroit perçus depuis la demande; des possesseurs de bonne foi n'étant pas tenus au rapport de ceux qu'ils ont perçus auparavant.

Mais en ce cas, le donateur et ceux qui sont à ses droits peuvent demander au donataire et à ses héritiers, quoiqu'ils

ne possédent plus l'héritage, les jouissances de l'héritage, qu'ils ne peuvent démander au tiers acquéreur; car le donataire et ses héritiers n'ont pu, en mettant hors de leurs mains l'héritage, se décharger par leur fait de l'obligation que le donataire, en recevant indûment cet héritage, a contractée de le rendre, avec toutes les jouissances.

62. Outre l'action de revendication, le donateur et ses héritiers ont encore l'action personnelle *in factum*, contre le donataire et ses héritiers, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 11.

Le donateur et ses héritiers n'ont pas besoin de cette action, lorsque l'héritage est en la possession du donataire ou de ses héritiers, contre lesquels ils ont en ce cas l'action de revendication.

Mais lorsque le donataire ou ses héritiers ont, par leur fait, cessé de le posséder, le donateur ou ses héritiers ont cette action contre eux, par laquelle ils sont fondés à demander les dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation que le donataire a contractée de le rendre, en le recevant indûment; laquelle obligation ledit donataire, ou ses héritiers, se sont mis par leur fait hors d'état d'exécuter, en cessant par leur fait de posséder l'héritage.

Le donateur et ses héritiers ont sur-tout besoin de cette action contre le donataire et ses héritiers, lorsqu'ils n'ont plus l'action de revendication contre le tiers qui possède l'héritage, et qui l'a acquis *jure usucapionis*, par une possession de dix ans.

63. Cette action *in factum*, que le donateur ou ses héritiers et ayants cause ont contre le donataire et ses héritiers qui ne possédent plus l'héritage, est, comme toutes les actions personnelles, sujette à la prescription de trente ans, laquelle ne commence à courir que du jour de la mort du donateur. Elle ne court pas du vivant du donateur; car c'est un avantage prohibé que fait le donateur, en n'usant pas, contre le donataire, de cette action qu'il a contre lui pour la répétition de ce qu'il lui a donné.

Cette raison ne doit arrêter la prescription pendant la

vie du donateur, que pour la demande du fonds : il seroit trop dur de l'étendre aux jouissances, pour en demander plus de vingt-neuf années avant la demande ; *suprà*, *n.* 60.

64. Il y a encore une action qui peut être intentée contre ceux qui se trouvent posséder les héritages que l'un des conjoints a donnés à l'autre conjoint pendant le mariage, soit que ce soit le donataire, ses héritiers, ou des tiers ; c'est l'action hypothécaire que peuvent intenter contre eux les créanciers hypothécaires du donateur, même ceux dont l'hypothèque est postérieure à la donation ; car le donateur étant toujours demeuré propriétaire de ces héritages, nonobstant la donation et la tradition qu'il en a faite, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 50, ces héritages sont compris sous toutes les hypothèques générales qu'il a contractées de ses biens, quoique postérieurement à la donation.

§. II. Du cas auquel la donation faite entre mari et femme, pendant le mariage, est de meubles ou d'une somme d'argent, et qu'elle a été exécutée par la tradition.

65. Si les meubles que l'un des conjoints a donnés à l'autre pendant le mariage, se trouvent encore en nature en la possession du donataire, ou de ses héritiers, le donateur et ses héritiers peuvent les revendiquer, sans que ledit donataire ou ses héritiers puissent se défendre de les rendre, par quelque temps qu'ils les aient possédés, de même que nous l'avons dit à l'égard des héritages, au paragraphe précédent.

66. Le donateur et ses héritiers peuvent aussi revendiquer et entiercer lesdits meubles sur les tiers acquéreurs qui s'en trouveroient en possession ; sauf en deux cas. *Le premier cas* est celui auquel lesdits acquéreurs prouveroient les avoir achetés à une vente judiciaire, ou en foire et marché public ; auquel cas l'acquéreur ne peut être évincé, à moins que le propriétaire n'offre de lui rendre le prix que la chose lui a coûté. Livoniere en a fait une maxime, *liv.* 4, *chap.* 10, R. 16. *Voyez* les autorités citées sur cette règle.

Le possesseur doit justifier qu'il a acquis dans une vente judiciaire, par le rapport du procès-verbal de vente ; et il

doit justifier par témoins qu'il a acquis en foire ou en marché public.

67. Le second cas est lorsque ces tiers les ont acquis *jure usucapionis*, par la possession qu'ils en ont eue pendant le temps requis pour la prescription.

Ce temps est de trois ans par le droit de Justinien, que plusieurs de nos coutumes, telles que Melun, Amiens, Anjou, le Maine, Sedan, ont adopté par des dispositions expresses, et qui doit faire un droit commun pour les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Notre coutume d'Orléans, en disant par l'article 260, que *prescription moindre de trente ans*, EN HÉRITAGES ET CHOSES IMMOBILIÈRES, *n'a lieu*, insinue assez qu'à l'égard des meubles elle s'en rapporte au droit commun, qui a établi celle de trois ans.

Outre cette différence de temps pour la prescription entre les immeubles et les meubles, il y en a une autre, qui est que, pour l'usucapion des immeubles par une possession de dix ou vingt ans, il faut que le possesseur rapporte le titre par écrit de son acquisition; mais à l'égard des meubles, comme il est d'usage que les ventes, les donations, et les autres genres d'aliénations des meubles, s'exécutent et se consomment par la tradition qui s'en fait de la main à la main, sans en dresser acte par écrit, le possesseur, pour cette prescription, doit être cru de ce qu'il allègue du titre auquel il dit avoir la chose, pourvu que ce qu'il allègue soit vraisemblable.

68. Lorsque les meubles que l'un des conjoints a donnés à sa femme ne se trouvent pas; s'ils sont péris par quelque accident, sans le fait ni la faute du donataire ou de ses héritiers, la perte en tombe sur le donateur, qui en étoit toujours demeuré le propriétaire, ou sur ses héritiers; *res perit domino.*

69. Lorsque les meubles que l'un des conjoints a donnés à l'autre, ne paroissent plus, le donataire en ayant disposé, le donateur ou ses héritiers ont une action personnelle contre le donataire ou ses héritiers, qui naît de l'obligation que le donataire, en les recevant indûment, a contractée de les rendre; laquelle action tend à ce que ledit donataire

ou ses héritiers, faute par eux de rendre les choses données, soient condamnés à en payer le prix, suivant l'estimation.

Lorsque c'est une somme d'argent que l'un des conjoints a donnée à l'autre, pendant le mariage, le donateur et ses héritiers ont pareillement contre le donataire, ou ses héritiers, une action personnelle pour la restitution de cette somme.

70. Suivant les principes du droit romain, le conjoint donataire qui avoit dépensé la somme qui lui avoit été donnée, ou qui n'avoit plus les choses qui lui avoient été données, n'étoit tenu de la restitution de ladite somme, de même que du prix des choses qui lui avoient été données, que jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouvoit, au temps de la contestation en cause, en avoir profité : *Hactenùs revocatur donum ab eo ab eâve cui donatum est, ut si quidem extat res, vindicetur; si consumpta sit, condicatur, hactenùs quatenùs quis eorum locupletior factus est;* l. 5, §. 18, ff. *de donat. inter vir. et ux. Quod autem spectatur tempus an locupletiores sint facti..... verum est litis contestatæ tempus spectari oportere;* l. 7, ff. *d. tit.* C'est une suite du principe du droit romain rapporté ci-dessus, que les donations entre mari et femme ne sont défendues qu'autant que l'un en est enrichi aux dépens de l'autre.

Dans notre jurisprudence, l'on n'examine pas ce que le conjoint donataire a fait de l'argent qui lui a été donné, de même que des choses qui lui ont été données et qui ne paroissent plus; il est présumé en avoir profité.

§. III. Du cas auquel la donation est d'une chose incorporelle, et a été exécutée par une quasi-tradition.

71. De même que, dans la donation que l'un des conjoints fait à l'autre conjoint, pendant le mariage, la tradition qui est faite de cette chose au conjoint donataire, ne lui en transfère point la propriété; pareillement, lorsque l'un des conjoints a fait donation d'une chose incorporelle à l'autre conjoint, la quasi-tradition qui intervient n'en transfère point la propriété au donataire.

Supposons, par exemple, que je sois créancier de Pierre, soit d'une somme d'argent, soit d'une tapisserie précieuse que j'ai achetée de lui, et qu'il s'est obligé de me livrer. J'ai fait, pendant le mariage, donation de cette créance à ma femme, avec qui je ne suis pas commun en biens : ma femme a fait signifier à Pierre le transport que je lui en ai fait. Cette signification de transport, qui est une quasi-tradition de la créance dont je lui ai fait donation et transport, et qui est, à l'égard des créances, ce qu'est la tradition réelle à l'égard des choses corporelles, n'aura pas transféré à ma femme la propriété de cette créance ; de même que la tradition réelle d'une chose corporelle dont je lui aurois fait donation, n'auroit pu lui en transférer la propriété. Je demeure donc propriétaire de cette créance, nonobstant la signification du transport que ma femme a faite à Pierre mon débiteur : en conséquence mes créanciers peuvent, nonobstant la signification qui a été faite de ce transport, saisir ce qui m'est dû par Pierre ; et pareillement je puis, si je me repens de la donation que j'ai faite à ma femme, faire signifier à Pierre des défenses de payer entre les mains de ma femme.

72. N'ayant été signifié à Pierre aucun empêchement, ni de ma part, ni de la part des créanciers, le paiement que Pierre feroit à ma femme seroit-il valable ? Il est valable à l'égard de Pierre, à l'effet de le libérer de ce qu'il doit. La raison est, que le transport de ma créance que j'ai fait à ma femme, qui le lui a signifié, contient un ordre que je lui donne de payer entre les mains de ma femme. Or le paiement qu'il fait de mon ordre à ma femme, est réputé fait à moi-même, et est aussi valable que s'il étoit fait à moi-même, suivant cette règle de droit : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset ;* l. 180, ff. *de reg. jur.*

Mais ce paiement qu'il fait de mon ordre à ma femme, de la chose qu'il me doit, ne transfère pas à ma femme la propriété de la chose qu'il paie entre ses mains ; c'est au contraire à moi qu'il en transfère la propriété par le paiement qu'il en fait à ma femme. La raison est, que lorsque mon débiteur, pour s'acquitter envers moi de la tapisserie qu'il m'avoit vendue, et qu'il s'étoit obligé de me donner,

la délivre de mon ordre à ma femme, c'est comme s'il me l'avoit livrée à moi-même, et que, après l'avoir reçue de lui, je la donnasse moi-même à ma femme. C'est moi-même qui la lui donne par son ministère; et je ne puis pas plus, en la lui donnant par le ministère de mon débiteur, lui en transférer la propriété, qu'en la lui donnant moi-même directement.

C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Si (vir uxori donare volens) debitorem suum solvere jusserit, hîc quæritur an nummi fiant ejus, debitorque liberetur. Celsus, libro* 15° *Digestorum, scribit videndum esse ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris; nam etsi donatio jure civili non impediretur, eum rei gestæ ordinem futurum ut pecunia ad te à debitore tuo, deindè à te ad mulierem perveniret; nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari: cæterum debitorem creditori dare, creditorem uxori; nec novum aut mirum esse quod per alium accipias, te accipere;* l. 3, §. 12, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*

Étant propriétaire de la tapisserie que mon débiteur a payée à ma femme, je puis la revendiquer sur ma femme, et sur tous ceux qui s'en trouveront en possession; de même que si, au lieu de la créance de la tapisserie, c'étoit la tapisserie que je lui eusse donnée; car la créance de la tapisserie s'étant fondue et réalisée dans la tapisserie par le paiement, la donation de la créance de la tapisserie est devenue donation de la tapisserie par le paiement qui en a été fait.

73. Un autre exemple, c'est lorsque l'un des conjoints a constitué à titre de donation un droit de servitude, *putà*, un droit de pâturage qu'il a imposé sur son héritage envers celui de l'autre conjoint voisin du sien. Quoique la quasi-tradition de ce droit, qui se fait *usu et patientiâ*, soit intervenue, et que le conjoint donataire ait envoyé les bestiaux pâturer au vu et su du conjoint donateur, qui l'a souffert; par quelque long temps que le conjoint donataire et ses successeurs à l'héritage les y aient envoyés, et par quelque long temps que le conjoint donateur et ses successeurs l'aient souffert, ils ont l'action *negatoria servitutis*

pour l'empêcher; car un droit de servitude ne peut s'établir que par un titre valable, quelque long temps qu'on ait joui; et les donations entre mari et femme étant nulles de plein droit, la donation que l'un des conjoints en a faite à l'autre n'est pas un titre valable.

§. IV. Du cas auquel la donation consiste dans la remise de quelque créance, ou de quelque autre droit.

74. L'effet de la nullité de la donation que renferme cette remise, est que cette remise est regardée comme non avenue, et n'a aucun effet. En conséquence, la créance ou le droit, de quelque espèce qu'il soit, dont le conjoint a fait remise, continue de subsister tel qu'il étoit auparavant : le conjoint qui a fait la remise continue d'avoir les mêmes actions qu'il avoit, que lui et ses héritiers peuvent exercer de même que s'il n'avoit pas fait la remise.

§. V. Du cinquième cas, lorsque la donation que l'un des conjoints a faite à l'autre ne consiste que dans une promesse qui n'a pas été suivie de tradition.

75. La nullité qui résulte de la donation que renferme cette promesse, est qu'elle ne produit dans la personne qui l'a faite aucune obligation; et que celui à qui elle a été faite n'a aucune action, ni contre le conjoint qui l'a faite, ni contre ses héritiers, pour en demander l'exécution.

76. Néanmoins si, après la mort de celui qui a fait la promesse, ses héritiers avoient payé à l'autre conjoint ce que le défunt lui avoit promis, le paiement seroit valable. On ne peut pas dire qu'il ait été sans cause, et que celui à qui il a été fait, a sans cause la chose qui lui a été payée; car la fidélité qu'a un héritier à exécuter les volontés du défunt, quoique la loi ne l'y oblige pas, est louable, et est une cause honnête du paiement qu'il a fait. Il est vrai que si c'étoit le conjoint lui-même qui eût fait ce paiement, il ne seroit pas valable, et tant lui que ses héritiers en auroient la répétition. La raison est, que la coutume ne défend pas moins à ce conjoint le paiement que la promesse; mais la défense de la loi n'étant faite qu'à la personne du conjoint,

son héritier, à qui la loi n'a fait aucune défense, a pu valablement faire ce paiement.

§. VI. Sixième cas : des donations testamentaires.

77. L'effet de la nullité des donations testamentaires que l'un des conjoints a faites à l'autre, est qu'elle ne donne aucun droit au conjoint à qui elles ont été faites, ni par conséquent aucune action pour en demander la délivrance : mais si les héritiers du conjoint testateur, par respect pour ses dernières volontés, avoient acquitté ces legs, le paiement qu'ils en auroient fait seroit valable, par les mêmes raisons qui ont été rapportées au paragraphe précédent.

CHAPITRE II.

Des avantages indirects défendus entre mari et femme.

Nous distinguerons quatre espèces d'avantages indirects. La première espèce est celle des contrats qui interviennent entre un mari et une femme pendant le mariage, lesquels, sans être des donations formelles, renferment, ou sont suspects de renfermer quelque avantage que l'un des conjoints fait à l'autre.

La seconde comprend tous les faits qui renferment quelque avantage que l'un des conjoints fait à l'autre pendant le mariage.

La troisième espèce d'avantages indirects, est de ceux qui se font par personnes interposées.

La quatrième, est des avantages que l'un des conjoints feroit à un enfant que l'un des conjoints a d'un précédent mariage.

ARTICLE PREMIER.

Des contrats qui interviennent entre conjoints pendant le mariage, qui renferment, ou sont suspects de renfermer quelque avantage que l'un fait à l'autre.

78. Le droit romain ne défendoit pas à des conjoints par mariage de faire ensemble, pendant le mariage, tous les

contrats qu'ils jugeoient à propos de faire, pourvu qu'ils ne renfermassent aucun avantage qui fût fait à l'un d'eux aux dépens de l'autre, et que l'égalité y fût exactement observée.

A l'égard de ceux qui renfermoient quelque avantage fait à l'un des conjoints aux dépens de l'autre, les jurisconsultes romains faisoient une distinction entre ceux qui étoient simulés, et ceux qui, sans être simulés, renfermoient quelque avantage.

Ceux qui étoient simulés, qui n'étoient faits que pour couvrir et déguiser une donation que l'un des conjoints vouloit faire à l'autre, étoient déclarés nuls; les autres étoient valables. On réformoit seulement l'avantage prohibé qu'ils renfermoient, en obligeant celui au profit de qui il étoit fait, à suppléer le juste prix.

Pomponius nous donne un exemple de cette distinction, en la loi 5, §. 5, ff. *de donat. inter vir. et uxor. Neratius (dicit) venditionem donationis causâ inter virum et uxorem factam nullius esse momenti; si modò quùm animum maritus vendendi non haberet, idcircò venditionem commentus sit ut donaret; enim verò si, quùm animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactenùs non valere quatenùs facta est locupletior.*

Observez que le jurisconsulte ne déclare pas la remise qui a été faite d'une partie du juste prix, entièrement nulle, mais seulement *quatenùs facta est locupletior : Itaque*, ajoute-t-il, *si res quindecim vœniit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantùm præstanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta.* Dans cette espèce, quoique le mari ait fait une remise de dix écus à la femme sur le prix de la chose qu'il lui a vendue, quoiqu'il eût pu avoir ces dix écus de plus d'un étranger à qui il l'auroit vendue; néanmoins la femme à qui cette remise a été faite, au moyen de ce que la chose est diminuée de prix, et ne vaut plus aujourd'hui que dix écus, se trouvant ne profiter que de cinq écus, la chose ne valant plus que cinq écus de plus qu'elle ne l'a achetée, elle n'est pas obligée de rendre la

somme entière de dix écus dont on lui a fait remise, mais seulement cinq écus, qui est la somme dont elle profite de cette remise. Cela est conforme à ce principe du droit romain, tiré de la loi 5, §. 16, rapporté ci-dessus, *n.* 70, que les avantages directs ou indirects que l'un des conjoints fait à l'autre, ne sont pas nuls pour tout ce qu'a donné celui qui a fait l'avantage, et pour tout ce qu'il lui en a coûté, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que celui à qui l'avantage a été fait, en a profité.

La vente d'une chose que l'un des conjoints avoit faite à l'autre, n'étoit pas non plus réputée avantage indirect et prohibé, par cela seul qu'elle étoit faite à vil prix, lorsqu'il ne paroissoit pas de dessein d'avantager; la vente n'ayant été faite à vil prix que faute de trouver des acheteurs qui en donnassent davantage : *Sine dubio,* dit Pomponius, *licet à viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi;* l. 31, §. 3, ff. *d. tit.*

Notre droit françois a été beaucoup plus attentif à prévenir tous les avantages indirects que des conjoints par mariage pourroient se faire, par les différentes espèces de contrats qui interviendroient entre eux pendant leur mariage, par lesquels ils transporteroient l'un à l'autre quelque chose de leurs biens. Quelques coutumes s'en sont expliquées. La coutume de Normandie, *chap.* 15, *art.* 410, dit : « Gens « mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à « l'autre quelque chose que ce soit, ni *faire contrats* ou « confessions, par lesquels les biens de l'un viennent à « l'autre, en tout ou partie. » Celle de Nivernois, *chap.* 23, *art.* 27, dit : « Gens mariés, constant leur mariage, ne peu- « vent *contracter* au profit l'un de l'autre. » *Voy. Bourbonnois, chap.* 10, *art.* 226.

Cela a pareillement lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées : c'est pourquoi Dumoulin, sur l'article 256 de l'ancienne coutume de Paris, *n.* 5, pose pour maxime que des conjoints par mariage ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité : *Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt, nisi ex necessitate.*

Suivant ces principes, des conjoints par mariage ne peuvent pas, pendant leur mariage, établir entre eux une communauté, de biens, non seulement dans le cas auquel leur contrat de mariage porteroit une exclusion de communauté, parceque ce seroit déroger à une convention du contrat de mariage, qui doit être invariable; mais même dans le cas où des conjoints domiciliés sous une coutume qui n'admet pas la communauté, se seroient mariés sans contrat de mariage.

C'est suivant ces mêmes principes que Dumoulin, au lieu ci-dessus cité, *n.* 4, décide que le mari ne peut pas, pendant le mariage, vendre à sa femme son héritage propre, ni en faire un conquêt, à la charge que la femme lui en paieroit le prix pour la part qu'elle aura comme commune : *An possit maritus justo pretio vendere* (*uxori*) *quod domus propria viri erit communis... Respondi, Non.*

ARTICLE II.

Des faits qui renferment des avantages indirects défendus entre mari et femme.

79. On peut apporter une infinité d'exemples de faits qui renferment de ces avantages indirects.

Une première espèce d'avantage indirect qu'un mari fait assez souvent à sa femme pendant le mariage, est l'acte par lequel il reconnoît avoir reçu d'elle plus qu'il n'a effectivement reçu.

Finge. Des futurs époux ont, par leur contrat de mariage, promis apporter chacun 10,000 livres à la communauté, et ont réservé propre le surplus, ensemble tout ce qui leur écherroit par succession : il est dit : En cas de renonciation à la communauté, la femme reprendra ce qu'elle y a apporté. Le mobilier que la femme avoit lorsqu'elle s'est mariée, avec celui qu'elle a eu depuis de succession, ne montoit qu'à 20,000 livres. Par des états enflés qui en ont été faits pendant le mariage, qui ont été signés et reconnus véritables par le mari, on le fait monter à 50,000 livres. C'est un avantage indirect que le mari fait par cette recon-

noissance à sa femme d'une somme de 30,000 livres, dans le cas auquel elle renonceroit à la communauté, et de 15,000 livres seulement, au cas qu'elle l'accepte; parcequ'elle fait, en ce cas, confusion sur elle de la moitié de la somme qu'elle a reprise.

80. Un mari fait un avantage indirect à sa femme, non-seulement en enflant l'état du mobilier de sa femme, mais aussi en diminuant le sien. Par exemple, si, en retenant la même espèce, le mari dont le mobilier réservé propre montoit à 50,000 livres, n'en a fait paroître que pour 20,000 livres dans l'état qu'il en a fait, en omettant d'y comprendre plusieurs effets, et en portant au-dessous de leur juste valeur ceux qui y sont compris, c'est un avantage indirect qu'il fait à sa femme d'une somme de 15,000 livres, lorsqu'elle accepte la communauté : la femme ayant, en ce cas, sa part dans les 30,000 livres que les héritiers du mari eussent dû prélever de plus que la somme de 20,000 livres qu'ils ont prélevée. Lorsque la femme a renoncé à la communauté, il n'en résulte aucun avantage.

81. Ces avantages indirects étant défendus, tant dans le for extérieur que dans celui de la conscience, les héritiers du mari, dans le for extérieur, sont reçus à la preuve, tant de ce que la femme avoit de moins, que de ce que l'homme avoit de plus qu'il n'est porté par les états respectifs; et, à défaut de preuves, à déférer le serment décisoire à la femme.

Dans le for de la conscience, quand même les héritiers du mari ne se seroient pas aperçus de l'infidélité de ces états, et ne feroient à la femme aucune contestation à cet égard, la femme est obligée, dans le for de la conscience, à déclarer aux héritiers du mari la connoissance qu'elle en a, et à faire réformer lesdits états, conformément à la vérité; et si elle ne l'a pas fait, elle est obligée, dans le for de la conscience, de restituer aux héritiers du mari tout ce qui lui est parvenu de ces avantages indirects que son mari lui a faits, soit qu'elle en eût connoissance dès le temps du partage, soit que la connoissance ne lui en soit survenue que depuis; avec cette distinction, que, si elle avoit con-

noissance de ces avantages indirects au temps qu'elle a reçu ce qui lui est parvenu, elle est obligée, dans le for de la conscience, indistinctement, à la restitution de tout ce qui lui est parvenu, même à la restitution des fruits et des intérêts; au lieu que, si la connoissance ne lui en est survenue que depuis, elle n'est obligée, dans le for de la conscience, qu'à la restitution des choses qui lui restoient lorsque cette connoissance lui est survenue, et de ce dont elle se trouvoit alors avoir profité de celles qui ne sont plus en nature. Cela est fondé sur ce principe du droit naturel, que l'obligation de restituer, que nous fait contracter la connoissance qui nous survient qu'une chose que nous avons reçue de bonne foi comme nous étant due, ne nous étoit pas due, n'étant fondée que sur la règle d'équité qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui, nous ne devons être obligés à cette restitution qu'autant que nous nous trouvons en avoir été enrichis et en avoir profité.

82. La femme peut faire de semblables avantages indirects à son mari, en diminuant pareillement l'état du mobilier dont elle a la reprise, et en souscrivant les états enflés que son mari a faits du sien.

Ce que nous avons dit des obligations de la femme par rapport à ces avantages indirects que lui a faits son mari, s'applique pareillement au mari par rapport à ceux que lui a faits sa femme.

83. La suppression des pièces justificatives et enseignements des reprises que l'un des conjoints et ses héritiers auroient droit d'exercer, faite par l'un des conjoints, pour en dérober la connoissance à ses héritiers, et les priver de cette reprise, est une autre espèce d'avantage que ce conjoint fait à l'autre, dont la part dans la communauté sera par ce moyen plus considérable.

Par exemple, si le mari a reçu, pendant le mariage, le rachat de plusieurs principaux de rentes qui lui étoient propres, montant à 12,000 livres, et que, ayant supprimé tous les enseignements qui pouvoient en donner connoissance, ses héritiers n'en aient pu exercer la reprise, la part de la somme dans la masse des biens de la communauté s'étant

trouvée plus forte de 6,000 livres, c'est un avantage qui l'oblige dans le for de la conscience, envers lesdits héritiers, à la restitution de cette somme.

Pareillement, lorsque l'un des conjoints est débiteur envers la communauté de quelque récompense, *putà*, pour des dettes qu'il devoit seul, et qui ont été acquittées des deniers de la communauté, ou pour des impenses nécessaires ou utiles faites à ses héritages propres, la suppression que font les conjoints des pièces justificatives et enseignements de ces récompenses, pour en décharger le conjoint qui en est le débiteur, renferme un avantage prohibé, dont il ne lui est pas permis, dans le for de la conscience, de profiter.

84. La fausse énonciation du prix, portée par le contrat de vente d'un héritage propre de l'un des conjoints, renferme une pareille espèce d'avantage indirect.

Par exemple, si, par le contrat de vente de l'héritage propre de la femme, il est dit qu'il a été vendu pour le prix de 80,000 livres, quoique, dans la vérité, le prix ait été de 100,000 livres; la femme ou ses héritiers n'ayant, par ce moyen, la reprise que d'une somme de 80,000 livres, au lieu de celle de 100,000 livres qui leur appartient, c'est un avantage indirect que la femme fait au mari de 20,000 livres, en cas de renonciation à la communauté, et de 10,000 livres, en cas d'acceptation. *Contrà*, s'il est porté, par le contrat, que l'héritage a été vendu pour le prix de 100,000 livres, quoiqu'il n'ait été vendu que 80,000 liv., c'est un avantage que le mari fait à la femme de 20,000 liv., en cas de renonciation à la communauté, et de 10,000 liv., en cas d'acceptation.

85. Voici une autre espèce d'avantage indirect. Dans une succession qui m'est échue pendant mon mariage, il s'est trouvé plusieurs principaux de rentes passés par des billets, sous les signatures privées des débiteurs. Ces principaux de rentes sont des propres dans les coutumes où les rentes sont réputées immeubles. Pour en faire passer la moitié à ma femme en les faisant passer pour conquêts, je vais trouver les débiteurs, auxquels je propose de me passer des

billets portant constitution de rente, datés du temps de mon mariage, à la place de ceux qu'ils ont passés au défunt : ces débiteurs ont la complaisance de se prêter à cette fraude, et me passent ces billets à la place de ceux qu'ils avoient passés au défunt, que je leur rends. C'est un avantage indirect que je fais à ma femme, dont il ne lui est pas permis de profiter.

C'est pourquoi, si ma femme, qui a connoissance de cette manœuvre, a eu au partage la moitié de ces principaux de rentes, ou d'autres effets à l'équipollent, elle est obligée, dans le for de la conscience, à restituer à mes héritiers la part qu'elle a eue dans ces principaux, ou dans ce qu'elle a eu à la place, avec tous les arrérages qui en ont couru depuis la dissolution de la communauté.

Si elle ne satisfait pas à cette restitution, les débiteurs qui se sont prêtés à cette fraude, et en ont été participants, sont obligés à cette restitution, à son défaut.

Ces débiteurs seroient-ils obligés à cette restitution, s'ils étoient des ignorants qui n'ont pas compris pourquoi se faisoit ce changement de billets? Je pense que, pour qu'ils contractent cette obligation, il n'est pas nécessaire qu'ils aient compris ce qui devoit résulter de cette fraude; il suffit qu'ils aient connu que ce changement de billets auquel on leur proposoit de se prêter, renfermoit quelque fraude, et pouvoit faire tort à quelqu'un, pour qu'ils contractent l'obligation de réparer le tort qui résultera de cette fraude à laquelle ils se sont prêtés.

86. Ulpien nous rapporte un autre exemple d'avantage indirect; c'est lorsque l'un des conjoints qui a un droit de servitude sur l'héritage de l'autre conjoint, laisse éteindre son droit, en n'en usant pas, dans la vue de l'avantager, et de décharger son héritage : *Si donationis causâ vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem; verùm post divortium condici posse;* l. 5, §. 6, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*

87. Dans notre droit françois, au lieu de donner une action au conjoint qui a laissé éteindre cette servitude, contre l'autre conjoint, pour qu'il soit tenu d'en constituer

une pareille, on décide simplement que le temps de la prescription par laquelle s'éteignent les droits de servitude, n'a pas couru pendant le mariage.

88. Les jurisconsultes romains élèvent une autre question. L'un des conjoints, *putà*, le mari, renonce à une succession opulente qui lui a été déférée, à dessein que sa femme, qui étoit appelée à cette succession à son défaut, la recueille : ou bien il répudie un legs qui lui a été fait par un parent de sa femme, mort pendant le mariage, dont sa femme étoit l'unique héritière, et chargée, en cette qualité, de la prestation. On demande si, dans ces deux espèces, la répudiation, soit de la succession, soit du legs, dont sa femme a profité, doivent passer pour des avantages indirects que le mari a faits à sa femme; et si en conséquence les héritiers du mari sont fondés à demander à la femme la restitution, soit de la succession, soit du legs, dont elle a profité. Ils décident pour la négative. La raison sur laquelle ils se fondent, est que les biens d'une succession, de même que des choses léguées, sont censés n'avoir jamais appartenu à la personne qui a répudié, soit la succession, soit le legs. Le mari, en les répudiant, a seulement manqué d'acquérir : il n'a rien diminué de ses biens; il n'en a rien fait passer à la femme, qui a profité de cette renonciation du mari à la succession ou au legs, qui avoient bien été déférés à son mari, mais qui ne lui ont point été acquis. Cet avantage que la femme ressent de cette renonciation, n'est donc point un avantage prohibé, la loi ne défendant les donations et avantages entre mari et femme, que lorsque l'avantage que l'un fait à l'autre diminue quelque chose de ses biens pour enrichir l'autre : *Si maritus hæres institutus repudiet hæreditatem donationis causâ, Julianus rescripsit donationem valere; neque enim pauperior fit qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit : repudiatio autem mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato hæres futura;* d. l. 5, §. 13. *Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam hæredem institutam;* d. l. §. 14.

Cette raison sur laquelle est fondée la décision des jurisconsultes romains, *neque enim pauperior fit qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit*, me paroît avoir plus de subtilité que de solidité. Il est vrai que les choses mêmes qui composoient la succession à laquelle j'ai renoncé, ou le legs que j'ai répudié, ne m'ont jamais appartenu; mais le droit de recueillir cette succession ou ce legs, est un droit qui m'a appartenu, lorsque la succession ou le legs m'a été déféré. Ce droit étoit de même valeur que les choses qui en faisoient l'objet; il faisoit partie de mon bien; et en le perdant volontairement par la répudiation que j'en ai faite, j'ai diminué mon bien d'autant. Cette répudiation est donc un avantage qui enrichit la femme aux dépens du mari.

On peut apporter une meilleure raison pour décider que la répudiation que le mari fait d'un legs à lui fait par une personne dont sa femme est l'héritière, ne doit pas être considérée comme un avantage prohibé qu'il ait fait à sa femme : cette raison est, que le mari, en répudiant le legs, n'a pas tant eu la vue de faire de ses biens un avantage à sa femme, que celle de laisser le cours naturel des choses, et de ne pas priver sa femme des biens d'une succession que la loi lui défère. Il ne fait en cela que ce que font par générosité des personnes qui répudient un legs qui leur a été fait par leurs amis ou leurs clients, non précisément dans la vue de faire une donation à l'héritier qui doit profiter de cette répudiation, qui souvent est une personne qu'ils ne connoissent pas, mais qui n'ont d'autre vue que de laisser les choses dans l'ordre naturel, et de ne pas s'enrichir des biens d'une famille étrangère.

Mais lorsque le mari qui étoit seul dans le degré le plus prochain pour recueillir une succession opulente, la répudie pour la faire passer à sa femme, qui se trouve être dans le degré suivant, cette répudiation ne peut passer que pour un véritable avantage qu'il a eu dessein de faire à sa femme, aux dépens du droit qu'il avoit de la recueillir; lequel avantage, nonobstant la subtilité de la loi romaine, doit passer pour un avantage prohibé.

89. Il y a moins de difficulté à admettre la décision des jurisconsultes romains dans l'espèce suivante. Mon ami m'a fait part du dessein qu'il avoit de me faire un don ou un legs : je l'ai engagé de le faire plutôt à ma femme. Le jurisconsulte Pomponius décide que je ne fais en cela aucun avantage prohibé à ma femme. Je ne me dépouille, dans cette espèce, de rien qui m'appartienne. Je n'ai jamais eu aucun droit aux biens de mon ami, qu'il avoit eu dessein de me donner, et qu'il a donnés à ma femme : l'intention qu'il a eue de me donner, n'ayant point été mise à exécution, n'a pu m'y faire acquérir aucun droit : *Quod legaturus mihi aut hæreditatis nomine relicturus es, potes, rogatus à me, uxori meæ relinquere; et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur;* l. 31, §. 7, ff. *d. tit.*

90. Lorsqu'un testateur, dont j'étois l'unique héritier, a fait à ma femme un legs qui entame considérablement les quatre quints des propres que la loi me permet de retenir, le paiement que je fais à ma femme de ce legs en entier, sans lui faire souffrir aucun retranchement, doit-il être regardé comme un avantage indirect, jusqu'à concurrence de ce que j'étois en droit de retrancher du legs? Je ne le crois pas. J'avois un autre motif pour acquitter le legs en entier, qui étoit le respect pour les dernières volontés du testateur. Ce motif étant un motif louable, on doit présumer que c'est plutôt par ce motif que je me suis porté à acquitter le legs en entier, que dans la vue de faire à ma femme un avantage prohibé par la loi. Ce paiement *magis videtur plenior executio voluntatis defuncti, quàm donatio.*

Si, entre plusieurs legs qui entamoient les quatre quints de mes propres, il n'y avoit que celui fait à ma femme que j'eusse ainsi acquitté en entier, et que j'eusse fait souffrir aux autres légataires le retranchement qui devoit être fait à leurs legs, il ne seroit pas douteux, en ce cas, que c'est dans la vue d'avantager ma femme, que je n'ai pas retranché du legs à elle fait ce que j'avois droit d'en retrancher, et que c'est par conséquent un avantage prohibé dont elle ne doit pas profiter.

91. Lorsque, pendant mon mariage, j'ai choisi un legs qui m'a été fait par un de mes parents collatéraux, dont j'étois héritier pour partie, préférablement à la part qui m'étoit déférée dans sa succession, composée d'immeubles, nous avons dit en notre Traité de la Communauté, *n.* 608, que mes héritiers n'étoient pas reçus à prétendre que ce choix est un avantage indirect que j'ai fait à ma femme, ni à offrir de justifier que la portion qui m'a été déférée dans la succession, étoit en soi plus avantageuse que le legs. Cela doit s'observer, tant parce qu'il est incertain si j'ai fait ce choix pour faire un avantage à ma femme, ayant pu avoir d'autres raisons pour le faire, que parce qu'il est à propos d'éviter des procès auxquels pourroient donner lieu l'examen et la discussion du fait, si la portion héréditaire à laquelle j'ai renoncé, étoit effectivement beaucoup plus avantageuse que le legs. Mais, dans le for de la conscience, si la femme a une parfaite connoissance que son mari n'a fait le choix du legs que dans la seule vue de l'avantager à ses dépens, la portion qui lui étoit déférée dans la succession étant plus considérable que le legs qu'il a choisi, je pense qu'elle ne doit pas profiter de cet avantage, et qu'elle doit laisser aux héritiers de son mari sa part dans ce dont la communauté a été augmentée par le choix que son mari a fait du legs qui y est tombé.

92. Une autre espèce d'avantage indirect, c'est lorsque l'un des conjoints, en nommant l'autre conjoint pour exécuteur de son testament, le décharge de rendre compte. Cette décharge de rendre compte, qui lui laisse la liberté de retenir et d'appliquer à son profit ce qu'il voudra des biens de la succession, tendant à un avantage indirect, on n'y doit avoir aucun égard; et nonobstant cette clause, le conjoint ne pourra avoir l'exécution testamentaire qu'à la charge de rendre compte.

93. Par la même raison, on n'a point d'égard à la disposition testamentaire de l'un des conjoints, par laquelle le défunt auroit ordonné qu'on remettroit entre les mains du survivant une certaine somme, pour être par lui employée suivant les intentions du testateur, dont il lui a

donné connoissance : ce seroit une voie d'éluder la loi, en couvrant de ce prétexte le legs que l'un des conjoints voudroit faire à l'autre contre la défense de la loi.

ARTICLE III.

Des avantages indirects entre mari et femme, qui se font par des personnes interposées.

94. Les conjoints par mariage, et les autres personnes à qui la loi civile défend de se donner, non seulement ne peuvent se rien donner directement; elles ne le peuvent faire licitement par personnes interposées : *Non solùm per se maritus et uxor cæteræque personæ dare non possunt;* l. 3, §. 9, ff. *d. tit.*

C'est pourquoi, si, pour éluder la loi qui me défend de rien donner à ma femme, je donne ou je lègue quelque chose à un tiers, avec qui j'ai une convention secrète qu'il le rendra à ma femme, un tel don ou legs n'est permis ni dans le for extérieur, ni dans le for de la conscience.

C'est pourquoi, en ce qui concerne le for extérieur, si mes héritiers ont la preuve littérale, ou même seulement testimoniale, de la convention que j'ai eue avec le tiers à qui j'ai fait le don ou le legs, ils doivent être admis à la faire; et s'ils la font, le don ou le legs doit être déclaré nul.

Ils peuvent même, à défaut de preuves, déférer le serment à ce donataire ou légataire, à l'effet qu'il soit tenu de déclarer s'il n'est pas personne interposée pour le rendre à ma femme; et s'il ne le fait pas, on doit pareillement déclarer nul le don ou le legs qui lui a été fait.

A l'égard du for de la conscience, ma femme, qui, contre la défense de la loi, a reçu ce que je lui ai fait parvenir par le ministère de la personne interposée, est obligée de le rendre à mes héritiers, avec les fruits qui en ont été perçus, si ce sont des héritages; et les intérêts, si ce sont des sommes d'argent, du jour de la délivrance qui lui en a été faite.

95. A défaut par la femme de faire cette restitution, la personne interposée qui a prêté son ministère pour lui faire

parvenir ce qu'elle a reçu, est obligée elle-même, dans le for de la conscience, à cette restitution; car c'est un principe certain dans le droit naturel, que quiconque a prêté son ministère à une injustice, est obligé à la réparer, lorsque celui qui en a profité ne le fait pas.

On a coutume, dans le monde, d'alléguer, pour se dispenser de cette restitution, que les donations entre mari et femme n'étant défendues que par la loi civile, étant permises par le droit naturel, ne renferment aucune injustice. La réponse est facile. La loi naturelle, dit-on, permet les donations entre mari et femme. Je distingue. Elle les permet aux personnes qui ne sont pas sous l'empire d'une loi civile qui les défend : j'en conviens. Elle les permet même aux personnes qui sont sous l'empire d'une loi civile qui les défend : je le nie; car la loi naturelle nous commandant de nous soumettre aux lois civiles sous l'empire desquelles nous vivons; lorsque des maris ou femmes se trouvent sous l'empire d'une loi qui défend les donations entre mari et femme, ces donations, qui leur sont défendues par la loi civile sous l'empire de laquelle ils vivent, leur sont aussi défendues par la loi naturelle, qui leur ordonne de se soumettre aux lois civiles qui la leur défendent.

On insiste, et on dit que la loi civile ne peut être opposée à la loi naturelle : donc, dit-on, elle ne peut défendre les donations entre mari et femme, que la loi naturelle permet. La conséquence est mal tirée. De ce que la loi civile ne peut être opposée à la loi naturelle, il s'ensuit seulement qu'elle ne peut ordonner, ni même permettre ce que la loi naturelle défend, ni défendre ce que la loi naturelle commande; mais la loi civile n'est point opposée à la loi naturelle en défendant ce que cette loi ne fait que permettre. Or, la loi naturelle n'ordonne pas les donations entre mari et femme, elle ne fait que les permettre : la loi civile a donc pu les défendre.

96. Nous avons suffisamment établi que le légataire qui a rendu à la femme du testateur le legs qui lui a été fait, suivant la convention secrète qu'il en avoit eue avec le testateur, étoit, à défaut de la femme, obligé à le restituer aux

héritiers. Il y est à plus forte raison obligé, si, contre la foi de la convention, il l'a retenu pour lui, ne pouvant ignorer que ce n'est pas à lui que le testateur a voulu faire ce legs.

97. Lorsque la convention entre le testateur et le légataire a été que le légataire rendroit à la femme du testateur seulement partie du legs, le legs n'est illicite que pour ce qui en devoit être rendu à la femme; il est licite et valable pour la partie qui en doit être retenue par le légataire.

98. Pareillement, lorsque la convention entre le testateur et le légataire a été que le légataire donneroit à la femme, non la chose même qui lui a été léguée, mais une somme d'argent, ou quelque autre chose, il peut licitement demander la délivrance du legs qui lui a été fait; mais il doit donner aux héritiers du testateur ce qu'il étoit convenu de donner à sa femme. Par exemple, si un mari a légué un certain héritage à Pierre, avec convention tacite qu'il paieroit une somme de 10,000 livres à la femme de ce mari; Pierre ne peut pas licitement donner cette somme à la femme, la loi ne le permettant pas : mais comme ce n'est pas en sa faveur, mais en faveur des héritiers du mari, que la loi ne permet pas ce fidéicommis dont le testateur l'a chargé envers sa femme, par la convention qu'ils ont eue ensemble, ce n'est pas lui qui doit profiter de la nullité de ce fidéicommis; ce sont les héritiers du mari, auxquels il doit par conséquent donner cette somme, au lieu de la donner à la femme à qui il s'étoit chargé de la donner.

99. Il arrive assez souvent qu'un homme, pour mieux éluder la loi qui ne permet pas de rien léguer à sa femme, et pour mettre la personne par le canal de laquelle il a intention de faire passer à sa femme ses biens, ou partie d'iceux, à portée de jurer qu'il n'a eu aucune convention avec le testateur de les rendre à sa femme, lègue lesdits biens à un ami de sa femme, avec lequel il n'a aucune convention de les rendre à sa femme, et à qui même il ne donne de son vivant aucune connoissance de ce legs, dans la confiance qu'il a que ce légataire devinera facilement l'intention qu'il a eue en lui faisant ce legs, et qu'il rendra à sa femme les biens compris dans ce legs.

On demande si, dans le for de la conscience, le légataire à qui le testateur n'a donné aucune connoissance de l'intention qu'il a eue, en lui faisant ce legs, de le faire passer à sa femme, et qui n'a, sur cette intention du testateur, que de simples soupçons, peut se faire saisir de ce legs, et donner ensuite à la femme du testateur les biens qui y sont compris. La raison de douter est, que ni le testateur, ni autre personne n'ayant donné à ce légataire connoissance de l'intention du testateur de faire passer le legs à sa femme, n'en paroissant rien à l'extérieur, ce légataire n'est pas, dit-on, obligé de la supposer. Ne paroissant donc, dans le legs qui lui est fait, rien que de licite, il lui est permis de s'en faire saisir. Etant devenu propriétaire des biens compris dans ce legs, il a le droit d'en disposer comme bon lui semble, et de les donner à la femme du défunt, qui n'est point, vis-à-vis de lui, une personne à qui la loi défende de donner.

Nonobstant ces raisons, je pense qu'il suffit que ce légataire ait des soupçons probables que l'intention du testateur, en faisant ce legs, a été de le faire passer par son canal à sa femme, pour qu'il soit obligé, dans le for de la conscience, de répudier ce legs. La raison est, que nous sommes obligés de nous abstenir non seulement des choses dont nous connoissons clairement l'injustice, mais de tout ce qui a quelque apparence d'injustice, de tout ce qui en est suspect. Pour que nous soyons obligés de répudier un legs, il n'est donc pas nécessaire que nous ayons une parfaite connoissance que le legs qui nous est fait, est fait dans la vue de le faire passer à la femme du testateur, contre la défense de la loi, en fraude de ses héritiers; ce qui est une injustice, il suffit pour cela que nous ayons des soupçons probables qu'il est fait dans cette vue, et qu'il renferme cette injustice, parceque nous sommes obligés de nous abstenir de tout ce qui a quelque apparence d'injustice, et de tout ce qui en est suspect.

Le fondement des soupçons que le légataire peut avoir que le legs lui a été fait dans la vue de le faire passer à sa femme, résulte de ce que le légataire, qui n'étoit point lié

d'une amitié intime avec le testateur, n'apercevant aucun motif qui eût pu porter le testateur à vouloir lui laisser ses biens, ne voit dans ce legs d'autre motif qui ait pu porter le testateur à le lui faire, que celui de la confiance qu'il a eue qu'il le feroit passer à sa femme, dont il est l'ami.

Pour obvier à cette espèce de fraude, qui n'est que trop commune; lorsqu'un legs fait à un étranger est suspect d'avoir été fait par le testateur en vue de le faire passer à sa femme, les héritiers du mari sont fondés non seulement à demander au légataire son serment qu'il n'a eu aucune convention avec le testateur de le faire passer à sa femme, ce qui n'obvieroit pas à cette seconde espèce de fraude; mais ils doivent encore être reçus à demander que le légataire jure précisément que c'est pour lui qu'il demande le saisissement du legs, et non dans la vue de le faire passer à la veuve.

100. Le légataire qui a des soupçons probables que le legs qui lui a été fait, l'a été dans la vue de le faire passer à la femme, non seulement ne doit pas, dans le for de la conscience, l'accepter pour le lui faire passer, il ne doit pas non plus l'accepter pour le retenir; car c'est un principe de droit naturel, que nous ne devons nous mettre en possession d'aucunes choses, qu'autant que nous sommes assurés de la légitimité du titre en vertu duquel nous les acquérons. Le legs qui a été fait à ce légataire ne pouvant être pour lui un titre légitime, qu'autant que la volonté du testateur a été que les biens compris au legs fussent pour lui, et non pour un autre à qui le testateur auroit voulu les faire passer par son canal; le légataire ayant de l'incertitude sur cette volonté du testateur, il n'est point assuré que le legs qui lui a été fait soit un titre légitime.

101. Un homme n'a pas intention de rien faire passer de ses biens à sa femme, contre la défense de la loi; il veut seulement empêcher qu'elle n'ait des procès et de mauvaises contestations à essuyer au partage qui sera à faire entre elle et son héritier, qu'il connoît pour être un chicaneur. Pour cet effet, il fait un legs universel à un homme de confiance. Son intention secrète est que ce légataire universel,

après s'être fait saisir de son legs, fasse, en sa qualité de légataire universel, avec sa veuve, la liquidation des droits respectifs, tant de sa succession que de sa veuve, et le partage des biens de la communauté; et que, après cette liquidation, et ce partage fait selon les règles d'une exacte justice, le légataire rende à l'héritier ce qui lui est revenu du legs universel. Un tel legs ne contient rien d'illicite; et celui à qui il a été fait, soit que le testateur lui ait fait part de ses intentions, soit qu'il les soupçonne seulement, non-seulement ne pèche pas, mais fait une action louable en acceptant ce legs, pour remplir les intentions du testateur.

102. Tout ce que nous venons de dire des legs faits par un homme à un tiers, dans le dessein de faire passer à sa femme les choses léguées, reçoit une entière application à l'égard de ceux qu'une femme auroit faits à un tiers, dans le dessein de faire passer à son mari les choses léguées.

103. Une femme, à la vérité, ne peut rien faire passer de ses biens après sa mort, par le canal d'un tiers, à son mari, pour l'en avantager; mais si une femme étoit débitrice envers son mari de dettes dont il n'y a pas de preuves, la déclaration qu'elle feroit, par son testament, qu'elle est débitrice d'une telle somme envers son mari, ne pouvant obliger, dans le for extérieur, les héritiers de cette femme, lesquels, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 46, seroient écoutés à faire rejeter cette déclaration, comme suspecte de renfermer un avantage indirect, suivant la maxime, *Qui non potest donare, non potest confiteri;* la femme, pour la décharge de sa conscience, non seulement peut, mais doit, de son vivant, prendre des mesures avec quelque personne de confiance, pour faire passer à son mari le montant de ce qu'elle lui doit, par le canal de cette personne de confiance, à qui elle fera un legs de la somme nécessaire pour cette restitution.

Supposons, par exemple, qu'une femme commune en biens avec son mari, à l'insu de sondit mari, ait pris plusieurs sommes d'argent en différentes fois, qu'elle a dépensées à l'insu de son mari, au jeu, ou qu'elle a données à ses amis : il n'est pas douteux que la femme est débitrice

envers son mari de la moitié du montant de ces sommes, en cas que ses héritiers acceptent la communauté, et du total, au cas qu'ils y renoncent : car n'ayant droit de disposer de rien pendant que la communauté dure, c'est un vol qu'elle a fait à son mari, qui l'oblige à restitution; de laquelle restitution elle ne peut s'acquitter que de la manière que nous venons de dire.

104. Observez que la personne à qui s'adresse la femme pour lui prêter son ministère pour s'acquitter de ces restitutions, ne doit s'en charger que lorsqu'elle connoît bien cette femme, et qu'elle a lieu de croire que ce qu'elle lui a dit est véritable, et n'est point un faux prétexte pour déguiser un avantage qu'elle veut faire à son mari.

105. La femme ayant fait à la personne de confiance un legs de la somme dont elle vouloit faire restitution à son mari, conçu en ces termes : « Je lègue à un tel la somme « de tant, pour l'employer suivant mes intentions, dont il ne « rendra aucun compte ; » si les héritiers de la femme lui demandent son serment, si ce n'est pas pour le faire passer à des personnes prohibées, elle peut faire ce serment ; car le mari est bien une personne prohibée pour recevoir un avantage que sa femme lui feroit; mais il n'est pas personne prohibée pour recevoir une restitution qui lui est due.

Mais si l'on exigeoit d'elle qu'elle dît précisément si ce legs ne lui est pas fait pour le faire passer au mari, elle ne pourroit se dispenser en ce cas d'en convenir : elle ajouteroit que c'est pour une restitution dont elle a connoissance, et dont elle exposeroit les causes. Le juge, suivant les circonstances, y ajouteroit telle foi qu'il jugeroit à propos.

106. Le mari peut aussi avoir des restitutions à faire à sa femme, pour des causes dont sa femme ne peut avoir aucune preuve, desquelles restitutions il ne peut par conséquent s'acquitter que de la manière que nous venons de dire.

On peut apporter pour exemple le cas auquel un mari auroit donné entre vifs, de la main à la main, à ses enfants d'un précédent mariage, des sommes considérables

d'argent pendant sa communauté, dont sa femme ne peut avoir de preuves; soit parceque les enfants à qui il a donné ces sommes, sont morts depuis, ayant laissé des enfants; soit parcequ'ils pourroient avoir la mauvaise foi d'en disconvenir.

107. Le mari qui a dissipé les biens de la communauté en débauches, quoiqu'il soit très blâmable, n'est pas néanmoins pour cela obligé à aucune restitution envers sa femme : car la loi n'oblige point le mari à conserver à sa femme les biens de la communauté; elle lui défend seulement d'avantager ni lui, ni les siens. Les conditions du contrat de communauté qui intervient entre un mari et une femme, sont que le mari disposera en maître des biens de la communauté pendant qu'elle durera, et que la femme ne pourra prétendre que la moitié de ce qui restera lors de la dissolution.

108. Quelques coutumes regardent les donations qui seroient faites par un conjoint à des personnes dont l'autre conjoint est l'héritier présomptif, comme étant faites à l'autre conjoint par personnes interposées; elles les présument faites dans la vue de faire passer à l'autre conjoint les biens compris dans la donation par le canal de ce donataire, dans la succession duquel il doit un jour les retrouver; et elles les comprennent en conséquence dans la défense qu'elles font des donations entre mari et femme.

Telle est la coutume de Bourbonnois, qui porte, *art.* 226 : « Le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune asso- « ciation, donation, ni autre contrat au profit de sa femme, « enfants de sadite femme d'autre lit, ni autres auxquels « elle doive succéder *immediatè; nec è contrà* la femme au « mari, à ses enfants, ou autres esquels le mari doive suc- « céder. »

La coutume d'Auvergne, *ch.* 14, *art.* 28, défend pareillement à la femme de faire aucune donation ni disposition au profit de son mari, ni d'autre à qui il puisse succéder.

Hors ces coutumes, la donation ou le legs que le mari fait à un frère, ou à la sœur, ou à quelque autre parent col-

latéral de sa femme, dont sa femme est héritière présomptive; et pareillement ceux que la femme fait aux parents collatéraux du son mari, dont il est l'héritier présomptif, sont valables. Je suis censé avoir fait la donation que j'ai faite au parent de ma femme, pour la bonne amitié que j'avois pour lui, et non en considération de ma femme. Il est vrai qu'il peut arriver que ma femme profite un jour indirectement de cette donation, en trouvant les effets donnés dans la succession du donataire, lorsqu'elle la recueillera; mais c'est un accident qu'on ne présume point être entré en considération lors de la donation qui a été faite, et sur lequel on n'a pas dû compter.

109. Les donations ou legs que l'un des conjoints feroit au père ou à la mère, ou à quelque autre des ascendants de l'autre conjoint, peuvent faire plus de difficulté; les biens des père et mère devant, selon l'ordre naturel, passer à leurs enfants, leurs biens étant même censés être en quelque façon, de leur vivant, les biens de leurs enfants, qui sont appelés pour cette raison *sui hæredes*, lorsqu'ils y succèdent, *quasi succedant in bona quæ jam erant sua*. Les donations ou legs que je fais au père ou à la mère de ma femme, sont censés comme faits à ma femme elle-même, et par conséquent comme compris sous la défense générale qui est faite aux conjoints, de se donner l'un à l'autre directement ni indirectement. On peut tirer argument de l'édit des secondes noces, qui, défendant aux femmes de donner à leur second mari au-delà d'une part d'enfant, comprend expressément dans cette défense les donations qui seroient faites aux père et mère de leur second mari, comme étant réputées faites au second mari lui-même, par personne interposée : d'où l'on peut tirer cette maxime, que la défense générale qui est faite par une loi, de donner directement ni indirectement à certaines personnes, comprend les donations faites aux père et mère desdites personnes, comme étant réputées faites indirectement auxdites personnes.

Néanmoins on cite quelques arrêts qui ont confirmé des legs faits par un homme au père de sa femme. On répond

à ces arrêts, qu'ils sont rendus dans la coutume de Paris, dans l'espèce où le donateur n'avoit point d'enfants. Or, étant permis, dans la coutume de Paris, à celui des conjoints qui n'a point d'enfants, de donner aux enfants de l'autre conjoint, on a jugé qu'il devoit pareillement lui être permis de donner aux père et mère de l'autre conjoint: mais dans les coutumes qui ne permettent pas à l'un des conjoints de donner rien aux enfants d'un précédent mariage de l'autre conjoint, par la raison que l'union intime qui est entre le père et les enfants, les fait regarder comme n'étant en quelque façon qu'une même personne, et fait en conséquence réputer ce qui est donné aux enfants du conjoint, comme donné au conjoint lui-même, on doit, par la même raison, réputer les donations faites par l'un des conjoints aux père et mère de l'autre conjoint, comme faites à ce conjoint lui-même, et, comme telles, les déclarer nulles.

110. Si, par la donation que l'un des conjoints auroit faite au père ou à la mère, ou à quelque autre ascendant de l'autre conjoint, ce donataire étoit chargé de substitution après sa mort, au profit de quelque étranger; comme on ne pourroit pas dire, en ce cas, que la donation a été faite en considération de l'autre conjoint, et pour lui faire passer les choses données par le canal du donataire, puisqu'après la mort de ce donataire elles doivent passer à d'autres, la donation devroit être jugée valable.

ARTICLE IV.

Des donations faites aux enfants de l'un des conjoints d'un précédent mariage.

111. La coutume de Paris, *art.* 283, s'est expliquée en ces termes : « Ne peuvent lesdits conjoints donner aux en-« fants l'un de l'autre d'un précédent mariage, au cas qu'ils, « ou l'un d'eux, aient enfants. »

L'interprétation de cet article a souffert difficulté. Plusieurs prétendoient que l'un des conjoints ne pouvoit jamais, en aucun cas, donner aux enfants que l'autre conjoint avoit

d'un précédent mariage. D'autres soutenoient que la défense portée par cet article n'étoit que pour le cas auquel il y avoit des enfants communs, ou pour celui auquel le conjoint donateur auroit lui-même des enfants d'un précédent mariage; mais qu'il n'étoit point défendu par cet article, au conjoint qui n'avoit point d'enfants, de donner aux enfants de l'autre conjoint. Si la coutume eût voulu que l'un des conjoints ne pût jamais, en aucun cas, soit qu'il eût des enfants, soit qu'il n'en eût point, donner aux enfants de l'autre conjoint d'un précédent mariage, elle auroit dit seulement, *Ne pourront lesdits conjoints donner aux enfants l'un de l'autre d'un précédent mariage:* il eût été inutile d'ajouter cette clause qu'elle ajoute, *au cas qu'ils, ou l'un d'eux, aient enfants:* cette clause seroit entièrement superflue. Or c'est une règle, en matière d'interprétation, que nous avons rapportée en notre Traité des Obligations, *n.* 92, qu'on doit plutôt entendre une clause dans un sens qui lui donne quelque effet, que dans un sens dans lequel elle n'en auroit aucun. On doit donc entendre cette clause, *au cas qu'ils, ou l'un d'eux, aient enfants*, en ce sens, qu'elle est ajoutée pour restreindre à deux cas la défense générale portée par le commencement de cet article; savoir; *au cas qu'ils*, c'est-à-dire, que les deux conjoints aient des enfants communs, ou que *l'un d'eux*, c'est-à-dire que l'un d'eux, qui est le donateur, ait lui-même des enfants d'un précédent mariage. Donc, dans la coutume de Paris, hors ces deux cas, c'est-à-dire, lorsque l'un des conjoints n'a aucuns enfants, ni de son mariage avec l'autre conjoint, ni des mariages précédents, il lui est permis de donner aux enfants que l'autre conjoint a d'un précédent mariage. Cette interprétation a été confirmée par un arrêt de 1583, rendu en forme de règlement, qui a jugé que dans la coutume de Paris, celui des conjoints qui n'avoit point d'enfants, pouvoit donner aux enfants de l'autre.

112. A l'égard des autres coutumes qui ont défendu les donations entre mari et femme; dans celles qui s'en sont expliquées, et qui ont dit indistinctement que les conjoints ne peuvent se faire aucunes donations l'un à l'autre, ni à

ses enfants d'un précédent mariage, il n'est pas douteux que l'un des conjoints, soit qu'il ait des enfants, soit qu'il n'en ait point, ne peut donner aux enfants que l'autre a d'un précédent mariage.

113. Dans celles qui, comme notre coutume d'Orléans, *art.* 280, ont défendu les donations entre conjoints par mariage, sans s'expliquer sur celles qui seroient faites par l'un des conjoints aux enfants de l'autre conjoint d'un précédent mariage, on a douté si ces donations étoient comprises dans la défense, sur-tout lorsque l'enfant à qui la donation étoit faite, paroissoit avoir pu mériter par lui-même l'amitié et la bienveillance de son beau-père ou de sa belle-mère, qui lui a fait la donation. On disoit, en faveur de ces donations, que les donations entre mari et femme n'ayant rien en elles-mêmes de contraire aux bonnes mœurs, la loi qui les défend pour certaines raisons politiques, étant une loi qui tend à gêner et restreindre la liberté naturelle que chacun a de disposer de ses biens comme bon lui semble, ne devoit pas être regardée comme une loi favorable, qui fût susceptible d'extension. On disoit, au contraire, que les lois qui ont défendu les donations entre mari et femme sont fondées sur de très bonnes raisons, rapportées *suprà*, *n.* 1. Elles ne doivent donc pas être si facilement éludées qu'elles le seroient, s'il étoit permis à l'un des conjoints de donner aux enfants que l'autre a d'un précédent mariage, parceque ce conjoint ne manqueroit jamais de faire donner à ses enfants ce que la loi ne permet pas qu'on donne à lui-même. Cette dernière opinion a été confirmée par un arrêt du 15 février 1729, rendu en forme de règlement. Il en est depuis intervenu plusieurs autres; un du 1^er^ mars 1734, en forme de règlement, dans la coutume de Châlons; un du 27 juillet 1736, en la coutume de Blois; un du 25 juin 1737, en forme de règlement, en la coutume de Vitry; un du 7 mai 1742, en la coutume d'Artois; et un du 29 avril 1768, dans la coutume de Melun. C'est un magistrat du parlement qui a eu la bonté de me donner une note de tous ces arrêts.

Il ne peut donc plus être douteux aujourd'hui que si l'on

en excepte la coutume de Paris, dans laquelle il est permis, suivant l'article 283, à celui des conjoints qui n'a point d'enfants, de donner aux enfants de l'autre conjoint; dans toutes les autres coutumes qui défendent les donations entre mari et femme, l'un des conjoints, soit qu'il ait des enfants, soit qu'il n'en ait point, ne peut faire aux enfants de l'autre conjoint, d'un précédent mariage, les dons et les legs que la loi défend de faire à ce conjoint.

114. La défense faite à l'un des conjoints de donner aux enfants de l'autre, d'un précédent mariage, comprend-elle toutes les donations, de quelque espèce qu'elles soient, les mutuelles comme les simples? Dans les coutumes qui comprennent expressément les enfants dans la défense qu'elles font aux conjoints de se donner l'un à l'autre, il ne paroît pas qu'il y ait de difficulté à décider qu'elles y sont comprises; car les enfants que les conjoints ont d'un précédent mariage, ayant été compris dans la même défense qui a été faite de se donner entre conjoints, les mêmes donations qu'il leur est défendu de se faire l'un à l'autre, doivent aussi être censées leur être défendues envers les enfants de l'autre. Or les donations, de quelque espèce qu'elles soient, les mutuelles aussi bien que les simples (sauf dans les deux cas particuliers d'exception portés ès articles 280 et 281), étant comprises dans la défense des donations entre conjoints, elles doivent aussi être défendues envers les enfants que les conjoints ont d'un mariage précédent.

115. Il y a plus de difficulté dans les coutumes qui, dans la défense qu'elles ont faite des donations entre mari et femme, n'ont pas compris expressément les enfants qu'ils ont d'un précédent mariage. Si, dans ces coutumes, un enfant que ma femme a eu d'un précédent mariage, et moi, nous nous sommes fait une donation mutuelle de nos biens présents, dont nous nous sommes respectivement dessaisis, sous la réserve de l'usufruit, au profit du survivant; ce que nous nous sommes donné réciproquement étant à peu près égal, et cet enfant étant à peu près autant ou plus âgé que moi; ou s'il est moins âgé, étant d'une complexion plus foible que la mienne, dira-t-on que cette donation

est nulle, par la raison générale que la jurisprudence a étendu la défense des donations entre conjoints par mariage, à celles que l'un d'eux feroit aux enfants de l'autre? Ne doit-on pas plutôt dire au contraire : les enfants que les conjoints ont d'un précédent mariage, n'étant pas formellement compris dans la loi qui défend les donations entre conjoints, les arrêts qui ont déclaré nulles les donations faites par l'un des conjoints aux enfants de l'autre, ne sont fondés que sur ce qu'elles sont suspectes d'être faites en considération du conjoint, et en fraude de la loi qui ne permettoit pas de lui donner à lui-même? Donc, lorsqu'il paroît un autre motif qui a pu porter le donateur à faire la donation aux enfants de l'autre conjoint, comme dans cette espèce, son propre intérêt et son propre avantage que le conjoint donateur trouvoit dans cette donation mutuelle, la donation doit être hors d'atteinte.

On peut faire la même question à l'égard des donations rémunératoires. *Finge.* Dans une coutume qui, dans la défense qu'elle fait des donations entre conjoints par mariage, n'a pas compris formellement celles que l'un d'eux feroit aux enfants de l'autre; mon beau-fils, que ma femme a eu d'un précédent mariage, me voyant dans l'eau près de me noyer, s'y est jeté, et m'en a retiré, en s'exposant au danger de se noyer avec moi : si par la suite je lui fais une donation, pourra-t-on attaquer cette donation, parcequ'elle est faite au fils de ma femme? Peut-on dire qu'elle est faite en considération de ma femme, et en fraude de la loi, qui ne permettoit pas de lui donner à elle-même? Ne paroît-il pas, en ce cas, un autre motif beaucoup plus vraisemblable, qui m'a porté à cette donation, savoir, celui de témoigner au donataire ma reconnoissance d'un si grand bienfait?

Néanmoins, comme l'examen des motifs qui ont pu porter le conjoint à donner aux enfants de l'autre conjoint, donneroit lieu à des discussions et à des procès, je crois qu'il est à propos, pour les éviter, de ne point entrer dans ces motifs, et d'établir comme une règle qui ne souffre pas

d'exception, que l'un des conjoints ne peut donner aux enfants de l'autre.

116. Observez que la défense qui est faite à l'un des conjoints, de donner aux enfants que l'autre a d'un précédent mariage, n'étant fondée que sur ce que ces donations sont présumées faites en considération de l'autre conjoint, et en fraude de la loi, qui défend de lui donner, cette présomption ne pouvant avoir lieu que de son vivant, la défense cesse à sa mort. C'est pourquoi il est permis à un homme demeuré veuf, de donner aux enfants de sa défunte femme d'un précédent mariage; et pareillement il est permis à une femme de donner aux enfants de son défunt mari, même dans les coutumes qui défendent expressément de donner aux enfants de l'autre conjoint.

SECONDE PARTIE.

Du don mutuel permis par la coutume de Paris, et autres semblables, entre conjoints par mariage, qui n'ont pas d'enfants.

Il y a beaucoup de variété dans nos coutumes, par rapport au don mutuel entre mari et femme.

Première espèce de variété.

117. Cette première espèce de variété concerne les cas dans lesquels le don mutuel est permis pendant le mariage entre mari et femme.

La coutume de Paris, celle d'Orléans, et le plus grand nombre des coutumes, ne permettent le don mutuel que dans le seul cas auquel le mari et la femme n'ont ni l'un ni l'autre aucun enfant lors de la mort du prédécédé.

Au contraire, il y a des coutumes qui les permettent en tous les cas, soit qu'il y ait enfants, ou non; comme Reims, Péronne, et plusieurs autres.

Enfin il y en a qui ne les permettent en aucun cas.

Telle est la coutume de Chartres, qui dit, *tit.* 3, *art.* 14 : *Don mutuel n'a point de lieu, et ne peuvent deux conjoints par mariage donner aucune chose l'un à l'autre.*

Il n'y a pas lieu non plus au don mutuel dans la coutume d'Auvergne, qui permet au mari de donner à sa femme, mais qui ne permet pas à la femme de rien donner au mari, de quelque manière que ce soit.

118. On peut encore mettre au rang des coutumes dans lesquelles il n'y a lieu au don mutuel en aucun cas, celles qui permettent un don mutuel entre conjoints, que chacun d'eux puisse toujours révoquer sans le consentement de l'autre, en lui notifiant, de son vivant, la révocation : telle est la coutume de Poitou, *art.* 213, et celle de Mantes, *art.* 149. L'ordonnance de 1731 ayant abrogé cette espèce de donation, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 6, il ne peut y avoir lieu au don mutuel dans ces coutumes.

119. Dans la coutume de Dunois, il n'y a pas lieu non plus à un don mutuel qui soit un vrai don entre vifs ; celui que cette coutume permet, devant, pour être valable, être confirmé par un testament mutuel.

Seconde espèce de variété.

120. La seconde espèce de variété qu'il y a entre les coutumes, concerne les différentes espèces de biens dont elles permettent aux conjoints par mariage de se faire don mutuel.

La coutume de Paris, celle d'Orléans, et le plus grand nombre des coutumes, restreignent le don mutuel qu'elles permettent aux conjoints par mariage de se faire, aux seuls biens de leur communauté.

D'autres coutumes ne restreignent point le don mutuel entre mari et femme aux biens de leur communauté, et leur permettent de se faire don mutuel de tous leurs meubles, acquêts et conquêts.

Il y a même quelques coutumes qui leur permettent d'y faire entrer une partie de leurs propres.

Il y en a qui distinguent, à cet égard, le cas auquel il y a des enfants, et celui auquel il n'y en a pas.

Troisième espèce de variété.

121. La coutume de Paris, celle d'Orléans, et le plus grand nombre des coutumes, ne permettent aux conjoints de se faire don mutuel qu'en usufruit.

Plusieurs permettent de le faire en propriété.

Quelques coutumes distinguent à cet égard, entre les différentes espèces de biens, en ne le permettant qu'en usufruit pour les propres, et en le permettant en propriété pour les meubles et acquêts. Quelques-unes ne le permettent en propriété que pour les meubles : telle est la coutume du Grand-Perche, *art.* 94. Celle de Berry, *tit.* 8, *art.* 3, permet aux conjoints qui n'ont point d'enfants, de se donner en propriété le tiers de leurs meubles, et l'usufruit en entier de leurs conquêts.

Il y en a qui distinguent à cet égard le cas auquel il y a des enfants, et le cas auquel il n'y en a pas : telle est la coutume de Blois, qui permet le don mutuel des meubles et conquêts en propriété, quand il n'y a pas d'enfants, et qui ne le permet qu'en usufruit, lorsqu'il y en a.

Quatrième espèce de variété.

122. La coutume de Paris, et un grand nombre d'autres, requièrent pour la validité du don mutuel, une égalité parfaite dans ce que l'un des conjoints donne à l'autre, comme nous le verrons *infrà*, *chap.* 1, *art.* 2.

Il y a d'autres coutumes qui ne demandent pas cette égalité. Elles se contentent que chacun ait des biens de la même espèce, c'est-à-dire, que chacun ait des propres, lorsqu'on fait entrer les propres dans le don mutuel; que chacun ait des acquêts, lorsqu'on y fait entrer les acquêts, etc. Anjou, *art.* 327; Tours, *art.* 243.

Cinquième espèce de variété.

123. Il y a quelques coutumes qui requièrent pour le don mutuel fait pendant le mariage entre conjoints, qu'ils soient à peu près égaux en âge. Celle d'Auxerre, qui est de ce nombre, les répute égaux en âge, lorsqu'il n'y a pas quinze

ans de différence de l'âge de l'un à celui de l'autre. Celle de Nivernois, *chap.* 23, *art.* 27, veut que la différence n'excède pas dix ans.

Les autres coutumes ne demandent pas cette égalité d'âge.

Sixième espèce de variété.

124. Dans la coutume de Paris, le don mutuel est sujet à délivrance, comme nous le verrons *infrà*. Dans quelques coutumes, le donataire mutuel est saisi de plein droit. Celle de Bourbonnois dit qu'il en est saisi incontinent après le décès du donateur prédécédé. Dans d'autres, c'est du jour qu'il a présenté caution.

Septième espèce de variété.

125. Les coutumes de Paris et d'Orléans, et la plupart des coutumes qui permettent aux conjoints le don mutuel en usufruit, chargent le donataire mutuel de donner bonne et suffisante caution. Celle du Grand-Perche se contente de sa caution juratoire, en affirmant qu'il n'en peut donner d'autre. Celle de Blois ne l'oblige à donner caution que dans le cas auquel il se remarieroit.

Huitième espèce de variété.

126. Quelques coutumes, comme Bretagne et Châteauneuf, font perdre au survivant qui a des enfants, son don mutuel, lorsqu'il se remarie. Il ne le perd pas dans les coutumes qui n'ont pas une pareille disposition.

Il nous suffira d'avoir indiqué en gros les principales variétés qui se rencontrent dans les coutumes par rapport au don mutuel entre conjoints par mariage. Nous ne nous proposons pas d'embrasser toutes ces coutumes dans notre Traité; nous nous contenterons de traiter du don mutuel entre mari et femme, tel qu'il a lieu dans la coutume de Paris, et autres coutumes semblables.

L'article 280 de la coutume de Paris, qui permet ce don mutuel, est conçu en ces termes : « Homme et femme con-« joints par mariage, étant en santé, peuvent et leur loist « faire donation mutuelle l'un à l'autre également de tous

« leurs biens meubles et conquêts faits durant et constant « leur mariage, et qui sont trouvés à eux appartenir, et « être communs entre eux à l'heure du trépas du premier « mourant desdits conjoints, pour en jouir par le survivan « d'iceux conjoints, sa vie durant seulement, en baillant « par lui caution suffisante de restituer les biens après son « trépas, pourvu qu'il n'y ait enfants, soit des deux con- « joints, ou de l'un d'eux, lors du décès du premier mou- « rant. »

La coutume d'Orléans, et un grand nombre d'autres, ont à cet égard des dispositions semblables.

127. Pour traiter avec ordre ce qui concerne ce don mutuel, nous examinerons, dans un premier chapitre, quelle est sa nature, et quels sont les caractères essentiels qu'il doit avoir pour être valable. Nous traiterons, dans un second, des personnes entre lesquelles se peut faire ce don mutuel, et des choses qu'elles se peuvent donner; dans un troisième, de sa forme; dans un quatrième, des conditions dont il dépend. Dans un cinquième chapitre, nous verrons quand le don mutuel est ouvert; comment le donataire mutuel en est saisi; en quoi consiste son droit d'usufruit dans les choses qui y sont comprises : dans le sixième, quelles en sont les charges; dans le septième, quand s'éteint l'usufruit du donataire mutuel; et de la restitution qui doit se faire après l'usufruit fini.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du don mutuel; et de ses caractères.

ARTICLE PREMIER.

De la nature du don mutuel.

128. On peut définir le don mutuel dont nous traitons, un don entre vifs égal et réciproque, que deux conjoints par mariage se font réciproquement l'un à l'autre, à défaut d'enfants de l'un et de l'autre, et en cas de survie, de l'usu-

fruit des biens de leur communauté, aux charges portées par les coutumes.

129. On peut faire la question, au sujet de ce don mutuel, s'il est un véritable don entre vifs, comme nous le définissons; ou si ce n'est qu'un contrat intéressé de part et d'autre, de la classe des contrats aléatoires, qui n'a de la donation que le nom.

Pour le regarder comme tel, on dira que ce contrat ne contient aucun bienfait, aucun avantage que l'un des conjoints fasse à l'autre conjoint. Chacun des conjoints, par ce contrat, reçoit de l'autre autant que ce qu'il lui donne. Par exemple, si, par ce contrat, le mari donne à sa femme l'espérance de la part qu'il se trouvera avoir dans les biens de la communauté, au cas qu'elle le survive, il reçoit d'elle une pareille espérance d'une pareille part, au cas que ce soit lui qui la survive : il reçoit donc d'elle par ce contrat autant que ce qu'il lui donne; *et vice versâ.*

Il en est de ce contrat comme du contrat qui intervient entre deux joueurs. La somme que le gagnant reçoit du perdant, en exécution de ce contrat, n'est pas un don que le perdant lui fasse; car il en a payé le prix par le risque qu'il a couru envers le perdant de lui donner pareille somme, si le sort lui eût été favorable: par la même raison (dira-t-on), la part du prédécédé dans les biens de la communauté, que le survivant reçoit, ne doit pas être regardée comme un don qui lui soit fait par le prédécédé, puisqu'il en a payé le prix au prédécédé par le risque qu'il a couru envers lui de lui donner autant, si le prédécédé l'eût survécu. Le don mutuel ne doit donc pas être regardé comme une donation réciproque que le mari et la femme se fassent l'un à l'autre, mais comme un pur contrat aléatoire, tels que sont les contrats du jeu, et tous les autres contrats aléatoires.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que le don mutuel entre mari et femme, tel qu'il est permis par l'article de la coutume ci-dessus rapporté, renferme de véritables donations mutuelles et réciproques, que chacun des conjoints fait à l'autre en cas de survie. Ces donations ne sont,

à la vérité, ni si pures, ni si parfaites que l'est une donation pure et simple; mais elles ne laissent pas d'être de véritables donations.

La raison de cette décision est tirée de ce principe, que c'est principalement l'intention qu'ont eue les parties en contractant, qui règle la nature du contrat.

Nous avons déja vu ailleurs des exemples de ce principe. C'est conformément à ce principe que nous avons vu en notre Traité du Contrat de Vente, *n.* 643, que lorsque le copropriétaire d'une chose la vendoit à celui avec qui elle lui étoit commune par indivis, quoique l'acte fût conçu dans la forme d'un contrat de vente, néanmoins il étoit regardé comme un simple acte de dissolution de communauté, plutôt que comme un contrat de vente; parcequ'on présumoit que la principale intention des parties, et la principale fin qu'elles s'étoient proposée dans cet acte, avoit été de dissoudre leur communauté.

Pareillement, suivant le même principe, pour décider si un contrat est un pur contrat aléatoire, ou s'il contient des donations mutuelles et réciproques que les parties se soient faites, il faut examiner quelle a été vraisemblablement l'intention des parties contractantes.

Dans le contrat du jeu, il est évident que chacun des joueurs n'a eu, en faisant ce contrat, d'autre intention, et ne s'est proposé d'autre fin que celle de gagner la chose ou la somme qui faisoit la matière du jeu, dans l'espérance que chacun d'eux avoit que le sort lui seroit favorable. Ce n'est par aucune raison d'affection que l'un des joueurs eût pour celui contre lequel il a joué, ni dans aucune vue de lui faire un bienfait, qu'ils ont fait ensemble le contrat du jeu; ils ne se proposoient l'un et l'autre que le gain que chacun d'eux espéroit de la faveur du sort : ce contrat ne renferme donc aucune donation; c'est un pur contrat aléatoire.

Au contraire, lorsqu'un homme et une femme, lorsque deux proches parents, lorsque deux amis se font l'un à l'autre un don mutuel en cas de survie, il y a lieu de présumer que la principale intention de chacune des parties, en faisant ce don mutuel, a été de faire, après sa mort, du bien à

l'autre partie. C'est l'affection réciproque qu'elles avoient l'une pour l'autre, qui les a portées à faire ce don mutuel; il renferme donc, suivant l'intention qu'ont eue les parties, des donations que chacune d'elles a eu intention de faire à l'autre en cas de survie. Quoiqu'elles soient mutuelles, quoique chacune des parties reçoive de l'autre autant que ce qu'elle lui donne, elles n'en sont pas moins de véritables donations, *ad quas se mutuis affectionibus provocaverunt*, puisqu'elles ont pour principe la bienfaisance, qui fait le caractère des donations.

ARTICLE II.

Des caractères que doit avoir le don mutuel dans la coutume de Paris, et dans les autres qui ont une semblable disposition.

130. Le don mutuel que la coutume de Paris permet aux conjoints par mariage, est un don entre vifs qu'ils se font réciproquement l'un à l'autre : son principal caractère doit donc être d'être irrévocable, l'irrévocabilité étant un caractère essentiel à toutes les donations entre vifs.

Ces donations doivent avoir un autre caractère, c'est celui d'être *égales*. C'est ce qui résulte du texte de l'article 280, ci-dessus rapporté, où il est dit, « Peuvent et « leur loist faire donation mutuelle l'un à l'autre *également*. »

Plusieurs autres coutumes se sont pareillement expliquées sur ces qualités qu'elles requièrent dans le don mutuel.

La raison est que la coutume, en l'article 282, défendant aux conjoints par mariage de se faire aucun avantage l'un à l'autre, il faut que, par le don mutuel qu'elle leur permet de se faire entre eux, le don que l'un fait à l'autre puisse se compenser entièrement avec celui que l'autre lui fait : et pour cela il faut que ces dons qu'ils se font réciproquement, soient égaux; autrement celui qui donneroit plus feroit un avantage réel à l'autre de ce qu'il donne de plus, contre la défense de la coutume, qui défend tous avantages entre conjoints. Par cette raison, l'égalité doit être pareillement censée requise dans la coutume d'Orléans, et

dans les autres qui ne permettent pas aux conjoints de s'avantager pendant le mariage, si ce n'est par don mutuel, et qui le restreignent aux biens de la communauté, quoiqu'elles ne s'en soient pas expliquées en termes formels.

Cette égalité dans le don mutuel se considère sous deux rapports : 1° par rapport à la qualité des choses que chacun des conjoints se donne réciproquement : 2° par rapport à l'espérance qne chacun des conjoints doit avoir de survivre à l'autre, et de recueillir le don qui lui est fait.

Ces deux caractères d'irrévocabilité et d'égalité que doit avoir le don mutuel pour être valable, feront la matière de trois paragraphes. Nous traiterons, dans le premier, de l'irrévocabilité du don mutuel; dans le second, de l'égalité du don mutuel par rapport aux choses données; dans le troisième, de l'égalité d'espérance requise dans le don mutuel.

§. I. De l'irrévocabilité du don mutuel.

131. Le don mutuel que les conjoints peuvent se faire durant le mariage, est irrévocable aussitôt qu'il est fait. Il ne peut plus être révoqué que par le consentement mutuel des deux parties : il n'est plus au pouvoir de l'une ni de l'autre des parties de le révoquer sans le consentement de l'autre.

Cette irrévocabilité est tellement de l'essence du don mutuel, que si, par une clause du contrat du don mutuel, les parties ou l'une d'elles s'étoient réservé la faculté de le révoquer, une telle clause rendroit le don mutuel absolument nul, même dans le cas auquel elles n'auroient pas usé de cette faculté.

132. Non seulement la clause portée au don mutuel, par laquelle les parties, ou l'une d'elles, se réserveroient expressément la faculté de le révoquer, détruit le don mutuel, mais généralement toutes celles par lesquelles les parties ou l'une d'elles se réserveroient le pouvoir d'y donner quelque atteinte, et d'en diminuer l'effet, de quelque manière que ce soit, le rendent nul, comme destructives du caractère d'irrévocabilité qui est de son essence.

En conséquence la clause par laquelle les parties, ou l'une d'elles, se réserveroient par le contrat de don mutuel le pouvoir de disposer par testament de leurs meubles et acquêts, rendroit nul le don mutuel; car il est évident que le donateur qui a donné à l'autre partie tous les meubles et acquêts qu'il laisseroit lors de son décès, donne atteinte à ce don, et en diminue l'effet, en disposant par testament desdits effets, puisqu'il prive le donataire d'une partie des effets qu'il lui avoit donnés. La clause par laquelle il se réserve le pouvoir de donner cette atteinte à sa donation, doit donc, suivant notre principe, rendre le don mutuel nul. Lemaître s'est trompé lorsqu'il a dit qu'elle devoit seulement être regardée comme non écrite.

On opposera peut-être que le donateur peut, comme nous le verrons ci-après, disposer par des actes entre vifs de ses meubles et acquêts, sans qu'il paroisse par-là donner aucune atteinte au don mutuel qu'il a fait. Je réponds que le donateur qui dispose par des actes entre vifs de quelqu'un de ses meubles et acquêts, ne donne aucune atteinte au don mutuel qu'il a fait : car le don mutuel qu'il a fait n'étant que des meubles et acquêts *qui se trouveront lui appartenir à l'heure de son trépas;* en disposant par des actes entre vifs de quelques-uns de ses meubles, il ne dispose de rien qui fasse partie de ce qu'il a donné, puisque ces choses dont il a disposé par des actes entre vifs, ne se trouveront pas lui appartenir à l'heure de son trépas. Il ne donne donc aucune atteinte au don mutuel qu'il a fait. Mais lorsque le donateur dispose par testament de quelques-uns de ses meubles et acquêts, il dispose de choses qui se trouvent lui appartenir à l'heure de son trépas, et par conséquent de choses comprises au don mutuel qu'il a fait : il y donne donc atteinte. Par conséquent, se réserver la faculté de disposer par testament de ses meubles et acquêts, c'est se réserver la faculté de donner atteinte au don mutuel. Une clause par laquelle les parties, ou l'une d'elles, se réservent cette faculté, est donc contraire à l'irrévocabilité qui est de l'essence du don mutuel, et elle le rend absolument nul.

133. Les parties qui se font un don mutuel, ne peuvent

pas, sans le rendre nul, se réserver une faculté indéterminée de tester de leurs meubles et acquêts : mais si elles veulent, sans donner atteinte à leur don mutuel, conserver la faculté de disposer par testament, elles peuvent excepter de la donation qu'elles se font l'une à l'autre de leurs meubles et conquêts, une certaine somme, telle qu'elles jugeront à propos. Par ce moyen, elles peuvent se conserver la faculté de tester jusqu'à concurrence de cette somme; et l'exception qu'elles font de cette somme par le contrat de don mutuel, n'empêche pas ce contrat d'être valable. Cette exception ne porte aucune atteinte à l'irrévocabilité requise dans le don mutuel. On ne peut pas dire que, en ce cas, elles se réservent le pouvoir d'étendre ou de diminuer à leur gré l'effet de leur don mutuel, en disposant ou en ne disposant pas de la somme; car cette somme doit toujours demeurer exceptée du don mutuel, soit qu'elles en aient disposé, soit qu'elles n'en aient pas disposé. Tout l'effet de cette clause est de restreindre leur don mutuel, en ne se donnant pas tout ce que la coutume leur permet de se donner. Mais qui peut le plus, peut le moins. La coutume, en leur permettant de se donner l'un à l'autre la totalité de leurs meubles et acquêts, leur permet de ne s'en donner, si elles le jugent à propos, qu'une partie, et d'en excepter ce qu'elles jugeront à propos.

Observez que, pour que le don mutuel ne reçoive aucune atteinte, il faut que chacune des parties ait excepté de sa donation la même somme. Si l'une des parties avoit excepté de sa donation une somme plus grande que celle que l'autre partie a exceptée de la sienne, le don mutuel seroit nul, parcequ'il n'auroit pas le caractère d'égalité qui ne lui est pas moins essentiel que celui de l'irrévocabilité, comme nous le verrons au paragraphe suivant.

134. Si les parties, en exceptant chacune de leur donation une certaine somme égale de part et d'autre, avoient ajouté, par une clause du contrat du don mutuel, que la somme exceptée dans le cas auquel les parties n'en auroient pas disposé par testament, demeureroit comprise dans le don mutuel, cette clause rendroit le don mutuel nul : car

par cette clause les parties se réservent le pouvoir d'étendre ou de diminuer à leur gré leur donation, en disposant ou en ne disposant pas de cette somme; ce qui est contraire au caractère d'irrévocabilité qui est essentiel au don mutuel, de même qu'à toutes les donations entre vifs.

Le don mutuel, en ce cas, est-il seulement nul par rapport à cette somme? La raison de douter est, que ce n'est que par rapport à cette somme qu'il pèche contre le caractère d'irrévocabilité. Néanmoins il faut décider qu'il est entièrement nul; car, comme nous le verrons au chapitre suivant, *art.* 2, c'est le caractère des actes synallagmatiques, tel qu'est le don mutuel, qui les distingue des dispositions simples, d'être indivisibles, et de ne pouvoir être valables pour rien de ce qui en fait l'objet, s'ils ne le sont pour le total.

135. Observez par rapport à l'irrévocabilité du don mutuel, une différence entre le don mutuel qui se fait durant le mariage, et celui qui est fait par le contrat de mariage. Celui-ci ne peut se révoquer pendant le mariage, même par le consentement des deux parties, pour une raison qui lui est particulière, qui est que le don mutuel, lorsqu'il est fait par le contrat de mariage, fait partie des conventions du mariage. Or, c'est le caractère de ces conventions, qu'il ne soit plus au pouvoir des conjoints d'y déroger, ni d'y faire aucun changement, même par un consentement commun. Au contraire, le don mutuel que les conjoints se font pendant leur mariage, peut, de même que toutes les donations qui se font entre autres personnes, se révoquer par le commun consentement des parties, suivant cette maxime de droit: *Nihil tàm naturale est quàm eodem genere quodque dissolvere quo colligatum est;* l. 35, ff. *de R. J.* C'est ce que la coutume de Paris décide formellement par ces derniers termes de l'*art.* 284, « après laquelle insinuation ledit « don mutuel n'est révocable, *sinon du consentement des* « *deux conjoints.* »

136. Suivant la règle de droit ci-dessus citée, la révocation du don mutuel, pour être valable, doit se faire dans la même forme que le don mutuel; c'est-à-dire, par un

acte passé devant notaire, soit au bas de la minute du don mutuel, soit par un acte dont il y ait aussi minute.

137. Pareillement, de même que le don mutuel ne peut se faire valablement pendant la maladie de l'une des parties, la révocation du don mutuel ne peut pas non plus se faire valablement pendant la maladie de l'une des parties.

138. Le don mutuel étant sujet à l'insinuation, la révocation du don mutuel y est elle aussi sujette? Ricard décide pour la négative, et il cite un arrêt pour autoriser son avis. En cela le don mutuel diffère de la donation simple. Celle-ci étant exécutée dès le temps du contrat, la révocation ne peut s'en faire que par une rétrocession que le donataire, déja devenu propriétaire de la chose donnée, fait de cette chose à celui qui la lui a donnée; laquelle rétrocession est une nouvelle donation, sujette par conséquent à l'insinuation. Au contraire, le don mutuel ne devant recevoir son exécution qu'après la mort de l'un des conjoints, la révocation qu'ils en font, d'un commun consentement, ne renferme pas une nouvelle donation, mais un simple désistement de leur don mutuel. Or il y a bien une loi qui assujettit les donations à l'insinuation; mais il n'y en a pas qui y assujettisse le désistement d'une donation. La loi *Nihil tam naturale est*, ne peut recevoir ici d'application, la formalité de l'insinuation n'étant requise que pour l'exécution de la donation contre les héritiers et créanciers du donateur; mais elle n'est pas de la substance de la donation, qui est parfaite sans cela, et ne peut être révoquée par le donateur.

139. L'irrévocabilité requise dans le don mutuel, et dont le don mutuel est susceptible, est une irrévocabilité beaucoup moins parfaite que celle des donations entre vifs ordinaires.

On ne peut donner, par une donation entre vifs ordinaire, que ses biens présents; la donation qu'une personne feroit des biens qu'elle laissera lors de son décès (hors le cas des contrats de mariage, et celui du don mutuel entre mari et femme), n'est pas valable, et est proscrite par l'article 13 de l'ordonnance de 1731.

On ne peut non plus, dans les donations entre vifs ordinaires, charger le donataire des dettes que le donateur contractera depuis la donation; la clause qui en chargeroit le donataire, rendroit la donation nulle, suivant l'article 16 de ladite ordonnance de 1731.

Au moyen de cela, les donations entre vifs ordinaires ont, dès l'instant de la donation, un état fixe et invariable, qui ne peut recevoir de diminution par aucun fait du donateur.

Au contraire, le don mutuel étant la donation des biens meubles et conquêts immeubles qui se trouveront appartenir au donateur au temps de son trépas, ce don ne peut avoir un état fixe et déterminé qu'au temps de la mort du donateur; lequel, conservant jusqu'à ce temps la liberté de disposer et de contracter des dettes, peut rendre le don plus ou moins considérable, par les acquisitions ou par les aliénations qu'il fera, et par les dettes qu'il contractera.

Toute l'irrévocabilité dont le don mutuel est susceptible, consiste en ce que l'une et l'autre des parties, aussitôt qu'elles ont fait ce don mutuel, ne peuvent plus le révoquer sans le consentement de l'autre, et en ce qu'elles ne peuvent en diminuer l'effet par des dispositions testamentaires.

Quoique le donateur conserve, après le don mutuel, la liberté de disposer, par des actes entre vifs, de ses meubles et conquêts, cela néanmoins doit s'entendre avec tempérament, pourvu que ces dispositions ne parussent pas faites en fraude du don mutuel, telles que seroient des dispositions universelles ou des donations considérables qu'il feroit à ses proches. Le donataire mutuel seroit fondé, en ce cas, à prétendre la jouissance des choses comprises dans lesdites donations; bien entendu, pourvu que le don mutuel ait été insinué : car le défaut d'insinuation prive les donations de tout effet contre des tiers.

§. II. De l'égalité qui doit être dans le don mutuel, par rapport aux choses données.

140. Pour que le don mutuel que les coutumes permettent entre mari et femme soit valable, il faut, comme nous l'avons déja dit, qu'il y ait une parfaite égalité dans les choses que chacune des parties se sont données l'une à l'autre.

Si l'une des parties donnoit à l'autre quelque chose de plus que ce que l'autre partie lui donne, le don mutuel seroit entièrement nul de part et d'autre, par défaut d'égalité.

Suivant ce principe, si le mari, par son contrat de mariage, avoit donné à sa femme la moitié de ses meubles et conquêts, soit en propriété, soit en usufruit, sans que sa femme lui eût fait le même avantage, *aut vice versâ*, par le don mutuel que les conjoints se feront pendant le mariage, la femme ne pourra donner à son mari que l'usufruit de la moitié de sa part des meubles et conquêts : car si elle lui donnoit davantage, elle lui donneroit plus que ce que son mari peut lui donner par le don mutuel; puisque, ayant déja donné, par le contrat de mariage, à sa femme la moitié de sa part des meubles et conquêts, il ne lui reste plus à pouvoir lui donner par le don mutuel, que l'usufruit de l'autre moitié de ladite part.

A plus forte raison, lorsque le mari a donné, par contrat de mariage, tous ses meubles et conquêts à sa femme, *aut vice versâ*, les conjoints ne peuvent se faire aucun don mutuel pendant le mariage, ne restant plus rien au mari à donner.

141. Suivant le même principe, lorsque, par le contrat de mariage, les conjoints ont des parts inégales dans les biens de la communauté; *putà*, s'il étoit dit que la femme seroit commune pour un tiers seulement; en ce cas, si les conjoints se faisoient durant le mariage don mutuel, au survivant d'eux, de tous les biens de la communauté qui appartiendroient au prédécédé lors de son décès, ce don seroit nul, faute d'égalité : pour qu'il soit valable, il faut que, par le don mutuel, le mari, qui a pour sa part les deux

tiers des biens de la communauté, ne donne à sa femme, par le don mutuel, que la moitié de sa part, qui fait le tiers du total des biens de la communauté, sa femme n'ayant qu'un tiers dans lesdits biens à lui donner.

142. Les héritiers de l'un des conjoints, *putà*, de la femme, seroient-ils recevables à attaquer, par le défaut d'égalité, le don mutuel qu'elle a fait à son mari, en soutenant que, si le mari fût prédécédé, la femme n'eût pu profiter du don mutuel que le mari lui a fait de sa part en la communauté; laquelle auroit été absorbée, ou au moins considérablement entamée par les dettes propres du mari, le mari n'ayant aucuns biens propres sur lesquels lesdites dettes eussent pu être acquittées. Ces faits supposés, dont les héritiers de la femme offrent la preuve, ils disent que le mari n'ayant pu donner avec effet sa part dans les biens de la communauté à sa femme, elle n'a pu, de son côté, lui donner valablement la sienne; l'égalité que la coutume requiert dans le don mutuel, ne permettant à l'un des conjoints de donner à l'autre conjoint sa part, qu'autant que l'autre lui donne avec effet la sienne. Je ne crois pas les héritiers de la femme recevables à attaquer, sur ce fondement, le don mutuel qu'elle a fait à son mari, parceque les faits qui font le fondement de cette demande, pour la preuve desquels il faudroit entrer dans l'examen du secret des affaires du mari, sont des faits dont la preuve n'est pas admissible; l'ordre de la société civile ne permettant pas que le mari puisse être obligé à découvrir aux héritiers de sa femme le secret de ses affaires.

§. III. De l'égalité d'espérance requise dans le don mutuel.

143. L'égalité requise dans le don mutuel ne consiste pas seulement dans les choses qui sont données de part et d'autre; il faut encore que chacun des conjoints, en se faisant le don mutuel, ait pu avoir espérance de survivre à l'autre, et de recueillir le don mutuel que l'autre lui faisoit.

Les coutumes sont différentes sur cette égalité d'espérance. Il y en a qui requièrent une égalité, ou presque éga-

lité de probabilité dans l'espérance que chacun des conjoints doit avoir de recueillir le don mutuel qui lui est fait par l'autre. Tel est l'esprit des coutumes qui ne permettent le don mutuel entre les conjoints que lorsqu'ils *sont égaux ou presque égaux en âge;* comme sont celles d'Auxerre, *art.* 222; Bar, *art.* 163. Ces coutumes, en ne permettant pas le don mutuel lorsqu'il y a disproportion d'âge, ne se fondent que sur ce que l'égalité de probabilité d'espérance manque dans ce cas; car quoique le conjoint qui est vieux, puisse avoir quelque espérance de survivre au jeune, puisqu'il arrive quelquefois que les jeunes meurent avant les vieux; néanmoins l'espérance qu'a le jeune de survivre au vieux, a plus de probabilité que celle qu'a le vieux de survivre au jeune. C'est ce défaut d'égalité dans la probabilité de l'espérance que chacun doit avoir de survivre, et de recueillir le don mutuel, qui empêche dans ces coutumes le don mutuel entre les conjonts, lorsqu'il y a une disproportion d'âge considérable.

La coutume de Paris, et les autres qui ne se sont pas plus expliquées qu'elle, n'exigent pas cette égalité de probabilité; il suffit dans ces coutumes, pour l'égalité d'espérance dans le don mutuel, que chacun des conjoints, en se faisant don mutuel, ait pu avoir quelque espérance de survivre à l'autre, quoique l'espérance de l'un eût plus de probabilité que celle de l'autre.

CHAPITRE II.

Entre quelles personnes peut se faire le don mutuel que les coutumes permettent entre mari et femme; et quelles choses peuvent-elles se donner?

ARTICLE PREMIER.

Entre quelles personnes peut se faire ce don mutuel.

144. La coutume, en l'article ci-dessus rapporté, dit, *homme et femme conjoints par mariage.* Les coutumes, par ces termes, *conjoints par mariage*, entendent un vé-

ritable mariage, qui a les effets civils. Les personnes entre lesquelles peut se faire le don mutuel permis par cet article de la coutume de Paris, et par les autres coutumes semblables, entre mari et femme, doivent donc, en premier lieu, être unies par un mariage légitime, qui ait les effets civils. C'est pourquoi si un homme et une femme se sont fait un don mutuel, et que, par la suite, leur mariage soit déclaré nul, le don mutuel qu'ils se sont fait, sera nul.

Ricard se fait cette objection : Lorsque le mariage des personnes qui se sont fait un don mutuel, est déclaré nul, cela ne doit pas rendre nul le don mutuel; car ces personnes, par le jugement qui déclare nul leur mariage, étant réputées avoir été personnes étrangères l'une à l'autre, le don mutuel qu'elles se sont fait, n'en doit être que plus valable, les donations étant plus permises entre personnes étrangères, qu'elles ne le sont entre mari et femme.

Ricard répond à cette objection, en disant qu'on doit considérer, dans le don mutuel que ces personnes se sont fait, l'intention qu'elles ont eue; qu'elles ne se sont pas fait ce don mutuel comme personnes étrangères, mais en considération du mariage par lequel elles se croyoient unies.

C'est la considération de ce mariage qui étoit le principe, le fondement, la cause de leur don mutuel : ce principe, ce fondement, cette cause, ne pouvant subsister, le mariage ayant été déclaré nul, leur don mutuel ne peut pas non plus subsister : *Cessante causâ, cessat effectus.*

Il n'y a plus lieu à cette objection que Ricard s'étoit proposée, et il y a une raison bien simple pour déclarer nul le don mutuel que s'étoient fait un homme et une femme dont le mariage a été depuis déclaré nul. Suivant l'ordonnance de 1731, les donations entre vifs des biens que le donateur se trouvera avoir lors de sa mort, sont déclarées nulles, sauf dans les contrats de mariage, et dans le cas du don mutuel entre mari et femme; le don mutuel que ces personnes se sont fait de leurs meubles et conquêts qui se trouveront leur appartenir lors de leur mort, n'étant pas dans le cas de l'exception faite pour le cas du don mutuel entre mari et femme, puisque, leur mariage ayant été déclaré nul, elles ne sont

pas mari et femme ; il se trouve compris dans la règle générale établie par l'ordonnance, qui déclare nulle cette espèce de donation.

145. Une femme, sur de bons certificats de la mort de son mari, qu'on avoit cru tué à une bataille, s'est mariée à un second mari, avec qui elle a depuis fait un don mutuel. Après la mort du second mari, le premier, qu'on croyoit mort, a reparu, et a fait déclarer nul le second mariage. Les héritiers du second mari peuvent-ils attaquer de nullité le don mutuel qu'il a fait à cette femme, sur le fondement que le mariage aynat été déclaré nul, il ne peut avoir la qualité de don mutuel entre mari et femme, qui seule pouvoit le rendre valable ? Non ; car c'est un principe que nous avons établi en notre *Traité du Mariage*, *n.* 438, que, lorsque des personnes ont contracté de bonne foi un mariage nul, leur bonne foi donne à ce mariage, quoique nul, tous les effets civils d'un véritable mariage, et par conséquent le pouvoir de faire ensemble le don mutuel que les coutumes permettent entre mari et femme, lequel pouvoir est un des effets civils du mariage.

146. Les conjoints entre lesquels se peut faire le don mutuel que la coutume de Paris et autres semblables permettent entre mari et femme, doivent, en second lieu, être communs en biens. C'est ce qui résulte de ces termes de l'article 280, ci-dessus rapporté : « Homme et femme... « peuvent et leur loist faire donation mutuelle l'un à l'autre « également de tous leurs biens meubles et conquêts faits du- « rant le mariage, qui se trouveront à eux appartenir et être « COMMUNS entre eux à l'heure du trépas du premier mourant. »

Il est évident, par ces termes que la coutume emploie, qu'elle veut que les conjoints par mariage auxquels elle permet de se faire un don mutuel, soient communs en biens. Ce droit est un effet de leur communauté de biens, que la coutume leur accorde en considération de cette communauté, comme une récompense de leur commune collaboration pendant tout le temps qu'a duré le mariage.

C'est pourquoi, lorsque, par le contrat de mariage de deux conjoints, il y a séparation de biens, ou même une simple

exclusion de communauté; ou même lorsque la communauté de biens qui avoit été établie entre eux, a été dissoute par une sentence de séparation de biens, sans que les conjoints l'aient rétablie; il ne peut y avoir dans tous ces cas don mutuel entre les conjoints.

147. Lorsqu'il y a une clause par le contrat de mariage, que la femme ou les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme, *putà*, une somme de dix mille livres, les conjoints peuvent-ils se faire un don mutuel? Non. Indépendamment de la raison qu'on a coutume d'alléguer, tirée de l'inégalité qu'il y auroit dans ce don mutuel, les meubles et conquêts que le mari donneroit à sa femme, pouvant être d'une plus grande ou d'une moins grande somme que celle de dix mille livres que la femme lui donneroit de son côté, il y a une autre raison décisive qui ne permet pas le don mutuel en ce cas. La coutume ne permet aux conjoints de disposer par don mutuel l'un envers l'autre, que d'une certaine espèce de biens, savoir, des meubles et conquêts qui se seront trouvés appartenir au donateur à l'heure de son trépas, et être *communs* entre eux. Les conjoints ne peuvent donc se donner par don mutuel l'un à l'autre, que des biens de cette espèce. Or, au moyen de la clause du contrat de mariage, la femme, lors de son prédécès, ne laisse aucuns biens de cette espèce: elle ne laisse aucuns meubles et conquêts qui lui seroient communs avec son mari; elle ne laisse qu'une simple créance de dix mille livres contre son mari, laquelle n'étant pas une chose qu'elle ait en commun avec son mari, n'est pas susceptible du don mutuel que les coutumes permettent entre conjoints. La femme n'ayant donc rien, dans cette espèce, qu'elle puisse donner par don mutuel à son mari, il ne peut y avoir de don mutuel entre eux.

148. On doit décider la même chose dans le cas auquel le forfait de communauté seroit réciproque; comme lorsqu'il est dit que les héritiers du prédécédé, soit du mari, soit de la femme, auront, pour tout droit de communauté, une certaine somme; il ne peut pas encore y avoir de don mutuel en ce cas entre les conjoints. Si la raison tirée de l'iné-

galité ne milite pas dans cette espèce, celle que nous avons apportée, qui est tirée de la nature des choses que la coutume permet de donner, ne milite pas moins dans cette espèce que dans la précédente.

149. Si deux conjoints séparés de biens par leur contrat de mariage, avoient fait ensemble, pendant leur mariage, l'acquisition d'un héritage en commun, pourroient-ils se donner l'un à l'autre, par don mutuel, la moitié que chacun d'eux y a? Non. La communauté de cet héritage n'est que la communauté d'une chose particulière. Ces conjoints, pour avoir fait quelque acquisition en commun, ne sont pas pour cela communs en biens; il ne leur seroit pas même permis d'établir entre eux une communauté de biens, étant convenus par leur contrat de mariage qu'il n'y en auroit pas. Or, ce n'est qu'à des conjoints communs en biens, et en considération de la communauté de biens, que la coutume de Paris et les autres coutumes semblables permettent le don mutuel, comme nous l'avons vu *suprà*.

150. La coutume de Paris exige, en troisième lieu, que les conjoints qui se font don mutuel, soient en santé lorsqu'ils le font. L'article 280, ci-dessus rapporté, dit, « homme et femme conjoints par mariage, *étant en santé*. »

Comment doivent s'entendre ces termes, *étant en santé?* Doivent-ils s'entendre d'une exemption de toute maladie, quelque légère qu'elle fût? ou doivent-ils s'entendre en ce sens, que le don mutuel ne peut être valablement fait pendant une maladie dangereuse de l'un des conjoints, ou dont il est mort, ou dont on croyoit qu'il mourroit? ou enfin doivent-ils s'entendre seulement en ce sens, que le don mutuel ne peut être valablement fait pendant la dernière maladie dont l'un des conjoints est décédé?

Il faut d'abord écarter le premier sens. Il est sans difficulté que les termes, *étant en santé*, employés par les coutumes, ne doivent pas s'entendre d'une exemption de toute maladie, quelque légère qu'elle soit; et il n'est pas douteux qu'un don mutuel entre conjoints par mariage est valable, quoique l'un d'eux eût quelque légère maladie, comme sont des fièvres réglées, quand même le contrat auroit été passé

pendant l'accès; ce qui doit avoir lieu même dans les coutumes les plus rigoureuses, pour l'égalité d'espérance que chacun des conjoints doit avoir de survivre à l'autre, et de recueillir le don qui lui est fait; car une légère maladie qui survient, et dont on compte guérir, ne diminue point cette espérance.

Il y a beaucoup plus de difficulté si l'on doit suivre le second ou troisième sens. Lemaître entend ces termes de la coutume de Paris, *étant en santé*, dans le troisième sens: il pense qu'ils sont relatifs à l'article 217, qui porte que les donations faites pendant la maladie dont le donateur décède, sont réputées pour cause de mort, et non entre vifs; et que la coutume, par ces termes, *étant en santé*, ne veut dire autre chose, sinon que le don mutuel qu'elle permet, étant un don entre vifs, il faut que les conjoints, lorsqu'ils se font ce don mutuel, *soient en santé*, c'est-à-dire, qu'aucun d'eux ne soit malade de la maladie dont il est mort, parcequ'il ne seroit plus capable de faire un don entre vifs. En conséquence, cet auteur décide que le don mutuel, quoique fait pendant la maladie de l'un des conjoints, quelque dangereuse qu'elle fût, est valable, lorsque le conjoint n'est pas mort de cette maladie, et qu'il ne peut, étant revenu en convalescence, le révoquer.

On prétend pouvoir, pour cette opinion, tirer argument de ce que les termes, *étant en santé*, sont entendus dans ce troisième sens par les coutumes de Montfort, de Laon, de Châlons et du Grand-Perche.

Celle de Montfort, *art.* 48, dit: « Homme et femme étant « en pleine santé, quoique ce soit, n'étant malades de ma« ladie dont ils seroient décédés, peuvent, etc. »

Celle de Laon, *tit.* 5, *art.* 47, dit: « Homme et femme « conjoints par mariage, sains de corps et d'entendement, « quoique ce soit, non malades de la maladie dont ils se« roient décédés, peuvent faire donation mutuelle, etc. »

Celle du Grand-Perche, *art.* 94, dit pareillement, « étant « en santé, ou n'étant malades de maladie dont ils seroient « depuis décédés. »

La coutume de Châlons s'exprime dans les mêmes termes.

Cette opinion de Lemaître me paroît contraire au texte de la coutume.

Ces termes, *étant en santé*, employés par la coutume, peuvent bien n'être pas entendus dans un sens rigoureux, pour une exemption de toute maladie, quelque légère qu'elle soit; et on peut dire que des conjoints étoient en santé, dans le sens que l'entend la coutume, quoique, lors du don mutuel, l'un d'eux eût quelque indisposition, pourvu que ce ne fût pas une maladie qui le mît en danger de mort: mais on ne peut pas dire, sans renverser toutes les idées des choses, que des conjoints *étoient en santé* lorsqu'ils ont fait leur don mutuel, quand l'un d'eux étoit alors malade d'une maladie dont il étoit vraisemblable qu'il devoit mourir, quoiqu'il n'en soit pas mort, rien n'étant si opposé ni si contradictoire au terme *de santé*, qu'une telle maladie.

Ce qui a été rapporté ci-dessus des textes des coutumes de Montfort, Laon, Châlons, et du Grand-Perche, ne prouve nullement que les termes, *étant en santé*, signifient, dans le sens des coutumes, qu'ils ne sont pas malades de la maladie dont ils sont décédés.

La coutume de Montfort dit, à la vérité, *étant en pleine santé, quoique ce soit, n'étant malades de maladie dont ils seroient décédés:* mais ces termes, *quoique ce soit, n'étant malades, etc.*, ne sont pas explicatifs de ceux qui précèdent, *étant en pleine santé*. Le terme, *quoique ce soit*, n'est pas pris là pour *id est*, ou *c'est-à-dire*: ces termes, *quoique ce soit, n'étant malades*, sont plutôt un correctif de ceux, *en pleine santé*, qui les précèdent.

Le sens est: Homme et femme, sur-tout lorsqu'ils sont en pleine santé, mais même quand ils seroient malades, pourvu qu'ils ne soient malades de la maladie dont ils seroient décédés, peuvent, etc.

On doit dire la même chose des coutumes de Laon et de Châlons. A la bonne heure que, dans ces coutumes qui portent ce correctif, le don mutuel soit valable, quoique l'un des conjoints fût alors malade d'une maladie dont on croyoit qu'il devoit mourir, pourvu qu'il n'en soit pas mort. Mais dans la coutume de Paris, qui n'a apporté aucun

correctif à ces termes, *étant en santé;* qui par conséquent requiert absolument pour la validité du don mutuel, que les conjoints soient en santé lorsqu'ils le font; je crois qu'il ne peut être valable, si l'un des conjoints étoit alors malade d'une maladie dangereuse dont on croyoit qu'il devoit mourir, quoiqu'il n'en soit pas mort; car on ne peut dire, en aucun sens, d'une personne malade d'une telle maladie, qu'elle est en santé.

Par ces raisons, Duplessis pense que par ces termes, *étant en santé,* la coutume, en cet *art.* 280, exige plus pour la validité du don mutuel, qu'elle n'exige pour la validité de la donation simple, par l'*art.* 277. Elle ne refuse, par l'*art.* 277, la qualité de donation entre vifs à la donation simple, que lorsque la maladie du donateur, pendant laquelle elle a été faite, étoit sa dernière maladie, dont il est décédé : mais par ces termes, *étant en santé,* dans l'*art.* 280, elle ne permet le don mutuel aux conjoints que lorsque les deux conjoints sont en santé; et elle le leur interdit par conséquent lorsque l'un d'eux est malade d'une maladie dangereuse. C'est pourquoi le don mutuel qui avoit été fait pendant une telle maladie, ayant été fait dans un temps auquel il étoit interdit aux conjoints, est nul, quoique par l'évènement le malade ne soit pas mort de cette maladie.

Je suis fort de l'avis de Duplessis sur cela : mais quant à ce qu'il ajoute, que quoique le don mutuel soit nul en ce cas, néanmoins, s'il n'a point été révoqué depuis la convalescence, il devient valable, *velut ex novo tacito consensu;* j'aurois de la peine à être de son avis. Ce don mutuel étant fait dans un temps auquel le pouvoir de le faire étoit interdit aux conjoints, est absolument nul, comme Duplessis le reconnoît lui-même. Or, ce qui est nul n'est pas susceptible de confirmation : les parties en doivent donc faire un autre dans la forme requise pour le don mutuel; *infrà, chap.* 3; c'est-à-dire, par un nouvel acte pardevant notaires.

Il est vrai que Ricard est aussi d'avis que le don mutuel fait pendant la maladie, devient valable faute de révoca-

tion depuis la convalescence; il se fonde sur ce qu'il retend que la nullité du don mutuel n'est pas en ce cas une nullité absolue, et qu'elle n'est fondée que sur ce qu'elle est présumée faite *contemplatione mortis;* laquelle présomption est détruite par le défaut de révocation, et la persévérance du consentement depuis la convalescence. Pour moi, je pense que le don mutuel, étant fait dans un temps auquel la loi ne permettoit pas de le faire, est absolument nul.

La coutume de Reims, *art.* 234, est aussi du nombre de celles qui ne permettent pas le don mutuel pendant que l'un des conjoints est malade d'une maladie griève, quoiqu'il n'en soit pas mort. Elle s'exprime ainsi : « Homme et « femme étant en santé, ou quoique ce soit, non malades « de maladie dont ils seroient VRAISEMBLABLEMENT décédés, « peuvent, etc. » Elle ne dit pas, comme celle de Laon, *dont ils seroient décédés;* mais elle dit, *dont ils seroient vraisemblablement décédés.* Par ce terme elle donne à entendre que non-seulement la maladie dont l'un des conjoints est décédé, mais celle dont il étoit vraisemblable qu'il décéderoit, quoiqu'il ne soit pas décédé, ne peut compatir avec le don mutuel.

151. Dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur la santé des conjoints lors de leur don mutuel, telle qu'est notre coutume d'Orléans, que doit-on décider? Je pense que, dans ces coutumes, on ne doit pas exiger pour la validité du don mutuel plus qu'elles ne demandent, et qu'il suffit à cet égard qu'il n'ait pas été fait pendant la dernière maladie dont l'un des conjoints seroit décédé.

152. Il faut excepter de cette décision les coutumes qui requièrent dans les conjoints une égalité ou presque égalité d'âge, pour pouvoir se faire don mutuel. Dans ces coutumes, quoiqu'elles ne se soient pas expliquées sur l'état de santé des conjoints, il est évident que le don mutuel que des conjoints se seroient fait pendant que l'un d'eux étoit malade d'une maladie dangereuse, quoiqu'il n'en soit pas mort, ne peut être valable; l'esprit de ces coutumes étant d'exiger, pour la validité du don mutuel entre conjoints,

une égalité de probabilité d'espérance dans chaque conjoint qu'il survivra l'autre; laquelle égalité de probabilité se rencontre encore moins entre deux conjoints dont l'un est en santé, et l'autre en un danger de mort présent, qu'entre deux conjoints d'un âge disproportionné.

153. Dans les coutumes qui ne prescrivent pas une égalité rigoureuse d'espérance, et qui demandent seulement que les conjoints n'attendent pas à faire le don mutuel lors de la dernière maladie dont l'un des conjoints est mort : lorsque la dernière maladie de l'un des conjoints, pendant laquelle le don mutuel a été fait, est de ces maladies qui, quoique mortelles dès leur commencement, n'ont pas néanmoins un trait prochain à la mort, et n'y conduisent souvent le malade qu'après beaucoup d'années, cette maladie, pendant laquelle le don mutuel a été fait, fait-elle toujours obstacle au don mutuel, ou seulement lorsqu'elle étoit dans ses derniers périodes, et qu'elle avoit un trait prochain à la mort? Les coutumes de Berry et de Bourbonnois ont décidé que ce n'est que dans ce dernier cas que la maladie, pendant laquelle le don mutuel a été fait, le rend nul; et elles ont déterminé quand la maladie devoit être censée avoir été dans ses derniers périodes au temps du don mutuel, en décidant que le don mutuel étoit nul, lorsque le conjoint étoit mort de cette maladie dans les quarante jours après le don mutuel. Les autres coutumes, en ne s'en expliquant pas, ont cru devoir laisser à l'arbitrage du juge, si la maladie devoit être censée avoir été dans ses derniers périodes au temps du don mutuel ; mais il y a lieu de croire que ce n'est que dans ce dernier cas auquel elle est dans ses derniers périodes, qu'elles ont décidé qu'elle faisoit un obstacle au don mutuel. La raison est que, lorsque ces maladies ne sont pas dans leurs derniers périodes, le conjoint malade peut avoir encore quelque espérance de vivre assez long-temps pour survivre à l'autre conjoint, et recueillir le don qu'il lui a fait : c'est ce qui suffit dans ces coutumes pour la validité du don mutuel.

On doit décider autrement dans les coutumes qui prescrivent, pour la validité du don mutuel, une égalité de pro-

babilité d'espérance dans chacun des conjoints de le recueillir, et qui en conséquence interdisent le don mutuel, lorsqu'il y a disproportion d'âge entre les conjoints : car cette égalité se trouve encore moins entre deux conjoints dont l'un est pulmonique, et l'autre d'un bon tempérament et bien sain, qu'elle ne se trouve entre deux conjoints dont l'un est beaucoup plus âgé que l'autre, *putà*, entre un homme de cinquante ans et une femme de vingt-cinq. C'est pourquoi je pense que dans ces coutumes, la maladie mortelle dont l'un des conjoints se trouve déja attaqué lors du don mutuel, quoiqu'elle ne soit encore que dans son commencement, et qu'elle n'ait pas encore un trait prochain à la mort, est un obstacle au don mutuel : mais si l'un et l'autre des conjoints étoient malades de semblables maladies, n'y ayant pas, en ce cas, d'inégalité de probabilité d'espérance, le don mutuel seroit valable, pourvu qu'elles ne fussent pas dans leurs derniers périodes.

154. Si lors du don mutuel la femme étoit enceinte, et que fort peu après il lui soit survenu quelque accident, occasioné par sa grossesse, qui l'ait conduite au tombeau, le don mutuel, même dans les coutumes d'une égalité rigoureuse, ne laissera pas d'être valable; car la grossesse d'une femme, tant qu'il ne survient pas d'accident, est un état naturel d'une femme, et non pas une maladie.

155. Quelques coutumes demandent, en quatrième lieu, dans les conjoints auxquels elles permettent le don mutuel pendant le mariage, qu'ils soient égaux, ou presque égaux en âge, comme nous l'avons vu *suprà*.

On a fait la question de savoir si, dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur l'âge, la grande inégalité d'âge étoit un obstacle au don mutuel. Ricard tient l'affirmative : il prétend que, quoique les coutumes ne s'en soient pas expliquées, cela doit se suppléer, l'égalité étant de la substance du don mutuel.

Cette opinion de Ricard n'a pas prévalu. On tient communément, et nous voyons pratiquer tous les jours que des conjoints par mariage, quoique très inégaux en âge, se font l'un à l'autre le don mutuel permis par les coutumes.

On ne doit pas demander, pour ce don mutuel, plus que ce que demandent les coutumes; on ne doit donc pas demander l'égalité d'âge, lorsque les coutumes n'en ont pas dit un seul mot. Quant à ce qu'oppose Ricard, qu'il n'étoit pas besoin qu'elles en parlassent, l'égalité étant de la substance du don mutuel; la réponse est que l'égalité, qui est de la substance du don mutuel, se considère principalement dans les choses qui sont données de part et d'autre; qu'il suffit pour celle de l'espérance, comme nous l'avons ci-dessus observé, que chacun des conjoints puisse, en se faisant don mutuel, espérer de survivre à l'autre, et de recueillir le don qui lui est fait; ce qui se trouve, quoique les conjoints soient inégaux en âge; car arrivant assez fréquemment que les jeunes meurent avant les vieux, le conjoint qui est le plus âgé peut espérer de survivre au plus jeune.

156. La plupart des coutumes demandent, en cinquième lieu, dans les conjoints qui se font don mutuel, que ni l'un ni l'autre n'aient d'enfants. Ces coutumes, pour la plupart, s'expriment en ces termes : « Homme et femme conjoints « par mariage, non ayant enfants, peuvent, etc. »

Ces coutumes ne s'expliquent pas précisément, si c'est dès le temps que se fait le don mutuel, qu'il faut que les conjoints n'aient pas d'enfants; ou s'il suffit qu'il n'y en ait point au temps de la mort du prédécédé, qui y donne ouverture. L'ancienne coutume de Paris ne s'en expliquoit pas non plus. L'article 155 portoit simplement, qu'homme et femme conjoints par mariage peuvent se faire don mutuel, ... *pourvu qu'il n'y ait d'enfants.*

On avoit fait la question sur l'ancienne coutume de Paris, si, dans la coutume de Paris, et dans la plupart des coutumes qui requièrent, pour le don mutuel, que ni l'un ni l'autre n'aient d'enfants, il suffisoit qu'ils n'en eussent point au temps de la mort du prédécédé. Dumoulin, sur l'article 155 de l'ancienne coutume, avoit été d'avis que cela suffisoit. La raison est, que les dispositions des coutumes qui demandent, pour le don mutuel, que ni l'un ni l'autre des conjoints n'aient d'enfants, étoient uniquement fondées sur la faveur des enfants. La fin que ces coutumes s'étoient

proposée, étoit entièrement remplie, lorsqu'il ne s'en trouve point au temps de l'ouverture du don mutuel, et qu'il étoit indifférent pour cette fin qu'il y en eût eu au temps du contrat. Cette explication de Dumoulin a été adoptée lors de la réformation de la coutume; et en conséquence, après ces mots, *pourvu qu'il n'y ait enfants*, on a ajouté ceux-ci, *soit des deux conjoints, soit de l'un d'eux, lors du décès du premier mourant.* Cette explication ayant été formée sur la jurisprudence qui avoit lieu alors, il y a lieu de l'étendre aux autres coutumes, qui demandent que, pour le don mutuel, ni l'un ni l'autre des conjoints n'aient d'enfants.

157. On a fait autrefois la question de savoir si des conjoints par mariage, mineurs, pouvoient se faire le don mutuel que les coutumes de Paris et les autres coutumes semblables permettent entre conjoints. La raison de douter est, que les lois ne permettent pas aux mineurs d'aliéner leurs immeubles; ils ne peuvent pas même aliéner l'usufruit : *Si proprietatem habeat pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare;* l. 3, §. 5, ff. *de reb. eorum qui sub tut., etc.* Néanmoins il a prévalu que des conjoints mineurs étoient capables de ce don mutuel. C'étoit l'avis de Dumoulin; *Quia*, dit-il, *est negotium utrique utile, non continens alienationem, sed meliorem conditionem.* Les lois qui défendent aux mineurs d'aliéner leurs immeubles, même quant à l'usufruit, ne le leur défendent que dans la crainte qu'ils ne se causent quelque préjudice : elles doivent donc cesser dans le cas du don mutuel, qui, bien loin de leur être préjudiciable, se fait pour l'avantage réciproque des conjoints qui le font. Ricard rapporte plusieurs arrêts qui, conformément à l'avis de Dumoulin, ont jugé que les conjoints, quoique mineurs, peuvent se faire ce don mutuel; et cela n'est plus révoqué en doute.

158. Un mari et une femme peuvent-ils se faire don mutuel, lorsque le mari est interdit pour cause de prodigalité? On peut dire, pour l'affirmative, que l'interdiction n'étant faite qu'en faveur de l'interdit, elle ne lui interdit que les contrats qui pourroient lui être préjudiciables, et non ceux qui lui sont avantageux : c'est pourquoi un interdit peut

accepter une donation qui lui seroit faite. Par la même raison, le don mutuel entre mari et femme étant censé se faire pour l'avantage réciproque des conjoints qui se le font, l'interdit peut en être capable : c'est l'avis de Duplessis.

159. On a aussi demandé si des conjoints par mariage, étrangers non naturalisés, qui sont domiciliés en France, peuvent faire ensemble un don mutuel. Je pense qu'ils le peuvent. Ils ne peuvent, à la vérité, faire des testaments, exercer un retrait lignager ni faire les autres actes, qui appartiennent au droit civil, et que le droit civil n'a établis que pour les citoyens ; mais le don mutuel appartient au droit des gens, qui est commun à toutes les nations. Les étrangers, non plus que les citoyens, ne peuvent pas faire les contrats du droit des gens qui sont défendus par les lois civiles qui régissent leurs biens ; mais ils peuvent faire ceux qu'elles permettent.

ARTICLE II.

Des choses que les conjoints par mariage peuvent se donner par don mutuel.

160. La coutume de Paris, en l'*art.* 280, ci-dessus rapporté, permet aux conjoints de se faire donation mutuelle *de tous leurs biens meubles et conquêts faits durant et constant le mariage, qui sont trouvés à eux appartenir, et être communs entre eux à l'heure du trépas du premier mourant.... pour en jouir par le survivant, sa vie durant.*

La coutume d'Orléans, et un grand nombre d'autres coutumes, ont une semblable disposition.

Ces termes, *et être communs,* se réfèrent à toute la phrase. Les conjoints ne peuvent se donner, par don mutuel, que les biens meubles de la communauté, pour la part qui leur en appartient ; les biens meubles qui leur sont propres, tel qu'est le mobilier qu'ils ont exclus de la communauté par une stipulation de propre, n'entrent pas dans le don mutuel : c'est pourquoi, en cas de don mutuel, les héritiers du conjoint prédécédé ne laissent pas d'en exercer la reprise sur la masse des biens de la communauté, et le survivant ne jouit, pour son don mutuel, que de la part du prédécédé

dans ce qui reste de ladite masse, après les reprises respectives exercées et prélevées.

161. A l'égard de ce qui est dit, *conquêts faits durant et constant le mariage;* ces termes n'ont été mis que pour exclure du don mutuel les acquêts faits avant le mariage, lesquels sont propres de communauté : ils n'ont pas été mis pour restreindre le don mutuel aux seuls conquêts réels; et il n'est pas douteux dans l'usage, que les héritages que les conjoints ont mis dans la communauté par une clause d'ameublissement, entrent dans le don mutuel, comme tous les autres biens de la communauté.

162. Un homme a tiré de sa communauté une somme de 10,000 livres pour acquitter ses dettes propres, ou pour quelque autre affaire pour laquelle il doit récompense de cette somme à la communauté; ensuite lui et sa femme se font un don mutuel. Si c'est lui qui survit, la créance de 5,000 livres, appartenante à la femme pour sa part dans celle de 10,000 livres que la communauté a contre lui pour ladite récompense, entre dans le don mutuel que sa femme lui a fait de sa part dans les biens de la communauté qui se trouveroient lui appartenir au jour de sa mort : en conséquence il a donc, en sa qualité de donataire mutuel, droit de jouir, pendant sa vie, de cette créance de 5,000 livres que les héritiers de sa femme ont contre lui, lesquels ne peuvent l'exiger qu'après l'extinction de l'usufruit. Mais si c'est le mari débiteur de la récompense, qui prédécède, la femme donataire mutuelle pourra-t-elle prétendre que la somme de 5,000 livres qui appartenoit à son mari dans la créance de 10,000 livres que la communauté avoit contre lui, et dont il a fait confusion, comme en étant le débiteur, est entrée dans le don mutuel que son mari lui a fait, et demander en conséquence que les héritiers de son mari lui comptent une somme de 10,000 livres; savoir, 5,000 liv. pour la part qui lui appartient de son chef, comme commune, dans sa créance de 10,000 livres que la communauté avoit contre son mari, et cinq autres mille livres pour la part que son mari avoit dans ladite créance, et dont il a fait confusion afin qu'elle en jouisse par usufruit, comme

étant entrée dans le don mutuel que son mari lui a fait ; si mieux n'aiment les héritiers lui faire l'intérêt de cette somme pendant sa vie ?

Pour la négative, on dit que, dans le même temps que la communauté est devenue créancière du mari de la somme de 10,000 livres qu'il en avoit tirée, il s'est fait confusion et extinction de la part qu'il avoit dans cette créance ; personne ne pouvant, *per rerum naturam*, être créancier de lui-même. La part que le mari avoit dans la créance que la communauté avoit contre lui, ayant donc été éteinte par la confusion aussitôt qu'elle est née, et ne subsistant plus au temps du don mutuel, elle n'a pu entrer dans le don mutuel qu'il a fait à sa femme, le néant ne pouvant être susceptible du don mutuel ; la femme ne peut donc être fondée, en sa qualité de donataire, à demander la jouissance de la part que son mari avoit dans la créance des 10,000 livres dont il a fait confusion.

On dit au contraire pour l'affirmative, que si ladite somme de 5,000 liv. n'entroit pas dans le don mutuel que le mari a fait à sa femme, il y auroit inégalité dans le don mutuel ; le mari auroit donné 5,000 livres de moins que ce que sa femme lui a donné. Quant à ce qu'on dit que la part que le mari avoit dans la créance de 10,000 livres que la communauté avoit contre lui, ayant été éteinte par la confusion, et que, ne subsistant plus, elle n'a pu entrer dans le don mutuel, on répond qu'il est vrai qu'elle ne subsiste plus, quant à la subtilité : mais le profit que le mari a fait par l'emploi de la somme qu'il a tirée de la communauté pour l'augmentation de ses biens propres, est un profit très réel, dont il doit récompense à sa femme pour moitié, et qu'il ressent très réellement pour l'autre moitié. Ce profit qui est encore subsistant au temps de sa mort, qui fait partie de ce qu'il se trouve, au temps de sa mort, profiter des biens de la communauté, doit faire partie par conséquent du don mutuel qu'il a fait à sa femme des biens de la communauté. Cette opinion me paroît la plus équitable.

C'est pourquoi je pense qu'on doit établir pour principe général, que, pour régler ce qui doit composer le don mu-

tuel, on doit faire une masse de tous les effets qui se trouvent composer la communauté au temps de la mort du prédécédé; à laquelle masse, dans le cas auquel chacun desdits conjoints, ou l'un d'eux, se trouveroit débiteur, pour récompense, de plus qu'il ne lui est dû pour ses reprises, chacun desdits conjoints, ou l'un d'eux, doit rapporter et ajouter la somme dont il se trouve débiteur envers la communauté, déduction faite de ce qui lui est dû par ladite communauté; de même que dans le cas contraire, lorsque chacun des conjoints, ou l'un d'eux, est créancier de ladite communauté, de plus qu'il ne lui doit, chacun des conjoints doit prélever sur cette masse la somme dont il est créancier de la communauté, déduction faite de ce qu'il doit à ladite communauté. C'est de la part que la succession du prédécédé a dans cette masse, ainsi augmentée par lesdits rapports, ou diminuée par lesdits prélèvements, que le don mutuel du survivant doit être composé.

163. Lorsque, par le contrat de mariage, la reprise de ce que la femme a apporté à la communauté, a été stipulée au profit des père et mère de la femme; l'homme et la femme s'étant fait, pendant le mariage, un don mutuel, la femme étant prédécédée, et ayant laissé pour héritiers ses père et mère, lesquels ont renoncé à la communauté, on a fait la question de savoir si le mari, en sa qualité de donataire mutuel, peut prétendre jouir en usufruit de cet apport. Ricard pensoit qu'il n'y est pas fondé. La raison qu'il allègue, est que la femme, par la clause de reprise de l'apport portée au contrat de mariage, doit être censée n'avoir mis dans la communauté ce qu'elle y a apporté, que sous la condition qu'elle ou ses héritiers, au profit desquels la reprise avoit été stipulée, ne renonceroient pas à la communauté; que la condition ayant défailli par leur renonciation, les effets apportés par la femme étoient censés n'être point entrés en communauté, n'être point effets de la communauté, mais un bien propre de la femme, qui ne pouvoit par conséquent entrer dans le don mutuel, lequel ne peut être que des biens de la communauté.

Nous trouvons, au troisième tome des œuvres de M. d'Agues-

seau, un arrêt du 12 mars 1696, qui a jugé, contre ce sentiment de Ricard, que le mari survivant devoit, en sa qualité de donataire mutuel, jouir de la mise en la communauté de la femme, que les héritiers de la femme avoient, par la clause du contrat de mariage, droit de reprendre en renonçant à la communauté. M. d'Aguesseau établit parfaitement bien la fausseté du principe de Ricard. Il est faux que les choses que la femme a apportées en communauté, doivent être censées n'en avoir jamais fait partie, lorsque la femme ou ses héritiers, auxquels la faculté de les reprendre, en cas de renonciation, a été accordée par le contrat de mariage, exercent cette reprise. Cette faculté qui leur est accordée de les en retirer, suppose qu'elles y sont entrées. Elles faisoient donc partie des biens de la communauté au temps du décès de la femme prédécédée, et elles n'en doivent sortir qu'après sa mort, par la reprise que ses héritiers exercent. Or il suffit, aux termes de l'article 280, qu'elles aient été communes au temps du décès de la femme prédécédée, pour qu'elles soient comprises dans le don mutuel qu'elle a fait à son mari.

La clause pour la reprise de l'apport en cas de renonciation à la communauté, est mise pour empêcher que le mari ou ses héritiers, en leur qualité de seuls maîtres des biens de la communauté, par la renonciation de sa femme ou de ses héritiers, ne puissent retenir les choses que la femme y a mises, de même que le surplus des biens de la communauté : mais cette clause, étant de droit très étroit, et non susceptible d'extension, doit être bornée à ce cas, et ne doit pas être étendue au cas du don mutuel. Si elle empêche que le mari, en sa qualité de seul maître des biens de la communauté, par la renonciation des héritiers de sa femme, ne puisse néanmoins retenir les choses qui y ont été mises par sa femme, elle ne doit pas empêcher que le mari ne puisse en avoir la jouissance à un autre titre, en sa qualité de donataire mutuel de sa femme.

164. Le mari a-t-il droit, en ce cas, de jouir en don mutuel de toute cette reprise, ou seulement de la moitié? Pour restreindre le don mutuel à la moitié, on allègue le prin-

cipe, que l'un des conjoints ne peut donner à l'autre plus que ce que l'autre lui a réciproquement donné. Or le mari n'ayant jamais pu avoir que la moitié dans les effets apportés par la femme, et compris dans la reprise, il n'a pu en donner à sa femme que cette moitié : donc, dit-on, sa femme n'a pu, de son côté, lui en donner par don mutuel que la moitié. La réponse est, que le don mutuel que le mari a fait à sa femme, et qu'elle eût recueilli, s'il fût prédécédé, n'étoit pas seulement de sa part dans les effets apportés par sa femme, mais de sa part dans tous les effets de la communauté, laquelle part pouvoit égaler le total de ceux compris dans la reprise. On ne peut donc pas dire que, en donnant par don mutuel en usufruit à son mari le total de cette reprise, elle lui a donné plus que ce que son mari lui donnoit réciproquement.

165. On a aussi agité la question, si, lorsque la femme survivante a renoncé à la communauté, elle peut demander le don mutuel que son mari lui a fait des biens de la communauté. La question ne peut guère se présenter dans le cas auquel la reprise de ce que la femme a apporté à la communauté, n'auroit pas été stipulée par le contrat de mariage; car la femme ne renonce à la communauté que parcequ'elle la juge mauvaise; et cette raison qui la porte à renoncer à la communauté, ne doit pas manquer de la porter à renoncer au don mutuel que son mari lui a fait des biens de la communauté, aussi bien qu'à la communauté. Mais étant d'usage que les femmes stipulent par les contrats de mariage, qu'en cas de renonciation à la communauté, elles auront la reprise de ce qu'elles y ont apporté, il peut arriver souvent qu'une femme renonce à la communauté, et ait intérêt de jouir en don mutuel des biens de la communauté, qui demeurent, par sa renonciation, aux héritiers du mari.

Supposons, par exemple, que, lors de la mort du mari, le fonds de la communauté, toutes dettes déduites, étoit de 20,000 livres, y compris 14,000 livres que la femme y avoit apportées, et qu'elle avoit droit de reprendre en renonçant à la communauté, suivant la clause de son con-

trat de mariage. La femme, dans cette espèce, renoncera à la communauté, pour reprendre ses 14,000 livres; au lieu qu'en l'acceptant, elle n'auroit eu que 10,000 livres pour sa part en la communauté. Cette femme ayant renoncé à la communauté, et repris ses 14,000 livres, est-elle fondée à jouir en don mutuel des 6,000 livres qui demeurent aux héritiers de son mari, du fonds de la communauté?

Pour la négative on dit : Lorsque la femme renonce à la communauté, c'est comme s'il n'y avoit jamais eu de communauté entre les conjoints; c'est comme s'il n'y avoit jamais eu rien de commun entre eux qu'ils se soient pu donner. La femme sur-tout n'avoit, en ce cas, rien qu'elle ait pu donner à son mari, puisque la femme, en cas de renonciation à la communauté, n'a aucune part dans les biens de la communauté. Mais si la femme n'avoit, dans ce cas, rien à donner à son mari, le mari n'a pu, de son côté, lui en donner, l'un des conjoints ne pouvant rien donner à l'autre par don mutuel, qu'autant que l'autre peut lui en donner réciproquement. On répond pour la femme, au premier moyen opposé par les héritiers, qu'il est bien vrai que, lorsque la femme renonce à la communauté, elle n'a pas plus de part dans l'actif ni dans le passif de la communauté, que s'il n'y avoit pas eu de communauté : mais il n'est pas vrai que, lorsque la femme renonce à la communauté, il n'y ait jamais eu de communauté, ni rien de commun entre les conjoints qu'ils se soient pu donner; car, au contraire, la renonciation à la communauté suppose nécessairement une communauté et des effets communs, qui ont pu être l'objet du don mutuel; car, pour renoncer à la communauté, il faut qu'il y ait eu une communauté : on ne peut pas renoncer à ce qui n'est pas.

A l'égard du second moyen, il est faux que la femme qui a renoncé à la communauté, pour reprendre son apport, n'eût rien à donner de son côté à son mari, s'il lui eût survécu. Elle avoit à lui donner la part qu'elle devoit laisser à ses héritiers dans les biens de la communauté, à laquelle ses héritiers n'auroient pas renoncé comme elle a fait, n'ayant pas le droit qu'elle avoit de reprendre son

apport : et quand même ses héritiers auroient eu le même droit, elle auroit eu à lui donner les choses comprises en son apport, ces choses étant un bien de communauté, susceptible du don mutuel, comme nous l'avons décidé en la question précédente, et qui pouvoit égaler ce que son mari lui avoit donné.

Par ces raisons, on doit décider que la femme, quoiqu'elle renonce à la communauté, peut être donataire mutuelle de son mari. M. d'Aguesseau, dans son plaidoyer ci-dessus cité, *n.* 157, rapporte un arrêt de 1641, rendu après une enquête par turbes, faite au châtelet, qui a jugé conformément à cette décision, et a fixé sur ce point la jurisprudence.

Peut-elle, en ce cas, jouir du total des biens de la communauté, qui, par sa renonciation, sont demeurés aux héritiers du mari; ou n'en doit-elle jouir que de la moitié? Ricard décide qu'elle n'en doit jouir que de la moitié. Sa raison est, que le mari n'a pu donner à sa femme plus que ce que sa femme pouvoit lui donner.

Il faut décider, au contraire, que la femme doit jouir en don mutuel du total de ce qui est resté aux héritiers du mari des biens de la communauté, après la déduction de l'apport de la femme, qui en a été faite : car la femme ne prenant le parti de renoncer à la communauté que parceque son apport qu'elle reprend en renonçant, est plus considérable, ou au moins aussi considérable que la part qu'elle auroit eue dans les biens de la communauté en l'acceptant, il s'ensuit que le total des biens de la communauté resté aux héritiers du mari, après la distraction de l'apport de la femme, ne peut être tout au plus que la moitié des biens dont étoit composée la communauté dans laquelle cet apport étoit compris. C'est pourquoi il est évident que, en comprenant dans le don mutuel que le mari a fait à sa femme, le total du restant desdits biens de la communauté, qui demeurent à ses héritiers par la renonciation de la femme, il ne lui donne pas plus, et peut-être moins que ce que sa femme, de son côté, lui a donné par le don mutuel qu'elle lui a fait, dont il eût joui, si elle fût prédécédée.

166. Il nous reste à observer que, lorsque le mari et la femme, ou l'un d'eux, se sont donné par don mutuel plus que la loi ne leur permettoit de se donner; comme lorsqu'ils se sont donné en usufruit leurs biens de communauté et leurs propres; ou lorsqu'ils se sont donné la propriété de leurs biens de communauté, au lieu de s'en donner seulement l'usufruit; le don mutuel est en ce cas entièrement nul de part et d'autre. En cela le don mutuel est différent des legs. Lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un plus que la loi ne lui permettoit de léguer, le legs n'est pas entièrement nul; il est seulement réductible à ce que la loi lui permet de léguer.

Par exemple, si un testateur avoit légué à quelqu'un ses meubles et acquêts, et le total de ses propres, le legs ne seroit pas nul, mais il seroit réductible aux meubles et acquêts, et au quint des propres. La raison de différence est, que les legs sont valables par la seule volonté du testateur consignée dans son testament. C'est pourquoi, pour qu'un legs excessif soit valable, au moins jusqu'à concurrence de ce que la loi permet de donner, il suffit que le testateur qui a légué, ait eu la volonté de léguer au moins ce que la loi permet, pour que le legs soit valable jusqu'à cette concurrence. Or le moins étant renfermé dans le plus; *in eo quod plus est, inest et minus;* le testateur qui a légué plus que la loi ne lui permettoit, a eu la volonté de léguer ce que la loi lui permet de léguer, qui est renfermé dans le plus. Par exemple, celui qui a légué le total de ses propres, a eu la volonté d'en léguer le quint que la loi permet de léguer, le quint étant renfermé dans le total qu'il a voulu léguer. Le legs n'est donc pas entièrement nul; il est valable jusqu'à concurrence de ce que la loi permet de léguer.

Il n'en est pas de même du don mutuel. Le don mutuel, étant un acte synallagmatique, n'est pas valable par la seule volonté de l'une des parties qui a fait le don. Il ne suffit donc pas, pour que le don de celui qui a donné plus que la loi ne lui permettoit de donner, soit valable, qu'il ait voulu donner ce que la loi lui permettoit de donner. Lorsqu'un

homme et une femme se font un don mutuel, chacun d'eux ne donne à l'autre qu'à cause du don que l'autre lui fait de son côté. C'est pourquoi, lorsque par don mutuel j'ai donné à ma femme plus que la loi ne me permettoit; *putà*, lorsque je lui ai donné mes biens de communauté et mes propres, ma femme ne m'ayant donné, de son côté, qu'à cause du don que je lui faisois, et qu'autant que le don que je lui faisois auroit pu avoir son entière exécution, dans le cas auquel elle m'auroit survécu, le don que je lui ai fait ne pouvant pas avoir son entière exécution, puisque la loi ne me permet pas de disposer par don mutuel, envers ma femme, de mes propres; celui qu'elle m'a fait, de son côté, n'ayant été fait que dans cette fausse supposition, tombe *quasi ex conditionis defectu*, et est entièrement nul. Mais si le don que ma femme m'a fait est nul, celui que je lui ai fait est aussi entièrement nul, et non pas seulement pour ce que j'ai donné de plus que la loi ne me permettoit; car il est de l'essence du don mutuel, que le don que l'un des conjoints fait à l'autre, ne puisse être valable qu'autant que celui que l'autre lui a fait eût pu l'être. C'est ce qu'établit Ricard en son *Traité du Don mutuel*, *chap.* 4, §. 6.

La coutume de la Marche s'est écartée, à la vérité, de ce principe. Après avoir dit, *art.* 290, que le don mutuel doit être égal, elle ajoute, *et s'il y avoit inégalité, sera réduit à l'égalité.* Elle se contente donc de réduire le don de celui qui a donné plus qu'il ne pouvoit; elle ne le déclare pas nul; mais je crois que cette coutume doit être restreinte à son territoire.

167. Si par un acte fait pendant le mariage, après une première convention par laquelle un homme et une femme se seroient fait don mutuel en usufruit de leurs biens de communauté, aux charges de la coutume, par le même acte, par une convention particulière, l'homme donnoit en outre à la femme l'usufruit de ses biens propres; on pourroit peut-être soutenir que la nullité du don fait par le mari de l'usufruit de ses propres, n'entraîneroit pas la nullité du don mutuel que les conjoints se sont fait de l'usufruit de leurs biens de communauté, parceque ces dons, étant faits par des con-

ventions séparées, paroissent indépendants l'un de l'autre. Néanmoins cela souffre difficulté; car on peut dire que les conventions d'un même acte, quoique énoncées par des clauses séparées, sont relatives les unes aux autres, et que, dans cette espèce, la femme a pu ne se porter à faire à son mari le don de sa part de l'usufruit dans les biens de la communauté, qu'en considération de celui que son mari lui faisoit, même de celui de ses propres.

CHAPITRE III.

De la forme du don mutuel entre homme et femme.

168. Quoique l'ordonnance de 1741, *art.* 46, ait excepté les dons mutuels entre mari et femme, de la nécessité des formes et des règles qu'elle a prescrites pour les autres donations entre vifs, néanmoins il y a encore quelques formes auxquelles ces dons mutuels sont assujettis.

Ils doivent, de même que les autres donations entre vifs, être faits par des actes passés devant notaires, dont il reste minute.

Cette forme est nécessaire pour empêcher les fraudes; autrement, si le don mutuel pouvoit se faire par un acte sous signature privée, il seroit au pouvoir d'un conjoint, en antidatant l'acte, de faire ce don pendant sa dernière maladie; ce que la loi ne permet pas, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 151.

Pareillement, si le don mutuel pouvoit se faire par un acte passé à la vérité devant notaires, mais expédié en brevet, sans qu'il restât minute, il seroit au pouvoir du mari, en supprimant l'acte, d'annuler le don mutuel, sans le consentement de sa femme; ce qui est contraire au caractère de l'irrévocabilité qui est de l'essence du don mutuel.

169. Ce don mutuel doit se faire par un seul et même acte. Si chacun des conjoints avoit, par des donations séparées, fait donation à l'autre conjoint, en cas de survie du donataire, de l'usufruit de sa part dans les biens de la

communauté qui se trouveroient lors de son prédécès, aucune de ces donations ne seroit valable. C'est ce qu'observe Dumoulin, en sa note sur l'art. 325 de la coutume d'Anjou, qui permet aux conjoints par mariage de se donner par don mutuel : *Non ergo seorsim*, dit-il, *etiam si alter alteri donaret, sed separatim et non mutuâ contemplatione.*

Ricard néanmoins, en son *Traité du Don mutuel, n.* 135 *et* 136, pense qu'un don mutuel pourroit être valable, quoique fait par des donations séparées que chacun des conjoints auroit faites à l'autre, et même en différents temps, pourvu que, dans chacune des donations, il fût exprimé que la donation est faite en exécution du dessein qu'ils avoient formé ensemble de se faire don mutuel des biens de leur communauté, et que, au temps de chacune des donations, l'un et l'autre des conjoints fût en santé. Cela n'est pas sans difficulté; c'est pourquoi lorsqu'un homme et une femme qui sont en des lieux éloignés, veulent se faire don mutuel, comme lorsque l'homme est à l'armée, il faut que l'homme envoie une procuration à un de ses amis sur le lieu où est sa femme, pour faire, en son nom, le don mutuel avec sa femme, par un même acte, et que, par cette procuration, il autorise sa femme pour le faire.

170. Le don mutuel est-il sujet à la forme de l'insinuation? Il sembleroit qu'il ne devroit pas y être sujet. L'insinuation est requise dans les autres donations entre vifs, en faveur des tiers acquéreurs et des créanciers qui contracteroient depuis la donation avec le donateur; parceque, si cette donation n'étoit pas rendue publique par l'insinuation, ces tiers acquéreurs et créanciers, qui ignoreroient la donation, pourroient être induits en erreur en contractant avec un homme qu'ils croiroient avoir beaucoup de biens, et qui s'en seroit dépouillé par la donation qu'ils ignorent. L'insinuation des donations est aussi requise en faveur des héritiers, qui, faute d'avoir connoissance des donations faites par le défunt, pourroient être induits en erreur, et accepter une succession chargée de dettes, en comptant sur des biens dont le donateur s'est dépouillé par des donations qu'ils ignoroient.

Ces raisons, dira-t-on, ne se rencontrent pas à l'égard du don mutuel : ce don n'étant que des biens que le donateur laissera lors de son décès, et étant fait à la charge des dettes que le donateur a contractées depuis la donation, le don mutuel ne peut intéresser ceux qui ont acquis du donateur, ou qui ont contracté avec le donateur, depuis le don mutuel; et ils n'ont aucun intérêt d'en avoir connoissance par l'insinuation.

Le défaut de publicité de la donation ne peut pas non plus, dira-t-on, induire en erreur les héritiers du donateur, en leur faisant accepter une succession chargée de dettes, sans trouver les biens sur lesquels ils comptoient pour les acquitter, puisque les biens compris au don mutuel sont chargés de dettes.

Nonobstant ces raisons, la coutume de Paris a assujetti à l'insinuation les dons mutuels entre mari et femme. Elle dit en l'*art.* 284 : « Un don mutuel..... pour être valable, « doit être insinué dans les quatre mois du jour du contrat; « et l'insinuation faite par l'un d'eux, vaut pour tous deux; « après laquelle insinuation ledit don mutuel n'est révo- « cable, sinon du consentement des deux conjoints. »

Ce n'est pas seulement en la coutume de Paris que les donations mutuelles entre mari et femme sont sujettes à l'insinuation. On en exceptoit autrefois seulement celles faites dans la coutume de Poitou, parceque, dans cette coutume, ces donations sont plutôt des donations pour cause de mort, que des donations entre vifs : mais, par une déclaration du roi, du 5 décembre 1622, toutes donations mutuelles entre mari et femme, même celles faites dans la coutume de Poitou, sont déclarées sujettes à l'insinuation.

A l'égard des raisons ci-dessus opposées, on répond : Il est vrai que les tiers acquéreurs qui ont acquis du donateur, et les créanciers avec qui il a contracté depuis le don mutuel, n'ont aucun intérêt d'avoir connoissance de la donation par l'insinuation; mais il n'en est pas de même des héritiers du donateur : ils pourroient quelquefois être induits en erreur, faute d'avoir eu, par l'insinuation, connoissance de la donation; comme lorsque la succession sst embarrassée de beaucoup de dettes propres, qui ne sont

point à la charge du don mutuel. Un héritier appelé à la succession, faute d'avoir connoissance de la donation, se portera plus facilement à l'accepter, croyant d'abord entrer en jouissance, qu'il ne s'y porteroit s'il savoit ne devoir entrer en jouissance qu'après la mort du donataire.

Ricard rapporte encore une autre raison pour laquelle l'insinuation des donations mutuelles entre mari et femme a pu être ordonnée. C'est, dit cet auteur, pour empêcher les fraudes; car sans cela, comme l'a observé Ricard, un mari pourroit profiter du don mutuel que lui a fait sa femme, sans que sa femme pût profiter de celui qu'il lui a fait, en faisant passer l'acte du don mutuel par un notaire inconnu à sa femme, et mettant par ce moyen la femme dans l'impossibilité de trouver l'acte du don mutuel, dans le cas auquel elle survivroit.

171. Observez que, dans le don mutuel, l'insinuation n'est nécessaire que pour la donation que la femme fait à son mari : elle ne l'est pas pour celle que le mari a faite à sa femme; car le mari étant, en sa qualité d'administrateur des droits et biens de sa femme, obligé envers elle de faire tout ce qui est nécessaire pour la conservation de ses droits, ni lui, ni les héritiers qui succèdent à ses obligations, ne peuvent être recevables à opposer à la femme le défaut d'insinuation de la donation qu'il lui a faite, puisque c'étoit lui-même qui, en sa susdite qualité, en étoit chargé. C'est la disposition de l'art. 30 de l'ordonnance de 1731. Mais lorsque c'est la femme qui est prédécédée, si le don mutuel n'a pas été insinué, les héritiers de la femme sont bien fondés à opposer au mari donataire mutuel, le défaut d'insinuation, et à faire en conséquence déclarer nul le don mutuel.

172. On a fait la question si, dans la coutume de Paris, la femme étoit reçue à révoquer le don mutuel, pour le défaut d'insinuation. Duplessis tient l'affirmative : le texte de la coutume de Paris paroît favoriser cette opinion. L'art. 284, rapporté ci-dessus, *n.* 164, dit : *Après laquelle insinuation le don mutuel n'est révocable, sinon du consentement des deux parties;* d'où il pourroit sembler qu'on peut, par argument *à contrario,* conclure que, tant que le

mari est en demeure de satisfaire à l'insinuation, il est loisible à la femme de révoquer le don mutuel. Quant à ce qu'on pourroit opposer, que les autres donations entre vifs ne peuvent être attaquées par le défaut d'insinuation, que par les tiers acquéreurs et créanciers du donateur, et par ses héritiers, et non par le donateur lui-même, on pourroit peut-être répondre que l'insinuation des autres donations entre vifs n'est requise qu'en faveur des tiers acquéreurs des créanciers, et des héritiers du donateur, qui peuvent avoir intérêt d'être instruits de la donation par la publicité de l'insinuation, et non en faveur du donateur, qui ne peut ignorer la donation qu'il a faite : mais l'insinuation du don mutuel entre mari et femme est requise pour une raison qui concerne la personne même de la femme qui a fait le don mutuel, comme nous l'avons vu *suprà*. La femme peut donc elle-même être reçue à en opposer le défaut, pour révoquer et faire déclarer nul le don mutuel.

Ricard pense, au contraire, que la femme n'est pas recevable à opposer elle-même le défaut d'insinuation. Il répond à l'argument tiré du texte de la coutume de Paris, que les arguments *à contrario* ne sont pas toujours concluants ; que celui dont on se sert dans la question présente n'est pas suffisant pour faire exception au principe général, qu'un donateur n'est pas recevable à opposer lui-même contre sa donation le défaut d'insinuation. Comme ce principe n'étoit pas, au temps de la réformation de la coutume de Paris, aussi avéré qu'il l'est aujourd'hui, la coutume n'a entendu décider autre chose, sinon que le don mutuel étoit irrévocable après l'insinuation, en laissant indécise la question, s'il pouvoit être révoqué auparavant par le défaut d'insinuation.

Il faut s'en tenir à l'avis de Ricard. L'ordonnance de 1731, *art.* 17, en décidant que le donateur ne peut opposer le défaut d'insinuation, n'a fait aucune exception pour les donations mutuelles entre mari et femme.

173. L'article ci-dessus rapporté dit que le don mutuel doit être insinué *dans les quatre mois du jour du contrat*. Cela ne doit pas s'entendre en ce sens, que l'insinuation ne

puisse plus se faire après l'expiration de ce délai. Le mari, qui est chargé de cette insinuation, est toujours à temps de la faire valablement pendant la vie de sa femme; et l'héritier de la femme n'en peut opposer le défaut que lorsqu'elle n'a pas été faite du vivant de la femme. Pareillement, même dans l'opinion de ceux qui pensent que la femme peut elle-même impugner le don mutuel par le défaut d'insinuation, le mari peut, quoique après l'expiration du délai, faire valablement l'insinuation, tant que la femme ne s'est pas plainte. Tout l'effet de ce délai, est que le mari ne peut être censé en demeure de faire l'insinuation, tant que ce délai, qui lui est accordé pour la faire, n'est point expiré. C'est pourquoi, lorsque la femme est morte peu après l'acte du don mutuel, avant l'expiration de ce délai de quatre mois accordé pour la faire, le mari peut, dans le temps qui lui reste de ce délai, faire valablement l'insinuation, quoique après la mort de la femme, sans que l'héritier puisse, en ce cas, lui opposer le défaut de l'insinuation, n'ayant point été en demeure de la faire. Par la même raison, dans l'opinion de ceux qui reçoivent la femme à révoquer le don mutuel par le défaut d'insinuation, elle n'y seroit recevable qu'après l'expiration de ce délai.

174. Il nous reste à observer, à l'égard de l'insinuation du don mutuel, que le don mutuel n'ayant aucun objet déterminé, il suffit que l'insinuation se fasse au lieu du domicile des parties : il n'est pas nécessaire de la faire au lieu de la situation des choses données, étant incertain, jusqu'à la mort du donateur, quelles seront les choses qui se trouveront faire l'objet de la donation. Cela a été décidé par arrêt du 29 juillet 1767, rendu *consultis classibus*, rapporté au Supplément de Denisart, sur le mot *insinuation*.

Lorsque l'insinuation se fait dans le délai de la loi; comme elle a, en ce cas, un effet rétroactif au temps du contrat, elle doit être faite au lieu du domicile que les parties avoient au temps du contrat, quoiqu'elles en aient changé depuis : mais lorsqu'elle se fait après le délai, l'insinuation doit se faire au lieu où les parties ont leur domicile lors de l'insinuation. C'est une distinction observée par Ricard, en son Traité des Donations, *n.* 1212.

175. Le don mutuel n'est pas sujet aux autres formalités des donations entre vifs, telle qu'est celle de l'acceptation expresse. Il est nécessaire, pour la validité des autres donations entre vifs, qu'il soit dit en termes exprès que la donation a été acceptée par le donataire, ou par quelqu'un ayant pouvoir ou qualité de l'accepter pour lui, sans que cette formalité puisse être suppléée, ni par la signature du donataire au bas de l'acte de donation, ni même par son entrée en possession des choses données; *ordonnance de* 1731, *art.* 6. Au contraire, le don mutuel entre mari et femme est valable, quand même on auroit omis de faire mention par l'acte, que les parties l'ont respectivement accepté; l'ordonnance de 1731, *art.* 46, ayant déclaré les dons mutuels entre mari et femme n'être compris dans ses dispositions.

176. La tradition requise dans les autres donations entre vifs, ne l'est pas dans le don mutuel; il n'en est pas même susceptible, n'étant que des choses que le donateur laissera après sa mort.

177. C'est une forme qui n'est pas particulière au don mutuel, mais qui est commune à tous les actes dans lesquels une femme sous puissance de mari est partie, que pour que l'acte soit valable, la femme doit être autorisée de son mari. *Voyez notre Traité de la Puissance du Mari sur la personne et les biens de la Femme, n.* 42, où nous avons réfuté l'opinion de Ricard, qui a cru que l'autorisation du mari n'étoit pas nécessaire pour le don mutuel.

CHAPITRE IV.

Des conditions d'où dépend le don mutuel.

178. Le don mutuel entre mari et femme dépend de deux conditions. La première, est la condition de la survie du donataire; la seconde, est qu'il ne se trouvera aucun enfant, ni de l'un ni l'autre des conjoints, au temps du décès du premier mourant. Chacune de ces conditions fera la matière

d'un paragraphe. Nous dirons un mot, dans un troisième paragraphe, des autres conditions qu'on pourroit y ajouter.

§. I. De la condition de survie.

179. Les donations mutuelles que les conjoints se font l'un à l'autre, sont faites sous la condition de la survie du conjoint donataire. C'est pourquoi la donation que le conjoint prédécédé a faite au survivant, est la seule qui ait effet par l'accomplissement de la condition de la survie du conjoint survivant. Au contraire, celle que le conjoint survivant avoit réciproquement faite au conjoint prédécédé, demeure sans effet, par la défaillance de la condition.

180. On a agité la question, si la mort civile de l'un des conjoints, qui arrive par une condamnation à une peine capitale, faisoit exister la condition de la survie de l'autre conjoint. On tenoit autrefois la négative, et on citoit un arrêt rendu par le roi Henri II, tenant son lit de justice, qui a jugé que la condition de survie ne s'accomplissoit que par la mort naturelle, et qu'en conséquence la mort civile de l'un des conjoints n'avoit pu donner ouverture au préciput, au profit de l'autre conjoint. Mais nous avons vu dans notre Traité de la Communauté, *n.* 443, où nous avons amplement traité la question, que la jurisprudence avoit changé, et qu'on avoit jugé que la mort civile qu'un homme avoit encourue en sortant du royaume pour cause de religion, avoit donné ouverture au préciput de l'autre conjoint. Cet arrêt ayant décidé, à l'égard d'une convention de préciput, que la mort civile de l'un des conjoints faisoit exister la condition de survie de l'autre conjoint, il y a même raison pour décider, dans l'espèce d'un don mutuel, que la mort civile de l'un des conjoints fait exister la condition de survie de l'autre conjoint, et donne en conséquence ouverture à la donation que lui a faite le conjoint mort civilement.

On peut encore tirer argument de l'ordonnance de 1747, qui porte en l'*article* 24, que la mort civile donnera ouverture aux substitutions, de même que la mort naturelle.

§. II. De la condition qui ni l'un ni l'autre conjoint n'auront aucuns enfants lors du décès du premier mourant.

181. Cette condition est apposée en termes formels au don mutuel, par l'article 280. Il y est dit : « Homme et femme « peuvent et leur loist faire donation mutuelle.... pourvu « qu'il n'y ait enfants, soit des deux conjoints, ou de l'un « d'eux, lors du décès du premier mourant. »

Cette condition ayant été apposée en faveur des enfants, il sembleroit qu'il devroit suffire que le donateur prédécédé n'eût laissé aucuns enfants, et que ceux du donataire survivant ne devroient pas faire obstacle au don mutuel, n'y ayant que ceux du donateur prédécédé qui aient intérêt de l'empêcher. Néanmoins, il faut décider que les enfants du donataire, aussi bien que ceux du donateur, font défaillir la condition apposée par cet article au don mutuel, et le rendent nul.

En effet, la coutume ne dit pas, *pourvu qu'il n'y ait enfants du prédécédé;* mais elle dit indistinctement, *pourvu qu'il n'y ait enfants, soit des deux, ou de l'un d'eux;* ce qui comprend ceux du donateur survivant, aussi bien que ceux du prédécédé donateur. La raison est, qu'il est de l'essence du don mutuel, que la donation faite par l'un des conjoints ne puisse être valable qu'autant que celle qui lui a été faite par l'autre conjoint eût pu l'être, s'il fût prédécédé; autrement elle ne seroit pas mutuelle. Or, lorsque le survivant a des enfants, la donation que le survivant a faite au conjoint prédécédé n'eût pu être valable, si ce fût le survivant qui fût prédécédé. Donc celle que le prédécédé a faite au survivant, n'est pas en ce cas valable; donc les enfants du conjoint donataire survivant font obstacle au don mutuel, aussi bien que ceux du donateur prédécédé.

182. Quoique dans cette condition, *pourvu qu'il n'y ait enfants*, la coutume se soit exprimée au pluriel, néanmoins il suffit qu'il y en ait un seul, pour faire défaillir la condition : Si sine liberis decedas, *conditio deficit, vel uno filio superstite relicto;* l. 101, §. 2, ff. *de cond. et dem.*

183. Il y a plus. Quoiqu'il n'y eût encore, *lors du décès*

du premier mourant, aucun enfant né; si la veuve du prédécédé étoit alors enceinte, cette femme étant depuis accouchée à terme d'un enfant vivant, cet enfant sera regardé comme s'il eût été déja né lors de la mort du mari prédécédé. C'est ce qu'enseigne Paul : *Antiqui libero ventri ità prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia jura integra ei reservarent;* l. 3, ff. *Si pars hær. pet. Et Terentius Clemens : Intelligendus est mortis tempore fuisse qui in utero relictus est;* l. 153, ff. *de verb. signif.* En conséquence il fera défaillir cette condition du don mutuel, *pourvu qu'il n'y ait point d'enfants.* Cela est conforme à cette règle de droit : *Si quis uxorem prægnantem reliquit, non videtur sine liberis decessisse;* l. 187, ff. *de R. J.* Justinien a pareillement décidé en la loi 6, *Cod. ad S. C. Treb.*, que la naissance d'un posthume faisoit défaillir la condition *si sine liberis decesserit.*

Cela a lieu, quelque peu de temps qu'eût vécu le posthume, pourvu qu'il soit venu à terme; car, n'eût-il vécu qu'une minute, il a été saisi de la succession du conjoint prédécédé, et il l'a acquise et l'a transmise sans la charge du don mutuel.

L'enfant est censé venir à terme, lorsqu'il est venu au monde au moins dans le septième mois de la grossesse de sa mère : *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis;* l. 12, ff. *de stat. hom.* S'il étoit né avant ce terme, il seroit considéré comme un avorton, plutôt que comme un enfant; et quand il auroit eu vie pendant quelques minutes, il n'auroit pas fait défaillir la condition : *Abortus vel abactus venter partum efficere non videtur;* Paul. Sent., *lib.* 4, *tit.* 9, §. 6.

A plus forte raison, ceux qui viennent morts au monde, quoiqu'à terme, ne la font pas défaillir : *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt;* l. 129, ff. *de verb. sign.*

184. C'est aux parents du conjoint prédécédé à prouver que le posthume venu à terme a eu vie. En vain opposeroit-on que c'est le survivant qui est demandeur en déli-

vrance du don mutuel, lequel est, en cette qualité de demandeur, tenu de fonder sa demande. La réponse est, qu'il la fonde suffisamment en produisant le contrat de don mutuel. Les parents du prédécédé qui attaquent le don mutuel, en soutenant qu'il y a eu un enfant posthume qui a fait défaillir la condition du don mutuel, et qui a recueilli la succession du prédécédé, qu'il leur a transmise, doivent justifier de la vie de ce posthume, qui fait le fondement de leurs défenses. Cela est conforme à cette règle de droit : *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsamque exceptionem, velut conditionem implere, (id est) probare debere*, l. 19, ff. *de probat.* Ce sont les parents du conjoint prédécédé qui soutiennent, pour fondement de leurs défenses, qu'il a laissé un enfant vivant; c'est à eux à prouver le fait qu'ils avancent, suivant cette autre règle : *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat;* l. 1, ff. *de probat.* Faute par les parents du conjoint prédécédé, de pouvoir prouver le fait qu'ils avancent, et qu'ils opposent contre le don mutuel qu'ils attaquent, savoir, que l'enfant dont la veuve est accouchée, est né vivant, et que le conjoint prédécédé a laissé un enfant, la condition, *pourvu qu'il n'y ait pas d'enfants*, sera regardée comme accomplie, et le don mutuel aura lieu.

185. On peut faire une semblable question dans l'espèce suivante. Deux conjoints par mariage, qui avoient un enfant unique, se sont fait un don mutuel : le prédécédé a péri dans un naufrage avec cet enfant, sans qu'on puisse savoir si l'enfant a survécu. Faute par l'héritier qui impugne le don mutuel, de pouvoir prouver la survie de cet enfant, la condition *pourvu qu'il n'y ait point d'enfants*, doit être réputée pour accomplie, et le don mutuel doit avoir lieu. Notre décision est autorisée par celle d'Ulpien, en la loi 17, §. 7, ff. *ad S. C. Trebel.* Cette loi est dans l'espèce d'un fidéicommis dont une personne avoit été grevée sous cette condition, *si elle meurt sans enfants.* Cette personne étant périe dans un naufrage avec un enfant unique qu'elle avoit, sans qu'on pût savoir qui a survécu, Ulpien décide que la condition *si elle meurt sans enfants*, doit être réputée pour

accomplie : *Quùm quis antè et quis posteà decesserit non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magìs dicendum.*

On opposera qu'il est décidé au contraire, dans la loi 9, §. 1, ff. *de reb. dub.*, que lorsque le père et le fils pubère ont péri ensemble dans un même accident, sans qu'on sache lequel des deux est mort le premier, le fils est présumé avoir survécu : *Quùm bello pater cum filio perierit, materque filii quasi posteà mortui bona vindicaret, agnati verò patris, quasi filius antè periisset. D. Hadrianus credidit patrem priùs mortuum.* Il y a une pareille décision en la même loi, au §. 4, et en la loi 22, ff. *d. tit.*

La réponse est, que cette espèce de présomption n'a lieu que dans le cas auquel deux personnes, dont chacune étant l'héritière présomptive de l'autre, étant mortes ensemble, il est nécessaire de fixer laquelle doit être censée avoir survécu et succédé à l'autre : hors ce cas, cette présomption n'a pas lieu. Il demeure incertain si le fils qui a péri avec le père, a survécu au père ; et la partie qui, pour le fondement de sa demande ou de son exception, est obligée de faire la preuve du fait de cette survie, est réduite à ne la pouvoir faire.

186. Observez encore, à l'égard de cette condition, *pourvu qu'il n'y ait enfants*, que la coutume a apposée au don mutuel, que le terme d'*enfants* doit s'entendre non seulement des enfants qui sont au premier degré, mais de tous les enfants, en quelque degré éloigné qu'ils soient. C'est pourquoi si, au temps du décès du premier mourant, il se trouve un petit-fils ou un arrière petit-fils de l'un des conjoints, il fait défaillir la condition. C'est ce qui a été décidé par Justinien, en la loi 6, §. 2, *Cod. ad Senatûs-consultum Treb.*, à l'égard de la condition *si sine liberis decesserit*, apposée aux fidéicommis.

187. Cette condition, *pourvu qu'il n'y ait point d'enfants*, que la coutume a apposée au don mutuel, étant apposée pour conserver aux enfants la succession des conjoints, c'est une conséquence que dans cette condition, sous la

terme *enfants*, on ne doit comprendre que ceux qui sont habiles à succéder.

Donc, 1° les bâtards que l'un ou l'autre des conjoints auroit au temps du décès du premier mourant, ne font point défaillir la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants.*

188. 2° Il en est de même des enfants qui, quoique nés de légitime mariage, ont, avant la mort du premier mourant des conjoints, perdu leur état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à peine capitale : ces enfants étant regardés dans la société civile comme n'étant point, ne peuvent faire défaillir la condition.

Si l'enfant n'avoit fait profession que depuis la mort du premier décédé, quoiqu'il fût déja novice, il auroit fait défaillir la condition.

Si la mort du conjoint prédécédé et la profession de l'enfant étoient du même jour, on ne pourroit prétendre que la condition est défaillie, ni en conséquence attaquer le don mutuel, qu'autant qu'on pourroit justifier que la profession de l'enfant a précédé la mort du conjoint.

189. Lorsque la condamnation à une peine capitale, intervenue contre l'enfant avant la mort du prédécédé des conjoints, a été rendue et exécutée par contumace, l'état civil de l'enfant étant en ce cas en suspens, le don mutuel sera pareillement en suspens. Si l'enfant meurt après les cinq ans du jour de l'exécution par affiche, sans s'être représenté, l'enfant étant censé, en ce cas, avoir perdu l'état civil, du jour de cette exécution, et par conséquent avant la mort du prédécédé des conjoints, le don mutuel sera valable : mais si l'enfant meurt dans les cinq ans, ou s'il se représente, soit dans les cinq ans, soit même après les cinq ans, le jugement de contumace étant, en l'un et en l'autre cas, anéanti, l'enfant sera censé avoir eu l'état civil au temps de la mort du premier décédé, et avoir fait défaillir la condition du don mutuel.

En attendant l'évènement, la provision étant due au jugement, délivrance doit être, par provision, faite du don mutuel, à la charge par le donataire de rendre les jouissances qu'il aura perçues, au cas que le jugement de con-

tumace viendroit par la suite à être anéanti par la mort de l'enfant pendant les cinq ans, ou par sa représentation.

190. 3° Dans la condition *pourvu qu'il n'y ait pas d'enfants*, on ne doit pas comprendre ceux qui sont exhérédés pour une juste cause; l'exhérédation les rendant inhabiles à succéder.

On nous opposera peut-être la loi 114, §. 13, ff. *leg.* 1° où Marcien décide en termes formels, que les enfants, quoique exhérédés, font défaillir la condition *s'il meurt sans enfants : Quum erit rogatus, si sine liberis decesserit, fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur si patri supervixerint liberi, nec quæritur an hæredes extiterint.*

La réponse est, que le défaut de la plupart des jurisconsultes romains étoit de trop s'attacher à la lettre. Dans notre jurisprudence françoise nous recherchons davantage quel a été l'esprit, soit du testateur dans une condition apposée à une substitution, soit de la loi dans une condition apposée à une loi. Or il est évident que la seule vue qu'a eue la coutume de Paris, en apposant au don mutuel la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants*, a été d'empêcher qu'un conjoint par mariage ne pût, par des dispositions faites pendant le mariage, préférer à ses enfants l'autre conjoint, pour la jouissance de ses biens : elle n'a donc pu avoir en vue, dans cette condition, que ceux qui ont droit de succéder à ses biens, et non ceux qui en sont exclus par l'exhérédation.

Observez que, pour qu'un enfant né du mariage des conjoints ne fasse pas obstacle au don mutuel, il faut qu'il soit exhérédé par l'un et par l'autre des conjoints : il ne suffiroit pas qu'il le fût par l'un des deux; car le don mutuel fait par celui des conjoints qui ne l'auroit pas exhérédé, ne pouvant être valable, par l'obstacle qu'il y feroit dans le cas auquel ce conjoint prédécéderoit; celui fait par le conjoint qui l'a exhérédé ne peut pas non plus être valable, suivant le principe que nous avons établi, que, dans le don mutuel que se font des conjoints l'un à l'autre, le don fait par l'un des conjoints ne peut être valable qu'autant que celui

qui lui a été fait réciproquement par l'autre conjoint, auroit pu l'être.

191. Lorsqu'à la mort du prédécédé il s'est trouvé un enfant à qui la succession du prédécédé a été déférée, quoiqu'il y ait renoncé, il ne laisse pas de faire défaillir la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants;* car il suffit pour cela qu'il y ait eu un enfant lors de la mort du prédécédé, à qui la succession du prédécédé a été déférée sans la charge du don mutuel.

D'ailleurs si, comme nous l'avons établi ci-dessus, l'enfant qui a été exhérédé par le prédécédé, et qui ne l'a pas été par le survivant, fait défaillir la condition, à plus forte raison celui qui a renoncé à la succession du prédécédé, et qui n'auroit peut-être pas renoncé de même à celle de l'autre conjoint, si c'eût été lui qui fût prédécédé, doit-il la faire défaillir.

192. La coutume n'ayant permis le don mutuel que sous la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants*, il n'est pas permis aux conjoints d'y déroger, ni de la modifier de quelque manière que ce soit. C'est pourquoi il n'est pas permis aux conjoints de se faire don mutuel, qui auroit lieu dans le cas auquel les enfants qui se trouveroient lors de la mort du prédécédé, mourroient sans postérité avant le survivant.

En vain opposeroit-on que le don mutuel, fait sous une telle condition, n'apporte aucun préjudice aux enfants en faveur desquels la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants*, a été apposée : la réponse est, qu'il suffit que cette condition ait été apposée, pour que les conjoints ne puissent pas s'y soustraire. D'ailleurs, il est faux que le don mutuel ne préjudicie pas, en ce cas, aux enfants; car un bien chargé de quelque charge que ce soit, ne vaut pas tant qu'un bien libre.

193. L'intervention des enfants majeurs au contrat de don mutuel que se font leurs père et mère, dispense-t-elle ces conjoints de la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants?* Dumoulin, sur l'*art.* 155, a tenu l'affirmative, par cette raison, que cette condition n'est apposée qu'en leur faveur.

Son sentiment n'a pas prévalu, à cause de la faculté qu'auroient des pères et mères d'extorquer ce consentement de leurs enfants, qui ne le donneroient que par crainte : *Non liberè, sed metu, ne pejus facerent*, comme s'exprime le même Dumoulin en sa note sur l'*art.* 99 de la coutume de Vitry.

§. III. Si les conjoints qui se font don mutuel peuvent, outre les conditions qui sont de la nature du don mutuel, y en apposer d'autres.

194. Il n'est pas douteux que les conjoints qui se font, pendant leur mariage, un don mutuel, peuvent y apposer telles conditions que bon leur semble, outre celles qui sont de la nature du don mutuel; car qui peut le plus, peut le moins.

Par exemple, des conjoints qui ont un très gros intérêt sur un vaisseau dont on attend le retour des Indes, peuvent faire dépendre leur don mutuel du cas de la perte de ce vaisseau; parceque ce n'est que dans ce cas que le survivant auroit besoin de jouir de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, pour vivre plus commodément.

Pareillement, deux conjoints qui n'ont point d'enfants, et qui ont pour héritier présomptif la même personne, qui est le frère consanguin de l'un, et le frère utérin de l'autre, et qui ne veulent pas diminuer le droit de ce frère dans leur succession, peuvent faire dépendre leur don mutuel du cas auquel ce frère mourroit avant le premier décédé des conjoints.

195. Observez que les conditions que les conjoints peuvent apposer à leur don mutuel, doivent être des conditions casuelles; une condition potestative, dont l'accomplissement dépendroit absolument de la volonté de l'un des conjoints, qui seroit apposée au don mutuel, le rendroit nul.

Par exemple, s'il étoit dit que les conjoints se sont fait don mutuel en usufruit des biens de la communauté que laissera le prédécédé, *s'il meurt intestat*, le don mutuel seroit nul; car étant au pouvoir du conjoint de faire dé-

faillir la condition en faisant un testament, et de révoquer par ce moyen, sans le consentement de l'autre, le don qu'il lui a fait, le don mutuel n'a pas le caractère d'irrévocabilité, qui lui est essentiel, comme nous l'avons vu ci-dessus.

196. Observez aussi que, pour qu'une condition soit valablement apposée au don mutuel, il faut qu'elle soit apposée à chacune des donations que chacun des conjoints se fait réciproquement; si elle n'étoit apposée qu'à la donation de l'un des conjoints, sans être pareillement apposée à celle que l'autre conjoint lui a faite, le don mutuel seroit nul par le défaut de l'égalité qui y est requise.

Cette raison tirée du défaut d'égalité cesseroit, si la donation que l'autre conjoint lui a faite, n'étoit pas faite, à la vérité, sous la même condition, mais sous une autre condition différente, dont l'évènement seroit à peu près également incertain : c'est pourquoi je pense qu'un tel don mutuel est valable.

CHAPITRE V.

Quand le don mutuel est-il ouvert; comment le donataire mutuel en est-il saisi; et en quoi consiste le droit d'usufruit qu'il a dans les choses comprises au don mutuel?

ARTICLE PREMIER.

Quand le don mutuel est-il ouvert; comment le donataire mutuel en est-il saisi?

197. Le don mutuel étant fait en cas de survie, c'est la mort de celui des conjoints qui meurt le premier, qui donne ouverture à la donation qu'il a faite au survivant par le contrat de don mutuel, et qui fait défaillir la condition de celle que le survivant avoit faite au prédécédé.

La mort civile y donne-t-elle ouverture, aussi bien que la mort naturelle? Voyez *suprà*, *n.* 181.

198. Suivant les principes de la coutume de Paris, l'ou-

verture du don mutuel ne donne au survivant donataire mutuel que le droit de demander à l'héritier du prédécédé la délivrance des choses qui y sont comprises, pour en avoir la jouissance.

La coutume de Paris s'en explique formellement en l'*art.* 284, où il est dit : *Un don mutuel de soi ne saisit, ains est sujet à délivrance.*

En cela le don mutuel, fait pendant le mariage, est différent de celui fait par le contrat de mariage, lequel n'est pas sujet à délivrance, et saisit de plein droit, du jour du décès du prédécédé, le survivant donataire par-devers qui se trouvent les choses données.

199. Tronçon prétend que l'article de la coutume de Paris, qui soumet à délivrance le don mutuel fait pendant le mariage, doit souffrir exception lorsque, par le contrat de don mutuel, il y a des clauses de constitut et de précaire, par lesquelles chacun des conjoints s'est dessaisi envers le donataire, de toutes les choses comprises en la donation qu'il lui a faite, et s'est constitué ne les retenir dorénavant que précairement et au nom du donataire.

Cette opinion de Tronçon est insoutenable. Le don mutuel, *per rerum naturam*, n'est pas susceptible de ces clauses; car le don mutuel n'étant que des choses que le prédécédé laissera lors de son décès, le donateur ne peut pas, *per rerum naturam*, se dessaisir, dès le temps de la donation, de ce qu'il délaissera lors de son décès. *Ce qu'il laissera* est quelque chose d'indéterminé : le donateur ne peut pas, *per rerum naturam*, être censé se dessaisir de ce qui n'est encore qu'indéterminé, et ne sera déterminé qu'au temps de sa mort.

200. Le don mutuel étant sujet à délivrance, le survivant donataire mutuel n'est point censé entré en jouissance de la part qu'ont les héritiers du prédécédé dans les biens de la communauté, qui fait l'objet du don mutuel, tant qu'il ne lui en a pas été fait délivrance par lesdits héritiers, ou tant qu'il ne leur a pas au moins présenté une caution suffisante pour l'obtenir : jusqu'à ce temps il est censé jouir en commun avec lesdits héritiers, et il doit leur compter de

leur part des fruits qu'il perçoit des biens de la communauté; il ne perçoit pour le total à son profit que ceux qu'il a perçus depuis le jour qu'il a présenté aux héritiers du prédécédé une caution suffisante.

201. Est-il nécessaire, pour que le survivant entre en jouissance de son don mutuel, qu'il ait préalablement justifié de la solvabilité de la caution qu'il a présentée? La raison de douter est, que les héritiers du prédécédé n'étant obligés d'accorder au survivant la délivrance du don mutuel qu'à la charge par lui de leur donner une caution suffisante, ils paroissent n'être pas en demeure de faire cette délivrance, tant qu'on ne leur a pas justifié la suffisance et la solvabilité de la caution. Néanmoins la coutume de Paris se contente que le survivant ait présenté une caution suffisante, pour qu'il doive entrer en jouissance du jour qu'il l'a présentée, sauf aux héritiers à la débattre.

C'est la disposition de la coutume de Paris en l'*art.* 285, où il est dit : « Le donataire mutuel ne gagne les fruits que « du jour qu'il a présenté caution suffisante; et demeurent « les fruits à l'héritier jusques à ladite caution présentée, « laquelle il ne peut présenter en jugement dès la première « assignation. »

La raison pour laquelle la coutume veut que le survivant entre en jouissance du don mutuel du jour que la caution a été présentée, sans attendre que la solvabilité de la caution ait été justifiée, est de peur que la longueur des procédures, et les chicanes que les héritiers pourroient faire sur la solvabilité de la caution, ne retardassent par trop long-temps la jouissance du donataire, qui a satisfait autant qu'il est en lui à la coutume, en présentant une caution suffisante.

202. Si la caution présentée, ayant été débattue, avoit été jugée insuffisante et rejetée, le survivant seroit-il censé, en ce cas, être en jouissance du don mutuel, du jour de la présentation de cette caution? Charondas tient l'affirmative; mais Lemaître, qui rapporte cet avis, le rejette avec raison; car la coutume dit, *art.* 285, que le donataire ne gagne les fruits que du jour qu'il a présenté *caution suffi-*

sante; or on ne peut pas dire qu'il ait présenté caution suffisante, lorsque celle qu'il a présentée a été déclarée insuffisante.

Sur les qualités que doit avoir cette caution pour qu'elle doive être jugée suffisante, *voyez* ce que nous avons dit en notre *Traité des Obligations, n.* 390.

Si, avant le jugement sur le débat de la solvabilité de la caution, le donataire mutuel, pour éviter la discussion sur la solvabilité de sa caution, avoit donné un bon certificateur; la caution présentée n'ayant point été déclarée insuffisante, on ne pourroit contester au donataire mutuel la jouissance depuis qu'il l'a présentée.

203. Le donataire ne trouvant personne qui veuille le cautionner pour le don mutuel, est-il fondé à demander aux héritiers du prédécédé, qu'ils jouissent par leurs mains des biens compris au don mutuel, à la charge de lui compter des revenus, en offrant même de leur laisser, par chacun an, une certaine somme pour récompense de la peine de la recette? Je ne crois pas qu'il soit fondé dans cette demande; les héritiers du prédécédé ne sont pas obligés d'être les receveurs du donataire.

Mais le donataire peut trouver quelque personne solvable qui veuille bien, pour une certaine récompense convenue, se charger de cette recette, et se rendre caution pour le donataire envers les héritiers du prédécédé, pour la restitution du don mutuel.

204. Les conjoints ne peuvent pas, par le don mutuel qu'ils se font pendant le mariage, se décharger de cette caution. En cela, ce don mutuel est différent de celui qu'ils se feroient par le contrat de mariage. La raison de la différence est sensible. Il est au pouvoir des conjoints de faire, par le contrat de mariage, telles conventions et telles donations que bon leur semble : ils pourroient se donner leurs biens en propriété; à plus forte raison, lorsqu'ils ne se les donnent qu'en usufruit, peuvent-ils dispenser le donataire de la caution. Mais les conjoints étant devenus incapables de se faire aucunes donations pendant le mariage, sauf celles que les coutumes leur permettent spécialement de

faire, ils ne peuvent se les faire que sous les conditions, et de la manière dont les coutumes leur permettent de se les faire. La coutume n'ayant donc permis aux conjoints par mariage le don mutuel qu'à la charge par le donataire de donner caution, ils ne peuvent le faire que de cette manière; et ils ne peuvent par conséquent décharger, par le don mutuel, le donataire de la caution.

205. Mais après l'ouverture du don mutuel, il est fort permis aux héritiers du prédécédé de remettre au donataire la caution qu'il leur doit; car il est permis à chacun de renoncer à ses droits, lorsque les personnes en faveur de qui on y renonce, ne sont pas personnes prohibées auxquelles la loi ne permette pas de faire aucun avantage. Or, le donataire mutuel étoit bien une personne prohibée vis-à-vis du conjoint prédécédé; mais il ne l'est pas vis-à-vis de l'héritier de ce conjoint.

Observez que, lorsque les héritiers du prédécédé ont déchargé le survivant donataire mutuel de donner caution, le donataire mutuel en est bien déchargé vis-à-vis desdits héritiers, qui ne sont plus recevables à la lui demander, à moins qu'il ne survienne un changement dans sa fortune, et un dérangement dans ses affaires; mais il ne l'est pas vis-à-vis de tous les autres qui ont intérêt à la conservation des biens dont il jouit en don mutuel. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 7 juin 1741, rapporté dans Denisart. Par cet arrêt, une veuve donataire mutuelle, que les héritiers de son mari avoient déchargée de donner caution, fut, sur la demande d'un légataire particulier, dont le legs étoit payable après l'extinction du don mutuel, condamnée à donner caution.

206. Il reste la question de savoir si la clause portée au contrat du don mutuel, qui décharge de la caution le donataire, est seulement nulle, ou si elle entraîne la nullité du don mutuel. Il y a lieu de penser qu'elle n'entraîne pas la nullité du don mutuel; car cette clause est extrinsèque au contrat de don mutuel, et ne touche pas sa substance: *Non versatur circa substantialia contractûs.* Le vice de cette clause, qui n'est pas nécessairement cohérent au

contrat, doit donc seulement la rendre nulle, sans entraîner la nullité du contrat.

207. Notre coutume d'Orléans exige, de même que celle de Paris, du donataire mutuel, qu'il donne une bonne et suffisante caution, pour qu'il puisse jouir de son don mutuel; *art.* 281 *et* 282.

Ce n'est que du jour qu'il a présenté cette caution, qu'il est saisi de son don mutuel; c'est ce qui résulte de l'*art.* 282 : « Est tenu celui qui veut jouir dudit don mutuel, donner « caution..... et ce faisant, demeure icelui survivant saisi « dudit don. » Notre coutume, par ces termes, *ce faisant, demeure saisi*, déclare assez qu'il n'est pas saisi avant que d'avoir donné cette caution, ou du moins avant que d'en avoir présenté une aux héritiers; car l'usage a établi que le donataire mutuel étoit censé saisi du jour qu'il avoit présenté une caution aux héritiers du prédécédé.

208. Dans la coutume de Paris, suivant l'*art.* 285, ci-dessus rapporté, le donataire mutuel, pour jouir de son don mutuel, doit présenter sa caution en jugement; ce qu'il peut faire dès la première assignation qu'il a donnée pour avoir délivrance du don mutuel.

Dans notre coutume d'Orléans, il n'est pas nécessaire que le donataire mutuel présente en jugement sa caution; il peut la présenter à l'héritier dès la première vacation de l'inventaire; ce qui suffit pour le saisir du don mutuel, sans qu'il soit besoin d'aucune assignation pour en demander la délivrance.

209. On tient même, dans notre coutume, que le donataire mutuel est saisi par la présentation qu'il a faite d'une caution, même dans le cas où elle auroit été jugée insuffisante, et qu'il auroit été obligé d'en donner une autre. On se fonde sur ce que notre coutume d'Orléans n'a pas dit, comme celle de Paris, que le donataire mutuel ne seroit saisi que du jour qu'il auroit présenté caution *suffisante;* elle s'est contentée de dire qu'il étoit saisi en donnant caution. Il suffit donc qu'il ait donné ou présenté une caution, pour qu'il soit saisi, sauf le débat sur la suffisance.

210. Il y a des coutumes où le donataire est saisi de plein

droit du jour du décès du prédécédé, telles que celle de Bourbonnois, *art.* 227. On doit, à cet égard, suivre la coutume des lieux où sont situés les héritages compris dans le don mutuel. C'est pourquoi, lorsque des Parisiens se sont fait un don mutuel pendant leur mariage, lequel don est composé de conquêts, dont les uns sont situés sous la coutume de Paris, et les autres sous la coutume de Bourbonnois, le donataire mutuel qui n'a présenté caution que quelques années après la mort du prédécédé, n'aura les fruits des héritages situés sous la coutume de Paris, que depuis la présentation de la caution; mais il aura tous ceux perçus depuis le décès du prédécédé, sur les héritages situés sous la coutume de Bourbonnois.

ARTICLE II.

En quoi consiste le droit d'usufruit du donataire mutuel, dans les choses dont le don mutuel est composé.

211. Le droit d'usufruit du donataire mutuel, par rapport aux conquêts immeubles de la communauté, pour la part qu'y avoit le prédécédé, est un droit d'usufruit, proprement dit, semblable à celui de tous les autres usufruitiers. Tout ce que nous avons dit en notre Traité du Douaire, *chap.* 5, de l'usufruit de la douairière, s'applique à celui du donataire mutuel.

212. A l'égard de l'argent comptant, et des autres effets mobiliers de la communauté, pour la part qui en appartenoit au prédécédé lors de sa mort, le droit du donataire mutuel est le droit *quasi usûsfructûs*, qui consiste en ce que la propriété en est transférée au donataire mutuel, à la charge par lui de rendre, après l'expiration de son usufruit, c'est-à-dire, après sa mort, à l'héritier du prédécédé, ou à ses représentants, le montant de la part du prédécédé, tant dans l'argent comptant que dans les autres effets mobiliers de la communauté, suivant la prisée qui en a été faite par l'inventaire.

213. Le donataire mutuel n'est pas obligé d'ajouter à la prisée de l'inventaire la crue du parisis. Ce parisis est une

peine qui n'est établie que contre les tuteurs, qui, par le devoir de leur charge, sont obligés de vendre les meubles de leurs mineurs, pour faire un emploi du prix en héritages ou rentes qui produisent un revenu auxdits mineurs: faute par le tuteur d'avoir satisfait à ce devoir, le tuteur, pour dédommager les mineurs de ce que leurs meubles auroient pu être vendus au-delà de la prisée de l'inventaire, est tenu de se charger en recette du parisis, c'est-à-dire, du quart en sus de la prisée de l'inventaire; non pas néanmoins indistinctement de tous les meubles, mais seulement des meubles meublants, et non des marchandises qui ont un prix connu. Il n'en doit pas être de même du donataire mutuel; aucune loi ne l'obligeant de vendre les meubles compris au don mutuel dont il a droit de jouir, il ne doit pas être sujet à la peine de la crue du parisis. La seule chose que peut demander l'héritier du prédécédé, lorsqu'il se plaint de la prisée, est d'en demander à ses frais une nouvelle par estimateurs, dont les parties conviendront. C'est ce qui est porté par l'article 288 de la coutume de Paris, où il est dit: « L'héritier peut demander, à l'encontre du « donataire, que nouvelle prisée soit faite des meubles, par « gens dont ils conviendront, pour être lesdits meubles pri- « sés à la juste estimation, autre que celle faite par l'inven- « taire; et en ce faisant, le donataire aura la jouissance des- « dits meubles, sans qu'il soit tenu de les faire vendre. »

On doit étendre aux coutumes qui ne s'en sont point expliquées, la disposition de cet article, qui est équitable, et qui, ayant été ajoutée lors de la réformation de la coutume, paroît avoir été formée sur la jurisprudence qui se pratiquoit alors.

La coutume n'a pas dit aux frais de qui devoit se faire la nouvelle prisée. On peut dire que la prisée de l'inventaire qui a été faite juridiquement, devant, dans la rigueur, faire la loi des parties, cette nouvelle prisée, qui est une grâce accordée à l'héritier du prédécédé, doit se faire aux dépens de cet héritier. Cela sur-tout doit avoir lieu lorsque cette nouvelle prisée est à peu près conforme à celle qui a été faite, paroissant, en ce cas, que cet héritier a eu tort de la

demander. Mais si la nouvelle prisée excédoit considérablement celle de l'inventaire, cette nouvelle prisée paroissant, en ce cas, avoir été nécessaire pour rendre aux parties la justice qui leur étoit due, il paroît équitable que les frais en soient couchés en frais d'inventaire.

214. Si le donataire mutuel croit les meubles trop estimés par la prisée de l'inventaire, il lui est permis de faire, peu de temps après l'inventaire, une vente publique des meubles, en y appelant l'héritier du prédécédé; auquel cas on n'a plus égard à la prisée de l'inventaire; et le donataire mutuel n'est tenu de rendre, après l'extinction du don mutuel, que la somme revenante à l'héritier du prédécédé dans le prix de la vente, déduction faite des frais.

Il faut, pour cela, que le donataire mutuel fasse une vente, ou de tous les meubles de la communauté, lorsqu'il n'en a été fait aucun partage entre lui et l'héritier du prédécédé, ou de ceux tombés au lot de l'héritier, lorsqu'ils les ont partagés : mais il ne seroit pas reçu à se décharger de la prisée de l'inventaire, en vendant certains meubles qu'il croiroit avoir été portés par la prisée à un prix cher, et en retenant pour leur prisée les autres meubles qu'il croiroit estimés à bas prix; il faut, ou qu'il vende le tout, ou qu'il paie le tout suivant la prisée.

215. Le donataire mutuel a ce droit de quasi-usufruit, non seulement à l'égard des choses qui se consomment entièrement par l'usage qu'on en fait, comme sont les blés, les vins, et les autres choses *quæ in quantitate consistunt*, lesquelles ne sont pas susceptibles de l'usufruit proprement dit; il y a lieu même à l'égard des autres meubles qui pourroient être, à la rigueur, susceptibles d'un usufruit proprement dit, tels que sont les meubles meublants. Le donataire mutuel ne seroit pas reçu à y prétendre un droit d'usufruit proprement dit, et à prétendre en conséquence jouir de ces meubles, à la charge de les rendre en nature. La raison est, que ces choses se déprécient trop par un long usage, soit par une diminution intrinsèque, en s'usant, soit par une diminution extrinsèque, c'est-à-dire, par la diminution du prix qu'y peuvent apporter les changements de modes.

C'est ce qui paroît avoir prévalu dans l'usage, contre le sentiment de quelques auteurs cités par Lemaître, qui avoient pensé que le donataire mutuel devoit être reçu à rendre en nature les choses qui, quoique mobilières, ne se consommoient pas par l'usage, et étoient susceptibles de l'usufruit proprement dit.

216. A l'égard des dettes actives, le droit du donataire mutuel consiste dans le droit qu'il a de s'en faire payer par les débiteurs, à la charge de rendre, après l'expiration du don mutuel, à l'héritier du prédécédé, ou à ses représentants, la part qui revient audit héritier dans ce qu'il a reçu desdites dettes.

Il est aussi tenu de faire raison de ce qu'il a manqué de recevoir par sa faute; et il est censé avoir manqué de recevoir par sa faute, lorsqu'il n'est justifié d'aucunes diligences par lui faites contre les débiteurs.

On ne doit pas néanmoins exiger de lui qu'il ait discuté entièrement les biens des débiteurs; il suffit qu'il ait fait les poursuites qu'auroit faites un père de famille soigneux de ses affaires; et lorsqu'on rapporte des commencements de poursuites par lui faites peu après le temps des échéances, on doit facilement présumer qu'il a fait pour le mieux, en ne faisant pas davantage.

217. A l'égard des dettes reconnues caduques par l'inventaire, le donataire mutuel n'est tenu que de ce qui lui en est parvenu, et on ne peut lui imputer de n'avoir pas fait de poursuites contre les débiteurs; la présomption est qu'elles eussent causé des frais inutilement.

La déclaration faite par l'inventaire, qu'une dette est caduque, peut bien la faire présumer telle, et dispenser le donataire mutuel de justifier par des poursuites l'insolvabilité du débiteur : mais s'il est justifié que c'est par la faute du donataire mutuel qu'il n'a pas été payé, il ne laisse pas d'en être responsable; comme s'il paroît par l'ordre qui a été fait du prix d'un héritage hypothéqué à cette dette, que le donataire mutuel eût pu être colloqué utilement, s'il eût fait l'opposition au décret, qu'il a manqué de faire.

218. Lorsque, parmi les effets dont la communauté se

trouve composée au temps de la mort du prédécédé, il y a une rente viagère sur la tête du conjoint survivant donataire mutuel, la moitié qui appartient dans cette rente à la succession du prédécédé, dont le survivant doit jouir par don mutuel, est une chose qui n'est pas susceptible de l'usufruit proprement dit dans la personne du survivant, sur la tête de qui elle est créée, étant impossible, *per rei naturam*, qu'il puisse en jouir pendant sa vie, *salvâ rei substantiâ*, cet usufruit s'éteignant entièrement par sa mort. Le survivant donataire mutuel ne peut donc avoir dans la moitié qui appartient à la succession du prédécédé dans cette rente viagère, qu'un droit de quasi-usufruit, tel qu'il a lieu à l'égard des choses *quæ usu consumuntur :* c'est pourquoi, suivant ce qui s'observe à l'égard du quasi-usufruit, *Instit. tit. de usufr.*, §. 3, la moitié qui appartient aux héritiers du prédécédé dans cette rente viagère, doit être délivrée au survivant donataire mutuel, sous l'estimation qui sera faite de ladite rente, pour la moitié qui en appartient auxdits héritiers, eu égard à l'âge et à la complexion du tempérament du donataire mutuel sur la tête de qui elle est créée; à la charge de rendre, après l'extinction de l'usufruit, la somme à laquelle cette estimation aura été portée.

Notre principe n'est pas avoué de tout le monde. Plusieurs pensent, au contraire, qu'il n'y a pas d'estimation à faire en ce cas-ci, et que, après la mort du donataire mutuel, sa succession doit rendre aux héritiers du prédécédé tous les arrérages qu'il a perçus pendant tout le temps que son usufruit a duré; lesdits arrérages, suivant ceux qui sont de cette opinion, n'appartenant pas au donataire mutuel, qui a seulement le droit de jouir pendant sa vie des sommes qu'il reçoit pour lesdits arrérages. Cette opinion est contraire aux idées que nous nous sommes formées de la rente viagère, que nous regardons comme un droit qui a un être moral et intellectuel, tenant nature d'immeuble, et distingué des arrérages qu'il produit, qui en sont considérés comme les fruits; et qui ne diffère de la rente perpétuelle qu'en ce que celle-ci a un être perpétuel; au lieu que la rente viagère a

un être périssable, dont la durée est bornée au temps de la vie de la personne sur la tête de qui elle est créée.

219. Lorsque, parmi les biens de la communauté dont le survivant doit jouir en usufruit, il se trouve, au temps de la mort du prédécédé, un droit de rente viagère sur la tête d'un tiers, ce droit étant une espèce d'immeuble, qui est, à la vérité, de nature périssable, mais qui peut durer plus long-temps que la vie du donataire mutuel, comme il peut durer moins; cela me paroît suffire pour que le survivant donataire mutuel puisse avoir un usufruit proprement dit, de la moitié de cette rente viagère qui appartient à la succession du prédécédé. La propriété de ce droit de rente qui demeure à l'héritier du prédécédé pour sa moitié, propriété qui renferme le droit et l'espérance de rentrer dans la jouissance de cette rente pour la moitié, dans le cas auquel le donataire mutuel mourroit pendant que la rente subsisteroit encore, est quelque chose de réel, et de séparable de l'usufruit que le donataire mutuel a de la moitié de cette rente. Si cette rente vient à s'éteindre pendant la vie du donataire mutuel, par la mort de la personne sur la tête de qui elle étoit, le donataire mutuel n'a rien à rendre à l'héritier du prédécédé, qui en étoit demeuré le propriétaire pour moitié; de même que celui qui jouissoit par usufruit d'un héritage reversible, n'a rien à rendre à celui qui en étoit le propriétaire, lorsque le temps de la reversion est arrivé pendant le temps de l'usufruit.

CHAPITRE VI.

Des charges du don mutuel.

La coutume de Paris déclare, dans les *articles* 286 *et* 287, quelles sont les charges du don mutuel; et ces articles forment un droit commun pour les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

ARTICLE PREMIER.

Des charges du don mutuel, énoncées en l'article 286 de la coutume de Paris.

220. Cet article est conçu en ces termes : « Le donataire « mutuel est tenu d'avancer et payer les obsèques et funé- « railles du premier décédé, ensemble la part et moitié des « dettes communes dues par ledit premier décédé, les- « quelles obsèques et funérailles, et moitié des dettes, lui « doivent être déduites sur la part et portion dudit premier « décédé : toutefois n'est tenu payer les legs, et autres dis- « positions testamentaires. »

La coutume dit, *payer et avancer*. Le donataire mutuel n'ayant que la jouissance de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, il ne doit être tenu qu'à faire l'avance des dettes et charges dont cette part est chargée pendant le temps que doit durer sa jouissance; c'est pourquoi, après l'expiration de cette jouissance, les héritiers du donataire mutuel peuvent retenir, sur les biens qu'ils doivent rendre aux héritiers du prédécédé, tout ce que le donataire mutuel a déboursé pour lesdites avances.

221. La première chose que la coutume charge, par cet article, le donataire mutuel d'avancer, sont les frais funéraires du prédécédé. Il est chargé de les avancer pour le total; car ils ne sont pas une charge commune, mais une charge de la succession du prédécédé.

La somme qui est due, par l'héritier du mari prédécédé, à la veuve pour son deuil, fait partie de ces frais funéraires, qu'elle est obligée, en sa qualité de donataire mutuelle, d'avancer : c'est pourquoi la somme à laquelle son deuil sera arbitré, ne peut être exigée pendant sa vie; mais elle sera retenue par ses héritiers, sur les biens dont ils feront la restitution aux héritiers du prédécédé.

222. La seconde chose que la coutume charge, par cet article, le donataire mutuel d'avancer, est *la part et moitié des dettes communes dues par ledit premier décédé.*

La coutume, par cet article, ne parle que des dettes

mobilières de la communauté : c'est par l'article suivant qu'elle règle à quoi doit être tenu le donataire mutuel, par rapport aux rentes dues par la communauté : nous en traiterons en l'article suivant.

La coutume dit, *la part et moitié.* Elle suppose le cas ordinaire auquel chacun des conjoints a moitié dans la communauté. Si, par une clause du contrat de mariage, le prédécédé y avoit moindre part, *putà*, le tiers, la part du prédécédé ne seroit, en ce cas, chargée que d'une pareille part des dettes, que le donataire mutuel seroit tenu d'avancer.

223. La coutume, par ces termes, *la part et moitié des dettes communes*, déclare assez qu'elle ne charge le donataire mutuel de l'avance d'aucunes autres dettes de la succession du prédécédé, que de celles qui sont dettes de la communauté; le donataire mutuel n'est, en aucune manière, tenu des autres.

C'est par cette raison que la coutume, en l'*art.* 257, décide que la femme donataire mutuelle ne souffre sur son don mutuel *aucune diminution ni confusion* de son douaire préfix, qui consiste en *une somme de deniers pour une fois.* La raison est que, quoiqu'un tel douaire soit une dette mobilière de la succession du prédécédé, elle n'est pas une dette de la communauté.

Cela a lieu, quand même le mari prédécédé n'auroit laissé aucuns autres biens que ceux de la communauté, dont sa femme doit jouir en don mutuel : elle a droit, même en ce cas, d'exiger incontinent son douaire de l'héritier qui n'a succédé qu'à la nue propriété. L'Annotateur de Duplessis cite un arrêt de 1697, qui l'a jugé. Par la même raison, dans cette espèce, une femme, par son contrat de mariage, a fait donation à son mari d'une somme de 3,000 livres à prendre sur tous ses biens : depuis, les conjoints se sont fait don mutuel; le mari a survécu. Il a droit d'exiger incontinent des héritiers de la femme, la somme de 3,000 livres, que sa femme s'est obligée de lui donner après sa mort, sans qu'il soit tenu d'en faire aucune confusion ni diminution de son don mutuel : car cette dette

de 3,000 livres, dont la succession de sa femme est tenue envers lui, n'étant pas une dette de communauté, il n'en peut être aucunement tenu.

224. Quoique le donataire mutuel ne soit tenu en aucune manière des dettes propres du prédécédé, néanmoins, avant que la délivrance ait été faite au donataire mutuel de la part du prédécédé dans les biens de la communauté dont il doit jouir, les créanciers desdites dettes propres peuvent saisir cette part et la faire vendre, sauf au donataire mutuel son recours contre l'héritier du prédécédé, pour l'en indemniser. Mais après que le donataire mutuel a été saisi de ladite part, les créanciers ne sont plus à temps de la saisir, les meubles n'ayant pas de suite; ils peuvent seulement arrêter, entre les mains du donataire mutuel, la somme qui doit être rendue à l'héritier après l'expiration du don mutuel. C'est l'avis de Duplessis.

225. Parmi les dettes de la communauté dont la part du prédécédé est chargée, et que le donataire mutuel est tenu d'avancer, on doit comprendre aussi bien celles qui n'ont été contractées que depuis le don mutuel, que celles qui ont été contractées auparavant.

Pareillement, on doit comprendre non seulement les dettes dont la communauté est débitrice envers des tiers, mais aussi celles dont elle est débitrice envers chacun des conjoints : c'est pourquoi, tant le survivant que les héritiers du prédécédé doivent chacun prélever, sur la masse de la communauté, toutes leurs reprises respectives qu'ils ont droit d'exercer sur la communauté. Le don mutuel ne consiste que dans ce qui, après lesdits prélèvements faits, se trouvera rester de ladite masse pour la part du prédécédé dans ce restant; et si lesdits prélèvements absorboient entièrement ladite masse, et qu'il ne restât rien, le don mutuel seroit réduit à rien.

De là il suit, comme l'a fort bien observé Duplessis, que, lorsqu'il y a un don mutuel, les prélèvements que chacune des parties a droit de faire sur la communauté, ne doivent pas se compenser l'un l'autre jusqu'à due concurrence.

Observez que chacune des parties n'a droit de prélever

le montant des créances qu'elle a contre la communauté, que sous la déduction des sommes dont elle est débitrice envers la communauté; car, *per rerum naturam*, je ne suis véritablement créancier que déduction faite de ce que je dois.

226. Lorsque le conjoint prédécédé a laissé des héritiers de différentes espèces, l'un aux meubles et acquêts, l'autre aux propres, dans les coutumes telles que celles de Paris et d'Orléans, qui font contribuer l'héritier aux propres avec l'héritier aux meubles et acquêts, aux frais funéraires du défunt, et à toutes les dettes, de quelque nature qu'elles soient, tant à celles de la communauté qu'aux autres; c'est une question, si, dans ce cas, le donataire mutuel doit avancer le total des frais funéraires du prédécédé, et le total de la part des dettes de la communauté, dont la part du prédécédé est chargée, suivant qu'il y est obligé par l'article ci-dessus rapporté; ou s'il ne doit les avancer que pour la part dont en est tenu l'héritier aux meubles et acquêts, et non pour celle dont en est tenu l'héritier aux propres. Pour soutenir que le donataire n'est tenu d'avancer toutes ces choses que pour la part dont l'héritier aux meubles et acquêts en est tenu, on dit que le don mutuel ne se prenant que sur les biens auxquels l'héritier aux meubles et acquêts succède, il ne doit avancer toutes lesdites choses que pour la part que ledit héritier en porte; qu'on ne doit pas l'obliger à avancer celle que l'héritier aux propres en doit porter, le don mutuel n'ôtant rien à cet héritier.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que le donataire mutuel doit avancer les frais funéraires du prédécédé pour le total, et la part entière des dettes de la communauté dont la succession du prédécédé est tenue. La raison est que la coutume, en l'article ci-dessus rapporté, charge le donataire mutuel de faire l'avance desdites choses, non pour ce dont certains biens de la succession en sont tenus, mais pour tout ce dont ladite succession en général en est tenue; la répartition qu'elle en fait, entre les différents héritiers du prédécédé, est une chose qui ne concerne que ces différents héritiers. Si, par cette répartition, l'héritier

aux meubles et acquêts est déchargé d'une partie des dettes communes, dont l'héritier aux propres est chargé, il est, à la place, chargé d'une partie des dettes propres : mais cette répartition ne concerne que ces différents héritiers entre eux; c'est une chose étrangère au donataire mutuel, chose qui ne doit ni changer ni diminuer ses obligations envers la succession du prédécédé en général, à l'égard desquelles la coutume a suivi des règles différentes de celles qu'elle a suivies pour la répartition des dettes entre les différents héritiers.

A l'égard de l'objection qu'on fait, que le don mutuel étant à prendre entièrement dans les biens auxquels l'héritier aux meubles et acquêts succède, et n'ôtant rien à l'héritier aux propres de ceux auxquels il succède, le donataire mutuel ne doit être tenu de faire l'avance dont la coutume le charge, que pour l'héritier aux meubles et acquêts, et qu'il ne doit rien avancer pour l'héritier aux propres.

Je réponds que l'avance dont la coutume charge le donataire mutuel, devant se faire sur les biens compris au don mutuel, sur lesquels cette avance doit être retenue en entier lors de la restitution qui doit s'en faire, après l'expiration du don mutuel, à l'héritier aux meubles et acquêts qui a succédé auxdits biens pour la propriété, le donataire mutuel, en faisant cette avance, la fait entièrement pour l'héritier aux meubles et acquêts. Cette avance se faisant sur des biens auxquels cet héritier a succédé pour la propriété, cet héritier est censé avoir payé lui-même le total des frais funéraires, et la part entière des dettes communes dont la succession est tenue, par l'avance qu'en fait le donataire mutuel, à qui il en doit faire raison et déduction lors de l'expiration du don mutuel. C'est pourquoi, aussitôt que cette avance a été faite par le donataire mutuel, l'héritier aux meubles et acquêts peut répéter contre l'héritier aux propres la part que ledit héritier aux propres doit porter dans les frais funéraires et dettes de la communauté, de même que si c'étoit l'héritier aux meubles et acquêts qui les eût payés lui-même.

227. Outre les frais funéraires du prédécédé, et la part

dont la succession est tenue des dettes de la communauté, le donataire mutuel doit encore être chargé d'avancer les frais d'inventaire et de liquidation, pour ce qu'en doit porter la part du prédécédé dans les biens de la communauté, ces choses étant une charge des biens de la communauté.

228. La coutume ajoute à la fin de l'article ci-dessus rapporté, que le donataire mutuel *n'est tenu payer les legs et autres dispositions testamentaires.*

Cela est pris dans la nature même du don mutuel; le caractère d'irrévocabilité qui est essentiel au don mutuel, comme nous l'avons vu *suprà*, ne permet pas qu'il puisse être au pouvoir des donateurs d'y donner atteinte et de le diminuer par des legs que le donataire seroit tenu d'avancer.

On opposera que les conjoints peuvent, depuis le don mutuel, contracter des dettes que le donataire mutuel est tenu d'avancer, comme on l'a vu *suprà*. Pourquoi, dira-t-on, ne pourroient-ils pas pareillement charger le donataire de l'avance des legs qu'ils jugeront à propos de faire? La raison de différence est sensible. Les dettes que le conjoint prédécédé a contractées, de son vivant, depuis le don mutuel, n'y ont donné aucune atteinte; car le prédécédé n'a donné que la jouissance des biens qu'il se trouveroit avoir lors de sa mort : or il n'a de biens, lors de sa mort, que ce qui reste, déduction faite des dettes qu'il a contractées de son vivant; *quia bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* Le donataire mutuel, en avançant, sur les biens du prédécédé, de quoi acquitter lesdites dettes, et en jouissant du reste, jouit donc de tout ce qui lui a été donné; le prédécédé, en contractant lesdites dettes, n'a donc donné aucune atteinte à sa donation. Il n'en est pas de même des legs faits par le prédécédé. Ces legs n'étant dus qu'après la mort du testateur, par la succession, n'ayant jamais pu l'être par le testateur lui-même, ne s'acquittant que par un retranchement qu'on fait après sa mort dans les biens qu'il avoit lors de sa mort (c'est pourquoi ils sont appelés *delibatio hæreditatis*), le prédécédé ayant donné, par le don mutuel, la jouissance de tous les biens communs qui se trouveroient lui appartenir à sa mort, le donataire

souffriroit une diminution dans ce qui lui a été donné, s'il étoit obligé d'avancer les legs; et le prédécédé auroit, par ces legs, donné atteinte à la donation qu'il lui a faite.

229. Le donataire mutuel n'étant pas obligé d'avancer les legs, cela donne lieu à la question, si, dans le cas auquel le prédécédé ne laisseroit d'autres biens que des biens de la communauté, dont le donataire mutuel a l'usufruit, les légataires pourroient exiger incontinent leurs legs de l'héritier qui n'a succédé qu'à une nue propriété; ou s'ils doivent attendre l'extinction de l'usufruit du donataire mutuel. La décision dépend de la présomption de la volonté du testateur : car, à moins que le testateur n'ait eu la volonté d'accorder ce terme, l'héritier est tenu, aussitôt après la mort, de payer les legs, ou d'abandonner aux légataires la nue propriété à laquelle il a succédé.

On doit facilement présumer que la volonté du testateur a été d'accorder ce terme. On ne doit pas néanmoins en faire une règle générale. Il y a des circonstances qui peuvent faire présumer le contraire; *putà*, si le legs est le legs d'une rente viagère fait à un vieillard, sur-tout s'il est fait pour ses aliments, il n'est pas présumable, en ce cas, que le testateur ait voulu que le légataire ne jouisse de son legs qu'après la mort du donataire mutuel, qui est peut-être plus jeune que lui.

230. La disposition de la coutume de Paris, qui décharge le donataire mutuel d'avancer les dispositions testamentaires du prédécédé, étant conforme aux principes sur la nature du don mutuel, forme à cet égard un droit commun pour les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Néanmoins quelques coutumes, comme Sens, Laon, Châlons, Bourbonnois, etc., se sont à cet égard écartées du droit commun; elles obligent le donataire mutuel à accomplir, sur les biens compris au don mutuel, le testament du prédécédé.

Cela ne s'entend néanmoins que des legs modiques; et cette modicité s'estime eu égard et par proportion à la quantité et valeur des biens compris au don mutuel.

231. Dans cette variété de coutumes sur la question si le donataire mutuel doit être chargé, ou non, de faire

l'avance de l'accomplissement du testament du prédécédé, ce sont les coutumes qui régissent les biens compris au don mutuel, qui doivent décider si le donataire mutuel en doit être chargé, ou non. Le mobilier compris au don mutuel étant régi par la coutume du lieu du domicile des conjoints, et les conquêts par celle des lieux où ils sont situés; si la coutume du lieu où étoit le domicile des conjoints au temps du don mutuel, et où les conquêts sont situés, impose cette charge au donataire mutuel, il en sera chargé.

Il le sera, quand même, depuis le don mutuel, les conjoints auroient transféré leur domicile sous une coutume différente, qui n'impose point cette charge au donataire mutuel; car le don mutuel étant un acte entre vifs, qui reçoit sa perfection au temps auquel il est passé, les parties ne peuvent pas par leur fait, en changeant de domicile, changer les charges et les conditions du don mutuel.

Il en est de même, *vice versâ*, si la coutume du lieu où étoit le domicile des conjoints au temps du don mutuel, et où les conquêts sont situés, n'impose pas au donataire mutuel la charge de l'accomplissement du testament du prédécédé : la translation du domicile, sous une coutume qui impose cette charge au donataire mutuel, ne pourra l'en charger.

252. Si la coutume qui régit le mobilier compris au don mutuel, impose au donataire mutuel la charge de l'accomplissement du testament du précédédé, et que d'ailleurs elle soit de la classe des coutumes qui chargent le mobilier de la succession de la charge de toutes les dettes mobilières, il n'importe, en ce cas, quelle soit la disposition des coutumes où les conquêts qui entrent dans le don mutuel sont situés, sur l'accomplissement du testament du donateur; le donataire mutuel, en sa seule qualité de successeur aux meubles, est tenu de les acquitter.

On peut à cet égard alléguer l'arrêt du 17 avril 1747, rendu en la quatrième chambre des Enquêtes, qui a jugé en faveur du prince Charles, héritier aux propres de M. de Coislin, contre le duc d'Estrissac, héritier au mo-

bilier, que la coutume de Metz chargeant l'héritier au mobilier de toutes les dettes mobilières de la succession, le duc d'Estrissac en étoit seul tenu, quoiqu'il y eût des propres situés sous des coutumes qui ordonnent la répartition des dettes d'une succession, sur toutes les différentes espèces de biens de la succession; la coutume ne lui ayant accordé la succession mobilière qu'à cette charge.

Suivant le principe de cet arrêt, si le mobilier qui entre dans le don mutuel est régi par une coutume qui charge le mobilier de toutes les dettes et charges mobilières, et qui soit aussi du nombre de celles qui chargent le donataire de l'accomplissement du testament, on doit pareillement décider que le donataire mutuel en doit être chargé pour le total, quelles que soient les dispositions des coutumes où sont situés les conquêts, par rapport à la charge de l'accomplissement du testament.

233. Hors ce cas, lorsque les biens qui entrent dans le don mutuel sont régis par différentes coutumes, dont les unes imposent au donataire mutuel la charge de l'avance du testament, les autres ne l'en chargent pas, il doit être tenu d'une partie de cette charge, qui soit dans la même raison et proportion qu'est la valeur des biens régis par les coutumes qui imposent cette charge, à la totalité des biens compris au don mutuel. Par exemple, si la totalité des biens compris au don mutuel est de 30,000 livres, et qu'il y en ait pour 20,000 livres régis par des coutumes qui imposent cette charge au donataire mutuel, et pour 10,000 livres sous des coutumes qui ne la lui imposent pas, il sera tenu pour les deux tiers de cette charge.

234. Il nous reste à observer que, lorsque le don mutuel n'est pas de la part entière du prédécédé dans les biens de la communauté, mais d'une portion seulement de cette part, le donataire mutuel n'est tenu des charges du don mutuel qne pour cette portion.

Par la même raison, si le don mutuel n'est que du mobilier de la communauté, et non des conquêts, *aut vice versâ*, et que le mobilier ne soit pas régi par une coutume qui le charge de toutes les dettes, et ne fasse que le tiers

des biens de la communauté, le donataire mutuel de ce mobilier ne sera tenu que pour un tiers des charges du don mutuel; il n'avancera que pour un tiers les frais funéraires du prédécédé, et il n'avancera les dettes de la communauté que pour un tiers de la moitié dont la succession du prédécédé est tenue desdits dettes.

ARTICLE II.

Des autres charges du don mutuel, portées par l'article 282 de la coutume de Paris.

235. Cet article est conçu en ces termes : « *Aussi est* « *tenu* celui qui veut jouir du don mutuel, faire faire les « réparations étant à faire sur les héritages sujets audit « don mutuel; payer les cens et charges annuelles, et les « arrérages, tant des rentes foncières que des autres « rentes constituées, pendant la communauté, échues de- « puis la jouissance dudit don mutuel, sans espérance de « les recouvrer. »

Les charges que cet article impose au donataire mutuel, sont des charges dont tous les usufruitiers sont tenus par la nature même du droit d'usufruit : c'est pourquoi la disposition de cet article doit être regardée comme un droit commun pour toutes les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Nous traiterons séparément de chacune de ces charges.

§. I. De la charge d'entretenir de réparations les héritages compris au don mutuel.

236. L'article dit que *le donataire doit faire les réparations viagères, etc.* Cela est conforme aux principes du droit : *Eum ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus præstare debere explorati juris est;* l. 7, *Cod. de usufr. Quoniam omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum ædes per arbitrum cogi;* l. 7, §. 2, ff. *d. tit.*

Cette charge des réparations viagères, que la coutume impose au donataire mutuel, n'est pas une simple avance :

l'héritier du prédécédé, lors de la restitution des biens compris au don mutuel, après l'expiration de l'usufruit du donataire mutuel, n'est pas tenu d'en faire aucune déduction sur lesdits biens. C'est ce qui résulte de ces termes qui sont en fin de l'article 287, ci-dessus rapporté, *sans espérance de les recouvrer;* termes qui doivent se rapporter non-seulement à l'acquittement des cens et rentes, mais à tout le contenu de l'article.

La raison est, que cette charge des réparations viagères qui surviennent pendant le temps de l'usufruit du donataire mutuel, est une charge des jouissances des biens compris au don mutuel, plutôt que du fonds même desdits biens; elles sont *onera fructuum.* L'héritier du prédécédé à qui on ne restitue pas les jouissances des biens compris au don mutuel, mais seulement le fonds, ne peut donc être obligé à tenir aucun compte de ce qu'il en a coûté au donataire mutuel pour lesdites réparations.

237. Observez, en premier lieu, à l'égard des réparations dont la coutume charge, par cet article, le donataire mutuel, qu'elle ne le charge pas indistinctement de toutes les réparations qui surviennent pendant le cours de son usufruit; elle le charge seulement des réparations viagères, qu'on appelle autrement réparations usufruitières; elle ne le charge pas de celles qu'on appelle grosses réparations.

Pour savoir quelles sont les réparations usufruitières dont les usufruitiers sont chargés, et quelles sont celles qu'on appelle grosses réparations, dont ils ne sont pas chargés, *voyez* ce que nous en avons dit en notre Traité de la Communauté, *n.* 271 *et* 272.

Il y a un cas auquel le donataire mutuel doit être chargé même des grosses réparations, sans que l'héritier du prédécédé soit tenu d'en tenir aucun compte après l'expiration de l'usufruit du donataire mutuel; c'est lorsqu'elles viennent de la faute du donataire mutuel, qui n'a pas entretenu, comme il le devoit, les héritages compris au don mutuel, en négligeant de faire les réparations viagères qu'il étoit obligé de faire. Il est tenu, en ce cas, des grosses réparations par forme de dommages et intérêts résultants de l'inexécu-

tion de l'obligation qu'il a contractée de jouir en bon père de famille.

Mais lorsque les grosses réparations viennent ou de vétusté, ou de quelque accident de force majeure, tel qu'un tremblement de terre ou un ouragan, le donataire mutuel n'en est pas tenu.

238. De là naît une question, si le donataire mutuel, n'étant pas chargé de faire les grosses réparations qui surviennent à quelqu'un des héritages compris au don mutuel, peut obliger le propriétaire de l'héritage à les faire. Ulpien semble décider pour la négative, en la loi 7, §. 2, ff. *de usufr.*, où il dit : *Si quâ vetustate corruissent, neutrum cogi reficere. Neutrum*, c'est-à-dire, ni l'usufruitier, puisqu'il n'est pas tenu des grosses réparations; ni le propriétaire de l'héritage, parcequ'il est de la nature du droit d'usufruit, de même que de celle de tous les autres droits de servitude, qu'il ne consiste pas à obliger le propriétaire à faire quelque chose, mais seulement à souffrir l'usufruitier jouir : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut patiatur aut non faciat;* l. 15, §. 1, ff. *de servitut.*

Néanmoins je pense que le donataire mutuel est bien fondé à prétendre, contre l'héritier du prédécédé propriétaire de la maison, qu'il est tenu de faire ces réparations, si mieux il n'aime abandonner sa nue propriété. La raison est, que le refus qu'il fait de faire ces réparations, qu'il ne manqueroit pas de faire, si la maison n'étoit pas chargée d'usufruit, n'est fait que parcequ'il sent qu'en ne les faisant point, le donataire mutuel sera dans la nécessité d'en faire l'avance, pour pouvoir jouir de la maison, qui sans cela seroit inexploitable. Si on n'obligeoit pas l'héritier du prédécédé à faire ces réparations, ce seroit lui laisser une voie indirecte d'augmenter les charges du donataire mutuel, et de lui imposer la charge de l'avance des grosses réparations, charge qui ne lui a point été imposée par la donation qui lui a été faite.

Il en seroit autrement si la maison étoit totalement périe, *putà*, par un incendie, ou quelque autre accident. Le

refus que feroit le propriétaire de rebâtir cette maison, qu'il ne rebâtiroit peut-être pas, quand même elle ne seroit pas chargée d'usufruit, ne pouvant en ce cas être suspect de fraude, il ne peut être en ce cas obligé à rebâtir la maison. C'est de ce cas qu'on doit entendre ce que dit Ulpien, *Si quâ vetustate corruissent, neutrum cogi reficere.* Il n'est tenu en ce cas, lorsqu'il ne juge pas à propos de rebâtir la maison, qu'à retirer les ruines qui empêchent l'usufruitier de jouir de la place.

239. Le donataire mutuel et les autres usufruitiers ne sont pas, à la vérité, chargés de faire faire les grosses réparations qui surviennent pendant le cours de leur usufruit; mais le propriétaire qui les a faites à ses dépens, ne seroit-il pas fondé à demander à l'usufruitier qu'il lui paie l'intérêt de ce qu'elles ont coûté à faire, pendant le temps que doit durer l'usufruit, jusqu'à concurrence de ce que ces réparations augmentent sa jouissance? Pour l'affirmative, on dit que le propriétaire de la maison, qui fait ces grosses réparations pour la conservation de sa maison, fait, à la vérité, sa propre affaire, *proprium negotium gerit;* mais en faisant sa propre affaire, il fait aussi celle de l'usufruitier à qui il procure, en faisant ces réparations, l'émolument de la jouissance de la maison, laquelle sans cela seroit infructueuse à l'usufruitier. Cet usufruitier est donc obligé, *obligatione negotiorum gestorum, non quidem directâ, sed utili,* envers le propriétaire qui a fait cette impense, à y contribuer à proportion de ce qu'il en profite; et comme le propriétaire qui a fait cette impense n'en doit profiter qu'après l'extinction de l'usufruit, et que l'usufruitier doit en avoir tout le profit pendant le temps que doit durer l'usufruit, il doit payer, pendant ce temps, l'intérêt de la somme qu'ont coûtée ces réparations. Cette obligation naît de cette règle d'équité, que celui qui participe au profit, doit participer à la charge : *Qui sentit commodum, debet sentire onus.*

On ajoute qu'il y a à cet égard une grande différence entre un locataire et un usufruitier. Le propriétaire est obligé envers son locataire précisément à le faire jouir; et par con-

séquent il est obligé envers lui à faire ces grosses réparations, sans lesquelles il ne pourroit le faire jouir, ni par conséquent exiger de lui aucun loyer. Le propriétaire, en faisant ces grosses réparations, ne fait donc que son affaire; il ne fait que ce qu'il doit et ce qu'il est obligé de faire envers le locataire : mais le propriétaire n'est pas obligé envers l'usufruitier précisément à le faire jouir; il n'est obligé qu'à le souffrir jouir de la chose en l'état qu'elle se trouve, et autant qu'il peut en jouir.

Nonobstant ces raisons, on doit décider pour la négative. On ne doit pas imposer à l'usufruitier plus de charges que la loi ne lui en a imposé. La loi ayant chargé l'usufruitier des réparations viagères seulement, il ne doit être en aucune manière chargé des grosses : le propriétaire ne peut donc être fondé à exiger de lui l'intérêt de la somme qu'elles ont coûtée.

240. La seconde observation par rapport aux réparations dont l'*art.* 287, ci-dessus rapporté, charge le donataire mutuel, est qu'elle ne le charge que de celles qui surviennent à faire pendant le temps de son usufruit.

A l'égard de celles qui étoient déja à faire avant que le donataire mutuel fût entré en jouissance, il en fait seulement l'avance; sauf à retenir sur les biens compris au don mutuel, lors de la restitution qui s'en fera après l'expiration de l'usufruit du donataire mutuel, la somme qu'il aura avancée pour les faire.

Il doit en conséquence, avant que d'entrer en jouissance du don mutuel, faire faire, par experts convenus entre lui et l'héritier du prédécédé, une visite et estimation des réparations qui sont à faire.

En cela le donataire mutuel est différent de la douairière. Celle-ci peut obliger les héritiers de son mari à faire toutes les réparations qui sont à faire aux héritages sujets au douaire lors de l'ouverture du douaire. La raison de différence est, que le mari contracte, par le mariage, l'obligation envers sa femme de la faire jouir après sa mort des héritages qu'il possède au temps du mariage, et de ceux qui lui aviendront en directe pendant le mariage : il est en conséquence débiteur envers sa femme de corps certains. Or il est de la na-

mode l'obligation de donner des corps certains (soit qu'on s'oblige d'en donner la propriété, soit qu'on s'oblige seulement d'en donner la jouissance), que celui qui s'oblige de les donner, contracte en même temps une obligation secondaire de les conserver et de les entretenir en bon état, jusqu'à la tradition qu'il en doit faire, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations, n.* 142. Le mari ayant donc, suivant ce principe, contracté envers sa femme l'obligation d'entretenir en bon état les héritages sujets au douaire, jusqu'à ce qu'elle en entre en jouissance par l'ouverture du douaire, l'héritier du mari, qui lui succède à cette obligation, est obligé de faire faire toutes les réparations qui sont à faire pour les mettre en bon état. Au contraire, le don mutuel n'étant d'aucuns corps certains et déterminés, mais de la part du donateur premier décédé dans les biens de la communauté qui se trouveront lors de son décès, tels et en l'état qu'ils se trouveront, l'héritier du prédécédé n'a succédé à aucune obligation de les mettre en bon état. La charge de ces réparations qui se trouvent à faire, lors de l'ouverture du don mutuel, aux biens de la communauté, est une des charges de ces biens, que le donataire mutuel est tenu d'avancer, ainsi que les autres charges de la communauté.

§. II. De l'acquittement des rentes foncières.

241. La coutume de Paris, *art.* 287, dit : « Est tenu celui « qui veut jouir du don mutuel, payer les cens et charges « annuelles, et les arrérages, tant des rentes foncières que « des autres rentes constituées pendant la communauté, « échus depuis la jouissance du don mutuel. »

Ces termes, *charges annuelles*, ne doivent pas s'entendre *restrictivè*, et ne déchargent pas le donataire de l'acquittement des autres charges, telles que sont les tailles d'église, qu'on impose sur tous les héritages d'une paroisse pour les réparations qui sont à faire à l'église de la paroisse, lorsque la fabrique n'a pas le moyen d'y subvenir. Telles sont les tailles qu'on impose sur toutes les maisons d'un quartier pour les réparations à faire au puits commun. Telle

est la charge de l'entretien du pavé des rues dans les villes, dont chaque maison est tenue en droit foi, et autres charges semblables, dont les usufruitiers sont tenus, quoique ces charges ne soient pas des charges annuelles : *Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ad formam aquæ ductûs qui per agrum transit pendatur, ad onus fructuarii pertinebit; sed et si quid ad collationem viæ, puto hoc quoque fructuarium subiturum;* l. 27, §. 4, ff. *de usufr.*

242. Il ne peut être douteux que le donataire mutuel n'est pas tenu d'acquitter le profit de rachat dû par la mort du prédécédé; car ce profit étant dû dès l'instant de la mort du prédécédé, qui a saisi son héritier de sa part dans les biens féodaux de la communauté, est une charge qui a précédé le temps de la jouissance du donataire mutuel, dont par conséquent le donataire mutuel ne peut être tenu, n'étant tenu que de celles nées pendant sa jouissance.

243. Le donataire mutuel est-il tenu d'acquitter le profit de rachat dû par la mort de l'héritier du prédécédé, qui arriveroit pendant le temps de sa jouissance? Je ne pense pas que le donataire mutuel en soit tenu, quoique ce profit soit né pendant le temps de sa jouissance. La raison est, que ce rachat est dû pour rendre héréditaires les fiefs qui n'étoient autrefois que personnels, et pour le prix de l'investiture que le seigneur est obligé de donner à son vassal. N'y ayant que le propriétaire du fief qui doive se faire investir, c'est lui qui doit ce rachat, plutôt que l'usufruitier.

244. Il n'en est pas de même du profit de relevoisons à plaisir, qui est dû dans certaines censives de la ville d'Orléans. Ces relevoisons n'étant autre chose que de simples charges foncières, celles qui surviennent pendant le temps de la jouissance du donataire mutuel, par les mutations des propriétaires de la maison, sont par lui dues, de même que par les autres usufruitiers.

Si nous avons dit, en notre Traité du Douaire, que la douairière n'en étoit pas tenue, c'est par une raison qui lui est particulière. *Voyez* au surplus ce que nous avons dit sur ces relevoisons, en ce même Traité, *n.* 235 *et suivants.*

245. Suivant l'arrêt du conseil du 13 avril 1713, le droit

de franc-fief est dû par les usufruitiers qui sont de qualité à être sujets à ce droit. *Voyez le Traité du Douaire.*

246. Le centième denier dû par la mort du prédécédé, est dû par son héritier : comme il ne succède qu'à la nue propriété, il ne doit le centième denier que de la valeur de la nue propriété. A l'égard du centième denier dû pour l'usufruit du donataire mutuel, je crois qu'on le fait payer lors du contrat : il paroîtroit néanmoins équitable qu'il ne dût être payé que lors de l'ouverture du don mutuel.

247. La coutume, outre les charges foncières, charge encore le donataire mutuel d'acquitter les arrérages des rentes constituées pendant la communauté, qui courront pendant le temps de sa jouissance. Elle a trouvé équitable que le donataire mutuel, ayant tout le revenu des biens de la communauté, acquittât ces arrérages, qui sont une charge naturelle des revenus des biens de la communauté.

Le donataire mutuel n'étant sujet à aucune restitution des revenus qu'il perçoit, il ne doit avoir aucune répétition des arrérages courus pendant le temps de sa jouissance, qu'il doit payer, comme étant une charge desdits revenus. Il doit pareillement payer, sans aucune répétition, les intérêts des dettes mobilières de la communauté courus pendant le temps de sa jouissance, jusqu'au paiement.

Lorsque le conjoint prédécédé a laissé, dans la coutume de Paris et autres semblables, différents héritiers, l'un aux meubles et acquêts, et l'autre aux propres; l'héritier aux meubles et acquêts, pour qui et à la décharge de qui le donataire mutuel paie les arrérages desdites rentes, doit avoir la répétition contre l'héritier aux propres, de la part dont ledit héritier aux propres est tenu desdites rentes, suivant la répartition que la coutume de Paris en fait entr'eux.

248. Il nous reste à observer que ces termes dont se sert la coutume, *échus et courus depuis la jouissance du don mutuel*, doivent s'entendre en ce sens, courus et échus depuis et pendant tout le temps de la jouissance, etc. C'est pourquoi si, par exemple, le donataire mutuel est entré en jouissance du don mutuel au 1^er^ septembre 1781, le donataire mutuel ne sera pas tenu de payer, sans répétition,

l'année entière d'arrérages qui sera échue à la Toussaint de ladite année: il ne sera tenu de payer, sans répétition, que les deux derniers mois de cette année d'arrérages, qui ont couru depuis le 1er septembre, jour auquel il est entré en jouissance. A l'égard du surplus de ladite année, il n'est tenu que de l'avancer, de même que les autres dettes.

Pareillement, les héritiers du donataire mutuel sont tenus de ce qui a couru des arrérages de l'année, dont le terme n'est échu que depuis sa mort, pour tout ce qui a couru de ladite année jusqu'au jour de sa mort. Par exemple, si le donataire mutuel est mort au 1er septembre 1781, ses héritiers seront tenus de payer dix mois de l'année qui écherra à la Toussaint de ladite année, y ayant dix mois des arrérages de ladite année courus jusqu'au 1er septembre, jour de la mort du donataire mutuel.

249. Lorsque le mari revêtu d'un office acquis pendant la communauté, qu'il a déclaré, après la mort de sa femme, entendre laisser dans la communauté, jouit, comme donataire mutuel, de la moitié appartenante à l'héritier de sa femme dans cet office, il doit payer à ses dépens, et sans aucune répétition, le prêt et l'annuel dudit office; et si, faute de l'avoir payé, l'office tomboit aux parties casuelles, sa succession seroit tenue d'indemniser de cette perte l'héritier du prédécédé.

Car, par la nature de l'usufruit, le donataire mutuel devant s'obliger envers le propriétaire *rem finito usufructu restitutum iri*, il contracte l'obligation de faire ce qui est nécessaire pour conserver l'office, afin de pouvoir le rendre *finito usufructu*. Or, selon les principes établis en notre Traité des Obligations, *n.* 550 *et suiv.*, un débiteur doit faire à ses dépens ce qui est nécessaire pour s'acquitter de son obligation: il doit donc faire à ses dépens, et sans répétition, le paiement du prêt et de l'annuel qui est nécessaire pour la conservation de l'office.

Si le donataire mutuel négligeoit de le faire, il pourroit y être contraint, tant par l'héritier du prédécédé, à qui la restitution doit être faite, que par la personne qui s'est rendue caution pour la restitution du don mutuel.

Il y a certains offices qui n'ont presque point de revenus, mais que la dignité des fonctions qui y sont attachées, avoit autrefois portés à un prix considérable, et que la corruption des mœurs, la chute des études et le goût de la frivolité, qui en sont les suites, ont tellement fait diminuer de prix aujourd'hui, que le prêt et l'annuel qui seroient payés pendant plusieurs baux de paulette, pour la conservation de ces offices, en surpasseroient le prix. Il seroit trop dur que l'héritier du prédécédé pût contraindre le donataire mutuel à entrer en paulette pour ces offices; il doit se contenter de la sûreté qu'il a dans la caution que le donataire mutuel lui a baillée pour la restitution de l'office, quant à la part qu'il y avoit, dans le cas auquel le donataire mutuel mourroit en perte d'office.

250. A l'égard des taxes imposées sur l'office pendant le temps de la jouissance du don mutuel; si ces taxes attribuent des augmentations de gages, ou des droits qui augmentent le prix de l'office, on doit, lors de la restitution du don mutuel, en faire raison, sur l'office, à la succession du donataire mutuel qui les a payées; mais si ces taxes sont des taxes sèches, je ne pense pas que le donataire mutuel en doive avoir aucune restitution : ce sont des charges de sa jouissance.

CHAPITRE VII.

De quelles manières s'éteint l'usufruit du donataire mutuel; et de la restitution qui doit se faire des biens compris au don mutuel, après l'extinction de cet usufruit.

251. La manière la plus ordinaire par laquelle s'éteint l'usufruit du donataire mutuel, est sa mort. Il s'éteint aussi par les autres différentes manières dont s'éteint le droit d'usufruit. Nous les avons rapportées en notre Traité du Douaire, *chap.* 6; nous y renvoyons. Tout ce qui y est dit des manières dont s'éteint l'usufruit de la douairière, reçoit une entière application à celui du donataire mutuel.

252. Dans la coutume de Paris, et dans la plus grande partie des coutumes, l'usufruit du donataire mutuel ne s'éteint pas par son convol à un autre mariage, à moins que les parties n'eussent apposé à leur contrat de don mutuel une clause par laquelle il auroit été dit que le survivant ne jouiroit que pendant le temps qu'il demeureroit en viduité.

On a fait la question de savoir si ces termes qui se trouvoient dans un contrat de don mutuel, *lequel don mutuel les parties se sont fait pour aider au survivant à vivre pendant sa viduité*, devoient être censés renfermer la clause que le survivant ne jouiroit que pendant le temps qu'il demeureroit en viduité. Ferrière cite un arrêt du 19 avril 1640, qui a jugé que ces termes ne renfermoient point cette condition, et que le donataire mutuel devoit, dans cette espèce, quoiqu'il eût convolé à de secondes noces, jouir du don mutuel jusqu'à sa mort. Cet arrêt a très bien jugé. Ces termes ne présentent autre chose que l'énonciation de la cause impulsive qui a porté les parties à faire le don mutuel. Or, c'est un principe à l'égard de toutes les dispositions, aussi bien à l'égard de celles qui sont entre vifs, qu'à l'égard des testamentaires, que l'énonciation de la cause impulsive ne forme point une condition dans la disposition, et que la disposition en est indépendante : *Causa non cohæret legato.* C'est suivant ce principe qu'on décide que le legs fait à une fille pour la marier, et celui fait à un jeune homme *pour faire ses études en Sorbonne*, ne laissent pas d'être dus, quoique la fille ne se marie pas, et quoique le jeune homme ait pris un autre parti que celui des études.

253. Aussitôt que l'usufruit du donataire mutuel est éteint, les héritiers du prédécédé, propriétaires des héritages et rentes compris au don mutuel, ou ceux qui leur ont succédé, soit à titre universel, soit à titre singulier, à la propriété des héritages ou rentes, rentrent de plein droit dans la jouissance desdits héritages ou rentes, jouissance qui n'avoit été séparée de leur droit de propriété que pour le temps que devoit durer l'usufruit du donataire mutuel.

C'est pourquoi tous les fruits qui se sont trouvés pendants sur lesdits héritages au temps de l'extinction de l'usufruit du donataire mutuel, appartiennent au propriétaire desdits héritages; à la charge néanmoins de rembourser la succession du donataire, des frais de labours, semences et autres que le donataire mutuel a faits pour les faire venir.

Tout ce que nous avons dit en notre Traité du Douaire, *chap.* 7, par rapport au cas auquel, après la mort de la douairière, les héritiers du mari, ou leurs successeurs, propriétaires des héritages dont la douairière jouissoit en usufruit, sont rentrés dans la jouissance desdits héritages, reçoit une entière application au cas auquel les héritiers du conjoint prédécédé, ou leurs successeurs, propriétaires des héritages compris au don mutuel, rentrent dans la jouissance desdits héritages après la mort du donataire mutuel. Nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

254. Lorsque le don mutuel consiste en deniers et en effets mobiliers dont le donataire mutuel jouissoit, la mort du donataire mutuel donne ouverture à une action que les héritiers du prédécédé, ou leurs successeurs, ont contre l'héritier du donataire, aux fins de restitution de la somme à laquelle montoit, suivant la prisée de l'inventaire, toutes dettes et charges déduites, la part du prédécédé dans le mobilier de la communauté, dont le donataire mutuel avoit joui, comme nous l'avons déja vu *suprà*, *n.* 213.

TROISIÈME PARTIE.

D'une autre espèce d'avantage mutuel que la coutume de Paris permet aux conjoints par mariage de se faire pendant le mariage.

255. L'article 281 porte : « Père et mère mariant leurs « enfants, peuvent convenir que leursdits enfants laisse- « ront jouir le survivant desdits père et mère, des meubles

« et conquêts du prédécédé, la vie durant du survivant, « pourvu qu'ils ne se remarient ; et n'est réputé tel accord, « avantage entre lesdits conjoints. »

Il résulte indirectement de la convention permise et autorisée par cet article, qui intervient entre les père et mère et leur enfant, une espèce de don mutuel qu'ils se font réciproquement au survivant d'eux, de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté.

Le motif de la coutume a été d'encourager les père et mère à établir par mariage leurs enfants, en accordant, pour cet effet, auxdits père et mère, la permission de se faire cette espèce de don mutuel, en récompense et comme une condition de la dot dont ils se dessaisissent de leur vivant envers leurs enfants.

Nous verrons, sur cette espèce de don mutuel, 1° en quoi il convient avec celui porté par l'article 280, dont nous avons traité; et en quoi il en diffère; 2° par quel acte peut se faire la convention permise par l'article 281, qui le renferme indirectement; 3° en quels cas; 4° nous parlerons de la condition de ne se pas remarier, que la coutume y appose; 5° nous verrons quelles choses entrent dans cette espèce de don mutuel; 6° quel est l'effet de cette convention permise par l'article 281, qui renferme indirectement cette espèce de don mutuel; 7° quel effet a, dans les autres coutumes, la clause *que l'enfant doté ne pourra provoquer le survivant à partage.*

ARTICLE PREMIER.

En quoi convient ce don mutuel avec le don mutuel porté par l'article 280; et en quoi il en diffère.

§. I. En quoi convient-il?

256. L'espèce de don mutuel que la coutume de Paris permet, par cet article 281, aux père et mère de se faire en mariant leurs enfants, convient avec le don mutuel permis entre conjoints par mariage, par l'article 280, qui a fait l'objet et la matière de la seconde partie de notre Traité,

en ce qu'il doit pareillement, pour être valable, être réciproque et égal.

C'est pourquoi si, par le contrat de mariage d'un enfant, il étoit dit que, au moyen de la dot qui lui est donnée par ses père et mère, il laisseroit sa mère, au cas qu'elle survécût à son père, jouir en usufruit des meubles et conquêts de la succession de son père, et qu'on n'eût pas stipulé pareillement qu'au cas que ce fût le père qui survécût, l'enfant le laisseroit pareillement jouir des meubles et acquêts de la succession de la mère; le don que l'homme auroit, par cette convention, fait de ses meubles et conquêts à sa femme, au cas qu'elle lui survécût, ne seroit pas valable, faute d'être mutuel et réciproque.

Par la même raison, si la convention portoit que la mère, au cas qu'elle survécût, jouiroit de tous les meubles et conquêts du père prédécédé; et que, si c'étoit le père qui survécût, il jouiroit seulement d'une portion de ceux de la mère, le don seroit nul de part et d'autre, faute d'être égal.

La réciprocité et l'égalité que nous disons être requises pour la validité du don que l'article 281 permet aux père et mère de se faire en mariant leurs enfants, résulte évidemment des termes qui sont à la fin de cet article, *et n'est réputé tel accord avantage entre les conjoints;* car ce ne peut être que la réciprocité et l'égalité de ce don qui puissent empêcher de le regarder comme un avantage.

257. La convention portée au contrat de mariage de l'enfant, par laquelle il est dit que, au moyen de la dot qu'il reçoit de ses père et mère, la mère, au cas qu'elle survive au père, jouira des meubles et conquêts du père, sans qu'on ait stipulé la même chose au profit du père, est bien nulle par rapport à la donation qu'elle renferme, faite par le père à la mère, au cas qu'elle lui survive; mais elle n'est pas nulle par rapport à la condition que la mère met à la dot qu'elle donne, qu'elle ne la donne qu'autant que l'enfant la laissera jouir, au cas qu'elle survive à son mari, des meubles et acquêts de sa succession; car il est permis à chacun d'apposer telle condition que bon lui semble à la

donation qu'il fait. C'est pourquoi, dans l'espèce proposée, la dissolution de la communauté étant arrivée par le prédécès du père, l'enfant, au moyen de la nullité de la donation faite par son père à sa mère, pourra provoquer sa mère au partage des biens de la communauté, et demander à jouir de la part qu'il a comme héritier de son père : mais au moyen de ce que, en provoquant sa mère à ce partage, il fait défaillir la condition apposée à la dot qui lui a été donnée par sa mère, la mère sera censée n'avoir pas doté, et l'enfant devra rendre à sa mère la dot qu'il a reçue, pour la moitié pour laquelle elle a contribué, ou (ce qui revient au même) laisser prélever à sa mère le total de cette dot au partage qu'ils ont à faire des biens de la communauté. Par exemple, dans l'espèce d'une pareille convention, supposons que la dot, qui a été donnée à l'enfant, fût de vingt mille livres, et que la dissolution de la communauté étant arrivée par le prédécès du mari, il restât encore cinquante mille livres de biens dans la communauté. La donation que le mari a faite à sa femme de sa part dans lesdits biens, étant nulle, faute de réciprocité, l'enfant héritier de son père est fondé à demander à sa mère la part de son père dans lesdits biens; mais la femme n'ayant voulu contribuer à la dot de l'enfant que sous la condition qu'il la laisseroit jouir de cette part, l'enfant doit, par l'action *condictio causâ datâ, causâ non secutâ*, ou rendre *de suo* à sa mère dix mille livres, qui est la somme pour laquelle elle a contribué à la dot de vingt mille livres qu'il a reçue, ou laisser sa mère prélever avant lui, au partage qu'ils ont à faire, une pareille somme de vingt mille livres; au moyen duquel prélèvement, le fonds de la communauté restant à partager entre sa mère et lui, demeurera réduit à trente mille livres, dont il revient à l'enfant pour sa part quinze mille livres, laquelle somme jointe à celle de vingt mille livres, fait trente-cinq mille livres; ce qui revient au même que s'il avoit rendu les dix mille livres pour la moitié de sa dot à sa mère; car, dans ce cas, il auroit dans le fonds de la communauté vingt-cinq mille livres pour sa part, laquelle somme, jointe aux dix

mille livres qui lui restent de sa dot, fait pareille somme de trente-cinq mille livres.

258. Si c'étoient des héritages conquêts qui eussent été donnés en dot à l'enfant, et qu'il ne se trouvât pas, dans les biens de la communauté restés après la mort du père, de quoi égaler la mère en héritages de pareille valeur et bonté, la mère pourroit, en ce cas, obliger l'enfant à rapporter en nature à la masse des biens de la communauté qui est à partager entre elle et lui, ces héritages qu'il a reçus en dot, sauf à lui faire raison au partage, des impenses nécessaires qu'il y auroit faites, autres que celles d'entretien, qui sont une charge de la jouissance qu'il en a eue, même des impenses utiles; mais à l'égard de celles-ci, jusqu'à concurrence seulement de ce que l'héritage se trouveroit plus précieux au temps du partage.

Si, au contraire, les héritages se trouvoient dégradés et détériorés par le fait ou la faute de l'enfant, il en doit faire raison au partage, suivant l'estimation qui sera faite desdites dégradations, par experts convenus entre les parties.

259. On opposera peut-être que la dot ayant été fournie en biens de la communauté, la femme n'a pu apposer de condition à la dot qu'elle a fournie, pour la part qu'elle avoit dans lesdits biens, puisque le mari, en sa qualité de chef de la communauté, pouvoit y faire contribuer sa femme pour la part qu'elle avoit dans lesdits biens, sans avoir même besoin pour cela de son consentement. La réponse est, que le mari avoit ce droit, mais qu'il pouvoit n'en pas user. Il pouvoit au contraire, comme nous l'avons vu en notre Traité de la Communauté, *part.* 4, *chap.* 1, *sect.* 2, *art.* 5, prendre sur lui seul la charge de la dot de l'enfant commun, et la fournir pour son compte seul, quoiqu'en biens de la communauté, en le déclarant par le contrat de dotation, de manière que sa femme n'y contribuât en rien, et qu'elle eût récompense contre lui, après la dissolution du mariage, de la part qu'elle avoit dans ce qui a été tiré de la communauté pour la fournir. Or, si la dot peut être fournie par le mari à un enfant commun en biens de la communauté, de manière que la femme n'y contribue point du

tout, elle peut, à plus forte raison, être par lui fournie de manière que la femme n'y contribue que sous telle condition qu'elle juge à propos d'y apposer.

260. Le don mutuel que l'article 281 de la coutume permet à des conjoints par mariage de se faire lorsqu'ils marient leurs enfants, convient encore avec celui qui leur est permis par l'article 280, en ce que l'un et l'autre ne leur est permis que lorsqu'ils sont communs en biens. C'est ce qui résulte des termes de la coutume, *peuvent convenir que leurs enfants laisseront jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé.* La coutume, par ce terme *conquêts*, suppose une communauté entre eux; et ce n'est que des biens de la communauté dont cet article leur permet de se faire un don mutuel. C'est encore un point dans lequel le don mutuel permis par cet art. 281, convient avec celui permis par l'art. 280.

§. II. En quoi diffère le don mutuel qui résulte de l'article 281, de celui permis par l'article 280.

261. La principale différence entre le don mutuel permis aux conjoints par mariage par l'art. 280, et celui qui leur est permis par l'art. 281, est que celui permis par l'art. 280 est un don mutuel que les conjoints se font directement, l'un à l'autre. Au contraire, celui qui leur est permis par l'article 281, est un don mutuel qui ne résulte qu'indirectement de la convention portée au contrat de mariage d'un enfant commun, par laquelle les conjoints par mariage conviennent l'un et l'autre avec cet enfant, que, au moyen de la dot qu'ils lui donnent, il laissera le survivant d'eux jouir de la part entière du prédécédé dans les biens de la communauté.

262. De cette différence en naissent d'autres. 1° Le don mutuel, permis par l'article 280, est un acte auquel les conjoints par mariage sont les seules parties, sans l'intervention d'aucune autre. Au contraire, celui qui résulte de l'art. 281, se fait par un acte auquel l'enfant commun doté par l'un et l'autre des conjoints avec la convention permise par ledit article, est avec eux une des principales parties à

l'acte, qui renferme indirectement le don mutuel entre lesdits conjoints; 2° le don mutuel, permis par l'art. 280, peut se faire pendant tout le temps du mariage, pourvu que les conjoints soient en bonne santé lorsqu'ils le font. Au contraire, celui qui résulte de leur convention permise par l'article 281, ne peut se faire que lorsqu'ils marient leurs enfants, et par le contrat de mariage de leursdits enfants; 3° pour que le don mutuel permis par l'art. 280 entre conjoints par mariage, soit valable, il faut qu'ils ne laissent l'un et l'autre aucuns enfants. Au contraire, celui qui résulte de la convention permise par l'art. 281, suppose qu'ils ont des enfants; 4° le don mutuel, permis par l'art. 280, ne se perd pas lorsque le survivant donataire mutuel se remarie. Au contraire, celui qui résulte de la convention permise par l'art. 281, se perd lorsque le survivant se remarie.

ARTICLE II.

Par quels actes peut se faire la convention permise par l'article 281.

263. Cette convention ne peut se faire que par les contrats de mariage des enfants, par lesquels l'enfant, en conséquence de la dot qui lui est fournie par ses père et mère, consent que le survivant de sesdits père et mère jouisse, pendant sa vie, de la part que le prédécédé se trouvera avoir dans la communauté au temps de son prédécès.

C'est ce qui résulte de ces termes de l'art. 281, *mariant leurs enfants*. Ce n'est donc que lorsqu'ils marient leurs enfants, ce n'est donc que par le contrat de mariage de leurs enfants, que cette convention peut intervenir.

Cette convention ayant été omise au contrat de mariage de l'enfant à qui ses père et mère ont donné une dot, elle ne peut se faire valablement par un acte subséquent auquel l'enfant interviendroit, et consentiroit de laisser jouir le survivant de ses père et mère, de la part du prédécédé dans les meubles et conquêts.

Cette convention est une condition que la coutume permet aux père et mère d'apposer à la donation de la dot qu'ils donnent à leur enfant. Mais c'est un principe, qu'on ne peut

apposer de condition à une donation entre vifs que par l'acte même de la donation, laquelle ayant reçu toute sa perfection aussitôt que l'acte a été passé, ne peut plus recevoir aucune altération par des actes subséquents.

264. Cette convention ayant été omise par le contrat de mariage de l'enfant, pourroit-elle se faire par un acte dans lequel les père et mère donneroient à cet enfant, depuis son mariage, une augmentation de dot? Non; car la coutume ne permet aux père et mère cette convention qu'en mariant leurs enfants, c'est-à-dire, par le contrat de mariage de leurs enfants. Cette permission est accordée à la faveur que méritent les contrats de mariage, et ne peut être par conséquent étendue à d'autres actes.

C'est pourquoi si, par l'acte de donation faite par les père et mère à l'enfant pendant son mariage, il étoit dit que l'enfant laisseroit jouir le survivant de ses père et mère, des meubles et conquêts du prédécédé, le don mutuel que les père et mère auroient entendu se faire par cette clause au survivant, des meubles et conquêts du prédécédé, ne seroit pas valable, et l'enfant, en sa qualité d'héritier du prédécédé, auroit droit de demander à jouir de sa part des biens de la communauté. Cette clause n'auroit d'autre effet que d'apposer à la donation faite par le survivant à l'enfant par cet acte, la condition que l'enfant le laisseroit jouir de la part du prédécédé dans les meubles et conquêts, et d'obliger en conséquence l'enfant qui auroit contrevenu à cette condition, à imputer en entier l'augmentation de dot qui lui auroit été donnée par cette donation, sur la succession du prédécédé.

ARTICLE III.

Dans quels cas peut se faire la convention mentionnée en l'article 281.

265. La coutume s'exprime sur les cas dans lesquels elle permet cette convention, par ces termes, *en mariant leurs enfants;* sur quoi on fait deux questions : 1° Si par ces termes la coutume entend que les père et mère, pour pouvoir faire cette convention, doivent donner l'un et l'autre une dot aux

enfants qu'ils marient. 2° Si ces termes comprennent aussi les petits-enfants.

§. I. Si par ces termes, *en mariant leurs enfants*, la coutume entend que les père et mère doivent leur donner une dot.

266. La raison de douter est, que la coutume, en l'*art.* 281, dit, *en mariant leurs enfants;* elle ne dit pas, *en dotant leurs enfants.*

D'où il semble qu'on peut conclure qu'elle ne requiert pas pour la convention qu'elle permet par cet article, que les père et mère fournissent une dot à leurs enfants, mais seulement qu'elle soit faite dans le temps qu'ils marient leurs enfants, et par le contrat de mariage de leurs enfants. Néanmoins je pense que cette convention n'est valable que lorsque les père et mère fournissent une dot à leurs enfants. En effet, quelle est la fin que se propose la coutume par cet article? C'est d'encourager les père et mère à marier leurs enfants, et à leur donner pour cet effet une dot qu'il est nécessaire de leur donner pour pouvoir trouver à les marier. Pour les porter d'autant plus à donner cette dot, la coutume leur propose, par cet article, comme une récompense de cette dot, la permission de convenir que le survivant jouira par usufruit de la part du prédécédé dans les biens de la communauté : les père et mère qui n'ont fourni aucune dot, n'ayant point mérité cette récompense, ne doivent pas jouir de la permission accordée par cet article.

Quant à ce qu'on oppose, que la coutume n'a pas dit en termes formels, *en dotant*, et qu'elle a dit simplement, *en mariant :*

La réponse est, que quoiqu'il puisse arriver quelquefois qu'on trouve à marier une fille sans lui donner aucune dot, à un homme qui la prend sans dot, pour sa beauté ou ses bonnes qualités, néanmoins, suivant ce qui arrive ordinairement, les père et mère donnent une dot à leurs enfants lorsqu'ils les marient, ne trouvant pas ordinairement à les marier sans leur en donner une plus ou moins considérable. Les lois ayant coutume de parler conformément à ce qui arrive ordinairement, lorsque la coutume dit en cet article,

les père et mère en mariant leurs enfants, elle est censée par ces termes, *en mariant*, suffisamment dire qu'ils leur ont donné une dot, sans qu'il fût besoin de le dire expressément, parceque ordinairement on ne les marie pas sans cela.

267. De notre principe que, pour la convention permise par l'art. 281, il faut que les père et mère donnent une dot à leurs enfants, il suit que cette convention ne peut être permise dans le cas auquel un enfant se marie avec le bien qu'il a gagné par son industrie. On ne peut pas dire, en ce cas, que ses père et mère *le marient;* c'est lui seul qui se marie du bien qu'il a, et ses père et mère ne paroissent au contrat que pour approuver et consentir son mariage.

268. Au surplus, il n'importe quelle ait été la dot que les père et mère ont donnée à leurs enfants : quelque modique qu'elle ait été, les père et mère peuvent valablement faire cette convention.

269. Est-il nécessaire que la dot ait été fournie par les père et mère conjointement? Suffiroit-il qu'elle eût été fournie par l'un d'eux seulement, sans que l'autre eût rien donné? Cela ne suffiroit pas; car la permission que la coutume donne par cet article aux conjoints de convenir, par le contrat de mariage de leurs enfants, que le survivant jouira, pendant sa vie, de la part du prédécédé dans les biens de leur communauté, ne leur étant accordée, comme nous venons de le voir, qu'en récompense de la dot qu'ils donnent à leurs enfants, celui qui n'en a donné aucune n'a pas droit de stipuler par cette convention, en cas de survie, la part de l'autre conjoint dans les biens de la communauté; et s'il ne le peut pas, l'autre conjoint qui a fourni la dot, ne le peut pas non plus; car cette convention renferme un don mutuel que les conjoints font réciproquement au survivant de la part du prédécédé. Or il est de l'essence du don mutuel, qu'aucune des deux donations qu'il renferme, ne puisse être valable, si l'une des deux ne peut l'être. Par conséquent la donation faite par celui qui a fourni la dot, à celui qui n'y a pas contribué, ne pouvant pas être

valable, celle que lui a faite le conjoint qui n'a pas contribué à la dot, ne peut pas l'être non plus.

270. Lorsque le père a doté l'enfant des biens de la communauté, quoiqu'il ne soit pas dit que la mère a doté, elle est censée avoir contribué à la dot, non, à la vérité, en son propre nom, mais en sa qualité de commune; ce qui suffit pour que les conjoints puissent faire la convention qui leur est permise par cet article, à moins qu'il ne fût dit, en termes formels, que le père a doté sur sa part; auquel cas la femme n'auroit pas contribué à la dot, et il ne pourroit y avoir lieu à la convention.

§. II. Si ces termes de l'article 281, *en mariant leurs enfants*, comprennent les petits-enfants.

271. C'est une question controversée entre les auteurs, si ces termes de l'*art.* 281, *en mariant leurs enfants*, comprennent les petits-enfants; et si en conséquence deux conjoints par mariage peuvent, en mariant leurs petits-enfants, se faire valablement la convention permise par l'*art.* 281.

Il y a lieu à cette question dans deux cas : le premier est, lorsque deux conjoints par mariage marient un petit-enfant qu'ils ont de leur enfant prédécédé; le second cas est, lorsqu'ils marient un petit-enfant qu'ils ont de leur enfant vivant.

PREMIER CAS.

272. Les père et mère n'ayant pas, par le contrat de mariage de leur fils, fait la convention que la coutume, par cet article, leur permettoit de faire; leur fils étant depuis prédécédé, peuvent-ils, par le contrat de mariage d'un petit-fils qu'ils ont de ce fils, et à qui ils donnent une dot, faire la convention que le survivant jouira, pendant sa vie, de la part du prédécédé dans les biens de la communauté? Lemaître, après Auzanet, tient la négative : c'est aussi l'avis de Lauriere. Ces auteurs se fondent sur ce que la coutume a dit seulement *les père et mère*, et n'a pas ajouté *aïeul et aïeule* : or, disent-ils, c'est un principe que les

dispositions des coutumes sont de droit étroit, et ne sont pas susceptibles d'extension, sur-tout celle-ci, qui est contraire au droit commun, en permettant aux conjoints de se faire un avantage contre le principe général du droit commun, qui défend tous avantages entre conjoints.

Au contraire, pour l'affirmative, on dit que les coutumes, sous les termes de *père et mère*, comprennent l'aïeul et l'aïeule, et les autres ascendants, toutes les fois que la raison de leur disposition se rencontre également à l'égard de l'aïeul et de l'aïeule, comme à l'égard des père et mère. On peut citer pour exemple l'*art.* 314 de la coutume de Paris, qui dit que « *Père et mère* jouissent par usufruit des biens « délaissés par leurs enfants, qui ont été acquis par lesdits « père et mère, et par le décès de l'un d'eux, avenus à « leursdits enfants. » Il est constant que, dans cet article, la coutume, sous le terme de *père* et de *mère*, a compris l'aïeul et l'aïeule; parceque la raison tirée de la collaboration, sur laquelle la disposition de cet article est fondée, milite également pour l'aïeul et l'aïeule, comme pour les père et mère. Or pareillement la raison sur laquelle est fondée la disposition de l'*art.* 281, qui accorde aux père et mère la permission de convenir que le survivant jouira de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, comme une récompense de la dot qu'ils donnent à leurs enfants en les mariant, milite également à l'égard des aïeul et aïeule, qui sont d'autant plus dignes de cette récompense, qu'ayant déja marié leur fils prédécédé, ils marient encore et dotent le petit-enfant qu'ils ont de ce fils. Donc, dans l'*art.* 281, on doit, sous les termes de *père et mère*, comprendre l'aïeul et l'aïeule qui marient et dotent un petit-enfant qu'ils ont de leur enfant prédécédé. Quant à ce qu'on dit que l'*art.* 281 est de droit étroit, et n'est pas susceptible d'extension, en tant qu'il s'écarte de la règle générale qui défend tous avantages entre conjoints; on répond que c'est au contraire la loi qui défend les avantages entre conjoints, qui est un droit rigoureux, en tant qu'elle gêne la liberté naturelle que chacun a de disposer de son bien; et que c'est la disposition de cet *art.* 281 qui est favorable,

en tant qu'elle rappelle, pour le cas qu'elle contient, la liberté naturelle.

273. Pour que l'aïeul et l'aïeule puissent, par le contrat de mariage d'un petit-enfant qu'ils ont d'un enfant prédécédé, convenir que le survivant jouira en usufruit de la part du prédécédé dans les biens de leur communauté, il faut qu'ils lui donnent une dot, quoiqu'ils en aient deja donné une à leur enfant, et quoique le bien qu'ils ont donné en dot à leur enfant, ait passé à ce petit-enfant qui en a été héritier, et avec lequel bien il a été marié : car cette convention étant une condition que la loi permet aux conjoints par mariage d'apposer à la dot qu'ils donnent à leurs enfants en les mariant, elle ne peut, comme nous l'avons déja dit, intervenir que dans le temps qu'ils donnent cette dot, et par le contrat de mariage par lequel ils la donnent. N'ayant donc pas fait cette convention par le contrat de mariage de leur enfant à qui ils ont donné une dot, ils ne sont plus à temps de la faire par le contrat de mariage du petit-enfant, à moins qu'ils ne donnent une nouvelle dot au petit-enfant, dont cette convention soit la condition.

SECOND CAS.

274. Passons au cas auquel des conjoints par mariage, ayant un fils et un petit-fils de ce fils, marient et dotent ce petit-fils du vivant du fils. Peuvent-ils, par le contrat de mariage de ce petit-fils, valablement convenir que le survivant aura la jouissance de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, en faisant intervenir leur fils, père de ce petit-fils, qui consentira à cette convention? La raison de douter est, que cette convention n'est permise aux conjoints, et le consentement que donne à cette convention l'enfant qui doit succéder à la part du prédécédé, n'est valable qu'autant que cette convention est la récompense de la dot que cet enfant reçoit.

D'où l'on conclut que dans cette espèce, cet enfant ne recevant aucune dot, puisque ce n'est pas à lui, mais au petit-fils que la dot est donnée, le consentement qu'il donne à cette convention, en intervenant au contrat du petit-fils,

ne peut rendre cette convention valable. Je pense néanmoins que la convention est, en ce cas, valable. La raison est, que la dot qui est donnée au petit-fils par le contrat de mariage du petit-fils, est censée donnée au fils, père de ce petit-fils : car c'est un principe de droit, que ce qui est donné au fils, est censé donné au père : *Donatum filio, videtur donatum patri;* et c'est en conséquence de ce principe, que la coutume de Paris, *art.* 306, oblige le fils à rapporter à la succession de ses père et mère ce qui a été donné à ses enfants, comme s'il eût été donné à lui-même. Dans cette espèce, la dot donnée au petit-fils est d'autant plus censée donnée au fils, qui est son père, qu'elle est censée donnée en acquittement d'une dette naturelle de ce fils, la dot du petit-fils étant une dette naturelle du fils qui est son père; et le fils, en intervenant au contrat, est censé reconnoître cette dette naturelle, et reconnoître la dot donnée au petit-fils, comme donnée en son acquit, et par conséquent comme donnée à lui-même.

275. Observez que pour que la convention que font l'aïeul et l'aïeule par le contrat de mariage de leur petit-fils, que le survivant jouira pendant sa vie de la part du prédécédé dans les biens de leur communauté, soit valable, il faut que le fils, père de ce petit-fils, intervienne au contrat; car cette convention n'est valable que par le consentement que l'enfant qui doit succéder au prédécédé, est censé donner à cette convention, en acceptant la dot qui n'est donnée qu'à cette condition, soit à lui, soit à ses enfants. Or, il ne peut être censé donner ce consentement, s'il n'intervient à l'acte : le consentement que donne à la convention le petit-fils, ne peut être utile et ne peut la rendre valable qu'autant que, par le prédécès de son père avant la mort du prédécédé des conjoints qui ont donné la dot, ce seroit lui qui viendroit à la succession du prédécédé.

276. Il nous reste à observer sur le sens de ces termes, *les pères en mariant leurs enfants*, qu'ils ne peuvent s'entendre que de leurs enfants communs : c'est pourquoi, si l'un d'eux marioit un enfant qu'il a d'un précédent mariage, quand même l'autre conjoint concourroit et contribueroit

à la dot de cet enfant, qui n'est pas le sien, la convention permise par l'*art.* 281, *aux père et mère mariant leurs enfants*, ne pourroit avoir lieu; car on ne peut pas dire qu'ils marient *leurs enfants*, celui qui est marié n'étant l'enfant que de l'un d'eux.

ARTICLE IV.

Quel est le sens de ces termes de l'article 281, *pourvu qu'il ne se remarie?*

277. Lorsque la coutume dit, *Père et mère mariant leurs enfants, peuvent convenir qu'ils laisseront jouir le survivant.....* POURVU QU'IL NE SE REMARIE;

La coutume, par ces termes, *pourvu qu'il ne se remarie*, entend-elle faire dépendre absolument la convention qu'elle permet par cet article, de la condition que le survivant ne se remariera pas; de manière que cette condition venant à défaillir, la convention devienne nulle, tant pour le passé que pour l'avenir, et que le survivant soit obligé de rendre les fruits qu'il a perçus, comme les ayant perçus sans titre, ou, ce qui est la même chose, en vertu d'un titre qui se trouve nul par la défaillance de la condition dont il dépendoit? ou la coutume n'entend-elle autre chose par ces termes, *pourvu qu'il ne se remarie*, sinon que le survivant qui se remarie, doit, depuis qu'il s'est remarié, cesser de jouir de la portion des biens du prédécédé? On dit pour la première interprétation, que si la coutume eût voulu seulement que le second mariage du survivant fît cesser son usufruit pour l'avenir, elle se seroit exprimée autrement; qu'elle auroit dit, *jouira pendant sa viduité*, ou bien, *tant qu'il ne se remariera pas:* mais en se servant de ceux-ci, *pourvu qu'il ne se remarie*, qui équipollent à ceux-ci, *s'il ne se remarie pas*, la coutume a apposé la condition de ne se pas remarier, au don mutuel permis par cet article, de l'accomplissement ou de la défaillance de laquelle dépend la validité ou la nullité de ce don mutuel. On dit au contraire, qu'il y auroit de l'inhumanité que le survivant qui auroit perçu pendant une longue suite d'années les fruits de la portion du prédécédé, étant alors

dans une disposition de volonté de demeurer en viduité, ayant depuis changé de volonté, et s'étant remarié, fût obligé au rapport de tous ces fruits qu'il a consommés de bonne foi. On ne doit donc pas croire que la coutume ait eu cette intention. A l'égard de l'argument qu'on tire du terme *pourvu que*, la réponse est, que si ce terme s'emploie quelquefois pour exprimer une condition suspensive, il s'emploie aussi quelquefois pour exprimer une condition qui n'est que résolutoire pour l'avenir. C'est ce qu'Ulpien enseigne dans cette espèce : Je vous vends un tel héritage pour un tel prix, *pourvu que* d'ici à tel temps on ne m'en offre pas davantage : *Nisi quis intrà Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit.* C'est ce qu'on appeloit en droit, *addictio in diem.* Ulpien demande si, dans cette espèce, ces termes, *nisi quis, etc.*, POURVU QUE *d'ici à tel temps on n'en offre pas davantage*, expriment une condition suspensive qui rend la vente conditionnelle ; ou s'ils n'expriment qu'une condition résolutoire sous laquelle la vente doive se résoudre pour l'avenir : et il décide que cela dépend de ce qui paroîtra avoir été l'intention des parties : *Quoties fundus in diem addicitur, utrùm pura emptio est sed sub conditione resolvitur, an verò conditionalis sit magìs emptio, quæstionis est? Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit.* Puisque Ulpien décide que, en ce cas, on doit rechercher quelle a été l'intention des parties, il suppose donc que ces termes, *nisi quis, etc., pourvu que d'ici à tel temps on n'en offre pas davantage,* sont susceptibles des deux sens, et qu'ils peuvent s'entendre d'une condition qui soit seulement résolutoire de la vente pour l'avenir, aussi bien que d'une condition suspensive qui rendît conditionnelle la vente. Donc pareillement, dans l'*art.* 281 de la coutume, ces termes, *pourvu qu'il ne se remarie*, peuvent s'entendre non seulement d'une condition suspensive, de l'accomplissement ou de la défaillance de laquelle dépendent entièrement la validité ou la nullité du don mutuel, mais aussi d'une condition simplement résolutoire, sous laquelle le don mutuel porté par cet article doive se résoudre et s'éteindre pour l'avenir seule-

ment : or, ce second sens étant le plus équitable et le plus favorable, on doit présumer que c'est celui dans lequel la coutume a entendu ces termes, *pourvu qu'il ne se remarie*, et qu'elle n'a voulu autre chose, sinon que si le survivant se remarioit, il cessât dès-lors d'avoir la jouissance de la portion du prédécédé, qu'elle lui avoit accordée.

278. La clause portée au contrat de mariage de l'enfant, qu'au moyen de la dot que ses père et mère lui fournissent, le survivant desdits père et mère jouira, pendant sa vie, de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté, renferme, comme nous l'avons déja vu, deux conventions : l'une qui intervient entre les père et mère, par laquelle ils se font l'espèce de don mutuel que l'*art.* 281 leur permet de se faire des biens de la communauté que le prédécédé laissera à son décès; et l'autre qui intervient entre chacun des père et mère et l'enfant, qui ne reçoit la dot qui lui est fournie, qu'à la charge de laisser jouir le survivant de la part du prédécédé dans les biens de la communauté. C'est à la première convention qu'est apposée la condition que renferment ces termes de l'*art.* 281, *pourvu qu'il ne se remarie*, la coutume ne la leur ayant permise que sous cette condition. Mais cette condition ne concerne point l'autre convention par laquelle l'enfant reçoit la dot qui lui est fournie, à condition de laisser jouir le survivant de la part du prédécédé : car le survivant, qui n'étoit pas obligé de contribuer à la dot, a pu apposer à la dot qu'il a donnée, telle condition que bon lui a semblé. C'est pourquoi, si l'enfant demande au survivant, qui s'est remarié, la part du prédécédé dans les biens de la communauté, le survivant sera bien fondé à demander à l'enfant, *per condictionem causâ datâ, causâ non secutâ*, qu'il lui rende la dot quant à la part pour laquelle il y a contribué; ou, ce qui revient au même, que l'enfant la laisse prélever en entier au survivant, au partage qu'ils ont à faire des biens de la communauté.

ARTICLE V.

Quelles choses peuvent être comprises dans l'espèce de don mutuel qui résulte de la convention permise par l'article 281 ; et quelles en sont les charges.

§. I. Quelles choses peuvent être comprises dans cette espèce de don mutuel.

279. La coutume s'en explique audit article. Il y est dit que les père et mère, en mariant leurs enfants, peuvent convenir que lesdits enfants *laisseront jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé.*

Par ces termes, la coutume entend l'usufruit de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté; et en cela, l'espèce de don mutuel permis par cet article convient avec celui qui est permis par l'*art.* 280.

Les créances que le prédécédé avoit contre la communauté, quoique meubles, ne sont donc pas comprises dans cette espèce de don mutuel; au contraire, les propres ameublis y sont compris sous le terme de *conquêts*, l'ameublissement les faisant réputer tels.

280. La coutume ayant borné à ces biens l'espèce de don mutuel qu'elle permet aux conjoints, par cet *art.* 281, de se faire, il ne peut être valablement fait d'autres choses.

C'est pourquoi, s'il étoit dit, par le contrat de mariage d'un enfant, que, au moyen de la dot qu'il a reçue, il laisseroit jouir le survivant de tous les biens du prédécédé, meubles et acquêts et propres, le don mutuel que les conjoints ont entendu se faire par cette convention, seroit nul.

Il le sera non seulement par rapport aux propres que la coutume ne leur permet pas de se donner; il le sera entièrement, même par rapport aux meubles et conquêts dont ils eussent pu se donner l'usufruit, s'ils eussent borné leur don mutuel à cette espèce de biens. Nous en avons dit la raison en la seconde partie, *n.* 167.

Cela a été jugé par un arrêt du 14 juillet 1751, rapporté par Denisart, sur le mot *avantage.* Dans l'espèce de cet

arrêt, deux conjoints avoient donné une dot considérable à leur fille, à la charge que le survivant auroit la jouissance tant des conquêts que des propres du prédécédé : après la mort du prédécédé, le gendre et la fille offrirent d'imputer la dot en entier sur la succession du prédécédé, et demandèrent compte et partage. Le survivant offroit de compter du revenu des propres, et prétendoit retenir la jouissance des biens de la communauté; il en fut débouté par l'arrêt, sur le fondement que le don mutuel porté par la convention du mariage, n'étant pas borné aux seuls biens dont la coutume permettoit aux conjoints de disposer l'un envers l'autre, étoit entièrement nul.

Par la même raison, la coutume n'ayant permis aux conjoints de se donner qu'en usufruit; s'il étoit dit, par le contrat de mariage de l'enfant, que, au moyen de la dot qui lui a été donnée, le survivant auroit en propriété la portion du prédécédé, soit dans les meubles, soit dans quelque autre effet de la communauté, le don mutuel que les conjoints auroient entendu se faire par cette convention, seroit nul, quand même cette propriété, qui en fait l'objet, seroit d'un beaucoup moindre prix que l'usufruit de toute la portion du prédécédé dans les meubles et conquêts que les conjoints eussent pu se donner.

281. Ces conventions sont nulles par rapport au don mutuel qu'elles renferment, n'ayant été au pouvoir des conjoints de se donner que ce que la coutume leur permet de se donner, et de la manière dont elle le leur permet; mais elles sont valables à l'effet d'obliger l'enfant qui n'y satisfait pas, à imputer sa dot entière sur la succession du prédécédé; car le survivant, qui étoit le maître de ne point donner du tout la dot à cet enfant, a pu ne la donner que dans le cas auquel il satisferoit à ce qu'il a jugé à propos de lui prescrire.

Les conjoints ne peuvent pas, en mariant leurs enfants, se donner plus que ce que la coutume leur permet de se donner, ni des choses différentes; mais ils peuvent ne se donner que partie desdites choses. Par exemple, ils peuvent convenir, en mariant leur enfant, qu'il laissera jouir

le survivant de la portion du prédécédé dans les meubles de la communauté, sans stipuler la même chose à l'égard des conquêts; ou bien, qu'il laissera jouir le survivant d'un certain effet particulier, sans stipuler la même chose à l'égard du surplus. C'est le cas de cette règle, *Qui peut le plus, peut le moins.*

II. Quelles sont les charges de l'espèce de don mutuel permis par l'article 281.

282. La coutume ne s'en est pas expliquée par l'*art.* 281; mais ce que la coutume permet par cet article aux conjoints de se donner par don mutuel, étant la même chose que ce qu'elle leur permet de se donner par l'article précédent, savoir, l'usufruit de l'universalité de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté, on doit facilement sous-entendre, dans l'*art.* 281, que la coutume leur permet de se donner cet usufruit sous les mêmes charges qu'elle a déclaré, par l'*art.* 286, être attachées à cet usufruit; savoir; la charge d'avancer, tant les frais funéraires du prédécédé que la portion dont le prédécédé étoit tenu des dettes mobilières de la communauté. Il n'est pas douteux que le survivant, qui, en vertu de la convention permise par l'*art.* 281, jouit de la portion du prédécédé, doit aussi acquitter les arrérages des rentes, tant foncières que constituées, dont les biens de la communauté sont chargés, qui courront pendant tout le temps que durera sa jouissance, et qu'il est tenu de toutes les autres charges des usufruitiers. *Voyez* ce que nous en avons dit en la *seconde partie, chap.* 6.

ARTICLE VI.

Quel est l'effet de la convention permise par l'article 281?

283. L'effet de cette convention est, en ce cas, que les enfants qui ont été mariés avec cette convention, ne sont pas recevables à demander au survivant le partage des biens de la communauté, sur-tout lorsque les autres enfants, qui pourroient le demander, n'ayant point été mariés avec cette convention, ne le demandent point.

Nous verrons *infrà*, s'ils seroient recevables à demander leur part, même dans le cas auquel les autres enfants demanderoient ce partage.

284. Lorsque l'enfant qui a été marié avec cette convention, est mort avant ses père et mère, les enfants de cet enfant, qui le représentent dans la succession du prédécédé, soit qu'ils aient été héritiers, ou non, de l'enfant qu'ils représentent, ne sont pas plus recevables à demander partage au survivant, que ne l'eût été l'enfant qu'ils représentent : car c'est un principe, que les représentants ne peuvent avoir plus de droit à une succession, que n'en a eu la personne qu'ils représentent : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

285. Lorsque l'enfant marié avec cette convention, et mort avant ses père et mère, étoit un enfant unique, et qu'en conséquence les enfants de cet enfant viennent, non par représentation, mais de leur chef, à la succession du prédécédé des deux conjoints qui ont marié cet enfant, à la charge de laisser jouir le survivant, *quid juris?*

Il faut distinguer, en ce cas, si les enfants de cet enfant ont été ses héritiers, ou non. S'ils ont été ses héritiers, ils ont succédé à l'obligation qu'il a contractée par le contrat de mariage, envers le survivant, de le laisser jouir de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté; et ils sont par conséquent, aussi bien que lui, non recevables à demander le partage au survivant, de son vivant : mais si les enfants de l'enfant qui s'est obligé, par son contrat de mariage, à laisser jouir le survivant de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté, ont renoncé à la succession de cet enfant; ces enfants n'ayant pas en ce cas succédé à cette obligation, et d'ailleurs venant à la succession du prédécédé, non par représentation de cet enfant, mais de leur propre chef, rien ne peut les empêcher de jouir, en leur qualité d'héritiers du prédécédé, de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté qui étoit entre lui et le survivant, à moins que les enfants n'eussent été eux-mêmes mariés et dotés par leurs aïeul et aïeule, à la charge de laisser jouir le survivant.

286. L'enfant qui a été marié par ses père et mère avec la convention de laisser jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé, n'est pas reçu, à la vérité, à en demander le partage au survivant, tant que ce partage n'est pas demandé par d'autres enfants : mais si un autre enfant qui n'a point été marié avec cette convention, ou qui n'a point été marié du tout, a demandé ce partage au survivant, quel est en ce cas l'effet de la convention, à l'égard de celui qui a été marié avec cette convention? Les auteurs ont des opinions différentes sur cette question. Lauriere et Ferriere pensent que, même en ce cas, l'enfant qui a été marié avec cette convention, est tenu de l'exécuter autant qu'il est en lui, et qu'il doit en conséquence laisser au survivant l'usufruit de la part qui lui revient dans la portion des biens de la communauté, appartenante à la succession du prédécédé. Ces auteurs ajoutent que, lorsqu'il y a aussi dans la succession du prédécédé des biens propres, l'enfant qui doit à la succession du prédécédé le rapport de la moitié de la dot qui lui a été fournie par ses père et mère, doit faire ce rapport sur les biens propres de la succession du prédécédé, plutôt que sur les biens de la communauté de cette succession, en laissant prendre avant lui à l'enfant qui n'a pas été marié, une quantité de biens propres, égale à celle dont il lui doit le rapport; afin que, par ce moyen, l'enfant marié soit en état de remplir plus pleinement l'obligation qu'il a contractée, par son contrat de mariage, envers le survivant, en lui laissant dans toute son intégrité la part revenante audit enfant dans les meubles et conquêts de la succession du prédécédé.

Duplessis et Lemaître rejettent cette opinion, comme contraire au principe qui ne permet pas qu'entre enfants qui viennent à une succession, les uns puissent être, par le fait de celui à la succession duquel ils viennent, plus avantagés dans cette succession que les autres; ce qui arriveroit néanmoins, si le prédécédé avoit pu valablement donner au survivant l'usufruit de la portion de ses meubles et conquêts qui revient dans sa succession à l'enfant qui a été marié sous cette condition, pendant que l'autre enfant

jouiroit en pleine propriété de la sienne. En conséquence, ces auteurs pensent que le don mutuel de l'usufruit des meubles et conquêts du prédécédé, que la coutume, en l'*art.* 281, permet aux père et mère de se faire en mariant leurs enfants, n'est valable qu'autant que tous les enfants qui viennent à la succession du prédécédé, ont tous été mariés avec cette convention. On ajoute que c'est le sens grammatical de l'*art.* 281 ; car la coutume, en cet article, ne s'exprime pas *distributivè :* elle ne dit pas, Père et mère, en mariant quelqu'un de leurs enfants, peuvent convenir que ledit enfant laissera jouir le survivant de la part revenante audit enfant dans les meubles et conquêts de la succession du prédécédé; mais elle dit *conglobatim*, *en mariant leurs enfants*, peuvent convenir que *lesdits enfants laisseront jouir*, *etc.* Ce n'est donc pas en mariant quelqu'un de leurs enfants; ce n'est qu'en mariant tous leurs enfants qui doivent venir à la succession du prédécédé, que les père et mère peuvent se faire le don mutuel que la coutume leur permet de se faire par cet article, des meubles et conquêts du prédécédé. Chacun des enfants qui sont mariés avec la convention permise par cet article, est censé ne consentir laisser jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé, qu'autant que les autres enfants qui viendront avec lui à cette succession du prédécédé, en laisseront pareillement jouir le survivant, soit que les autres enfants aient été mariés comme lui avec pareille convention, soit qu'ils veuillent bien volontairement y consentir. Mais dès que quelqu'un des autres enfants qui n'aura pas été marié avec cette convention, ou qui ne l'aura pas été du tout, provoquera le survivant au partage des biens de la communauté, et demandera à jouir de la part qui lui revient dans les meubles et conquêts; celui qui a été marié avec la convention de laisser jouir le survivant, sera admis pareillement à jouir de la sienne, sans que la convention portée par son contrat de mariage y fasse obstacle.

On réplique, en faveur de la première opinion, que les enfants qui ont la pleine propriété de leur part dans les biens de la communauté délaissés par le prédécédé, ne doivent

pas être censés plus avantagés en cela que l'enfant doté qui n'auroit que la nue propriété de sa part dans lesdits biens, dont il seroit tenu de laisser la jouissance au survivant; car cet enfant est payé de cette jouissance par la jouissance de la dot que le survivant lui a fournie, qui lui tient lieu et est comme le prix de celle qu'il a laissée au survivant. Donc, quoiqu'il n'ait pas la jouissance de sa part comme les autres enfants ses cohéritiers, qui ont celle de la leur, il n'est pas pour cela moins avantagé dans les biens de la succession du prédécédé, puisqu'il en a eu l'équivalent.

Cela doit avoir lieu, quand même la jouissance de la part de cet enfant, laissée par lui au survivant, excéderoit de beaucoup la jouissance de la dot qui lui a été fournie par le survivant; car si elle se trouve aujourd'hui d'une plus grande valeur, il pouvoit aussi arriver qu'elle se trouvât moindre : il en a couru les risques, lorsque, par son contrat de mariage, il a traité de cette jouissance avec le survivant; et même par cela seul qu'il en a traité avec le survivant, il doit être censé y avoir succédé au prédécédé. On ne peut donc pas dire qu'il ait succédé à moins que les autres enfants ses cohéritiers, et que ceux-ci aient été plus avantagés qne lui dans la succession du prédécédé.

Quoique ce raisonnement détruise absolument le principal fondement de la seconde opinion, et que l'argument tiré des termes du texte ne soit rien moins que concluant, ces termes pouvant très bien s'entendre *distributivè*, comme il résulte des exemples rapportés au titre *de legat.*, *n.* 186, dans mes Pandectes; néanmoins on m'assure que cette seconde opinion, qui est celle de Duplessis et de Lemaître, est celle qui est la plus reçue, et la plus suivie au Palais. J'aurois de la peine à m'y rendre.

Dans l'opinion de Duplessis, quoique l'enfant doté, marié avec la convention qu'il laissera jouir le survivant de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, ne soit pas obligé de laisser la jouissance de la portion qui lui revient dans cette part, lorsqu'un autre enfant, qui n'a pas été doté avec cette convention, en demande le partage, la convention doit au moins avoir cet effet, que cet enfant

sera obligé d'imputer en entier, sur la succession du prédécédé, la dot qu'il a reçue de ses père et mère; le survivant n'ayant voulu contribuer à la dot que dans le cas auquel on le laisseroit jouir des meubles et conquêts du prédécédé.

287. On a fait la question, si un enfant ayant été marié et doté par ses père et mère, avec la clause de laisser jouir le survivant des biens de la communauté, et ayant été fait légataire universel par le prédécédé, étoit tenu de laisser jouir le survivant de toute la part qu'il a dans les biens de la communauté comme légataire universel, ou seulement de ce qui lui seroit revenu pour sa portion héréditaire, sa dot prélevée. Je penserois que le survivant ne doit jouir que de cette portion; car ce n'est que de cette portion que l'enfant a entendu traiter par la convention de son contrat de mariage, par laquelle il s'est obligé de laisser jouir le survivant : il n'a pu traiter alors de celle qu'il auroit du legs universel, puisqu'il ignoroit alors que le prédécédé le feroit légataire universel.

ARTICLE VII.

De l'effet de la clause de ne pouvoir provoquer le survivant à inventaire ni partage, dans les coutumes qui ne permettent pas l'espèce de don mutuel que celle de Paris permet par l'article 281.

288. L'article 281 de la coutume de Paris, qui permet aux père et mère de se faire, en mariant leurs enfants, une espèce de don mutuel des meubles et conquêts du prédécédé, est une disposition qui est particulière à la coutume de Paris.

Dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, quoiqu'il soit assez fréquent que les père et mère, en mariant leurs enfants, fassent insérer, dans le contrat de mariage de leursdits enfants, la clause que l'enfant, au moyen de la dot qu'il a reçue, ne pourra provoquer le survivant à aucun inventaire ni partage, cette clause n'empêche pas l'enfant, lorsqu'il deviendra héritier du prédécédé, de demander en cette qualité au survivant, inventaire et partage des biens de la communauté : la clause n'a d'autre effet, dans ces

coutumes, si ce n'est que l'enfant qui, en demandant au survivant partage, manque à la condition sous laquelle le survivant a contribué à la dot, est obligé d'imputer en entier la dot qu'il a reçue sur la succession du prédécédé.

Cette convention, que l'enfant ne pourra provoquer le survivant à partage, n'est différente de celle par laquelle on convient que la dot que des père et mère donnent à un enfant, sera imputée sur la succession du premier décédé, sinon que, dans le cas de celle-ci, il n'y a absolument que celui qui meurt le premier, qui soit censé avoir doté : la dot doit être imputée en entier sur la succession, en quelque cas que ce soit, dans le cas auquel l'enfant n'auroit pas demandé partage au survivant et l'auroit laissé jouir des biens du prédécédé, aussi bien que dans le cas auquel il l'auroit demandé. Au contraire, dans l'espèce de la clause par laquelle il est seulement dit que l'enfant ne pourra provoquer le survivant à partage, ce sont les deux conjoints qui donnent la dot; sauf que le survivant n'est censé y avoir concouru et contribué que sous la condition portée au contrat, que l'enfant ne le provoquera pas à partage. C'est pourquoi lorsque l'enfant contrevient à la condition, en demandant partage au survivant, le survivant est censé n'avoir pas doté, et l'enfant doit imputer en entier sur la succession du prédécédé la dot qu'il a reçue. Au contraire, lorsque l'enfant a satisfait à la condition, en laissant jouir le survivant jusqu'à la fin de sa vie, l'enfant qui vient au partage de la succession du prédécédé avec les autres enfants qui n'ont pas été dotés, n'est obligé de rapporter à cette succession que la moitié de la dot qu'il a reçue; et il peut, en renonçant à la succession du survivant, retenir l'autre moitié de la dot.

Il en est de même, quoique l'enfant doté par ses père et mère avec cette clause, ait, après la mort du prédécédé, partagé les biens de la communauté avec le survivant, pourvu que ce ne soit pas lui qui ait demandé ce partage.

APPENDICE

AU TRAITÉ DES DONATIONS

ENTRE MARI ET FEMME.

INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE LXVIII DE LA COUTUME DE DUNOIS.

1. L'ARTICLE 68 de la coutume de Dunois, locale de celle de Blois, contient une disposition qui lui est particulière, par laquelle elle ne permet aux conjoints par mariage de se rien donner pendant leur mariage, que par une donation mutuelle qui soit confirmée par un testament mutuel; ou de se donner par un testament mutuel, sans qu'il soit précédé de donation.

Cette disposition étant particulière à cette coutume, et personne, que je sache, n'ayant jusqu'à présent rien donné au public sur cette coutume, j'ai entrepris de donner une interprétation de l'article qui la contient.

Cet article est conçu en ces termes :

« Homme et femme conjoints par mariage, sains d'en-
« tendement, peuvent donner à toujoursmais l'un à l'autre,
« par don mutuel fait entre vifs, et confirmé par testament
« seulement fait ensemblement, tous et chacun leurs biens
« meubles, et acquérements immeubles, tant en propriété
« qu'en usufruit, qu'ils auront lors du trépas du premier
« décédé d'eux deux, et l'usufruit de tous les héritages
« propres, la vie durant du survivant seulement : et vaut
« ladite donation, soit qu'ils aient enfants, ou non, à la
« charge toutesfois de nourrir, entretenir, pourvoir et as-
« signer leurs enfants selon leur état, durant leur mi-
« norité, ou qu'ils soient mariés, ou autrement pourvus;
« et payer les dettes, legs et funérailles du premier décédé,

« ensemble les charges foncières que doivent lesdits héritages, et iceux entretenir; et demeure ledit donataire saisi.

« Mais èsdites seigneuries de Marchenoir et Fréteval, « quand il y a enfants, lesdits meubles et conquêts ne se « peuvent donner à toujoursmais, et en icelles se peut faire « ledit don, sans le confirmer par testament. »

Cette disposition a quelque rapport à l'ancien droit romain qui étoit observé avant le sénatus-consulte rendu sous les empereurs Sévère et Antonin Caracalla, rapporté en la loi 32, ff. *de donat. int. vir. et ux.* Quoique, par ce sénatus-consulte, les donations entre conjoints par mariage soient confirmées de plein droit par le prédécès du donateur qui est mort sans les avoir révoquées, ces donations, par l'ancien droit, avant ledit sénatus-consulte, ne pouvoient être valables, si elles n'étoient expressément confirmées par le testament du donateur.

2. Avant que de venir à l'interprétation de cet article, il y a une question préliminaire à examiner, qui est de savoir si la disposition du présent article peut encore avoir lieu depuis l'ordonnance du mois d'août 1735, qui a abrogé l'usage des testaments mutuels. Il est dit par cette ordonnance, *art.* 77 : « Abrogeons l'usage des testaments ou « codicilles mutuels ou faits conjointement, soit par mari « et femme, soit par d'autres personnes : voulons qu'à « l'avenir ils soient regardés comme nuls et de nul effet « dans tous les pays de notre domination. »

La question s'en est élevée dans les coutumes de Dunois, et elle a été jugée par un arrêt du 27 mars 1759, qui a confirmé un testament mutuel entre mari et femme, du 12 septembre 1749, fait par conséquent postérieurement à l'ordonnance de 1735. Cet arrêt, en confirmant ce testament, a clairement jugé que la disposition du présent article n'avoit pas été abrogée par l'article 77 de l'ordonnance de 1735, et qu'elle continuoit d'avoir lieu comme auparavant.

La décision de cet article est fondée sur une exception qui est en fin dudit article 77, où il est dit : « Sans rien « innover en ce qui concerne les donations mutuelles à

« cause de mort, jusqu'à ce qu'il y ait été par nous pourvu, « suivant la réserve portée par l'article 46 de notre ordon- « nance du mois de février 1731. »

Et ledit article 46 porte : « N'entendons comprendre dans « les dispositions de la présente ordonnance ce qui con- « cerne les dons mutuels, et autres donations faites entre « mari et femme.... jusqu'à ce qu'il y ait été autrement « par nous pourvu. »

L'arrêt a jugé que les testaments mutuels permis par la coutume de Dunois entre conjoints par mariage, étoient par-là suffisamment exceptés de la disposition de l'ordonnance de 1735, qui abroge l'usage des testaments mutuels.

La raison ultérieure de cette exception est, que l'ordonnance, en abrogeant l'usage des testaments mutuels, n'a voulu autre chose, sinon que pour obvier autant qu'il étoit possible aux suggestions, qui sont plus à craindre dans les testaments mutuels que dans les testaments simples, les personnes qui pouvoient faire auparavant leurs dispositions testamentaires, ou par des testaments simples, ou par des testaments mutuels, ne pourroient plus à l'avenir se servir que de la voie du testament simple; mais l'intention de l'ordonnance n'a point été de priver personne de faire les dispositions testamentaires que les lois lui permettent de faire, et de les faire envers les personnes envers qui les lois lui permettent de les faire. L'ordonnance n'a donc pas eu intention d'interdire aux conjoints par mariage les testaments mutuels que la coutume de Dunois leur permet : car cette coutume ne leur accordant que la voie du testament mutuel pour se donner leurs biens l'un à l'autre, et ne leur accordant pas la voie du testament simple; si le testament mutuel leur étoit interdit, il ne leur resteroit aucune voie pour pouvoir se rien donner l'un à l'autre, et ils seroient privés de la faculté que la loi qui régit leurs biens, leur accorde d'en disposer l'un envers l'autre; ce qui n'a pas été l'intention de l'ordonnance.

3. Les testaments mutuels permis aux conjoints par mariage par cet article de la coutume, le sont-ils même dans les seigneuries de Marchenoir et Fréteval? La raison de

douter est, qu'étant permis dans ces seigneuries, aux conjoints par mariage, de se faire l'un à l'autre don mutuel, sans qu'il soit besoin qu'il soit confirmé par un testament mutuel, comme cela est requis dans tout le reste du Dunois, l'abrogation des testaments mutuels ne les prive pas de la faculté de se donner l'un à l'autre, puisqu'ils peuvent le faire par don mutuel, sans faire de testament mutuel. Néanmoins, il faut décider que les testaments mutuels entre conjoints par mariage doivent encore avoir lieu dans ces seigneuries; autrement les conjoints par mariage y auroient bien le pouvoir de se donner l'un à l'autre, mais ils n'y auroient pas le pouvoir de tester l'un au profit de l'autre, la coutume ne leur permettant de le faire que par la seule voie du testament mutuel. Or, l'intention de l'ordonnance n'a pas été de priver personne de la faculté de tester au profit des personnes envers qui les lois permettent de disposer, pas plus que de la faculté de leur donner.

4. Observez que l'usage des testaments mutuels n'ayant été conservé dans la coutume de Dunois que pour les dispositions qu'elle permet aux conjoints par mariage de se faire par testament mutuel, leur testament mutuel ne peut être valable que pour les dispositions qu'ils s'y font l'un à l'autre; ils ne peuvent plus, comme ils le pouvoient avant l'ordonnance de 1735, faire valablement, par leur testament mutuel, des dispositions testamentaires envers des tiers, ces dispositions se trouvant aujourd'hui prohibées par l'ordonnance de 1735 : chacun des conjoints doit donc faire séparément hors du testament mutuel, par un testament simple, toutes les dispositions testamentaires qu'il juge à propos de faire envers des tiers.

5. Observez que les conjoints par mariage peuvent bien, par le testament mutuel que cette coutume permet, disposer valablement l'un envers l'autre des biens régis par cette coutume, c'est-à-dire, de ceux qui y sont situés, quelque part où les conjoints aient leur domicile, et de ceux qui n'ont pas de situation, lorsque les conjoints ont leur domicile dans le Dunois; mais ils ne peuvent pas valablement disposer, l'un envers l'autre, par ce testament mutuel, des biens

régis par d'autres coutumes qui permettent simplement aux conjoints de se donner l'un à l'autre par testament; ils doivent chacun séparément disposer l'un envers l'autre desdits biens par un testament simple.

Passons présentement à l'interprétation de cet article.

Pour l'interprétation de cet article, nous examinerons, dans un premier paragraphe, le motif de sa disposition. Nous traiterons, dans un second, de la nature des donations et testaments qu'il permet. Dans un troisième, nous verrons quels sont les conjoints par mariage auxquels cet article permet de se donner l'un à l'autre; dans un quatrième, quels sont les biens qu'il leur permet de se donner l'un à l'autre; dans un cinquième, quelles sont les charges qu'il impose au donataire; enfin, dans un sixième, nous traiterons de l'exécution du don mutuel permis par cet article.

§. I. Du motif de la disposition de l'article.

6. Nous examinerons d'abord pourquoi la coutume ne permet aux conjoints de se rien donner l'un à l'autre que par des dispositions mutuelles, et non par des donations simples ou par des legs simples que l'un feroit à l'autre. La raison est, que la donation entre vifs ou testamentaire simple, que l'un des conjoints feroit à l'autre, est un véritable avantage. La coutume ne les permet pas, comme contraires à la loi générale qui interdit aux conjoints de se faire aucuns avantages pendant le mariage: au contraire, elle leur permet de se donner par don mutuel, ou par testament mutuel, parceque les avantages que ces actes renferment ne sont qu'improprement des avantages, ce que le survivant reçoit du don que lui a fait le prédécédé, n'étant pas tant un avantage que lui ait fait le prédécédé, que le prix du risque qu'il a couru d'en laisser autant ou presque autant au prédécédé, si c'eût été lui qui eût survécu.

7. Il nous reste à examiner le motif pour lequel la coutume veut que le don mutuel que se font les conjoints par mariage, soit confirmé par un testament mutuel. Il paroît tiré de la crainte que la coutume a eue que le grand ascen-

dant que l'union conjugale donne souvent à l'un des conjoints sur la volonté de l'autre, n'empêchât souvent que leur consentement qu'ils donnent à leur don mutuel, ne fût pas toujours aussi libre et aussi parfait que doit l'être le consentement qu'on donne à un acte irrévocable. C'est pourquoi la coutume a voulu qu'ils ne pussent faire que par des actes révocables le don mutuel qu'elle leur permet, afin que le pouvoir qu'ils conservent de le révoquer, fût un remède contre le défaut de liberté qu'ils auroient pu avoir en le faisant.

§. II. De la nature des donations et testaments permis par cet article.

8. L'article dit, peuvent donner l'un à l'autre *par don mutuel fait entre vifs, confirmé par testament.* Quoique l'article se soit servi de ces termes, *fait entre vifs*, néanmoins les donations mutuelles qu'il permet aux conjoints de se faire l'un à l'autre, ne sont pas de véritables donations entre vifs; ce sont de pures donations pour cause de mort, puisque, après que les conjoints ont fait leur don mutuel, chacun d'eux demeure le maître de détruire la donation qu'il a faite à l'autre, soit en ne faisant pas le testament mutuel qui est nécessaire pour la confirmer, soit en révoquant celui par lequel elle a été confirmée. Il manque donc à ces donations le caractère d'irrévocabilité qui est essentiel aux donations entre vifs; et elles ont au contraire celui de révocabilité, qui est le caractère distinctif des donations pour cause de mort. Ces termes, *fait entre vifs,* ne signifient donc autre chose que *conçu dans les termes et fait dans la forme extérieure d'un don entre vifs;* mais ils ne veulent pas dire que ce don soit un véritable don entre vifs.

9. Ce que nous venons de dire souffre exception à l'égard du don mutuel que les conjoints par mariage se font dans les seigneuries de Marchenoir et de Fréteval, dans lesquelles il est dit, à la fin de l'article, que le don mutuel n'a pas besoin d'être confirmé par testament. Rien n'empêche qu'on ne puisse le regarder comme un véritable don entre vifs irrévocable, et tel, à cet égard, que le don mutuel que les conjoints par mariage se font dans les autres coutumes.

Les conjoints par mariage peuvent, dans ces deux seigneuries, s'avantager de deux manières différentes; ou par un don mutuel entre vifs, qui est irrévocable, ou par un testament mutuel, lorsqu'ils veulent conserver la faculté de révoquer leur donation.

10. Dans le reste de la province de Dunois, quoique la coutume paroisse accorder aux conjoints par mariage deux voies de s'avantager, celle du don mutuel qui doit être confirmé par un testament mutuel, et celle d'un testament mutuel seul, ils n'en ont néanmoins proprement qu'une, qui est celle du testament mutuel; le don mutuel que la coutume leur permet de se faire, lequel a besoin d'être confirmé par un testament mutuel, étant un acte tout-à-fait inutile et superflu, puisqu'il ne peut avoir plus d'effet qu'un testament mutuel qui n'est précédé d'aucun don mutuel.

11. Le testament mutuel que la coutume permet par cet article aux conjoints par mariage, est, par sa nature de testament, révocable par la volonté seule de chacun des conjoints qui l'ont fait, sans qu'il soit besoin que la volonté de l'autre conjoint concoure pour cette révocation.

L'un des conjoints, en révoquant le testament mutuel qu'ils ont fait, détruit non seulement la donation testamentaire qu'il a faite à l'autre conjoint par ce testament, mais il détruit pareillement celle que l'autre conjoint lui a faite, quand même celui qui la lui a faite déclareroit expressément qu'il persévère dans sa volonté; car la donation testamentaire que l'un des conjoints a faite, à l'autre ne subsistant plus, par la révocation qu'il en a faite, celle que l'autre conjoint lui a faite cesse d'être mutuelle; et n'étant plus mutuelle, elle ne peut plus subsister, la coutume n'ayant permis aux conjoints par mariage de s'avantager l'un l'autre que par des dispositions mutuelles.

12. Ricard, en son Traité du Don mutuel, *n.* 237, apporte une limitation au principe de la révocabilité des testaments mutuels : il dit que, quoique régulièrement les testaments soient révocables jusqu'au dernier moment de la vie du testateur, néanmoins, lorsque deux personnes ont fait l'une au profit de l'autre un testament mutuel,

elles ne doivent pas attendre pour le révoquer qu'elles soient à l'extrémité; et que la révocation que le prédécédé a faite pendant la dernière maladie dont il est décédé peu après, doit être réputée frauduleuse, et déclarée nulle, n'étant pas juste que le survivant, après avoir couru tout le risque de laisser son bien au prédécédé, si le prédécédé lui survivoit, dans l'espérance de recueillir celui du prédécédé, s'il lui survivoit, fût, par la révocation du testament mutuel, privé de recueillir le fruit de cette espérance dans un temps où il étoit sur le point de le recueillir. Il est en quelque façon contre la bonne foi, que le prédécédé qui n'a point révoqué le testament mutuel, tant qu'il a pu espérer que ce seroit lui qui, par sa survie, en recueilleroit le bénéfice, enlève au survivant ce bénéfice, lorsqu'il voit que le survivant est sur le point de le recueillir,

Ricard autorise son avis par deux arrêts, l'un du 12 avril 1613, et l'autre du 18 mars 1617, rapportés par Brodeau sur Louet, *lettre T*, *art.* 10, qui ont déclaré nulle une révocation du don mutuel faite par l'un des conjoints dans la dernière maladie, dans la coutume de Poitou, où, suivant l'article 213 de cette coutume, le don mutuel est un don pour cause de mort, révocable par l'un des conjoints sans le consentement de l'autre.

13. Ricard demande encore, pour la validité de la révocation du testament mutuel, que le conjoint qui l'a faite, l'ait notifiée à l'autre conjoint par un acte en forme probante. Il se fonde sur deux arrêts des 15 juin 1591, et 9 juillet 1618, rapportés par Brodeau au même lieu, qui ont déclaré nulle la révocation d'un testament mutuel, faite par l'une des parties, sans avoir été notifiée à l'autre. Cela a été ainsi jugé pour empêcher les fraudes; car si l'on souffroit que ces révocations pussent être tenues secrètes, un conjoint auroit une voie ouverte pour pouvoir, en fraude de la réciprocité qui doit intervenir dans le testament, profiter seul de la donation testamentaire qui lui a été faite par l'autre conjoint, sans que l'autre conjoint pût jamais profiter de celle qu'il lui a faite, en ne faisant paroître cette révocation que dans le cas auquel l'autre conjoint survi-

vroit, pour le priver du bénéfice du testament mutuel; et en supprimant au contraire cette révocation, dans le cas auquel l'autre conjoint prédécéderoit.

14. Ricard observe fort bien que quoique, dans l'espèce de ces deux arrêts, la révocation du testament mutuel faite par le conjoint prédécédé n'eût point été notifiée du tout, de son vivant, à l'autre conjoint, et n'eût été produite qu'après sa mort, elle devroit être pareillement déclarée nulle dans le cas auquel on auroit attendu à la notifier au temps de la dernière maladie du prédécédé qui l'a faite; la même fraude n'étant pas moins à craindre dans ce cas, que dans le cas auquel la notification n'a pas été faite du tout : car c'est à cet égard la même chose, qu'il n'ait point notifié du tout la révocation du testament mutuel, ou qu'il ait, pour la notifier, attendu le temps auquel il ne pouvoit plus avoir l'espérance de survivre, et de profiter du testament mutuel.

15. Il nous reste une chose à observer sur la nature du don mutuel permis par cette coutume. Quoique, suivant notre observation *suprà*, *n.* 6, on puisse le regarder en quelque façon comme n'étant pas un avantage proprement dit, que le prédécédé ait fait au survivant donataire mutuel, lequel est censé avoir, en quelque façon, acheté ce qui lui a été donné, par le risque qu'il a couru d'en laisser autant, ou presque autant, au prédécédé, si c'eût été le prédécédé qui eût survécu; néanmoins, lorsqu'on considère ce don mutuel du côté du motif qui a porté les conjoints à le faire, qui est celui d'amitié et de bienfaisance, et de la fin qu'ils se sont proposée en le faisant, qui est celle de faire du bien au survivant, le don mutuel peut passer pour un véritable don que le prédécédé a fait au survivant. En conséquence, lorsque le survivant donataire mutuel passe à de secondes noces, il doit, conformément à la disposition du second chef de l'Édit des secondes noces, conserver aux enfants de son premier mariage ce qu'il a recueilli de ce don mutuel, pour leur être restitué après sa mort. C'est ce qui a été jugé par sentence du bailliage de Blois du 20 juin 1750, confirmative de celle du bailliage de Châteaudun.

§. III. Entre quels conjoints par mariage la coutume permet-elle les dispositions qu'elle permet par cet article?

16. La coutume dit : *Homme et femme conjoints par mariage.* Il est évident que cela ne peut s'entendre que de ceux qui sont conjoints par un mariage valablement contracté, et qui ait les effets civils, ou auquel, quoiqu'il ne fût pas valablement contracté, la bonne foi des parties qui l'ont contracté avoit donné les effets civils. *Voyez* ce que nous avons dit à cet égard dans notre Traité, *suprà, n.* 30.

17. Il faut, en second lieu, que les conjoints par mariage aient les droits de citoyen. Il est vrai, suivant que nous l'avons enseigné en notre Traité du Don mutuel, *n.* 160, que les étrangers domiciliés en France, quoiqu'ils n'y soient pas naturalisés, peuvent faire ensemble les dons mutuels entre vifs, permis entre homme et femme par les coutumes; mais c'est parce que les dons mutuels entre vifs sont des actes qui appartiennent au droit des gens, dont les étrangers sont capables aussi bien que les citoyens. Il n'en est pas de même des testaments. Ces actes appartiennent au droit civil, qui ne les a établis que pour les citoyens, et dont les étrangers, qui n'ont pas les droits de citoyen, sont incapables. Ils ne peuvent donc pas être capables des dons mutuels que la coutume permet aux conjoints par mariage de faire ensemble, n'étant pas capables de faire le testament qui est nécessaire pour le confirmer.

Dans les seigneuries de Marchenoir et Fréteval, qui permettent aux conjoints par mariage de se faire un don mutuel, sans qu'il soit besoin de le confirmer par testament, les conjoints par mariage étrangers, quoique non naturalisés, peuvent se faire ce don mutuel.

18. Pour que le testament mutuel que la coutume permet aux conjoints par mariage de se faire l'un au profit de l'autre, puisse être valable, il faut que, lors de la confection du testament mutuel, l'un des conjoints qui se sont fait ce testament, ne fût pas déja malade de sa dernière maladie dont il est mort peu après; car si cela étoit, le testament mutuel seroit nul de part et d'autre. La raison est que,

comme nous l'avons déja observé *suprà*, *n.* 6, les donations que la coutume permet aux conjoints de se faire l'un à l'autre, doivent être des donations qui ne soient pas tant un avantage que le prédécédé fasse au survivant, que le prix du risque que le survivant a couru d'en laisser autant ou presque autant, au prédécédé, si le prédécédé eût survécu. Il faut en conséquence que le testament que la coutume permet soit un testament mutuel, dont chacune des parties puisse raisonnablement espérer de percevoir le bénéfice. Or il est évident que le testament mutuel que se sont fait deux conjoints, dont l'un étoit, lors de la confection, grièvement malade de la maladie dont il est mort peu après, ne peut avoir ce caractère : il n'est donc pas celui que la coutume permet, et il ne peut être valable.

19. *Quid*, si, lors de la confection du testament mutuel, l'une et l'autre des parties étoient grièvement malades de la maladie dont l'une et l'autre sont décédées, tellement qu'il fût alors absolument incertain laquelle des deux mourroit la première, leur testament mutuel seroit-il valable? Un jurisconsulte de la province, que j'ai consulté sur cette question, a trouvé qu'elle souffriroit difficulté. Pour moi, je pense que le testament seroit valable. Il est vrai que dans les coutumes de Paris, et autres semblables, le don mutuel fait pendant la dernière maladie des conjoints ne peut être valable. La raison est, que le don mutuel que ces coutumes permettent, est un don entre vifs, et que, suivant les principes de notre droit françois, les personnes malades de la maladie dont elles décèdent, lorsque la maladie a déja un trait prochain à la mort, ne sont plus capables de faire des dons entre vifs. Mais le don mutuel que la coutume de Dunois permet, est un don mutuel testamentaire. Le testament étant un acte dont la nature est de pouvoir se faire, et même de se faire souvent pendant la dernière maladie, les conjoints, quoique malades de la maladie dont ils sont décédés l'un et l'autre, étoient capables de ce don mutuel testamentaire. Si, dans le cas de l'espèce précédente, auquel, lors de la confection du testament mutuel, il n'y avoit que l'un des conjoints qui fût malade de la maladie dont il est

décédé, le testament mutuel n'est pas valable, c'est par la seule raison que le testament, dans ce cas, n'est pas proprement *mutuel :* il n'y a proprement, en ce cas, que le moribond qui donne à l'autre conjoint ; la donation que l'autre conjoint fait réciproquement, en cas de survie, au moribond, n'est pas sérieuse, étant moralement certain qu'il ne survivra pas. Cette raison ne se rencontre pas dans le cas auquel, lors de la confection du testament, les deux conjoints étoient pareillement malades de la maladie dont ils sont morts l'un et l'autre, tellement qu'il étoit incertain lequel des deux conjoints mourroit le premier; chacun d'eux, en ce cas, ayant pu raisonnablement espérer de survivre, et de recueillir le bénéfice du testament. Le testament est véritablement, dans ce cas, testament mutuel, et je ne vois aucune raison pour laquelle il ne seroit pas valable. Je vais plus loin, et je pense que s'il est justifié que, lors de la confection du testament mutuel, les deux conjoints fussent alors grièvement malades, et dans un égal ou presque égal danger de mort, la donation mutuelle faite par le prédécédé mort de cette maladie, au survivant, ne laisseroit pas d'être valable, quoique depuis il fût revenu en convalescence; car il suffit pour cela que, lors de la confection du testament, il fût absolument incertain lequel mourroit le premier, et que chacune des parties ait pu raisonnablement espérer de recueillir le bénéfice du testament.

20. Est-il nécessaire dans cette coutume, pour que les conjoints puissent se faire un don mutuel, qu'ils soient communs en biens? Le jurisconsulte que j'ai consulté sur cette question, tient l'affirmative, et il appuie son opinion de l'autorité d'une note sur l'*article* 68, qui se trouve dans un ancien manuscrit qu'il a en sa possession. Je conviens que les conjoints qui ne sont pas communs en biens, ne peuvent se faire aucun don mutuel en propriété. La coutume n'ayant permis aux conjoints le don mutuel en propriété que des biens de leur communauté, comme nous le verrons au paragraphe suivant, c'est une conséquence que les conjoints qui, n'étant pas communs en biens, ne peuvent avoir des biens de cette espèce, ne puissent se faire

de don mutuel en propriété : mais la coutume ayant permis aussi aux conjoints de se faire don mutuel en usufruit de leurs biens propres, je ne vois aucune raison qui empêche les conjoints qui ne sont pas communs, de se faire ce don mutuel en usufruit. La coutume n'ayant point dit que les conjoints dussent être communs pour se faire ce don mutuel en usufruit, on ne doit point exiger des conjoints, pour le faire, ce que la coutume n'a point exigé. On oppose que le don mutuel en usufruit, que la coutume permet aux conjoints de se faire de leurs biens propres, n'est qu'un accessoire de celui qu'elle leur permet de se faire des biens de leur communauté; que l'accessoire ne pouvant pas être sans le principal, les conjoints qui ne sont pas communs en biens ne pouvant se faire don mutuel de ce qu'il y a de principal dans le don mutuel que la coutume permet, ils ne peuvent pas se faire don mutuel de ce qui n'en est que l'accessoire. Je réponds en niant le principe que le don mutuel des propres en usufruit que la coutume permet, ne soit qu'un accessoire du don mutuel des biens de la communauté; je ne vois rien dans le texte de l'article 68, d'où l'on puisse inférer ce prétendu principe : le don mutuel des propres en usufruit me paroît y être permis aussi principalement que l'est celui des biens de la communauté.

21. Observez néanmoins que, pour que le don mutuel que des conjoints non communs se seroient fait de tous leurs biens en usufruit, soit valable, il faut qu'il n'y ait pas entre eux une trop grande disproportion de fortune; car la grande inégalité qui se trouveroit, en ce cas, dans leur don mutuel, est contraire à la nature du don mutuel que la coutume permet entre conjoints, lequel ne doit pas paroître un avantage que l'un des conjoints fasse à l'autre, comme nous l'avons observé *suprà*, *n.* 6.

C'est pourquoi, dans cette espèce d'une grande disproportion de fortune, pour que le don mutuel que les conjoints voudroient se faire, soit valable, il faut qu'il soit porté par le don mutuel, que *les conjoints se sont fait de part et d'autre don mutuel au survivant d'eux de l'usufruit de leurs biens, néanmoins jusqu'à concurrence seu-*

lement d'une telle somme de revenu annuel, laquelle ne doit pas excéder celle à laquelle monte le revenu de celui des conjoints qui a le moins de fortune.

22. Il n'importe pas non plus qu'ils soient mineurs ou majeurs, la coutume n'ayant point dit quel âge ils devoient avoir, et s'étant contentée de dire qu'ils devoient être sains d'entendement.

§. IV. Des choses dont cet article permet de disposer.

23. Le texte porte : « Peuvent donner l'un à l'autre..... « tous et chacuns leurs *biens meubles et acquérements im-* « *meubles*, tant en propriété qu'en usufruit, qu'ils auront « lors du trépas du premier décédé des deux, et l'usufruit « de tous leurs *héritages propres*, la vie durant du survi- « vant seulement. »

Il résulte de ce texte, que cet article permet aux conjoints de disposer mutuellement l'un envers l'autre de tous leurs biens, de quelque nature qu'ils soient, avec cette distinction, qu'il leur permet de se donner l'un à l'autre non seulement l'usufruit, mais même, s'ils le jugent à propos, la propriété de leurs *biens meubles et acquérements immeubles;* au lieu qu'il ne leur permet de se donner l'un à l'autre que l'usufruit de leurs héritages propres.

24. Qu'entend la coutume par ces termes, *acquérements immeubles?* Elle en a donné elle-même l'explication par ce qui est dit à la fin de l'article : *Mais èsdites seigneuries de Marchenoir et Fréteval, quand il y a des enfants,* LESDITS *meubles et conquêts ne se peuvent donner à toujours.* Ce terme, *lesdits*, qui est relatif à ce qu'elle a dit plus haut *des acquérements immeubles*, déclare suffisamment que ce qu'elle a appelé plus haut *acquérements immeubles*, est ce qu'elle appelle ici *conquêts*, et qu'elle n'a par conséquent compris, sous ce terme, *acquérements immeubles*, que les conquêts de la communauté, et non les acquêts que chacun des conjoints a faits avant le mariage, qui n'ont point été apportés en communauté, et qui sont propres de communauté.

La coutume, en l'*art.* 57, donne aussi promiscuement

aux héritages de la communauté les noms de *conquêts* et d'*acquérements*.

25. Pareillement, par ces termes, *et de l'usufruit de tous leurs héritages* PROPRES, la coutume entend tous les héritages *propres de communauté*, non seulement leurs héritages patrimoniaux qui leur viennent de succession, mais aussi ceux qu'ils ont acquis avant leur mariage, et qui sont *propres* de communauté. C'est une suite de l'interprétation que nous venons de donner des termes *acquérements immeubles*. La coutume n'ayant point placé les acquêts faits avant le mariage sous ces termes d'*acquérements immeubles*, dans la classe des biens qu'elle permet aux conjoints de se donner en propriété, c'est une conséquence qu'elle les a placés sous les termes *d'héritages propres*, dans l'autre classe des biens dont elle ne leur permet de se donner que l'usufruit.

Cette interprétation est autorisée par un ancien arrêt, connu dans la province sous le nom de l'arrêt des Pichery, lequel, suivant la tradition des anciens praticiens, a jugé que les acquêts immeubles faits avant le mariage étoient du nombre de ceux dont cet article de la coutume ne permet aux conjoints par mariage de se donner que l'usufruit.

La raison de la différence que la coutume a mise entre les héritages conquêts de la communauté, et entre les autres héritages des conjoints, en permettant aux conjoints de se donner l'un à l'autre en propriété les conquêts, et en ne leur permettant de se donner que l'usufruit des autres héritages, se tire de la faveur que méritent à cet égard les conquêts, qui sont le fruit de leur collaboration.

26. On peut faire une seconde question sur l'interprétation des termes *tous et chacuns leurs biens meubles et acquérements immeubles*, qui est de savoir si, sous ces termes, *leurs biens meubles*, la coutume ne comprend que les biens meubles qui composent leur communauté, de même qu'elle ne comprend que les acquêts de communauté sous le terme d'*acquérements meubles;* ou si, sous ces termes, *tous et chacuns leurs biens meubles*, elle comprend tous leurs biens mobiliers, sans aucune exception, tant ceux qui composent la communauté que les autres.

La coutume ayant uni ces termes, *tous et chacuns leurs biens meubles*, à ceux-ci, *et acquérements immeubles*, il y a lieu de penser qu'elle les a entendus dans le même sens. Or il a été démontré au nombre précédent, que la coutume, en cet *article* 68, n'avoit entendu par ces termes, *acquérements immeubles*, que les acquêts immeubles de la communauté. Donc il y a lieu de croire que, par ces termes, *tous et chacuns leurs biens meubles*, elle n'a pareillement entendu que les biens meubles de la communauté. On ajoute que dans le langage ordinaire des cotuumes, lorsqu'elles joignent ce terme *meubles*, avec ceux-ci, *conquêts, meubles et conquêts*, elles n'entendent par *meubles* que ceux de la communauté, comme dans l'*art.* 281 de la coutume d'Orléans, où il est dit : Homme et femme..... peuvent faire don mutuel de *leurs meubles et conquêts immeubles*. Il n'est pas révoqué en doute que par ces termes, *leurs meubles*, la coutume n'entend que les meubles de la communauté. Pareillement ces termes de l'*art.* 68, *tous et chacuns leurs meubles et acquérements immeubles*, étant la même chose que ceux-ci *meubles et conquêts immeubles*, ces termes ne doivent s'entendre que des meubles de la communauté.

On opposera peut-être que la coutume, après avoir fait une première classe des biens dont elle permet aux conjoints par mariage de se faire un don mutuel, même en propriété, fait ensuite une seconde classe de ceux dont elle ne leur permet de se faire don mutuel qu'en usufruit; et pour déclarer quels sont les biens dont elle compose cette classe, elle s'exprime en ces termes, *l'usufruit de tous leurs héritages propres, la vie durant du survivant seulement*. Or, dit-on, ces termes, *héritages propres*, ne doivent s'entendre que des propres réels, c'est-à-dire, des héritages et des immeubles. Donc, conclut-on, les biens meubles que chacun des conjoints a hors de la communauté, qu'on appelle propres fictifs, ne sont point compris dans cette seconde classe des biens dont la coutume ne permet le don mutuel qu'en usufruit : ils doivent donc être compris dans la classe de ceux dont elle permet aux conjoints de se faire don mutuel en propriété.

On répond que ces termes, *héritages propres*, dans leur sens propre, ne s'entendent, à la vérité, que des immeubles réels; mais quelquefois, *lato sensu*, ils comprennent tous les *propres*, même les propres fictifs, c'est-à-dire, les biens meubles que la fiction regarde comme immeubles et héritages, à l'effet de les empêcher d'entrer dans la communauté. C'est en ce sens large que les termes d'*héritages propres* sont entendus dans cet article; et c'est l'interprétation que leur a donnée l'usage de la province de Dunois. Il n'y a pas plus de deux ans que la question s'étant présentée au bailliage de Châteaudun, il fut jugé que les biens meubles qui étoient propres à chacun des conjoints, ne pouvoient entrer que pour l'usufruit dans leur don mutuel. Il est vrai qu'il y a eu appel de cette sentence, lequel a été porté à Blois, et de Blois au parlement, où j'ignore si cet appel a été jugé.

27. On peut faire cette question sur le don mutuel que la coutume permet par cet article aux conjoints de se faire de leurs meubles et conquêts, tant en propriété qu'en usufruit : l'un d'eux pourroit-il donner la propriété de ses meubles et conquêts à l'autre, qui ne lui donneroit que l'usufruit des siens? ce don seroit il valable? Je ne crois pas qu'il fût valable; car il ne seroit pas *mutuel* et réciproque à l'égard de la propriété. Or, la coutume ne permet aucun don entre conjoints par mariage, que celui qui est mutuel et réciproque.

On opposera peut-être que la coutume n'ayant pas dit que les conjoints doivent se donner *également*. comme le dit la coutume de Paris, il suffit, pour que le don mutuel soit valable, que chacun des conjoints ait donné quelque chose à l'autre; mais il n'est pas nécessaire que chacun donne à l'autre autant que l'autre lui a donné : d'où on conclut que le don mutuel ne laisse pas d'être valable, quoique l'un ait donné la propriété de sa portion des biens de la communauté à l'autre, qui ne lui a donné que l'usufruit de la sienne.

Je réponds, que si la coutume ne s'est point expliquée comme celle de Paris sur l'égalité du don mutuel, on en doit seulement conclure qu'elle ne requiert pas dans le don mutuel une égalité aussi rigoureuse que celle que re-

quiert la coutume de Paris. C'est pourquoi le don mutuel qu'elle permet aux conjoints de se faire l'un à l'autre de l'usufruit de tous leurs propres, ne laisse pas d'être valable, quoique l'un des conjoints ait plus de propres que l'autre. Pourvu que les conjoints se donnent aussi pleinement l'un et l'autre ce qu'ils ont à se donner de part et d'autre, la coutume ne fait pas attention à quelque inégalité qui se trouveroit dans la quantité des choses qu'ils se sont données; mais la coutume n'entend pas permettre un don qui, quoique mutuel *aliquatenùs*, présente un avantage évident que l'un des conjoints feroit à l'autre. La coutume n'ayant permis entre conjoints que les donations mutuelles et réciproques, son esprit, comme nous l'avons déja observé *suprà, n.* 6, est de ne pas permettre que l'un des conjoints puisse avantager l'autre pendant le mariage. Elle regarde le don mutuel qu'elle leur permet, comme n'étant pas un avantage, chacun recevant en espérance de l'autre autant ou à peu près autant que ce qu'il lui donne : mais on ne peut considérer la donation que l'un des conjoints fait de la propriété de la moitié qui lui appartient dans les biens de la communauté à l'autre conjoint, qui de son côté ne lui donne que l'usufruit de la sienne, autrement que comme un avantage qu'il lui fait, qui ne peut par conséquent être valable.

28. La donation de celui qui a donné la propriété, est-elle réductible, seulement en ce cas, à l'usufruit? ou le don mutuel est-il, en ce cas, absolument nul de part et d'autre? *Voyez notre Traité du Don mutuel, n.* 167, où nous rapportons les raisons par lesquelles Ricard établit que le don mutuel est, en ce cas, absolument nul de part et d'autre.

29. Dans le cas auquel, par une clause du contrat de mariage, la femme n'auroit que le tiers dans la communauté; si elle donnoit la propriété de ce tiers à son mari, qui, de son côté, ne lui donneroit que l'usufruit de sa portion, le don mutuel seroit-il valable? La raison de douter est, que la femme qui donne à son mari la propriété du tiers à elle appartenant dans les biens de la communauté qui se trouveront lors de son décès, reçoit de lui un juste équivalent de ce qu'elle lui donne, par la donation qu'il lui fait

de l'usufruit des deux tiers desdits biens, ce qui empêche que la donation qu'elle lui fait de la propriété de son tiers ne soit un avantage.

Néanmoins je pense qu'elle n'est pas valable, faute de réciprocité; car pour qu'un don soit véritablement mutuel et réciproque, il faut non seulement que chacune des parties donne à l'autre, mais il faut qu'elles se donnent de la même manière; ce qui ne se rencontre pas lorsque l'une fait sa donation en propriété, et l'autre ne la fait qu'en usufruit.

C'est pourquoi dans cette espèce, où la femme n'étant commune que pour un tiers, n'a qu'un tiers à donner à son mari dans les biens de la communauté, son mari ne peut pareillement lui en donner qu'un tiers, qui est la moitié de la portion qu'il y a; et ils doivent se faire ce don mutuel, ou l'un et l'autre en propriété, ou l'un et l'autre en usufruit seulement.

30. On peut aussi faire quelques questions sur le don mutuel que la coutume permet aux conjoints de se faire de l'usufruit de leurs propres. On convient que, dans le cas auquel il n'y a que l'un des conjoints qui en ait, ce conjoint ne peut pas ajouter au don mutuel qu'il fait de ses meubles et acquêts à l'autre conjoint qui n'a point de propres, l'usufruit de ses propres; car le don ne seroit pas mutuel par rapport à cet usufruit de ses propres; et l'addition qu'il feroit seul de cet usufruit au don des meubles et acquêts, ne pourroit passer que pour un avantage qu'il feroit à l'autre conjoint.

31. Lorsque l'un des conjoints a des propres dont la quantité est de quelque considération, et l'autre n'a qu'un petit propre qui n'est d'aucune considération, *putà*, une rente d'un écu; c'est le même cas que celui auquel l'un des conjoints auroit des propres, et l'autre n'en auroit point du tout; car dans les choses morales, *parùm pro nihilò reputatur*.

32. Lorsque la quantité des propres que chacun des conjoints a, est de quelque considération; quoique l'un d'eux en ait plus que l'autre, ils peuvent chacun ajouter au don mutuel qu'ils se font de leurs meubles et conquêts, l'usu-

fruit de tous leurs propres, sans que celui qui en a plus que l'autre soit censé lui faire un avantage; car, comme il a été déja observé *suprà*, *n.* 22, la coutume, par cet *art.* 68, n'exige pas dans le don mutuel une égalité rigoureuse, telle que l'exige celle de Paris; elle suit au contraire ce principe du droit romain : *Non amarè nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est;* l. 28, §. 2, ff. *de donat. int. vir. et uxor.* S'il falloit qu'il y eût une égalité rigoureuse dans la donation mutuelle que la coutume permet aux conjoints de se faire de l'usufruit de leurs propres, il n'y auroit presque jamais lieu à ce don mutuel, le cas étant très rare que chacun des conjoints ait précisément autant de propres l'un comme l'autre.

33. J'ai vu faire la question, si lorsqu'il n'y a que l'un des conjoints qui ait des propres réels, il peut, par le don mutuel, en donner l'usufruit à l'autre conjoint, qui, de son côté, ne lui donne l'usufruit que de ses propres conventionnels, n'en ayant pas de réels; et pareillement, si, lorsqu'il n'y a que l'un des conjoints qui ait des propres conventionnels, il peut, par le don mutuel, en donner l'usufruit à l'autre, qui, de son côté, ne lui donne l'usufruit que de ses propres réels, n'en ayant pas de conventionnels. Il y en a qui pensent que lorsqu'il n'y a que l'un des conjoints qui ait des propres réels, quoique l'autre en ait de conventionnels, les propres réels ne peuvent pas être compris dans le don mutuel, parcequ'il manqueroit de réciprocité par rapport aux propres réels; et pareillement, que lorsqu'il n'y a que l'un des conjoints qui ait des propres conventionnels, quoique l'autre conjoint ait des propres réels, ses propres conventionnels ne peuvent entrer dans le don mutuel, parceequ'il n'y auroit pas de réciprocité par rapport auxdits propres conventionnels. Je ne suis pas de cet avis. La coutume, par l'*article* 68, n'ayant distingué, par rapport au don mutuel, que deux espèces de biens; l'une des biens de la communauté, dont elle permet de donner la propriété : l'autre, des biens propres; n'ayant fait, à l'égard desdits biens propres, aucune distinction des réels et des conventionnels, n'en ayant fait qu'une seule espèce et une seule classe de biens propres qu'elle permet

aux conjoints de se donner en usufruit seulement, il suffit, pour qu'il y ait réciprocité dans le don mutuel, et pour qu'il soit valable, que l'un et l'autre des conjoints aient des propres qu'ils se donnent réciproquement l'un à l'autre en usufruit, sans qu'il importe si ces propres qu'ils se donnent sont propres réels ou propres conventionnels.

§. V. Quelles sont les charges du don mutuel permis par cet article.

34. La coutume, en cet article 68, ne s'étant point expliquée sur la caution que doit donner le donataire mutuel, lorsque le don mutuel des meubles et conquêts a été fait en usufruit, on peut faire la question, si lorsque les conjoints ne s'en sont pas non plus expliqués par le contrat de don mutuel, le survivant donataire mutuel est obligé de donner caution fidéjussoire pour jouir de son usufruit. Je pense qu'il y est obligé. Je me fonde sur ce que, suivant les principes du droit établis au titre *usufr. quemadm. cav.*, cette caution est de la nature de l'usufruit, et qu'elle en est une charge naturelle à laquelle tous les usufruitiers sont de droit commun assujettis : *Hanc cautionem ad omnem usumfructum pertinere Julianus, libro* 38 *Digestorum, probat;* l. 13, *vers. hæc autem,* ff. *de usufr. Usufructu constituto consequens est, ut satisdatio boni viri arbitratu præbeatur;* l. 4, *Cod. de usufr.* La charge de donner caution étant une charge naturelle de l'usufruit, c'est une conséquence que pour que l'usufruitier puisse se dispenser de cette caution, il ne suffit pas que la loi et la convention qui ont établi son usufruit ne s'en soient pas expliquées, et ne l'y aient pas expressément assujetti; il faut au contraire qu'elles l'en aient expressément déchargé.

Mais si par le contrat de don mutuel que les conjoints se sont fait de l'usufruit de leurs meubles et conquêts, ils s'étoient expressément déchargés de donner caution, la convention seroit valable, et le survivant donataire mutuel ne seroit point en conséquence obligé d'en donner : car qui peut le plus, peut le moins. Or les conjoints pouvoient se donner en pleine propriété leurs meubles et conquêts, suivant la permission que la coutume leur en donne,

ce qui est plus que de se les donner en usufruit, sans charge de caution; donc ils peuvent ce qui est le moins, c'est-à-dire, se faire don en usufruit desdits meubles et conquêts, sans charge de caution.

35. Il n'en est pas de même du don mutuel que la coutume leur permet de se faire de l'usufruit de leurs propres: la coutume ne leur permettant de se faire ce don qu'en usufruit, et ne dispensant pas de la caution le donataire; si les conjoints, par le contrat de don mutuel qu'ils se font de l'usufruit desdits propres, dispensoient de la caution le donataire, ils feroient plus que ce que la coutume leur permet de faire; ils ajouteroient au don qu'ils se font de l'usufruit de leurs propres, qui est tout ce que la coutume leur permet à l'égard desdits propres, la décharge de donner caution : cette clause, comme exorbitante de ce que leur permet la coutume, ne peut donc être valable.

36. La coutume charge le donataire mutuel de payer les *dettes, legs et funérailles du premier décédé.*

Lorsque les conjoints ne se sont fait don que des biens de leur communauté, et qu'ils n'y ont point ajouté celui de l'usufruit de leurs propres, le donataire mutuel n'est tenu de payer que les dettes de la communauté, qui sont une charge des biens de la communauté, dont il est donataire; il n'est pas tenu de payer les dettes propres, c'est-à-dire, celles que le prédécédé devoit seul hors de la communauté; et si ce donataire mutuel étoit contraint de les payer au créancier, sur quelque action hypothécaire que le créancier auroit donnée contre lui, comme possesseur des conquêts du prédécédé qui y sont hypothéqués, le donataire mutuel doit avoir recours contre les héritiers du prédécédé, pour en être acquitté.

37. Outre les dettes, la communauté charge le donataire mutuel de payer *les legs et funérailles du premier décédé.*

Nous avons vu en notre Traité du Don mutuel, *n.* 231, que plusieurs coutumes imposoient pareillement au donataire mutuel cette charge de payer les legs et d'accomplir le testament du prédécédé; et nous avons observé que, suivant l'interprétation que la jurisprudence et les commentateurs ont donnée à ces dispositions, elles étoient bornées

aux legs modiques pour aumônes, prières, petits présents, etc., qui sont d'usage dans les testaments, et auxquels le donataire mutuel a dû s'attendre; mais qu'elles ne s'étendoient point à des legs considérables, qui donneroient une atteinte considérable au don mutuel. Je pense que la disposition du présent article doit souffrir la même limitation; qu'elle doit être bornée aux legs modiques, et ne doit pas être étendue à des legs considérables, faits par des actes séparés de celui qui contient le don mutuel, qui donneroient une atteinte considérable au don mutuel. Il est vrai que le don mutuel permis par cet article, étant un don mutuel qui est fait ou confirmé par testament, est de sa nature révocable, soit pour le tout, soit pour partie; mais, suivant la nature des testaments mutuels, pour que la révocation du don mutuel porté par le testament mutuel soit valable, il faut, comme nous l'avons observé ci-dessus, *n.* 12, que le donateur l'ait de son vivant notifiée au donataire; tout autre acte ne peut donner atteinte à ce don mutuel. Le donateur ne peut donc, après le testament mutuel, donner atteinte au don mutuel par quelque testament particulier qui contiendroit des legs considérables; le donataire mutuel ne doit donc pas être tenu desdits legs considérables.

38. Lorsque les conjoints ne se sont pas fait don mutuel en propriété de leurs meubles et conquêts, comme la coutume le leur permet, mais se sont fait ce don mutuel seulement en usufruit, les héritiers du donataire mutuel, lors de la restitution qu'ils doivent faire aux héritiers du prédécédé des biens dont le donataire mutuel a joui, doivent retenir sur lesdits biens tout ce que le donataire mutuel a payé pour les dettes, legs et funérailles du prédécédé; car ce sont charges desdits biens, qui les diminuent de plein droit.

Il n'y a que les arrérages des rentes dues par la communauté, courus pendant tout le temps qu'a duré la jouissance du donataire mutuel, que le donataire mutuel paie sans aucune répétition, ces arrérages étant des charges des revenus qu'il perçoit pendant ledit temps. A l'égard des arrérages courus jusqu'à la mort du prédécédé, qui étoient dus lors de la mort du prédécédé, et que le donataire mu-

tuel a payés, les héritiers du donataire mutuel, lors de la restitution qu'ils font aux héritiers du prédécédé, des biens dont le donataire mutuel a joui, les retiennent pour la part dont le prédécédé en étoit tenu, de même que les autres dettes du prédécédé que le donataire mutuel a acquittées.

39. Lorsque les conjoints ont ajouté au don mutuel qu'ils se sont fait de leurs meubles et conquêts, celui de l'usufruit de leurs propres, le donataire mutuel doit aussi avancer les dettes propres du prédécédé; sauf à ses héritiers à s'en faire faire raison et déduction par le prédécédé, lorsqu'ils lui feront la restitution du don mutuel.

A l'égard des rentes dont le prédécédé étoit seul débiteur, le donataire mutuel, qui jouit en usufruit des propres du prédécédé, doit acquitter, sans aucune répétition, tout ce qui courra d'arrérages desdites rentes pendant tout le temps de sa jouissance, lesdits arrérages étant une charge des revenus qu'il perçoit : ceux courus avant la mort du prédécédé, et qui étoient dus lors de sa mort, sont une dette de la communauté des conjoints, et doivent par conséquent, de même que les autres dettes de la communauté, être, ou payés sans répétition, lorsque le don mutuel des meubles et conquêts a été fait en propriété, ou seulement avancés, s'il n'a été fait qu'en usufruit.

40. La coutume, après avoir dit que le donataire mutuel doit payer les dettes, legs et funérailles du prédécédé, ajoute, *ensemble les charges foncières que doivent les héritages, et iceux entretenir.*

L'acquittement des charges foncières, tant des annuelles et ordinaires, que des extraordinaires, qui échéent pendant tout le temps que dure l'usufruit, est une charge commune à tous les usufruitiers. *Voyez ce que nous en avons dit en notre Traité du Don mutuel.*

A l'égard de celles qui sont échues du vivant du prédécédé, et qui étoient dues lors de la mort du prédécédé, elles sont dettes de la communauté, laquelle ayant la jouissance des héritages propres respectifs des conjoints, étoit tenue en conséquence d'en acquitter les charges foncières : le donataire mutuel en est tenu en conséquence, comme il est tenu des autres dettes de la communauté; c'est-à-dire

qu'il doit, ou les acquitter sans répétition, si le don mutuel des meubles et conquêts est en propriété, ou seulement les avancer, s'il n'a été fait qu'en usufruit.

41. Enfin la coutume impose au donataire mutuel la charge d'entretenir les héritages propres du prédécédé, dont l'usufruit est compris au don mutuel. C'est une charge naturelle de l'usufruit des héritages. *Voyez ce que nous en avons dit en notre Traité.*

Le donataire mutuel est tenu en conséquence de faire toutes les réparations d'entretien qui surviennent pendant le temps de son usufruit auxdits héritages.

A l'égard de celles qui sont survenues pendant le temps de la communauté qui a été entre les conjoints, et qui étoient à faire lors de la mort du prédécédé, elles sont une dette de cette communauté, qui, ayant la jouissance des héritages propres des conjoints, étoit en conséquence tenue de leur entretien. Le donataire mutuel, en sa qualité de donataire mutuel des meubles et conquêts, en est tenu de la même manière qu'il est tenu de toutes les autres dettes de communauté.

42. La coutume, en cet article, impose au donataire mutuel une autre charge, qui est particulière au cas auquel il y a des enfants. Il y est dit, *à la charge de nourrir, entretenir, pourvoir et assigner leurs enfants selon leur état, durant leur minorité, ou qu'ils soient mariés, ou autrement pourvus.*

Ce terme, *entretenir,* comprend non seulement tout ce qui est nécessaire pour les besoins du corps, mais ce qui est nécessaire pour l'éducation des enfants.

Ces termes, *pourvoir et assigner,* me paroissent signifier que le donataire mutuel doit faire les dépenses nécessaires pour mettre ses enfants en état d'exercer quelque profession qui leur procure de quoi vivre. Par exemple, si les conjoints étoient des artisans, le donataire mutuel doit faire apprendre des métiers à ses enfants : s'ils sont d'une condition plus élevée, il doit faire les dépenses nécessaires pour les mettre en état d'exercer quelque profession à laquelle il les jugera propres, telle que celle d'avocat, de médecin, ou quelque autre; et pour cela les envoyer dans

les universités, leur fournir les livres nécessaires, faire les frais des degrés qu'ils y obtiendront, etc. Si on destine les enfants au service, le donataire mutuel doit les placer dans quelque corps, et leur donner un équipage convenable.

§. VI. Comment le donataire mutuel est-il saisi? et quelle procédure a-t-il à faire vis-à-vis des héritiers du prédécédé?

43. La coutume, par cet article, saisit de plein droit le donataire mutuel, suivant ces termes, *et est saisi.*

Le donataire mutuel peut en conséquence retenir les biens compris au don mutuel, lesquels, étant des biens dont il jouissoit conjointement avec le prédécédé, se trouvent par-devers lui à la mort du prédécédé : il n'est point obligé à en demander la délivrance aux héritiers du prédécédé; il n'est obligé à autre chose envers eux, qu'à leur donner copie de l'acte du don mutuel. La signification a coutume de s'en faire par un huissier, qui en donne copie aux héritiers.

44. Lorsque le don mutuel est en propriété, le donataire mutuel n'a aucun inventaire à faire des meubles de la communauté; les héritiers du prédécédé n'ayant rien à y prétendre, ils peuvent seulement demander un inventaire des titres, pour connoître s'il se trouve des propres dans la succession du prédécédé, la propriété desdits propres appartenant auxdits héritiers.

Il faut néanmoins excepter le cas auquel le prédécédé, auroit laissé des enfants mineurs; auquel cas le survivant, quoique donataire mutuel en propriété, a intérêt de faire un inventaire pour empêcher la continuation de communauté. *Voyez notre Traité de la Communauté, n.* 789.

Lorsque les conjoints ne se sont fait don mutuel de leurs meubles et conquêts qu'en usufruit, il est nécessaire en ce cas de faire un inventaire et une prisée des meubles. *V. ce que nous en avons dit en notre Traité, n.* 214 *et* 215.

FIN DU TRAITÉ DES DONATIONS
ET DU TOME NEUVIÈME.