

loin de percevoir tous les fruits, est borné à n'en prendre qu'une partie pour son usage ou celui de sa famille, ou qui n'occupe qu'un appartement ou quelques chambres dans une maison; s'il s'agit néanmoins d'un usager qui profite de tous les fruits d'un fonds, ou qui occupe avec sa famille une maison en entier, on doit le comparer à un véritable usufruitier, & il est juste par conséquent qu'il supporte les frais des cultures, mêmes réparations, & les tailles ou autres charges. *Vid. Ranchin & Bornier, verb. usufructus, art. 22.*

Au reste, *Boutaric* a observé sur ce texte, pag. 181, que par la Jurisprudence des Arrêts, l'usufruit légué par un mari, de tous ses biens ou de son hérité à sa femme, est réduit, lorsqu'il y a des enfans institués héritiers, à un simple usage, s'il faut ainsi parler, c'est-à-dire, au simple entretien de la femme, & à la prééminence dans la maison maritale, en sorte qu'elle est comptable envers ses enfans des fruits de l'hérité au delà de ses alimens; s'il ne paroît d'une volonté contraire du testateur; cet Auteur ajoute même avec *Ranchin, verb. usufructus, art. 27*, qu'on doit juger la même chose à l'égard du mari légataire de l'usufruit des biens de sa femme, le tout en faveur des enfans; & il n'excepte avec *Catellan, liv. 2. chap. 39*, que le cas où la femme auroit été instituée en l'usufruit par le testament de son mari. *Vid. Ranchin & Catellan, dictis locis. Maynard, liv. 5. chap. dernier.*

Cette Jurisprudence paroît néanmoins mauvaise; la distinction d'entre le legs de l'usufruit fait à la femme lors même qu'il y a des enfans, d'avec celui qui se trouve fait à toute autre personne, est une de ces distinctions que la prévention a sans doute fait naître, & sur laquelle il est bon de se dessiller; elle est même contraire à la Loi 37, & aux autres Loix du Digeste, *de usu & usufructu legatis*, & est également condamnée par les deux Arrêts rapportés par *Albert, verb. usufruit*, à moins qu'il ne paroisse d'une volonté claire & expresse du testateur, de ne laisser à sa femme que les simples alimens & une pure administration, sans énonciation d'usufruit.

C'est ce qui a été remarqué avec raison, ce semble, par l'Auteur des Observations sur *Catellan, dicto loco*, où il dit encore qu'il n'y a point de différence à faire entre le legs de l'usufruit, & l'institution en l'usufruit; le titre d'institution est à la vérité

plus honorable, mais il n'a rien de plus utile ni de plus abondant que le titre de légat, ce qui paroît dans le cas de la légitime qui doit être laissée à titre d'institution, *honoris tantum causa*, sans qu'elle en devienne plus grande, ni plus forte.

*Et lignis ad usum quotidianum utatur.*

Plusieurs Communautés de ce Royaume jouissent dans les forêts voisines qui appartiennent au Roi ou aux Seigneurs particuliers, de certains droits d'usage, pour les pâturages, pour bâtir & réparer, ou pour le chauffage, en vertu des anciennes concessions qui leur en ont été faites par les propriétaires; & c'est pour prévenir les dégradations que les habitans pourroient faire, que les Réglemens ont voulu, entr'autres choses, qu'il leur fût assigné certaine portion ou cantonnement desdites forêts, où les usagers pussent exercer leur faculté. Il faut voir à l'égard de ces droits d'usage, ou facultés, les diverses règles prescrites par l'Ordonnance des Eaux & Forêts de 1669, titre 19 des droits de pâturage & panage, & titre 20 des chauffages & usages des bois tant à bâtir qu'à réparer, le titre 24 des bois appartenant aux Ecclesiastiques & Gens de Main-morte, & le titre 25 des bois, prés, marais, landes, pâtis, & autres appartenant aux Communautés & habitans des Paroisses.

*§. 5. Habitationem habentibus permiffimus non solum in eâ degere, sed etiam aliis locare.*

Il n'y a qu'une différence de nom parmi nous, du legs de l'usage, de l'habitation, ou de l'usufruit d'une maison; & puisque celui qui en a l'habitation, peut la louer & affermer à une tierce personne, on ne voit pas trop pourquoi celui à qui on en auroit légué l'usage, n'en pourroit pas aussi disposer de la même manière; mais on se contente de remarquer que celui-là même à qui l'habitation d'une maison a été léguée, pour en jouir & y faire sa continuelle résidence, peut malgré cette clause la bailler à loyer à autrui, suivant l'Arrêt qu'on lit dans *Le Prestre, cent. 1. pag. 81.* qui est aussi cité par *Despeffes, tom. 1. pag. 581. n. 15.*

TITRE VI.

De Usucapionibus, & longi temporis Prescriptionibus.

Constitutionem super hoc promulgavimus, &c.

N O U S ne recevons pas en France cette Constitution de Justinien, dont il est ici parlé, qui est la Loi unique au Code de usucapione transferenda; & suivant laquelle les biens meublés pouvoient s'acquérir par l'usucapion ou prescription de trois années: cette Constitution est abrogée pour ce point, & il faut le même tems pour la prescription des meubles que pour la prescription des immeubles. Catellan, liv. 7. chap. 21.

On suit néanmoins dans presque tous les Pays de Coutume ce qui est dit dans cette Loi & dans ce titre, au sujet de l'usucapion ou prescription des immeubles par une possession de dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, appelée longi temporis, & accompagnée de titre & de bonne foi; & ce n'est que lorsque le titre & la bonne foi manquent, qu'on a recours à la prescription trentenaire, laquelle devient alors nécessaire, comme on peut le voir dans les articles 113 & 118 de la Coutume de Paris.

Au contraire, dans les Pays de Droit Ecrit on ne peut acquérir les immeubles, non plus que les meubles, que par une prescription de trente ans, qui est appelée en Droit, praescriptio longissimi temporis, parce qu'on a cru que la Nouvelle 119, cap. 7. d'où a été tirée l'authentique mala fidei, cod. de praescrip. decem vel viginti annorum, exigeoit encore, indépendamment du titre & de la bonne foi du possesseur, que le véritable propriétaire eût connu le droit qu'il avoit sur la chose; ce qui ne se présume jamais; en sorte qu'on y juge constamment qu'il faut toujours trente années pour acquérir par la prescription les choses qui de leur nature sont prescriptibles; & cette prescription de trente années qui met fin aussi à toute sorte d'actions; fait qu'on ne distingue pas non plus si le possesseur a eu un titre, ou s'il n'en a point eu, s'il a possédé de bonne foi ou de mauvaise foi, ni s'il a été présent ou absent; le tout conformément à la Loi scilicet, cod. de praescrip. triginta vel quadraginta annorum. Ferrieres, ou si quis.

abrogation de la nouvelle constitution de Justinien.

la prescription de dix ans dans les coutumes, & la prescription de vingt ans dans les coutumes, & la prescription de trente ans dans les coutumes.

la prescription de dix ans dans les coutumes, & la prescription de vingt ans dans les coutumes, & la prescription de trente ans dans les coutumes.

Dans les Pays de Droit Ecrit on n'a conservé l'usage de la prescription de dix ou de vingt ans, qu'à l'égard des hypothèques des créanciers, dont il est parlé dans le titre du Code, adversus credit. praescript. opponatur; suivant lequel tout tiers acquéreur, soit à titre onéreux, soit à titre lucratif, prescrit par la possession continue & non interrompue de dix ou de vingt ans accompagnée de bonne foi, les hypothèques des créanciers sur l'immeuble par lui acquis. Vid. Catellan, liv. 7. chap. 2 & 21.

Cette même prescription des actions hypothécaires par dix ou vingt ans a également lieu dans les Pays Coutumiers, suivant l'article 114 de la Coutume de Paris; mais la Jurisprudence qui s'y observe à ce sujet, est différente; en ce que dans les Pays Coutumiers la bonne foi du possesseur, c'est-à-dire, son ignorance pendant les dix ou vingt années entières; & que la connoissance qui lui en survient dans cet intervalle, de quelque part qu'elle vienne, le constitue en mauvaise foi, & empêche le cours de la prescription: au lieu que dans les Pays de Droit Ecrit on juge que la bonne foi du possesseur n'est requise que dans le commencement & lors du titre qui lui est fait; & que la connoissance de l'hypothèque, pour le constituer en mauvaise foi, doit lui venir de la part du créancier lui-même, qui est obligé de lui dénoncer son hypothèque avant l'acquisition; car si le contrat d'acquisition est déjà passé, la dénonce du créancier est inutile pour empêcher le cours de la prescription de l'acquereur, puisque la mauvaise foi qui survient après le contrat ou le titre, ne l'empêche pas, §. 12. infra hoc titulo; de sorte qu'alors le créancier qui veut interrompre la prescription; est obligé de faire assigner l'acquereur, en déclaration de son hypothèque, dans les dix années, de prendre garde que cette instance ne perime pas, & de poursuivre là dessus un Jugement, qui en déclarant le fonds acquis à lui affecté & hypothéqué, portera en même tems son action jusqu'à trente ans, à compter du jour de ce Jugement. Vid. Bacquet, des droits de Just. chap. 21. n. 186. Catellan, dist. loc.

Mais on a demandé si le tiers acquereur prescrit par la possession de dix ou vingt ans les hypothèques des créanciers con-

la bonne foi n'est pas requise qu'elle soit ignorée de la possession pendant la prescription, & que la connoissance de la prescription n'est requise que dans le commencement & lors du titre qui lui est fait, & que la connoissance de l'hypothèque doit lui venir de la part du créancier lui-même, qui est obligé de lui dénoncer son hypothèque avant l'acquisition, & que la dénonce du créancier est inutile pour empêcher le cours de la prescription de l'acquereur, & que la mauvaise foi qui survient après le contrat ou le titre, ne l'empêche pas, & que le créancier qui veut interrompre la prescription, est obligé de faire assigner l'acquereur, en déclaration de son hypothèque, dans les dix années, de prendre garde que cette instance ne perime pas, & de poursuivre là dessus un Jugement, qui en déclarant le fonds acquis à lui affecté & hypothéqué, portera en même tems son action jusqu'à trente ans, à compter du jour de ce Jugement.

ditionnels, ou des demandeurs en garantie, qui n'ont été évincés que long tems après, & qui n'ont pas agi en déclaration dans les dix années, ou bien s'il faut dans ce cas une possession de trente années; & l'on tient que quoiqu'à la vérité l'action ou la garantie personnelle contre le débiteur subsiste durant trente ans, néanmoins le tiers acquéreur prescrit l'action hypothécaire dans tous les cas par une possession de dix ou vingt ans, s'il n'y a eu dans les dix années une instance formée contre lui en déclaration d'hypothèque. *Loyseau, du déguerpiss. liv. 3 chap. 2. n. 17. & 18. Brodeau sur Louet, lettre P. chap. 2.*

Cette prescription de l'hypothèque des créanciers par dix ou vingt ans n'a lieu qu'en faveur des tiers acquéreurs, ou détenteurs; car si les biens hypothéqués au créancier n'avoient pas été aliénés par le débiteur, on comprend assez que ce débiteur ni ses héritiers ne pourroient pas prescrire l'hypothèque, non plus que l'action personnelle du créancier contre eux, que par trente années; & l'on juge même dans les Pays Coutumiers que l'action hypothécaire se trouvant ainsi jointe à l'action personnelle dure quarante années, conformément à la Loi *cum notissimi. cod. de prescript. triginta vel quadraginta annorum*, laquelle néanmoins n'a jamais été observée dans les Pays de Droit Ecrit. *Vid. Maynard, liv. 6. chap. 31. Louet & Brodeau, lettre H. chap. 3. Henrys, tom. 1. liv. 4. quest. 75. de l'édition de 1708.*

Il faut encore pour donner lieu à la prescription de dix ou vingt ans en faveur des tiers acquéreurs à titre lucratif, qu'ils soient simplement acquéreurs d'un effet particulier du débiteur; car s'ils étoient, par exemple, donataires d'une quote des biens du débiteur, comme de la moitié, du tiers, ou de la totalité, ils ne pourroient pas opposer cette prescription, étant personnellement obligés & tenus comme des successeurs au pro rata de leur part de l'hérédité au paiement des dettes. *Vid. Catellan, liv. 7. chap. 2. & Vedel, ibid.*

Il faut également que le tiers acquéreur ait joui & possédé par lui ou par ses gens, pour pouvoir opposer cette prescription des hypothèques; car si le maître, c'est-à-dire, le débiteur, avoit continué de rester en possession du fonds hypothéqué, soit par lui-même, ou par ses gens, ou à titre de louage, de reten- tion d'usufruit, ou autrement, le créancier pourroit à bon droit dire qu'il a eu juste sujet d'ignorer l'aliénation, & repousser le

prescription contre le demandeur en ga- rantie.

la prescription de 10 ans n'a lieu que en faveur des tiers acquéreurs.

des tiers acquéreurs à titre lucratif, qu'ils soient simplement acquéreurs d'un effet particulier du débiteur.

il faut également que le tiers acquéreur ait joui & possédé par lui ou par ses gens.

tiers acquéreur qui n'auroit pas joui & possédé, d'autant mieux qu'il ne peut même y avoir jamais de prescription sans possession. Voyez la Loi 1. *cod. si advers. credit. & l'art. 115. de la Cout. de Paris. Maynard, liv. 7. chap. 61.*

Ce n'est pas encore assez que le tiers détenteur ait possédé pendant dix ou vingt ans le fonds hypothéqué, il faut qu'il l'ait possédé comme maître, avec un titre translatif de propriété; & de-là vient qu'un engagiste ne prescrit pas par ce laps de tems les hypothèques des créanciers antérieurs à lui sur le fonds engagé, lesquels peuvent toujours agir sur le fonds détenu par l'engagiste, tandis que leur action n'est pas prescrite contre leur débiteur, propriétaire dudit fonds. *Catellan, liv. 7. chap. 23.*

Mais il n'en est pas de même d'un acquéreur à pacte ou faculté de rachat; car il prescrit les hypothèques des créanciers du vendeur par une jouissance paisible de dix années, parce que *sibi possidet*, & que son achat est parfait, quoiqu'il puisse être résolu par le rachat. *Leg. 2. §. 1. ff. de in diem additioe.*

Du reste, l'absence qui fait doubler ou porter à vingt ans le tems de la prescription hypothécaire, ne s'étend pas d'une absence en différentes Sénéchaussées, ni même hors du ressort d'un même Parlement, quoique *Duval, Instit. pag. 297, & Bontaric* sur ce titre, *pag. 186 & 187.* soient de ce sentiment, & quoiqu'on le juge ainsi en effet dans les Pays Coutumiers, conformément à l'article 116 de la Coutume de Paris; elle s'entend au contraire par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, d'une absence du créancier hors du Royaume, & d'une absence même, *Reipublicæ causa*, pour le service du Roi ou de l'Etat, n'y ayant que ces absens qui méritent d'être favorisés, parce que dans toute autre absence on peut imputer à l'absent de n'avoir pas laissé un Procureur ou autre personne pour agir à sa place, & veiller à ses intérêts: ainsi dix années suffisent, suivant la Jurisprudence dudit Parlement, à l'égard de tous ceux qui sont dans le Royaume, conformément à l'Arrêt qu'on lit dans *Albert, verb. prescription, art. 4.* ce qui paroît s'accorder avec l'article 14 du titre de l'Exécution des Jugemens de l'Ordonnance de 1667; je l'ai fait ainsi juger en l'année 1731 en faveur du sieur Baron de Ferrussac; par un Jugement de MM. des Requêtes du Palais à Toulouse, dont il n'y eut point d'appel; je l'ai vu attester de même par une Consultation de trois

quoiqu'il y ait un titre de propriété & un engage ne prescrit pas par ce laps de tems.

la prescription de 20 ans s'étend sur les différentes sénéchaussées.

fameux Avocats ; & par un Certificat de MM. les Gens du Roi au Parlement de Toulouse ; je ne voudrois pas certifier néanmoins que la Jurisprudence ne pût venir à changer sur cet article ; je joins cependant ici la teneur de cette Consultation & de ce Certificat.

» Les souffignés qui ont vu le Mémoire à eux remis par la Dame Dequoï de Sarrat contre les créanciers du sieur Sartre, estiment que la prescription de l'hypothèque par le tiers détenteur dans dix ans entre présens, & de vingt ans entre absens, qui est établie par les Loix première & dernière, cod. si adversus creditorem, est reçue au Parlement de Toulouse ; mais par absens on n'y entend que ceux qui sont hors du Royaume, & dix ans suffisent à l'égard de tous ceux qui sont dans le Royaume, bien qu'en différentes Provinces & Ressorts de différens Parlemens ; c'est une Jurisprudence incontestable. Délibéré à Toulouse le 10 Juillet 1733. Astruc, Quinquiry, de la Tour, Signés.

» Nous Joseph le Mazuyer & Jacques Sager, Conseillers du Roi en les Conseils, les Procureur & Avocat généraux au Parlement de Toulouse, certifions à tous ceux qu'il appartiendra, que suivant la Jurisprudence dudit Parlement de Toulouse, la prescription de l'action hypothécaire s'acquiert dans dix ans par le tiers possesseur, même contre les absens, s'ils ne sont hors le Royaume pour le service du Roi ou de la République, & que cette prescription a pareillement lieu contre les femmes qui sont valablement séparées en biens de leurs maris, si elles ne font point de diligence à raison de leur dot contre le tiers possesseur dans les dix ans de la séparation. En témoin de quoi nous avons fait le présent Certificat, de nous signé, contresigné par l'un de nos Secrétaires, & scellé du sceau du Parquet. A Toulouse le 24 Juillet 1734. Le Mazuyer, Sager, Signés ; & plus bas, Rigal, signé.

Au surplus, lorsque le créancier a été en partie présent, & en partie absent, on ne fait que doubler seulement le tems pendant lequel il a été absent ; en sorte que s'il n'a été, par exemple, présent que durant six ans, au lieu de quatre qui restent pour aller à dix, il en faudra huit pour achever la prescription. Novella

*de l'usage de la prescription et de la prescription de l'absence double.*

Novella 119. cap. 8. authent. quod si quibusdam, & Leg. ultim. cod. de prescript. long. temp.

§. 1. Aliquando usucapio nullo tempore procedit, veluti si quis rem sacram vel religiosam possideat.

Il est généralement reçu que les choses saintes & sacrées ne peuvent être prescrites par aucun tems, parce qu'elles ne tombent point dans le commerce, & ne sont pas susceptibles d'aliénation, comme les bâtimens des Eglises, & les cimetières ; & il en est de même des choses publiques, comme les places des Villes, les rues & les chemins destinés à l'usage du public : Vid. Bacquet, du droit de deshérence, chap. 7. n. 3. mais il en est autrement à l'égard des biens ecclésiastiques, ou qui appartiennent aux Eglises ; car ces biens peuvent être prescrites, non pas à la vérité par une possession de trente, mais de quarante années, suivant l'authentique, quas actiones, cod. de Sacrosanct. Eccles. observée dans tout le Royaume ; on juge même aujourd'hui que quand on auroit possédé de mauvaise foi, ou avec un titre vicieux & non revêtu de formalités, le terme de quarante années sans interruption, suffiroit pour prescrire contre l'Eglise. Graverol sur La Roche, liv. 1. titr. 10. Cambolas, liv. 2. chap. 6. Catellan, liv. 1. chap. 35.

Or cette prescription de quarante années contre l'Eglise ne commence pas à courir du jour du contrat nuisible à l'Eglise, ou de l'usurpation, mais seulement du jour de la mort de l'Ecclésiastique ou Bénéficiaire qui a mal aliéné, ou qui a laissé usurper le bien de l'Eglise, & pendant la vie duquel la prescription a commencé, cette prescription commencée de son vivant étant regardée comme une aliénation de sa part. Catellan, dist. loc. Boutaric, Inst. pag. 189. Dunod, de l'aliénation des biens d'Eglise, pag. 28.

A compter donc du jour de cette mort les biens de l'Eglise sont prescriptibles toujours par quarante ans, à quelque titre qu'ils fussent parvenus à l'Eglise, & de quelque espèce qu'ils soient, quand même il s'agiroit d'un fonds légué à la charge d'un service, ou pour servir à la nourriture & entretien d'un Prêtre chargé de faire un service établi par une fondation, quoique Catellan au lieu cité rapporte un Arrêt contraire. Vid. Graverol

*Les choses saintes et sacrées ne peuvent être prescrites, parce qu'elles ne tombent point dans le commerce, & ne sont pas susceptibles d'aliénation, comme les bâtimens des Eglises, & les cimetières ; & il en est de même des choses publiques, comme les places des Villes, les rues & les chemins destinés à l'usage du public.*

libre v. 1.  
de usucapionibus, et longi temporis prescriptionibus

Dans les pays de droit écrit on ne peut acquérir les  
meubles, et immeubles que par la prescription trien-  
nenaire, et ce soit quelle possession soit de bonne ou de  
mauvaise foi qui l'ait été et l'ait ou présent, qui l'ait  
eu un titre ou non. vide leg. siut. cod. de prescrip. l. unum  
de prescrip. page 194.

La prescription de dix ans entre preteurs, et de vingt  
ans entre autres. vide l. unum. Les pays de droit écrit,  
qui pour le bien des preteurs ont établi les onces  
soit tabulaires ou non, ont des créanciers hypothe-  
caires. vide de l. unum. liv. 1. cap. 1.

Il faut même l'admission des onces pour le  
contribuer en mauvaise foi, et si elle est en onces n'est  
faite qu'après la publication du contrat elle  
ne rend le créancier. Et dans ces cas là le créancier  
doit faire assigner le preteur en déclaration  
de son hypothèque, et l'admission qui lui est  
faite par cette déclaration fait durer l'extinction jusqu'à  
trente ans. sur l'art. de l'ordonnance.  
cette formalité est inutile pour les  
créanciers, même pour les demandeurs en garan-  
tie.



la prescription de 30. ans comme contre tout le monde  
la prescription des pupilles. Les mineurs peuvent donc  
qui après leur majorité être restitués d'aucune des  
qui acquiescent à leur liberté.  
Les prescriptions de dix et vingt ans  
ne courent pas contre les mineurs.

Les crimes de privation par viols sont  
non l'accusation criminelle, que par la repa-  
-ration civile et ce soit qu'il y ait eu des  
deux procédures indépendantes. Il n'y a que  
l'exception figurative de la prescription par  
contumace qui prome l'extinction de la  
des. vide l'ordonnance sur l'art. 1. c. 41.  
c. 41. l. 1. c. 1.

rol sur La Roche, liv. 6. titr. 72. art. 2. Albert, verb. pension, art. 6.

La prescription de 40 ans est toujours en faveur de l'Eglise qui est privilégiée sur les autres biens.

Mais on ne reconnoît contre l'Eglise ou la cause pie, d'autre prescription que celle de quarante ans, en aucun cas; ainsi la prescription trentenaire est toujours de quarante ans, ou se proroge à ce terme, quand on l'oppose à l'Eglise, bien qu'elle ne fasse que succéder à un particulier contre qui elle auroit déjà commencé de courir, Catellan, liv. 1. chap. 9. & il en est de même de la prescription de l'hypothèque par dix années; enforte qu'il faut toujours ajouter en faveur de l'Eglise dix années à la prescription trentenaire, & trente années à celle de l'action hypothécaire. Catellan, ibid.

La prescription de 40 ans n'est en faveur de l'Eglise que lorsqu'elle est opposée à un particulier.

La chose n'est pas réciproque; car quoiqu'on ne puisse prescrire contre l'Eglise que par quarante ans, néanmoins elle jouit elle-même contre les particuliers des prescriptions ordinaires de dix ou vingt ans, & de trente ans, parce que le privilège n'a été accordé qu'en sa faveur, & non à son prejudice. Vid. Goard, traité des Bénéfices, tom. 2. pag. 277.

La prescription de 40 ans est en faveur de l'Eglise.

Au surplus, quoique les biens qui sont en propriété à l'Eglise, à quelque titre qu'ils lui appartiennent, même à la charge d'un service ou fondation, puissent être prescrits par quarante ans, comme nous l'avons dit, on a cependant attaché le privilège de l'imprescriptibilité aux rentes établies en faveur de l'Eglise pour service divin, obits, ou fondations, sur les biens des particuliers: ainsi si un homme a donné des biens à l'Eglise, même pour une fondation, ils seront sujets à la prescription quarantenaire; mais si sans donner ses biens, il les a chargés seulement d'une rente obituaire au profit de l'Eglise, cette rente devient imprescriptible de quelque façon qu'elle ait été établie, soit par contrat, ou par testament, & tant pour l'action personnelle que pour l'action hypothécaire, c'est-à-dire, que les héritiers de celui qui a établi la rente obituaire sur ses biens, pourront être toujours attaqués personnellement pour le paiement de cette rente, quelque long tems qu'ils aient resté sans la payer, & que les tiers possesseurs ou acquéreurs des biens sujets à ladite rente, pourront être aussi, nonobstant tout laps de tems, attaqués hypothécairement pour le paiement, & condamnés les uns & les autres de la payer à l'avenir.

Les biens qui sont en propriété à l'Eglise, à quelque titre qu'ils lui appartiennent, même à la charge d'un service ou fondation, peuvent être prescrits par quarante ans.

Bien plus, l'Eglise pour ces rentes obituaires ou de fondation

à la liberté de s'en prendre aux acquéreurs des biens, sans être tenue de discuter préalablement les héritiers des fondateurs, & de s'en prendre même à un seul des héritiers ou acquéreurs solidairement & sans division, sauf à celui-ci son recours contre les autres.

Le privilège de ces rentes obituaires comparées aux rentes foncières & féodales, a pareillement lieu pour les arrérages qu'on en adjuge depuis vingt-neuf années avant l'introduction de l'instance; cependant les derniers Arrêts ont trouvé juste de distinguer si c'est aux héritiers même du fondateur que ces arrérages sont demandés, ou bien à des tiers possesseurs qui aient acquis de bonne foi, & qui n'aient pas eu connoissance de la rente, comme n'ayant jamais été demandée depuis long tems: car à l'égard de ceux-ci, il est certain qu'on ne les condamne aux arrérages que depuis l'instance; ce qui a été ainsi jugé par plusieurs Arrêts, & entr'autres par un Arrêt du 10 Mai 1732 en la cause de Me. du Fournel, Prêtre obituaire: Voyez sur ce que dessus, Dolive, liv. 1. chap. 6. Catellan & Vedel, liv. 1. chap. 7.

Lors même que l'on condamne aux arrérages de la rente obituaire depuis vingt-neuf ans avant l'instance, si l'obit n'a pas été desservi, cette condamnation ne va pas au profit du nouveau Chapelain, mais on l'applique à une augmentation de service, ou à l'ornement des Autels, &c. Dolive, Catellan & Vedel, ibid.

Au reste, il faut remarquer qu'aujourd'hui depuis l'Edit du mois d'Août 1749, il ne peut être baillé ou assigné pour l'établissement des fondations aucunes rentes ni droits réels sur les biens particuliers des fondateurs; mais qu'ils peuvent seulement bailler à l'Eglise ou Gens de Main-morte pour cela des rentes constituées sur le Roi, sur le Clergé, ou sur les Diocèses, Pays d'Etats, Villes, ou Communautés. Voyez là-dessus les articles 3 & 19 dudit Edit.

Il faut prendre garde que quoique l'Eglise jouisse du privilège de la prescription de quarante années, les Ecclésiastiques néanmoins, ou les Bénéficiers pour les rentes ou revenus qu'ils retiennent de l'Eglise ou de leurs Bénéfices, sont soumis à la prescription ordinaire de trente ans; d'où vient que les arrérages même des rentes obituaires ne leur sont adjugés que depuis vingt-

Xij

Il faut prendre garde que quoique l'Eglise jouisse du privilège de la prescription de quarante années, les Ecclésiastiques néanmoins, ou les Bénéficiers pour les rentes ou revenus qu'ils retiennent de l'Eglise ou de leurs Bénéfices, sont soumis à la prescription ordinaire de trente ans; d'où vient que les arrérages même des rentes obituaires ne leur sont adjugés que depuis vingt-







eteints par le laps de vingt ans , à compter du jour qu'ils ont été commis , suivant la Loi *querela* , *cod. ad Leg. Cornel. de falsis* , non seulement quant à l'accusation criminelle , mais encore quant à la réparation civile & dommages & intérêts , quoique durant les vingt ans il y eût eu informations , decret , ou autres procédures , car elles n'interrompent pas ladite prescription , *Brodeau sur Louet* , *lettre C. chap. 47. Catellan* , *liv. 7. chap. 1.* il n'y a que l'exécution figurative de la Sentence de contumace rendue contre le criminel , qui proroge l'action jusqu'à trente ans. *Catellan* , *diff. lac.*

*Donc les pays de Droit écrit  
ont des donations, même celles faites à l'instance  
de la vie, et sont comme donations entre-vifs  
de quelle a été qualifiée l'acte ou  
de quel il s'agit, par l'acte ou  
à défaut à cause de §. 1. Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem.  
Dans les pays de Droit  
écrit, on entend une  
donation n'être entre  
vifs, ou morte, de quel  
le circonstance prouve  
qu'il s'agit de l'un ou  
de l'autre. Dans les  
pays de Droit écrit,  
on entend que  
le donateur n'ait pas  
déclaré qu'il entendoit  
faire une donation  
à cause de mort; au lieu  
que dans les Pays  
Coutumiers, une  
donation, quoique  
qualifiée entre-vifs,  
est nulle & regardée  
comme frauduleuse,  
dès qu'on peut conjecturer  
par l'état du donateur  
atteint d'une maladie dont  
il décède, qu'il l'a faite  
dans l'appréhension d'une  
mort prochaine; la raison  
de cela, prise de ce qu'en  
Pays de Coutume il n'est  
permis de disposer par  
testament ou ordonnance  
de dernière volonté que  
d'une partie de ses biens  
propres, le surplus appartenant  
aux successeurs légitimes,  
& qu'il seroit à craindre  
qu'on cherchât à les  
frustrer par des donations  
faites ou qualifiées entre-  
vifs, quoiqu'à*

TITRE VII

De Donationibus.

**C'**EST la crainte ou la pensée de la mort qui distingue la donation à cause de mort de la donation entre-vifs ; la première a pour objet le tems de la mort ; mais la seconde est absolue , & ne contient aucune réserve de reprise , quand même le donateur ne viendroit pas à mourir de long tems ; de là vient que dans les Pays de Droit Ecrit on peut donner entre-vifs & absolument à l'article même de la mort , suivant la Loi 42. ff. de donationibus mortis causa , & que pour regarder & pour faire valoir une donation comme donation entre-vifs , il suffit qu'elle soit qualifiée telle dans l'acte , ou que du moins le donateur n'ait pas déclaré qu'il entendoit faire une donation à cause de mort ; au lieu que dans les Pays Coutumiers une donation , quoique qualifiée entre-vifs , est nulle & regardée comme frauduleuse , dès qu'on peut conjecturer par l'état du donateur atteint d'une maladie dont il décède , qu'il l'a faite dans l'appréhension d'une mort prochaine ; la raison de cela prise de ce qu'en Pays de Coutume il n'est permis de disposer par testament ou ordonnance de dernière volonté que d'une partie de ses biens propres , le surplus appartenant aux successeurs légitimes , & qu'il seroit à craindre qu'on cherchât à les en frustrer par des donations faites ou qualifiées entre-vifs , quoiqu'à

quoiqu'à l'extrémité de la vie ; tandis qu'au contraire dans les Pays de Droit Ecrit l'on peut y disposer de tous les biens au profit de qui l'on veut , tant par disposition de dernière volonté , que par donation entre-vifs.

L'article 277 de la Coutume de Paris , cité par *Boutaric* en cet endroit , qui vouloit que ces donations ainsi faites entre-vifs , quoiqu'à l'extrémité de la vie , ne valussent que comme des dispositions à cause de mort , à concurrence des biens dont il est permis par la Coutume de disposer en mourant , a été même changé par l'article 4 de l'Ordonnance concernant les Donations du mois de Février 1731 , Sa Majesté ayant voulu que ces donations ne valussent pas même comme des dispositions à cause de mort , puisqu'elles ne peuvent pas valoir comme donations entre-vifs ; parce qu'en effet dans les bonnes règles tout acte doit être parfait & légitime en la forme en laquelle il est fait , sans pouvoir être converti en une autre espèce d'acte : sur quoi, *Vid. Ricard* , *tom. 1. part. 1. chap. 5. sect. 9.*

Il est vrai que nous admettons dans les Pays de Droit Ecrit deux espèces de donations entre-vifs , qui ne valent néanmoins qu'autant que le donateur ne les a pas révoquées avant sa mort & auxquelles ladite Ordonnance de 1731 , en l'article 46 , a déclaré ne rien innover ; la première est celle qui est faite par un mari à sa femme , ou par une femme à son mari , & la seconde espèce consiste aux donations qui sont faites par un pere à un enfant qu'il a sous sa puissance , dont il est parlé dans la Loi 25. *cod. de donat. inter vir. & uxor.* autrement toutefois qu'en contrat de mariage ; mais quoique ces donations ne valent que lorsqu'elles ont été confirmées par le prédécès du donateur , attendu qu'il lui est libre de les révoquer , pendant tout le tems qu'il vit , soit expressément , soit tacitement , en aliénant ou hypothéquant les biens donnés , il est certain pourtant que lorsqu'elles n'ont pas été révoquées , elles subsistent & valent comme des vraies donations entre-vifs , & avec deux témoins seulement , & elles ont même un effet rétroactif au jour qu'elles ont été faites , du moins quant aux fruits que le donataire a perçu , & qu'il n'est pas tenu de rendre , ni d'imputer ou de rapporter , quoique du reste cet effet rétroactif n'ait pas lieu quant à la propriété des biens donnés , à l'effet de faire valoir ces donations contre les créanciers du donateur , ou con-

**Y** ces donations peuvent même être  
chargées de substitution même par  
le change. art 18. de l'édit de 1747.

De lib. VII.  
De donationibus.

Il y a deux sortes de donations celle a cause de mort et celle entre  
vifs.

La donation a cause de mort n'est point faite pendant cette vie  
peut être révoquée. causa mortis sit firmus ut laicos ut qui  
debenemus hinc peritiam. ces sortes de donations doivent  
être faites avec la même solennité que les testaments  
parce que c'est une disposition de dernière volonté suivant  
l'article 3. de la decl. de 1731. on doit y appeler cinq  
témoins. acelle de la famille qui ne peut être dispensé  
même avec la permission de leur père par testament. le  
peuvent par donation comme bon leur semblera si après.

La donation entre vifs sont irrévocables. quod nonnulli plerumque  
amplius displicere non potest. il y a deux cas exceptés de cette  
règle. 1<sup>o</sup>. La donation de mari à la femme ou de la femme au  
mari contractu matrimonio. 2<sup>o</sup>. La donation du père  
aux enfants non émancipés. autors que celle faite par  
contrat de mariage. ces deux donations ne sont confirmées  
que par le juge de donateur. il peut les révoquer  
autrement elle sont valables, le donataire ne peut  
cependant les opposer aux créanciers du donateur, ni  
aux tiers acquéreurs de ces biens. videt cambolas  
liv. 5. cap. 6.

Les donations faites par un père à son enfant quoiqu'on en parle  
en faveur du mariage, par le contrat même ou par  
un acte fait incontinent, sont irrévocables. par un  
quel mariage tenu.

Si le donataire est marié quoiqu'on en parle  
age n'est pas lieu le père ne peut le révoquer la  
donation. vidi doli. liv 5. cap. 20.

La donation faite pour la mère des enfans est  
aussi irrévocable quoiqu'on en parle par  
vidi doli. dicto loco.

La donation faite par un étranger dans un contrat  
de mariage est nulle si le mariage ne s'accomplit  
par. vidi doli. et leg. 6. de contr. f. de cordis.

Les donations entre vifs doivent être faites par acte  
public et devant notaire en présence de deux témoins.  
Ces deux témoins doivent être le notaire à peine  
de nullité. selon l'article 10 de l'édit de 1731.

Art. 2. L'ordonnance de 1731. décide expressément que toutes  
donations entre vifs doivent être acceptées par le donataire. Elles  
n'ont lieu qu'après de l'acceptation. art. 5.

L'acceptation doit être faite et par le donataire au  
juge de rendre l'acceptation. art. 6.

Les donations faites aux mineurs doivent être acceptées  
par leurs tuteurs, curateurs, et celles faites aux  
populaires, par leurs administrateurs sans qu'il y ait lieu

en aucune manière être restitués pour le défaut d'acceptation  
sans leur recours contre les donateurs et administrateurs.  
art. 5. 7. 8.

Les femmes mariées ne peuvent accepter sans être autorisées par  
leurs maris ou par le juge, excepté dans le cas des  
biens paraphernaux. art. 9.

Il y a quelques exceptions aux règles. La donation et les  
institutions faites par contrat de mariage aux conjoints, ou  
autres personnes nées et à naître sont passibles d'acceptation  
parce qu'elles sont faites. art. 10. et 11.

Le donataire en degré subordonné, ou substitué au  
premier donataire, n'est pas tenu de l'acceptation  
ordinaire. art. 11.

La donation entre vifs faite à quelqu'un et à ses enfans  
par testament se décommet pour les enfans. Il est tenu  
de même quand le donateur auroit dit ou à ses enfans  
la conjonction ou se changeant en et. selon page 173.  
en le regardant opus legum ad hoc c'est la liberté  
de choisir.

Il n'est tenu autrement par un testament et n'est tenu  
plus un fidei commissaire, mais bien une substitution  
vulgaire.

La donation faite aux enfans et à d'autres n'est pas  
que de l'acceptation par ceux qui sont nés. art. 12.

il faut la tradition de la chose pour la perfection de la donation. en outre il est défendu par l'article 17 de l'ord. de faire aucune donation de biens présents & avenir si ce n'est par contrat de mariage. La même ordonnance à l'article 15. veut qu'un don ou donation ou même de meubles ou effets mobiliers, l'entité qui est le signe de la chose, et l'arrivé à la minute de la donation, sans que le donataire ne puisse réclamer aucun de ces effets ni contre l'ordonneur ni contre l'écriture.

L'inscription ou transcription publique des donations entre vifs est absolument indispensable d'après l'art. 1031. Elle doit se faire au bureau du domicile du donateur, que ce soit lieu ou la chose est le lieu de la transcription. Elle se fait au bureau du domicile du donateur dans tous les autres cas. ord. art. 1031.

La donation doit être inscrite dans quatre mois à compter de la date pour la personne qui l'a faite dans le royaume, et dans six mois pour celle qui en fait ailleurs. Elle a une prescription de 10 ans à compter de la date. Elle peut être éteinte en tout ou en partie par le donateur, même après le décès du donataire pourvu que cela se fasse avant le jour de l'inscription art. 1032. La déchéance d'inscription rend la donation nulle excepté vis-à-vis du donateur qui ne peut jamais opposer ce défaut.







L'article 10 de la même Ordonnance de 1731 a excepté néanmoins de la nécessité de l'acceptation des donations entre-vifs, celles qui sont faites par contrat de mariage aux conjoints ou à leurs enfans à naître, soit par les conjoints eux-mêmes, soit par des ascendans, des collatéraux, ou même des étrangers; & c'est ainsi qu'on le jugeoit auparavant à cause de la faveur des contrats de mariage; les institutions contractuelles faites en contrat de mariage sont également exceptées par l'article 13 de ladite Ordonnance.

Elle excepte encore de la nécessité de l'acceptation dans l'article 11, les donations qui sont faites même par des contrats, autres que des contrats de mariage, à des donataires en degrés subordonnés, ou qui ont été substitués à des premiers donataires; parce que l'acceptation du premier donataire suffit alors pour tous les autres donataires nés ou à naître, & rend ces donations irrévocables.

Nous pouvons remarquer en passant à ce sujet que lorsqu'une donation entre-vifs est faite à une telle personne & à ses enfans nés ou à naître, dans ce cas les enfans sont sans contredit regardés comme donataires en degré subordonné, & sont censés appelés à la donation *ordaine successivo* après leur pere, parce qu'entre le pere & le fils il y a ce qu'on appelle *ordo charitatis & affectionis*, & que le pere ou mere est présumé avoir été plus affecté par le donateur que les enfans; & on juge la même chose, lorsque la donation est faite à un tel ou à ses enfans, cette particule disjonctive *ou* se convertissant en la conjonctive *&*, & contenant pareillement un fidéicommiss tacite au profit deldits enfans après pere ou mere.

La raison en est que dans l'un & dans l'autre cas on ne peut pas présumer que les enfans soient appelés cumulativement & par égales parts à la donation avec leur pere; car la Loi *cum quidam 4. cod. de verbor. signif.* qui décide pour le partage égal des biens, ne s'applique qu'aux libéralités faites à des personnes qui sont d'une condition égale, & également connues & chéries par le donateur, mais non pas aux personnes *inter quas cadit ordo affectionis*: Voyez *Catellan & Vedel*, liv. 2. chap. 14. de sorte que, quand le pere & ses enfans sous un nom collectif & sans designation ou nomination particuliere sont appelés à une donation, les enfans ne peuvent la recueillir qu'après le pere

*Les donations faites dans le contrat de mariage sont acceptées.*

*celle faite à des donataires en degrés subordonnés, ou à des donataires qui ont été substitués à des premiers donataires, ou à des enfans nés ou à naître, ou à des enfans nés ou à naître, ou à des enfans nés ou à naître.*

*Dans les donations faites à un pere et à ses enfans, ou à ses enfans, ce que l'on appelle ordo affectionis, doit être suivi.*

*Dans les donations faites à un pere et à ses enfans, ou à ses enfans, ce que l'on appelle ordo affectionis, doit être suivi.*

*les donations faites en faveur de plusieurs enfans nés ou à naître, ou à des enfans nés ou à naître, ou à des enfans nés ou à naître.*

& par voie de fidéicommiss, de façon que l'aliénation des biens donnés est interdite au pere donataire; cependant ce fidéicommiss tacite laisse la liberté au pere de choisir & élire un de ses enfans pour recueillir l'entiere donation. *Catellan, ibid.*

Il en est autrement à l'égard des testamens & autres actes de derniere volonté, c'est-à-dire, que lorsqu'un testateur a institué une telle personne & ses enfans, ou légué à un tel & à ses enfans, alors les enfans ne sont censés appelés à l'institution ou au légat que par une substitution simplement vulgaire en défaut du pere; & nullement par fidéicommiss; de sorte que, si le pere a une fois recueilli l'institution ou le légat, il en demeure absolument le maître; les enfans n'y ont plus aucun droit; & le pere peut disposer deldits biens, & les aliéner, comme il trouve à propos: *Catellan & Vedel, dicto loc. Maynard, liv. 5. chap. 37.* la raison de la différence est prise de ce que les contrats sont de droit étroit, qu'on n'y peut rien suppléer, & que les biens étant donnés à une personne & à ses enfans, il faut nécessairement dire qu'ils sont donnés effectivement aux enfans; du moins en degré subordonné; & après leur pere, au lieu qu'en matiere de testamens il est permis d'interpréter la volonté du défunt, & on l'interprète en effet de façon qu'autant qu'il se peut, il ne se départe pas du droit commun.

Au surplus, il ne faut pas confondre le cas où une donation est faite en contrat de mariage au futur époux & à ses enfans à naître, avec celui où la donation est faite au futur époux en contemplation ou en faveur du mariage & des enfans qui en naîtront, ou même en préciput & avantage deldits enfans; car dans ce dernier cas les enfans n'ont aucun droit aux biens donnés, ils ne sont pas regardés comme appelés de leur chef à la donation en degré même subordonné, & ne sont considérés tout au plus que comme la cause impulsive, & non l'objet final de la donation; en sorte que le pere peut aliéner & disposer à son gré deldits biens donnés, sans que les enfans puissent s'en plaindre, ni révoquer les aliénations. *Dolive, liv. 4. chap. 5. Catellan, liv. 2. chap. 14.*

Enfin, l'article 12 de la même Ordonnance de 1731 excepte de la nécessité de l'acceptation les donations entre vifs faites à des enfans nés & à naître; pourvu qu'elles soient acceptées par ceux qui étoient déjà nés dans le tems de la donation, ou bien



à ladite Déclaration du 17 Février 1731, & ainsi qu'il a été décidé par un Arrêt de Règlement du Parlement de Toulouse du 3 Juin 1740; qui a défendu en même tems, & prohibé comme inutiles, les insinuations qu'on avoit encore accoutumé de faire au Greffe des Sénéchaussées ou Sièges Royaux.

Par rapport aux différentes espèces de biens donnés, l'insinuation doit donc se faire, sçavoir, aux Bureaux établis près la Sénéchaussée ou autre Siège Royal ressortissant nuëment au Parlement, tant du domicile du donateur, que du lieu où les biens donnés sont situés ou ont leur assiette, lorsque la donation est d'immeubles réels, ou qui sans être réels ont une assiette, & ne suivent pas la personne du donateur; & dans les autres cas, au Bureau établi près la Sénéchaussée ou autre Siège Royal du domicile du donateur. Voyez l'Ordonnance de 1731, art. 23, & la Déclaration du 17 Février 1731, art. 1.

La donation doit être insinuée dans le délai de quatre mois, à compter de sa date, à l'égard des biens & personnes qui sont dans le Royaume, & dans le délai de six mois pour les personnes qui sont absentes du Royaume, suivant l'Ordonnance de Moulins, art. 58, moyennant quoi elle a un effet rétroactif au jour de sa date contre toute sorte de personnes, c'est-à-dire, même contre les créanciers & tiers acquéreurs qui auroient contracté dans cet intervalle avec le donateur, suivant l'article 26 de l'Ordonnance de 1731, quoiqu'on jugeât ci-devant le contraire dans cette Province, parce qu'en effet cela paroît un peu dur, comme on le voit dans Maynard, liv. 2. chap. 53. Dolive, liv. 4. chap. 29. in princip.

Ce n'est pas que la donation entre-vifs ne puisse être insinuée après les délais de quatre mois ou de six mois, & en tout tems, même après le décès du donataire, pourvu toutefois que le donateur soit encore vivant; mais alors elle n'a effet que du jour de ladite insinuation, suivant la Déclaration du 25 Novembre 1690, & l'Ordonnance de 1731, art. 26.

La donation n'ayant pas été insinuée, elle est nulle, non seulement par rapport aux créanciers du donateur, ou tiers acquéreurs, à qui elle ne peut pas être opposée, comme on le jugeoit ci-devant au Parlement de Toulouse, Dolive, liv. 4. chap. 4. Catellan, liv. 5. chap. 9; mais elle est nulle encore par rapport aux héritiers du donateur, donataires postérieurs ou

*l'insinuation doit toujours être faite au greffe de la Sénéchaussée ou autre Siège Royal ressortissant nuëment au Parlement.*  
*Si la donation est faite en immeubles elle sera faite au Siège de la Sénéchaussée ou autre Siège Royal où les biens donnés sont situés ou ont leur assiette, ou celui du domicile du donateur.*  
*En cas de décès du donateur, l'insinuation doit être faite au Siège de la Sénéchaussée ou autre Siège Royal du domicile du donateur.*  
*La donation doit être insinuée dans le délai de quatre mois, à compter de sa date, à l'égard des biens & personnes qui sont dans le Royaume, & dans le délai de six mois pour les personnes qui sont absentes du Royaume, suivant l'Ordonnance de Moulins, art. 58, moyennant quoi elle a un effet rétroactif au jour de sa date contre toute sorte de personnes, c'est-à-dire, même contre les créanciers & tiers acquéreurs qui auroient contracté dans cet intervalle avec le donateur, suivant l'article 26 de l'Ordonnance de 1731, quoiqu'on jugeât ci-devant le contraire dans cette Province, parce qu'en effet cela paroît un peu dur, comme on le voit dans Maynard, liv. 2. chap. 53. Dolive, liv. 4. chap. 29. in princip.*  
*Ce n'est pas que la donation entre-vifs ne puisse être insinuée après les délais de quatre mois ou de six mois, & en tout tems, même après le décès du donataire, pourvu toutefois que le donateur soit encore vivant; mais alors elle n'a effet que du jour de ladite insinuation, suivant la Déclaration du 25 Novembre 1690, & l'Ordonnance de 1731, art. 26.*  
*La donation n'ayant pas été insinuée, elle est nulle, non seulement par rapport aux créanciers du donateur, ou tiers acquéreurs, à qui elle ne peut pas être opposée, comme on le jugeoit ci-devant au Parlement de Toulouse, Dolive, liv. 4. chap. 4. Catellan, liv. 5. chap. 9; mais elle est nulle encore par rapport aux héritiers du donateur, donataires postérieurs ou*

légataires; & en un mot, ce défaut peut être opposé aujourd'hui par tous ceux qui auroient intérêt à l'opposer, autres néanmoins que le donateur, car c'est à son égard seulement que la donation n'est pas déclarée nulle, à raison du défaut d'insinuation. Vid. ladite Ordonnance du mois de Février 1731, art. 27.

*Sed & quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minimè desiderant.*

Parmi nous, suivant l'Ordonnance de 1731, art. 19, & la Déclaration du 17 Juillet de la même année, art. 1, les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe ne sont pas sujettes à la formalité de l'insinuation, ni nulles par défaut d'insinuation, ce qui renferme tant les donations faites par les ascendans pour constitution de dot aux filles, que celles qui sont faites aux fils qui se marient, & les donations même que les ascendans en se mariant eux-mêmes peuvent faire dans leur contrat de mariage à leurs descendans, ensemble les institutions ou promesses d'instituer faites en contrat de mariage pas les ascendans aux descendans, puisque ce sont de vraies donations.

En second lieu, les donations pour augment & gain de survie, & autres conventions matrimoniales, réciproques, dans les Pays où elles sont en usage, sont exceptées de la peine de nullité par le défaut d'insinuation, quoiqu'au surplus il faille les faire insinuer sous certaines peines burfales: sur quoi Voyez la Déclaration du 25 Juin 1729, l'Ordonnance de 1731, art. 21, & la Déclaration du 17 Février 1731, art. 6; mais au dessus de l'augment ou gain de survie, les autres libéralités entre mariés ont besoin d'insinuation pour être valables. Vid. Catellan, liv. 5. chap. 9.

En troisième lieu, on excepte de la peine de nullité par le défaut d'insinuation les donations des choses mobilières, quand il y a eu tradition réelle, & les donations d'une somme d'argent non excédant mille livres une fois payées, c'est-à-dire, qu'elles ne sont pas nulles faute d'insinuation, mais qu'il faut néanmoins les faire insinuer par rapport aux droits burfaux, suivant l'Ordonnance de 1731, art. 22, & la Déclaration du 17 Février de la même année, art. 7.

Enfin, les mineurs, l'Eglise, les Hôpitaux, Communautés, ou autres qui jouissent du privilège des mineurs, ne peuvent pas être restitués contre le défaut d'insinuation, sauf leur recours tel que de droit contre leurs tuteurs ou administrateurs, & sans que la restitution puisse même avoir lieu, quand bien lesdits tuteurs ou administrateurs se trouveroient insolubles, comme il est porté par ladite Ordonnance de 1731, art. 32.

*Donatoribus licentiam praestitimus certis ex causis eas revocare.*

Les donations entre-vifs peuvent être révoquées par trois moyens; premièrement, par l'ingratitude du donataire, dont Justinien parle en cet endroit; en second lieu, par le droit de retour; & en dernier lieu, par la survenance ou naissance d'enfants au donateur.

Quant à l'ingratitude, les causes qui peuvent donner lieu à la révocation, sont marquées au nombre de cinq dans la Loi dernière, *cod. de revocand. donat.* qui sont, d'avoir dit ou fait des injures atroces au donateur; de l'avoir battu; d'avoir tenté par de mauvaises voies de lui faire perdre son bien, ou la plus grande partie; de l'avoir mis en péril de la vie, de quelque manière que ce soit; & enfin, de refuser d'accomplir les conditions de la donation: sur quoi on peut voir *Dolive, liv. 4. chap. 5. Catellan, liv. 5. chap. 54. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 6.*

L'authentique *quod mater*, au même titre du Code, veut que meres remariées ne puissent révoquer les donations qu'elles ont fait à leurs enfans du premier lit, que pour trois causes d'ingratitude, sçavoir, d'avoir attenté à leur vie, de les avoir battues, ou d'avoir cherché à les ruiner entièrement; elle ne parle point des deux autres: mais en France on ne souffriroit pas qu'un fils pût injurier ou insulter impunément sa mere, sous prétexte qu'elle auroit passé à de secondes noces, ni que sous ce même prétexte il pût refuser d'accomplir les conditions sous lesquelles elle lui auroit donné: ainsi cette authentique n'y est pas observée en ce point. *Vid. Ricard, dicto loco, chap. 6. fess. 1. n. 671.*

L'Ordonnance de 1556, celle de Blois, art. 41, celle de 1639, art. 2, & l'Edit du mois de Mars 1697, marquent une nouvelle cause de révocation des donations, lorsque les fils de famille mineurs de trente ans, ou les filles mineures de vingt-

*révoquées*  
*insinuation*  
*Justinien*  
*recours*  
*insolubles*  
*1731*  
*art. 32*  
*Donatoribus*  
*licentiam*  
*praestitimus*  
*certis*  
*ex*  
*causis*  
*eas*  
*revocare*  
*Les*  
*donations*  
*entre-vifs*  
*peuvent*  
*être*  
*révoquées*  
*par*  
*trois*  
*moyens*  
*premièrement*  
*par*  
*l'ingratitude*  
*du*  
*donataire*  
*dont*  
*Justinien*  
*parle*  
*en*  
*cet*  
*endroit*  
*en*  
*second*  
*lieu*  
*par*  
*le*  
*droit*  
*de*  
*retour*  
*&*  
*en*  
*dernier*  
*lieu*  
*par*  
*la*  
*survenance*  
*ou*  
*naissance*  
*d'en-*  
*fans*  
*au*  
*donateur*  
*Quant*  
*à*  
*l'ingratitude*  
*les*  
*causes*  
*qui*  
*peuvent*  
*donner*  
*lieu*  
*à*  
*la*  
*révocation*  
*sont*  
*marquées*  
*au*  
*nombre*  
*de*  
*cinq*  
*dans*  
*la*  
*Loi*  
*dernière*  
*cod. de*  
*revocand. donat.*  
*qui*  
*sont*  
*d'avoir*  
*dit*  
*ou*  
*fait*  
*des*  
*injures*  
*atroces*  
*au*  
*donateur*  
*de*  
*l'avoir*  
*battu*  
*d'avoir*  
*tenté*  
*par*  
*de*  
*mauvaises*  
*voies*  
*de*  
*lui*  
*faire*  
*perdre*  
*son*  
*bien*  
*ou*  
*la*  
*plus*  
*grande*  
*partie*  
*de*  
*l'avoir*  
*mis*  
*en*  
*péril*  
*de*  
*la*  
*vie*  
*de*  
*quelque*  
*manière*  
*que*  
*ce*  
*soit*  
*&*  
*enfin*  
*de*  
*refuser*  
*d'accomplir*  
*les*  
*conditions*  
*de*  
*la*  
*donation*  
*sur*  
*quoi*  
*on*  
*peut*  
*voir*  
*Dolive, liv. 4. chap. 5. Catellan, liv. 5. chap. 54. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 6.*  
*L'authentique quod mater, au même titre du Code, veut que meres remariées ne puissent révoquer les donations qu'elles ont fait à leurs enfans du premier lit, que pour trois causes d'ingratitude, sçavoir, d'avoir attenté à leur vie, de les avoir battues, ou d'avoir cherché à les ruiner entièrement; elle ne parle point des deux autres: mais en France on ne souffriroit pas qu'un fils pût injurier ou insulter impunément sa mere, sous prétexte qu'elle auroit passé à de secondes noces, ni que sous ce même prétexte il pût refuser d'accomplir les conditions sous lesquelles elle lui auroit donné: ainsi cette authentique n'y est pas observée en ce point. Vid. Ricard, dicto loco, chap. 6. fess. 1. n. 671.*  
*L'Ordonnance de 1556, celle de Blois, art. 41, celle de 1639, art. 2, & l'Edit du mois de Mars 1697, marquent une nouvelle cause de révocation des donations, lorsque les fils de famille mineurs de trente ans, ou les filles mineures de vingt-*

cinq ans, se marient sans le consentement de leurs pere & mere, ou même après cet âge, sans avoir requis leur avis par des actes de respect.

L'action en révocation de la donation par ingratitude ne peut pas être intentée par les héritiers du donateur, qui ne l'a pas intentée pendant sa vie, *Leg. 1. 7. & ult. cod. de revocand. donat.* & elle ne peut pas non plus être formée par le donateur contre les héritiers du donataire, qui seroit décédé avant sa plainte, *Leg. 7. versic. actionem. cod. eodem. Godefroy sur la Loi dernière, ibid.*

Le donateur ne peut pas au surplus renoncer dans l'acte même de donation à la faculté de révoquer ladite donation en cas d'ingratitude; *ne detur occasio delinquendi*; autrement cette clause seroit regardée comme nulle & de nul effet; & il faut remarquer encore que cette révocation par ingratitude n'a pas un effet rétroactif, comme celle qui se fait par la survenance d'enfants au donateur; ou par le droit de retour; parce qu'elle ne se fait pas de plein droit; mais par la voie d'action; & avec connoissance de cause, si bien qu'elle ne touche pas aux aliénations, ni aux hypothèques contractées par le donataire avant la plainte du donateur en Justice pour demander la révocation de la donation; suivant la Loi 7. *cod. de revocand. donat. Ferrieres, in quest. 488. de Guyppap.*

Du reste, c'est au donateur à prouver clairement les faits d'ingratitude, *Dolive, liv. 4. chap. 5. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 6. fess. 4. n. 728.* & quant à la durée de l'action pour former la demande en révocation, quoique *Boutaric* sur l'article 45 de l'Ordonnance des Donations ait pensé que le donateur devoit se pourvoir dans les dix années des actions rescisoires; il est beaucoup plus naturel de s'en tenir à la distinction de *Ricard, dict. loc. n. 727. & 729.* qui observe qu'il n'est nullement besoin de se pourvoir en restitution ou en rescision de la donation; ni d'obtenir des Lettres de Chancellerie pour cela; & fait voir que la durée de la demande en révocation par ingratitude dépend de l'action qui en fait le fondement; c'est à-dire, que si cette révocation est fondée sur un crime, comme d'avoir attenté à la vie du donateur, elle ne se prescrit que par vingt ans, qui est le tems de la prescription des actions criminelles; si le donateur ne se plaint que de l'inexécution des clauses & conditions

182 LES INSTITUTIONS  
de la donation, son action étant civile & personnelle doit durer trente années; & enfin s'il n'est question que d'une simple injure, le donateur n'est pas recevable à se plaindre après l'an, qui est le tems par lequel les injures demeurent prescrites: cette distinction est aussi conforme à la doctrine de *Maynard*, liv. 8. chap. 9.

Le droit de retour est un droit qui fait revenir au donateur les biens par lui donnés, lorsque le donataire vient à décéder avant lui sans enfans: ce droit qui n'avoit été introduit qu'en faveur du pere donateur par la Loi *jure succursum*, ff. de *jure dotium*, a été étendu par la Jurisprudence des Arrêts à la mere, à l'ayeul, à l'ayeule, au frere, à la soeur, & aux oncles & tantes de sang; & non d'alliance; soit paternels, soit maternels; & ce droit de reversion a également lieu, quoique le donataire ait laissé des enfans, si ces enfans viennent encore à mourir avant le donateur, sans laisser des enfans. *Vid. Cambolas*, liv. 1. chap. 5. *Catellan*, liv. 5. chap. 8. *Ricard*, tom. 1. part. 3. chap. 7. sect. 4.

Comme ce retour légal se fait de plein droit, il fait revenir au donateur les biens donnés francs & exempts des hypothèques contractées par le donataire dans l'intervalle; il résoud pareillement les aliénations, & seulement les biens donnés par quelqu'une de ces personnes, dont nous avons parlé, en contrat de mariage, sont affectés subsidiairement à l'hypothèque de la dot & augment de la femme, en cas d'insuffisance des biens propres du mari donataire.

Indépendamment de ces personnes qui par la Jurisprudence des Arrêts jouissent du droit de retour *ipso jure*, tous les autres donateurs, soit parens en des degrés plus éloignés, soit étrangers, jouissent du droit de retour conventionnel; c'est-à-dire, lorsqu'ils l'ont stipulé ou réservé en donnant, & ils en jouissent même avec plus d'avantage; car lorsqu'un donateur a stipulé le retour, au cas de prédécès du donataire, simplement, & sans parler des enfans du donataire, ce retour a lieu, bien que le donataire ait laissé des enfans, & à l'exclusion de ces mêmes enfans. *Cambolas*, liv. 1. chap. 5. ch. 5. *Catellan*, liv. 5. chap. 8. *in medio*.

Bien plus; lorsque le donateur a stipulé le retour, au cas que le donataire décéderoit ou précéderoit sans enfans, alors quoique le donateur vienne à mourir le premier, il transmet à ses

La dot ne confère pas le même privilège que le donataire au vu de la raison de la succession de l'enfant. art. 47. de l'ind. de 1751.

Le droit de retour légal en faveur de ceux qui dans un contrat de mariage ont institué en premier lieu leur conjoint ou leurs descendans, est différent de celui qui est institué par le donateur, & qui ne confère pas le même privilège.

héritiers, quels qu'ils puissent être, son droit de retour, lequel a lieu en leur faveur, à l'exclusion des héritiers étrangers du donataire qui vient à mourir sans laisser des enfans, parce que le donateur qui contracte, traite tant pour lui que pour ses héritiers, & que *conditionalis stipulatio ad heredes transmittitur*.

Il n'en seroit pas de même du premier cas dont nous avons parlé, où le donateur a stipulé le retour, au cas du prédécès du donataire, simplement, sans parler des enfans dudit donataire, la stipulation en ce cas n'est regardée que comme personnelle au donateur, & non réelle; ni transmissible; ainsi si ce donateur meurt avant le donataire, le retour s'évanouit.

Le retour conventionnel fait revenir aussi au donateur les choses données, libres de toutes hypothèques, & résoud les aliénations, sans qu'il puisse même, je pense, être question alors de l'hypothèque subsidiaire de la dot, s'il s'agit du moins d'un donateur étranger ou collatéral qui ne se soit en rien obligé à cet égard. *Vid. Ricard*, tom. 1. part. 3. chap. 7. sect. 4. n. 798.

On doit remarquer, quoi qu'en aient dit quelques Auteurs, que les donations pures & simples entre-vifs faites en contrat de mariage par l'un des futurs époux à l'autre ne sont pas sujettes au droit de retour légal, ainsi qu'il a été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse après partage du premier Juin 1731, Rapporteur M. de Bastard, Compartiteur M. de Capella; l'un des avis étoit que la donation devoit être sans effet, & faire retour au mari, la femme étant décédée, comme centée faite sous la condition, *si quis supervixerit is cui donatum est*, & qu'on ne pouvoit pas penser que le mari eût entendu donner autrement, ni voulu s'assujétir à payer lui-même cette donation aux successeurs de sa femme: car c'étoit le cas du procès; mais à cela il fut répondu que ce seroit donner atteinte à trois maximes inébranlables, 1.<sup>o</sup> Que le droit de retour n'a lieu que pour les donations faites en faveur des proches parens; 2.<sup>o</sup> Que dans les contrats on ne doit pas interpréter la volonté des contractans; 3.<sup>o</sup> Qu'une donation faite entre-vifs purement & simplement ne peut pas être rendue conditionnelle par des conjectures. *Voyez*, pour la confirmation de cet Arrêt, *Ricard*, tom. 1. part. 3. chap. 7. sect. 6.

Enfin, toute sorte de donations entre-vifs faites par des personnes qui n'ont pas d'enfans ou de descendans vivans dans le tems de la donation, de quelque valeur qu'elles soient, & à

Constaté sur l'ind. de 1751. art. 47. que le donateur n'a pas le même privilège que le conjoint ou les descendans, & que le donataire n'est pas assujété à payer la dot de sa femme, & que le donateur n'est pas assujété à payer la dot de sa femme, & que le donateur n'est pas assujété à payer la dot de sa femme.

quelque titre qu'elles aient été faites, même celles qui auroient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints ou les ascendants, demeurent révoquées & résolues de plein droit par la survenance d'un enfant légitime au donateur; même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent; c'est la disposition de l'article 39 de l'Ordonnance des Donations de 1731 fondée sur l'esprit de la Loi, *si unquam*, *cod. de revocand. donat.* & sur cette présomption que toute personne qui donne, n'ayant pas d'enfants légitimes, n'est censée donner que sous cette condition tacite, si elle n'en a pas à l'avenir. *Vid. Catellan, liv. 4. chap. 41.*

Sur ces principes on juge que les donations entre-vifs, même celles faites à l'Eglise, ou à la cause pie, ou à la charge d'une fondation, sont sujettes de plein droit à cette révocation, de même que les constitutions de dot, sans attendre même la mort du mari qui auroit reçu la dot. *Maynard, liv. 4. chap. 12. Catellan, liv. 4. chap. 41.*

Cette révocation s'étend encore aux donations qui auroient été déguisées d'un autre nom, comme de transaction, accord, ou autres actes semblables, dans lesquels on auroit renoncé à des droits certains & établis, *Catellan, liv. 5. chap. 8.* elle a lieu aussi, quoique l'enfant du donateur ou de la donatrice fût déjà conçu au tems de la donation; car il faut avoir des enfans nés & vivans lors de la donation; pour qu'elle ne soit pas sujette à cette révocation. *Voyez ladite Ordonnance de 1731, art. 39. & 40.*

Les biens donnés entrent dans le patrimoine du donateur, par la survenance d'un enfant, libres & exempts de toutes charges, hypothèques, ou alienations du chef du donataire, & ne sont pas même affectés subsidiairement & en défaut d'autres biens à la restitution de la dot, augment, & autres conventions matrimoniales de la femme du donataire, ainsi qu'il est porté par l'article 42 de ladite Ordonnance de 1731 contre l'ancienne Jurisprudence remarquée par *Maynard, liv. 6. chap. 40.*

Comme cette révocation se fait de plein droit, la donation révoquée ne peut revivre, ni avoir de nouveau son effet par la mort de l'enfant survenu au donateur, ni par aucun acte confirmatif, à moins que le donateur ne fit une nouvelle donation des mêmes biens au même donataire, c'est la disposition de l'article

l'article 43 de ladite Ordonnance de 1731; & au surplus, l'action en déclaration de la révocation peut être intentée par les héritiers du donateur, quand même il seroit mort sans la former & sans se plaindre, & contre les héritiers même du donataire déjà décédé. *Vid. Catellan, liv. 4. chap. 41.*

Le donateur ne peut pas même renoncer lors de la donation, ou avant qu'il lui soit survenu des enfans, à la révocation de la donation, car une telle renonciation seroit inutile, *Vid. l'article 44 de ladite Ordonnance*; il ne peut pas non plus dans les bonnes règles faire cette renonciation après la naissance de l'enfant, parce que ce seroit un acte confirmatif de nul effet; mais si après cette naissance il payoit, par exemple, la somme auparavant donnée, comme ce seroit un acte exécutif, je crois que le donateur ni ses héritiers ne pourroient plus la répéter, & je l'ai vu décider de même.

§. 3. *Est & aliud genus donationis, quod antè nuptias vocabatur.*

On applique à l'augment, avantage nuptial ou gain de survie entre les personnes mariées dans les Pays de Droit Ecrit, presque tout ce qui est dit dans le Droit Romain de la donation *antè vel propter nuptias.*

Dans les Pays de Coûtume cet avantage nuptial est appelé douaire, & il est ou préfix, c'est-à-dire, fixé & réglé dans le contrat de mariage, ou bien en défaut les Coûtumes donnent à la femme un douaire coëtumier, qui consiste en l'usufruit de la moitié des héritages que le mari possède au jour de la bénédiction nuptiale, & de ceux qui lui sont échus depuis le mariage, en ligne directe; le douaire préfix au contraire est d'une somme de deniers, ou d'une partie des héritages ou rentes appartenant au mari, pour en jouir par la femme en usufruit ou même en pleine propriété, pourvu toutefois qu'il n'y ait pas des enfans issus du mariage, car le douaire coëtumier ou préfix est le propre des enfans: du reste, le douaire coëtumier est dû en défaut du douaire préfix, & quoiqu'il n'eût été fait aucune mention de douaire dans le contrat de mariage, à moins qu'il n'eût été convenu par exprès que la femme n'en auroit aucun. *Voyez les articles 247, 248 & suiv. de la Coûtume de Paris.*

Dans les Pays de Droit Ecrit l'augment est aussi ou conven-

Des donations.

Les donations faites par contrat de mariage en ligne directe ou tout point - sujettes à l'insinuation. art 19.

Les donations des choses mobilières quand il y a eu tradition réelle et les sommes d'argent non encadrées mille livres une fois payée ne sont pas sujettes à l'insinuation mais bien à certains droits sur leaux. art 22.

Les mineurs, les ouverts, & ne peuvent point être restitués et contre le défaut d'insinuation sans leur recours contre leurs tuteurs et administrateurs. art 22.

Les donations entre vifs peuvent être révoquées de trois façons. 1<sup>o</sup> par l'ingratitude du donataire. 2<sup>o</sup> par le droit de retour. 3<sup>o</sup> par la survenance d'enfant au donateur.

Les deux derniers au c. de revocandis donationibus. marque cinq causes de révocation de donation. il faut y ajouter celle provenant du mariage contracté par le contumacement volontaire <sup>ou</sup> forcé des parents. vide l'ord. de 1556. et l'édit du mois de Mars. 1697.

L'action en révocation de la donation ne peut être intentée par le donateur contre les héritiers du donataire qui seroit décédé avant la plainte. art. 1. et 2. au c. de revocandis. elle ne peut non plus être formée par les héritiers du donateur qui ne l'auroit pas intentée pendant sa vie.





les biens donnés reviennent au donateur exempt.  
on ne peut qu'interdire ce droit. mais l'on ne le laisse  
pas les enfants peuvent le léguer même contre la loi  
de l'ordonnance.

§ 3. la jurisprudence de arêts applique à l'augment dotal,  
et à la portion virile de l'augment. tout ce qui est  
deux droits romains, et dans ce paragraphe de la donation,  
avec ou sans nuptias.

lorsqu'il n'y a point de part conjointe, l'augment se partage  
en propriété l'augment dotal. l'augment virile. l'augment se partage  
que l'augment. et il gagne en propriété la portion virile de  
l'augment. nouvelle 127. cap. 3. catalan liv. 9. art. 54.

le conjoint doit de jure en propriété de cette portion  
virile autrement elle est acquise comme l'augment dotal  
et par l'augment. il faut que l'augment soit joint. il faut aussi  
qu'il y ait un augment. sans cela l'augment est par la  
part de l'augment nouvelle dit. catal. liv. 9. art. 54.

les enfants de autres lieux sont joint de droit à l'augment  
- même à la virile. au contraire l'augment est leur droit  
de légitime à la virile dont leur père ou mère ont disposé.  
l'augment dotal conventionnel dans le pays de  
droit écrit. dans le droit romain il est ou par la loi  
ou par la loi avant l'augment.

tionnel, ou coutumier; mais s'il n'y a point de Statut local, ou de Coutume particuliere qui accorde un augment à la femme, il n'est pas dû sans convention; cependant la seule Coutume ou Usage non écrit suffit pour l'accorder, comme il a été jugé au Parlement de Toulouse par un Arrêt du 10 Septembre 1743 en faveur de la femme du nommé Armande, laquelle demandant un augment dans la distribution des biens de son mari, bien qu'il n'y en eût aucun stipulé dans son contrat de mariage, & soutenant que la Coutume du lieu de Boulogne où il avoit été passé, étoit telle que la femme gagnoit la moitié en sus de sa dot, fut, avant dire droit, reçue à rapporter la preuve de ladite Coutume.

L'augment n'a hypothèque que du jour du contrat de mariage, comme l'observent *La Roche & Graverol, liv. 6. titr. 4. art. 23.* & lorsqu'il n'y a point d'enfans du mariage, le conjoint survivant gagne l'augment en propriété; mais lorsqu'il y a des enfans, il ne gagne l'augment qu'en simple usufruit, & en outre une portion virile dudit augment en propriété, s'il ne se remarie pas; car s'il se remarie, il est réduit au simple usufruit de l'augment, & cette portion virile se règle, eù égard au nombre des enfans qui se trouvent en vie, au tems du décès de ce conjoint qui meurt le dernier, étant compté lui-même comme un des enfans. *Vid. Novell. 22. cap. 23. & Novell. 127. cap. 3. Catellan, liv. 17. chap. 54.*

L'augment est une tierce espèce de bien qui n'est regardé ni comme paternel, ni comme maternel; ainsi il appartient aux enfans, quoiqu'ils ne soient pas héritiers du pere ou mere qui l'ont gagné, ou qu'ils renoncent à la succession, *Novell. 22. cap. 20.* & la portion virile dudit augment que le conjoint survivant a gagnée, se partage aussi également entre les enfans, soit héritiers, ou non, s'il n'a pas disposé de cette portion nommément & d'une maniere expresse; car une disposition ou obligation des biens en général, ou une institution d'héritier universelle seroit insuffisante, & n'empêcheroit pas que les enfans ne dussent partager également l'augment & la virile. *Dist. Novell. 22. cap. 20. Catellan, liv. 4. chap. 28.*

Enfin, la virile de l'augment en défaut de disposition expresse appartient, de même que l'augment, aux seuls enfans du mariage d'où elle procède, & les enfans des autres lits n'y ont rien

à prétendre, & ne peuvent pas même légitimer sur cette virile; mais il n'en est pas de même à l'égard des enfans du même lit d'où procède l'augment, car ils ont droit de légitimer sur la virile de cet augment gagnée par leur pere ou par leur mere, quoique ceux-ci en aient disposé nommément en faveur d'un deldits enfans, ou en faveur d'un tiers.

*Quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solum augentur, sed etiam fiunt.*

La dot peut être constituée pendant le mariage, tout comme elle peut être aussi augmentée, même en argent pendant le mariage, ainsi qu'il est dit dans ce texte, & dans la Nouvelle 97, cap. 2; & la femme aura pour cette dot ainsi constituée ou augmentée, & pour les intérêts, le même privilège que la Loi *affiduis, cod. qui potior. in pign. hab.* observée dans cette Province, donne aux constituées lors du mariage, c'est-à-dire, le privilège de préférence en la répétition ou restitution sur tous les créanciers du mari, même antérieurs au mariage, tant en capital qu'intérêts, pourvu toutefois que la constitution ou l'augmentation de dot faite durant le mariage ait été faite en fonds & en immeubles, & que si elle a été faite en effets mobiliers ou en argent, c'ait été sans fraude, en un tems où le mari n'avoit aucuns créanciers, & pourvu encore que cette dot constituée ou augmentée ait été réellement comptée & payée au mari; car autrement si le mari a des créanciers lors de la constitution ou augmentation faites en argent pendant le mariage, cette constitution ou augmentation de dot n'a aucun privilège contre ces créanciers antérieurs, mais passe simplement avant les créanciers postérieurs, & n'est allouée que du jour qu'elle a été faite, & les intérêts n'en sont colloqués qu'en dernier rang & par concours avec les intérêts des autres créanciers; de plus, s'il ne paroît pas clairement que cette dot constituée ou augmentée durant le mariage ait été réellement comptée, elle ne peut pas même nuire alors aux créanciers postérieurs du mari, & on ne l'alloue qu'en dernier rang après les capitaux & intérêts de tous les créanciers, soit hypothécaires, soit cédulaires, comme une simple libéralité de la part du mari. *Vid. ladite Nouvelle 97. cap. 2. Cambolas, liv. 4. chap. 20. Catellan, liv. 4. chap. 55.*

Au reste, suivant les anciens Arrêts rapportés par *Dolive, liv. 3. chap. 24.* le pere qui constituoit une dot à sa fille, tant pour les droits paternels que maternels, sans distinguer ce qu'il constituoit pour les droits maternels, devoit supporter l'entiere dot, & devoit tout payer, soit que la mere fut morte ou vivante, présente ou absente, & soit même que le pere & la mere eussent fait la constitution dotale conjointement; mais aujourd'hui lorsque le pere & la mere ont constitué conjointement pour tous droits paternels & maternels sans rien distinguer, ou même lorsque la mere est présente & intervient dans le contrat de mariage, où le pere constitue à sa fille une dot pour tous droits paternels & maternels; on fait supporter cette dot par égales parts, tant par la mere que par le pere, suivant *Catellan, liv. 4. chap. 70.* quoique cet Auteur convienne pourtant qu'il est plus équitable dans ces cas de réduire l'obligation de la mere, qui n'est pas chargée du soin de doter, à la légitime qui est due à sa fille sur les biens.

Mais on juge encore à présent au Parlement de Toulouse, & dans les Pays de Droit Ecrit, que lorsque le pere après le décès de sa femme constitue à sa fille une dot pour tous droits paternels & maternels, sans distinguer ce qu'il constitue pour les droits maternels, la dot doit être prise en entier sur le patrimoine du pere, & que la fille est en droit de demander encore le paiement de ses droits maternels; cela est fondé sur la Loi dernière, au Code de *datis promissionc.* Voyez *Vedel sur Catellan, liv. 4. chap. 70. Cambolas, liv. 4. chap. 29. Albert, verb. dot, art. 8.*

L'Empereur Léon dans sa Nouvelle 21 a néanmoins appelé cette Loi un renversement d'équité, *equitatis subversionem*, plusieurs conviennent même qu'elle est injuste dans son espèce, & il seroit difficile d'en disconvenir; car la mere étant décédée, & le pere se trouvant débiteur envers sa fille des droits maternels qu'il a en ses mains, il doit être censé avoir voulu plutôt s'acquitter de cette dette, que donner du sien; il n'est pas même question de recourir à des présomptions, quand la lettre parle; & pourquoi présumer que le pere a entendu doter en entier *de suo*, tandis qu'il a dit nommément le contraire, *quorsum enim verba nisi ut mentem demonstrant?* il est vrai qu'en général c'est le devoir du pere de doter ses filles; mais il n'est pas moins vrai qu'il lui est libre de

*frange*  
d

leur donner lui-même ce qu'il trouve à propos, qu'il suffit qu'au dessus des droits maternels la fille trouve dans la dot qu'il lui a constituée, sa légitime paternelle, & que quand elle ne l'y trouveroit pas en entier, elle ne doit avoir dans les règles qu'une action en supplément.

Quoiqu'il en soit, on suit la Loi déjà citée dans les Pays de Droit Ecrit, malgré son injustice évidente, sous prétexte que c'est une des cinquante Constitutions de l'Empereur Justinien, comme si l'on ignoroit que son Tribonien est accusé d'avoir été quelquefois un marchand de Loix; je ne sçai si l'on reviendra un jour de cette prévention.

Au surplus, quoique ladite Loi dernière, *cod. de dotis promissione*, parle tant de la dot que de la donation faite au fils qui se marie, on ne la suit pas au Parlement de Toulouse quant à ce dernier point, & on y juge que n'y ayant pas en France de donation nécessaire du pere au fils, & qu'à son égard le pere étant absolument libre de donner, ou de ne pas donner, la donation faite par le pere au fils qui se marie, pour tous droits paternels & maternels, renferme les droits maternels, & que si le fils a accepté la donation, il ne peut pas les prétendre; il y a un Arrêt de l'année 1743 qui l'a ainsi jugé, en réformant une Sentence arbitrale qui avoit décidé le contraire.

TITRE VIII.

Quibus alienare licet, vel non.

Ad princip.

*Maritus dotale pradium, invita muliere, per Legem Juliam alienare prohibetur.*

DANS les Pays Coutumiers le mari a la liberté d'aliéner le fonds dotal ou propre de sa femme, pourvu qu'elle consente, ainsi que l'avoit réglé la Loi *Julia, cod. de fundo dotali*, & même dans quelques Provinces régies par le Droit Ecrit, qui sont du Ressort du Parlement de Paris, telles que le Lionnois, Beaujolois, &c. l'aliénation aussi bien que l'hypothèque & l'obligation de la dot ont été permises aux femmes mariées par un

*aliénation de la dot permise dans les pays coutumiers. prohibition de la dot en Droit écrit. dans quelques provinces de France. l'aliénation de la dot est permise aux femmes mariées par un contrat de mariage. l'obligation de la dot est permise aux femmes mariées par un contrat de mariage. l'obligation de la dot est permise aux femmes mariées par un contrat de mariage.*





Le débiteur du pupille peut être libéré véritablement si le pupille  
ou l'usufruitier a donné un cautionnement et si l'usufruitier  
qui est l'usufruitier a payé. Les mêmes formalités sont observées à  
l'égard des mineurs.

L'usufruitier peut retirer les intérêts de son usufruit sur  
l'usufruit de son usufruitier, et sur les intérêts de son usufruitier  
et capital qui le pupille a reçu, et l'usufruitier du pupille  
peut faire.

L'usufruitier peut être tenu pour l'usufruit de son usufruitier, et  
pour les intérêts de son usufruitier. Il est tenu pour les  
affaires de son usufruitier. Loi de 1874. Art. 10.

Le pupille peut véritablement être libéré sans l'usufruitier de son  
usufruit. <sup>dans les cas</sup> Le pupille peut être libéré par un pupille ou un usufruitier. <sup>celui</sup>  
ou l'usufruitier peut être libéré par un pupille ou un usufruitier.  
Le pupille qui a été originairement libéré peut être libéré  
à nouveau. Si un usufruitier a été libéré par un pupille ou un usufruitier  
d'usufruit contre ce mineur ou l'usufruitier de son usufruitier  
celui qui le mineur a libéré a libéré le pupille.

Edit du mois d'Avril 1664, afin de faciliter le commerce ; mais dans tous les autres Pays de Droit Ecrit, & principalement dans cette Province de Languedoc, on suit exactement la Constitution dont l'Empereur Justinien fait ici mention, c'est-à-dire, la Loi unique, §. *Et cum Lex. cod. de rei uxoriae actione*, par laquelle l'aliénation, de même que l'hypothèque des fonds dotaux, est absolument défendue, à peine de nullité, au mari avec le consentement même de la femme, & tant à la femme qu'au mari, conjointement ou séparément. *Vid. Dolive, liv. 3, chap. 29. Catellan, liv. 4, chap. 45.*

Il y a pourtant des cas où la femme peut valablement hypothéquer sa dot durant le mariage, c'est-à-dire, lorsque la femme s'oblige pour une cause juste & raisonnable, comme seroit la vente ou la réparation de ses biens parafernauz, ou qu'elle se trouve condamnée en des dépens ou des dommages & intérêts pendant le mariage ; car alors on ne doute pas que le créancier ne puisse agir contre elle & sur ses biens dotaux, après que la dissolution du mariage a remis ces mêmes biens au pouvoir & à la disposition de la femme. *Duperier, tom. 1. liv. 1. chap. 3.*

Il y a aussi quelques cas où l'aliénation de la dot est permise durant le mariage ; car non seulement le fonds dotal peut être vendu à un tiers dans le contrat même de mariage où il a été constitué, mais il peut être encore vendu postérieurement au contrat de mariage, s'il a été convenu dans le contrat qu'il pourroit l'être, & qu'il seroit permis au mari de l'aliéner, *Catellan, liv. 4, chap. 45. in fine* ; je tiens même que dans ces deux cas le fonds aliéné ne peut pas devenir subsidiairement dotal, malgré l'insolvabilité du mari, & il y a de bonnes raisons pour le décider ainsi.

On excepte encore de la règle qui prohibe l'aliénation, donation, ou autre disposition du fonds dotal, le cas où il a été baillé au mari estimé à une certaine somme ; parce que l'estimation est regardée comme une vente qui en est faite au mari, qui le rend propriétaire du fonds, de façon qu'il est le maître de le retenir, & qui l'oblige seulement à en payer le prix, *Leg. 5. cod. de jure dotium*, à moins que malgré cette estimation il n'eût été stipulé que la femme auroit le choix de reprendre le fonds, *dist. Leg. 5. Et Leg. 21. cod. eodem* ; & dans le doute à quel dessein l'estimation du fonds a été faite, on présume que

c'est à dessein de vendre le fonds au mari, *gloss. ad distam Leg. 21. cod. eodem*, ce qui n'empêche pas que lorsque le mari se trouve ensuite insolvable, le fonds, quoique baillé estimé, ne puisse être subsidiairement revendiqué & répété comme dotal par la femme ou par ses enfans. *Vid. Catellan, liv. 4. chap. 32.*

On excepte pareillement les aliénations du fonds dotal qui se trouvent nécessaires ; & ainsi en cas de nécessité urgente on permet en Justice à la femme & au mari la vente ou l'obligation du fonds dotal, comme, par exemple, pour pourvoir en cas de besoin à la subsistance de leur famille, pour tirer le mari de prison où il est détenu, & lui procurer sa liberté. *Vid. Catellan, liv. 4. chap. 1.*

On excepte encore le cas de la donation que la femme peut faire pendant le mariage, de sa dot en tout ou en partie, même sans le consentement du mari, pourvu que l'usufruit lui en soit réservé sa vie durant, en faveur d'un de ses enfans, soit en contrat de mariage, ou autrement, quoiqu'elle ne puisse pas de même en faire donation à d'autres personnes étrangères, *Dolive, liv. 3. chap. 29. Catellan & Vedel, liv. 4. chap. 4.* il est vrai que *Catellan* au lieu cité, de même que *Boutaric* sur ce texte, exigent que la donation des biens dotaux, ou de partie desdits biens, que la femme fait à un enfant, soit expresse, lorsque la femme a d'autres biens libres ou parafernauz auxquels la donation peut se rapporter, & veulent que sans cette expression les biens dotaux ne soient pas censés compris dans la donation ; mais il faut s'en tenir à ce que dit *Vedel, dist. loc.* où il observe que cela ne peut avoir lieu tout au plus que dans la Coutume de la ville de Toulouse, où la dot appartient au mari & aux enfans nés du mariage d'une manière plus particulière, ce qui exclut la femme de pouvoir en disposer en faveur de l'un d'eux au préjudice des autres ; sur quoi il rapporte un Arrêt de l'année 1719 qui est aussi rapporté par *Furgole, quest. 24. des donations*, mais que hors de cette Coutume la donation qu'une femme fait à un de ses enfans, de tous ses biens, ou d'une quotité de ses biens, comprend aussi bien la dot que les biens parafernauz : il y a un Arrêt de l'année 1708 rendu au Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Costa, dans la distribution des biens du sieur de Boirargues, & un autre du 29 Juillet 1722 dans la cause du sieur d'Alies & de la Dame de Caumont ; qui l'ont ainsi jugé ; & c'est aujourd'hui la Jurisprudence de ce Ressort.

Le fonds baillé en dot qui se trouve commun & indivis avec des tierces personens , peut être également vendu & licité , s'il n'est pas partageable ; enforte que si par la licitation le fonds écheoit & est adjugé à un autre qu'au mari , la dot ne consiste alors qu'au prix ou en la somme d'argent que le mari reçoit pour la portion que sa femme avoit sur ledit fonds, *Leg. 78. §. penult. ff. de jure dotium* , & c'est là une de ces aliénations nécessaires & involontaires qui ne sont pas prohibées par les Loix.

A plus forte raison le fonds dotal peut être aussi vendu, aliéné & décrété à la requête des créanciers du pere ou de la mere de la femme , auxquels elle avoit succédé , sans qu'elle puisse le revendiquer , parce que c'est une aliénation nécessaire qui vient *ex causa antiqua* , tout comme il peut être décrété , & le mari en être évincé , pour les dettes contractées par la femme elle-même avant son mariage.

Hors de ces cas dont il vient d'être parlé , le fonds dotal ne peut être aliéné ni hypothéqué à quelque titre que ce soit , & si c'est la femme qui en ait fait l'aliénation , le mari seul peut pendant le mariage révoquer cette aliénation ; que si c'est le mari qui l'a aliéné , la femme ne peut pas non plus pendant le mariage en révoquer l'aliénation , parce qu'elle n'a pas en main les aliénations concernant la dot , à moins qu'elle ne se fût faite séparer en biens d'autorité de Justice. *Vid. Leg. 9. cod. de rei vindicat. Ferrieres, repetit. ad caput Raynurius, pag. 358.*

Mais si l'aliénation a été faite par le mari & la femme conjointement , ou par le mari seul , il peut lui-même durant le mariage révoquer cette aliénation qu'il a fait , demeurant néanmoins sujet aux dommages & intérêts envers l'acheteur , s'il s'est obligé envers lui à la garantie , & que l'acheteur ait ignoré le vice de l'achat. *Catellan, liv. 5. chap. 7. & chap. 47. & Fedel, ibid.*

Le fonds dotal ne pouvant être aliéné pendant le mariage , il ne peut être aussi prescrit par un tiers auquel le mari l'auroit laissé posséder durant trente ans ; ainsi la prescription du fonds dotal ne court pas contre la femme pendant le mariage , sinon qu'elle eût commencé auparavant , *Leg. 16. ff. de fundo dotali* ; mais la prescription d'une somme due à la femme , qui est devenue dotale , parce que la femme s'est ensuite remariée , & s'est constituée tous ses biens , court néanmoins contre la femme durant le mariage

*Cela pourroit être étendu sur un mari & sur un abbé, comme lorsqu'il est obligé de rendre le dot de sa femme, qui l'auroit pu prêter sans cela.*

*La femme n'est point pendant le mariage le mari peut révoquer l'aliénation.*

*La prescription du fonds dotal ne court pas pendant le mariage, si elle n'a commencé auparavant.*

*La prescription du fonds dotal ne court pas pendant le mariage, si elle n'a commencé auparavant.*

mariage en faveur du débiteur , quand même cette prescription n'auroit pas commencé avant le mariage ; parce que la *Loi Julia* ne défendant que l'aliénation ou la prescription du fonds dotal , & dans le cas même où cette prescription n'auroit commencé que depuis le mariage , elle ne s'applique pas à l'aliénation , ni par conséquent à la prescription d'une dette.

Au surplus , quoique le mari qui a laissé prescrire le fonds dotal ou la somme dotale , se trouve insolvable , on n'accorde dans l'un ni dans l'autre cas aucun recours à la femme , ni contre le possesseur du fonds dotal , ni contre le débiteur ; il y a même deux Arrêts du Parlement de Toulouse qui l'ont ainsi jugé à l'égard du fonds dotal , dont la prescription avoit commencé avant le mariage , l'un du 4 Juin 1704 , & l'autre du 4 Avril 1707.

La prescription du fonds dotal qui a commencé avant le mariage , court non seulement contre la femme , mais elle continue même de courir après sa mort contre ses enfans qui lui succèdent , quoiqu'ils soient mineurs , & qu'ils soient en la puissance de leur pere qui a l'usufruit des biens dotaux pendant sa vie ; mais hors de ce cas il est certain que la prescription ne court pas contre les enfans , tandis qu'ils sont sous la puissance paternelle , pour les biens ou sommes leur appartenant , & dont le pere a l'usufruit ; non plus qu'à l'égard de leurs biens que le pere a aliénés. *Leg. 1. cod. de bonis maternis ; Leg. 1. in fine, cod. de annali-exceptione ; Catellan, liv. 7. chap. 15.*

Du reste , puisqu'il n'y a que l'aliénation du fonds dotal qui soit défendue par la Loi , il s'ensuit que le mari est le maître absolu des sommes , actions , obligations ou hypothèques dotales , & qu'il peut les aliéner , comme il trouve à propos , *Leg. 5. ff. de impensis in res dotales factis ; Leg. 2. cod. de obligationib. & actionib.* mais la femme ne peut ni les céder , ni les aliéner , ni en traiter elle seule , parce que l'exercice des actions & aliénations dotales ne réside pas sur sa tête ; & il y a un Arrêt du 17 Mars 1736 rendu entre la demoiselle de Mercier & Me. Caumette , Notaire , qui a jugé que cette cession faite par la femme elle seule étoit nulle. Par un autre Arrêt du 11 Août 1705 au contraire dans la cause du sieur du Roc de Pradels , il a été jugé que le mari dont la femme s'étoit constituée en dot tous les biens , avoit pu valablement traiter & transiger des droits de sa



femme, quoiqu'elle fût mineure lors de la transaction, & qu'il fût même question d'un compte tutélaire.

*question singulière*

On a demandé si la femme peut toujours disposer librement de sa dot, à cause de mort, au préjudice du mari; voici l'espèce. Une femme à qui son pere en la mariant avoit donné & constitué en dot la moitié de ses biens, venant à décéder, & laissant son mari & un enfant né de leur mariage, fait donation à cause de mort de cette dot à son pere, de lui autorisée, n'ayant légué à l'enfant que sa légitime; le pere de cette femme demande au mari le délaissement des biens dotaux en vertu de cette donation, distraction faite de la légitime de l'enfant; le mari prétend au contraire jouir du total de la dot, tant que son enfant vivra: j'ai répondu avec raison, contre l'avis de quelques Avocats, & contre une Sentence rendue au préjudice du mari, que cette jouissance ne pouvoit pas lui être contestée, puisque par l'existence de l'enfant le mariage étoit censé durer, & qu'il en supportoit les charges; qu'il est de règle *functionem dotis mariti non posse*; que les intérêts ou fruits de la dot sont dûs de plein droit au mari après la mort de la femme, laquelle a laissé des enfans, tout comme si elle étoit vivante, en sorte que rien ne scauroit l'en priver, *Catellan, liv. 4. ch. 42. in fine. Despeisses, tom. 1. pag. 426.* étant ridicule que *alter onus, alter lucrum haberet*; & qu'en un mot, quoique la femme eût pu disposer du capital de sa dot en faveur d'autre personne que de son enfant, elle avoit, du moins quant aux fruits, disposé d'une chose qui ne lui appartenoit pas, mais qui appartenoit au mari: j'ai ajouté surabondamment, que l'existence des enfans nés du mariage empêchoit le droit de retour de la dot, tandis que les dispositions, soit entre-vifs, ou de dernière volonté, faites par le donataire, n'étoient pas capables d'en priver le donateur; qu'ainsi l'existence des enfans, qui étoit plus forte que le droit de retour, devoit empêcher des dispositions pareilles à celle-ci au préjudice du mari & des enfans, & qu'il seroit contre l'intérêt public & contre la faveur des mariages, d'ouvrir une telle voie pour reprendre la dot, dans le cas où le retour ne peut pas avoir lieu.

On fondeoit, très-mal à propos l'avis contraire sur ce que, suivant la Nouvelle 117, *in principio*, la mere auroit pu instituer héritier son enfant, & prohiber par expès l'usufruit au mari; car, 1°. c'est ce qu'elle n'avoit pas fait, en supposant même

qu'elle eût pu faire cette prohibition, ce que l'on conteste s'agissant de biens dotaux; 2°. la Nouvelle ne parle pas en effet de l'usufruit des biens dotaux, ou plutôt elle les exclut nettement; car on ne peut pas appliquer à cette espèce de biens, ces termes dont elle se sert, *hac enim & extraneis relinquere poterant, unde nulla parentibus utilitas nasceretur*, puisque la jouissance de la dot n'est ni une utilité, ni un gain pour le mari, & ne lui appartient qu'à titre de charge en conséquence de son contrat de mariage; cette Nouvelle ne parle que de l'usufruit légal des biens adventifs dû au pere ou à l'ayeul à raison de la puissance paternelle, & nullement de l'usufruit conventionnel qui est dû au mari en vertu du contrat de mariage, tandis qu'il en supporte les charges; ce qui se prouve par ces paroles, *sub hac conditione, ut pater, aut qui eos habent in potestate, in his rebus usufructum non habeant*, & par ces autres termes du paragraphe premier, *in illis enim casibus, legem quæ usum parentibus præbet, volumus custodiri, quibus non inest specialiter hujusmodi conditio*; on peut voir ce que j'ai dit encore au paragraphe premier du Titre IX. de ce Livre, en parlant de la prohibition d'usufruit faite au mari.

§ 1. *Nostrâ Constitutione certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere.*

Nous ne suivons point en France la Constitution de Justinien, *in Leg. uli. cod. de jure domin. impetr.* dont il est ici parlé, ni les formalités qu'elle prescrivait pour la vente des choses engagées ou hypothéquées; nous distinguons pourtant, comme dans le Droit, le gage d'avec l'hypothèque; principalement en ce que le gage consiste souvent en des choses mobilières, *Leg. 238. §. 2. ff. de verbor. signif.* & en ce que le gage est délivré au créancier; au lieu que l'hypothèque consiste aux immeubles qui ne sont pas délivrés, mais seulement obligés & affectés aux créanciers; *Leg. 9. §. 2. ff. de pignorat. actione.* Suivant nos Usages, soit que le gage qui est délivré au créancier pour l'assurance de sa créance consiste en effets mobiliers, ou en immeubles, il n'a pas besoin de recourir au Prince pour se le faire adjuger faute de paiement de la part du débiteur, comme le désiroit la Loi dernière *cod. de jure domin. impetr.* mais si le gage consiste en quelque effet mobilier, le créancier peut le faire vendre aussitôt que le débiteur est en demeure de le satis-

*gage consiste dans les choses mobilières hypothèque n'a lieu que sur les immeubles le créancier ne peut s'empêcher de vendre de l'assureur de Justinien de l'assureur de Justinien*

faire ; il ne peut pourtant faire procéder à cette vente que par permission & autorité de Justice, publiquement & partie appelée, au plus offrant enchérisseur ; car on ne suit pas la Loi 4. ff. de pignorat. actione, qui permettoit au créancier de vendre lui-même le gage sans autorité de Justice, soit qu'il eût été convenu qu'il auroit cette faculté, ou non, & qui lui en permettoit la vente malgré le pacte contraire, pourvu qu'il eût fait trois dénunciations préalables au débiteur ; ces dénunciations ne sont pas d'ailleurs nécessaires en France, pourvu que la vente du gage soit faite avec la permission de Justice, partie présente ou dûment appelée, & à l'encaissement public.

Que s'il est question d'un immeuble, soit qu'il ait été baillé en engagement au créancier, ou qu'il ne lui soit qu'hypothéqué & affecté, celui-ci ne peut le faire vendre, ni se le faire adjudger, qu'après une saisie réelle des criées ou proclamations, & par décret du Juge, au plus offrant & dernier enchérisseur : cette procédure de décret des immeubles exige diverses formalités qui sont marquées dans l'Edit du Roi Henri II. de 1551, appelé l'Edit des Criées, & dans l'Ordonnance du Roi Louis XV. le Bien-aimé, du 16 Janvier 1736, portant règlement pour les adjudications par décret en Languedoc.

Cette même Ordonnance parle aussi du rabatement du décret, qui est une espèce de Droit connu dans le Languedoc seulement, & accordé au débiteur discuté pour entrer dans les biens dont il a été dépouillé par le décret, mais au lieu qu'avant cette Ordonnance le rabatement du décret n'étoit accordé que comme une grâce ; cette Ordonnance en a fait une loi pour cette Province, en sorte qu'on n'en use plus comme auparavant, où on commençoit toujours par débouter le débiteur de ses Lettres en rabatement, avec dépens, quoiqu'on l'admit pour certaines considérations & motifs d'équité à rentrer dans les biens décrétés ; aujourd'hui on fait droit sur les Lettres en rabatement, & on condamne l'adjudicataire des biens décrétés aux dépens, lorsqu'il conteste mal à propos la demande en rabatement.

Ce rabatement de décret n'est accordé qu'au débiteur & à ses enfans ou descendans seulement, & le délai ou la durée de l'action pour le demander n'est que de dix années, à compter du jour de la mise en possession du décretiste, sans distinguer, comme on faisoit autrefois d'autorité, de quel Juge le décret a

été interposé. Ce délai court aussi contre les pupilles & les mineurs, ainsi que contre les majeurs, & la demande en rabatement doit toujours être formée de plein vol ou au Parlement, ou à la Cour des Aydes, suivant ce qui concerne la compétence de chacune de ces deux Cours, encore que les décrets eussent été interposés par les Juges subalternes ; il faut voir sur tout cela ladite Ordonnance du 16 Janvier 1736, art. 11 & suiv.

Nous pouvons au surplus remarquer qu'on suit en ce Royaume la décision de la Rubrique du Code, *etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse* ; en sorte qu'un engagé peut retenir le fonds engagé, jusqu'à ce que le débiteur lui ait payé non seulement le prix de l'engagement, mais encore les autres sommes qu'il peut lui devoir d'ailleurs au-delà du prix de l'engagement, quand même ce créancier engagé auroit demeuré plus de trente années dans le silence, sans demander ces sommes, & qu'elles lui seroient dûes par simple promesse. *Vid. Catellan, liv. 7. chap. 9.*

Lors même qu'il s'agit d'un gage mobilier, le créancier nanti dudit gage a droit de le retenir, jusqu'à ce qu'il soit payé des sommes qui lui sont dûes par le débiteur en capital & intérêts, outre & par dessus celle qui fait le sujet de l'engagement, & cela au préjudice même d'un créancier antérieur, & par préférence ; car c'est d'un gage mobilier qu'il faut entendre l'Arrêt rapporté par *Vedel sur Catellan, liv. 5. ch. 1. in fine*, comme l'observe avec raison *Fromental en son Recueil, pag. 286.* & il faut supposer encore qu'il ne s'agisse pas d'une distribution générale des biens du débiteur ; car dans les distributions générales les créanciers qui ont prêté sur des gages, & qui les ont en leur pouvoir, n'ont aucune préférence sur la vente desdits gages, mais le prix en est distribué aux créanciers, suivant l'ordre & le privilège de leurs hypothèques, les prêteurs n'y étant alloué que du jour du contrat du prêt, suivant la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, comme nous le dirons ailleurs.

*S. 2. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque papillam, nullam rem sine tutoris autoritate alienare posse.*

Dans cet endroit l'Empereur ne parle vraisemblablement que de l'aliénation ou vente des meubles & effets périssables des pupilles ou mineurs, qui *sine detrimento servari non possunt.*

Par le Droit Romain les tuteurs ou curateurs devoient vendre, de même que parmi nous, ces effets périssables de leurs pupilles, à peine de demeurer responsables de leur perte, *Leg. 7. §. 1. ff. de administr. tutorum, Leg. ult. §. ult. cod. eodem*; mais ils pouvoient faire cette vente de leur autorité privée: au lieu qu'en France, lorsque l'inventaire a été fait, le tuteur doit faire procéder à cette vente des effets superflus & périssables, d'autorité de Justice, au plus offrant enchérisseur, suivant l'article 102 de l'Ordonnance d'Orléans, ainsi qu'il a été déjà remarqué ci-dessus au Livre premier, Titre XX. de *Attiliano tutore*, §. 7.

Pour ce qui est des effets précieux ou utiles à conserver, & plus encore à l'égard des immeubles appartenans aux pupilles ou mineurs, la vente ou aliénation en étoit défendue par le Droit Romain, tant aux tuteurs ou curateurs, qu'aux pupilles ou mineurs, si ce n'est par Ordonnance du Juge rendue en connoissance de cause, & après certaines formalités, *Vid. Leg. 22. cod. de administr. tutor. & curator. & toto titulo, cod. de prædiis & aliis rebus minor. sine decreto non alien.* Il en est de même en France, où les meubles & effets précieux, lors même qu'ils ont été saisis à la requête des créanciers, ne peuvent être vendus, s'ils font de la valeur de 300 liv. & au dessus, qu'après trois expositions à trois marchés différens, suivant l'Ordonnance de 1667, titr. 33. art. 13. & l'on observe encore exactement que la vente des biens immeubles des pupilles & des mineurs est nulle de plein droit, si elle n'a été permise & accordée par le Juge en connoissance de cause pour cas de nécessité, après des affiches & des proclamations publiques, & les biens adjugés au plus offrant & dernier enchérisseur, suivant la forme des adjudications par decret. *Vid. Louet & Brodeau, lettre A. chap. 5.*

La Loi 3. au Code *quando decreto opus non est*, excepte le cas où le testateur, duquel le fonds est parvenu au pupille ou mineur, en auroit permis l'aliénation sans formalités par son testament; mais cette exception n'est même guère reçue dans l'usage, sur-tout lorsqu'il n'y a point de circonstances favorables qui puissent soutenir la vente, comme quand elle n'a pas été faite pour payer des dettes pressantes, ou qu'il n'y a ni utilité, ni avantage pour le mineur. *Vid. Brodeau sur Louet, dict. loc.*

En un mot, l'aliénation des immeubles des pupilles ou mineurs, faite par eux, ou par leurs tuteurs, ou curateurs, sans avoir

nullité de vente de biens  
meubles de pupilles  
ou mineurs  
à la fois avec  
permis de Justice  
le pupille ou mineur  
après l'adjudication par  
decret de rendre le  
prix qui est nulle  
convenue à son profit  
que l'enchérisseur doit  
valoir.

observé les formalités de Justice requises, est absolument nulle; quand même les biens auroient été vendus à leur juste prix; *Leg. 11. & Leg. 16. cod. de prædiis minor.* & le mineur reprend son fonds, sans être tenu à autre chose qu'à rendre, seulement du prix de l'aliénation, ce qui en a été converti à son profit; *Leg. 10. cod. eodem, & Leg. 32. §. 4. ff. de administrat. tutor.* ce que l'acheteur doit lui même montrer & vérifier; *dict. Leg. 16. cod. de prædiis minor.* & l'acheteur étant regardé comme un acquéreur de mauvaise foi, est condamné à la restitution des fruits depuis son achat & indue occupation: ce n'est que dans le cas où l'acheteur n'auroit pas connu la minorité du propriétaire; qu'on le décharge de la restitution des fruits perçus avant l'instance; sur quoi on s'en tient à son serment, quand il ne paroît pas d'ailleurs qu'il en eût été instruit, *1010 titulo, cod. si quis ignorans rem minoris esse, &c.* & si l'acheteur a fait des impenses ou réparations nécessaires ou utiles au fonds vendu, on les lui tient en compte sur la restitution des fruits. *Vid. dict. Leg. 16. cod. de prædiis & aliis rebus minor.*

Il y a un Arrêt du Parlement de Toulouse du 29 Mars 1732, dans la cause du sieur Polain, pere, & administrateur de ses enfans & de feu Roie Filhol, contre Me Tricot, Conseiller au Sénéchal de Beziers, qui avoit acquis sans formalités une maison de ladite Filhol mineure pour 2000 liv. quoiqu'il n'eût compté cette somme à l'oncle & curateur de cette mineure, qu'en conséquence d'une procuration des Religieuses où elle se dispoit à faire Profession, ce qu'elle ne put exécuter, parce que le curateur dissipa cet argent; lequel condamna Me. Tricot au délaissement de ladite maison, avec restitution des fruits depuis l'achat, & avec dépens; & déchargea le sieur Polain en ladite qualité du remboursement desdites 2000 liv. faite par Me. Tricot d'avoir suivi l'emploi effectif de ses deniers, sauf son recours contre ledit curateur qui étoit insolvable.

Lorsque la vente du bien du pupille ou du mineur a été faite avec les formalités requises & decret du Juge, elle n'est pas nulle de plein droit; mais cependant le mineur peut toujours venir contre, par Lettres en restitution; s'il se trouve lésé; *Leg. 11. cod. de prædiis & aliis rebus minor.* & il n'est pas nécessaire que cette lésion soit au-delà de la moitié du juste prix; comme dans les ventes faites entre majeurs; mais il suffit qu'elle soit d'un tiers

ou d'un quart, sans même que dans ce cas l'acheteur puisse être reçu à suppléer le juste prix, & à retenir le fonds.

On dit communément que les mineurs ne sont point restitués, s'ils ne montrent qu'ils ont été lésés, *Leg. 11. §. 3. ff. de minoribus*; mais cette règle souffre quatre ou cinq exceptions; où la lésion est toujours présumée *ipso jure*: 1°. quand le mineur a accepté une hérédité; il se fait restituer par la seule minorité; sans vérifier la lésion: 2°. quand il a emprunté de l'argent; car alors c'est toujours à celui qui lui a prêté, de vérifier par acte, *in rem minoris versum esse*: 3°. dans le cas de l'aliénation des biens du mineur faite *sine decreto Judicis*; par lui; ou par son tuteur; ou curateur; & alors même la vente est nulle de plein droit: 4°. lorsque le mineur a donné entre-vifs, *quia donare est perdere*, *Leg. 7. ff. de donationibus*: enfin, on présume aussi la lésion, quand le mineur a traité ou contracté sans curateur, comme je l'ai dit ci-devant au Livre premier, titr. de *curatoribus*, §. 2.

§. 3. *E contrario omnes res pupillo, sine tutoris autoritate, dari possunt.*

Il faut excepter aujourd'hui les contrats de donation entre-vifs, qui doivent être acceptés par les tuteurs, ou curateurs, ou par quelqu'un des ascendans des pupilles ou mineurs, à qui la donation est faite, suivant l'article 7 de l'Ordonnance des Donations de 1731.

*Ita licere tutori vel curatorum debitorum pupillarem solvere, ut prius judicialis Sententia, sine omni damno celebrata, hoc permittat.*

Celui qui doit à un pupille, pour acquérir sa libération, ne doit payer au pupille qu'avec l'autorité de son tuteur, ou, pour mieux dire, au tuteur lui-même; & en effet, suivant la Loi *Lucius 46. §. tutela. ff. de administrat. tutor.* & autres textes de Droit, le débiteur du pupille, qui paye au tuteur, est valablement libéré: cependant il est dit dans le texte que nous expliquons, & dans la Loi 25. *cod. de administrat. tutor. vel curat.* que le débiteur du pupille, ou du mineur, ou adulte; s'il veut acquérir une parfaite libération, ne doit payer au pupille, ou mineur, ou même à son tuteur, ou curateur, qu'après une permission & Ordonnance du Juge.

Pour

Pour détruire cette contrariété apparente, il n'y a qu'à observer que quoique le débiteur du pupille soit à la vérité libéré de plein droit par le paiement fait au tuteur, néanmoins si l'argent a été dissipé ou mal placé, & que le tuteur se trouve insolvable, le pupille peut se faire restituer envers ce paiement, & recourir contre son débiteur, sur ce fondement qu'il a fait le paiement, sans que le Juge l'eût auparavant permis & ordonné; car c'est ainsi que l'explique *Vinnius, hic, n. 3.* & en effet, quoi qu'en dise *Boutaric*, il peut y avoir à risquer que par la dissipation & l'insolvabilité du tuteur, dont les nominateurs ne répondroient pas, parce qu'il auroit été visiblement solvable lors de sa nomination, le pupille n'ait son recours sur le débiteur qui auroit manqué de suivre l'emploi de ses deniers, & négligé la permission de Justice.

Pour ce qui est des sommes dues à un mineur, *Boutaric* convient lui-même qu'il seroit imprudent de payer au mineur lui-même, ou au curateur, sans que le Juge eût auparavant permis & ordonné le paiement, *sine Sententia judiciali*; & l'on entend communément par ces termes, qu'il faut une Ordonnance du premier Juge, & pour plus grande sûreté encore un Arrêt qui permette le paiement; laquelle Ordonnance ou Arrêt doivent être aux frais du mineur, parce qu'il n'est pas juste que le débiteur qui veut se libérer, souffre le moindre dommage par rapport à la qualité ou à l'état de la personne de son créancier; & c'est ce que signifient, suivant les Interprètes, ces autres termes de la Loi, *sine omni damno celebrata.*

Le plus sûr est donc de ne payer au tuteur, non plus qu'au mineur, ou à son curateur, qu'après une Ordonnance ou Arrêt de permission, à moins qu'on ne payât à un pere, légitime administrateur de ses enfans, *quia patris administratio penitus est impunita*, comme dit la Loi *cum oportet, cod. de bonis quæ liberis.*

S'il ne s'agit néanmoins que de simples intérêts ou revenus, les mineurs en peuvent recevoir le paiement, & en fournir quittance valable, sans formalités de Justice, & sans l'assistance de leur curateur, *diff. Leg. 25. cod. de administrat. tutor.* & par conséquent ils peuvent percevoir les revenus de leur bien, sans être obligés de prendre même un curateur, s'ils le veulent, parce qu'autrement ils seroient comme privés de la jouissance de leur patrimoine; ce n'est qu'à l'égard de la réception des capitaux.

C c

*Il ne peut être  
valable contre le pupille  
sans l'assentiment  
du tuteur.*

que ces formalités sont requises ; on n'observe pas même la Loi 27. *cod. eodem*, qui veut que les mineurs ne puissent pas recevoir, sans formalités de Justice, les intérêts arragés de plus de deux années, comme formant un capital pour eux ; mais ils ne peuvent pas pourtant recevoir valablement, sans ces formalités, les intérêts qui sont échus durant leur pupillarité ; car ces intérêts qui ne pouvoient être payés au pupille lui-même, retiennent toujours à cet égard leur première nature, & sont considérés comme des capitaux. *Vid. Catellan, liv. 1. chap. 26. in fine.*

Au surplus, il faut prendre garde que les mineurs sont regardés & traités comme des majeurs, en ce qui concerne le négoce & le commerce public dont ils se mêlent, suivant l'Ordonnance de 1673, titr. 1. art. 6. comme aussi ils sont réputés & traités ainsi que des majeurs, en ce qui concerne leur contrat de mariage, & pour tout ce qui en dépend ; de sorte qu'ils peuvent recevoir & faire quittance valable des sommes dotales, sans qu'il soit besoin d'autorité de Justice, & sans pouvoir alléguer le défaut d'emploi, ni contre la femme, ni contre les constituans : enfin, les mineurs Bénéficiers sont déclarés majeurs par l'Ordonnance de 1667, titr. 15. art. 14. pour tout ce qui concerne les fruits & droits du Bénéfice dont ils sont pourvus.

*Ex diverso pupilli solvere sine tutoris autoritate non possunt, quia id quod solvunt, non fit accipientis.*

S'il arrivoit qu'un pupille payât lui-même, sans l'intervention de son tuteur, une de ses dettes passives, quoique l'argent qu'il auroit compté, vint à déperir par cas fortuit, ou autrement, entre les mains du créancier, il ne seroit pas juste de dire que le pupille est demeuré le maître de cet argent pour lui en faire supporter la perte, & l'on jugeroit sans difficulté que le pupille auroit entièrement acquis sa libération : ainsi on ne suit pas la disposition de ce texte ; & de même nous tenons en France que quand les mineurs ont payé pour s'acquiescer de quelque dette, quoique sans l'autorité d'un curateur, le paiement est toujours valable.

Tout au plus si un débiteur pupille ou mineur avoit payé un créancier également pupille ou mineur, & que ce créancier eût perdu ou dissipé l'argent, la restitution seroit refusée à un tel

Pour ce qui est du prêt fait par un pupille ou par un mineur à un majeur, ce prêt est valable, & ils ont sans difficulté l'action du Prêt pour répéter leur argent ; mais si le prêt a été fait par un pupille ou un mineur à un autre pupille ou mineur qui ait perdu ou dissipé l'argent, le pupille ou mineur qui a prêté, ne peut pas être restitué envers l'autre, *dist. Leg. 11. §. 6. & Leg. 34. in princip. ff. de minoribus* ; à plus forte raison s'il s'agit d'un majeur qui ait prêté à un mineur, lequel a dissipé ou perdu l'argent, ce majeur n'a point d'action contre le mineur, mais tout au plus on oblige le mineur à lui céder les actions contre ceux à qui il auroit baillé cet argent. *Leg. 27. §. 1. ff. eodem.*

## TITRE IX.

*Per quas personas cuique acquiritur.*

§. 1. *Sancitum est à nobis ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc totum parenti acquiratur, quod autem ex alia causa sibi filius familias acquisivit, hujusmodi usumfructum patri quidem acquirat.*

UN fils de famille peut acquérir de plusieurs manières qu'il importe de distinguer.

1°. Il peut acquérir avec le bien ou l'argent de son père, sans aucune industrie ni travail de sa part, ou du moins fort petit & alors ce gain appartient en propriété de même qu'en usufruit au père, & le fils n'y a rien à prétendre, comme il est dit dans ce texte.

2°. Le fils de famille peut acquérir & gagner par sa propre industrie, en trafiquant ou en négociant avec les deniers que son père lui a confiés, & alors la propriété de ce gain se partage entr'eux par égales parts, l'usufruit de la portion du fils demeurant au père.

3°. Lorsque par sa propre industrie & par son travail l'enfant de famille fait quelque gain sans l'argent de son père, ce gain appartient à l'enfant lui seul en propriété, l'usufruit réservé simplement au père ; encore faut-il pour laisser cet usufruit au père,



Le père ne peut donner au préjudice de ses créanciers à l'usufruitier  
au-delà de ce qui est permis. Castellon. l. 6. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre vendre ou donner à son fils ou à son gendre  
de son vivant des biens de son patrimoine à charge de payer l'usufruit  
à un tiers, à moins qu'il n'y ait une nécessité évidente et légitime  
- ce qui est contraire à l'usufruit de son bien. Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.  
De même, le partage. Leg. ubi ad huc. cod. de iur. dotum et  
Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre donner à son fils ou à son gendre  
militaire, ou dans les fonctions publiques, ou dans les ordres  
autres que dans les ordres de chevalerie, ou dans les ordres  
de chevalerie, ou dans les ordres de chevalerie, ou dans les ordres  
de chevalerie. l. 1. c. 1. l. 1. l. 1. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre donner à son fils ou à son gendre  
des biens de son patrimoine à charge de payer l'usufruit  
à un tiers, à moins qu'il n'y ait une nécessité évidente et légitime  
- ce qui est contraire à l'usufruit de son bien. Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre donner à son fils ou à son gendre  
des biens de son patrimoine à charge de payer l'usufruit  
à un tiers, à moins qu'il n'y ait une nécessité évidente et légitime  
- ce qui est contraire à l'usufruit de son bien. Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre donner à son fils ou à son gendre  
des biens de son patrimoine à charge de payer l'usufruit  
à un tiers, à moins qu'il n'y ait une nécessité évidente et légitime  
- ce qui est contraire à l'usufruit de son bien. Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre donner à son fils ou à son gendre  
des biens de son patrimoine à charge de payer l'usufruit  
à un tiers, à moins qu'il n'y ait une nécessité évidente et légitime  
- ce qui est contraire à l'usufruit de son bien. Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre donner à son fils ou à son gendre  
des biens de son patrimoine à charge de payer l'usufruit  
à un tiers, à moins qu'il n'y ait une nécessité évidente et légitime  
- ce qui est contraire à l'usufruit de son bien. Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre donner à son fils ou à son gendre  
des biens de son patrimoine à charge de payer l'usufruit  
à un tiers, à moins qu'il n'y ait une nécessité évidente et légitime  
- ce qui est contraire à l'usufruit de son bien. Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre donner à son fils ou à son gendre  
des biens de son patrimoine à charge de payer l'usufruit  
à un tiers, à moins qu'il n'y ait une nécessité évidente et légitime  
- ce qui est contraire à l'usufruit de son bien. Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.

Le père ne peut en outre donner à son fils ou à son gendre  
des biens de son patrimoine à charge de payer l'usufruit  
à un tiers, à moins qu'il n'y ait une nécessité évidente et légitime  
- ce qui est contraire à l'usufruit de son bien. Castellon. l. 1. c. 1. l. 1.

qu'il ne s'agisse pas d'un gain castrense ou quasi-castrense. *Leg. cum oportet, cod. de bonis quæ liberis ; Catellan, liv. 2. chap. 46.*

4°. Le fils de famille peut enfin acquérir sans industrie ni travail de son côté, comme par succession, donation, ou autrement, soit de la part de ses parens, ou de la part des étrangers, & alors ces biens adventifs appartiennent sans difficulté au fils en propriété, le pere n'y ayant que l'usufruit. *Dist. Leg. cum oportet, cod. de bonis quæ liberis ; & Catellan, ibid.*

C'est ce qu'on appelle l'usufruit légal, parce que c'est la Loi qui l'accorde au pere, à la différence de l'usufruit conventionnel ou testamentaire dont nous avons parlé sur le Titre I V. de usufruitu de ce Livre:

Cet usufruit que la Loi donne au pere dans les Pays de Droit Ecrit sur les biens de ses enfans non émancipés, est un des principaux effets ou avantages de la puissance paternelle, qui n'appartient pas par conséquent à la mere, suivant le texte que nous expliquons, & suivant la Loi *cum oportet, cod. de bonis quæ liberis*, & un avantage que le pere conserve, quoiqu'il passe à de secondes noces, *Leg. ult. cod. de bonis maternis, Novella 22. cap. 34.* mais cet avantage n'a pas lieu dans les Pays Coutumiers, où le droit de la puissance paternelle est presque également inconnu ; on y pratique seulement la garde noble ou bourgeoise, qui consistent au gouvernement & administration que le pere ou mere, ayeul ou ayeule, après la mort de l'un d'eux, ont, suivant qu'ils sont nobles ou bourgeois, de la personne & des biens de leurs enfans mineurs, & en vertu de laquelle administration ils profitent des fruits en acquittant les charges ; la garde noble des enfans dure jusqu'à vingt ans pour les mâles, & à quinze ans accomplis pour les filles ; la garde bourgeoise au contraire ne dure que jusqu'à quatorze ans accomplis pour les mâles, & à douze ans pour les filles ; celle-ci même soumet à donner caution, au lieu que le gardien noble n'y est pas tenu : ces deux gardes se doivent accepter en Jugement, & elles finissent même par les secondes noces ; & pendant qu'elles durent, on peut même élire des tuteurs ou curateurs aux mineurs, s'il est nécessaire, pour intenter leurs actions, & pour les défendre en Justice ; ce que le gardien ne peut point faire : on voit que ce droit de garde n'a rien de commun avec la puissance paternelle. *Vid. la Coutume de Paris, art. 265, & suiv. & les Commentateurs, ibid. Louet. & Brodeau, lettre G, chap. 6.*

*La puissance paternelle  
tient sa origine du  
Droit romain, du moment  
qu'un individu est civil  
c'est donc par le Droit  
c'est pourquoi l'usufruit de  
peut s'y exercer sur les  
biens de l'enfant de son  
on ne connaît dans  
c'est pour la garde noble  
bourgeoise est de  
vingt ans / quinze ans  
des mâles et de quinze  
selon la coutume de  
Paris.  
cette garde donne une  
sur les biens de l'enfant  
l'administration de son  
de l'enfant jusqu'à  
cette époque de sa vie  
en acquittant les charges  
la garde noble finit à  
l'âge de vingt ans pour  
les mâles et de quinze  
ans pour les filles  
et elle est soumise à  
un Jugement si l'enfant  
est mineur de l'un des  
deux tuteurs ou curateurs  
pour la seconde fois, après  
qu'il a été élu.*

Au surplus, les peres domiciliés & habitant en Pays de Droit Ecrit ont l'usufruit des biens de leurs enfans situés en Pays Coutumier, suivant l'observation de *Bretonnier sur Henrys, tom. 2. liv. 4. quest. 13. de l'édition de 1708*, parce, dit-il, que la puissance paternelle est un droit personnel qui étend ses effets par-tout, & que d'ailleurs les fruits sont des meubles qui suivent la personne ; mais je doute de ce que cet Auteur ajoute, sçavoir, que le pere domicilié à Paris doit jouir aussi par droit de puissance paternelle des fruits des biens de ses enfans situés dans les Pays de Droit Ecrit, jusqu'à ce qu'ils soient parvenus à la majorité qui les émancipe:

Quoique le pere ait de plein droit dans les Pays de Droit Ecrit l'usufruit des biens de ses enfans non émancipés, il faut remarquer pourtant qu'il peut s'en départir en leur faveur, & les en laisser jouir ; jusques-là que ce délaissement ou cette tolérance du pere vaut une donation tacite de cet usufruit en faveur de l'enfant, laquelle donation tacite il n'est tenu ni d'imputer en sa légitime, ni de rapporter à ses freres ou sœurs dans la succession du pere commun, & que le pere lui-même ne peut révoquer pour le passé, quoiqu'il puisse reprendre l'usufruit, quand il le trouve à propos. *Vid. Catellan, liv. 2. chap. 46.*

Il a plus de difficulté pour sçavoir si un pere peut, au préjudice de ses créanciers, renoncer à l'usufruit qu'il a sur les biens de ses enfans, soit en vertu de sa puissance paternelle, soit par le testament de ceux qui ont donné auxdits enfans : ou si cet usufruit doit céder au profit des créanciers du pere pendant sa vie ; & on tient que le pere ne peut pas y renoncer, soit en émancipant pour cet effet ses enfans, ni autrement, *Catellan, liv. 6. chap. 14.* On n'excepte de cette décision que les biens de la dot de la mere ; car quoique le pere en vertu de sa puissance paternelle en ait aussi l'usufruit, néanmoins s'il a des créanciers, il peut si bien y renoncer à leur détriment, qu'il ne dépend pas même de lui de le conserver dans ce dérangement de ses affaires ; car à cet égard les enfans entrent d'abord dans tous les droits de leur mere, & peuvent ; comme elle l'auroit fait, répéter les biens dotaux, à la charge d'en employer les fruits à leur entretien & à celui de leur pere, conformément à la Loi *ubi adhuc, cod. de jure dotium. Catellan, ibid.*

Le pere ne peut pas encore renoncer à l'usufruit qu'il a sur



les biens de ses enfans, en les émancipant pour cet effet, au préjudice des tiers acquéreurs desdits biens auxquels il les a vendus, & il ne peut pas non plus renoncer à l'usufruit qui lui appartient par la réserve qu'il en a fait lui-même en donnant les biens ou partie de ses biens à ses enfans; car ce cas est encore moins favorable que celui où l'usufruit lui appartient en vertu de la seule puissance paternelle. *Catellan, liv. 2. chap. 43. in fine.*

*Exceptis videlicet castrensibus pecuniis.*

La première exception, à la règle qui accorde au père par droit de puissance paternelle l'usufruit des biens adventifs de ses enfans, consiste en ce que le pécule & biens castrenses ou quasi-castrenses du fils de famille ne sont pas assujettis à cet usufruit; c'est-à-dire, les gains & profits que le fils de famille peut faire dans les emplois, charges & dignités de la Guerre, de la Robe, ou de l'Eglise, pourvu que ce ne soit pas des emplois vils ou peu relevés, tels que ceux des Huissiers, Sergens, Greffiers, &c. *Vid. Maynard, liv. 5. chap. 1. La Roche, liv. 6. titr. 77. art. 4. Ferrieres, in quest. 190. de Gypap.*

Il y a deux autres exceptions principales.

L'une est fondée sur la Nouvelle 117. *cap. 1.* & sur l'authentique *excipitur, cod. de bonis quæ liberis*, qui veut que le père n'ait point d'usufruit sur les biens donnés ou légués à son enfant, sous cette condition, qu'il ne l'aura point, ou lorsque l'usufruit lui en a été par expès prohibé par le testateur ou donateur, *Dolive, liv. 3. chap. 38. Catellan, liv. 4. chap. 80.* mais cette prohibition, quoiqu'expresse, n'est d'aucun effet à l'égard des biens que celui qui l'a faite, étoit chargé de rendre au fils de famille, parce que ne donnant alors rien du sien, il ne peut pas priver le père du droit que la Loi lui accorde; ce qui a lieu, quand même l'on auroit eu le choix de rendre les biens à l'un des enfans, tel qu'on voudroit élire, *cum facultas necessaria electionis propria liberalitatis beneficium non sit*, comme il est dit dans la Loi 67. §. 1. *ff. de legat. 2.*

Cette prohibition d'usufruit, quoiqu'expresse, étant faite par la mère qui institue son fils héritier, ne s'étend pas non plus à la légitime du fils, parce que ne pouvant pas priver son fils de sa légitime sur ses biens, elle ne peut pas non plus priver le père

de la jouissance que la Loi lui donne, & cette prohibition alors n'a lieu tout au plus que pour ce qui excède la légitime de l'enfant. *Dolive, liv. 3. chap. 38. Catellan, liv. 4. chap. 80.*

Du reste, quoique l'usufruit puisse être prohibé au père par celui qui donne à un fils de famille, il n'en est pas de même à l'égard d'un mari; car lorsqu'une femme s'est constituée en dot tous ses biens présents & à venir, le mari a droit de jouir des fruits des biens qui sont donnés dans la suite à sa femme, quoiqu'ils n'aient été donnés ou légués qu'à condition que le mari n'en auroit pas l'usufruit; cette prohibition étant inutile quant au mari, qui a pour soi la loi du contrat de mariage, à laquelle il ne peut être dérogé ni par la femme, ni par un tiers, les contrats de mariage étant regardés comme de Droit public, & l'usufruit conventionnel étant d'ailleurs plus fort & plus favorable que l'usufruit légal, *Novella 22. cap. 33. Voyez Duferrier, liv. 1. quest. 10.*

L'autre exception consiste en ce que, suivant la Nouvelle 118. *cap. 2.* & l'authentique *hereditas, cod. de bonis quæ liberis*, le père succédant *ab intestat* à l'un de ses enfans conjointement avec ses autres enfans, il n'a point l'usufruit sur les portions de succession appartenant auxdits enfans, quoiqu'il jouit de cet usufruit auparavant; en sorte que les portions qui parviennent aux frères ou sœurs de l'enfant décédé, sont déchargées de l'usufruit du père: & cela en considération de la portion de succession que la Loi a accordé en propriété au père: jusques-là que la renonciation ou répudiation que le père offriroit de faire de sa portion de propriété, ne sauroit lui donner le droit de demander l'usufruit des autres portions; parce que l'ordre & la manière de succéder est de Droit public, auquel des déclarations particulières & des renonciations ne peuvent pas donner atteinte. *Catellan, liv. 2. chap. 19. bis. & Vedel, ibid.*

Et c'est sur ces principes qu'il a été aussi jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 25 Janvier 1715; que le père n'a point l'usufruit des portions appartenant à ses autres enfans; quand même dans le contrat de mariage il auroit été stipulé qu'en cas de prédécès de sa femme il jouiroit de tous les fruits & revenus de la dot sa vie durant.

Bien plus, lorsque le père vient à perdre par des secondes nocces la propriété de sa portion de succession des biens que l'enfant

décédé a eu à *matre defuncta*, il demeure toujours privé de l'usufruit des autres portions, & est réduit à l'usufruit de la sienne, quoique l'enfant fût décédé avant les secondes noces, conformément à l'avis de *Catellan*, *ibid.* comme il a été jugé par un Arrêt du 14 Mars 1736, entre Jean Thore, pere, & Jean Thore, fils, habitans de la ville d'Auch.

Si néanmoins le pere a joui des portions de succession de ses autres enfans survivans, on ne l'oblige pas toujours d'en rendre les fruits, mais on compense ces fruits avec la dépense & entretien que le pere leur a fourni, le pere n'étant pas obligé, à la rigueur, de nourrir ses enfans gratuitement, lorsqu'ils ont du bien d'ailleurs; cela a été ainsi jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse rendu après partage le 27 Août 1717, en faveur de Silvie Rouvairol, héritière de son pere, & femme de François Gelis, contre Alix Rouvairol sa sœur, & Jacques Bardon son mari: cet Arrêt est cité par *Vedel*, *liv. 5. chap. 36. in fine*, mais il le date mal, j'ai été personnellement instruit de cette affaire. *Vid. Duperier*, *liv. 1. quest. 19.*

Cette privation de l'usufruit que la Loi prononce contre le pere succédant à quelqu'un de ses enfans décédé, conjointement avec les autres, est une exception à la règle générale marquée dans la Loi 3. *cod. de usufructu*, qui décide que l'usufruit ne finit pas par la mort du propriétaire des biens, mais seulement par celle de l'usufruitier.

Il est même décidé par la Loi dernière, *cod. eodem*, que l'usufruit séparé de la propriété, étant légué à un fils de famille, & par ce moyen se trouvant acquis au pere, ne prend pas fin par la mort du fils, mais que le pere a droit d'en jouir pendant toute sa vie, nonobstant le prédécès de son fils.

A plus forte raison, & hors du cas de l'authentique *item hereditas*, l'usufruit qui est acquis au pere sur les biens adventifs dont le fils a la propriété, ne finit pas par le prédécès du fils, attendu que cet usufruit est attaché plus particulièrement à la personne du pere; *Cambolas*, *liv. 2. ch. 7.* rapporte même un Arrêt dans cette espèce: un pere avoit un fils marié qui fut institué héritier par un de ses oncles, en sorte que l'usufruit de cette hérédité fut dévolu au pere *jure patrie potestatis*, le fils mourut laissant un enfant qui décéda bientôt après, & auquel la mere succéda *ab intestat*, comme plus proche; il y eut procès entre cette mere & l'ayeul

l'ayeul paternel de cet enfant, pour sçavoir si en adjugeant la succession à la mere, il ne falloit pas conserver à l'ayeul, tant qu'il vivroit, l'usufruit qu'il avoit; & il fut jugé qu'il en jouiroit durant sa vie, & que cet usufruit n'avoit pas été éteint par la mort de son fils, propriétaire des biens.

Il faut pourtant remarquer avec *Duperier*, *liv. 3. quest. 9.* que quoiqu'il soit vrai en général que le pere doit conserver l'usufruit des biens de son fils, bien que ce fils vienne à prédécéder, cela doit être restreint dans ses bornes, & ne peut pas s'étendre au cas où le fils seroit chargé de rendre à sa mort à un tiers les biens dont il est propriétaire, & qu'alors le pere est privé par la mort de son fils de l'usufruit qui doit se réunir à la propriété en faveur du tiers substitué au fils.

Néanmoins *Dolive*, *liv. 5. chap. 12.* rapporte un Arrêt rendu après partage, qui a jugé qu'un pere ayant été institué héritier par sa femme à la charge de rendre à leur fils commun, & au cas que ce fils vint à mourir sans enfans, lui ayant substitué son frere, oncle maternel de cet enfant, ce fils étant venu à mourir en bas âge, il n'y avoit pas lieu d'ouvrir la substitution en faveur du substitué, & qu'il falloit attendre la mort du pere auquel la jouissance fut conservée, tant qu'il vivroit; mais *Duperier* en l'endroit cité observe que l'espèce de cet Arrêt est particulière, à cause que le pere avoit été institué héritier, & qu'il étoit évident que l'intention de la testatrice n'avoit jamais été que le fils dépouillât le pere durant sa vie.

L'usufruit ne prend pas fin non plus par la mort civile du propriétaire des biens; ainsi l'usufruit dû au pere ne s'éteint pas par la mort civile du fils, dont les biens viennent à être confisqués, & l'extinction en est suspendue jusqu'après la mort du pere, *Papon*, *liv. 14. titr. 2. art. 9. Bocrius*, *decis. 7.* car je ne crois pas qu'il faille s'arrêter à l'Arrêt de la Chambre de l'Edit rapporté par *Catellan*, *liv. 2. chap. 76. in fine*; mais l'usufruit dû au pere dont les biens sont confisqués pour crime par lui commis, qui emporte privation de la puissance paternelle, prend fin par cette mort civile du pere, & se réunit à la propriété en faveur du fils, *Papon*, *dit. loc. art. 8.* Il en est de même de l'entrée en Religion du pere, qui opère sa mort civile, & le prive de la puissance paternelle. Voyez ce que j'ai dit sur le Titre IV. de ce Livre, §. 3. *de usufructu.*



testament verbal abrogé  
à l'usage de l'ancien  
à l'usage de l'ancien

l'Ordonnance de 1735  
à l'usage de l'ancien  
à l'usage de l'ancien

le testament verbal  
à l'usage de l'ancien  
à l'usage de l'ancien

le testament verbal  
à l'usage de l'ancien  
à l'usage de l'ancien

le testament verbal  
à l'usage de l'ancien  
à l'usage de l'ancien

le testament verbal  
à l'usage de l'ancien  
à l'usage de l'ancien

le testament verbal  
à l'usage de l'ancien  
à l'usage de l'ancien

LES INSTITUTIONS

1°. Justinien parle d'abord ici du testament solennel, & exige pour sa validité qu'il soit fait en présence de sept témoins & à une seule fois, qu'il soit signé par le testateur & les témoins, & qu'outre la signature les témoins y appoient encore des sceaux ou cachets.

L'usage des sceaux ou cachets des témoins n'a jamais été suivi en France, cette formalité étant d'autant plus inutile que par le paragraphe 5 de ce Titre on voit qu'il étoit permis aux témoins de se servir d'un même sceau, & même d'un sceau étranger; & l'Ordonnance de 1735, art. 9, a déclaré aussi l'inutilité des sceaux ou cachets des témoins, à l'égard même des testamens clos ou mystiques. Vid. Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 5. sect. 3. n. 1344.

On observe à la vérité dans les Pays de Droit Ecrit le nombre de sept témoins; mais ce nombre n'y est pas même requis dans les lieux où la Coutume locale se contente d'un moindre nombre, comme à Toulouse de deux, & à Montpellier de trois, ce qui est confirmé par l'article 13. de l'Ordonnance de 1735; non plus que lorsqu'il s'agit de testamens faits entre enfans & descendans; où il suffit en tous lieux de deux témoins, suivant l'article 15 de la même Ordonnance, & il faut au surplus que le testament soit retenu par un Notaire, ou autre personne publique, que les Ordonnances aient autorisé à retenir les testamens, comme il résulte de ladite Ordonnance de 1735, art. 5, 15, 16, 22, & suiv. ce qui rend inutile la dissertation faite par Bontaric, pour sçavoir si l'on peut faire sans Notaire un testament.

Le Notaire, ou autre personne publique qui a droit de retenir les testamens, doit même écrire de sa main les dispositions de dernière volonté à mesure qu'elles sont prononcées par celui qui dispose, sans que le Clerc du Notaire, ou autre personne, puisse les écrire, & ce, à peine de nullité, suivant les articles 5. & 47 de l'Ordonnance de 1735 qui a réformé à ce sujet la Jurisprudence antérieure; cela a été même ainsi jugé depuis ladite Ordonnance par deux Arrêts, l'un du 28 Août 1742, l'autre du 2 Septembre 1746, rendus au Parlement de Toulouse, qui ont cassé sur ce défaut des testamens, nonobstant que la clause codicillaire s'y trouvât insérée, le dernier de ces Arrêts ayant même été rendu au sujet d'un testament fait entre enfans; & il y a eu encore là-dessus une Déclaration du Roi du 24 Mars qui a par expès fait défenses à tous Notaires, ou autres personnes qui ont

DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. X.

droit de recevoir des testamens, codicilles, ou autres actes de dernière volonté, de faire écrire lesdites dispositions, comme aussi l'acte de suscription des testamens mystiques, par leurs Clercs, ou autres, à peine de nullité, &c. voulant seulement que lorsque les testamens & autres actes de dernière volonté déjà faits auroient été volontairement exécutés ou acquiescés par des personnes majeures & capables de s'obliger valablement, elles ne pussent les attaquer sous ce seul prétexte qu'ils n'auroient pas été écrits par le Notaire recevant.

Depuis ce tems-là il vient d'être rendu encore une Déclaration du Roi le 6 Mars 1751, enregistrée au Parlement de Toulouse le 6 Avril suivant, qui en laissant subsister ou en validant pour le passé les testamens, codicilles, & autres actes de suscription qui auroient été écrits par les Clercs des Notaires, afin d'éviter le trouble qui pourroit autrement arriver dans les familles, a de plus fort ordonné pour l'avenir que les Notaires, ou autres personnes publiques, écriront de leur propre main les testamens, codicilles, & autres actes de dernière volonté, comme aussi la suscription des testamens, ou codicilles clos & mystiques, à peine de nullité.

L'Ordonnance de 1735, art. 5 déjà cité, ordonne que lorsque le testateur voudra faire un testament nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions en présence au moins de sept témoins, y compris le Notaire ou Tabellion, lequel écrira les dispositions à mesure qu'elles seront prononcées par le testateur, après quoi il sera fait lecture du testament entier audit testateur, de laquelle lecture il sera fait mention par le Notaire ou Tabellion, & le testament sera signé par le testateur, par le Notaire, & par les autres témoins, le tout de suite & sans divertir à autres actes, & qu'en cas que le testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

Sur cela on peut remarquer en passant qu'il doit être fait mention de la lecture faite au testateur, du moins par ces mots fait & récité, de même que de la cause pour laquelle il n'auroit pas signé; parce que les solemnités d'un acte doivent conster & être établies par l'acte même, sans quoi on ne seroit pas même reçu à prouver par témoins qu'elles ont été observées.

Le testateur, les témoins & le Notaire doivent ensuite de la lecture signer le testament: de-là il résulte d'abord que les té-

le testament verbal  
à l'usage de l'ancien  
à l'usage de l'ancien

Signature des témoins.  
L'absence de témoins  
hétérodoxes ministres  
et autres choses

moins testamentaires doivent par conséquent sçavoir signer ; car ils doivent signer, comme il est porté encore par exprès par les articles 44 & 45 de ladite Ordonnance de 1735, conformément à la Loi dernière, *cod. de testamentis*, qui requiert des témoins signataires hors à la campagne, de même que *Catellan*, liv. 2. chap. 4. & même à la campagne il faut toujours deux témoins qui signent, suivant ledit article 45.

Signature du notaire.  
de l'acte.

Le Notaire doit également signer le testament ; car un testament non signé par le Notaire seroit nul, quoique signé par le testateur & par les témoins, suivant *Henrys*, tom. 2. liv. 5. quest. 40. de la pénult. édit. qui excepte pourtant le testament entre enfans ; mais aujourd'hui même le testament nuncupatif écrit entre enfans doit être signé par le Notaire. Voyez les articles 5 ; 15 ; 16, & suiv. de ladite Ordonnance de 1735.

De même le testament seroit nul n'étant pas signé par le testateur, quoiqu'il le fût par le Notaire, s'il n'y étoit fait mention de la cause pour laquelle le testateur n'a pas signé, & les Curés eux-mêmes doivent faire signer le testateur, ou faire mention de l'interpellation & de la cause pour laquelle il n'a pas signé, & tout cela est conforme à l'Ordonnance de Blois, art. 63, 175, & autres cités par *Ricard*, tom. 1. part. 1. chap. 5. sect. 7. lesquelles enjoignent aux Notaires de faire signer aux Parties & aux témoins tous contrats, testamens, & autres actes, s'ils sçavent signer, ou d'en déclarer la cause, à peine de nullité.

Le testament doit être fait de suite & sans divertir à autres actes, ce qui s'entend, suivant la Loi *cum antiquitas*, *cod. de testam.* que le testament soit fait *uno contextu* ; de façon que s'il y a quelque interruption pour quelque cas imprévu, elle ne soit pas de durée, & qu'on ne perde pas de vûe la faction du testament. Sur ce principe, il faut que la volonté soit déclarée en même tems par le testateur aux Notaire & témoins présens & assemblés en un même lieu, comme aussi que le testament soit signé par le testateur, les témoins & le Notaire, en présence les uns des autres ; ce qui est conforme aux Loix 9, 12 & 28, *cod. de testam.* & à l'ancienne Jurisprudence ; de même qu'à l'article 6 de l'Ordonnance de 1735, qui porte que les témoins doivent assister tous ensemble à la disposition de dernière volonté, sans qu'il soit pourtant nécessaire de faire mention qu'ils aient été priés & convoqués à cet effet.

Le testament doit être fait de suite & sans divertir à autres actes, ce qui s'entend, suivant la Loi *cum antiquitas*, *cod. de testam.* que le testament soit fait *uno contextu* ; de façon que s'il y a quelque interruption pour quelque cas imprévu, elle ne soit pas de durée, & qu'on ne perde pas de vûe la faction du testament.

Sur ce principe, il faut que la volonté soit déclarée en même tems par le testateur aux Notaire & témoins présens & assemblés en un même lieu, comme aussi que le testament soit signé par le testateur, les témoins & le Notaire, en présence les uns des autres ; ce qui est conforme aux Loix 9, 12 & 28, *cod. de testam.* & à l'ancienne Jurisprudence ; de même qu'à l'article 6 de l'Ordonnance de 1735, qui porte que les témoins doivent assister tous ensemble à la disposition de dernière volonté, sans qu'il soit pourtant nécessaire de faire mention qu'ils aient été priés & convoqués à cet effet.

Sur ce principe, il faut que la volonté soit déclarée en même tems par le testateur aux Notaire & témoins présens & assemblés en un même lieu, comme aussi que le testament soit signé par le testateur, les témoins & le Notaire, en présence les uns des autres ; ce qui est conforme aux Loix 9, 12 & 28, *cod. de testam.* & à l'ancienne Jurisprudence ; de même qu'à l'article 6 de l'Ordonnance de 1735, qui porte que les témoins doivent assister tous ensemble à la disposition de dernière volonté, sans qu'il soit pourtant nécessaire de faire mention qu'ils aient été priés & convoqués à cet effet.

Du reste, contre le dire du Notaire, portant la présence des témoins conjointement, on ne peut pas être reçu à prouver qu'ils n'ont pas entendu prononcer au testateur ses dispositions ; ou bien qu'ils ont signé le testament séparément & non tout ensemble, ou que le testateur ne pouvoit pas parler, sans prendre la voie criminelle de faux ; quoique *Catellan*, liv. 2. chap. 67. cite là-dessus des Arrêts contraires ; parce que ces faits sont bien de la connoissance & du ressort du Notaire, & sont tout-à-fait différens du cas où l'on peut prouver la démence, frénésie, revêrie ou imbécilité du testateur, malgré la clause par laquelle le Notaire a dit que le testateur étoit en ses bon sens & entendement, ces faits n'étant pas de la charge ni même le plus souvent de la connoissance du Notaire. *Vid. Vedel sur Catellan*, liv. 2. ch. 67.

en supposant que la volonté du testateur n'est pas entendue par les témoins, & que le testateur ne pouvoit pas parler, sans prendre la voie criminelle de faux ; quoique Catellan, liv. 2. chap. 67. cite là-dessus des Arrêts contraires ; parce que ces faits sont bien de la connoissance & du ressort du Notaire, & sont tout-à-fait différens du cas où l'on peut prouver la démence, frénésie, revêrie ou imbécilité du testateur, malgré la clause par laquelle le Notaire a dit que le testateur étoit en ses bon sens & entendement, ces faits n'étant pas de la charge ni même le plus souvent de la connoissance du Notaire. Vid. Vedel sur Catellan, liv. 2. ch. 67.

Mais cette preuve que les témoins n'ont pas été présens tous ensemble à la prononciation des dispositions testamentaires, ou qu'ils ont signé séparément, &c. peut-elle être faite non seulement par des témoins étrangers ; mais aussi par les témoins numériques du testament, dont la foi est engagée par leur signature ? Il semble qu'à la rigueur elle pourroit se faire par les témoins même numériques qui ont signé la dernière disposition, à l'exemple des témoins qu'on reçoit à déposer de *suâ corruptelâ*, ou bien même parce que les témoins peuvent avoir ignoré de bonne foi les formalités requises au testament ; sans quoi il seroit presque impossible le plus souvent de découvrir cette espèce de fausseté qui est d'une dangereuse conséquence : cependant il faut décider qu'il ne peut jamais dépendre des témoins qui sont engagés par leur seing, de renverser un acte public qu'ils ont attesté, autrement il seroit aisé d'annuler tous les actes publics, au lieu qu'il est naturel au contraire de punir un témoin qui déposeroit contre la teneur d'un acte qu'il a souscrit.

en supposant que la volonté du testateur n'est pas entendue par les témoins, & que le testateur ne pouvoit pas parler, sans prendre la voie criminelle de faux ; quoique Catellan, liv. 2. chap. 67. cite là-dessus des Arrêts contraires ; parce que ces faits sont bien de la connoissance & du ressort du Notaire, & sont tout-à-fait différens du cas où l'on peut prouver la démence, frénésie, revêrie ou imbécilité du testateur, malgré la clause par laquelle le Notaire a dit que le testateur étoit en ses bon sens & entendement, ces faits n'étant pas de la charge ni même le plus souvent de la connoissance du Notaire. Vid. Vedel sur Catellan, liv. 2. ch. 67.

Il reste à observer deux choses. 1°. Que si le testateur est aveugle, ou si dans le tems du testament il n'a pas l'usage de la vûe, il doit être ajouté à son testament nuncupatif écrit un huitième témoin qui signera le testament avec les autres, c'est la disposition de l'article 7 de l'Ordonnance de 1735 : 2°. Que tous testamens, codiciles, & autres dispositions à cause de mort, même entre enfans & descendans, doivent contenir la date des jour, mois & an ; ce qui doit être pareillement observé dans le cas du testament mistique, tant pour la date de la disposition, que

en supposant que la volonté du testateur n'est pas entendue par les témoins, & que le testateur ne pouvoit pas parler, sans prendre la voie criminelle de faux ; quoique Catellan, liv. 2. chap. 67. cite là-dessus des Arrêts contraires ; parce que ces faits sont bien de la connoissance & du ressort du Notaire, & sont tout-à-fait différens du cas où l'on peut prouver la démence, frénésie, revêrie ou imbécilité du testateur, malgré la clause par laquelle le Notaire a dit que le testateur étoit en ses bon sens & entendement, ces faits n'étant pas de la charge ni même le plus souvent de la connoissance du Notaire. Vid. Vedel sur Catellan, liv. 2. ch. 67.

tant pour la date de la disposition, que

en supposant que la volonté du testateur n'est pas entendue par les témoins, & que le testateur ne pouvoit pas parler, sans prendre la voie criminelle de faux ; quoique Catellan, liv. 2. chap. 67. cite là-dessus des Arrêts contraires ; parce que ces faits sont bien de la connoissance & du ressort du Notaire, & sont tout-à-fait différens du cas où l'on peut prouver la démence, frénésie, revêrie ou imbécilité du testateur, malgré la clause par laquelle le Notaire a dit que le testateur étoit en ses bon sens & entendement, ces faits n'étant pas de la charge ni même le plus souvent de la connoissance du Notaire. Vid. Vedel sur Catellan, liv. 2. ch. 67.

pour celle de la suscription, suivant l'article 38 de ladite Ordonnance.

La date est en effet nécessaire dans les testaments : l'Ordonnance de Blois, art. 167, avoit enjoint aussi à tous Notaires de déclarer dans les contrats & dans les testaments le tems qu'ils auront été faits, si c'est avant ou après midi ; & il faut avouer que le défaut de date pourroit faire regarder la disposition testamentaire comme un simple projet, & supposer que le testateur n'a pas eu intention de parfaire son testament le jour même qu'il l'a fait ; on ne pourroit pas d'ailleurs sçavoir si lors du testament il n'y avoit pas quelque empêchement en la personne du testateur, ou de quelqu'un des témoins. Les Auteurs étoient néanmoins partagés au sujet de la nécessité de la date, lorsque le testament étoit unique, comme on peut le voir dans *Maynard, liv. 7. ch. 69.* qui l'exige, & dans *Ferrieres, in quest. 582. de Guypap.* qui ne la croyoit pas nécessaire ; car s'il y avoit deux ou plusieurs testaments, on convient assez que le testament qui n'auroit point de date, ne pouvant être ni le premier, ni le dernier, seroit compté pour rien en concurrence des autres : mais enfin il ne sçauroit plus y avoir de doute depuis l'Ordonnance de 1735, qui en l'article 47 prononce par exprès la peine de nullité par le défaut de la date.

Et non seulement la date, mais encore la désignation ou l'énonciation du lieu où le testament a été fait, est nécessaire pour s'assurer de plus en plus que l'acte n'est pas un simple projet ou mémoire, mais qu'il a été fait sérieusement ; il y en a même une autre raison, c'est afin qu'on ne puisse sçavoir si le testament est revêtu des formalités que le Statut ou les Loix du lieu y exigent.

2°. Pour ce qui est des testaments clos, mistiques, ou secrets, le testateur doit écrire lui-même, ou bien faire écrire par un autre ses dispositions, avec la date des jour, mois & an, les signer, & après avoir plié le papier, ou y avoir mis une enveloppe qu'il doit fermer, ou cacheter, ou faire fermer & cacheter : présenter ensuite ce papier ainsi clos & cacheté à un Notaire & à sept témoins au moins, y compris le Notaire, leur déclarer que le contenu audit papier est son testament écrit & signé de lui, ou écrit par un autre & signé de lui, de quoi le Notaire doit dresser & écrire lui-même de sa main un acte qu'on appelle l'acte de suscription ; cet acte doit être écrit sur ledit papier ou sur la feuille

*Testament unique.  
admet sur l'art 9. que  
que soit la date de  
l'acte de suscription et  
non celle de la disposition  
qui doit être écrite.  
La déclaration du testateur  
comme le testament a  
été écrit par un autre  
ou par lui-même que de  
l'acte de suscription et  
non dans un acte de disposition.  
C'est.*

qui sert d'enveloppe, c'est pourquoi on le nomme acte de suscription ; il doit contenir la date, & être signé par le testateur, par le Notaire & par les autres témoins ; & si le testateur par un empêchement survenu depuis la signature de son testament ne peut signer ledit acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite ; c'est la disposition de l'article 9 de l'Ordonnance de 1735 tiré en partie de la Loi *hac consultissima, cod. de testam.*

L'article 10 de cette Ordonnance ajoute que si le testateur ne sçait signer, ni par conséquent écrire, ou s'il n'a pu signer lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin surnuméraire qui signera ledit acte avec les autres témoins, & qu'il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé ; mais cet article suppose nécessairement que le testateur sçache lire, & lire même la lettre de main, conformément à l'explication que les Arrêts avoient déjà citée, comme on le voit dans *Cambolas, liv. 5. chap. 16.* *Catellan, liv. 2. chap. 12.* & *Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 5. sess. 4. n. 1472.* & suiv. aussi l'article 11 de la même Ordonnance porte nommément que ceux qui ne sçavent ou ne peuvent lire ne peuvent point faire de testament clos, ou mistique ; & en effet ces personnes incapables de lire, quand bien même elles auroient appris à former leur seing, doivent être mises au même rang que les aveugles ; pouvant être exposées à la mauvaise foi de l'Écrivain, & aux mêmes surprises qu'eux ; & il ne leur doit être permis par conséquent de faire, non plus qu'aux aveugles, qu'un testament public & nuncupatif écrit, en y ajoutant même, je pense, un témoin surnuméraire, conformément à ce qui est prescrit par l'article 7 de l'Ordonnance de 1735.

L'article 12 de cette même Ordonnance prévoit le cas où le testateur ne pourroit pas parler, mais où il pourroit écrire ; & décide qu'il peut faire un testament clos & mistique, à la charge toutefois que ce testament sera entièrement écrit, daté & signé de sa main, qu'il le présentera aux Notaire & témoins, qu'au haut de l'acte de suscription il écrira en leur présence que le papier qu'il présente est son testament ; après quoi le Notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il fera mention que le testateur a écrit ces mots en sa présence & celle des té-

E c

*celui qui ne sçait ni lire ni écrire et qui ne peut écrire ni lire par conséquent un témoin surnuméraire qui signera ledit acte avec les autres témoins ou appelé pour la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé ; mais cet article suppose nécessairement que le testateur sçache lire, & lire même la lettre de main, conformément à l'explication que les Arrêts avoient déjà citée, comme on le voit dans Cambolas, liv. 5. chap. 16. Catellan, liv. 2. chap. 12. & Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 5. sess. 4. n. 1472. & suiv. aussi l'article 11 de la même Ordonnance porte nommément que ceux qui ne sçavent ou ne peuvent lire ne peuvent point faire de testament clos, ou mistique ; & en effet ces personnes incapables de lire, quand bien même elles auroient appris à former leur seing, doivent être mises au même rang que les aveugles ; pouvant être exposées à la mauvaise foi de l'Écrivain, & aux mêmes surprises qu'eux ; & il ne leur doit être permis par conséquent de faire, non plus qu'aux aveugles, qu'un testament public & nuncupatif écrit, en y ajoutant même, je pense, un témoin surnuméraire, conformément à ce qui est prescrit par l'article 7 de l'Ordonnance de 1735.*

*Chaque mot est  
religieusement  
noté. Les  
lettres qui  
sont dans  
le mot de  
notaire  
ou d'écrit  
sont aussi  
notées. On  
a double  
noté les  
lettres qui  
sont dans  
le mot de  
notaire  
ou d'écrit  
sont aussi  
notées.*

**LES INSTITUTIONS.**  
moins, qui signeront avec lui & avec le testateur ledit acte. On avoit demandé si un testament clos n'étant pas écrit de la main du testateur, il devoit ajouter en le signant, ou bien dans l'acte de suscription, qu'il l'avoit lu & relu: cette question avoit souffert quelque difficulté avant l'Ordonnance de 1735, mais comme elle ne parle point de cette clause ou de cette précaution dans l'énumération des formalités du testament mistique, il s'ensuit que l'Ordonnance a jugé cette clause entièrement inutile; il semble même que l'article 23 de ladite Ordonnance l'a déclarée superflue.

Les formalités pour procéder à l'ouverture des testamens clos ou mistiques après la mort du testateur, sont marquées dans les titres du Digeste & du Code, *testamenta quemadmodum aperiantur*; cependant on ne les suit pas exactement dans cette Province; où l'ouverture & publication de ces testamens peut se faire à la requisition des Parties intéressées, les plus proches parens appelés, en présence des témoins qui ont signé l'acte de suscription, s'ils sont vivans, & s'ils veulent y être présens, pardevant le Juge qui en dresse son procès-verbal; ou bien elle se fait plus communément & ordinairement pardevant le Notaire qui a reçu l'acte de suscription, s'il est vivant, ou autre, le ministère du Juge n'étant pas nécessaire pour cette ouverture, suivant l'usage qui s'y observe; les Notaires même de cette ville de Montpellier ont obtenu un Arrêt contradictoire du Parlement de Toulouse le 15 Juillet 1747 contre M. de Massilian, Juge-Mage, qui les a maintenus, selon l'usage de cette Province, à faire eux-mêmes l'ouverture des testamens clos, à son exclusion.

Au surplus, on peut remarquer en passant que par un Arrêt du 25 Juin 1717 rendu en la Grand-Chambre du même Parlement en la cause de Me. Brassac, Avocat, il fut jugé qu'un testateur ayant marqué par exprès dans l'acte de suscription de son testament qu'il ne vouloit pas qu'il fût ouvert qu'après un certain tems, l'ouverture ne pouvoit pas en être faite qu'après le tems par lui préfigé.

Du reste, lorsque le testateur lui-même étant en son bon sens a ouvert, rompu ou éancélé le testament clos qu'il avoit fait, ce testament devient par-là nul & de nul effet; à moins qu'on ne prouve qu'il a été ouvert par un cas fortuit. *Vid. le Journal du Palais, tom. 2, pag. 64. Ricard, tom. 2, part. 3, chap. 2, sect. 2, n. 135.*

**DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. X.**

*Testamens olographes.*

3°. Pour ce qui est des testamens olographes; c'est-à-dire écrits de la main des testateurs, sans Notaire, ni témoins, quoi que les dispositions de dernière volonté de cette espèce valent dans les Pays Coutumiers en faveur de toute sorte de personnes, comme on le voit dans Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 5. sect. 5. ce qui se trouve même confirmé par les articles 19 & 20 de l'Ordonnance de 1735, ces testamens ne sont pourtant valables dans les Pays de Droit Ecrit qu'en faveur des enfans ou descendans, suivant l'art. 16 de ladite Ordonnance; car ils ne vaudroient pas même de la part d'un descendant en faveur d'un ascendant; encore faut-il, selon le même article, qu'ils soient entièrement écrits, datés & signés de la main du testateur; au lieu que ci-devant on les recevoit en faveur des descendans, ainsi qu'on l'apprend dans Cambolas, liv. 1. chap. 13. Dolive, liv. 5. chap. 36. & si dans ces testamens faits en Pays de Droit Ecrit il y a des dispositions au profit de personnes étrangères, autres que les descendans, on n'exécute que celles qui concernent lesdits enfans & descendans, comme il est porté par l'article 18 de la même Ordonnance; conforme en ce point à la Loi 26. *cod. familiae erciscundae*; à la Loi 21. §. *ex imperfecto, cod. de testam.* & à la Nouvelle 107. *cap. 1. l. 1.*

*ce testamens clos est  
admis dans les Pays de  
Droit Ecrit en faveur de  
la cause pie pourvu  
qu'elle n'est point  
en concours avec les  
descendans de la part de  
1735. elle a été prise  
de cette Ordonnance  
fondement de l'art. 16.  
qui ordonne l'exécution de  
ces dispositions en faveur  
des descendans de la part  
de Droit Ecrit il y a des  
dispositions au profit de  
personnes étrangères  
autres que les descendans  
on n'exécute que celles  
qui concernent lesdits  
enfans & descendans  
comme il est porté par  
l'article 18 de la même  
Ordonnance; conforme  
en ce point à la Loi 26.  
*cod. de testam.* & à la  
Nouvelle 107. *cap. 1. l. 1.**

La cause pie n'a plus même aujourd'hui aucun privilège à ce sujet, en sorte qu'on ne peut tester ni disposer à son profit par un testament de cette espèce dans les Pays de Droit Ecrit, ainsi qu'il s'évince de l'art. 16 & de l'art. 78 de ladite Ordonnance de 1735, quoiqu'auparavant on lui donnât le même privilège qu'aux enfans, du moins lorsqu'elle ne se trouvoit pas en concours avec eux, comme l'observent Catellan, liv. 2. chap. 37. & Bousarie, *Instit. pag. 248.* en un mot, les dispositions olographes au profit de la cause pie sont aujourd'hui de nul effet; & cela a été ainsi jugé en dernier lieu par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 21 Avril 1747 au sujet du testament du sieur Fontanes Malherbe qui avoit institué l'Hôpital Général de cette ville de Montpellier par un testament écrit, daté & signé de sa main.

*la cause pie n'a plus  
aujourd'hui aucun  
privilège à ce sujet  
en sorte qu'on ne peut  
tester ni disposer à son  
profit par un testament  
de cette espèce dans les  
Pays de Droit Ecrit  
ainsi qu'il s'évince de  
l'art. 16 & de l'art. 78  
de ladite Ordonnance  
de 1735, quoiqu'aupa-  
paravant on lui donnât  
le même privilège qu'aux  
enfans, du moins lorsqu'elle  
ne se trouvoit pas en  
concours avec eux, comme  
l'observent Catellan, liv. 2.  
chap. 37. & Bousarie,  
*Instit. pag. 248.* en un  
mot, les dispositions  
olographes au profit de  
la cause pie sont  
aujourd'hui de nul effet;  
& cela a été ainsi  
jugé en dernier lieu  
par un Arrêt du  
Parlement de Toulouse  
du 21 Avril 1747 au  
sujet du testament du  
sieur Fontanes Malherbe  
qui avoit institué  
l'Hôpital Général de  
cette ville de  
Montpellier par un  
testament écrit, daté  
& signé de sa main.*

On peut demander si un testament clos & nul qui seroit écrit, daté & signé de la main du testateur, mais où il manqueroit quelqueune des formalités requises pour le rendre valable; comme s'il n'y avoit pas à l'acte de suscription le nombre des témoins nécessaire, &c. pourroit valoir comme testament

*de la cause pie  
aujourd'hui de nul effet;  
& cela a été ainsi  
jugé en dernier lieu  
par un Arrêt du  
Parlement de Toulouse  
du 21 Avril 1747 au  
sujet du testament du  
sieur Fontanes Malherbe  
qui avoit institué  
l'Hôpital Général de  
cette ville de  
Montpellier par un  
testament écrit, daté  
& signé de sa main.*

*Je n'ai rien vu de  
plus que dans les  
testamens clos.*

concordance de l'ancien

olographe dans les Pays & dans les cas où cette forme de disposer est admissible. *Henrys, tom. I. liv. 3. quest. 3. de l'édit. de 1708.* décide pour l'affirmative, ce qui n'est pas néanmoins sans quelque difficulté; parce qu'on ne peut pas régulièrement convertir une espèce de testament en un autre, & que tout testament doit être parfait en la forme en laquelle il a été commencé & fait, comme le remarque *Ricard*; du moins il est hors de doute qu'un tel testament seroit nul & inutile, s'il se trouvoit invalable pour avoir été ouvert & cancelé par le testateur.

Il faut ajouter que pour ce qui concerne les formalités ou solemnités des testamens, on suit toujours celles du lieu où ils ont été faits; & que même les testamens faits en Pays étranger, suivant les formes qui s'y observent, sont valables en France pour les biens qui y sont situés. *Mainard, liv. 8. chap. 51. Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 5. sect. 1.* ce qui résulte même de l'article 32 de l'Ordonnance de 1735: au lieu que s'il étoit question de la manière de succéder, ou de partager un héritage, on se règle par la Coutume des lieux où les biens sont assis; & s'il s'agit de la capacité ou de l'âge du testateur, on se règle par la Coutume de son domicile, comme nous l'avons déjà expliqué, en parlant de la diversité des Coutumes, sur le Titre II. du Livre premier, §. 2.

§. 4, 5 & 6

Remarque sur l'ancien  
Domicile mais de  
pubères  
L'Ordonnance de 1735  
L'Ordonnance de 1735  
L'Ordonnance de 1735  
L'Ordonnance de 1735  
L'Ordonnance de 1735  
L'Ordonnance de 1735

Il n'a jamais été question en France, comme nous l'avons déjà dit, de l'apposition des sceaux ou cachets des témoins dans les testamens, ni que le nom de l'héritier fût écrit de la main du testateur, ou de l'un des témoins, ainsi les paragraphes 4 & 5 ne sont d'aucun usage parmi nous; mais il n'en est pas de même du paragraphe 6, qui parle des qualités des témoins classiques ou testamentaires: car par l'article 39 de l'Ordonnance de 1735 les témoins dans les testamens & autres actes à cause de mort doivent être âgés de vingt ans accomplis pour ce qui regarde les Pays Coutumiers, conformément à l'article 289 de la Coutume de Paris, & dans les Pays de Droit Ecrit ils doivent être pubères, c'est-à-dire, qu'ils doivent avoir quatorze ans complets, conformément à la Loi 20. ff. qui testam. facere possunt.

L'article 40 qui suit, veut aussi que les témoins soient mâles, régnicoles, & capables des effets civils, à l'exception seulement

du testament militaire, dans lequel les étrangers non notés d'infamie peuvent servir de témoins.

Par-là est abrogée l'ancienne Jurisprudence, suivant laquelle on avoit jugé quelquefois dans cette Province que les femmes pouvoient être témoins aux testamens entre enfans, ou en tems de peste, ou en faveur de la cause pie, comme aussi dans les codicilles. *Vid. Dolive, liv. 5. chap. 3. Catellan, liv. 2. chap. 53.*

Les témoins doivent être aussi régnicoles dans les testamens faits par un François en France, n'étant pas naturel que chez les François on choisisse pour ce sujet des étrangers, & il ne peut y avoir d'exception qu'à l'égard des testamens militaires où les étrangers peuvent être témoins, parce que c'est souvent un cas de nécessité: il n'importe pas au surplus que les témoins soient originaires ou habitans d'une autre Province du Royaume que celle où le testament s'est fait, pourvu qu'ils résident dans le lieu où l'acte est passé, quoiqu'il n'y aient pas un domicile permanent; mais si l'on prenoit pour témoins des gens sans domicile, & qu'on ne sçauroit trouver, ni connoître, cela rendroit le testament nul.

Il faut pareillement que les témoins soient capables des effets civils; ainsi ceux qui sont condamnés à des peines qui emportent la mort civile, les prodigues ou les fols interdits par Justice, ceux qui ont été déclarés infâmes, & autres de cette espèce, ne peuvent pas servir de témoins.

L'article 41 de l'Ordonnance de 1735 exclut aussi les Religieux Novices ou Profès; de quelque Ordre que ce soit, d'être témoins aux actes de dernière volonté; en quoi le Roi s'est conformé à la Jurisprudence des Pays Coutumiers, où le témoignage des Religieux comme morts civilement étoit rejeté, ainsi qu'on le voit dans *Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 5. sect. 8. n. 1597.* & a abrogé celle de cette Province, où l'on admettoit le témoignage des Religieux, du moins dans les cas de nécessité, comme en tems de peste, &c. *Cambolas, liv. 5. chap. 37. Catellan, liv. 2. chap. 11.*

L'article 42 de ladite Ordonnance exclut encore de pouvoir servir de témoins, les Clercs, serviteurs ou domestiques du Notaire, ou autre personne publique qui reçoit le testament ou codicille, ou l'acte de suscription; ce qui étoit bien nécessaire pour corriger l'abus qui s'étoit introduit en cette matière; mais cette

jurisprudence est  
abolie par l'édit de  
mars 1735  
jurisprudence de  
cette Province est  
abolie par l'édit de  
mars 1735

religieux exclus



Libre 10.  
De testament ordinaires.

§ 13. on connoit espars trois sortes de testament.  
1<sup>o</sup> le nuptial art. 29. le testament des militaires.  
2<sup>o</sup> le testament olographe. toute disposition testamentaire faite  
verbalement est abrogée. art. 1<sup>er</sup> de l'ord. de 1785.

l'usage des lieux établis en France.  
1<sup>o</sup> il n'est pas besoin de sept témoins pour le testament nuptial, car il est dans le pays régi par le droit romain, ou la coutume locale exige un moindre nombre, comme à Montpellier où il suffit de <sup>trois</sup> témoins art. 13.

pour les testaments faits entre époux et de vifs. (C'est le cas de cinq ou de deux témoins. art. 15.)  
le testament doit toujours être retenu par un notaire  
ou un autre juge public à ce sujet art. 5. 15. 16. 22.

le notaire seul peut écrire la disposition du testateur et  
nul ne peut le prononcer, le acte du notaire ne peut  
s'engager dans aucune fonction à peine de nullité. art. du  
6. mars 1751.

après que les dispositions sont écrites le notaire en fera lecture,  
et fera mention de ladite lecture, et le testament sera de  
suite signé par le testateur notaire, et témoins sans se  
diverger à autre acte.

on le retient ordinairement de ces mots fait et revu, pour  
prouver que l'acte a été lu, et qu'il faut faire mention si  
le testateur n'a pu ou n'a pu signer, et de ce que, qui  
l'a écrit.





Ordonnance ne dit rien des témoins parens du Notaire : d'où l'on peut conclure, ce semble, que leur témoignage ne produiroit pas une nullité, sauf à en induire quelque présomption de fausseté ou de suggestion, suivant les circonstances.

§. 7. *Sed cum aliquis testamenti tempore liber esse existimabatur, postea autem servus apparuit.*

La décision contenue dans ce texte paroît juste, & il y a lieu de croire qu'on ne casseroit pas un testament dans lequel il se trouveroit un témoin incapable de l'être, mais qui néanmoins dans le tems de la faction du testament étoit publiquement reconnu pour être capable de porter témoignage.

Au surplus, la capacité ou incapacité des témoins ne se considère tant seulement qu'en égard au tems de la faction du testament, ou autre disposition à cause de mort; car ce qui a précédé ce tems-là, ou ce qui l'a suivi, n'est compté pour rien, suivant la Loi 22. §. 1. ff. qui testam. facere possunt.

§. 8, 9 & 10.

Le pere & le fils, ou deux freres, quoique sous la puissance du même pere, peuvent sans difficulté être témoins au testament d'un tiers, *quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*, dit. §. 8. mais le fils ou petit-fils non émancipés du testateur, ni le pere du testateur, fils de famille, ne peuvent pas l'être au testament l'un de l'autre, non plus que le frere non émancipé du testateur, *quia reprobatur in ea re domesticum testimonium*, dit. §. 9.

L'héritier institué ne peut pas l'être non plus, ni son pere sous la puissance duquel il se trouve, ni ses enfans qu'il a en sa puissance, ni ses freres qui sont sous la puissance du même pere, à cause de l'intérêt que les uns & les autres peuvent y prendre, dit. §. 10. & cela est assez conforme à l'Ordonnance de 1735, art. 43 qui porte que les héritiers institués ou substitués ne pourront être témoins en aucun cas; & qui veut au surplus, art. 46, que les dispositions du Droit Ecrit, en ce qui concerne les qualités des témoins, soient exécutées en tout ce qui n'y est pas dérogé.

De-là il suit, 1°. Que l'exclusion portée par le Droit Romain

observé dans les Pays de Droit Ecrit, n'allant pas plus loin que le pere, les enfans & les freres de l'héritier *in ejusdem patris potestate*, les oncles, les cousins germains, & autres parens de l'héritier institué peuvent être témoins aux dernieres dispositions; car on ne suit point pour les testamens, ni même pour les contrats, quant aux témoins qui peuvent y être employés, ce que l'Ordonnance de 1667, titr. 22, art. 11, a réglé à l'égard des Enquêtes, en ce qu'elle y exclut le témoignage des parens & alliés jusqu'aux enfans des cousins issus de germains, &c. c'est-à-dire, que dans les testamens, ni dans les contrats, les témoins n'y peuvent pas être reprochés de la même maniere ni par les mêmes moyens de parenté qu'ils le sont dans les enquêtes & dans les informations; car quoique, suivant *Catellan*, liv. 2. ch. 5. on les reprochât ci-devant dans les testamens nuncupatifs verbaux de la même façon que dans les enquêtes, cela ne sçauroit avoir lieu aujourd'hui dans les testamens & autres actes de dernière volonté, qui doivent tous être faits par écrit, & par conséquent on ne peut y reprocher ou objecter pour témoins d'autres parens que ceux que le Droit rejette, c'est-à-dire, le pere de l'héritier, ses enfans & ses freres étant sous la puissance du même pere, & non les oncles, cousins, & autres parens de cet héritier.

2°. De-là il suit encore que l'exclusion portée par le Droit Romain n'étant fondée que sur l'effet de la puissance paternelle, laquelle a lieu dans les Pays de Droit Ecrit, quoiqu'elle soit inconnue dans les Pays Coutumiers, le fils peut dans cette Province de Languedoc être témoin dans le testament même où sa mere a été instituée héritiere, comme il a été jugé par l'Arrêt rapporté dans *Cambolas*, liv. 5. chap. 37. & que de plus, lorsque les enfans ne sont plus sous la puissance du pere, soit par sa mort, ou par leur émancipation, un frere peut être témoin au testament où son frere est institué héritier, comme il résulte de l'Arrêt rapporté au *Journal du Palais*, tom. 1. pag. 421. l'Ordonnance de 1735 concernant les Testamens ne contient rien de contraire à cela; ainsi l'avis de *Domat*, en ses *Loix civiles*, qui veut étendre l'exclusion aux enfans émancipés, tout comme à ceux qui ne le sont pas, ne peut convenir tout au plus que dans les Pays Coutumiers.

De-là il suit, 2°. Que l'exclusion portée par le Droit Romain

*cette décision paroît conforme à la loi barbarie §. 1. ff. de officio p. notari.*

*Il s'agit qu'il s'agit de la faction du testament.*

*voilà la deux règles. plures testes en eadem domo alieno negotio adhiberi potest. reprobatur domesticum testimonium.*

*dit. §. 9.*

*l'exclusion n'est fondée que sur l'intérêt que les uns & les autres peuvent y prendre.*

*dit. §. 10. & cela est assez conforme à l'Ordonnance de 1735, art. 43.*

*Il s'agit qu'il s'agit de la faction du testament.*

De testamentis  
§. 7. l'acquéreur ou l'incapable de témoins n'est  
considéré que regard au sujet de la fiction du testament  
on ne compte pour rien ni ce qui a précédé ni ce qui  
a suivi. l'leg. 77. §. 1. §. qui testam. facere potest.  
l'on croit qu'on suivroit l'adoption de l'empereur  
et qu'on ne rejetteroit point la disposition du témoin incapable  
mais qu'on de la fiction du testament au sujet  
regarde comme les capable de témoigner.

§. 8. et 10. l'ord. de 1795. art. 43. et de quelle  
nature inaltérables, ou substitués ne peuvent être en aucun  
cas témoins au testament, et au sujet ordonne l'annulation  
de disposition du droit écrit, après concernent la qualité  
de témoins, en tout ce qui est relatif aux dispositions  
de §. 8. on peut regarder le témoin dans une même  
famille. et suivant le §. 9. le §. 10. est relatif au testament  
ni de l'incapable ne peuvent être témoins au testament. B.  
D'ailleurs on dit au contraire l'adoption du droit  
écrit au sujet de témoins et on ne parle que de l'ordonnance  
de 1561.

§. 11. les légataires universels et particuliers ne peuvent être  
témoins que dans l'acte de signature du testament, mais que  
l'incapable ne peut pas même être témoin dans l'acte de  
signature du testament même que.  
il semble que le testament n'est pas être reçu par un  
notaire proche parent du testateur ou de l'hoirie, qui  
- dans l'ord. n'en parle pas.



§. 2. Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis, testimonium non denegamus; multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent & in potestate, hujusmodi licentiam damus.

Ordonnance de 1735  
dans l'acte de  
de testament.  
de l'ordonnance  
de l'ordonnance  
de l'ordonnance  
de l'ordonnance  
de l'ordonnance  
de l'ordonnance  
de l'ordonnance  
de l'ordonnance  
de l'ordonnance

L'article 43 déjà cité de l'Ordonnance de 1735, après avoir dit que les héritiers institués ou substitués ne pourront être témoins en aucun cas; ajoute qu'à l'égard des légataires universels ou particuliers, ils ne pourront l'être que par l'acte de suscription du testament clos ou mistique; & c'est à quoi il faut s'en tenir à présent.

Pour ce qui est de l'héritier, l'exclusion est conforme au Droit Romain, & il en faut dire autant à l'égard de l'héritier substitué, quia loco heredis est, & pro successore juris habetur, comme l'observe Vinnius sur le texte que nous expliquons, qu'il dit ne s'appliquer qu'aux fidéicommissaires particuliers, & non au substitué universel; cette exclusion contre l'héritier institué ou substitué a lieu même dans tous les cas, suivant ledit article 43, & par conséquent même à l'égard de l'acte de suscription des testaments mistiques, bien qu'alors ils puissent ignorer le contenu au testament; ainsi leur témoignage y doit être également rejeté, quoi qu'en dise Boutaric en cet endroit, & il n'y auroit tout au plus que le pere, les enfans, ou les freres de l'héritier, ou du substitué, non conjuncti per potestatem paternam, qui puissent servir de témoins dans l'acte de suscription du testament mistique, aux termes du Droit Romain; encore même Vinnius sur le paragraphe 10 de ce Titre, in fine, y fait-il quelque difficulté, ce semble.

Pour ce qui est des légataires ou fidéicommissaires particuliers, leur témoignage étoit ci-devant rejeté dans les Pays Coutumiers, comme on le voit dans l'article 289 de la Coutume de Paris; dans Coquille, Instit. du Droit François, pag. 122, &c. au lieu qu'en Pays de Droit Ecrit il étoit toléré dans les testaments, soit purement nuncupatifs, soit nuncupatifs écrits, conformément au Droit Romain, ainsi que l'insinuent Albert, verb. testament, art. 13. in fine, & Catellan, liv. 2. chap. 5. en passant; mais l'Ordonnance de 1735 a pris un milieu, en n'admettant leur témoignage que dans l'acte de suscription du testament mistique

mistique tant seulement; & cela est plus conforme aux Loix, qui veulent qu'on ne puisse pas ouvertement être témoin en son fait propre. Leg. nullus, ff. de testibus; Leg. 9. cod. eodem.

Le texte que nous expliquons; accorde volontiers le témoignage testamentaire aux parens des légataires, nonobstant même l'effet de la puissance paternelle, & l'Ordonnance de 1735 qui ne parle nullement des parens, ne change rien à cette décision; ainsi ce que dit Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 5. sect. 8. que les proches parens des légataires ne peuvent pas servir de témoins aux dispositions de dernière volonté, quand leurs legs sont considérables, ne sçauroit guères avoir lieu que pour les Pays Coutumiers; & à l'égard des témoins testamentaires qui se trouvent parens communs des Parties, & parens d'ailleurs du testateur, Catellan, liv. 2. chap. 5. rapporte aussi un Arrêt qui a jugé leur témoignage valable.

Il est hors de doute que le Notaire, ou autre personne publique qui reçoit un testament, peut être compté dans le nombre des témoins qui y sont nécessaires, suivant la Loi 27. ff. qui testam. facere possunt, & suivant l'Ordonnance de 1735, art. 5 & 9, si on en excepte les cas où deux témoins seulement seroient suffisans; car alors il faudroit, outre ces deux témoins, l'intervention du Notaire, ainsi qu'il se recueille des articles 15, 23, 25, 27 & 33 de ladite Ordonnance.

Mais on peut demander si tout comme les parens des légataires ou de l'héritier peuvent être témoins en la maniere que nous avons déjà expliquée, on pourroit se servir valablement, pour retenir le testament, d'un Notaire ou autre personne publique qui fussent proches parens de l'héritier institué, ou de celui qui y auroit un legs considérable; & l'on ne peut dissimuler qu'un tel testament seroit suspect, & périliteroit beaucoup, suivant les circonstances, malgré les Arrêts contraires rapportés dans la suite de Bonifacio, tom. 3. pag. 51. & par La Peyrere, verb. Notaire, n. 39 & 44; d'autant mieux qu'on pourroit appliquer alors au Notaire l'article 63 de l'Ordonnance de Blois, qui veut que les Curés ne puissent recevoir des dispositions en leur faveur, ou de leurs parens.

A plus forte raison il y a lieu de dire qu'un Notaire ne peut pas recevoir un testament dans lequel il y auroit des libéralités à son profit, non plus que les Curés, ou autres personnes pu-





Curé, il seroit très-imprudent aujourd'hui de ne pas employer le ministère d'un Notaire pour la rétenion d'un testament.

Par l'article 26 de l'Ordonnance de 1735 le Curé ou le Desservant sont tenus encore d'abord après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant, de déposer le testament chez le Notaire du lieu, & s'il n'y en a point, chez le plus prochain Notaire royal, sans que ledit Curé ou Desservant en puissent délivrer aucunes expéditions, à peine de nullité desdites expéditions, &c. & cela étoit aussi d'usage avant cette Ordonnance. Catellan, liv. 2. chap. 54.

Depuis que le notaire n'est plus en état de recevoir les testaments militaires, on a été obligé de recourir au Curé ou au Desservant, qui ne peuvent donner aucune expédition, & qui ne peuvent pas même en délivrer. Catellan, liv. 2. chap. 54. ne l'ayant que par un usage de l'ancien usage des testaments militaires.

TITRE XI

De militari Testamento.

Quoquo modo voluntas ejus suprema inveniatur, valet testamentum ex voluntate ejus.

L'ORDONNANCE de 1735 a restreint la trop grande faveur du Droit Romain pour les testaments militaires; on ne recevoit pas dans les Pays de Coutume la preuve vocale de ces testaments, comme on le voit dans Brodeau sur Louet, lettre T. chap. 8. Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 5. sect. 10. mais dans les Pays de Droit Ecrit il suffisoit que la volonté du Soldat fût établie quoquo modo, soit par son écriture sans seing, ou par l'écriture d'un tiers signée par le Soldat, ou en défaut d'écriture par deux témoins. Maynard, liv. 5. chap. 17. Catellan, liv. 2. chap. 54. & Boutaric, Instit. hoc loco.

La formation de testaments militaires s'opère par cinq articles de l'Ord. de 1735, jusqu'à l'article 28. Les testaments militaires ont toujours été favorisés, soit à cause de l'ignorance de ceux qui les font, soit à cause de l'incertitude de leur volonté. On consulte des gens de bien, & on les arme de tout ce qu'il faut pour leur servir de témoins. On ne peut plus avoir lieu aujourd'hui, les testaments militaires doivent être par écrit, & on n'en recevoit pas dans ce Royaume la preuve par témoins. L'Ordonnance de 1735, art. 27 & 28, a réglé que les testaments & dispositions à cause de mort de ceux qui servent dans les armées du Roi, en quelque Pays que ce soit, peuvent être faits seulement en présence de deux Notaires sans témoins, ou d'un Notaire avec deux témoins, ou en présence de deux Majors, ou autres Officiers d'un rang supérieur, ou de l'un desdits Officiers avec deux témoins, & qu'en cas que le testateur soit malade ou blessé, il peut aussi tester.

La conduite de l'Ordonnance dans la restriction militaire d'ordonner l'écriture de la substitution fidéicommissaire, art. 26. de l'Ord. de 1747.

en présence d'un Aumônier des Troupes ou des Hôpitaux avec deux témoins; que le testateur doit signer sa disposition de dernière volonté, s'il sçait ou peut signer, & qu'au cas qu'il déclare ne sçavoir ou ne pouvoir le faire, il en sera fait mention; qu'elle sera pareillement signée par celui ou ceux qui la recevront, & par les témoins, sans pourtant qu'il soit nécessaire d'appeler des témoins qui sçachent & puissent signer, si ce n'est lorsque le testateur ne sçaura ou ne pourra le faire, & qu'à la réserve de ce cas il suffira de faire mention de la cause pour laquelle les témoins ou l'un d'eux n'auroient pas signé.

Si le testateur malade ou blessé ne peut signer, il en sera fait mention de la cause pour laquelle les témoins ou l'un d'eux n'auroient pas signé.

L'article 29 de cette même Ordonnance déclare aussi valables les testaments, & autres dispositions à cause de mort, militaires, faits en quelque Pays que ce soit, lorsqu'ils seront entièrement écrits, datés & signés par celui qui les aura faits; ce qui ne change pas grand-chose à l'ancienne Jurisprudence, suivant laquelle on avoit toujours jugé que le testament olographe de l'homme de guerre étoit valable, même en faveur des étrangers, suivant Dolive, liv. 5. chap. 36. &c. on peut seulement observer que cet article de l'Ordonnance, outre l'écriture & le seing du Soldat, y requiert spécialement la date.

Videlicet cum in expeditionibus occupati sunt.

L'Ordonnance de 1735, art. 30, a réglé dans quel cas l'homme de guerre peut jouir du privilège de tester militairement, en la manière qui vient d'être expliquée.

1°. Ce privilège est accordé à ceux qui sont actuellement en expédition militaire & dans l'exercice actuel de la guerre, ce qui doit s'entendre, soit dans le Royaume, soit hors du Royaume, puisqu'à l'égard de ces personnes il n'y a aucune sorte de restriction; & cela est conforme au présent texte & à la Loi 17. cod. de iust. militis. Voyez aussi Louet & Brodeau, lettre T. chap. 8. Catellan, liv. 2. chap. 54.

2°. Il est accordé à ceux qui se trouvent en quartier ou en garnison, mais hors du Royaume seulement; car à l'égard de l'homme de guerre qui est en quartier ou en garnison dans le Royaume, il ne peut jouir de ce privilège, à moins, dit l'Ordonnance, qu'il ne fût dans une place assiégée, ou dans une citadelle, ou autres lieux, dont les portes fussent fermées, &c.

restriction du privilège de tester militairement, en la manière qui vient d'être expliquée. Ce privilège est accordé à ceux qui sont actuellement en expédition militaire & dans l'exercice actuel de la guerre, ce qui doit s'entendre, soit dans le Royaume, soit hors du Royaume, puisqu'à l'égard de ces personnes il n'y a aucune sorte de restriction; & cela est conforme au présent texte & à la Loi 17. cod. de iust. militis. Voyez aussi Louet & Brodeau, lettre T. chap. 8. Catellan, liv. 2. chap. 54. Il est accordé à ceux qui se trouvent en quartier ou en garnison, mais hors du Royaume seulement; car à l'égard de l'homme de guerre qui est en quartier ou en garnison dans le Royaume, il ne peut jouir de ce privilège, à moins, dit l'Ordonnance, qu'il ne fût dans une place assiégée, ou dans une citadelle, ou autres lieux, dont les portes fussent fermées, &c.

titre XI.

De testamentis militari.

in corpore.

L'homme de guerre peut tester en quelque pays qu'il soit en présence de deux notaires ou de deux notaires et deux témoins, ou de deux officiers supérieurs, ou de deux curés et deux témoins. et si c'est un malade ou blessé, il peut tester seul en présence de deux officiers ou de deux curés et deux témoins, même s'il n'est régulier) et de deux témoins art. 17. de l'ord. de 1702.

Le testateur signant testament, et si l'on écrit ou le peut signer, il en sera fait mention. Et si l'on ne peut signer, on le fera signer par deux ou plusieurs témoins, et l'on en fera mention. art. 18.

Le testament olographe est nul. L'homme de guerre en quelque lieu qu'il se trouve. art. 19.

Le défaut de tester en la forme ci dessus est accordé qu'à ceux qui sont en expédition, ou en garnison, ou dans les armées, ou prisonniers des ennemis, ou que ceux qui sont blessés dans les armées, ou qui sont atteints de cette forme de tester, ou qui sont dans un siège, ou dont la communication est entièrement interrompue. art. 20.

La loi est à privilège de tester, n'importe où et tous ceux qui suivent les troupes, ou à bord de leurs vaisseaux, ou employés, ou pour la fourniture des vivres. art. 21.

L'ordonnance a permis le testament fait verbalement par l'homme de guerre, et qui n'est testé que par un seul.

§. 2. a paragraphe qui se trouve qu'un qu'on a écrit  
mieux est toujours par accident car pourvu qu'il soit  
de raitance, on n'a rien vu par dans les lois d'ici  
l'empire on ne voit que l'intention que par les art. et l'ord.  
art. 14. l'ord. de l'édit de 1713. nulle autre l'édit de l'ordonnance  
faites par les lois.

§. 3. le testament fait dans la forme militaire par un capitaine  
ou officier qui est le temps de la guerre et nul autre qui n'est  
qu'il a été fait de son vivant dans un lieu où il y a eu de la  
en la forme ordinaire. art. 52. à entendre que ces testaments  
sont en temps de guerre dans la forme prescrite par l'ord.  
comme continué à l'édit de 1713.

l'ord. n'est pas de la sorte de disposition faites dans  
la forme militaire par les officiers; ainsi il faut en ordonner  
à l'édit de 1713. de l'ordonnance de 1713. qui veulent que de plus  
le testament fait par l'homme de guerre soit valable pendant  
tout le temps qu'il continue à servir de la guerre, mais  
même pendant un an après la retraite par l'ordonnance  
de 1713.

les testaments faits en temps de guerre ont toujours été favorisés  
l'ord. de 1713. art. 22. 24. 35. et 56. à l'entière  
aussi les testaments militaires, soit pour le nombre de  
les lois, soit pour la date de l'édit de 1713. soit pour la  
qualité de ceux qui peuvent en faire. l'ordonnance de 1713.  
l'ordonnance de 1713. art. 40. et 41. de l'ord. les  
testaments même en cas de guerre de l'ordonnance de 1713.  
et par l'édit de 1713.

au surplus, soit dans les testaments militaires ou dans ceux  
faits en temps de guerre. on doit toujours de même exiger  
la même formalité et qualité de témoins et par l'édit de 1713.  
de l'ordonnance de 1713. telle est la loi qui doit être  
la même à l'ord. de l'édit de 1713. art. 54.

le nombre de témoins prescrit par l'ord. n'est  
pas moins requis pour les testaments faits à la campagne,  
et pour ceux faits en faveur de plusieurs enfants. l'ord.  
de 1713. art. 45. permet que deux testaments faits  
à la campagne les témoins aient été. l'ordonnance de 1713.  
et l'ordonnance de 1713. qui la cadent.  
et l'ordonnance de 1713. de l'ordonnance de 1713. fait entre eux  
qu'il n'y a que deux témoins.

communication interrompue à cause de la guerre ; & la raison en est juste & naturelle , parce qu'autrement on a la liberté de tester en la forme commune & ordinaire.

De-là il résulte qu'on ne suivroit pas aujourd'hui la Loi Romaine , qui vouloit que si celui qui avoit fait un testament imparfait , devenoit Soldat , ce testament valût par droit militaire, & quasi ex nova militis voluntate , Leg. 15. § testamentum , ff. de testam. militis , & §. 4. Instit. eodem , & Boutaric , ibid. sur quoi on peut voir dans Cambolas , liv. 5. chap. 37. un Arrêt qui avoit fait valoir un testament à peu-près de cette espèce.

Il s'ensuit encore qu'on n'étendroit pas le privilège de tester militairement au Soldat qui ne feroit que partir pour se rendre à l'armée , nonobstant les Arrêts qu'on trouve dans Maynard , liv. 5. chap. 17. & dans Cambolas , dit. loc. ni au Soldat , à compter du jour que in numeris relatus est , comme le vouloit la Loi unique , ff. de honor. possess. ex testam. militis.

3°. Le privilège de tester militairement est aussi accordé par ladite Ordonnance à ceux qui sont prisonniers de guerre chez les ennemis , contre le Droit Romain , in Leg. 8. ff. qui testam. facere possunt , & le §. dernier du Titre ci-après , quibus non est permiss. facere testam. Les Romains regardoient ceux qui étoient pris à la guerre comme devenus esclaves des ennemis ; mais nous tenons le contraire en France , & parmi tous les Princes Chrétiens ; & à l'égard de ceux-là même qui sont pris par des Barbares , ou par des Corsaires , nous les regardons comme ayant seulement perdu leur liberté de fait , mais non pas de droit , ainsi qu'il a été déjà observé sur le Titre III. du Livre premier , de Jure personarum ; §. 4. de sorte que le prisonnier de guerre qui est chez les ennemis , peut non seulement y tester valablement , mais ce testament sera encore déclaré valable par privilège militaire , étant bien juste de l'étendre à ceux qui par la guerre se trouvent enveloppés dans la captivité.

4°. Par l'article 31 de l'Ordonnance de 1735 le Roi a voulu que le même privilège de tester militairement eût lieu en faveur de ceux qui sans être Officiers , ni engagés dans les Troupes , se trouvent néanmoins à la suite des armées , ou chez les ennemis , à cause de leurs emplois & fonctions , soit à l'occasion du service qu'ils rendent à ses Officiers , soit à l'occasion de la fourniture des vivres & munitions de ses Troupes ; & cela est con-

*celui qui court le risque  
d'être prisonnier de guerre  
même sans être engagé*

forme à la Jurisprudence antérieure , suivant laquelle on étendoit la faveur de tester militairement aux Ambassadeurs , Intendants d'armée , messagers , revendeurs , vivandiers , charetiers , valets , & autres étant à la suite des Troupes , quoiqu'ils ne fussent pas Soldats , cum eadem pericula subeant. Leg. 44. ff. de testam. militis , Maynard , liv. 5. chap. 17.

§. 2. *Quin imò mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

Ce paragraphe , suivant les Interprètes , ne peut s'entendre que de ceux qui ne sont pas sourds & muets de naissance , mais seulement par accident , lesquels peuvent tester , pourvu qu'ils sachent écrire , en quoi les Soldats ne se trouveroient pas avoir plus de privilège que les autres ; & si on vouloit l'entendre d'un testament fait par signes par un homme de guerre sourd & muet de naissance , outre qu'on ne reçoit pas ces sortes de gens dans les Troupes , d'ailleurs l'Ordonnance de 1735 , art. 2 , a déclaré nulles toutes les dispositions faites par signes , encore qu'elles eussent été rédigées par écrit sur le fondement desdits signes , & avec grande raison.

Il est vrai qu'on jugeoit avant ladite Ordonnance que les testaments étoient nuls , lorsqu'ils n'étoient faits que par signes , parce que la solemnité est de l'essence des testaments ; mais on jugeoit valables les légats & les fidéicommissés faits par signes & certifiés par cinq témoins , conformément à la Loi 22. cod. de fidecommis. on exigeoit seulement que celui qui les avoit faits par signes , ne fût pas muet de naissance , & qu'il fût simplement empêché de parler par quelque accident , comme aussi que les témoins numériques exprimassent précisément la qualité des signes , ce qui néanmoins pouvoit induire souvent à erreur. Vid. Cambolas , liv. 3. chap. 12. Maynard , liv. 5. chap. 6.

Pour ce qui est des testaments où le testateur n'avoit disposé que par un oui sur l'interrogat du Notaire , on les jugeoit encore valables ; pourvu que le Notaire auparavant appelé par le testateur eût rédigé par écrit ce que le testateur lui avoit fait entendre & aux témoins , que le testateur ne fût pas à l'article de la mort ; & qu'après la lecture du testament à lui faite , interrogé si c'étoit sa volonté , il eût répondu oui , autrement le testament étoit déclaré nul. Vid. Maynard , liv. 5. chap. 6. & liv. 8. chap.

59. Cambolas, liv. 5. chap. 5. Mais aujourd'hui ces testamens où le testateur ne feroit que répondre par un oui, ou par monosyllabes, ne pouvant s'enoncer autrement, seroient déclarés nuls, suivant l'article 5 de l'Ordonnance de 1735, qui veut que le testateur prononce intelligiblement toutes ses dispositions.

La même Ordonnance de 1735, art. 3, déclare nulles aussi les dispositions qui ne seroient faites que par lettres missives, & cela s'accorde avec la Loi 17. ff. de jure codicil. qui veut que des lettres missives n'aient pas même l'effet de codicille; à quoi on ne scauroit opposer la Loi 22. cod. de fideicommiss. qui dit qu'on peut laisser un fideicommiss per epistolam; parce que, suivant l'observation de Godefroi, ibid. le terme epistola en cet endroit ne doit s'entendre que d'un codicille qui doit être attesté & souscrit par cinq témoins. Et en effet des lettres missives ne peuvent être regardées que comme des projets; or, de simples projets de disposer ne valent rien; ainsi par des lettres missives, non plus que par des billets, quoiqu'écrits & signés de sa main, une personne ne peut faire aucune disposition de dernière volonté. Vid. Cambolas, liv. 6. chap. 15. in fine.

Ladite Ordonnance de 1735, art. 77, a encore abrogé & déclaré nuls les testamens & codicilles mutuels, c'est-à-dire, faits conjointement, soit par mari & femme, soit par autres personnes, lesquels étoient pourtant regardés ci-devant comme valables, ainsi qu'on peut le voir dans Louet & Brodeau, lettre T. chap. 10. Catellan, liv. 2. chap. 55. & la raison de cette abrogation peut être prise des contestations auxquelles la révocation de ces testamens donnoit lieu, ou de ce qu'ils induisoient même votum captandæ mortis alienæ, ou de ce qu'enfin ces actes étoient presque toujours l'ouvrage de la captation & de la suggestion.

§. 3. Quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit.

L'article 32 de l'Ordonnance de 1735 a déclaré que les testamens faits jure militari par ceux qui n'étoient ni Officiers, ni Soldats, sont néanmoins à la suite des Troupes, ou chez les ennemis, à cause de leurs emplois, &c. demeureront nuls six mois après que celui qui les aura faits, sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de tester en la forme ordinaire, si ce n'est qu'ils

Les testamens de ces deux mutuels sont révoqués.

Le testament fait jure militari par ceux qui n'étoient ni Officiers, ni Soldats, sont néanmoins à la suite des Troupes, ou chez les ennemis, à cause de leurs emplois, &c. demeureront nuls six mois après que celui qui les aura faits, sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de tester en la forme ordinaire, si ce n'est qu'ils

qu'ils eussent été faits dans les formes qui sont requises de Droit commun dans le lieu où ils auront été faits.

Mais cette Ordonnance ne décide rien à l'égard des autres testamens faits militairement par ceux qui sont véritablement Officiers, ou Soldats, dans l'exercice actuel de la guerre, ou en garnison hors le Royaume, ou dans une place du Royaume assiégée ou fermée, quant au tems pendant lequel ces testamens doivent demeurer valables; ainsi à cet égard il faut s'en tenir au Droit commun, suivant lequel le testament de l'homme de guerre jure militari vaut & subsiste par privilège militaire, non seulement pendant tout le tems qu'il continue les exercices de la guerre, & qu'il vient à y mourir, mais encore pendant une année, à compter du jour qu'il a obtenu honnêtement son Congé, ou qu'il a quitté le Service, s'il vient à mourir dans le cours de cette année, suivant ce qui est dit dans ce paragraphe, & dans les Loix 21, 26 & 38, ff. de testam. militis; ce qui est aussi conforme à la doctrine de Catellan, liv. 2. chap. 3. in fine.

Si néanmoins le testament fait par le Soldat, & à la guerre, est revêtu des solemnités requises de Droit commun & ordinaire dans le lieu où il a été fait, il subsiste toujours jusqu'au décès, & par la même raison, suivant l'article 32 déjà cité, le testament fait par celui qui est à la suite des armées, sans être Soldat, subsiste même après les six mois, s'il a été fait avec les formalités ordinaires du lieu où il a testé.

Les testamens faits en tems de peste sont favorisés & privilégiés, tout comme les testamens militaires; on les déclaroit valables avant l'Ordonnance de 1735, quoique les témoins n'y eussent pas assisté conjointement & tous ensemble, suivant la Loi casus majoris, cod. de testam. il n'étoit pas même nécessaire que les témoins eussent vu le testateur, & on s'étoit contenté dans ce Ressort qu'ils l'eussent entendu & reconnu à la voix, Dalive, liv. 5. chap. 4. on y admettoit aussi pour témoins les femmes & les Religieux; mais rien de tout cela ne peut plus avoir lieu depuis ladite Ordonnance: elle se contente à la vérité de deux témoins dans ces tems calamiteux, ce qui est assez conforme à la Jurisprudence attestée par Catellan, liv. 2. ch. 53. mais au surplus elle veut dans l'art. 33 que les testamens en tems de peste soient faits devant deux Notaires, ou deux Officiers de Justice Royale, Seigneuriale, ou municipale, ou devant un Notaire avec

G g et ceux qui l'ont fait...

la difficulté de trouver  
deux témoins en un  
lieu de peste

il n'est pas possible de  
avoir deux témoins en un  
lieu de peste

avant de signer le  
testament on doit  
avoir deux témoins

le testament olographe  
n'est pas valable

la formalité de deux  
témoins est essentielle

il faut deux témoins  
pour valider le testament

234. LES INSTITUTIONS  
deux témoins, ou devant l'un desdits Officiers aussi avec deux témoins, ou en présence du Curé, ou Desservant, ou Vicaire, ou autre Prêtre séculier ou régulier chargé d'administrer les Sacramens aux pestiférés, avec deux témoins pareillement.

L'article 34 ajoute que la disposition de dernière volonté en tems de peste sera signée par le testateur, s'il sçait ou peut signer, & qu'au cas qu'il déclare ne sçavoir ou ne pouvoir le faire, il en fera fait mention; qu'elle sera également signée par le Notaire, l'Officier, le Curé, ou le Desservant qui la recevra, de même que par les témoins, & il exige même des témoins qui sçachent signer, lorsque le testateur ne sçait ou ne peut le faire, tout comme dans les testamens militaires; ces témoins doivent aussi être mâles, régnicoles, capables des effets civils, & non Religieux, comme il résulte des articles 40 & 41 de ladite Ordonnance.

Les testamens ou codicilles en tems de contagion doivent donc être par écrit, & on n'y recevrait plus les dispositions verbales de dernière volonté fondées sur la résumption des témoins, comme on le faisoit auparavant, ainsi qu'il paroît par les Arrêts de Maynard, liv. 5. chap. 4. Cambolas, liv. 6. chap. 9. & Albert, verb. testament, art. 10.

Ladite Ordonnance de 1735, art. 35, permet seulement dans les tems de peste, & en quelque Pays que ce soit, les testamens olographes entièrement écrits, datés & signés de la main du testateur, ce qui semble être un nouveau privilège pour les Pays de Droit Ecrit; car il n'y a point d'exemple dans les Arrestographes de cette Province d'aucun Arrêt qui eût confirmé un testament olographe fait *inter extraneos* en tems de contagion.

L'article 36 de ladite Ordonnance accorde encore les privilèges des testamens faits en tems de peste, aux personnes qui sans être attaqués ou malades de la contagion seroient dans les lieux infectés de cette maladie; ce qui est conforme à la doctrine de Catellan, liv. 2. chap. 53. *in fine*; quoiqu'au surplus, ainsi que l'observe cet Auteur, les formalités auxquelles la crainte de la contagion ne fait pas obstacle, ne soient pas relâchées en tems de peste; en sorte, par exemple, que la légitime doit être laissée dans lesdits testamens aux légitimaires à titre d'institution, comme il résulte même de l'article 54 de ladite Ordonnance, & ainsi du reste.

mais dans ce cas on doit  
avoir deux témoins

Enfin la même Ordonnance, art. 37, veut que les dispositions de dernière volonté dont nous venons de parler, faites en tems de peste, demeurent nulles six mois après que le commerce aura été rétabli dans le lieu où le testateur se trouvera, ou qu'il aura passé dans un lieu où le commerce n'est point interdit, si ce n'est que le testament ou codicile fût revêtu des formalités requises de Droit commun & ordinaire dans le lieu où ils auront été faits.

Ricard avoit pensé que ces testamens faits en tems de peste devoient subsister pendant une année après que le péril avoit cessé, tandis que le Président Boerius & autres Auteurs vouloient qu'ils fussent valables même après l'année, & jusqu'au décès du testateur, s'ils n'étoient pas révoqués; mais il n'y a plus à disputer depuis cette Ordonnance qui les déclare nuls après les six mois.

Il en seroit autrement, si le testament, quoique fait en tems de peste, se trouvoit muni de toutes les formalités requises *Jure communi* dans le lieu où il a été fait, car alors il vaudroit jusqu'au décès du testateur, quelque tems qu'il se fût écoulé dans l'intervalle; puisqu'en effet dans les règles ordinaires le seul laps de tems ne révoque point les testamens, & n'y porte pas atteinte.

Avant l'Ordonnance de 1735 on jugeoit dans cette Province que les testamens faits par une personne malade aux champs ou à la campagne étoient valables avec cinq témoins, comme on l'apprend dans Catellan, liv. 2. chap. 3. & dans Boutaric, *Instit.* pag. 249. cela fondé sur la Loi dernière, *cod. de testam.* qui ne se contentoit pourtant de cinq témoins qu'au cas qu'il eût été impossible d'en avoir trouvé davantage; en sorte que de cette exception particulière on en avoit fait néanmoins une règle générale: cependant on peut dire que ladite Ordonnance a abrogé assez clairement cette Jurisprudence; car par les articles 5 & 9 elle exige sept témoins en Pays de Droit Ecrit dans tous les testamens, soit nuncupatifs écrits, soit mistiques indistinctement; & par l'article 45 il est porté que dans les Pays & dans les cas où le nombre de deux témoins n'est pas suffisant aux testamens, il ne sera admis que des témoins qui sçachent & puissent signer, lorsque lesdits testamens se feront dans les Villes & Bourgs fermés, voulant que dans les autres lieux il y ait au moins deux témoins



quibus non est permittitur lauro testamentum.

in primis.

le fils de famille a peut par testament ses biens de son pere de son oncle maternel, et qu'il a peut par testament de ses autres biens membres conjointement de son pere quia testament factio est, nisi, publici. leg. 5. ff. qui testamentum facere possunt. et cetera. l. 4. c. 1. ff. de testat. et de testat. dicitur: accepto dicitur alii ou le defuncte levoit en faveur de ses enfans ce qu'il pourroit faire meme sans le consentement de son pere. et celui ou le defuncte en faveur de la suite pie, mais le consentement de son pere levoit necessaire de cetero.

le fils de famille peut aussi avec le consentement de son pere de ses biens par donation avant de mort. et celui de la chose, et cela en faveur de quiconque est. le testament d'un fils de famille fait avec la suite ordinaire de donation a cause de mort vaut comme tel en faveur de qui qu'il soit fait. et cetera. d. de testat. l. 1. c. 1.

par l'article 54. du statut royal de montpellier. les femmes mariées qui n'ont point d'enfant ne peuvent faire de leur biens ou leur avoirs par testament ou par donation sans y appeler leurs pères et mères ou leurs plus proches parents légitimes. et si elles ne peuvent le faire, elles peuvent tout au plus donner à leur mari sans remplir une formalité laquelle est partie de leurs biens.

l'art. 1er. l'empereur leur enjoint de donner de leur biens au tant l'âge de puberté c'est à dire au plus de quatorze ans pour les mâles, et de donner au plus de quinze ans pour les filles.



de jure la jette, et tous ceux qui sont par usage de la ville, ne peuvent être pendant tout le temps qu'ils sont dans ce lieu, et la preuve en est évidente malgré l'usage ordinaire introduit dans le lieu, ment que le testateur étoit dans son bon sens.

La capacité de tester est requise au moment où le testateur a fait son testament sans que ledit testament peut valoir quand il se résoudroit dans son bon sens. leg. 19. ff. de regul. jur. et leg. 19. ff. qui test. fauer potest.

La capacité du testateur est encore requise au temps de la mort. Le temps intermédiaire n'est compté pour rien: quand nous disons que la capacité du testateur est requise au temps de la mort pour la validité du testament on distingue l'incapacité provenant de la nature et celle qui provient de quelque indignité, ainsi le testateur ainsi le testateur devient fou ou muet, et tout cela n'est pas déclaré prodigue et interdit le testament par lui fait au temps de sa raison doit être valable. leg. 6. ff. leg. 18. et leg. 20. ff. 9. ff. qui test. fauer potest.

Il est ajouté que le testament fait par un idiot ou un fou est nul et n'est valable qu'il ne soit annulé par un arrêt.

Il n'est pas dit dans laquelle le bon ou le mauvais de la mort procède de quelque indignité ou mort civile. Le testament par lui fait est valable et n'est annulé que par un arrêt. leg. 3. ff. 10. qui test. fauer potest.

Le testament fait par un homme condamné par sentence qui n'a point été révoquée est valable. parce qu'il n'est nul que par la sentence, et qu'en matière criminelle l'appel est en la règle. leg. 15. ff. 1. qui test. fauer potest. Il faut en excepter ceux qui ont fait le crime de lèse-majesté.

Quand le testateur est un homme qui a été condamné à mort civile, le testament qui a été fait par lui est nul par la condamnation à la mort civile. leg. 1. ff. de leg. 1. §. si quis in rebus.

<sup>lib. 1. cap. 40.</sup>  
§. 2. Boiteux et terres par lui de lui ont été rapportés par un contrat qui n'est pas valable à la nouvelle l'empire. Le testament fait par un prodigue en faveur de ses enfants, le même au lieu n'est nul que d'un autre arrêt rapporté par Maynard qui valide le testament fait par un prodigue en faveur de sa femme.

§. 3. nous avons parlé sur la loi de testamentis ordinandis de la manière de tester de nous en introduit par l'art. 8. de l'ord. de 1755. quand nous avons dit que si un testament est fait en secret, on ne s'en peut servir que si on l'a déclaré en justice. Il est en secret et privé et n'est nul de toutes facultés et ne peut être déclaré.

§. 4. nous avons aussi parlé de ce qui regarde le testament des aveugles.

§. 5. le testament fait par un homme aveugle est nul, par la raison que l'aveugle ne peut signer, et que si on le fait par lui, on ne peut le faire que par un autre. art. 10. de l'ord. de 1755. ou ce qui est dit est aussi valable.

Les étrangers non naturalisés ne peuvent tester par testament de biens qu'ils ont dans la province, à moins qu'ils ne soient citoyens de la province du lieu où ils ont des biens. La province de Languedoc est exceptée de ce droit d'aubaine. Il n'est pas dit dans la loi que les étrangers non naturalisés ne peuvent tester de biens qu'ils ont dans la province, à moins qu'ils ne soient citoyens de la province du lieu où ils ont des biens. leg. 1. ff. de leg. 1. §. si quis in rebus.

Les étrangers qui ont des enfants ou des murailles en France sont exceptés de cette règle, parce qu'ils peuvent être considérés comme citoyens de France. leg. 15. ff. de leg. 1. §. si quis in rebus. et si l'on veut aussi une exception en faveur des marchands étrangers qui viennent au port de Lyon et autres lieux où ils peuvent tester, ou au moins si l'on veut abintestato succéder.

Les religieux profès ne peuvent multiplier leurs professions  
leur successeur ou de en faveur de l'un d'eux à l'instar  
son aîné pendant leur vie et ils peuvent tester en faveur de qui  
il veut. Ricard. tom 14. part. 1. c. 9. Section 12. / 119  
ont fait un testamentolographe il doivent être reconnus de  
notaire avant leur profession afin de nullité.

du même consentement ; le testament même que le fils de famille feroit du consentement & en la présence de son pere avec la clause ordinaire de donation à cause de mort , vaut comme donation à cause de mort , soit en faveur du pere , ou d'autre. *Catellan, ibid.*

Il y a même un Arrêt du 4 Avril 1707 qui a jugé conformément à cette doctrine , qu'un testament fait par un fils de famille en faveur de son pere , attendu qu'il contenoit la clause de donation à cause de mort , étoit valable , quoique ce testament tournât au préjudice des enfans du testateur , car l'ayeul avoit transporté lesdits biens à des étrangers ; en quoi cet Arrêt ne doit pas être tiré à conséquence.

On peut observer en passant que dans cette ville de Montpellier , suivant l'article 54 du Statut local , les femmes mariées qui n'ont point d'enfans , ne peuvent pas faire des libéralités , soit par testament ou donation , à leur mari , par le moyen même de personnes interposées , sans y appeller leurs pere & mere , ou à leur défaut leurs plus proches parens , & en leur absence un Magistrat par précaution , & il n'est permis tout au plus auxdites femmes de donner , sans observer les formalités , autre chose à leur mari que la quatrième partie de leurs biens ; mais les femmes qui ont enfans , ne sont pas soumises à l'observation de ces formalités : on peut voir sur cela *Ranchin & Bornier, verb. testamentum, art. 39.*

*§. 1. Præterea testamentum facere non possunt impuberes.*

Par la plupart des Coûtumes, & notamment par celle de Paris, art. 293 & 294 , il faut avoir accompli l'âge de vingt ans pour tester de ses meubles, acquêts & conquêts immeubles , & pour tester du quint des propres il faut avoir accompli l'âge de vingt-cinq ans ; cependant si le testateur n'a ni meubles , ni acquêts ou conquêts immeubles , il peut en ce cas tester du quint de ses propres après vingt ans accomplis.

La Jurisprudence est même telle aujourd'hui , que pour régler l'âge de tester dans les Coûtumes qui n'en parlent pas , on s'en tient à la Coûtume de Paris , & non au Droit Romain. Voyez ce que j'ai dit à ce sujet sur le Titre de *Justitia & Jure* , vers la fin.

*Il faut voir l'ordonnance de Montpellier sur ce point. De notariatus. et dignitate. tom. 9. p. 99. et l'article 1. de la femme mariée. et de l'adultère. qui pour les femmes mariées à Montpellier. et y demeurant. ont été soumis à ces lois. Domini de l'Ordre. et de l'Ordre de Montpellier. et de l'Ordre de Montpellier. et de l'Ordre de Montpellier.*

*Dans la coutume de Paris. art. 293 & 294. il faut avoir accompli l'âge de vingt ans pour tester de ses meubles, acquêts & conquêts immeubles, & pour tester du quint des propres il faut avoir accompli l'âge de vingt-cinq ans. Dans la coutume de Paris. art. 293 & 294. il faut avoir accompli l'âge de vingt ans pour tester de ses meubles, acquêts & conquêts immeubles, & pour tester du quint des propres il faut avoir accompli l'âge de vingt-cinq ans.*

Pour ce qui est au contraire des Pays de Droit Ecrit , on y peut faire testament , suivant ce que dit ici l'Empereur Justinien , à la puberté , qui est de quatorze ans complets aux mâles , & de douze ans accomplis aux filles , mais non plutôt.

Le testament même fait le dernier jour de la douzième ou quatorzième année est bon & valable , quand même il se trouveroit fait d'abord après la minuit du jour précédent , *Leg. 5. ff. qui testam. facere possunt* , & une personne même qui seroit née le 25 Février d'une année bissextile , peut , ayant atteint le 24 Février de l'année de sa puberté , tester valablement ce jour-là , parce que ces deux jours ne sont comptés que pour un , & qu'il est vrai de dire qu'elle a testé le dernier jour de sa quatorzième ou douzième année.

*Item furiosi, quia mente carent.*

Les furieux , fols , ou imbécilles , & tous ceux qui n'ont pas l'usage libre de la raison , sont sans contredit incapables de tester & de disposer de leurs biens , tandis que leur maladie ou leur foiblesse d'esprit dure ; ainsi on reçoit toujours , *& per quoscumque testes* , la preuve de la démence , imbécillité , ou frénésie du testateur , malgré la clause ordinaire inférée par les Notaires , portant qu'il étoit en bon sens , mémoire & entendement , sans qu'il soit besoin d'arguer le testament de faux , comme je l'ai déjà remarqué ci-devant au commencement du Titre X. de ce Livre.

Cela a été jugé par plusieurs Arrêts , & notamment par un Arrêt du 24 Juillet 1692 , en faveur des demoiselles Cassan , contre la demoiselle Isabeau Cassan leur sœur , femme du sieur Germain , Bourgeois de Montpellier , au sujet du testament du sieur Jacques Cassan leur frere , Correcteur en la Chambre des Comptes de ladite Ville , où celle-ci se trouvoit instituée héritière ; & par un autre Arrêt rendu en l'Audience de la Grand-Chambre le 28 Avril 1724 , Président M. de Nupces.

J'ai vu encore par un Arrêt de l'année 1729 rendu en la Grand-Chambre du même Parlement de Toulouse , au rapport de M. de Comere , casser le testament fait par le sieur Aymant du Moret , habitant de Bagnères , au profit de l'Hôpital de ladite Ville , sur ce que cet homme croyoit être fille , & avoit la manie de vouloir passer pour fille , bien que sur tous les autres points cet homme

*Quod ab initio non valet*  
*quod ab initio non valet*  
*quod ab initio non valet*  
*quod ab initio non valet*  
*quod ab initio non valet*  
*quod ab initio non valet*  
*quod ab initio non valet*  
*quod ab initio non valet*  
*quod ab initio non valet*  
*quod ab initio non valet*

**LES INSTITUTIONS.**

parât avoir du bon sens ; il alloit souvent habillé en fille , on l'avoit même vu communier en cet état , & vouloit être appellé Mademoiselle Rosette ; il filoit , se formoit une gorge avec des étoupes , &c. de sorte que sur la preuve qui fut rapportée par ses cousins , le testament fut déclaré nul.

*Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea mentis compos factus, deceaserit.*

*Deus quibus graviter*  
*capax de testatore*  
*proque de quibus ordin*  
*de testatore quibus a*  
*la mort.*  
*avec une distinction*  
*l'usage de l'usage*  
*ne vient d'aucune font*  
*natural eadem eadem*  
*testamentum per se*  
*interdixit quibus est*  
*valere, aut quibus*  
*le cas de testateur*  
*afin de profiter de*  
*de testateur est*  
*en ce sens que si*  
*à l'égard de la*  
*de quel que testateur*  
*ou testateur, a*  
*qu'il n'est pas permis*  
*de quel que testateur*  
*de quel que testateur*  
*de quel que testateur*  
*de quel que testateur*  
*de quel que testateur*  
*de quel que testateur*  
*de quel que testateur*  
*de quel que testateur*  
*de quel que testateur*

La raison de ceci est prise de ce que la capacité ou habilité du testateur à tester est généralement requise au tems que le testament est fait , sans que son testament puisse même valoir , quand bien il seroit devenu capable de tester dans la suite , car il suffit que le testament ait été nul *ab initio*. *Leg. 19. ff. qui testam. facere possunt ; Leg. 29. ff. de reg. jur.*

La capacité du testateur est effectivement requise en deux tems , sçavoir , au tems qu'il a fait son testament , & au tems de sa mort ; car au surplus les tems ou intervalles intermédiaires ne nuisent point , & ne sont d'aucune considération pour régler la capacité ou incapacité.

Quand nous disons néanmoins que la capacité du testateur est nécessaire au tems de sa mort , c'est avec cette distinction remarquable , que si l'incapacité qui est survenue au testateur depuis qu'il a fait son testament , ne procède que de quelque défaut naturel , comme s'il étoit devenu sourd & muet , étant illitéré , ou déclaré prodigue ou insensé , le testament fait avant ce tems-là ne laissera pas de subsister & d'avoir son exécution : §. 3. *infra hoc titulo. Leg. 6. §. 1. Leg. 18. & Leg. 20. §. 4. ff. qui testam. facere possunt.*

Et il en est de même de la Profession Religieuse du testateur , car le testament qu'il avoit fait auparavant subsistera.

Si au contraire l'incapacité où le testateur se trouve au tems de sa mort , procède de quelque indignité ou mort civile qu'il ait encourue par ses crimes & par sa condamnation , qui ait chargé son état , le testament fait auparavant par lui , quoique valable *ab initio* , demeurera néanmoins nul & sans effet , *Leg. 8. §. 1. ff. qui testam. facere possunt ; & §. 4. infra quib. mod. testam. infirmantur* : ainsi le condamné à mort ou aux autres peines qui emportent mort civile , non seulement ne peut pas tester , mais

le

**DU DROIT FRANÇOIS. Liv. II. Tit. XII.**

le testament même qu'il auroit fait avant ladite condamnation , est annullé , & *irritum fit*.

Mais si un prévenu ayant été condamné par Sentence vient ensuite à mourir pendant l'appel , le testament par lui fait dans cet intervalle , ou autre qu'il auroit fait auparavant , vaut & a son effet , parce que l'appel ayant éteint le jugé , il meurt *integrè status* , *L. 13. §. 2. ff. qui testam. facere possunt* , suivant les principes que nous avons établis sur le paragraphe 10 du Titre de *nuptiis* au Livre premier ; il faut seulement excepter de cette règle ceux qui seroient condamnés ou accusés de ces sortes de crimes dont il est parlé dans le titre 22 de l'Ordonnance Criminelle de 1670 , & pour lesquels on fait le procès à la mémoire du défunt ; parce que dans ceux-là le crime n'est pas éteint par la mort , & qu'alors la validité du testament dépend de l'événement qu'aura l'accusation.

De plus , le testament qui se trouve annullé par la condamnation postérieure à la mort civile , prononcée contre le testateur , reprend sa première force , lorsque le testateur avant son décès vient à être rétabli dans son premier état par la grace du Prince , ou autrement. §. 6. *infra quib. mod. testam. infirmantur*.

§. 2. *Item prodigus, cui honorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; sed id quod antea fecit, ratum est.*

Il a été jugé par un Arrêt rapporté dans *Cambolas*, liv. 5. chap. 30. que le testament fait par un prodigue interdit en faveur de ses enfans , comme auroit pu faire un homme de bon sens , étoit valable ; ce qui est aussi conforme à la Nouvelle 39 de l'Empereur Léon. On trouve aussi dans *Maynard*, liv. 7. chap. 19. un Arrêt qui confirma le testament d'un prodigue déclaré tel , fait en faveur de la cause pie ; mais quant à ce dernier Arrêt , il faut supposer sans doute que cet homme n'avoit que des parens extrêmement éloignés , & qu'en un mot c'étoit un testament fait de bon sens.

§. 3. *Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt.*

Le Droit Romain en la Loi *discretis*, cod. qui test. m. facere possunt , interdisoit aux muets de naissance la faculté de tester & ne le permettoit qu'au muet par accident , pourvu qu'il eût

*Constat utrum sit*  
*de testatore*  
*de testatore*  
*de testatore*  
*de testatore*  
*de testatore*  
*de testatore*  
*de testatore*  
*de testatore*  
*de testatore*

*autem in testamento*  
*autem in testamento*  
*autem in testamento*  
*autem in testamento*  
*autem in testamento*  
*autem in testamento*  
*autem in testamento*  
*autem in testamento*  
*autem in testamento*  
*autem in testamento*

Hh

écrire; & qu'il écrivit lui-même ses dispositions; mais l'article 8 de l'Ordonnance de 1735 permet la faction du testament tant au muet de naissance que par accident, pourvu qu'ils soient en état d'écrire; & qu'ils écrivent eux-mêmes leurs dispositions: cet article porte que si le testateur ne peut parler, soit par un défaut naturel; ou autrement; il ne pourra faire de disposition à cause de mort que dans la forme portée par les articles 9 & 12 de ladite Ordonnance; c'est-à-dire, un testament mystique entièrement écrit, daté & signé de sa main, le présenter ensuite clos & scellé au Notaire & aux témoins en nombre suffisant, & écrire au haut de l'acte de suscription en leur présence que le papier qu'il leur présente, est son testament; en suite de laquelle écriture le Notaire mettra l'acte de suscription; en y faisant mention que le testateur a écrit ces mots en sa présence & celle des témoins, &c.

Cela n'empêche pas pourtant que le testateur privé de la parole; mais qui sçait écrire; ne puisse faire des dispositions olographes entre ses enfans & descendans dans les Pays de Droit écrit; comme il est généralement permis par l'article 16 de ladite Ordonnance, ou même en faveur des étrangers dans les Pays Coutumiers, suivant l'article 19 de cette même Ordonnance.

Quant à celui qui est tout ensemble sourd & muet, soit de naissance; ou autrement; & qui ne sçait écrire ni lire; étant incapable de témoigner sa volonté, il ne peut pas tester; on trouve seulement dans *Catellan*, liv. 2. chap. 48. un Arrêt qui déclara valable le testament d'un homme sourd & muet de naissance, mais qui étoit capable par le moyen de l'écriture de toutes sortes d'affaires, ce que *Ricard*, tom. 1. pari. 1. chap. 3. sect. 2. n. 131. a regardé comme presque impossible.

A l'égard de celui qui est seulement sourd sans être muet, comme il n'étoit devenu sourd qu'après avoir acquis l'usage de la parole, il peut faire testament, puisqu'il peut expliquer ses intentions, & à plus forte raison s'il sçait écrire; & en effet il n'y a pas de difficulté qu'une telle personne ne puisse faire un testament nuncupatif écrit, dès qu'on suppose qu'elle a l'usage libre de la parole, conformément à l'article 5 de l'Ordonnance de 1735, ou même un testament mystique & secret; dans la forme portée par l'article 9 de ladite Ordonnance, si elle sçait signer & lire en outre la lettre de main, ou bien encore dans la forme prescrite par l'article 12 de la même Ordonnance, si elle sçait écrire.

§. 4. *Cæcus autem non potest facere testamentum; nisi per observationem quam Lex divi Justinii introduxit.*

Suivant la Loi *hac consultissima*, *cod. qui testam. facere possunt*, & suivant l'art. 7 de l'Ordonnance de 1735, l'aveugle; c'est à dire, celui qui l'est de naissance, ou qui par quelque accident n'a pas l'usage de la vue lors du testament qu'il veut faire, car c'est la même chose, ne peut faire qu'un testament nuncupatif écrit, publiquement, pardevant Notaire, & en présence de témoins; en appellant à sa disposition un témoin surnuméraire au-delà du nombre ordinaire, & il ne peut point faire en aucune façon de testament mystique ou secret, à cause des surprises qu'on pourroit pratiquer à son égard; ce qui a lieu; quand même ce seroit un pere qui testeroit en faveur de ses enfans ou descendans: mais quand un aveugle teste ainsi ouvertement entre ses enfans, on le dispense des autres formalités, & deux témoins suffisent à son testament. *Cambolas*, liv. 4. chap. 34. *Dolive*, liv. 5. chap. 6.

J'ai agité au Parlement de Toulouse la question de sçavoir, si dans les lieux où le Statut local n'exige que deux témoins, l'aveugle qui ne teste pas *inter liberos*, peut tester valablement, en appellant seulement un témoin surnuméraire; c'est-à-dire, un troisième témoin; & si dans ce cas le Notaire peut encore représenter ce troisième témoin: c'étoit dans un procès où j'avois instruit en qualité d'Avocat entre Arnaud du Breuil & Gaspard Laforge, au sujet du testament de Jeanne Laforge aveugle; fait par cette femme qui n'avoit point d'enfans, dans la ville de Toulouse où le Statut ne requiert que deux ou trois témoins; mais malgré la décision du Président *Boerius*, *quest. 240. n. 20.* qui tient que quoique le Statut local ait restreint le nombre des témoins, cela ne peut pas s'appliquer au testament de l'aveugle, & qu'il ne peut tester qu'avec le nombre des témoins prescrit par la Loi *hac consultissima*, l'Arrêt qui intervint à la Grand-Chambre, au rapport de M. de Cambon, le 24 Juillet 1728, confirma le testament de cette femme aveugle; quoiqu'il n'y eût que deux témoins & le Notaire, par où l'on jugea encore que le Notaire pouvoit y servir de troisième témoin.

§. 5. *Ejus qui apud hostes est, testamentum quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit.*

*Le testament fait par un ennemi ou fait captif par des infidèles, vaut sans difficulté, soit qu'il vienne à être racheté, ou qu'il meure captif, comme il est dit dans ce paragraphe; & quant au testament fait durant la captivité, ou tandis qu'on est fait prisonnier de guerre, l'Ordonnance de 1735, art. 30, a décidé qu'il étoit également valable, ainsi que je l'ai déjà remarqué ci-dessus au Titre de militaire testamento.*

Le testament fait par un homme, avant qu'il eût été pris par les ennemis ou fait captif par des infidèles, vaut sans difficulté, soit qu'il vienne à être racheté, ou qu'il meure captif, comme il est dit dans ce paragraphe; & quant au testament fait durant la captivité, ou tandis qu'on est fait prisonnier de guerre, l'Ordonnance de 1735, art. 30, a décidé qu'il étoit également valable, ainsi que je l'ai déjà remarqué ci-dessus au Titre de militaire testamento.

*Droit d'aubaine abrogé par l'Ordonnance de 1735.*

*Le droit d'aubaine n'a pas lieu en France, & ne peut pas avoir aucun héritier, ni testamentaire, ni même ab intestat, de tels biens; car l'authentique omnes peregrini, cod. communia de success. est abrogée dans ce Royaume, & c'est le Roi qui en profite, en vertu du droit qu'on appelle droit d'aubaine; on en excepte pourtant la Province de Languedoc, où le droit d'aubaine n'a pas lieu, suivant les privilèges qui lui ont été accordés par les Rois Louis XI. & Charles XII. Vid. Mynard, liv. 4. ch. 57. La Roche & Graverol, liv. 6. tit. 9. il y a aussi plusieurs autres Villes & personnes exemptes de ce droit, comme l'on peut voir dans Bacquet, traité du droit d'aubaine, part. 1. chap. 8. & suiv.*

On peut ajouter que les étrangers non naturalisés ne peuvent pas par les Loix du Royaume disposer par testament des biens qu'ils ont en France, & ne peuvent pas avoir aucun héritier, ni testamentaire, ni même ab intestat, de tels biens; car l'authentique omnes peregrini, cod. communia de success. est abrogée dans ce Royaume, & c'est le Roi qui en profite, en vertu du droit qu'on appelle droit d'aubaine; on en excepte pourtant la Province de Languedoc, où le droit d'aubaine n'a pas lieu, suivant les privilèges qui lui ont été accordés par les Rois Louis XI. & Charles XII. Vid. Mynard, liv. 4. ch. 57. La Roche & Graverol, liv. 6. tit. 9. il y a aussi plusieurs autres Villes & personnes exemptes de ce droit, comme l'on peut voir dans Bacquet, traité du droit d'aubaine, part. 1. chap. 8. & suiv.

On excepte encore de cette règle les étrangers qui ont des enfans ou parens nés & demeurans en France, car ceux-ci peuvent leur succéder; & on excepte encore les étrangers qui sont dans le cas des Ordonnances de 1463, 1569 & 1583, qui permettent aux Marchands étrangers fréquentant les Foires de Lyon, &c. de tester, & à leurs héritiers légitimes de leur succéder ab intestat. Vid. Bacquet, traité du droit d'aubaine, chap. 15, 18, 19, 26, 27, &c. Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 3. sect. 4. n. 209. & suiv.

Les Religieux Profes ne peuvent pas non plus tester de leurs biens, & la succession ab intestat est ouverte par leur Profession Religieuse; ils peuvent pourtant, avant qu'ils aient fait leurs Vœux & leur Profession solennelle, & pendant le tems de leur Noviciat, disposer de leurs biens par testament, ou autrement, Mynard, liv. 7. ch. 18. Ricard, tom. 1. part. 1. ch. 3. sect. 18.

*Le testament fait par un Religieux Profes ne peut pas non plus tester de leurs biens, & la succession ab intestat est ouverte par leur Profession Religieuse; ils peuvent pourtant, avant qu'ils aient fait leurs Vœux & leur Profession solennelle, & pendant le tems de leur Noviciat, disposer de leurs biens par testament, ou autrement, Mynard, liv. 7. ch. 18. Ricard, tom. 1. part. 1. ch. 3. sect. 18.*

n. 108. mais suivant l'Ordonnance de 1735, art. 21, s'ils n'ont fait qu'une disposition ou testament olographe dans le cas où il est permis d'en faire, ils doivent alors reconnoître ces dispositions olographes pardevant Notaire. & par un acte public, avant que de faire leur Profession, à peine de nullité; ce qui est ainsi établi, afin d'obvier aux fraudes qu'il seroit facile de pratiquer, en donnant telle date qu'on voudroit au testament olographe.

TITRE XIII.

De Exheredatione liberorum.

*Nullité de l'institution en de la juste & légitime la préterition annullée le testament.*

*Qui filium in potestate habet, curare debet ut eum heredem instituat, vel exheredem nominatim faciat, alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur.*

La préterition de quelqu'un des enfans du testateur, soit émancipés, ou non; ou même le défaut de l'instituer héritier en ce qu'on lui laisse, rend le testament nul & inutile, suivant ces termes de la Nouvelle 115, cap. 3: *Sancimus non licere nulli d'insérer pour penitus patri vel matri, aut avio, vel avie, filium suum, vel filiam suam, vel ceteros liberos præterire, aut exheredes in suo testamento facere, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel aliam quemcumque modum eis dederit, Legibus debitam portionem, nisi forsam probabantur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento: par où cette Nouvelle a abrogé la Nouvelle 18 & l'authentique vltima, cod. de inoff. testam. qui en a été prise, & qui avoient permis de laisser la légitime à quelque titre que ce fût; en sorte qu'il faut, ou exhéredier nommément les légitimaires pour quelque cause légitime & juste qu'on doit exprimer, ou les instituer héritiers expressément en leur légitime, ou bien en ce qu'on leur légue pour leur en tenir lieu.*

*un enfant ou une fille, soit quel que soit qui lui ait fait l'orgueil de n'être honoré de l'héritage.*

*ou l'enfant ou la fille, soit quel que soit qui lui ait fait l'orgueil de n'être honoré de l'héritage.*

*quelque modique que soit l'héritage en laquelle l'enfant ou la fille n'est pas institué, & qui avoient permis de laisser la légitime à quelque titre que ce fût; en sorte qu'il faut, ou exhéredier nommément les légitimaires pour quelque cause légitime & juste qu'on doit exprimer, ou les instituer héritiers expressément en leur légitime, ou bien en ce qu'on leur légue pour leur en tenir lieu.*

J'ai dit la préterition de quelqu'un des enfans, ou le défaut de l'instituer héritier en ce qu'on lui légue, parce que le défaut d'institution équipolle à la préterition, quelque ample légat qu'on lui eût d'ailleurs laissé, sans l'y instituer héritier, & qu'on tient pour préterit & oublie le légitimaire qui n'a pas été honoré du

*l'institution de l'enfant ou de la fille, soit quel que soit qui lui ait fait l'orgueil de n'être honoré de l'héritage.*

*l'institution de l'enfant ou de la fille, soit quel que soit qui lui ait fait l'orgueil de n'être honoré de l'héritage.*

lib. 19.  
de exheredatione liberorum.

in principio.

La prohibition de quelques uns des enfans du testateur emane de son  
ou même le défaut de l'institution héritière en ce qu'on lui laisse nul  
liberament nul. novelle 115. cap. 5. et l'art 50. de l'ord. de 1732  
et la loi de 1791. de l'her. praelati et exheredati qui  
decide que l'on doit faire mention des enfans emanez.

Le posthume doit être aussi visé par l'institution ou le codicille  
suivant la autorité praelati.

L'exheredation ou l'institution doivent être visés même dans  
le cas ou le testament est fait entre enfans art 54 et 55.

Le testament ne pourra être annulé quelque modique que  
soit le somme de l'heredité qui est légitime art 51.

Celui qui a été héritier légitime peut toujours  
succéder par le voie du supplément. art 52.

La prohibition de quelques uns des enfans est nul le testament quand a  
l'institution héritière sans que l'equité ou l'abus commis par  
— commis et rend nul la substitution si l'abus n'est commis  
est chargé d'institution. quand même le testament est  
la seule codicille. mais elle ne peut pas le testament de  
valoir pour ce qui concerne les autres dispositions  
faites par le testateur. suivant l'art 53. et l'authenticque  
excusé à cod. de liber. praelati.

Le testament annulé par la nullité du posthume, revient pour  
ce testament regard la première force par la précedence  
posthume avant le père. leg. posthumus ff. de iuris  
quibus.

maison est de même allé par le fils par le testament  
du père et qui n'est avant lui, et par ce que le testament  
du père est de la première force. Le père de son  
côté qui non. Cependant les articles ont été mis à ce que la  
disposition de la loi posthume, la grande gloire est de ce  
avec antique coutume et de ce, et les articles de ce  
question 44.

Les enfants peuvent être institués par le testament  
la nullité de ce testament ou un enfant le testament qu'on  
ne reconnaît pas. La nouvelle 115. Article de ce  
- on croit que les plus proches parents ne peuvent pas de ce  
- and de la callation de testament par un homme dont  
le testament est de ce, et de la nullité de ce.

de ce, et de la nullité de ce.

l'institution du posthume est un acte de ce, et de la nullité de ce.  
de ce, et de la nullité de ce.

il y a des auteurs qui croient même que la disposition de ce  
de ce, et de la nullité de ce.

le vient de ce, et de la nullité de ce.

le testament fait par le père dans le cas de ce, et de la nullité de ce.

de ce, et de la nullité de ce.

il faut encore que le posthume de ce, et de la nullité de ce.

de ce, et de la nullité de ce.

de ce, et de la nullité de ce.

de ce, et de la nullité de ce.

de ce, et de la nullité de ce.

de ce, et de la nullité de ce.

de ce, et de la nullité de ce.

de ce, et de la nullité de ce.



Les interprètes ont mis en vers les quatorze cas de  
hérédité déterminés dans la novelle 116.

Si system ex caudis ex haere filius esto  
Si patrem fecerit vel maledicent ei  
curare concludum singlyat aut furiosum,  
eximius accuset aut paret indicia.  
Si dedit dammum gravi, si nec ab hoste redemit,  
tu turve velle se soliteque malis.  
Si nimos sequitur vitelque cubile paternum,  
non or thodorus, filia si meretur.

L'ordonnance d'Henri second de 1552. a ajouté une nouvelle  
cause d'incapacité pour le mariage des fils de famille  
mineurs de seize ans, et des filles mineures de 15. sans  
permission de leurs pères.

le père et les enfans sont regardés  
comme une même personne  
et l'usufruit d'un autre  
n'est pas d'ordre naturel.  
il faut une dérogation expresse  
au droit commun en principe  
sur quel fondement on a  
mis l'usufruit.

LES INSTITUTIONS

246  
titre d'institution, ou justement exhéredé, qui neque hæres institutus, neque, ut oportet, exheredatus est, comme il est dit dans le paragraphe 12. infra, de hæreditat. quæ ab intest. defer. & c'est aussi de cette façon qu'on a entendu la nouvelle déjà citée, comme l'observe Vinnius, hic, n. 1. & comme nous le dirons ci-après sur le Titre de inofficioso testamento, §. 6.

J'ai parlé encore des enfans, soit émancipés, ou non, parce que la différence que l'ancien Droit faisoit à ce sujet entre les uns & les autres, a été ôtée par la Loi dernière, cod. de liberis præterit. vel exhered. suivie par ladite Nouvelle 115, ainsi qu'il est dit expressément dans le paragraphe 5 du présent Titre.

L'Ordonnance de 1735 a suivi ces décisions, quant aux Pays de Droit Ecrit, dans l'article 50, qui porte que dans les Pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du testament, ceux qui ont droit de légitime, seront institués héritiers, au moins en ce que le testateur leur donnera; que l'institution sera faite en les appellant par leurs noms, ou en les désignant de façon que chacun d'eux y soit compris & que cela aura même lieu à l'égard des enfans qui ne seroient pas nés au tems du testateur, & qui seroient nés ou conçus au tems de la mort du testateur: ce qui est conforme à ladi e Loi dernière, cod. de liberis præterit. qui veut également que les posthumes soient aussi nommément institués ou exhéredés.

Cet article parle de l'institution particulière de ceux qui ont droit de légitime, & qui sont les enfans ou descendans du testateur remplissant le premier degré, & en défaut de descendans, les ascendans du testateur, comme nous le dirons ailleurs.

Avant l'Ordonnance de 1735 on jugeoit au Parlement de Toulouse que la légitime ne devoit être laissée à titre d'institution, que lorsqu'un étranger se trouvoit institué héritier universel dans le testament; mais que le défaut d'institution du légitimataire n'annulloit pas le testament, lorsque l'un des enfans se trouvoit institué héritier, comme on le voit dans Catellan, liv. 2. ch. 33. Boutaric, Instit. pag. 307. ce qui est changé & corrigé par l'art. 50 de ladite Ordonnance, qui, en se conformant à la pureté du Droit, ne fait aucune distinction, & plus précisément encore par l'art. 54 qui porte que la disposition de l'art. 53. en ce qu'il ordonne qu'au cas de la prétériton de quelqu'un de ceux qui ont droit de légitime, le testament sera déclaré nul, sera exécuté même à l'égard des testamens faits entre enfans.

DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. XIII. 147

Du reste, ce n'est que dans les Pays de Droit Ecrit que l'institution particulière des légitimaires est nécessaire, comme l'art. 50 de ladite Ordonnance de 1735 le fait assez entendre; car dans les Pays Coutumiers l'institution d'héritier n'a point lieu, suivant l'article 299 de la Coutume de Paris: c'est pourquoi il n'est pas nécessaire dans lesdits Pays que les enfans soient institués, attendu que les biens que la Coutume leur défère, leur tiennent assez lieu d'institution. On peut voir ladite Ordonnance de 1735, art. 70 & 71.

L'article 51 de la même Ordonnance de 1735 ordonne au surplus que quelque modique que soit l'effet ou la somme pour lesquels ceux qui ont droit de légitime, auront été institués héritiers, le vice de la prétériton ne pourra pas néanmoins être opposé contre le testament; encore que le testateur eût disposé de ses biens en faveur d'un étranger: sur quoi voyez ce que j'ai dit ci-après sur le paragraphe 3 du Titre XVIII. de inofficioso testamento.

L'article 52 de la même Ordonnance veut que ceux à qui il aura été laissé moins que leur légitime à titre d'institution, puissent dans tous les lieux & dans tous les cas en demander le supplément. Vid. ibid.

Et l'article 53 décide deux questions qu'on avoit formées. La première, si la prétériton & l'oubli de quelqu'un des légitimaires, ou le défaut de l'instituer en ce qui lui étoit laissé, annulloit simplement le testament; quant à l'institution de l'héritier universel, en le laissant subsister pour le surplus, conformément à l'authentique ex causa, cod. de liberis præterit. ou si toutes les dispositions contenues au testament étoient annullées.

La seconde, si la clause codicillaire se trouvant apposée dans le testament, elle couvroit le vice de la prétériton ou du défaut d'institution du légitimataire.

On jugeoit au Parlement de Paris que la prétériton annulloit le testament en entier, malgré même la clause codicillaire: mais dans les Pays de Droit Ecrit on jugeoit conformément à la Nouvelle 115. cap. 3. in fine, & à l'authentique déjà citée, que la prétériton ou défaut d'institution n'annulloit le testament que quant à l'institution universelle, & laissoit subsister les legs, fidéicommiss, & autres dispositions du testateur; & même si le testament contenoit la clause codicillaire, comme l'effet de cette

Art. de 1735. en  
Présent l'usufruit  
dans l'ordonnance de  
l'ordonnance de 1735.  
dans les dispositions  
introduites par la  
Nouvelle 115. en art. 50  
de l'ordonnance de 1735.

clause est de changer le testament en codicile, & de faire que les successeurs légitimes soient censés priés de rendre l'hérédité à l'héritier institué en retenant la quarte, on faisoit subsister l'institution d'héritier en vertu de ladite clause.

On exceptoit seulement le cas où la préterition du légitimaire auroit été ignoramment faite, comme quand le pere n'avoit pas fait mention d'un fils qu'il croyoit mort, ou d'un enfant qui n'étoit pas encore né ou conçu; car alors le testament étoit déclaré nul pour toutes les dispositions qu'il renfermoit, nonobstant ladite clause codicillaire, & sans qu'en ce cas le testament pût même valoir comme codicile; on exigeoit encore pour sou tenir le testament par ladite clause codicillaire, lorsque la préterition avoit été faite sciamment, que des étrangers ou des collatéraux ne se trouvassent pas institués héritiers; & en un mot tout ceci se decidoit d'une maniere assez douteuse par des présomptions de la volonté du testateur: on peut voir là dessus *Ferrieres, in quest. 426. & ult. de Guyonap. Cambolas, liv. 3. chap. 31. La Roche, verb. testament, art. 3. Catellin & Vedel, liv. 2. chap. 6. Boutaric, Instit. liv. 4. pag. 260 & 261.*

Mais l'Ordonnance de 1735 a retranché avec beaucoup de fondement toutes ces ambiguïtés, & sans aucune distinction de la préterition, soit ignoramment soit sciamment faite, & malgré même la clause codicillaire, elle a voulu par ledit article 53 qu'en cas de préterition d'aucun de ceux qui ont droit de légitime, le testament fût déclaré nul, quant à l'institution d'héritier, sans qu'elle puisse même valoir comme fidéicommiss; & que si ladite institution a été chargée de substitution, ladite substitution demeure pareillement nulle & de nul effet; le tout, encore que le testament contînt la clause codicillaire, sans préjudice pourtant de l'exécution du testament, en ce qui concerne les legs & autres dispositions faites par le testateur.

L'article 54 de ladite Ordonnance a même ajouté, que tout ceci auroit lieu également dans les testamens faits entre enfans, ou en tems de peste; & on se contente de remarquer que ce qui est dit dans ces deux articles, de la nullité de la substitution dont l'institution auroit été chargée, doit s'entendre tant de la substitution fidéicommissaire que de la substitution vulgaire qui est une seconde institution, & de la pupillaire, laquelle ne sauroit valoir, étant le testament du fils, qu'autant que celui du pere

pere vaudroit, §. 5. *Instit. de pupill. substit.* ce qui corrige encore la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, où l'on jugeoit que la substitution pupillaire subsistoit malgré le vice de la préterition ou de l'exhérédation injuste, comme on le voit dans *Maynard, liv. 5. chap. 12.* Voyez aussi le Titre XVI. de *pupillari substitutione*, §. 5. ci-après.

*Adco quidem ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo haeres ex eo testamento existere possit.*

Par la préterition ou le défaut d'institution d'un fils né lors du testament, ledit testament est nul, comme nous l'avons dit, quant à l'institution d'héritier; & ce testament, suivant la plupart des Interprètes, ne reprend pas même la force, quoique cet enfant vienne à mourir avant le pere testateur: au lieu qu'il en est autrement d'un posthume né après le testament, qui s'y trouve préterit, & qui vient ensuite à mourir, *vivente patre*; car ils conviennent que par sa mort le testament revit, & est valable.

Cependant plusieurs tiennent que le testament doit également valoir & reprendre force dans le cas de la préterition d'un enfant déjà né lors du testament, lequel meurt ensuite avant le testateur; la glose est de cet avis sur la Loi *posthumus 12. ff. de in iusto rupto, &c.* & je suis persuadé, quoiqu'on en puisse dire que la chose se jugeroit ainsi; toutes les fois que le cas se présenteroit, contre la décision de ce paragraphe, sans faire différence d'un fils déjà né lors du testament, d'avec un posthume né après le testament; parce qu'en effet la raison de la Loi *posthumus*, qui dit qu'il y a trop de scrupule & de subtilité à vouloir que le testament ne revive pas par le prédécès de l'enfant, est la même dans l'un & dans l'autre cas, ce prédécès dans tous les deux cas rendant les choses égales.

§. 1. *Posthumus præterito valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi rumpitur, &c.*

Le testament deviendroit sans doute nul par la naissance d'un posthume qui se trouveroit préterit, ou qu'on auroit omis d'instituer héritier particulier en sa légitime; & pour prévenir dessus les difficultés, l'Ordonnance de 1735, art. 50, veut qu'en instituant ceux qui ont droit de légitime en ce qu'on leur laisse,

*Les docteurs sont d'avis que la loi de posthumi rumpitur ne s'applique qu'à la substitution vulgaire & non à la pupillaire. Ils tiennent que si l'enfant préterit meurt avant le pere, le testament ne revit pas. Mais si l'enfant meurt après le pere, le testament est valable. Cependant plusieurs tiennent que le testament doit également valoir & reprendre force dans le cas de la préterition d'un enfant déjà né lors du testament, lequel meurt ensuite avant le testateur; la glose est de cet avis sur la Loi posthumus 12. ff. de in iusto rupto, &c. & je suis persuadé, quoiqu'on en puisse dire que la chose se jugeroit ainsi; toutes les fois que le cas se présenteroit, contre la décision de ce paragraphe, sans faire différence d'un fils déjà né lors du testament, d'avec un posthume né après le testament; parce qu'en effet la raison de la Loi posthumus, qui dit qu'il y a trop de scrupule & de subtilité à vouloir que le testament ne revive pas par le prédécès de l'enfant, est la même dans l'un & dans l'autre cas, ce prédécès dans tous les deux cas rendant les choses égales.*

*Il est évident que la loi de posthumi rumpitur ne s'applique qu'à la substitution vulgaire & non à la pupillaire. Ils tiennent que si l'enfant préterit meurt avant le pere, le testament ne revit pas. Mais si l'enfant meurt après le pere, le testament est valable. Cependant plusieurs tiennent que le testament doit également valoir & reprendre force dans le cas de la préterition d'un enfant déjà né lors du testament, lequel meurt ensuite avant le testateur; la glose est de cet avis sur la Loi posthumus 12. ff. de in iusto rupto, &c. & je suis persuadé, quoiqu'on en puisse dire que la chose se jugeroit ainsi; toutes les fois que le cas se présenteroit, contre la décision de ce paragraphe, sans faire différence d'un fils déjà né lors du testament, d'avec un posthume né après le testament; parce qu'en effet la raison de la Loi posthumus, qui dit qu'il y a trop de scrupule & de subtilité à vouloir que le testament ne revive pas par le prédécès de l'enfant, est la même dans l'un & dans l'autre cas, ce prédécès dans tous les deux cas rendant les choses égales.*



LES INSTITUTIONS

même l'ouverture de la succession ab intestat, sans être obligés de se contenter de leurs legs, conformément au texte de la Nouvelle 115, cap. 3. in fine : il n'y a que le cas où le fils prétérit étant unique ne se plaindrait pas lui-même ; car alors les plus proches parens ne pourroient pas se servir de la prétérition de ce fils, ni demander la cassation du testament approuvé par l'enfant, pour exclure l'héritier institué. Vid. Ferrieres, in quest. 426 de Guypap. Catellan, liv. 2. chap. 6.

§. 2. Si filius vivo eo moriatur, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere.

Lorsque le testateur n'a que des petits-fils, la prétérition de quelqu'un d'eux rend aussi sans contredit son testament nul & invalable ; & si ayant institué son fils, ce fils vient à prédécéder, laissant des enfans qui se trouvent prétérits, il en doit être de même ; suivant ce texte, & Vinnius, ibid. quoique dans ce cas la question paroisse oiseuse, du moins lorsque le testateur n'avoit qu'un fils, puisque les petits-fils qui en sont descendus, succèdent alors seuls & par égales parts à leur ayeul.

Mais on a demandé, si quand l'enfant a été justement exhéredé, les petits-fils doivent être institués par leur ayeul, en sorte que leur prétérition rende le testament nul : Duperier, liv. 2. quest. 8. décide la question en faveur des petits-fils, sans faire distinction si le fils exhéredé est mort avant son pere, ou s'il lui a survécu ; mais les Arrêts & la plupart des Auteurs ont distingué, tout comme l'on distingue en matiere de succession : ils ont jugé que les petits-fils pouvoient se plaindre de leur prétérition, & faire annuler le testament, lorsque leur pere exhéredé étoit mort avant leur ayeul, mais non autrement. Vid. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 8. sect. 4. n. 961. Le Brun, des success. liv. 3. chap. 5. sect. 2. Maynard, liv. 8. chap. 73.

Les Arrêts ont jugé encore que si l'enfant avoit été exhéredé pour s'être marié avant l'âge permis sans le consentement de son pere, les petits-fils ne pouvoient pas se plaindre, ni faire annuler le testament, encore que leur pere fût mort avant leur ayeul ; & il est vrai que les Arrêts rapportés par Maynard, dic. loc. en faveur des petits-fils, sont dans cette espèce ; mais par les Ordonnances survenues depuis, & notamment celle de 1639, art. 2,

adjectif sur son le  
prétérition de son  
de son  
suivant ce texte, & Vinnius, ibid.  
paroisse oiseuse, du moins lorsque le testateur n'avoit qu'un fils,  
puisque les petits-fils qui en sont descendus, succèdent alors seuls  
& par égales parts à leur ayeul.  
Mais on a demandé, si quand l'enfant a été justement exhéredé,  
que leur prétérition rende le testament nul : Duperier, liv. 2.  
quest. 8. décide la question en faveur des petits-fils, sans faire  
distinction si le fils exhéredé est mort avant son pere, ou s'il lui  
a survécu ; mais les Arrêts & la plupart des Auteurs ont distingué,  
tout comme l'on distingue en matiere de succession : ils ont  
jugé que les petits-fils pouvoient se plaindre de leur prétérition,  
& faire annuler le testament, lorsque leur pere exhéredé étoit  
mort avant leur ayeul, mais non autrement. Vid. Ricard, tom. 1.  
part. 3. chap. 8. sect. 4. n. 961. Le Brun, des success. liv. 3. chap. 5.  
sect. 2. Maynard, liv. 8. chap. 73.

l'aj. q. au cod. de  
inoff. testam. &c.  
par lequel du testament  
militaire qu'importe être  
quelque-fois la voie de  
l'insuff. milit.

DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. XIII. 253  
& l'Edit du mois de Mars 1697, les enfans nés de ces sortes de mariages sont déclarés privés, indignes, & incapables de toutes successions directes ou collatérales, & de tous les effets civils. Ricard & Le Brun, dictis locis.

§. 6. Sed si in expeditione occupatus miles, &c.

Pour ce qui est des testamens militaires, concernant la prétérition ou le défaut d'institution de ceux qui ont droit de légitime, l'Ordonnance de 1735, art. 54, a déclaré qu'elle n'entendoit rien innover à ce qui est porté par les Loix Romaines à cet égard.

Or, suivant les Loix Romaines, celui qui teste par privilège militaire, n'est pas tenu d'instituer héritiers ses enfans, ou en leur défaut ses ascendans, & il peut impunément les passer sous silence, pourvu toutefois qu'il le fasse sciemment, comme il est dit dans ce texte, dans les Loix 9 & 10, cod. de testam. milit. & dans la Loi 24. cod. de inoff. testam. car si la prétérition a été faite ignoramment par l'homme de guerre, qui croyoit, par exemple, que son fils étoit mort, le testament est nul tant pour l'institution que pour les legs, suivant les mêmes textes.

Il est vrai que lorsque le testament militaire vaut, nonobstant la prétérition sciamment faite, on détraît pourtant la légitime, telle que de droit, en faveur de l'enfant ou de l'ascendant prétérit, en faisant subsister le testament pour le surplus.

§. 7. Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos heredes instituere, aut exheredare.

Ce texte n'est point observé, & le silence de la mere ou des autres ascendans maternels ne vaut plus exhéredation ; de sorte que, suivant la Nouvelle 115, cap. 3 ; la mere & l'ayeul ou ayeule maternels sont tenus d'instituer leurs enfans, ainsi que nous l'avons déjà dit, de même que le pere y est obligé.

non d'observé  
de mere et ayeul  
maternels.



hæredis institui et Directa hæreditatis Datis

TITRE XIV.

De Hæredibus instituendis.

en pays de droit écrit l'institution d'héritier est essentielle... en pays de droit écrit l'institution d'héritier est essentielle... en pays de droit écrit l'institution d'héritier est essentielle...

L'INSTITUTION d'héritier dans les testaments est requise en Pays de Droit Ecrit pour leur validité, en sorte que les testaments y prennent leur force de l'institution héréditaire qui est regardée *inquam caput & fundamentum* & *titus testamenti*, §. 34. *infra*, de *legatis*, & qu'un testament y devient inutile & de nul effet, *in quo nemo hæres instituitur*, §. 2. *infra*, de *filicomm. hæredit.* tout au plus pourroit-on regarder un tel acte comme un codicile *ab intestat*; en vertu de la clause codicillaire.

Dans les Pays Coutumiers, au contraire, l'institution d'héritier n'a point lieu, suivant l'article 299 de la Coutume de Paris, & est inutile pour la validité du testament, jusques-là qu'elle n'empêche pas même que les plus proches successeurs légitimes ne soient d'abord saisis des biens, en vertu de la règle, *le mort saisit le vif*, & que l'héritier qui auroit été institué, ne fût regardé simplement comme un légataire universel des biens dont la Coutume permet de disposer, & tenu de demander aux successeurs légitimes la délivrance de son legs. *Ricard*, tom. 1. part. 1. chap. 5. *sect. 5. n. 1482.*

Il arrive quelquefois qu'une personne domiciliée en Pays de Droit Ecrit fait son testament en Pays Coutumier avec nomination d'un légataire universel, & qu'au contraire une personne domiciliée en Pays Coutumier teste dans un Pays de Droit Ecrit avec institution d'héritier, ou même que ces personnes ont partie de leurs biens situés dans les Pays de Coutume, & l'autre partie en Pays de Droit Ecrit: sur quoi, & pour sçavoir comment ces testaments doivent être exécutés, tant pour les immeubles que pour les meubles, droits ou actions appartenans au testateur, il faut lire les articles 68, 69, 70, 71, 72 & 73 de l'Ordonnance du mois d'Août 1735, lesquels il seroit superflu de rapporter ici.

Au surplus, il n'est parlé dans le titre que nous expliquons que des institutions d'héritier testamentaire, parce que le Droit Romain en la Loi *hæreditas*, *cod. de pactis convent.* ne permet de disposer que de la part qui n'est pas soumise à la réserve, & que les lois ont entendu non être que de la part qui n'est pas soumise à la réserve, & que les lois ont entendu non être que de la part qui n'est pas soumise à la réserve...

toit pas de disposer d'une hérédité par contrat ou par des conventions; mais au contraire dans tout ce Royaume il est d'usage & de Jurisprudence qu'on peut instituer un héritier non seulement par testament, mais encore dans les contrats de mariage, où il est libre aussi de donner tous les biens présents & à venir, comme le permet l'article 17 de l'Ordonnance des Donations du mois de Février 1731.

en fait de droit écrit l'institution d'héritier est essentielle... en fait de droit écrit l'institution d'héritier est essentielle... en fait de droit écrit l'institution d'héritier est essentielle...

J'ai dit dans les contrats de mariage; car quant aux institutions qui seroient faites par autre contrat qu'un contrat de mariage, ce seroit plutôt des donations qui ne pourroient même être faites que pour les biens présents, & qui seroient nulles, si elles renfermoient les biens à venir, comme il résulte de l'article 15 de ladite Ordonnance de 1731: les institutions contractuelles ne valent que quand elles sont faites en faveur & dans le contrat de mariage; car hors le contrat & la faveur du mariage les pactes de succéder ne valent point comme induisant *voluntaria captanda mortis*. *Maynard*, liv. 5. chap. 90. *Le Brun*, des *success.* liv. 3. chap. 2.

On peut non seulement instituer un héritier dans un contrat de mariage, mais on peut se contenter aussi de promettre d'instituer celui qui se marie, ou les enfans à naître du mariage; & cette institution contractuelle ou cette promesse d'instituer sont irrévocables, & valent comme des donations entre-vifs. *Maynard & Le Brun*, *ibid.* *Doivre*, liv. 3. chap. 30.

On distingue pourtant les institutions ou promesses d'instituer contractuelles, des donations entre-vifs expresses, en ce que l'institution ou promesse d'instituer deviennent caduques par le prédécès de l'institué sans enfans; *Fernand. de filiis natis ex matrimonio*, part. 7. n. 9. & *Catellan*, liv. 4. chap. 12. & on les distingue encore en ce qu'on permet à celui qui a fait une telle institution, ou qui a promis d'instituer, de contracter de bonne foi, de faire des libéralités modérées à ses autres enfans, pourvu qu'il n'exécute guère leur légitime, d'exercer quelques petites libéralités durant sa vie, ou de faire quelques petits legs, sans qu'il puisse pourtant ni instituer un autre héritier, ni absorber ou aliéner les biens, ou les hypothéquer en fraude de sa promesse. *Le Brun*, *diff. loc.* *Fernand. ibid.* n. 6. *Duperier*, liv. 2. quest. 15.

Mais j'ai fait juger par un Arrêt rendu unà voce en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse le 11 Mai 1737, que le défendeur ne peut instituer qu'un seul héritier à la mort. Dans le cas où l'héritier pourroit être réduit à la quotité, & que le défendeur en veut qu'il n'absorbe point l'institution à la mort, que l'instaurateur se libère de l'héritier un autre héritier.

titre 14.

De l'adoption et de l'adoption.

L'adoption d'un enfant dans les pays de droit écrit est requise en pays de droit écrit pour être valide.

L'adoption faite par un domus en pays de droit écrit est valide comme celle pour les biens si l'enfant de droit écrit est par lui-même ou par son père, et comme les autres droits de succession qui suivent la parenté, et comme les autres particuliers de la même nature en pays coutumier, ou comme les autres particuliers de la même nature en pays de droit écrit.

par le droit romain l'adoption d'un enfant ne peut être faite que par un père ou par un tuteur, et elle n'est valable que dans les pays de droit écrit. Elle n'est valable que dans les pays de droit écrit. Elle n'est valable que dans les pays de droit écrit.

on peut aussi dans un contrat de mariage promettre d'adopter un enfant qui n'est pas encore né, et cette promesse d'adoption est valable et exécutoire. C'est un droit de droit écrit.

L'adoption ou promesse d'adoption contractée de vive voix par le père ou par le tuteur de l'enfant de droit écrit est valable. C'est un droit de droit écrit.

quelques-uns des auteurs ont dit que l'adoption contractée de vive voix par le père ou par le tuteur de l'enfant de droit écrit est valable. C'est un droit de droit écrit.

on dit que si l'adoption n'est faite que par le père ou par le tuteur de l'enfant de droit écrit, elle est valable. C'est un droit de droit écrit.

l'adoption n'est valable que si elle est faite par le père ou par le tuteur de l'enfant de droit écrit. C'est un droit de droit écrit.

l'adoption n'est valable que si elle est faite par le père ou par le tuteur de l'enfant de droit écrit. C'est un droit de droit écrit.





celteregle souffre quequel exception eton vintement ce partius  
changer enulle ley. 19. et 23. ff. de verborum significationibus  
dicitur deo leas ailekataban inlttunt auctel de untes pouds  
hicles quiterat de pouds egulement de vide ley. et vide  
quasi non cadatordo inuillond, et de suudant per egal part  
de. cum quidam cod. de verb. sign. de lora locobris. catella  
li. 2. cap. 14.

Deo leas duas substitutione facte h abba vna nulemude  
quidit quia n' pouds de pouds ou ouculari testament ubi  
partitule ont seunge en et. et leonimide vrede  
ou conditioe ancludatitititit. h. g. generaliter 6. de condi  
- tione. et substitutio. cod. ab h' g. de testa. l. 1. c. 1.  
- cap. 7. test. 4. n. 112. de lora et catella dicit lousi. sans de  
- lousi. et substitutio. ut de iudic. dicit lousi. sans de  
pouds et de ex dicit quia lousi. sans de.

*L'institution contractuelle doit être regardée comme une donation entre-vifs faite au mariage. De droit, quand un père l'a faite à son enfant, il est regardé de celle d'entre-vifs. alors.*

256

### LES INSTITUTIONS

pere qui en mariant son fils avoit promis de l'instituer son héritier en tous & chacun ses biens, distraction faite d'une telle somme pour une fille qui lui restoit à établir & à doter, s'étoit lié les mains par cette réserve d'une somme fixe & certaine, & sibi legem dixerat, de façon à ne pouvoir disposer de rien au delà, & que le mariage ayant été contracté sur la foi de cette réservation, il n'avoit pas pu par un testament postérieur charger encore son fils de quelques pensions viageres au profit de ses filles; ce qui est assez conforme à la remarque de Brodeau sur Louet, lettre S. chap. 9. n. 5.

Pendant si l'institution ou promesse d'instituer étoient faites simplement aux biens que l'instituant auroit lors de sa mort, les aliénations, les libéralités & les hypothèques par lui contractées sans abus & sans fraude seroient valables; parce que cette institution bornée aux biens que l'instituant aura lors de son décès, lui laisse une entiere liberté de disposer de ses biens pendant sa vie, sans abus toutefois, & témoigne assez que l'intention des Parties n'a été que d'ôter à l'instituant la liberté de se choisir un autre héritier. *Vid. Duprier, liv. 2. quest. 16. Boniface, tom. 4. liv. 5. titr. 1. chap. 10.*

De plus, la réservation expressément faite par celui qui en contrat de mariage institue ou promet d'instituer, de pouvoir faire des légats, change en quelque sorte la nature de l'institution contractuelle: comme, par exemple, quand un pere en mariant son fils l'institue ou promet de l'instituer son héritier, à la charge de payer ses légats, ou les legs qu'il fera par son testament; car alors, à l'exemple des institutions testamentaires, l'instituant peut consumer ou absorber en légats jusqu'aux trois quarts de son hérité; & il suffit que la quarte reste à l'héritier institué: ce que l'instituant ne pourroit pas faire pourtant par des donations entre-vifs, parce que les réservations de cette espèce sont de droit étroit. *Vid. Catellan & Vedel, liv. 2. ch. 44.*

Du reste, la promesse d'instituer faite par un pere en mariant sa fille, ne suffit pas elle seule pour rendre la succession du pere dotale, à l'effet de jouir du privilège de la Loi *affiduis*, ni pour le capital, ni pour les intérêts. *Vid. Catellan, liv. 4. ch. 22.*

Les donations ou les institutions contractuelles faites en faveur du mariage sont au surplus si fort irrevocables, qu'il n'y peut être dérogé par aucune convention postérieure des Parties, non

*La ratification de ces institutions doit être faite au chapitre 12. ou par le père de celle qui est*

### DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. XIV. 257

non plus qu'à aucun article des conventions matrimoniales concernant l'avantage des mariés ou de leurs enfans: ces changemens ou ces dérogations sont appellées des contre-lettres, parce qu'elles se font contre la lettre du contrat de mariage, & on les casse sur ce fondement que tout ce qui est porté par les contrats de mariage, est immuable, suivant la Coutume générale de ce Royaume. *Vid. Maynard, liv. 3. ch. 9. Louet & Brodeau, lettre C. ch. 28. la Coutume de Paris, art. 258. & les Commentateurs, ibid. & l'Ordonnance des Substitutions du mois d'Août 1747, titr. 1. art. 12.*

Non seulement les pactes de succéder, mais même de ne pas succéder *in futurum*, ou les renonciations qui y sont faites par les filles, soit majeures, ou mineures, dans leur contrat de mariage, moyennant la dot compétente que le pere ou la mere qui acceptent ladite renonciation à la succession future, leur constituent, sont valables en France contre la disposition du Droit Romain en la Loi *pactum*, *cod. de collationib.* & conformément au Droit canonique dans le chapitre *quarvis de pactis*, in 6°. ce qui n'empêche pas que la fille qui a ainsi renoncé lors de son mariage, ne succède aux pere ou mere, s'ils n'ont pas laissé d'autres enfans; ou même si y ayant lors dudit mariage des mâles, au profit desquels le pere est censé avoir stipulé ladite renonciation, ils ne sont plus en vie, lorsque le pere vient à décéder. *Vid. Ferrieres, in quest. 192. de Guypap. Graverol sur males testamentum La Roche, liv. 6. titr. 41. art. 21.*

Cela n'empêche pas non plus que la fille qui a renoncé, ne puisse demander un supplement de légitime, si elle ne l'a pas eue en entier, suivant le même *Ferrieres, in quest. 226. de Guypap. Catellan, liv. 2. chap. 20.* ni qu'elle ne puisse être rappelée à ladite succession, & déchargée de sa renonciation par le parent qui l'a stipulée. *Ferrieres, in dict. quest. 192. de Guypap.*

*Heredes instituere permissum est, tam liberos homines, quam servos.*

Ce qui est dit ici de l'institution des esclaves, est sans doute inutile en France, & ne sçauroit tout au plus s'appliquer qu'aux esclaves que nous avons dans les Colonies Françaises; lesquels, ainsi que chez les Romains, acquièrent à leur maître tout ce qui leur advient, ou par leur industrie, ou par les libéralités d'autrui, comme nous l'avons remarqué ailleurs.

K k



160 LES INSTITUTIONS  
à ce sujet Ricard, *diff. loc. la Déclaration du mois de Décembre 1666*, & l'Edit du mois d'Août 1749, que nous venons de citer; art. 1. & suiv. qui a défendu même pour l'avenir tous nouveaux établissemens de Corps, Communautés, Congrégations, & autres de cette espèce, ou aucune nouvelle érection de Chapelles, ou autres titres de Bénéfices, sans une permission expresse préalablement obtenue du Roi.

*la loi claudius se lève à ce  
résolu dans un esprit on un homme  
ne peut pas être avec qu'  
il n'est pas possible de l'être et l'un  
de l'autre de l'autre de l'autre de  
de l'institution de l'autre.*

*In servum adulterio maculatum, à dominà, collata heredis institutio nullius momenti habetur.*

Il semble que cette constitution de l'Empereur Antonin dont il est ici parlé, par laquelle la maîtresse d'un esclave qui étoit son adultère, n'avoit pas la liberté de l'instituer son héritier; ait pu donner lieu à cet article 182 de l'Ordonnance de Blois, qui punit les veuves, lorsqu'ayant des enfans d'un premier lit elles se remarient foiblement à des personnes indignes de leur qualité, & quelquefois à leurs valets ou domestiques, en leur ôtant la liberté de faire à ces nouveaux maris aucun don ni avantage, directement, ni indirectement, même de vendre ou aliéner leurs biens par aucuns contrats, au moyen desquels elles pourroient leur en faire passer le prix.

*l'usage de l'un de l'autre  
qui n'est pas possible de l'être et l'un  
de l'autre de l'autre de l'autre de  
de l'institution de l'autre.*

Mais, quoiqu'il en soit, il nous suffit de remarquer que ce qui est dit ici de l'institution des esclaves accusés d'adultère, s'étend à toutes les institutions, donatons, légats; ou autres libéralités faites au profit de ceux ou de celles avec qui le testateur ou la testatrice auroient entretenu un commerce adultérin, de quelque état que ces personnes puissent être, suivant la Loi Claudius Senecus; ff. de qua ut indignis, &c. & la Coutume générale de ce Royaume réproûve même & défend également les institutions ou autres libéralités au profit des concubines, ce qui s'entend de toutes sortes de femmes avec lesquelles on a eu un mauvais commerce; parce que nous ne faisons en ce point aucune différence du concubinage avec l'adultère, au lieu que le concubinage étoit toléré chez les Romains; & que toutes sortes de libéralités envers les concubines y étoient permises; Dig. 5. & 3 r. ff. de donationibus. Ainsi en France l'adultère & le concubinage suffisent l'un ou l'autre pour rendre indigne ou incapable des institutions, ou autres libéralités de cette espèce; & au lieu que

*la loi claudius se lève à ce  
résolu dans un esprit on un homme  
ne peut pas être avec qu'  
il n'est pas possible de l'être et l'un  
de l'autre de l'autre de l'autre de  
de l'institution de l'autre.*

DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. XIV. 261  
le Droit Romain, dans le cas des institutions faites en faveur des adulteres, dérogeroit la succession au Fisc, plutôt par l'indignité que par l'incapacité de la personne instituée: parmi nous au contraire l'indignité est confondue avec l'incapacité; & la succession est adjudgée, à l'exclusion du Fisc, aux successeurs légitimes & plus proches-parens du testateur ou donateur, qui sont toujours reçus à prouver par témoins la malversation & mauvais commerce, soit adultère ou concubinage de celui ou celle qui a disposé avec la personne gratifiée; on admet même la preuve de l'adultère du testateur ou de la testatrice dans le cas où la personne envers laquelle la libéralité se trouveroit exercée, seroit actuellement mariée; & que cela iroit à troubler la paix de son mariage; & la preuve rapportée étant concluante, on casse ces dispositions. *Vid. Louet & Brodeau, lettre D. chap. 43. Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 3. sect. 8. n. 395. jusqu'à 417. le Journal du Palais, tom. 1. pag. 457. La Roche & Graverol, liv. 1. tit. 37. art. 4. Catellan, liv. 2. chap. 83. & Vedel, ibid.*

*la loi claudius se lève à ce  
résolu dans un esprit on un homme  
ne peut pas être avec qu'  
il n'est pas possible de l'être et l'un  
de l'autre de l'autre de l'autre de  
de l'institution de l'autre.*

Il y a plusieurs autres personnes à l'égard desquelles les institutions d'héritier & autres libéralités, soit entre-vifs, ou par testament, sont aussi prohibées; & entr'autres toutes les dispositions faites par les pupilles devenus adultes ou même majeurs, en faveur de leurs tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs, pendant que l'administration dure, soit directement, ou indirectement, par personnes interposées, comme seroit la femme ou les enfans dedit tuteurs ou administrateurs, sont déclarées nulles par les Ordonnances, & l'administration est censée durer, quoique la tutelle ou curatelle soit finie, jusqu'à ce que le compte ait été rendu & clôturé, & le reliqua payé, s'il en est du. Voyez l'Ordonnance de 1539, art. 131. la Déclaration d'Henri I. de l'an 1549; Maynard, liv. 2. ch. 95. & suiv. Dolive, liv. 5. ch. 20. Catellan, liv. 2. ch. 77. & Vedel, ibid.

*la loi claudius se lève à ce  
résolu dans un esprit on un homme  
ne peut pas être avec qu'  
il n'est pas possible de l'être et l'un  
de l'autre de l'autre de l'autre de  
de l'institution de l'autre.*

On excepte seulement les dispositions faites au profit du tuteur, ou curateur, qui se trouveroit un ascendant ou le plus proche parent de l'adultère, cette parenté excluant la présomption de captation.

Les Religieux ou Religieuses dans le Noviciat n'ont jamais pu non plus faire des dispositions au profit des Monasteres où ils étoient prêts de faire leur Profession Religieuse, ou d'un autre Monastere du même Ordre, de sorte qu'en les cassant on a tou-

*la loi claudius se lève à ce  
résolu dans un esprit on un homme  
ne peut pas être avec qu'  
il n'est pas possible de l'être et l'un  
de l'autre de l'autre de l'autre de  
de l'institution de l'autre.*

*la loi claudius se lève à ce  
résolu dans un esprit on un homme  
ne peut pas être avec qu'  
il n'est pas possible de l'être et l'un  
de l'autre de l'autre de l'autre de  
de l'institution de l'autre.*

262 LES INSTITUTIONS  
jours réduit la chose à la simple dot de la Religieuse ; & ces personnes pourroient encore moins le faire aujourd'hui, depuis l'Edit du mois d'Août 1749. Voyez l'article 28 de l'Ordonnance de Blois ; Ricard, tom. 1. part. 1. chap. 3. sect. 9. n. 486. & suiv.

§. 2. *Hereditas non adita vicem personae sustinet, non haeredit, sed defuncti.*

Cette maxime est d'usage en France dans les instances de saisie générale des biens d'un débiteur décédé, dans lesquelles l'hérédité vacante représente le défunt ; on nomme à cette hérédité un curateur, qui est toujours un Procureur postulant du Siège où l'instance de saisie est pendante, auquel on se contente de faire prêter le serment en Audience de bien défendre l'hérédité jacente : ce curateur défend aux demandes des créanciers ou autres prétendants droit sur les biens, & forme toutes les demandes que le défunt ou discuté auroit pu former ; & comme ce curateur n'agit que par la nécessité de la charge, il n'est condamné aux dépens qu'en qualité de curateur, & non en son propre, de façon que les dépens retombent sur l'hérédité qui représente le débiteur.

§. 5. *Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias quae assis appellatione continentur, habent autem & haec partes propria nomina.*

L'usage a presque entièrement aboli cette partition ou division de l'hérédité en douze onces, d'autant mieux qu'il est dit dans ce même paragraphe que le testateur peut faire autant de portions de son hérédité qu'il le trouve à propos ; nous n'avons pas même en France des termes propres & particuliers pour exprimer ce que Justinien appelle ici *sextans, quadrans, &c.* nous nous servons simplement du nom de portions, deux, par exemple, ou trois portions de l'hérédité, les douze faisant le tout, ou tout autre nombre auquel on veut les fixer.

*Noque idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles.*

Cette règle qui est reçue dans les Pays de Droit Ecrit, qu'on

*l'usage de la loi de Justinien a été aboli par la coutume de Paris, qui a été suivie par toutes les autres coutumes de France, & par la Loi de l'Assemblée Nationale, qui a aboli toutes les coutumes de France. Elle est donc abolie par la Loi de l'Assemblée Nationale, qui a aboli toutes les coutumes de France.*

*l'usage de la loi de Justinien a été aboli par la coutume de Paris, qui a été suivie par toutes les autres coutumes de France, & par la Loi de l'Assemblée Nationale, qui a aboli toutes les coutumes de France.*

DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. XIV. 263

ne peut décéder partie avec un testament valable & partie ab intestat, produit cet effet, comme il est dit dans ce paragraphe, que si dans le testament il n'y avoit qu'un seul héritier institué pour une partie de l'hérédité, les autres portions de l'héritage lui accroîtroient & lui appartiendroient à l'exclusion des successeurs ab intestat ; & c'est à ce propos que Vinnius en cet endroit traite la question de savoir si le testateur pourroit défendre à cet héritier ce droit d'accroissement, c'est-à-dire, lui défendre de profiter des autres portions de son hérédité : sur quoi il résout, que malgré cette défense l'héritier n'en deviendroit pas moins héritier universel, mais qu'il seroit seulement censé grevé de rendre ces portions par manière de fidéicommiss aux successeurs légitimes.

C'est encore sur la même règle qu'est fondé le droit d'accroissement, qui a toujours lieu entre plusieurs héritiers de quelque façon qu'ils aient été institués, soit conjointement ou séparément, que leurs portions soient marquées, ou non, & qu'ils ne soient même conjoints *nec re nec verbis*, lorsqu'il y a quelque portion vacante de l'hérédité, ou par le prédécès d'un d'eux avant le testateur, ou par sa répudiation ; tout comme nous avons dit de l'héritier particulier *in re certa*, qu'il devient héritier universel, s'il n'y a pas d'autres cohéritiers, ou s'ils sont morts, ou s'ils repudient, ou s'ils se trouvent incapables. Vid. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 4. sect. 5. n. 484. Maynard, liv. 5. chap. 10. Catellan, liv. 2. chap. 35.

§. 9. *Haeres purè & sub conditione institui potest, ex certo tempore vel ad certum tempus non potest.*

La condition apposée à l'institution ne choque pas cette règle du Droit Romain, qui veut que personne ne puisse décéder *partim testatus & partim intestatus* ; parce qu'on donne toujours à l'événement de la condition un effet rétroactif au jour du décès du testateur, soit qu'il s'agisse d'une condition qui par son événement doit priver l'héritier de l'hérédité, auquel cas l'héritier est même obligé de rendre les fruits qu'il peut avoir perçu depuis la mort du testateur, soit qu'il s'agisse d'une condition qui suspende l'institution, auquel cas la condition sous laquelle on a été institué venant à arriver, les fruits doivent pareillement appartenir à

*l'usage de la loi de Justinien a été aboli par la coutume de Paris, qui a été suivie par toutes les autres coutumes de France, & par la Loi de l'Assemblée Nationale, qui a aboli toutes les coutumes de France.*

Il y a des conditions positives 264  
et des conditions négatives  
Les conditions positives sont  
celles qui peuvent arriver et institutio

LES INSTITUTIONS

L'héritier du jour du décès du testateur, *conditionis eventus retro-*  
*trahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac si pure facta esset*  
*institutio*, dit *Vinnius* sur ce texte.

que l'on distingue par  
eventuelle ou dépendante  
D'un événement, positif  
ou dépendante de ceux  
à qui elles sont imposées  
éventuelle ou dépendante  
de deux personnes.  
Les conditions positives  
sont celles qui ne peuvent  
avoir lieu ou qui sont  
contraires aux biens  
mœurs.  
Les conditions négatives  
sont regardées comme non  
imposées.

Il semble même que, suivant nos usages, on ne s'en tiendrait pas à ce qui est encore décidé dans ce paragraphe, sçavoir, que les institutions d'héritier ne peuvent pas être faites pour commencer à un certain tems, ou pour finir après un certain tems, mais que dans ces deux cas l'héritier doit être réputé héritier pur & simple : il y a des Auteurs qui croient que ce n'est là qu'une subtilité qui devrait céder à la volonté du testateur, du moins est-il certain qu'en attendant que l'héritier pût prendre l'hérédité, on pourroit nommer un curateur aux biens de la succession.

§. 2. Si plures conditiones adscriptae sint, siquidem conjunctim, ut puta, si illud & illud factum fuerit, omnibus parendum est; si separatim, veluti si illud aut illud factum erit, cuilibet obtemperare satis est.

Il est ici parlé de l'oraison ou de la particule conjonctive, de même que de la particule disjonctive ou alternative, & de leurs effets; la conjonctive se rencontre, quand les conditions sont jointes & liées par la particule copulative, &

en matière testamentaire  
ou contractuelle l'oppor-  
tation de la particule con-  
junctive R. a. n. n. n.  
qu'elle est liée avec elle  
qu'elle est liée avec elle  
qu'elle est liée avec elle  
qu'elle est liée avec elle  
qu'elle est liée avec elle  
qu'elle est liée avec elle  
qu'elle est liée avec elle  
qu'elle est liée avec elle

Au contraire, la disjonctive consiste en ce que les conditions sont séparées & disjointes par la particule, *ou*, qu'on appelle aussi alternative; de sorte que la force de la particule conjonctive, &, se réduit à faire regarder plusieurs conditions comme une seule par la liaison qu'elle en forme, laquelle peut faire voir que le testateur a voulu que toutes fussent accomplies: au lieu que la particule disjonctive, *ou*, peut servir à montrer que le testateur a entendu séparer les conditions dont il a parlé, & se contenter de l'accomplissement d'une seule.

De-là vient que régulièrement la particule disjonctive, *ou*, se trouvant apposée, il suffit que l'une des conditions de l'alternative arrive, & que dans le cas de l'apposition de la particule copulative, &, il faut régulièrement que toutes les conditions arrivent ou soient remplies; ce qui s'observe, tant en fait de testamens, institutions, legs, ou fidéicommiss, qu'en matière de contrats & de stipulations. *Dolive*, liv. 5. chap. 37. *Catellan*, liv. 2. chap. 19.

Cette

DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. XIV. 265

Cette règle souffre néanmoins quelques exceptions qui dépendent des circonstances & des conjectures de la volonté de celui qui dispose. *Leg. 29. & Leg. 53 ff. de verb. signif.*

Ainsi quand un testateur fait un tel ou un tel ses héritiers, lègue à un tel ou à un tel, si ce sont des personnes également connues & chéries du testateur, & *inter quas non cadat ordo caritatis & successionis*, la particule disjonctive, *ou*, se change en la copulative, &; de sorte que les deux personnes sont admises conjointement & par égales parts, suivant la Loi *cum quidam*, *cod. de verbor. signif.* sur quoi on peut voir *Dolive*, liv. 5. chap. 37. *in fine. Catellan*, liv. 2. ch. 14. & *Vedel*, *ibid. Ferrieres*, *in quest. 230. de Guypap.*

entre d'un héritier & d'un autre  
entre d'un héritier & d'un autre  
entre d'un héritier & d'un autre  
entre d'un héritier & d'un autre  
entre d'un héritier & d'un autre  
entre d'un héritier & d'un autre  
entre d'un héritier & d'un autre  
entre d'un héritier & d'un autre  
entre d'un héritier & d'un autre  
entre d'un héritier & d'un autre

La disjonctive est pourtant considérée diversement, quand elle est mise non entre différentes personnes, mais entre différentes choses; car alors il ne se fait point de conversion, & elle demeure toujours disjonctive: en sorte, par exemple, que plusieurs choses étant léguées, ou promises par contrat, sous la particule disjonctive, *ou*, l'héritier, ou le contractant en est quitte en baillant l'une des deux, suivant la même Loi *cum quidam. Dolive & Vedel, dictis locis.*

joint de conversion quand  
joint de conversion quand  
joint de conversion quand  
joint de conversion quand  
joint de conversion quand  
joint de conversion quand  
joint de conversion quand  
joint de conversion quand  
joint de conversion quand  
joint de conversion quand

La Loi *generaliter*, *cod. de instit. & substit.* fournit encore un exemple remarquable au sujet de la particule disjonctive; il y est dit, que lorsqu'un enfant du testateur; ou autre, est chargé de substitution envers quelqu'un, au cas qu'il vienne à mourir sans enfans, ou sans faire testament, ou sans se marier, cette particule disjonctive produit cet effet, qu'il suffit que l'un des cas ait manqué, ou, pour mieux dire, que l'une desdites conditions ait été remplie pour exclure le substitué: cependant les Arrêts rapportés par *Maynard*, liv. 5. chap. 38. par *Dolive*, liv. 5. chap. 37. & par *Catellan*, liv. 2. chap. 19. avoient jugé que lorsque le substitué étoit un descendant du testateur, il ne pouvoit être exclus que par l'existence des enfans de l'héritier grévé aussi descendant du testateur, quoique du reste cet héritier fût mort étant marié, ou qu'il eût fait un testament; mais *Furgols*, *traité des testamens*, tom. 2. ch. 7. sect. 5. n. 113. & *suv.* a remarqué que les Interprètes, dont les Arrêts avoient suivi la décision, n'ont point entendu le véritable sens de cette Loi; qu'il n'y a aucune distinction à faire des héritiers ou substitués, descendants ou étrangers, parce que ladite Loi est générale, & n'a point

L I

pour motif la faveur des enfans, & qu'au contraire il suffit que les conditions disjonctives soient mises & apposées par forme de négative, pour que l'événement d'une seule doive faire exclure le substitué dans toute sorte de cas.

Il y a un Arrêt du 6 Septembre 1731 rendu en la seconde Chambre des Enquêtes du Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Resseguier, qui a jugé entre un héritier & un substitué non descendans du testateur, qu'il falloit distinguer à effet les conditions positives d'avec les conditions négatives, qui sont censées s'adresser à l'héritier tant les unes que les autres, qu'ainsi étant dit, si mon héritier meurt avant vingt-cinq ans, ou sans faire testament, je substitue, &c. c'est comme si l'on avoit dit à l'héritier, si vous ne parvenez pas à vingt-cinq ans, ou si vous ne faites testament, je substitue, &c. & qu'il suffit alors que l'héritier soit parvenu aux vingt-cinq ans, ou bien qu'il ait fait testament, pour exclure le substitué; que si au contraire les conditions sont positives, comme, par exemple, s'il est dit, au cas que mon héritier épouse Jeanne ou Marie, je substitue, &c. l'héritier doit s'abstenir d'épouser aussi bien l'une que l'autre, autrement la substitution auroit lieu. Tout consiste donc, suivant cet Arrêt, ainsi que je l'ai appris de MM. les Juges, à considérer si les conditions imposées à l'héritier sont négatives ou positives, injonctives ou prohibitives; & ce que je viens de dire des conditions potestatives, c'est-à-dire, de celles qu'il est au pouvoir de l'héritier d'accomplir, ou non, a lieu également pour les conditions casuelles ou mixtes, n'y ayant point de différence à faire des unes avec les autres, ainsi que l'a remarqué Finius sur le paragraphe que nous expliquons.

La substitution est une institution d'héritier faite par le testateur ou par un autre que lui, qui est obligé de transmettre ses biens à un autre que lui-même.

TITRE XV.

De vulgari substitutione.

Il n'y a proprement que deux espèces de substitutions, savoir, la substitution directe, & la substitution oblique ou fidéicommissaire; car la substitution vulgaire ou ordinaire, comme aussi la pupillaire, à l'exemple de laquelle la substitution exemplaire a été aussi introduite; ainsi que son nom le témoigne, sont des substitutions directes; & pour ce qui est des substitutions qu'on appelle vulgaires, c'est-à-dire, de celles qui sont faites par le testateur à un autre que lui-même, & qui sont destinées à lui succéder, ce sont des substitutions obliques.

Substitutio vulgariter non dicitur nisi in casibus in quibus testator non potest legare nisi sibi. La substitution vulgaire n'est que dans les cas où le testateur ne peut léguer que à lui-même.

appelle compendieuse, sommaire, ou réciproque, ce ne sont point d'espèces de substitutions différentes des premières, puisqu'elles se résolvent par l'événement en vulgaire, pupillaire, exemplaire, ou fidéicommissaire, ainsi que l'observe Ricard, tom. 2. des substit. chap. 5. n. 187.

La substitution vulgaire est celle qui est faite à un héritier institué, au cas qu'il ne soit pas héritier, & à son défaut, comme s'il est dit, j'institue Pierre pour mon héritier, & au cas qu'il ne soit pas mon héritier, ou à son défaut, je substitue Jean; de sorte que dans cette substitution le substitué reçoit & prend directement les biens de la main du testateur, comme se trouvant subrogé à un premier héritier qui n'a pu ou qui n'a pas voulu l'être, & que cette substitution s'évanouit & devient de nul effet dès que le premier héritier a recueilli l'hérédité.

La substitution fidéicommissaire ou indirecte, dont nous parlerons dans le Titre XXIII. de ce Livre, infra, de fideicommissaria substitutione, est au contraire une substitution dans laquelle le substitué ne prend pas directement les biens de la main du testateur, mais d'un précédent héritier, ou autre nommé ou appelé avant lui, comme quand il est dit, j'institue Pierre, & le charge de rendre à Jean, &c. de façon qu'il faut régulièrement que celui-ci ait acquis ou recueilli les biens, pour pouvoir les rendre au substitué; en un mot, c'est une substitution dans laquelle le testateur ne cherche pas simplement à se donner un héritier en défaut du premier, mais à conserver ses biens, & à les faire passer successivement sur la tête de plusieurs personnes appelées les unes après les autres.

La substitution vulgaire est celle qui est faite à un héritier institué, au cas qu'il ne soit pas héritier, & à son défaut, comme s'il est dit, j'institue Pierre pour mon héritier, & au cas qu'il ne soit pas mon héritier, ou à son défaut, je substitue Jean; de sorte que dans cette substitution le substitué reçoit & prend directement les biens de la main du testateur, comme se trouvant subrogé à un premier héritier qui n'a pu ou qui n'a pas voulu l'être, & que cette substitution s'évanouit & devient de nul effet dès que le premier héritier a recueilli l'hérédité.

La substitution pupillaire est celle qui est faite par un pere ou par un ayeul paternel à un enfant qu'il a sous sa puissance, afin que cet enfant venant à mourir dans l'âge pupillaire où il ne peut pas tester, il ne décède pas ab intestat; & à l'instar de celle-ci la substitution exemplaire est celle que les ascendans font à un descendant attaqué d'une maladie qui le prive de pouvoir tester, au cas qu'il vienne à mourir dans cet état: nous en parlerons dans le Titre suivant.

La substitution pupillaire est celle qui est faite par un pere ou par un ayeul paternel à un enfant qu'il a sous sa puissance, afin que cet enfant venant à mourir dans l'âge pupillaire où il ne peut pas tester, il ne décède pas ab intestat; & à l'instar de celle-ci la substitution exemplaire est celle que les ascendans font à un descendant attaqué d'une maladie qui le prive de pouvoir tester, au cas qu'il vienne à mourir dans cet état: nous en parlerons dans le Titre suivant.

La substitution réciproque est celle par laquelle deux ou plusieurs héritiers sont substitués réciproquement entr'eux; comme quand le testateur a dit, je les substitue l'un à l'autre, ou réciproquement, ou qu'il s'est servi d'autres termes équipollens.

La substitution réciproque est celle par laquelle deux ou plusieurs héritiers sont substitués réciproquement entr'eux; comme quand le testateur a dit, je les substitue l'un à l'autre, ou réciproquement, ou qu'il s'est servi d'autres termes équipollens.

La substitution compendieuse est celle qui est faite par un testateur à un héritier institué, & à son défaut, à un autre que lui-même, & qui est destinée à lui succéder, ce sont des substitutions obliques.

La substitution compendieuse est celle qui est faite par un testateur à un héritier institué, & à son défaut, à un autre que lui-même, & qui est destinée à lui succéder, ce sont des substitutions obliques.

les substitutions se confondent en deux sortes la directe et l'indirecte  
- committaire.

La substitution vulgaire pupillaire et exceptive sont des substitu-  
-tions directes. et toutes les autres conjunctives honoraires ou revo-  
-ques se font par le verbe vulgaire pupillaire, vulgaire  
ou fideicommissaire.

La substitution vulgaire est celle qui se fait au lieu d'un institué  
- ou cas qui n'est point justifié ou a fondement. dans cette substiti-  
- tion le substitué reçoit le bien de la main du testateur et  
- elle devient de nul effet de que l'héritier a recueilli l'hérité.

La substitution fideicommissaire ou indirecte est celle dans laquelle  
- le testateur institue un tel. et le charge de rendre a un tel  
- le substitué reprend le bien de la main du testateur mais  
- le bien de l'héritier. et il faut que ce dernier en trouve le bien  
- successif par la transmittre au substitué. le testateur a  
- moins en vie par cette substitution de se donner un héritier  
- que de conserver son bien au testateur de plusieurs personnes.

La substitution pupillaire est celle qui est faite par un ayan-  
- gnatel ou par un pere a un enfant qui a des parents pour  
- qui il n'est a mourir ou pupillaire. il redonne par ad-  
- - iudicium. la substitution exceptive de la précédente est celle  
- - qu'elle a été introduite a leur profit de la précédente est celle  
- par laquelle un ascendant substitue a un descendant qui est  
- dans un état qui ne lui permet pas de pouvoir tester.  
- la substitution ne peut être faite par laquelle deux ou plu-  
- - ces héritiers sont substitués entre eux.



La substitution comprendue est celle qui est faite en un  
général. Il est au delà de la substitution ordinaire ou de la substitution  
de substitution.

La substitution réciproque est quelquefois expresse ou tacite en  
elle est prescrite par la loi qui fait la hypothèse l'herédité du  
substitué ne peut être que au substitué. leg. 87. ff. de  
de legatis 2<sup>o</sup>. catellan liv. 1. cap. 25. i. l. in et na de  
même lorsque l'intention du testateur peut être d'autres rangs  
comme dans le cas où on lègue à chaque frère une chose d'usage  
cette substitution est appelée par le mot de l'indivis.

La substitution réciproque comprend aussi généralement les autres  
espèces de substitution. leg. 4. ff. de vulgari substitutione. mais  
il faut observer qu'elle ne comprend pas les espèces de substitu-  
tion qui ne peuvent convenir à deux substitués, parce qu'alors  
il n'y auroit pas d'expressions comme si l'un des substitués est  
présent et que l'autre ne l'est pas. La substitution réci-  
proque ne comprendroit pas la pupillaire.

La substitution vulgaire a lieu dans le cas où l'on n'a  
prescrit que celui ou il n'y a pas voulu comme si l'on  
auroit prescrite. aussi l'on dit la substitution ordinaire car il n'y a  
pas de pupillaire même à la substitution pupillaire. leg. 1. in  
fin. ff. de vulgari substit.

Il y a deux cas où la substitution vulgaire ne comprend  
pas la pupillaire. le 1<sup>o</sup> celui où la mère survit à l'enfant  
de sorte que pupillaire est évité. l. substitui. catellan  
liv. 1. cap. 24.  
le 2<sup>o</sup> que nous avons rapporté de l'ore. l. l. y auroit  
par d'expressions de certains substitués. l. l. substitui. catellan  
liv. 1. cap. 24. ff. de vulg. et pupillari.

Il est celui qui est substitué au précédent substitué et c'est la  
substitution de premier degré. substitutus substituto est in-  
tituto substitutus. leg. cotaradi. ff. de vulgari et pupillari  
catellan liv. 1. cap. 21. cette substitution pour les substitutions  
vulgaires on s'en est communié.

Cette substitution est expresse ou tacite, car elle est présumée en effet & sous-entendue toutes les fois que sans la supposer l'hérédité du testateur ne pourroit pas autrement parvenir en entier suivant son intention apparente au substitué : qu'un père, par exemple, institue ses deux enfans, & qu'il leur substitue une tierce personne, ces deux enfans seront censés substitués entr'eux réciproquement, de façon que l'un descendant sans enfans, l'autre sera appelé à l'exclusion du tiers substitué, aussi-bien qu'à l'exclusion des héritiers, soit testamentaires, soit *ab intestat*, du dit enfant prédécédé. *Leg. 87. §. 2. ff. de legatis 2<sup>o</sup>. Catellan, liv. 2. chap. 25.*

On présume pareillement la substitution réciproque entre deux donataires ou légataires, lorsqu'il est nécessaire, pour remplir l'intention du testateur, de la supposer, tout comme on la présume entre deux ou plusieurs héritiers, à moins que les donations ou légats ne fussent de deux choses différentes, parce qu'alors la substitution réciproque ne peut pas être vraisemblablement sous-entendue : comme, par exemple, si je donne ou lègue 1000 liv. à l'aîné de mes neveux, & pareille ou plus grande somme au cadet, & qu'au cas qu'ils viennent à mourir sans enfans, je leur substitue un tiers ; car l'un desdits neveux venant à mourir sans enfans après avoir reçu le legs, le substitué y sera appelé, & le recueillera à l'exclusion de l'autre neveu survivant, sans qu'on puisse supposer entr'eux aucune substitution réciproque ; ou si le tiers substitué étoit déjà prédécédé, & que par ce moyen la substitution se trouvât caduque, les héritiers du neveu décédé y succéderaient à l'exclusion de l'autre neveu survivant. *Catellan, liv. 2. ch. 25. in fine.*

La substitution réciproque comprend en termes généraux les autres espèces de substitutions, c'est-à-dire, la vulgaire, comme aussi la fidéicommissaire, si elle a trait de tems au-delà de la puberté, & même la pupillaire, si elle est faite entre des enfans pupilles ; & enfin l'exemplaire, quand elle est faite entre des enfans furieux ou incapables de tester ; en sorte que ces personnes substituées sont réciproquement appelées, soit par la substitution vulgaire, ou par la fidéicommissaire, ou par la pupillaire, ou l'exemplaire, pour recueillir les biens, selon le cas qui se présentera de l'une ou l'autre de ces substitutions, *Leg. 4. ff. de vulgari & pupillari* ; *Ricard, tom. 2. des substit. ch. 5. n. 194.* mais il faut pourtant prendre garde que la substitution réciproque ne com-

prend jamais les espèces de substitution qui ne conviennent pas à tous les héritiers institués & substitués réciproquement entr'eux, comme si l'un des enfans qui se trouvent réciproquement institués, étoit pubère ; car cette substitution ne renfermeroit pas alors la pupillaire.

La substitution compendieuse ou sommaire est celle qui étant conçue en termes généraux & directs s'étend au-delà de la puberté de l'héritier institué : comme, par exemple, si le testateur a dit, *après la mort de mon héritier je substitue un tel, ou bien, je substitue à mon héritier, au cas qu'il meure avant l'âge de vingt-cinq ans, ou sans enfans, ou autre condition semblable, ou même simplement, je substitue à mon héritier*, comme nous le ferons voir ci-après.

Cette substitution est appelée compendieuse, *quia compendio vel brevitate verborum* elle renferme en soi du moins en termes généraux les autres espèces de substitution ; sçavoir, la vulgaire, si l'héritier meurt avant le testateur, on n'est pas son héritier ; la pupillaire, s'il meurt en pupillarité ; & la fidéicommissaire, s'il décède après la puberté. *Vid. Maynard, liv. 5. ch. 25. n. 4. Guypape, quest. 521. Ricard, des substit. part. 1. ch. 5. n. 192.*

La substitution peut même être compendieuse, quoiqu'elle ne renferme que la vulgaire & la fidéicommissaire, comme quand elle est faite à une personne qui a passé l'âge de puberté ; mais elle ne seroit pas compendieuse, si elle ne renfermoit que la vulgaire & la pupillaire : comme, par exemple, s'il étoit dit, *j'institue Pierre, & s'il décède en pupillarité, je lui substitue Jean* ; au lieu que quand le testateur a porté ses vûes au-delà de la puberté de l'héritier, ou a mis quelque condition qui aille au-delà, la substitution est alors véritablement compendieuse, comme renfermant tant les substitutions directes que la substitution oblique : par exemple, s'il est dit, *j'institue Pierre, & après sa mort je lui substitue Jean, ou, s'il meurt avant vingt-cinq ans, ou sans enfans, je lui substitue Jean, &c.*

Il faut remarquer encore que la substitution compendieuse prend toutes les qualités de la substitution dont l'espèce écheoit & se présente sans rien retenir des autres ; de sorte, par exemple, que si elle devient fidéicommissaire, elle sera sujette à la détraction de la quarte trébélianique ; quoiqu'elle en eût été exempte, si elle n'eût été que vulgaire ou pupillaire, & elle ne

contiendra aussi que les biens de la succession du testateur, quoique les biens propres du fils y eussent été aussi compris, si elle fût échue dans la pupillarité; & il faut dire la même chose de la substitution réciproque.

Dans les Pays Coûtumiers, comme on ne connoît pas les institutions d'héritier, on n'y connoît guères non plus les substitutions, qui sont, pour ainsi dire, des secondes institutions; ce qui n'empêche pas pourtant qu'on ne puisse dans lesdits Pays de Coûtume, en défaut de son légataire universel, pour les biens dont la Coûtume permet de disposer, en appeler un second, & un troisième, & par-là faire une espèce de substitution vulgaire, ou même le charger d'un fidéicommis, bien que la détraction de la quarte trébélianique ne soit pas reçue dans lesdits Pays Coûtumiers; mais on n'y admet pas les substitutions pupillaires, parce que les peres n'y ont pas les enfans en leur puissance, non plus que les substitutions exemplaires; parce que les Coûtumes déferant la succession aux plus proches successeurs & héritiers du sang, il n'est pas permis de changer ou d'intervertir cet ordre: ce n'est que dans les Pays de Droit Ecrit où ces espèces de substitution ont lieu.

Potest autem quis in suo testamento plures gradus heredum facere, ut puta, si ille haeres non erit, ille haeres esto, & deinceps, &c.

Voilà l'exemple de la substitution vulgaire dont il est traité dans ce Titre, par laquelle on substitue à l'héritier institué, au cas qu'il ne prenne pas l'héritité, & à son défaut: cette substitution renferme aussi bien le cas où l'héritier ne seroit pas en état de recueillir l'héritité, soit pour être mort avant le testateur, ou autrement, que celui où il ne la voudroit pas & y renonceroit, car elle n'a, comme nous l'avons dit, d'autre objet que de donner un héritier au testateur; & quand même le testateur n'auroit exprimé que l'un de ces deux cas, comme s'il avoit dit, si Pierre ne peut être mon héritier, je lui substitue Jean, on tient qu'il faut lui donner le même effet que si tous les deux cas avoient été prévus, c'est-à-dire, ouvrir également la substitution en faveur de Jean, dans le cas où Pierre répudieroit l'héritage.

De-là vient qu'on étend non seulement la substitution vulgaire d'un cas à l'autre pour se conformer à l'intention présumée

on étend la substitution vulgaire au cas où l'héritier ne prend pas l'héritité, & à son défaut: cette substitution renferme aussi bien le cas où l'héritier ne seroit pas en état de recueillir l'héritité, soit pour être mort avant le testateur, ou autrement, que celui où il ne la voudroit pas & y renonceroit, car elle n'a, comme nous l'avons dit, d'autre objet que de donner un héritier au testateur; & quand même le testateur n'auroit exprimé que l'un de ces deux cas, comme s'il avoit dit, si Pierre ne peut être mon héritier, je lui substitue Jean, on tient qu'il faut lui donner le même effet que si tous les deux cas avoient été prévus, c'est-à-dire, ouvrir également la substitution en faveur de Jean, dans le cas où Pierre répudieroit l'héritage. De-là vient qu'on étend non seulement la substitution vulgaire d'un cas à l'autre pour se conformer à l'intention présumée

du testateur, mais qu'on l'étend même à la substitution pupillaire, en jugeant que la vulgaire, lorsqu'elle est faite à un enfant pupille, comprend tacitement la pupillaire, & que la pupillaire comprend aussi tacitement la vulgaire, suivant la Loi *jam hoc jure*, ff. de vulgari & pupillari.

Il y a pourtant deux cas où la substitution vulgaire ne renferme pas tacitement la pupillaire; le premier est, lorsque cette extension iroit au préjudice de la mere du pupille survivante: ainsi lorsqu'un enfant pupille a été institué par son pere, & qu'à son défaut un tiers a été substitué, si cet enfant, après avoir recueilli l'héritité paternelle, meurt en pupillarité laissant sa mere à lui survivante, la faveur de la mere fait cesser alors la présomption de volonté du testateur, qui est le motif de l'extension de la vulgaire expresse à la vulgaire tacite; de sorte que cette présomption venant à cesser, il ne se fait point d'extension, ou du moins elle est sans effet, & cette substitution pupillaire tacite comprise dans la vulgaire n'exclut point la mere, qui au contraire recueille tous les biens de son fils pupille, & lui succède en entier à l'exclusion du substitué. *Catellan*, liv. 2. chap. 84.

Le second cas, où la vulgaire n'est pas censée comprendre tacitement la pupillaire, est celui où la substitution vulgaire a été faite réciproquement à deux enfans dont l'un a déjà passé l'âge de puberté; comme si un pere ayant deux enfans les institue ses héritiers, & les substitue réciproquement l'un à l'autre; car celui qui étoit pupille venant à décéder après le pere en pupillarité, l'autre enfant aîné qui étoit pubère, ne sera pas appelé par une substitution pupillaire tacite, & par conséquent n'aura pas à prétendre aux biens propres ou adventifs de son frere puîné en vertu de ladite substitution; & n'y succédera tout au plus que comme plus proche successeur *ab intestat*; parce que la substitution réciproque ne contient pas, ainsi que je l'ai déjà observé, les substitutions qui ne conviennent pas à tous les héritiers, & qu'il seroit injuste que la substitution fût vulgaire & pupillaire tout ensemble en faveur du frere aîné, tandis qu'elle seroit seulement vulgaire pour le frere cadet pupille: c'est la décision de la Loi 4. §. 2. ff. de vulgari & pupillari. Voyez *Maynard*, liv. 5. chap. 42. *Ricard*, des substit. par. 1. chap. 5. n. 210.

Le frere aîné ne sera pas non plus appelé aux biens propres de son frere cadet, si celui-ci vient à mourir après la pupillarité

Il y a pourtant deux cas où la substitution vulgaire ne renferme pas tacitement la pupillaire; le premier est, lorsque cette extension iroit au préjudice de la mere du pupille survivante: ainsi lorsqu'un enfant pupille a été institué par son pere, & qu'à son défaut un tiers a été substitué, si cet enfant, après avoir recueilli l'héritité paternelle, meurt en pupillarité laissant sa mere à lui survivante, la faveur de la mere fait cesser alors la présomption de volonté du testateur, qui est le motif de l'extension de la vulgaire expresse à la vulgaire tacite; de sorte que cette présomption venant à cesser, il ne se fait point d'extension, ou du moins elle est sans effet, & cette substitution pupillaire tacite comprise dans la vulgaire n'exclut point la mere, qui au contraire recueille tous les biens de son fils pupille, & lui succède en entier à l'exclusion du substitué. Catellan, liv. 2. chap. 84. Le second cas, où la vulgaire n'est pas censée comprendre tacitement la pupillaire, est celui où la substitution vulgaire a été faite réciproquement à deux enfans dont l'un a déjà passé l'âge de puberté; comme si un pere ayant deux enfans les institue ses héritiers, & les substitue réciproquement l'un à l'autre; car celui qui étoit pupille venant à décéder après le pere en pupillarité, l'autre enfant aîné qui étoit pubère, ne sera pas appelé par une substitution pupillaire tacite, & par conséquent n'aura pas à prétendre aux biens propres ou adventifs de son frere puîné en vertu de ladite substitution; & n'y succédera tout au plus que comme plus proche successeur ab intestat; parce que la substitution réciproque ne contient pas, ainsi que je l'ai déjà observé, les substitutions qui ne conviennent pas à tous les héritiers, & qu'il seroit injuste que la substitution fût vulgaire & pupillaire tout ensemble en faveur du frere aîné, tandis qu'elle seroit seulement vulgaire pour le frere cadet pupille: c'est la décision de la Loi 4. §. 2. ff. de vulgari & pupillari. Voyez Maynard, liv. 5. chap. 42. Ricard, des substit. par. 1. chap. 5. n. 210. Le frere aîné ne sera pas non plus appelé aux biens propres de son frere cadet, si celui-ci vient à mourir après la pupillarité

accomplie, puisqu'il ne peut être fait de substitution pupillaire, soit tacite, soit même expresse, à un enfant qui vient à mourir en puberté, ou qu'elle s'évanouit, dès qu'il devient pubère. Mais on demande si dans l'espèce de substitution vulgaire que nous venons de proposer, le frere aîné sera fondé à demander les biens dépendans de l'hérédité du pere testateur recueillis par son frere cadet, qui ne seroit, disons-nous, décédé qu'après la puberté.

Cette question dépend, comme on le comprend assez, du point de savoir si une substitution vulgaire ou directe renferme non seulement la pupillaire pour avoir lieu dans le cas du décès de l'héritier en pupillarité, mais encore la substitution fidéicommissaire, oblique ou indirecte, dans le cas où l'héritier vient à mourir après la puberté : il n'y auroit aucune difficulté, s'il s'agissoit d'une substitution conçue en des termes qui se portassent après la puberté, c'est-à-dire, d'une substitution compendieuse, laquelle renferme en termes généraux les trois espèces de substitutions, savoir, la vulgaire, la pupillaire, & la fidéicommissaire, & qui par conséquent après la puberté de l'héritier institué se convertit en fidéicommis ; mais le doute vient de ce que la substitution vulgaire dont nous parlons, étant faite par le simple terme, *je substitue*, il semble que ce terme n'emporte pas nommément trait de tems au-delà de la puberté de l'héritier ; néanmoins l'usage a prévalu, & l'on juge constamment que le terme simple & absolu, *je substitue*, n'étant restreint précisément à aucun tems, il forme une substitution compendieuse qui renferme en soi la fidéicommissaire, comme on peut le voir dans *Henrys*, tom. 1. liv. 5. quest. 48. *Ricard*, des substit. part. 2. chap. 6. n. 254. & suiv. *Maynard*, liv. 5. chap. 26. ainsi dans l'espèce proposée le frere aîné recueillera au moins par voie de fidéicommis les biens que son frere cadet décédé après la pupillarité avoit reçu par le testament de leur pere commun.

§. 3. *Sed si instituto heredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit, ad utramque partem sine distinctione substitutus admittitur.*

C'est sur ce texte qu'est fondée la règle de Droit, qui veut que celui qui est substitué à un précédent substitué, soit aussi censé institué au premier héritier institué, *substitutus substituto est instituto substitutus* : ainsi, par exemple, après avoir institué Pierre &

& Jean pour mes héritiers, je substitue Jean à Pierre, & je substitue encore Jacques à Jean, il est certain que Jacques prendra non seulement la portion de Jean à son défaut, puisqu'il lui est nommément substitué, mais encore, en défaut de Pierre, la portion de celui-ci ; & cela, sans distinguer si Jean premier substitué seroit mort après Pierre, ou avant lui, & sans distinguer non plus si Jacques avoit été substitué à Jean, avant que Jean l'eût été à Pierre, *Leg. cohæredi 41. ff. de vulgari & pupillari* ; & cette règle dont nous venons de parler, a lieu tant aux substitutions vulgaires qu'aux fidéicommissaires, *Catellan*, liv. 2. chap. 71. in fine : pour ce qui est de la substitution pupillaire, il n'y a plus de doute & de controverse pour savoir si cette maxime doit aussi y avoir lieu. *Duperier*, liv. 2. quest. 5. où il traite amplement cette question, pense que ladite règle doit y être également reçue, pourvu qu'il n'y ait point de circonstance qui y résiste.

§. 4. *Si servum alienum quis patrem-familias arbitratus.*

*Boutaric* a remarqué sur ce texte, que dans les questions difficiles on peut user quelquefois de tempérament, & partager entre les Parties le différend, *nec mihi, nec tibi, sed dividatur*, c'est pourtant ce que l'on appelle, *judicium rusticorum, anile judicium*, & il est certain que ces sortes de Jugemens ne font pas honneur aux Juges, outre qu'ils ne conviennent pas à leur dignité.

La substitution pupillaire est un testament qui n'a que pour son objet un pupille.

TITRE XVI.

De pupillari Substitutione.

Il est intitulé ainsi du premier et est fondé sur la puissance paternelle que le père a sur ses enfans.

*Liberis suis impuberibus quos in potestate quis habet, &c.*

La substitution pupillaire est expresse ou tacite ; la pupillaire expresse dont il est ici parlé, est celle qui est faite à un enfant pupille par son pere ou par son ayeul paternel, avec mention, du moins en termes équipollens, de l'âge pupillaire : comme, par exemple, *si mon fils décède en pupillarité, ou avant l'âge pour pouvoir disposer de ses biens, je lui substitue un tel, ou bien, je substitue à mon fils impubère ;* & l'on appelle substitution pupillaire tacite,

la mère et les étrangers ne peuvent substituer un pupille, et ce par une disposition de la part de son père ou de son ayeul.

de son père ou de son ayeul, regardé qui comme un père de famille.

la substitution pupillaire est fondée sur la puissance paternelle que le père a sur ses enfans.

qui est une puissance que le père a sur ses enfans, et que l'on appelle puissance paternelle. On peut substituer un pupille à un pupille, et ce par une disposition de la part de son père ou de son ayeul. On peut substituer un pupille à un pupille, et ce par une disposition de la part de son père ou de son ayeul. On peut substituer un pupille à un pupille, et ce par une disposition de la part de son père ou de son ayeul.

libre 16.  
de pupillari substitutione.

in principio.  
- la substitution pupillaire est expresse ou tacite. Elle est tacite con-  
- me nous l'avons dit dans le titre précédent jusques à ce que la substi-  
- tution vulgaire faite au vniuersubere est contenue la pu-  
- pillaire. Elle est expresse lorsqu'elle est faite par le pere ou par  
- l'aycul avanta d'autre expresse de la pupillarité ou entre me-  
- mes personnes.  
- La substitution pupillaire expresse ou tacite est que l'aycul soit  
- en la puissance de celui qui la fait non seulement lors du testa-  
- ment mais lors de son décès.  
- on peut substituer pupillairement aux posthumes qui a-  
- voient natiuité certaine.  
- L'aycul ne peut substituer pupillairement aux enfants légitimes  
- pourvu qu'il doive venir après la mort de l'aycul car la pupillarité  
- suppose. Si l'enfant substitué il ne peut le faire que dans  
- le cas où il n'est ni en puissance de son père ni de son aïeul  
- sans. leg. 1. in prin. ff. de vulgari et pupillari  
- La substitution pupillaire se forme aussi tacitement.  
- L'aycul étranger peut substituer pupillairement à son héritier mais  
- pour lors la substitution ne peut être que de biens meubles par  
- testament, et de ces biens la substitution pupillaire est  
- impossible, et se contient jusques à la vulgaire.

le subtil du pupillaire humide et son être bien distingué y compris  
sabaytime et il humide même pour la portion de son qui lui reviennent  
cibinde qu'on a part et le subtil humide. Arrière et devant même  
de l'anneau. cellule. liv. 2. cap. 24. le subtil et humide par le  
pour un point de son distingué l'été et le subtil ne  
partout et la humidité pupillaire, et proportion de l'été.

274 LES INSTITUTIONS  
celle qui est tacitement comprise dans la vulgaire, ainsi que nous l'avons observé dans le Titre précédent.

La substitution pupillaire, soit expresse, ou tacite, exige nécessairement que les enfans pupilles, auxquels on substitue, soient sous la puissance du testateur, & non émancipés, ni étrangers, & ils doivent être en la puissance du testateur non seulement lors du testament, mais encore lors de son décès; ce qui n'empêche pas qu'on ne puisse néanmoins substituer pupillairement à ses posthumes, *quia pro jam natis habentur*: il ne suffit pas même que le testateur ait le droit de puissance paternelle lors du testament sur celui auquel il substitue, s'il ne possède pleinement cette puissance, de façon qu'après son décès elle ne doive point passer à un autre; & en effet l'ayeul paternel ne peut pas substituer pupillairement à ses petits enfans, si par sa mort ils doivent retomber en la puissance de leur pere, parce que les petits-fils demeurant en ce cas fils de famille & soumis à la puissance de leur pere, ils sont par la Loi incapables de testament, & tout au plus l'ayeul peut alors leur substituer pupillairement, dans le cas où leur pere viendroit à mourir de son vivant, ou en émancipant auparavant son fils, *Leg. 2. in princip. ff. de vulgari & pupillari*, & *Vinnius, hic, n. 2. & 3.* De-là il résulte que la substitution pupillaire ne peut être faite que par le pere, ou en certains cas par l'ayeul; car les substitutions faites par les meres, ou autres ascendans maternels, de quelque façon qu'elles soient conçues, ne valent jamais que comme des substitutions vulgaires ou fidéicommissaires.

De même que la substitution vulgaire renferme tacitement la pupillaire, ainsi que nous l'avons déjà dit, pareillement la substitution pupillaire expresse contient tacitement la vulgaire: ainsi, par exemple, *j'institue mon fils pour mon héritier, & au cas qu'il vienne à décéder en pupillarité, je lui substitue un tel*, si mon fils vient à décéder avant moi, & par-là n'est pas mon héritier; le substitué, quoiqu'appelé dans un cas qui n'est pas précisément arrivé, ne laissera pas de me succéder, comme s'il étoit substitué vulgairement; & cela est certain dans l'espèce d'une substitution pupillaire faite par un pere qui a son fils en sa puissance, en sorte qu'on peut dire avec le présent texte, que *si non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres*; mais si c'étoit une personne étrangère, ou autre que le pere, qui en instituant ou en léguant

DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. XVI. 275  
substituât à son héritier ou à son légataire, au cas qu'il décédât en pupillarité, cette substitution ne comprendroit pas la vulgaire, & l'héritier ou le légataire venant à mourir avant le testateur, la substitution s'évanouiroit; c'est-à-dire, que le substitué ne seroit point appelé, parce que la substitution pupillaire ne peut être faite que par le pere aux enfans qu'il a en sa puissance; & qu'il n'y auroit donc pas de substitution pupillaire; car le cas du décès en pupillarité, lorsque la substitution est faite par un étranger, ne peut être tout au plus regardé que comme une simple condition, & non comme une substitution pupillaire qui soit capable de contenir la vulgaire.

*Si verò extiterit hæres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus.*

Il importe beaucoup, comme l'indique ce texte, de savoir si une substitution est vulgaire ou pupillaire, parce que l'effet principal de la pupillaire est de faire que le substitué pupillairement devient l'héritier propre & universel du pupille qui meurt en pupillarité; en sorte que le substitué pupillaire, fût-ce même un étranger, succède alors non seulement aux biens que le pupille a reçu du testateur, y compris même sa légitime, mais aussi aux biens adventifs & parvenus au pupille *aliunde quam à patre*, à l'exclusion des successeurs *ab intestat* dudit pupille & de sa mère elle-même. *Catellan, liv. 2. chap. 84.*

On juge aussi que la substitution pupillaire n'étant faite qu'à une partie seulement des biens du pupille, elle doit être étendue à tous les autres biens, *ne partim testatus decedat pupillus, & partim intestatus.* *Cambolas, liv. 6. chap. 19. Catellan, liv. 2. chap. 35.*

Dans le cas même de la substitution pupillaire expresse la mere du pupille n'a point de légitime à prétendre sur ses biens, car cette substitution expresse l'exclut non seulement de la succession de son fils, mais même de la légitime; & c'est la Jurisprudence de cette Province, quoique dans quelques autres Parlemens, comme à Bordeaux, on ne laisse pas que d'accorder une légitime à la mere survivante, malgré la substitution pupillaire expresse: en quoi nous suivons la Loi 8. §. 5. ff. de inoff. testam. en ces termes, *sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit*; au lieu que quand la substitution pupillaire n'est que

M m ij  
L'instaurer la mere ou l'ayeul qui a succédé au pupille, on ne peut pas lui donner une légitime sur ses biens, car la substitution pupillaire n'est que pour une partie des biens du pupille, & elle n'exclut pas la mere de sa légitime sur les autres biens. *Si la substitution pupillaire est faite par un pere, la mere n'a point de légitime sur les biens du pupille, mais elle a sa légitime sur les autres biens. *Catellan, liv. 2. chap. 84.**

racite & comprise dans la vulgaire, la mere succede même alors en entier à son enfant, à l'exclusion du substitué, comme nous l'avons remarqué sur le Titre précédent. *Id. Maynard, liv. 5. chap. 25. Catellan, liv. 2. chap. 84. Ricard, des substit. part. 1. chap. 2. n. 60. & suiv.*

Que si la substitution pupillaire est comprise dans une substitution compendieuse ou réciproque faite par le pere, comme cette substitution renferme expressément la pupillaire du moins en termes généraux, & *compendio verborum*, le Droit veut qu'elle exclue aussi la mere de la succession de son fils, & même de la légitime sur les biens du fils, *Leg. precibus, cod. de impuber. & aliis substit.* cependant dans cette Province on ne fait pas cette rigueur, & l'on adjuge à la mere, dans le cas de la substitution compendieuse ou réciproque renfermant la pupillaire, une légitime sur les biens du fils, quoique le substitué soit descendant du testateur; & s'il est étranger, on adjuge à la mere l'entière succession de son fils, composée de la légitime du fils sur les biens du pere, de la quarte trébélianique du chef du fils, & des biens adventifs du pupille: sur quoi on a établi cette maxime, que, *substitutio compendiosa, matre in medio existente, omni tempore est fideicommissaria, quando substitutus non est de liberis*: Voyez *Dolive, liv. 3. chap. 10. Gruverol sur La Roche, liv. 3. verb. substitution, art. 13. Catellan, liv. 2. chap. 84.* & cette maxime s'entend au pied de la lettre: de sorte qu'il faut absolument que le substitué soit un descendant pour priver la mere de la trébélianique, outre sa légitime; car encore que ce fût un ascendant du testateur, il n'en priveroit pas la mere, comme il fut jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse rendu au rapport de M. de Comere le 15 Juillet 1715: ce qui paroît aussi conforme à la doctrine de *Cambolas, liv. 2. chap. 42.* & de *Ranchin, in quest. 521. de Guyp.* quoique semblent dire au contraire. *Maynard, liv. 5. chap. 26. & Duperier, liv. 3. quest. 8.*

Il semble même que la légitime de la mere, quoique le substitué soit un descendant du testateur, doit être réglée aujourd'hui, eu égard au total des biens de son fils pupille, conformément à l'article 61. de l'Ordonnance des Testamens de 1735, & non pas au tiers du tiers, à quoi on la réduisoit ci-devant.

*Catellan*, au lieu cité, remarque que quand la mere est précédée, on n'accorde pas dans le cas de la substitution com-

pendieuse le même avantage à l'ayeul ou à l'ayeule maternels qu'à la mere; mais qu'on leur donne seulement une légitime sur tous les biens, & qu'on leur refuse la quarte trébélianique du chef de l'enfant, & les biens adventifs qu'il peut avoir laissé, quoique le substitué soit un étranger: cependant *Maynard, liv. 5. chap. 25. in fine*, semble donner dans ce cas le même avantage à l'ayeule qu'à la mere.

Au reste, quoiqu'il soit certain que la substitution pupillaire prend fin & s'évanouit à la puperté accomplie, *Leg. 2. ff. de vulgari & pupillari, & §. 8. infra hoc titulo*, le testateur peut néanmoins restreindre le tems de cette substitution au dessous de la puberté de ses pupilles, comme, par exemple, leur substituer au cas qu'ils viennent à mourir avant l'âge de dix ans, auquel cas la substitution pupillaire finit à la dixième année, *Leg. 21. ff. de vulgari & pupillari*, il peut aussi lui donner plus d'étendue qu'il n'est permis par le Droit, & la porter, par exemple, à vingt ans; mais alors elle prendra fin, néanmoins à la puberté, *Leg. 7. & Leg. 14. ff. eodem*, & ne vaudra tout au plus après la puberté que comme fidéicommissaire.

§. 1. *Liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere.*

La substitution exemplaire est celle par laquelle on substitue à son enfant privé de sens, furieux, ou imbécille, prodigue inter-dit, ou sourd & muet de naissance, ou détenu d'autre maladie qui l'empêche de tester, au cas qu'il vienne à mourir dans cet état; on l'appelle exemplaire, parce qu'elle a été inventée à l'instar de la pupillaire, & qu'elle se conduit à peu-près par les mêmes règles. Cette substitution exemplaire peut être faite néanmoins, quoique les enfans soient pubères, & non seulement par le pere, mais par la mere, fût elle même remariée, & par les autres ascendans, soit paternels, ou maternels; parce que cette substitution n'est pas fondée sur la puissance paternelle, mais sur la considération de l'état fâcheux de celui à qui on substitue, *Leg. 9. humanitatis, cod. de impuber. & aliis substit.* elle s'étend pour-tant, comme la pupillaire, à tous les biens de l'enfant, quand bien même elle n'auroit été faite que pour une chose particulière; & si le pere a fait une substitution exemplaire, & la mere une autre, chacune vaut pour les biens du substituant.

*Sur la question si la mere peut substituer pour son enfant, on a jugé qu'elle ne le peut pas, mais qu'elle peut substituer pour son enfant, si elle est remariée, & que si le pere a fait une substitution exemplaire, & la mere une autre, chacune vaut pour les biens du substituant.*



Mais au lieu que dans la substitution pupillaire le pere peut substituer même en faveur d'un étranger, la substitution exemplaire au contraire doit être faite premièrement en faveur d'un, ou de plusieurs, ou de tous les enfans du malade, s'il en a, & quand elle est faite seulement en faveur d'un ou de quelques-uns de ses enfans, il faut que les autres soient, ou exhéredés avec expression de cause juste, ou qu'ils soient institués en leur légitime ou en ce qu'on leur laissera pour leur en tenir lieu.

Que si le malade n'a point d'enfans, on doit lui substituer ses freres ou sœurs, ou l'un d'eux; & ce n'est que lorsque le malade n'a ni enfans, ni, en défaut d'enfans, des freres ou sœurs, qu'il est permis de lui substituer exemplairement qui l'on veut.

Du reste, la substitution exemplaire s'évanouit & expire, dès que l'enfant est revenu en santé ou en état de faire testament, ainsi qu'il est dit dans ce paragraphe; tout comme la pupillaire s'évanouit aussi, dès que le pupille est parvenu à l'âge de puberté. Vid. Ricard, des substit. chap. 2. part. 1. n. 87. & Vinnius, hic.

§. 2. Igitur in pupillari substitutione duo quodam modo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si filius sibi heredem instituisset; aut unum testamentum duarum hereditatum.

Ce n'est que par fiction qu'on dit que la substitution pupillaire est le testament du fils, car c'est toujours dans la vérité l'ouvrage ou la disposition du pere, *pater ei hoc fecit, Leg. 8. §. 5. ff. de inoff. testam.* De-là vient que lorsque le cas de la substitution pupillaire arrive, le substitué est censé prendre & recevoir la succession de la part du pere plutôt que du pupille: ainsi si un pere qui s'est remarié, fait une substitution pupillaire à son fils du second lit au profit de sa seconde femme, les Arrêts jugent qu'il y a lieu au retranchement ordonné par la Loi *hac editali, cod. de secundis nuptiis*, en faveur des enfans du premier mariage du pere; quoique si le pere n'eût pas fait cette substitution pupillaire, pour faire passer à sa seconde femme les biens qu'il laissoit à ce fils, la mere eût sans contredit succédé *ab intestat* à son dit fils pupille, à l'exclusion de ses freres ou sœurs consanguins: on va même plus loin; car en regardant toujours cette substitution pupillaire faite par le pere comme une fraude par lui faite à la Loi, on juge qu'il n'est pas libre à la mere de répudier cette substitution pour s'en tenir à la succession *ab intestat*. Voyez *Dolive, liv. 3. chap. 14. Catellan, liv. 4. chap. 57.*

*La substitution pupillaire est toujours l'ouvrage du pere, & non celui du fils. De-là vient que lorsque le cas de la substitution pupillaire arrive, le substitué est censé prendre & recevoir la succession de la part du pere plutôt que du pupille. Les Arrêts jugent qu'il y a lieu au retranchement ordonné par la Loi hac editali, cod. de secundis nuptiis, en faveur des enfans du premier mariage du pere; quoique si le pere n'eût pas fait cette substitution pupillaire, pour faire passer à sa seconde femme les biens qu'il laissoit à ce fils, la mere eût sans contredit succédé ab intestat à son dit fils pupille, à l'exclusion de ses freres ou sœurs consanguins: on va même plus loin; car en regardant toujours cette substitution pupillaire faite par le pere comme une fraude par lui faite à la Loi, on juge qu'il n'est pas libre à la mere de répudier cette substitution pour s'en tenir à la succession ab intestat. Voyez Dolive, liv. 3. chap. 14. Catellan, liv. 4. chap. 57.*

§. 5. *Liberis suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat; nam pupillare testamentum pars & sequela est paterni testamenti, adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.*

Un pere ne peut pas tester pour son pupille, comme il est dit ici, s'il ne fait aussi testament pour soi-même; & de-là vient qu'au lieu que la substitution fidéicommissaire peut être faite par toute sorte d'actes testamentaires, ou à cause de mort, ou même dans un contrat de donation entre-vifs: la substitution pupillaire au contraire ne peut se faire que par testament, & non par de simples codiciles, ni par contrat; car en ce dernier cas elle est nulle, suivant *Fernand, tract. de filiis natis ex matrim. cap. 10. n. 7.* & lorsqu'elle est faite dans des codiciles, quoiqu'il y eût un testament antérieur, elle ne peut valoir comme pupillaire directe, mais seulement comme fidéicommissaire; en sorte que le pupille venant à décéder en pupillarité, ses successeurs légitimes fidéicommissaires, ses successeurs légitimes fidéicommissaires, en retenant la quarte trébélianique, suivant la Loi *76. ff. ad Trebellianum. Don-*

*la substitution pupillaire est toujours l'ouvrage du pere, & non celui du fils. De-là vient que lorsque le cas de la substitution pupillaire arrive, le substitué est censé prendre & recevoir la succession de la part du pere plutôt que du pupille. Les Arrêts jugent qu'il y a lieu au retranchement ordonné par la Loi hac editali, cod. de secundis nuptiis, en faveur des enfans du premier mariage du pere; quoique si le pere n'eût pas fait cette substitution pupillaire, pour faire passer à sa seconde femme les biens qu'il laissoit à ce fils, la mere eût sans contredit succédé ab intestat à son dit fils pupille, à l'exclusion de ses freres ou sœurs consanguins: on va même plus loin; car en regardant toujours cette substitution pupillaire faite par le pere comme une fraude par lui faite à la Loi, on juge qu'il n'est pas libre à la mere de répudier cette substitution pour s'en tenir à la succession ab intestat. Voyez Dolive, liv. 3. chap. 14. Catellan, liv. 4. chap. 57.*

live, liv. 5. chap. 28. Au surplus, on avoit jugé jusqu'ici, contre la disposition de ce paragraphe, que non seulement la substitution fidéicommissaire, mais même la substitution pupillaire étoient valables & devoient subsister, quoique le testament du pere qui les contenoit, fût nul par la prétériton d'un enfant, ou par son exhéredation injuste; en quoi on se fondeoit sur la Nouvelle *115. cap. 3.* & sur l'authentique *ex causa, cod. de liberis prateritis*, ainsi qu'on le voit dans *Maynard, liv. 5. chap. 12. La Roche & Graverol, liv. 3. verb. substitution, art. 10.* mais on jugeroit le contraire depuis l'Ordonnance des Testamens du mois d'Août 1735, art. 53 & 54, qui veut que dans le cas de la prétériton, l'institution, de même que les substitutions contenues au testament, soient déclarées nulles, encore même que le testament portât la clause codicillaire; & en effet les substitutions ne sont que de secondes ou nouvelles institutions; & de plus, la substitution pupillaire par rapport à la succession du pupille n'est même autre chose qu'une premiere institution.

§. 6. *Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissimus morietur, substitui potest.*

Nous avons dit au commencement du Titre précédent, qu'on suppose & qu'on présume une substitution réciproque, quoique non exprimée entre deux ou plusieurs héritiers, auxquels un tiers a été substitué, toutes les fois que cela est nécessaire pour remplir l'intention du testateur, & pour faire parvenir son hérité en entier au substitué; mais lorsqu'un pere, par exemple, institue ses enfans pupilles, & substitue une tierce personne à celui qui mourra le dernier en pupillarité, il est évident qu'il a entendu que les derniers de ses enfans pupilles succédassent aux prémourans, & que, comme il est dit dans ce paragraphe, *jus legitimarum hereditatum inter eos custodiri voluit*: ainsi il n'est pas nécessaire de regarder ces enfans impubères comme substitués réciproquement entr'eux, ni de seindre, lorsque le cas de la substitution pupillaire arrive, & que tous meurent en pupillarité, aucune substitution réciproque entr'eux, pour faire passer, suivant l'intention du testateur, son entière hérité au substitué pupillaire, puisqu'il la trouve dans la succession du pupille qui meurt le dernier, & qui a déjà recueilli celle des autres enfans prédécédés.

L'Arrêt qu'on lit dans *Dolive, liv. 5. chap. 11.* n'a rien de contraire à cette doctrine; car s'il jugea que deux freres, auxquels le pere avoit substitué un tiers, étoient présumés réciproquement substitués entr'eux, c'est parce que dans le cas proposé par cet Auteur, le pere après avoir institué ses enfans pupilles, leur avoit substitué un tiers, au cas qu'ils vinssent à décéder sans enfans; ensorte que ce n'étoit pas une substitution pupillaire expresse, mais une substitution compendieuse qui avoit trait de tems au-delà de la puberté desdits enfans, qui pouvant mourir après la puberté sans enfans, & par conséquent tester en cet état, & avoir en effet disposé de leurs biens, il falloit nécessairement présumer que le pere testateur, dans la vûe de faire passer son entière hérité sur la tête du substitué, avoit entendu aussi substituer réciproquement ses enfans entr'eux.

§. 9.

§. 9. *Extraneo vero vel filio puberi instituto ita substituere nemo potest, ut si heres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres; sed solum permissum est, ut eum per fideicommissum obliget alii restituere.*

La substitution fidéicommissaire, dont nous parlerons ci après, est ordinairement conçue en termes obliques de charge, de priere, ou d'injonction envers l'héritier institué, & c'étoit même jadis les termes propres & particuliers à cette espèce de substitution. §. ult. *infra, de singul. rebus per fideicom. relitt.* cependant on se contenta dans la suite que les termes, soit directs, ou obliques, fussent suffisans pour démontrer la volonté qu'avoit eu le testateur de faire un fidéicommiss, *Leg. 2. cod. commun. de legatis*; & dans l'usage on ne suit pas même la disposition du paragraphe que nous expliquons, qui paroît décider que toute substitution qui est conçue en termes directs & absolus, prend fin après la puberté de l'héritier, ensorte qu'après ce tems elle ne vaille & ne subsiste qu'autant qu'elle auroit été faite en termes obliques & de fidéicommiss: car sans s'arrêter à ces subtilités ou scrupules du Droit Romain sur la qualité des termes; on tient pour maxime, que toute substitution qui a trait de tems au-delà de la puberté du grévé, en quelques termes qu'elle soit conçue, soit directs, soit obliques, subsiste comme fidéicommiss après la puberté de celui qui est chargé de rendre; c'est-à-dire, que *post pubertatem flectitur in fideicommissum.* Voyez *Ricard, tom. 2. des substitut. part. 1. chap. 6. & chap. 7. in principio.*

TITRE XVII.

Quibus modis Testamenta infirmantur.

§. 1. *Testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.*

LES adoptions étant inconnues en France, un testament fait en bonne & due forme ne peut pas être rompu ou annullé au moyen de l'adoption d'un enfant, mais il peut l'être par la naissance d'un enfant légitime du testateur, ou d'un posthume, survenue depuis le testament, à moins qu'on n'eût pris

N n



traire aujourd'hui qu'on ne sçauroit plus faire subsister les légats pies d'un premier testament, quoique non révoqués spécialement dans le second testament, parce qu'on ne peut plus supposer dans ces légats de clause dérogatoire tacite; ce qui étoit néanmoins le seul motif pour lequel on les faisoit valoir, lorsqu'ils n'avoient pas été par exprès révoqués.

*Nec interest, extiterit aliquis hères ex eo, an non, hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit, &c.*

Un premier testament est emporté & annullé, avons-nous dit, par un second testament parfait; & cela a lieu, quand même il arriveroit que l'héritier institué dans ce testament postérieur ne voudroit pas de l'hérédité, & la répudioit, ou qu'il ne seroit pas héritier pour être décédé avant le testateur, ou parce que la condition sous laquelle il avoit été institué, seroit venue à manquer, comme il est dit mot à mot dans ce texte; car alors il y auroit lieu d'ouvrir la succession *ab intestat*.

Il n'en est pas de même, lorsque l'héritier institué dans le testament postérieur & parfait se trouve incapable d'être institué, ou indigne de l'hérédité, c'est-à-dire, qu'alors on n'ouvre pas la succession *ab intestat*; en sorte que le premier testament n'est pas révoqué, mais subsiste en faveur des héritiers y nommés, au préjudice des successeurs légitimes: on le juge du moins ainsi au Parlement de Toulouse, *Maynard*, liv. 8. chap. 50. *Cambolas*, liv. 5. chap. 36. *Catellan*, liv. 2. chap. 83; quoiqu'on juge au contraire dans les autres Parlemens que dans ces deux cas il y a lieu d'ouvrir la succession *ab intestat*, comme on le voit par les Arrêts rapportés au Journal du Palais du 9 Avril 1669 & 25 Février 1672; car au surplus on confond entièrement aujourd'hui en France les indignes avec les incapables, ainsi qu'il est remarqué par *Catellan*, liv. 2. chap. 83. *in fine*.

Il semble qu'à s'en tenir aux vrais principes, il faudroit juger que lorsque l'héritier institué dans un second testament est une personne incapable de recueillir l'hérédité, comme seroit une personne morte civilement, ou le tuteur du testateur, &c. cette institution devant être regardée comme non écrite, ne peut pas former d'empêchement à la validité du précédent testament; & que lorsque c'est une personne indigne qui a été instituée héri-

siere, tel qu'un adultere, ou une concubine, le premier testament devoit être emporté, & la succession *ab intestat* ouverte en faveur des héritiers du sang, parce que l'indigne peut recueillir l'hérédité qui lui a été déferée, quoiqu'il ne puisse pas la conserver, *Leg. 2. ff. de his quæ ut indignus*: mais il semble que le Droit François considère les indignes, aussi-bien que les incapables, comme inhabiles les uns & les autres de recueillir les dispositions qui auroient été faites en leur faveur; de façon qu'elles sont censées non écrites; ce qui paroît autoriser la Jurisprudence de cette Province.

Au reste, nous parlons toujours d'un dernier testament parfait; car s'il étoit imparfait, comme s'il n'étoit pas achevé, ou qu'il y manquât quelque-une des solemnités requises par les Loix & par les Ordonnances, il seroit nul & de nul effet, il ne révoqueroit pas le testament antérieur, & il n'y auroit pas lieu d'ouvrir la succession *ab intestat*. §. 7. *infra hoc titulo*.

§. 3. *Sed etsi priore testamento, jure perfecto, posterius æquè jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, & superius testamentum sublatum est.*

Le testament postérieur parfait révoque le précédent, quoique parfait, quand même dans le testament postérieur on n'auroit institué un héritier que pour certaines choses ou pour certains fonds, parce que cet héritier *in re certâ vel pro certo fundo* devient héritier universel, s'il n'a point d'autre cohéritier, comme il est décidé ici; mais si après avoir institué Pierre, par exemple, en une chose particulière, on nommoit dans le même testament un autre héritier, Pierre en ce cas ne seroit regardé que comme un simple légataire, sans être sujet aux dettes passives de l'hérédité, conformément à la Loi *quoties*, *cod. de heredib. instituend.*

Au surplus, l'héritier institué pour une chose particulière, quoiqu'il lui ait été donné un cohéritier, peut néanmoins devenir héritier universel, lorsque ce cohéritier vient à mourir avant le testateur, ou à répudier, par cette raison que nous avons déjà expliquée sur le Titre *de heredibus instituendis*, §. 5. ci-devant, *ne pro parte testatus & pro parte intestatus decedat testator*. *Catellan*, liv. 2. chap. 35.





riés contre le gré de leurs pere ou mere avant l'âge permis ; l'Ordonnance de 1639 , art. 2 , & l'Edit de 1697 les déclarant alors privés & incapables à jamais de tous avantages & de toutes successions , soit directes , ou collatérales , aussi-bien que les enfans nés de ces fortes de mariages.

§. 1. *Non tantùm autem liberis permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare , verùm etiam liberorum parentibus.*

Il est ici parlé du droit de légitime , laquelle n'a lieu , comme il est aisé de le comprendre , qu'en cas que les pere ou mere soient décédés après avoir fait un testament , c'est-à-dire , dans le cas de la succession testamentaire ; car autrement chacun des enfans trouve ce qu'il peut espérer des biens de ses pere & mere dans sa portion de leur succession *ab intestat*.

Cette légitime , comme l'on dit communément , est *quota pars bonorum , non hereditatis* , ce qui signifie , que les légitimaires ne sont pas tenus des dettes passives de l'hérédité ; parce que la légitime n'est prise que sur ce qui reste du patrimoine , après que les dettes en ont été déduites , & que l'héritier retenant la valeur du montant des dettes , il ne peut par conséquent se dispenser d'en faire le paiement.

Or ceux à qui la légitime est due par le Droit , sont , 1<sup>o</sup>. les enfans & descendans remplissant le premier degré , *Leg. 14. ff. de inoff. testam. Leg. 7. cod. eodem , & Novell. 115. cap. 3.* & ils doivent être institués en cette légitime , ou en ce qui leur est laissé pour leur en tenir lieu , comme nous l'avons dit sur le Titre de *exheredatione liberorum*.

2<sup>o</sup>. En défaut d'enfans la légitime est due aux ascendans , *diff. Leg. 14. & Leg. 15. ff. de inoff. testam. & Novella 115. cap. 4.* de sorte que les personnes qui décèdent sans enfans , laissant un pere ou une mere , ou à leur défaut d'autres ascendans , doivent les instituer en leur légitime , ou en ce qu'ils leur léguent , ou les exhéredér pour cause juste ; autrement , si les pere ou mere n'ont pas été institués en leur légitime ; ou s'ils ont été préterits & oubliés , ou s'ils ont été exhéredés sans expression de juste cause , le testament est nul , aux termes de la Nouvelle 115. & de l'Ordonnance concernant les Testamens de 1735 , art. 53 : ces causes pour lesquelles les ascendans peuvent être exhéredés , sont expliquées dans le chapitre 4. de ladite Nouvelle au nombre de huit.

*Legitima est quota pars bonorum , non hereditatis. Il est aisé de le comprendre, qu'en cas que les pere ou mere soient décédés après avoir fait un testament, c'est-à-dire, dans le cas de la succession testamentaire; car autrement chacun des enfans trouve ce qu'il peut espérer des biens de ses pere & mere dans sa portion de leur succession ab intestat.*

*Soror autem & frater , turpibus personis scriptis heredibus , ex sacris Constitutionibus preclari sunt.*

En défaut de descendans & d'ascendans du défunt , la légitime est due à ses freres & sœurs ; mais dans un seul cas , sçavoir , lorsque le défunt a institué pour héritier une personne deshonnête , suivant ce texte , & suivant la Loi 27. *cod. de inoff. testam.* c'est-à-dire , qu'alors si la légitime ne leur a pas été laissée dans le testament , ou quelque chose pour leur en tenir lieu , & laissée même à titre d'institution particuliere , ils ont droit , je pense , de le faire casser & annuler , aux termes des articles 50 & 53 de l'Ordonnance de 1735 , qui exige l'institution de tous ceux qui ont droit de légitime , sans qu'on puisse s'arrêter à la doctrine de Ricard , tom. 1. part. 3. chap. 8. sect. 2. qui enseigne que la légitime peut être laissée aux freres *quoquo relitti titulo*.

Ce droit de légitime n'est accordé qu'aux freres ou sœurs germains ou consanguins du testateur , & non aux utérins , suivant ladite Loi 27. *cod. de inoff. testam.* quoique Vinnius sur ce titre penche à l'accorder également aux utérins ; & par une personne deshonnête il faut entendre en cette matiere une personne marquée de quelque légère note d'infâmie , quoiqu'elle ne rende pas d'ailleurs incapable ou indigne d'être institué : un comédien , par exemple , une fille ou femme publique , un homme condamné pour crime au fouet ou aux galères à tems , &c. car l'infâmie dont il s'agit , ne donne droit qu'aux freres ou sœurs de faire annuler le testament ; au lieu que si le testateur avoit institué une personne incapable par sa qualité de pouvoir hériter , comme seroit son tuteur , &c. ou tout-à-fait indigne , comme seroit sa concubine ou son adultere , alors non seulement les freres & sœurs , mais tous les autres parens , quelqu'éloignés qu'ils fussent , pourroient attaquer & faire annuler sans difficulté le testament : cette distinction est conforme à ces paroles de la Loi citée , *si scripti heredes , infamiae , vel turpitudinis , vel levis notae macula aspergantur* , ne paroît pas avoir été bien expliquée par Ricard , tom. 1. part. 3. chap. 8. sect. 3. n. 910. & suiv.

*si scripti heredes, infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula aspergantur, ne paroît pas avoir été bien expliquée par Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 8. sect. 3. n. 910. & suiv.*

§. 3. Sed hac ita accipienda sunt, si nihil eis penitus relictum sit: sin vero quantacumque pars hereditatis, vel res eis fuerit relicta, id, quod eis deest, usque ad quartam repleatur.

L'Ordonnance des Testamens de 1735 s'est conformée à cette décision, en disant dans l'art. 51 que quelque modique que soit l'effet ou la somme pour lesquels ceux qui ont droit de légitime, auront été institués héritiers, le vice de la préterition ne pourra être opposé contre le testament, encore que le testateur eût disposé de ses biens en faveur d'un étranger.

Il y est parlé d'un effet ou d'une somme, parce que la légitime doit être véritablement une portion des biens ou de l'hérédité du testateur; & de-là vient que par Arrêt rapporté dans Albert, verb. testament, art. 4. le testament d'un pere fut cassé par préterition à cause qu'il n'y avoit institué un de ses enfans que pour les frais qu'il avoit employés à le faire étudier; il en seroit de même, si on ne laissoit au légitimaire qu'une pension, à titre même d'institution.

Il est ajouté, quelque modique que soit l'effet ou la somme, comme si le légitimaire n'avoit été institué qu'en une somme de cinq sols: sur quoi il faut pourtant observer que si on ne laissoit par une clause vague & générale que cinq sols à ses parens, les instituant en ce ses héritiers particuliers, sans y nommer expressément chacun des légitimaire, & les instituer, ceux-ci seroient censés préterits: on ne les regarderoit pas comme institués par une clause de cette espèce, & le testament seroit nul; on le jugeroit ainsi avant l'Ordonnance de 1735, & on le jugeroit de même aujourd'hui, d'autant plus qu'en l'article 50 elle veut que les légitimaire soient institués en les appellant par leur nom, ou les désignant de telle maniere que chacun d'eux y soit compris. Vid. Cambolas, liv. 2. chap. 15. Muynard, liv. 5, chap. 11. Catellan, liv. 2. chap. 33.

Enfin il est dit, quand même le testateur eût disposé de ses biens en faveur d'un étranger: ce qui est encore conforme à la Nouvelle 18, cap. 1, au texte de la Nouvelle 117, & à l'ancienne Jurisprudence.

Au reste, lorsqu'un étranger ou un collatéral est institué par une personne qui a des enfans, auxquels elle n'a laissé que leur légitime, ou moins que leur légitime, il y a alors le plus

*L'ancien en l'ajoutant de la légitime et celle qui le droit pour un appellet actio legittima*  
*Le testateur est autorisé à instituer des légitimaire, et celle somme qui y est assignée, et ceux qui y ont droit de légitime, et de l'ajoutant de la préterition, pourvu qu'ils aient été désignés expressément, et de l'ajoutant de la préterition, pourvu qu'ils aient été désignés expressément, et de l'ajoutant de la préterition, pourvu qu'ils aient été désignés expressément.*  
*Il est ajouté, quelque modique que soit l'effet ou la somme, comme si le légitimaire n'avoit été institué qu'en une somme de cinq sols: sur quoi il faut pourtant observer que si on ne laissoit par une clause vague & générale que cinq sols à ses parens, les instituant en ce ses héritiers particuliers, sans y nommer expressément chacun des légitimaire, & les instituer, ceux-ci seroient censés préterits: on ne les regarderoit pas comme institués par une clause de cette espèce, & le testament seroit nul; on le jugeroit ainsi avant l'Ordonnance de 1735, & on le jugeroit de même aujourd'hui, d'autant plus qu'en l'article 50 elle veut que les légitimaire soient institués en les appellant par leur nom, ou les désignant de telle maniere que chacun d'eux y soit compris. Vid. Cambolas, liv. 2. chap. 15. Muynard, liv. 5, chap. 11. Catellan, liv. 2. chap. 33.*  
*Enfin il est dit, quand même le testateur eût disposé de ses biens en faveur d'un étranger: ce qui est encore conforme à la Nouvelle 18, cap. 1, au texte de la Nouvelle 117, & à l'ancienne Jurisprudence.*  
*Au reste, lorsqu'un étranger ou un collatéral est institué par une personne qui a des enfans, auxquels elle n'a laissé que leur légitime, ou moins que leur légitime, il y a alors le plus*

souvent de grandes présomptions de captation du testament & de suggestion; mais le moyen pris ordinairement dans ces occasions par les enfans, de ce que le testament a été fait *ab irato* *patre*, *vel ab irata matre*, n'est guère considérable, sur-tout dans les Pays de Droit Ecrit, où, pourvu que les enfans aient été institués en leur légitime ou en ce qui leur a été laissé, on peut disposer de ses biens, comme nous l'avons dit, au profit même d'un étranger; & il l'est encore moins, quand les enfans ont eu une mauvaise conduite; & que les pere ou mere auroient raison d'être en colere contr'eux: ainsi on n'a guère égard à ce moyen, & on réserve seulement aux enfans de prouver la captation & la suggestion; cela a été ainsi jugé par divers Arrêts modernes. On peut voir au sujet de ces testamens qu'on prétend avoir été fait dans la colere, Ricard, tom. 1. chap. 3. sect. 14.

Pour ce qui est de la suggestion, elle est encore souvent difficile à prouver; car en thèse, & sur-tout lorsqu'il ne s'agit pas des testamens faits au préjudice des enfans, ou par des personnes foibles d'esprit, on tient qu'il ne suffit pas d'alléguer vaguement la suggestion, ou quelques moyens douteux & incertains, mais qu'il faut articuler des faits précis & concluans de suggestion pour en faire admettre la preuve: Saeve, tom. 2. cent. 1. chap. 7. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 1. n. 47. on tient encore qu'il n'y a guère que les faits de suggestion consistant en des inspirations insidieuses, en dol, ou en artifices mauvais & frauduleux, qui soient capables d'annuler un testament, comme ne contenant pas la véritable volonté du testateur, mais que les caresses, les services, les prières, & les préiens même à l'égard du testateur ne sont pas défendus. Vid. Manoch, de arbitrar. cas. 395. n. 43. & suiv. Ricard, dict. loc. n. 59.

L'article 52 de l'Ordonnance de 1735 porte aussi que ceux à qui il aura été laissé moins que leur légitime à titre d'institution, pourront former leur demande en supplément de légitime, cela fondé sur le texte que nous expliquons, & sur la Loi 30. *cod. de inoff. testam.* qui n'accordoit la plainte d'inofficiosité que dans le cas où il n'avoit été rien laissé au légitimaire, & dans le cas contraire vouloit que la légitime fût remplie, ce que nous appelons action en supplément de légitime, laquelle avoit pareillement lieu avant l'Ordonnance de 1735, comme on le voit dans Cambolas & Catellan, *dictis locis*.





claré qu'elle n'entendoit pas donner atteinte aux Statuts qui permettent par exprès de laisser la légitime à autre titre que celui d'institution : cependant il n'est pas prudent même à Montpellier de manquer à l'institution des légitimaires.

Pour ce qui est de la prohibition du supplément de la légitime portée par ce Statut, la Jurisprudence du Parlement de Toulouse avoit expliqué la chose, de façon que les habitans de Montpellier pouvoient se contenter de laisser à un enfant la moitié de la légitime, mais que s'il avoit été laissé au dessous de cette moitié, l'enfant avoit droit de demander la légitime entière. *Maynard, liv. 7. chap. 17.*

Cependant l'Ordonnance de 1735, art. 52. que nous venons de citer, ayant voulu que le supplément eût lieu dans tous les Pays & dans tous les cas où il n'avoit pas été admis, ou avoit été prohibé jusqu'alors, & ayant ajouté en l'art. 55. que dans les Pays même où les Statuts permettent par exprès de laisser la légitime à autre titre que celui d'institution, la demande en supplément de légitime auroit lieu en la manière déjà ordonnée par l'art. 52. je tiens que le Statut de Montpellier se trouve assez clairement abrogé par ladite Ordonnance, quant à la prohibition d'ailleurs odieuse du supplément de la légitime; en sorte que les habitans de Montpellier n'ont plus la liberté de ne laisser, souvent sans aucune raison, à leurs enfans que la moitié de la légitime, & que les enfans ne sont plus obligés de s'en contenter, sans qu'on puisse alléguer que quant à la ville de Montpellier la moitié de la légitime doit être regardée comme une légitime entière, aux termes de la Jurisprudence rapportée par *Maynard*; car ce raisonnement est mauvais, puisqu'au contraire la Jurisprudence des Arrêts n'avoit fait qu'apporter un tempérament à la rigueur du Statut, en voulant que la moitié de la légitime fût léguée à l'enfant, & qu'autrement la même Jurisprudence lui accordoit la légitime en entier, ou exigeoit même pour que les parens pussent se contenter de ne laisser que la moitié de la légitime dans des testamens olographes, qu'ils appellassent des témoins à ces testamens, tout comme aux autres; en conformité dudit Statut, comme il avoit été jugé par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 28 Juin 1729 dans la cause du sieur de Lagardie contre M. Tremulet, Président en la Cour des Aydes: en un mot, on n'avoit jamais confondu ni prétendu confondre la moitié de la légitime

légitime avec la légitime entière telle que de droit, la moitié de la légitime léguée n'étoit pas, mais valoit & équipolloit tout au plus à une légitime entière, à l'effet d'opérer seulement que le supplément fût alors prohibé; au lieu que, suivant l'Ordonnance, le supplément doit avoir lieu aujourd'hui dans les Pays même & dans les cas où il avoit été prohibé, ou n'avoit pas été admis: on n'avoit cherché enfin qu'à mitiger la dureté du Statut; mais il n'y a plus d'adoucissement à pratiquer depuis cette Ordonnance, qui dans tous les Pays & dans tous les cas veut que si on a laissé au légitimaire moins que la légitime qui lui est accordée par le Droit, il ait toujours indistinctement l'action pour en demander le supplément.

Dans les Pays Coutumiers il n'est point dû de légitime aux ascendants sur les biens de leurs enfans, quoique décédés sans enfans, *Louet & Brodeau, lettre L. chap. 1. Le Brun, des success. liv. 1. chap. 5. sect. 8. n. 27.* mais dans les Pays de Droit Ecrit la légitime est due aux pere & mere ou autres ascendants sans difficulté par les enfans qui décèdent sans postérité; ce qui a lieu, quand même les ascendants seroient remariés, comme l'observe *Dolive, liv. 3. chap. 7. & 8.* cette légitime se règle, en égard au total des biens du défunt, & est le tiers du total desdits biens, à partager entre les pere & mere, s'ils vivent, ou pour l'un d'eux seulement, si l'autre est décédé: & en défaut des pere & mere, il en est de même des autres ascendants. *Dolive, liv. 3. chap. 9.*

Autrefois quand l'enfant décédé avoit laissé, outre ses ascendants, des freres ou des soeurs, & qu'il avoit institué quelqu'un de ses freres ou soeurs, la légitime du pere ou de la mere n'étoit réglée qu'au tiers de ce qu'ils auroient eu, si l'enfant étoit mort *ab intestat*, c'est-à-dire, qu'elle n'étoit que le tiers du tiers de l'hérédité; au lieu que si l'enfant avoit institué une personne étrangère, la légitime de l'ascendant étoit alors réglée sans aucune difficulté au tiers du total, *Dolive, diff. loc. Castellan, liv. 2. chap. 84. Boutaric, Instit. pag. 300.* mais l'Ordonnance de 1735, art. 61, a changé cette Jurisprudence, & a voulu que la légitime des ascendants dans les lieux où elle leur est due, fût toujours réglée, en égard au total des biens, soit que le défunt ait institué ses freres ou soeurs, soit qu'il ait institué des étrangers.

Dans le p. vis. c. 1. m. 1.  
 l'usage de la Coutume de Paris  
 est de donner la moitié de la  
 légitime aux enfans.  
 cette Coutume est suivie  
 au lieu de la Coutume de Paris  
 dans plusieurs Pays de Droit  
 Ecrit.  
 l'usage de la Coutume de Paris  
 est de donner la moitié de la  
 légitime aux enfans.  
 cette Coutume est suivie  
 au lieu de la Coutume de Paris  
 dans plusieurs Pays de Droit  
 Ecrit.

298 **LES INSTITUTIONS**  
 Pour ce qui est des enfans & descendans, leur légitime est réglée par l'article 298 de la Coutume de Paris, à la moitié de la part & portion que chacun auroit eu en la succession *ab intestat* de ses pere, mere, ayeuls, ou autres ascendans; & à l'égard même des Coutumes qui ne régissent pas la légitime des enfans, les derniers Arrêts ont jugé qu'il falloit suivre la Coutume de Paris plutôt que le Droit Romain; mais dans tous les Pays de Droit Ecrit on suit pour la quotité de la légitime la Nouvelle 18. cap. 1. qui veut que lorsqu'il y a quatre enfans ou au dessous, ils aient pour leur légitime le tiers de l'entiere hérédité à partager entre eux, & la moitié, lorsqu'il y a plus de quatre enfans: sur quoi on a fait ce distique.

*Quatuor aut infra natis dant Jura trientem,  
 Semissem verò, se fuerint quinque vel ultra.*

Pour ce qui est des freres ou soeurs du testateur; dans le cas où ils ont droit de légitime, *instituta turpi persona*, leur légitime est aussi réglée au tiers ou à la moitié de la succession à partager entr'eux.

Du reste, les enfans représentent leurs pere ou mere prédécédés, quant à la succession & quant à la légitime: ainsi un des enfans en premier degré, venant à prédécéder, laissant des enfans, ceux-ci n'auront, dans le cas où leur ayeul a fait testament, d'autre légitime tous ensemble sur les biens de cet ayeul, que celle que leur pere auroit eu, s'il avoit vécu; c'est-à-dire, que tous les petits-fils nés d'un même enfant ne sont comptés que pour un, lorsqu'il y a d'autres enfans en premier degré, ou d'autres petits-fils d'un autre enfant aussi prédécédé, parce qu'alors ils ne viennent les uns & les autres que par droit de représentation. *Ranchin & Bornier, verb. legitimus, art. 31. & 32. Le Brun, des success. liv. 2. chap. 3. sect. 3. n. 3.*

Si au contraire un ayeul ne laisse que des petits-fils d'un seul & unique fils décédé, alors ils viennent *proprio jure*, plutôt que comme représentant leur pere, & peuvent même avoir pour leur légitime plus que n'auroit eu leur pere, c'est-à-dire, non seulement le tiers des biens à partager, lorsqu'ils sont au nombre de quatre, mais même; & sur-tout lorsque l'ayeul institué un étranger, ils doivent avoir la moitié de l'hérédité, s'ils sont cinq

**DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. XVIII. 299**  
 ou davantage, tandis que leur pere n'auroit eu que le tiers. *Le Brun, dist. loc. n. 2. Boutaric, Instit. pag. 303. & 389.*

On fait entrer dans la masse des biens & dans le patrimoine pour régler les légitimes, non seulement tous les biens que le pere ou la mere qui doit la légitime, a laissé en mourant, mais encore les donations entre-vifs qu'il pourroit avoir fait à ses enfans de son vivant, soit à titre de dot, ou autrement, & les donations même entre-vifs qu'il pourroit avoir fait à des personnes étrangères; & en un mot, on y fait entrer tout ce dont le pere ou la mere a disposé à titre gratuit, soit entre-vifs, ou à titre de mort, sans distinguer, si c'est en faveur des enfans ou en faveur des étrangers, *Duperier, liv. 1. quest. 2. Ricard, des donations, tom. 1. part. 3. ch. 8. sect. 8.* quoi qu'en dise ici *Boutaric*, qui s'est retracté lui-même sur l'article 34 de l'Ordonnance des Donations de 1731; mais on n'y fait pas entrer les donations des fils ou filles Religieuses, lesquels étant mort civilement ne sont pas non plus au nombre des enfans capables de légitime, *Le Brun, des success. liv. 2. chap. 3. sect. 6. n. 15.*

Lorsque les biens que le testateur a laissé en mourant, sans en avoir disposé, ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de dernière volonté, ne suffisent pas pour parfourner la légitime des enfans, en égard à la totalité des biens compris dans les donations entre-vifs par lui faites, & de ceux qui n'y sont pas compris; lesdites donations entre-vifs sont retranchées comme inofficieuses, à concurrence de ce qui manque pour parfourner la légitime des enfans, & l'on retranche pareillement les dots même au prorata; mais ce retranchement ne se fait pas par contribution sur toutes les dots & donations entre-vifs: au contraire il se prend premierement sur la dernière donation ou dot, & subsidiairement sur les autres, en remontant des dernières aux premières; & lorsqu'un ou plusieurs des donataires sont du nombre des enfans du donateur, qui auroient eu droit de demander leur légitime sans la donation qui leur a été faite, ils retiennent les biens à eux donnés, à concurrence de la valeur de leur légitime, & ne sont tenus de la légitime des autres enfans que pour l'excédant: telle est la disposition de l'article 34 de l'Ordonnance des Donations du mois de Février 1731, ce qui est conforme à la Jurisprudence rapportée par *Cambolas, liv. 2. chap. 30. Graverol sur La Roche, liv. 6. titr. 63. art. 14.*

On jugeoit autrefois à la vérité que les dots qui se trouvoient inofficieuses, ne pouvoient être retranchées pour la légitime des autres enfans qu'après la mort du mari auquel la dot avoit été constituée, qui étoit regardé quant à cette dot comme un créancier, *Graverol, dist. loc. Dolive, liv. 3, chap. 21. Catellan, liv. 4, chap. 65. Boutaric, Instit. pag. 305.* mais cette Jurisprudence a été abrogée avec raison par l'article 35 de la même Ordonnance de 1731, qui porte que la dot, même celle qui aura été payée en deniers, sera sujette au retranchement pour la légitime dans l'ordre dont on vient de parler, & que cela aura lieu, quoique la légitime soit demandée pendant la vie du mari.

§. 4. & 5. *Si tutor nomine pupilli, &c.*

Il résulte de ces deux paragraphes que l'approbation du testament du pere faite par le fils en recevant le legs qui lui avoit été laissé, l'empêchoit d'attaquer ensuite le testament comme inofficieux, ainsi que nous l'avons déjà dit sur le paragraphe précédent, & que même après avoir attaqué le testament par inofficieux, & avoir succombé, l'enfant n'étoit plus recevable à demander le legs qui lui avoit été fait; mais tout cela paroît inutile parmi nous, où la plainte d'inofficieux n'a presque plus lieu, & où, comme nous l'avons remarqué, la réception du legs n'empêche pas l'enfant de demander le supplément de sa légitime.

Au surplus, quant à la fausseté ou à la nullité du testament, la réception du legs n'empêche pas de les proposer, ni que le légataire ne puisse ensuite attaquer le testament comme faux ou comme nul, ni qu'après l'avoir ainsi attaqué sans succès, il ne puisse demander le legs y contenu; parce que dans ces deux cas *judicium defuncti non impugnatur*, comme par la querelle d'inofficieux, *sed de jure tantum disputatur. Leg. 5. & 24. ff. de his que ut indignis, Catellan, liv. 2, chap. 33.*

§. 6. *Igitur quartam quis debet habere ut de inofficioso agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit.*

Ceci a été abrogé par la Nouvelle 115, cap. 3, qui veut expressément que la légitime soit laissée sous le titre d'institution, & non par aucun legs, donation, ou fidéicommis, *nec si per quam-*

*libet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel aliam quemcumque modum eis dederit Legibus debitam portionem*, sans quoi elle ordonne que le testament soit nul, quant à l'institution de l'héritier, tout comme s'il y avoit une prétérition absolue; & cela se juge ainsi, quand même le testament contiendroit la clause codicillaire, laquelle est à cet égard de nul effet, & ne sauroit couvrir la nullité résultante de la prétérition ou du défaut d'institution de quelqu'un des légitimaires: le Parlement de Toulouse le décida de cette manière par un Arrêt du 3 Juillet 1740, qui cassa le testament du sieur Antoine Viala du 25 Mai 1724, lequel en instituant son épouse héritière n'avoit fait que des legs à ses enfans, sans les instituer ses héritiers particuliers, bien que ce testament contint la clause codicillaire. On peut voir ce que j'ai déjà dit à ce sujet sur le Titre de *exheredatione liberorum*, in princip.

Cependant quoique la légitime doive toujours être laissée sous le titre honorable d'institution, & non par simple legs, donation, ou fidéicommis, à peine de nullité, on n'a pas laissé de douter si cela devoit avoir lieu dans le cas même d'un fidéicommis universel, c'est-à-dire, si le fils ou les enfans qui n'avoient pas été institués héritiers particuliers en ce qui leur avoit été légué, mais qui avoient été substitués par un fidéicommis universel & conditionnel, devoient être regardés comme prétérits, ou si du moins ce fidéicommis universel fait en leur faveur ne couvroit pas le vice de la prétérition ou du défaut d'institution, en rejetant seulement tout délai, quant à la légitime desdits enfans substitués.

Les uns tiennent, sur le fondement de la Loi 36. §. 1. *cod. de inoff. test. m.* que le testament est alors valable, & que le vice de la prétérition ou du défaut d'institution est couvert par le fidéicommis universel fait en faveur du légitimaire; parce qu'ils prétendent que la Loi citée n'a pas été abrogée par la Nouvelle 115. *Vid. Ferrieres, in quest. 456. de Guypap. Dolive, liv. 5, chap. 12. in fine; Duperier, liv. 1, quest. 24. Boutaric, Instit. pag. 308.*

Les autres soutiennent que l'enfant n'est pas suffisamment institué au moyen d'un fidéicommis universel, que le vice de la prétérition n'est pas couvert, & que la Nouvelle 115 a abrogé en ce point les Loix du Code, d'autant plus qu'elle ne distingue point les legs ou fidéicommis, soit particuliers, soit universels,





suivant ces termes, *nec si per quemlibet legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum*; & cet avis paroît même appuyé sur l'article 50 de l'Ordonnance des Testamens de 1735, qui semble n'avoir fait autre chose que se conformer à ladite Nouvelle 115, pour ce qui concerne les Pays de Droit Ecrit, où ladite institution d'héritier est nécessaire. *Vid. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 8. n. 854. & suiv. la glose sur la Loi 36. §. 1. cod. de inoff. testam. Henrys, tom. 1. liv. 5. quest. 27.*

C'est conformément à ce dernier sentiment que la question a été jugée par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 23 Août 1747, rendu au rapport de M. Reymond pour la demoiselle Cluzet & la demoiselle Vidal de ladite ville de Toulouse contre la demoiselle Genères leur mere, veuve du sieur Brandelac, Marchand; ladite demoiselle Genères avoit été instituée héritière par le testament clos du sieur Brandelac son mari du 18 Décembre 1732, antérieur même à l'Ordonnance de 1735, par lequel il avoit fait un legs de 5000 liv. à chacun de ses enfans, sans les instituer ses héritiers particuliers, donnant la faculté à ladite demoiselle Genères de partager l'hérédité entre ses enfans, auxquels il la chargeoit de rendre à la fin de ses jours, & d'avantager ceux qu'elle trouveroit à propos; lesdites demoiselles Cluzet & Vidal avoient même reçu depuis ce testament de la part de leur mere le paiement de leurs légats & du supplément de légitime dont elles avoient fait quittance; & néanmoins il fut jugé malgré tout cela, & sans avoir égard aux fins de non-recevoir qui leur étoient opposées, que le testament étoit nul quant à l'institution héréditaire faite en faveur de la mere, au fideicommiss dont elle étoit chargée envers ses enfans, & à la faculté qui lui avoit été donnée d'avantager certains d'entr'eux; & ces demoiselles furent maintenues chacune en un cinquième de la succession de leur pere qui avoit laissé cinq enfans, avec restitution des fruits depuis son décès, sans avoir non plus aucun égard à la clause codicillaire insérée audit testament, & sans préjudice néanmoins de l'exécution du surplus des dispositions y contenues.

Il y a encore un autre Arrêt du 17 Mars 1746, qui cassa le testament de la Dame de Peyre fait en faveur du sieur de l'Hôpital son mari, à la charge de rendre l'hérédité à leur fils, parce que ce fils n'avoit pas été institué héritier particulier, & ne laissa subsister ce testament que pour les légats.

Il faut décider la même chose dans le cas de la substitution vulgaire faite en faveur du fils, malgré la Loi 43. §. 2. *ff. de vulgar.* quoi qu'en dise Ricard, *ditto loco*, c'est-à-dire, qu'elle ne sauroit couvrir non plus le vice de la prétériton ou du défaut d'institution du légitimaire; parce que cette substitution, non plus que le fideicommiss même universel, n'est rien moins qu'une institution actuelle, présente, & sans condition, telle qu'elle est requise par la Nouvelle 115.

Au reste, les Arrêts des 3 Juillet 1740, 17 Mars 1746, & 23 Août 1747, dont nous venons de parler, n'ont été rendus que contre des mere ou pere institués héritiers; mais il y a lieu de dire que la prétériton ou le défaut d'institution de quelqu'un des légitimaires doit opérer le même effet & la même nullité du testament, quand même l'un d'entr'eux, comme, par exemple, l'aîné, se trouveroit institué héritier universel, attendu que la Nouvelle 115 ne fait aucune distinction à ce sujet, & que l'Ordonnance de 1735, art. 50 & 53, ne distingue pas non plus. On trouve des Arrêts à ce sujet dans *Henrys, tom. 1. liv. 5. quest. 27 & quest. 40. de l'édition de 1708*, & un autre Arrêt dans le *Journal du Palais, tom. 2. pag. 537.* où l'on n'eut même aucun égard à l'approbation du testament faite par le légitimaire.

On doit aussi remarquer que quoique par l'Arrêt qu'on lit dans *Catellan, liv. 2. chap. 33.* il ait été jugé qu'un fils légataire dans le testament de sa mere d'une somme sans titre d'institution ne pouvoit pas, après reçu ce légat ou sa légitime, demander ensuite la cassation du testament, sous prétexte de ce défaut d'institution; parce que cette nullité se réduisoit à une plainte d'officieuxité, en laquelle il étoit irrécusable, puisqu'en recevant le legs il avoit approuvé la manière & les termes dans lesquels il lui avoit été fait: on juge aujourd'hui tout le contraire, parce qu'il ne s'agit pas, dit-on, d'une plainte d'officieuxité, mais d'une nullité essentielle prononcée par la Nouvelle 115; & que, suivant la Loi 5. *ff. de his qua ut indignis*, la quittance ou réception du légat, quoiqu'elle exclue la plainte d'officieuxité, n'exclut pas celle de la nullité du testament; & cela a été jugé de même par les Arrêts des 3 Juillet 1740 & 23 Août 1747, dont nous venons de parler, qui n'ont eu aucun égard aux acquiescemens des légitimaires.

*Vel inter vivos, in iis casibus quorum mentionem facit nostra Constitutio.*

Par le Droit Romain, en la Loi 29 & en la Loi 35, *cod. de inoff. testam.* il n'y avoit que les dots constituées à la fille, ou les donations faites au fils à cause de nocces, qui dussent être imputées en la légitime par les enfans: car les autres donations que les parens pouvoient leur avoir fait de leur vivant, n'étoient pas imputables, si elles n'avoient été faites nommément sous la condition de cette imputation; mais cela n'est pas observé en France, où toutes les donations faites aux enfans par leurs pere ou mere, soit entre-vifs, ou à cause de mort, étant regardées comme faites en avancement d'hoirie, sont aussi toutes sujettes à être imputées en la légitime, de même qu'à être rapportées dans la succession *ab intestat*, si elles n'en ont été dispensées par le donateur. *Vid. Dolive, liv. 5. chap. 30. Cambolas, liv. 2. chap. 16. Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 8. sect. 11.*

On dispense pourtant de l'imputation en la légitime les dépenses & frais que le pere a fait pour l'éducation de son fils, ou pour ses études, de même que les fruits, qui ne sont jamais imputés par les descendans, ni même par les ascendans, sur leur légitime; mais on soumet à cette imputation ce que le pere a dépensé pour l'établissement de son fils, ou pour lui faire prendre un emploi, &c. *Vid. Catellan, liv. 2. chap. 64.*

Lorsqu'un enfant a reçu des donations ou une dot de son pere pendant sa vie, quoiqu'à concurrence de ce que peut monter sa légitime, ou au-delà, & qu'ensuite le pere ne fait pas mention de lui dans son testament; & ne l'institue pas du moins son héritier particulier en la dot ou donation qu'il lui avoit fait, cet enfant doit sans difficulté être regardé comme préterit, aux termes de la Nouvelle 115, & peut faire casser le testament par préterition ou par le défaut d'institution en ce qui lui avoit été donné; on le jugeoit ainsi avant l'Ordonnance de 1735, comme il paroît par l'Arrêt rapporté dans le *Journal du Palais, tom. 1. pag. 267.* & on le jugeroit de même aujourd'hui, malgré ce que dit *Boutaric, Instit. pag. 309.* puisque ladite Ordonnance n'a rien changé à cela, & veut au contraire dans les art. 50 & 53 que le défaut d'institution du légitimaire soit toujours un moyen de nullité du testament, sans distinguer même si c'est un étranger

*Les donations faites par le pere pendant sa vie au fils à cause de nocces, ou au fils à cause de mort, sont sujettes à être imputées en la légitime, de même qu'à être rapportées dans la succession ab intestat, si elles n'en ont été dispensées par le donateur. On dispense pourtant de l'imputation en la légitime les dépenses & frais que le pere a fait pour l'éducation de son fils, ou pour ses études, de même que les fruits, qui ne sont jamais imputés par les descendans, ni même par les ascendans, sur leur légitime; mais on soumet à cette imputation ce que le pere a dépensé pour l'établissement de son fils, ou pour lui faire prendre un emploi, &c. Vid. Catellan, liv. 2. chap. 64. Lorsqu'un enfant a reçu des donations ou une dot de son pere pendant sa vie, quoiqu'à concurrence de ce que peut monter sa légitime, ou au-delà, & qu'ensuite le pere ne fait pas mention de lui dans son testament; & ne l'institue pas du moins son héritier particulier en la dot ou donation qu'il lui avoit fait, cet enfant doit sans difficulté être regardé comme préterit, aux termes de la Nouvelle 115, & peut faire casser le testament par préterition ou par le défaut d'institution en ce qui lui avoit été donné; on le jugeoit ainsi avant l'Ordonnance de 1735, comme il paroît par l'Arrêt rapporté dans le Journal du Palais, tom. 1. pag. 267. & on le jugeroit de même aujourd'hui, malgré ce que dit Boutaric, Instit. pag. 309. puisque ladite Ordonnance n'a rien changé à cela, & veut au contraire dans les art. 50 & 53 que le défaut d'institution du légitimaire soit toujours un moyen de nullité du testament, sans distinguer même si c'est un étranger ou*

DU DROIT FRANÇOIS. LIV. II. TIT. XIX. 305  
ou un des enfans qui ait été institué héritier universel; de sorte que les pere & mere qui ont constitué des dots ou fait des donations à quelqu'un de leurs enfans durant leur vie, ne doivent pas manquer de les instituer héritiers particuliers dans leur testament, du moins en ce qu'ils leur ont déjà donné, pour éviter la cassation du testament.

TITRE XIX.

De Heredum qualitate & differentiâ.

§. 1. *Necessarius heres est servus à domino institutus.*

CECI est inutile parmi nous, n'y ayant point d'esclaves, d'autant mieux qu'il n'y a que d'héritiers volontaires en France, comme nous l'allons dire.

§. 2. *Sui autem & necessarii heredes sunt liberi qui in potestate morientis fuerint, sed his Prætor permittit volentibus abstinere hereditate.*

Par l'Edit du Préteur, dont il est ici parlé, les enfans, lorsqu'en la puissance du testateur, ayant la liberté de s'abstenir de l'hérédité paternelle, on ne peut plus les regarder comme des héritiers nécessaires: aussi tenons-nous pour une maxime constante dans ce Royaume, conformément à la Coutume de Paris, art. 316, que nul n'est héritier qui ne veut, c'est-à-dire, que tous les héritiers sont volontaires; ce qui convient tant aux enfans éman-

cipés, ou non, qu'à tous autres héritiers & successeurs. Cela n'a rien de contraire à cette autre maxime qui est également générale en France, prise de l'article 318 de la même Coutume de Paris, sçavoir, que le mort saisit le vif, c'est-à-dire, que tout héritier, soit par testament, ou *ab intestat*, soit en ligne directe ou collatérale, est saisi de plein droit de la succession, & la transmet même à ses héritiers, soit qu'avant sa mort il l'eût acceptée, ou non, puisqu'en France *hereditas etiam non adita* transmittitur; qu'en un mot toute hérédité ou succession est acquise dès le moment qu'elle est déferée, indépendamment de toute acceptation: car quoique la Loi déferre à l'héritier habile l'hérédité dès la mort du défunt, il lui est libre de rejeter ce

*non est utile in nos, non habens servos, & cum heredes voluntarii sint in Francia, ut dicitur in articulo sequenti. Ceterum in hoc articulo dicitur de hereditate paterna, quod non potest esse nisi in potestate. Maxima est in Regno, conformiter ad Consuetudinem Parisiensem, articulo 316, quod nemo est heres qui non velit, id est, quod omnes heredes sunt voluntarii: quod convenit tam liberis emancipatis, quam non emancipatis, & omnibus aliis heredibus & successoribus. Hoc non est contrarium ad aliam maxime, quæ est generalis in Francia, sumpta ex articulo 318 eisdem Consuetudinis Parisiensis, scilicet, quod mortuus saisit vivum, id est, quod omnis heres, sive testamento, sive ab intestato, sive in linea directa, sive in linea collateralis, est saisitus pleno jure successione, & transmittit eam ad suos heredes, sive antea eam accepisset, sive non, quia in Francia hereditas etiam non adita transmittitur: quod in summa omnis hereditas, seu successio, acquiritur ab instante, independenter ab omni acceptatione: quia licet Lex deferat hereditatem habili heredi ab instante, non est ei liberum, ut rejectet eam.*

*Qq*  
*non potest esse nisi in potestate. Maxima est in Regno, conformiter ad Consuetudinem Parisiensem, articulo 316, quod nemo est heres qui non velit, id est, quod omnes heredes sunt voluntarii: quod convenit tam liberis emancipatis, quam non emancipatis, & omnibus aliis heredibus & successoribus. Hoc non est contrarium ad aliam maxime, quæ est generalis in Francia, sumpta ex articulo 318 eisdem Consuetudinis Parisiensis, scilicet, quod mortuus saisit vivum, id est, quod omnis heres, sive testamento, sive ab intestato, sive in linea directa, sive in linea collateralis, est saisitus pleno jure successione, & transmittit eam ad suos heredes, sive antea eam accepisset, sive non, quia in Francia hereditas etiam non adita transmittitur: quod in summa omnis hereditas, seu successio, acquiritur ab instante, independenter ab omni acceptatione: quia licet Lex deferat hereditatem habili heredi ab instante, non est ei liberum, ut rejectet eam.*



Sommaire du titre D 19. De studium qualitate  
et differentia.

en France les substitutions sont volontaires pas accepta est l'acte de l'accepter  
ou de repudier l'héritage qui nous est laissé.

il faut que l'héritier soit capable de l'acte lors du testament et  
lors du décès du testateur. on se contente même qu'il soit capable  
lors du décès du testateur.

L'institution d'héritier a peut être faite qu'en faveur de ceux  
qui sont ou onus lors de la mort du testateur art. 49. de  
l'ord. de 1735. ainsi que des institutions testamentaires,  
car pour les institutions contractuelles elles ont lieu quoique l'he-  
ritier ne soit pas et lors de la mort du testateur. art. 19. de l'ord.  
de 1701. on peut substituer auti si du commissaire on est  
ceux qui sont ou onus et lors de la mort du testateur. L'acceptation  
de l'héritier est alors la si du commissaire.

L'héritier peut accepter l'héritage ou le repudier pourvu qu'il  
ne le fasse ni en son nom ni dans l'héritage ou qu'il ne le fasse que pour  
l'héritier par un agent qui n'est ni mineur et c. art.

La loi même est de jure et de boni a introduit le bénéfice d'inven-  
tion qui est généralement reçu dans tout le royaume et le bénéfice  
concordé en ce que l'héritier qui accepte sous cette condition  
peut se libérer par l'acceptation et repudier le bénéfice et tout  
le gain, et qu'il n'est tenu des dettes passives de l'héritage que  
concurrentes des biens de la succession qui n'ont jamais  
avec le bénéfice d'invention.  
en payant de son bien et de son bien de la succession de l'héritier  
pour accepter l'héritage par bénéfice d'invention.

Le testateur ne peut pas ordonner l'inventaire et la vente par que  
cet usage de droit.

Ordon de 1687. Article. ce deide que l'heritier auroit trois mois  
pour faire l'inventaire et 40. jours pour delibere. et delai ne  
seumulent point, et se prolongent suivant le grand ou de  
juge.

Les heritiers des comptables qui ont mesme et administre le denier de  
roy ont tenu des comptes piecemeil et simplement ou de quedes  
fois. l'inventaire n'a pas d'ordinaire fait inventaire (on ne veut plus  
exceder ord. de rousillon de 1662.

L'inventaire est une description exacte de tous le meubles et  
effets mobiliers de l'heritier (l'inventaire fait par devant notaire,  
ou par le juge de lieu.

L'acceptation de la succession se fait soit en la forme expresse  
-ment en le portant pour son fait dans quelque acte public, soit  
-ment en s'immisçant dans les affaires de l'heritier.

On ne peut pas faire acte d'heritier en remettant les  
effets et par de la succession, on en payant les frais funebres,  
ou en pourchassant la vengeance de la mort de defunt.

titre & cette qualité d'héritier ou de successeur, d'accepter la succession, ou d'y renoncer.

Les enfans, soit en la puissance du défunt, ou émancipés, sont aujourd'hui si peu regardés comme des héritiers nécessaires, que la Nouvelle 118. cap. 1. a appelé indistinctement les uns & les autres à la succession de leur pere, & qu'ayant d'ailleurs par l'Edit du Préteur, en la Loi 8. ff. de acquir. hered. le bénéfice d'abstention qui ne leur ôte pourtant pas le droit de suite, ils peuvent même en tout tems répudier ou s'abstenir, quand même ils n'auroient pas fait d'inventaire, & que le tems de le faire seroit expiré, pourvu néanmoins qu'ils ne se soient pas portés pour héritiers étant majeurs, c'est-à-dire, qu'ils n'aient pas fait acte d'héritiers de leurs pere ou mere, & que les actes ou jouissances qu'ils ont fait, ils aient pu les faire à autre titre que celui d'héritiers: cela a été ainsi jugé par une foule d'Arrêts du Parlement de Toulouse, & entr'autres par un Arrêt du 10 Mars 1742 qui reçut le sieur Poulalion à s'abstenir de l'hérédité de sa mere, nonobstant le défaut d'inventaire, n'étant pas prouvé qu'il se fût immiscé dans ladite hérédité. Nous expliquerons ci-après ce que c'est que s'immiscer, ou faire acte d'héritier.

*On ne considère point le temps de la mort du testateur, mais le temps de l'acceptation de l'hérédité, qui est le temps de la mort du testateur, ainsi que l'on voit par l'Arrêt de la Cour de Toulouse du 10 Mars 1742, qui reçut le sieur Poulalion à s'abstenir de l'hérédité de sa mere, nonobstant le défaut d'inventaire, n'étant pas prouvé qu'il se fût immiscé dans ladite hérédité.*

§. 4. In extraneis heredibus, &c.

Ce que dit ici Justinien, qu'il faut que l'héritier étranger soit capable & habile d'hériter, non seulement lors du testament & lors du décès du testateur, mais encore lorsqu'il accepte l'hérédité, est tout-à-fait inutile; & ne peut servir de rien dans ce Royaume quant au tems de ladite acceptation, à cause de la maxime, le mort saisit le vif, qui défère l'hérédité dès le moment de la mort du testateur, sans qu'il soit besoin, comme nous l'avons dit, d'aucune acceptation; en sorte que ce dernier tems n'est pas différent par conséquent de celui du décès du testateur.

A l'égard des enfans appelés en droit sui heredes, il avoit toujours été suffisant qu'ils fussent capables d'hériter au tems de la mort du testateur, Leg. 3. §. liberi, ff. de bonor. possess. contra tabulas; & c'est peut-être par cette raison que l'Empereur ne parle ici que des héritiers étrangers; à l'égard desquels il exige la capacité, tant lors du testament, que lors du décès du testateur: cette capacité de l'héritier lors du testament étoit requise, afin que l'institution pût subsister,

à cause de la règle catonienne qui ne permettoit pas que ce qui n'étoit pas valable dès le commencement, pût le devenir par la suite du tems. Mais nous ne suivons pas en France cette rigueur ou cette subtilité à laquelle les Jurisconsultes avoient eux-mêmes apporté plusieurs limitations, & nous nous contentons que l'héritier institué soit capable au tems de la mort du testateur, ce qui a lieu également à l'égard des légitimaires & des fidéicommissaires, jusques-là que si le légat ou le fidéicommissaire a une échéance plus éloignée que le décès du testateur, il suffit de la capacité du légataire ou du substitué au jour que ledit legs ou fidéicommissaire vient à échoir.

Ce que nous venons de dire de la capacité de l'héritier requise seulement au tems de la mort du testateur, est conforme à l'article 49 de l'Ordonnance des Testamens de 1735, qui porte que l'institution d'héritier faite par testament ne pourra valoir en aucun cas, si celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite, n'étoient nés ni conçus lors du décès du testateur: ce qui s'applique proprement aux héritiers étrangers, puisqu'un testateur ne peut pas avoir d'enfans qui ne soient nés ou conçus lors de son décès.

Cet article 49 de ladite Ordonnance, en ce qu'il n'excepte aucun cas, doit s'entendre même d'une institution conditionnelle, tout comme d'une institution pure & simple: en sorte qu'il ne suffiroit pas que l'héritier institué sous condition fût capable lors seulement de l'événement de la condition, s'il ne l'étoit aussi au tems de la mort; & cela est conforme aux principes; ainsi que Vinnius l'explique sur ce paragraphe, n. 7, en ces termes: dictum est, dit cet Auteur, tempus conditionis existens retrotrahi ad tempus mortis, & cum eo conjungi; atqui hoc fieri non potest, si tempore mortis cum herede non fuerit testamenti factio: nam etsi ex conditionali institutione non deferatur hereditas tempore mortis, sed demum existente conditione, quam ob causam etiam in capacitate heredis illius temporis ratio habetur, nihilominus tamen tempus mortis in eodem negotio spectandum est; quia existente conditione ad id tempus recurritur, & perinde habetur, ac si purè institutio facta esset.

Il faut pourtant prendre garde que l'article 49 déjà cité ne parle nommément que des institutions d'héritier faites par testament, d'où il suit qu'il ne s'applique pas aux institutions contractuelles; car on peut en effet instituer valablement par un contrat de mariage une personne qui néanmoins ne se trouvera



forcer par-là à se porter pour héritier pur & simple ; & la plupart des Auteurs tiennent même qu'il ne le peut pas, quand bien il auroit, après avoir prohibé l'inventaire, nommé un autre héritier à la place du premier, au cas que celui-ci voulût jouir du bénéfice d'inventaire, c'est-à-dire, que dans ce cas également la prohibition seroit inutile. *Vid. La Roche, liv. 6. titr. 55. art. 1. Ferrieres, in quest. 352. de Guypap. Dolive, liv. 5. chap. 30. Catellan, liv. 2. chap. 43.*

Si la prohibition de faire inventaire est inutile à l'égard de l'héritier institué, elle l'est encore davantage sans contredit à l'égard des créanciers de l'hérédité, qui peuvent y faire procéder pour empêcher le divertissement des effets ; mais pour ce qui regarde les légataires ou les substitués, *Peregrinus* en son *Code de jure deliber. n. 18.* enseigne que le testateur peut aussi bien défendre la faction d'inventaire à l'héritier que l'en décharger, par cette raison que le testateur pouvoit même les priver des legs ou de la substitution : *Boutaric, Instit. pag. 314.* paroît être aussi de cet avis : *Catellan, liv. 3. chap. 43.* observe aussi que le testateur peut décharger celui à qui il lègue l'usufruit de tous ses biens, de faire inventaire, & que l'héritier ne peut pas y obliger cet usufruitier : cependant *Maynard, liv. 7. chap. 88.* & *Ferrieres, in quest. 192. de Guypap.* tiennent que le substitué peut contraîndre l'héritier grévé, qui peut être comparé à un usufruitier, de faire inventaire aux dépens des biens substitués, malgré la prohibition du testateur, & je pense, du moins quant aux substitutions, que c'est à quoi il faut s'en tenir depuis l'Ordonnance du mois d'Août 1747 concernant les Substitutions, titr. 2. art. 1. & suiv.

Du reste, lorsque le testateur lui même a fait & dressé l'inventaire & description de ses biens ou effets, avec défense d'en faire d'autre, un tel inventaire suffit & est valable à l'égard des substitués & des légataires, comme l'observe *Catellan, liv. 2. chap. 43.* mais il est néanmoins inutile à l'égard des créanciers du défunt, qui peuvent obliger l'héritier de faire un nouvel inventaire, d'autorité de Justice, ou autrement, le faire déclarer héritier pur & simple envers eux ; bien plus, quoique les créanciers ne demandent pas la faction de ce nouvel inventaire, si l'héritier ayant connoissance de leurs créances s'immisce dans l'hérédité sans en faire d'autre, la plupart des Auteurs croient qu'il n'en doit pas moins être regardé comme héritier pur & simple envers

eux, & qu'ils peuvent le faire condamner comme tel, sans qu'il puisse être reçu à répudier, à moins que ce ne fût une femme qui pourroit être alors excusée de son ignorance, n'ayant pas été requise de la part des créanciers pour l'obliger à faire un nouvel inventaire, *Vid. Catellan & Vedel, liv. 2. chap. 43. Boutaric, Instit. pag. 315.* ainsi je ne sçais où *Fromental, pag. 412.* a trouvé que cette décision est contraire à l'Usage du Parlement de Toulouse, suivant lequel, dit-il, l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.

Par la Loi *scimus, §. 2. & 3. cod. de jure deliberandi*, l'inventaire devoit être commencé dans le mois après le décès du testateur, & achevé dans soixante jours ou dans les deux mois après avoir été commencé, à moins que les biens de l'hérédité ne fussent fort éloignés du domicile de l'héritier, auquel cas cette Loi lui accordoit une année entière ; mais par l'Ordonnance de 1667 titr. 7. art. 1. il est indifférent dans ce Royaume que l'inventaire soit commencé plutôt ou plutôt, pourvu qu'il soit fini & achevé dans les trois mois, à compter depuis l'ouverture de la succession ; Sa Majesté par l'article 4 laissant au surplus aux Juges la liberté de proroger les délais en cas d'empêchement légitime, comme ils le jugeront à propos.

La même Ordonnance de 1667 ne donne après les trois mois accordés pour faire l'inventaire qu'un délai de quarante jours pour délibérer, & veut même que si l'inventaire a été fait avant les trois mois échus, le délai de quarante jours commence à courir du jour qu'il aura été achevé ; mais au surplus on juge que ces délais sont distincts, & qu'un héritier qui a laissé passer les trois mois sans faire inventaire, n'est plus reçu à le faire, & ne peut pas même y employer le délai de quarante jours qui n'est accordé que pour délibérer : *Boutaric, Instit. pag. 313.* en rapporte un Arrêt.

Par la même Loi *scimus, §. 13. & 14. cod. de jure deliberandi*, il étoit accordé une année entière pour délibérer aux héritiers qui la demandoient, après lequel délai, soit qu'ils eussent fait inventaire, ou non, ils ne pouvoient accepter que purement & simplement, & après avoir accepté il ne leur étoit plus permis

*le bénéfice d'inventaire a été introduit par le Code de jure deliberandi. il est de l'usage de Toulouse. L'usage de Toulouse est de recevoir l'héritier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur, & de ne le recevoir que si l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

*l'héritier a toujours été reçu à répudier sous le bénéfice de l'inventaire fait par le testateur ; il ne rapporte du moins aucun Arrêt pour appuyer ce qu'il avance, & il faudroit effectivement qu'il y eût beaucoup d'ignorance & de bonne foi de la part d'un héritier pour pouvoir le juger ainsi.*

de répudier : au lieu que parmi nous le délai de quarante jours pour délibérer, après que l'inventaire a été fait, n'étant donné proprement que comme un délai de surseance aux poursuites qui peuvent être faites contre l'héritier bénéficiaire ; ce délai n'empêche pas qu'il ne puisse toujours se porter pour héritier sous bénéfice d'inventaire, qu'il ne puisse accepter en cette qualité, & qu'il ne puisse en tout tems répudier, à la charge néanmoins par lui de rendre compte des effets de l'hérédité contenus dans l'inventaire, & des jouissances qu'il a fait des biens, en la manière expliquée par *Le Brun, traité des success. liv. 3. ch. 4. n. 85.*

On ne suit pas en effet l'avis de *Bacquet, traité des droits de Justice, chap. 15. n. 34.* ni de *Boniface, tom. dernier, pag. 149.* qui ont cru qu'un héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, ne peut plus répudier sous prétexte que, *qui semel est heres, numquam desinit esse heres.*, *Leg. 88. ff. de hered. instituend.* ce n'est point là qu'on peut appliquer cette maxime, comme il paroît par la même Loi ; & c'est au contraire le grand privilège de l'héritier bénéficiaire de pouvoir être reçu à répudier en tout tems, pourvu qu'il ait fait un inventaire dans les formes, & valable.

Bien plus, on ne suit pas à la rigueur ce que dit *Le Brun, traité des success. liv. 3. ch. 4. n. 23* : que l'héritier sous bénéfice d'inventaire peut être poursuivi sur ses propres biens, & au delà des forces de la succession, lorsqu'il a répondu à quelqu'un des créanciers en qualité d'héritier, & lui a passé un titre nouveau ; car au contraire il a été jugé en la première Chambre d'Enquêtes du Parlement de Toulouse, au rapport de M. Rey, par un Arrêt rendu le 23 Mars 1717 en faveur du sieur Antoine Olivier de Castellan, contre Dame Marie-Thérèse de Castellan, veuve du sieur de Gilbert, Baron de la Vergne, que l'héritier bénéficiaire en répudiant l'hérédité est libéré des obligations qu'il a lui-même passées avec les créanciers héréditaires, & est ainsi reçu, malgré son fait, à répudier.

On observe seulement que tandis que l'héritier bénéficiaire soutient & conserve la qualité d'héritier, & jusqu'à ce qu'il ait répudié, les créanciers héréditaires peuvent agir contre lui personnellement, & saisir tant ses biens propres que ceux dépendans de l'hérédité, parce qu'il confond jusqu'au moment de sa répudiation.

L'héritier par bénéfice d'inventaire a aussi cet avantage, que quoiqu'il

quoiqu'il ait commencé par payer des créanciers héréditaires postérieurs, les créanciers antérieurs qui ne trouvent pas dans l'hérédité de quoi se payer, ne peuvent avoir aucun recours contre lui, parce qu'il n'est regardé que comme un dépositaire, non plus que contre ceux qui auroient acheté de cet héritier les biens héréditaires, dont le prix auroit été employé & distribué à des créanciers postérieurs ou à des légataires ; mais seulement contre lesdits créanciers postérieurs ou légataires, pour les obliger à rapporter ce qu'ils auroient reçu, tout comme on en use en matière de distribution des biens d'un débiteur, *Leg. scimus, §. 4. 5. 6. & suiv. cod. de jure deliberandi, Catellan, liv. 6. chap. 11.* & cette action des créanciers antérieurs contre les postérieurs ou contre les légataires qui ont reçu des sommes ou des fonds de l'hérédité, doit durer trente années, comme l'observe le Commentateur de *Catellan, ibid. & Duperier, liv. 4. quest. 24.*

Tous héritiers ne jouissent pas indifféremment du bénéfice d'inventaire ; car on en excepte les héritiers de ceux qui meurent après avoir manié ou administré les deniers ou affaires du Roi, c'est-à-dire, que les héritiers des comptables ne jouissent pas du bénéfice d'inventaire envers le Roi, suivant l'article 16 de l'Ordonnance de Roussillon de 1563, & que s'ils ne répudient la succession avant de s'immiscer, ils sont tenus comme héritiers purs & simples, quand même ils auroient fait inventaire.

Il y a au surplus certaines personnes qui ne confondent pas leurs droits sur l'hérédité, quoiqu'elles aient manqué de faire inventaire, & sont reçues, malgré ce défaut, à répudier : telle est la femme qui, quoiqu'elle se soit réellement portée pour héritière de son mari sans avoir fait inventaire, peut néanmoins, suivant la Jurisprudence de cette Province de Languedoc, répéter ou retenir sa dot, & ne la perd pas ; ce que l'on juge même avoir lieu non seulement contre les légataires ou les fidéicommissaires, mais même contre les créanciers du mari, parce que les femmes sont relevées des obmissions qu'elles ont fait & de l'ignorance du Droit, lorsqu'il s'agit pour elles de *damno vitando*, quoique *Catellan, liv. 4. chap. 67.* veuille restreindre la chose aux légataires seulement. *Vid. le Commentateur de Catellan, ibid. Maynard, liv. 3. chap. 24. & La Roche, liv. 2. verb. dot, art. 21.*

Le même *Maynard*, au lieu cité, ajoute que plusieurs Docteurs donnent le même privilège au mari, pour retenir le gain de sur-

*(C) la jurisprudence de la cour de cassation sur cette question pour l'héritier qui n'a pas fait d'inventaire avant de s'immiscer.*

*Le bénéfice de com-  
ptable ne jouissent pas  
du bénéfice d'inventaire  
envers le Roi ; et s'ils  
ne répudient pas avant  
de s'immiscer, ils sont  
tenus comme héritiers  
purs & simples.*

*La femme peut  
répéter sa dot, & ne  
la perd pas, même  
contre les légataires  
ou les fidéicommissaires  
de son mari, & de  
son ignorance du  
Droit, lorsqu'il s'agit  
de *damno vitando*.*

*Le mari a le même  
privilège que la femme  
pour retenir le gain de sur-*

vic, malgré le défaut d'inventaire ; mais il faut tenir le contraire, puisque l'augment dotal ou gain de survie accordé à la femme n'a pas même cet avantage contre les créanciers : & en effet, tant le mari que la femme, quant au gain de survie, *certant de lucro captando*, au lieu que les créanciers *certant de damno vitando*, & méritent par conséquent plus de faveur. *Vid. Vedel sur Catellan, liv. 4. chap. 67.*

*Le donataire entre-vifs d'une partie des biens, qui a été ensuite institué héritier par le donateur, & chargé d'une substitution des biens de l'hérédité, ne confond pas non plus sa donation, du moins par rapport au substitué, quoiqu'il se soit porté pour héritier sans protestation & sans avoir fait inventaire ; ce qui a été ainsi jugé par plusieurs Arrêts du Parlement de Toulouse, & notamment par un Arrêt du 26 Août 1697 en la cause du sieur Marquis de Fontenilles & de la Dame de Millars, au rapport de M. de Burta, & par un autre Arrêt du 2. Juin 1723. rendu au procès de la demoiselle de Gratusieres & du sieur Sales de Roqueferviere, Rapporteur M. de Comere.*

Le fils ne confond pas non plus sa légitime à l'égard du substitué, légataires, & autres successeurs à titre gratuit, par le défaut d'avoir fait inventaire. *Maynard, liv. 6. chap. 8. Le Brun, des success. liv. 3. chap. 4. n. 75.*

*On juge même que le défaut d'inventaire ne fait pas perdre à l'héritier grévé, soit qu'il soit enfant du testateur, ou qu'il soit un étranger, sa quote trébéliannique vis-à-vis du substitué, quoiqu'il en soit autrement de la falcidie vis-à-vis des légataires, comme nous le dirons ci-après ; *Vid. Dolive, liv. 5. chap. 26.* & je ne sçais si l'article 42 du titre 2 de l'Ordonnance des Substitutions de 1747, qui prononce la perte des fruits contre le grévé qui a manqué de faire inventaire, ne pourroit pas faire changer la Jurisprudence qui a eu lieu jusqu'ici, à son égard, quant à la trébéliannique.*

L'inventaire doit être fait en bonne & dñe forme, autrement il ne sert de rien, & c'est comme si l'on n'en avoit point fait ; & pour faire un inventaire valable, il faut, suivant la Nouvelle 2. art. 2. y appeller toutes les Parties qui peuvent y avoir intérêt : ainsi on doit y appeller les légataires, les légitimaires & les fidéicommissaires, en les assignant à leur domicile pour venir y être présens, de même il faut y appeller les créanciers qui sont

*Le défaut d'inventaire ne fait pas perdre à l'héritier grévé, soit qu'il soit enfant du testateur, ou qu'il soit un étranger, sa quote trébéliannique vis-à-vis du substitué, quoiqu'il en soit autrement de la falcidie vis-à-vis des légataires, comme nous le dirons ci-après ; *Vid. Dolive, liv. 5. chap. 26.* & je ne sçais si l'article 42 du titre 2 de l'Ordonnance des Substitutions de 1747, qui prononce la perte des fruits contre le grévé qui a manqué de faire inventaire, ne pourroit pas faire changer la Jurisprudence qui a eu lieu jusqu'ici, à son égard, quant à la trébéliannique.*

connus & certains, lorsqu'on veut faire l'inventaire, autrement il est nul à leur égard ; quelquefois même on a la précaution surabondamment d'y appeller les créanciers qui pourroient être inconnus, au moyen des affiches publiques par lesquelles on déclare le jour, le lieu & l'heure qu'on procédera à l'inventaire.

L'inventaire doit contenir une description ou état fidèle de tous les meubles & effets mobiliers de l'hérédité en détail, leur qualité & quantité, suivant la Loi *scimus*, §. 2. *cod. de jure deliberandi* ; les créanciers & autres parties intéressées sont même reçus, lorsqu'ils le demandent, à prouver les latitations & une plus grande quantité d'effets que celle contenue en l'inventaire ; suivant le §. 10. de la même Loi, & quoique ce §. ne punisse que de la peine du double l'héritier qui a recélé ou diverti quelques effets de la succession, néanmoins plusieurs Auteurs suivis par *Boutaric, Instit. pag. 317.* tiennent que l'héritier bénéficiaire qui a fait un inventaire infidèle, & qui en est convaincu, doit être réputé & déclaré héritier pur & simple, & comme tel tenu indéfiniment au paiement des créanciers en son propre, *Vid. Le Brun, des success. liv. 3. chap. 4. n. 15. Brodeau sur Louet, lettre H. chap. 24.* Cela n'est pas néanmoins observé à la rigueur, comme on peut le voir dans le Commentateur de *Catellan, liv. 4. chap. 67. in fine.*

*l'absence de l'aveu - suite - l'absence de l'aveu - suite - l'absence de l'aveu - suite*

Au surplus, l'inventaire doit être fait pardevant une personne publique, soit le Juge des lieux, ou un Notaire, & l'on a même le choix d'y faire procéder par un Notaire royal, à l'exclusion des Commissaires créés pour la confection des inventaires, ou des Juges royaux des lieux, qui ont acquis ou réuni ces offices ; car les Juges ne peuvent en bonnes règles y procéder, que lorsqu'ils en sont requis par les Parties : ou bien par les Procureurs du Roi pour l'intérêt de Sa Majesté, du public, des pupilles ou mineurs, & des absens. Il faut même, pour qu'ils puissent dans ces deux derniers cas y procéder à l'exclusion des Notaires & contre le gré des Parties, que les pupilles ou mineurs n'aient ni tuteur ni autre administrateur, & que l'absent n'ait personne sur les lieux qui agisse pour lui : tout cela est assez conforme à l'Ordonnance de Blois, art. 164, & à l'Ordonnance de 1747 concernant les Substitutions, titr. 2, art. 4 & 6. *Vid. Graverol sur La Roche, liv. 6. titr. 55. art. 1. Theveneau, pag. 320. & 321.*

*sur le Juge, sur le Juge - l'absence de l'aveu - suite*

Sur quoi il faut observer que dans ce cas la mere étant légi-

time administratrice de droit de ses enfans pupilles, peut, tout comme le tuteur, s'opposer à l'inventaire que le Juge des lieux voudroit faire, à l'exclusion d'un Notaire.

Il y a aussi un Arrêt du Parlement de Toulouse du 14 Juiller 1714 rendu, au rapport de M. de Costa, au profit du sieur Antoine de Rivis, Bourgeois de Paris, qui cassa avec dépens le scellé & inventaire fait par Me. Villerose, Commissaire aux inventaires; & Lieutenant principal au Sénéchal de Beziers, des effets de Me. de Rivis, Curé, qui avoit institué ledit Antoine de Rivis son frere, à la requête de Me. Tinardy, Procureur du Roi; cassa pareillement l'exécutoire décerné pour les frais de cet inventaire, & les saisies faites en conséquence; le tout, sur ce qu'il n'y avoit pas eu de requisition d'aucune Partie, tandis qu'au contraire ledit Antoine de Rivis avoit un frere & une sœur sur les lieux & dans la maison du défunt, qui étoient en état de veiller à la conservation des effets; le frere avoit seulement déclaré qu'il n'entendoit pas empêcher l'inventaire, & l'avoit signé, mais cela n'empêcha pas la cassation.

§. 7. *Pro heredē gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo, vel colendo, &c.*

Comme nonobstant la règle, *le mort saisit le vif*, c'est encore une autre maxime, que *nul n'est héritier, s'il ne veut*, ainsi que nous l'avons dit ailleurs; qu'il falloit même, suivant le Droit Romain, une acceptation formelle de la part des héritiers étrangers, ou une immixtion de la part des enfans, pour lier les uns & les autres, & les obliger à toutes les charges héréditaires; ou pour les priver de pouvoir répudier, ou de s'abstenir; il faut de même, par le Droit François, une acceptation, une appréhension ou immixtion, pour opérer cet effet; & c'est ce qu'on appelle, faire acte d'héritier.

Cette acceptation se fait, ou expressément, ou tacitement; elle se fait expressément, lorsque celui qui est habile à se porter pour héritier, déclare vouloir être héritier, ou prend la qualité d'héritier dans quelque acte judiciaire ou public & authentique, *Leg. 12. ff. de interrogat. in jure suc.* c'est pourquoi il est dit dans la Loi 20. *in princip. ff. de acquir. vel amitt. hered.* que, *pro herede gerere non tam facti, quam animi est*, & dans la Loi 88. *ff. eodem*,

*acceptatione expresse  
de hereditate propria  
aut aliena d'hereditate*

que, *gerit pro herede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hereditarium*; mais je ne crois pas au surplus qu'une simple déclaration verbale ou une simple protestation fût regardée comme une acceptation suffisante.

On fait encore acte d'héritier expressément par le seul fait, lorsque l'héritier légitime ou institué fait quelque acte qu'il ne pourroit faire qu'en qualité d'héritier, comme s'il dispose des biens héréditaires en maître, soit par vente ou transaction, ou qu'il le baille à loyer, &c. & en un mot, *pro herede gerit, qui aliquid gerit tanquam heres*, *Leg. 20. ff. eodem*: à quoi est aussi conforme l'article 317 de la Coutume de Paris, qui porte, que si quelqu'un prend ou appréhende les biens d'un défunt, ou partie d'iceux, sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens, il fait acte d'héritier, & s'oblige en ce faisant à payer les dettes du défunt. *Vid. Loysseau, du déguerpissement, liv. 4. chap. 1. n. 8. Le Brun, liv. 3. chap. 8. sect. 2. & l'article 36 du titre 1 de l'Ordonnance des Substitutions de 1747.*

L'acceptation tacite, qu'on appelle proprement immixtion, se fait, lorsqu'on prend la possession, ou qu'on s'ingere sans autre titre que celui d'héritier dans la jouissance des biens de l'hérédité, *Leg. 12. ff. de acquir. vel amitt. hered.* ou qu'on en perçoit les fruits, *quoties quis accipit quod citrà nomen & jus heredis accipere non poterat*, *Leg. 20. §. itaque, ff. eodem.*

Ainsi par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 31 Août 1722 il fut jugé que deux filles avoient fait acte d'héritier de leur pere, en vendant quelques effets de sa succession, quoiqu'elles n'eussent pris aucune qualité dans le contrat de vente; & qu'elles fussent créancières de leur pere, vû sur-tout que la seule qualité de créancier ne donne pas le droit d'aliéner, & qu'elles s'étoient même obligées à la garantie envers l'acheteur; cet Arrêt qui est cité par *Boutaric, Inst. pag. 318.* paroît néanmoins un peu rigide.

Par un autre Arrêt du 5 Juiller 1725 rendu au rapport de M. de Saint-Félix, il fut jugé pour Marcel Salager contre la Dame de Ranchin, que ledit Marcel Salager en jouissant des biens de son pere, dont il se trouvoit créancier pour la somme de 1800 liv. de la dot de sa mere, & bien que sans avoir fait aucun inventaire, n'avoit pas fait acte d'héritier, attendu que les enfans jouissent du droit d'instance, ainsi que leur mere, comme l'ob-

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*

*immixtion ou acceptation*



serve *Vedel sur Catellan*, liv. 4. chap. 76. qu'ainsi on ne pouvoit pas dire qu'il se fût immiscé, quoiqu'il eût possédé lesdits biens depuis l'année 1718, en laquelle son pere étoit mort, & qu'en conséquence il avoit pu répudier ensuite l'hérédité de son pere, & faire saisir pour sa créance une maison que son pere avoit vendue en 1704 à ladite Dame de Ranchin.

Du reste, on n'est pas censé faire acte d'héritier par des actes qui se font *pietatis vel officii causa*, comme en ramassant simplement les effets de la succession qui sont épars & dispersés, en payant les frais funèbres, en poursuivant la vengeance de la mort du défunt, &c. *Leg. 20. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. hered.*

TITRE XX.

De Legatis.

*Legatum est donatio quedam à defuncto relicta, ab hered. prestanda.*

*L'héritier est censé de la succession des legs, de la mort du testateur selon la volonté du Droit français la mort fait le vif.*

**L**A règle, le mort fait le vif, n'ayant lieu par le Droit François qu'à l'égard de l'héritier, lequel est saisi de plein droit, dès le moment du décès, de tous les biens & effets de l'hérédité, tout comme il l'étoit dans le Droit Romain au moyen de l'adition, il s'ensuit que les légataires sont obligés de demander la délivrance de leurs legs à l'héritier: car du reste, quoiqu'il soit vrai que la propriété des choses léguées passe au légataire en vertu du testament, & sans l'entremise ou le fait de l'héritier, cela ne produit d'autre effet que de transmettre le legs aux héritiers du légataire, lorsqu'il vient à mourir avant la demande ou la délivrance du légat; ce qui n'empêche pas que le légat ne

*Le legs est censé être fait par le testateur sans la propre autorité. Vid. Guipape & Ferrieres, quest. 609. De-là vient sans doute que jusqu'au tems de la demande faite en Justice par le légataire, ou par ses héritiers, l'héritier du défunt n'étant pas censé être en demeure, on ne leur adjuge les intérêts de la somme léguée, ou les fruits du fonds légué, que du jour de ladite demande & interpellation judiciaire. Il en est de même du fidéicommissaire ou substitué même uni-*

doive être toujours demandé à l'héritier, & par lui délivré, en sorte que régulièrement le légataire ne peut pas s'en emparer de sa propre autorité. *Vid. Guipape & Ferrieres, quest. 609.*

De-là vient sans doute que jusqu'au tems de la demande faite en Justice par le légataire, ou par ses héritiers, l'héritier du défunt n'étant pas censé être en demeure, on ne leur adjuge les intérêts de la somme léguée, ou les fruits du fonds légué, que du jour de ladite demande & interpellation judiciaire.

Il en est de même du fidéicommissaire ou substitué même uni-

versel, car il n'est pas saisi de plein droit, encore que la substitution eût été faite en ligne directe, & il est reçu à demander la délivrance du fidéicommis, lorsque l'échéance en arrive, en sorte que les fruits ne lui en sont dus que depuis la demande qu'il en a formée, *Leg. 22. ff. ad Trebellianum*; ce qui est conforme à l'article 40 de l'Ordonnance de 1747 concernant les Substitutions. *Vid. Ricard, des substit. part. 1. chap. 9. sect. 6. & part. 2. chap. 16. Vedel sur Catellan, liv. 2. chap. 63.*

*substituer. l'acte de la chose léguée ainsi que ceux du fidéicommissaire ne sont dus que du jour de la demande judiciaire.*

On excepte de la règle qui n'accorde les intérêts ou fruits des légats que depuis la demande en Justice, les légats qui sont faits pour tenir lieu de légitime, dont les intérêts sont toujours dus & adjugés depuis le décès du parent qui devoit la légitime, quoique sans interpellation; & cela a lieu, 1°. quand même le paiement de la légitime auroit été différé par le testateur jusqu'à un certain terme ou âge du légitimaire, 2°. quand même le légat fait par les pere ou mere excéderoit la légitime, 3°. quand même la légitime auroit passé en ligne collatérale, ou auroit été cédée à un collatéral, ou même à un étranger, parce que la légitime est *portio hereditatis vel patrimonii*, & que toute hérédité doit produire nécessairement des fruits, quoi qu'en dise *Vedel sur Catellan, liv. 2. chap. 33.* Cela a été ainsi jugé en la Grand-Chambre du Parlement de Toulouse, au rapport de M. de Comere, par un Arrêt du 7 Septembre 1735, lors duquel j'avois instruit dans la distribution des biens du sieur de Cominian, Seigneur de Blomac, en faveur du sieur Benezet, poursuivant criées, & cessionnaire des droits légitimaires des freres dudit sieur de Blomac, lequel fut alloué sur la vente séparée des biens du pere dudit sieur de Blomac, tant pour le capital à lui dû en ladite qualité, que pour les intérêts au même rang depuis la cession, quoique sans interpellation, & avant la dot de la Dame Dandereau, épouse dudit sieur de Blomac. Il y en a un autre Arrêt semblable du 10 Septembre 1713 rendu au rapport de M. de Lacarry dans la distribution des biens du nommé Armande: en sorte que c'est aujourd'hui une Jurisprudence certaine.

*les legs qui sont faits pour tenir lieu de légitime, dont les intérêts sont toujours dus & adjugés depuis le décès du parent qui devoit la légitime, quoique sans interpellation.*

Mais hors de-là les légats faits même à des mineurs, s'ils ne sont faits pour tenir lieu de légitime, n'ont à cet égard aucun privilège, & les intérêts n'en sont dus que depuis la demande judiciaire, quoi qu'en ait pensé *Graverol sur La Roche, liv. 6. tit. 61. art. 14.*

*aux mineurs.*

Il en est de même des légats faits à la cause pie, dont les intérêts ne sont également adjugés que depuis la demande faite en Justice, à moins qu'il y eût un service attaché au legs, & que ce service eût été fait. *Catellan, liv. 1. chap. 8.*

Cependant lorsqu'il est question du légat d'une rente en argent ou en grains, le légataire est fondé à s'en faire adjuger même les arrérages qui ont couru avant sa demande; parce que ces arrérages ne sont pas regardés comme des intérêts, mais sont censés au contraire faire partie de ce légat. *Graverol sur La Roche, liv. 6. titr. 61. art. 14.*

Il résulte de ce que dessus, que les fruits d'une même année ne se partagent jamais entre l'héritier & le légataire, lorsqu'il s'agit des fruits d'un fonds légué: en sorte que si au tems de la demande du légataire les fruits sont encore pendans par les racines, ils doivent lui appartenir pour le tout, *deductis expensis quas heres facere potuit*; & qu'au contraire l'héritier profite seul des fruits de l'année, si le légataire n'intente sa demande qu'après les récoltes.

Comme la chose léguée doit être délivrée par l'héritier, de-là vient aussi qu'on l'oblige à fournir au légataire tout ce qui est nécessaire pour parvenir à la possession & jouissance de la chose léguée: ainsi l'héritier est obligé de supporter & de payer les frais que le légataire d'un office est tenu de faire pour les provisions & réception audit office. *Arg. Leg. 102. §. ult. ff. de legat. 3.*

Ainsi lorsqu'il s'agit d'un fonds légué à des gens de Main-morte, l'héritier est obligé de payer l'indemnité due au Seigneur par la Main-morte, & les frais de l'amortissement, si le contraire n'est porté par le testament: il en est autrement, quand il s'agit d'une donation entre-vifs faite à la Main-morte, car c'est à elle alors d'en payer l'amortissement, sans que le donateur ou son héritier puissent y être sujets; parce que les contrats sont *stricti juris*, qu'on n'y supplée rien, & que les gens de Main-morte en acceptant la donation doivent s'imputer de n'avoir pas stipulé que le donateur payeroit l'amortissement: au lieu que les testamens sont susceptibles d'une interprétation favorable, & qu'on présume que le testateur a voulu charger son héritier de payer tout ce qui est nécessaire au légataire pour parvenir à la possession de la chose léguée. *Vid. Ricard, tom. 1. part. 2. ch. 1. sect. 6. Louet & Brodeau, lettre A. ch. 12. Catellan, liv. 2. ch. 85.*

§. 2.

§. 2. *Liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem & per hypothecariam.*

La Loi première, *cod. commun. de legatis*, dont l'Empereur parle en cet endroit, donne une hypothèque tacite ou légale aux légataires & fidéicommissaires sur les biens du testateur pour le paiement des legs ou fidéicommiss, à compter du jour de son décès; & la Jurisprudence des derniers Arrêts, nonobstant les différentes opinions des Auteurs, paroît enfin fixée à ce point, que cette hypothèque leur est même accordée solidairement entre chacun des cohéritiers: en sorte que, quoique chacun des héritiers ne soit tenu personnellement des légats que pour sa part ou portion de l'hérédité, il peut néanmoins être convenu ou actionné hypothécairement sur ce qu'il possède pour l'entier légat, & *in totum*, sauf son recours contre les cohéritiers; par où l'on juge que l'hypothèque des légataires est solidaire & indivisible, aussi-bien que l'est celle des créanciers, quoique cela semble un peu contraire à la Loi qui a accordé cette hypothèque aux légataires. *Vid. Bacquet & Ferrieres, des droits de Justice, chap. 8. n. 26. Ricard, tom. 1. part. 2. chap. 1. sect. 4. Augeard, tom. 2. pag. 307. & tom. 3. pag. 492.*

§. 4. *Verius est legatarium probare oportere scivisse alienam rem legare defunctum.*

On peut léguer une chose qui appartient à son héritier, & on peut aussi léguer la chose qui appartient à un tiers, auquel cas l'héritier est obligé de délivrer la chose, ou d'en bailler le prix & l'estimation, s'il ne lui est pas possible de l'acheter, ainsi qu'il est dit dans ce paragraphe.

On se conforme aussi dans l'usage à la décision de ce texte, en ce qu'il veut, pour que le legs de la chose appartenant à un tiers soit valable, que le testateur ait sçu que la chose léguée appartenoit à autrui, & que c'est même au légataire à prouver ce fait, & non à l'héritier, sans quoi le légat de la chose d'autrui est nul, & l'héritier en est déchargé: cependant cette distinction que l'on fait, si le testateur a sçu ou ignoré que la chose léguée appartint à un autre, souffre une exception, & n'a pas lieu à l'égard des personnes liées par le sang ou par l'amitié avec le

SI

*et non incumbit onus probandi.*

*autres exceptions générales des legs de rentes en argent ou en grains, par lequel les arrérages ne sont pas regardés comme des intérêts, mais sont censés au contraire faire partie de ce légat.*  
*le jour de la demande du légataire, les fruits sont encore pendans par les racines, ils doivent lui appartenir pour le tout, deductis expensis quas heres facere potuit; & qu'au contraire l'héritier profite seul des fruits de l'année, si le légataire n'intente sa demande qu'après les récoltes.*  
*l'héritier est obligé de fournir au légataire tout ce qui est nécessaire pour parvenir à la possession & jouissance de la chose léguée: ainsi l'héritier est obligé de supporter & de payer les frais que le légataire d'un office est tenu de faire pour les provisions & réception audit office.*

*l'hypothèque tacite ou légale*  
*et de s'obliger personnellement*  
*le jour de son décès*  
*et n'est pas possible de l'acheter*  
*entre chacun des cohéritiers*  
*quoique chacun des héritiers ne soit tenu personnellement des légats que pour sa part ou portion de l'hérédité*  
*sauf son recours contre les cohéritiers*  
*par où l'on juge que l'hypothèque des légataires est solidaire & indivisible*  
*quoique cela semble un peu contraire à la Loi qui a accordé cette hypothèque aux légataires.*  
*De la chose d'autrui*  
*le tiers*  
*le prix & l'estimation*  
*le légataire à prouver ce fait*  
*à l'héritier*  
*la chose léguée*  
*l'exception*  
*le sang ou par l'amitié avec le*  
*et non incumbit onus probandi.*

testateur, toutes les fois qu'on peut raisonnablement penser que le testateur n'auroit pas laissé de leur léguer, quand même il auroit sçu que la chose qu'il léguoit, ne lui appartenoit pas, comme il est dit dans la Loi *ancillum*, *cod. de legatis*. Vid. *Vinnius*, *hic*, *Henrys & Bretonier*, tom. 1. liv. 5. quest. 43. de l'édition de 1708. *Ricard*, tom. 1. part. 3. chap. 3. sect. 3. distinct. 3.

Il y a même un Arrêt du Parlement de Toulouse du 20 Mai 1697 rendu au rapport de M. de Polastre, qui a jugé que le legs de la chose d'autrui fait par le testateur à un sien parent étoit bon par la présomption résultant de la parenté, quoique le légataire fût dans un degré plus éloigné du testateur que l'héritier, contre l'exception remarquée par *Henrys*, *dicto loco*.

Pour ce qui est du legs ou fidéicommiss de la chose appartenant à l'héritier, la distinction dont nous avons parlé de la connoissance ou ignorance du testateur, est inutile, suivant *Ricard*, *dicto loco*, n. 292. de sorte que, quand même il paroîtroit que le testateur croyoit disposer d'une chose sienne, le legs n'en doit pas moins avoir son effet, que s'il avoit sçu qu'elle appartenoit à son héritier. Vid. *Leg. 67. §. si rem tuam*, ff. de legat. 2°. *Leg. 25. cod. de fideicommiss*. on peut voir encore le §. 1. *infra*, de *singulis rebus per fideicommissum relictis*. *§. 5. Sed etsi rem creditor obligatam aliquis legaverit, &c. idem placet quod in re aliena.*

Cette décision n'est pas observée dans ce Royaume; car l'héritier est toujours tenu de décharger le fonds légué des hypothèques des créanciers, auxquelles le testateur ou les auteurs l'avoient assujetti, sans distinguer si ces hypothèques étoient connues du testateur, ou lui étoient inconnues; la raison en est, que cette distinction n'avoit lieu qu'à l'égard des choses spécialement hypothéquées: au lieu qu'en France l'hypothèque spéciale ne va jamais sans la générale, tellement que l'hypothèque spéciale que les créanciers peuvent stipuler quelquefois sur certains fonds, ne déroge jamais à leur hypothèque générale sur tous les biens du débiteur; de sorte que si l'on ufoit de la distinction faite dans ce paragraphe, il arriveroit que contre les règles les légataires pourroient se trouver assujettis à payer une partie des dettes du testateur, au lieu que le paiement des dettes passives de l'hé-

*le legs ou fidéicommiss de la chose appartenant à l'héritier, la distinction dont nous avons parlé de la connoissance ou ignorance du testateur, est inutile, suivant Ricard, dicto loco, n. 292.*

*l'héritier est toujours tenu de décharger le fonds légué des hypothèques des créanciers, auxquelles le testateur ou les auteurs l'avoient assujetti, sans distinguer si ces hypothèques étoient connues du testateur, ou lui étoient inconnues; la raison en est, que cette distinction n'avoit lieu qu'à l'égard des choses spécialement hypothéquées: au lieu qu'en France l'hypothèque spéciale ne va jamais sans la générale, tellement que l'hypothèque spéciale que les créanciers peuvent stipuler quelquefois sur certains fonds, ne déroge jamais à leur hypothèque générale sur tous les biens du débiteur; de sorte que si l'on ufoit de la distinction faite dans ce paragraphe, il arriveroit que contre les règles les légataires pourroient se trouver assujettis à payer une partie des dettes du testateur, au lieu que le paiement des dettes passives de l'hé-*

dité est onus hæredis. Vid. *Duperier*, liv. 2. chap. 9. & *Ricard*, tom. 1. part. 3. chap. 3. sect. 3. distinct. 3. n. 289. & 290.

Il en doit être de même, suivant le raisonnement que fait *Duperier*, *ibid.* du légat d'un effet mobilier qui auroit été baillé en gage pour quelque somme par le testateur ou par ses auteurs, & pour laquelle les autres biens du testateur ne seroient pas même affectés; parce qu'il ne peut pas moralement arriver que le testateur n'ait eu connoissance du bail de ce gage, auquel cas l'héritier doit sans difficulté payer le prix de l'engagement.

Ce que nous venons de dire s'applique également à un donataire, soit entre-vifs, ou à cause de mort, d'un fonds, d'un domaine, ou autre effet particulier; car le donateur ou son héritier sont également tenus de décharger le fonds donné des dettes & hypothèques auxquelles il étoit sujet, si le contraire n'a été stipulé, *Leg. 15. cod. de donationib.* mais cela ne s'applique pas à un donataire d'une quotité ou portion des biens, parce qu'il est *locus hæredis*, obligé par conséquent, à concurrence de sa part, au paiement des dettes; & cela ne s'applique pas non plus aux censives, charges réelles, ou servitudes, dont un fonds légué peut être chargé; car le fonds ne doit être baillé au légataire par l'héritier que tel qu'il est & avec les charges qui y sont inhérentes, de sorte que le légataire est tenu de les payer ou de les supporter pour l'avenir, *Vinnius* sur ce §. *Duperier & Ricard*, *dicto loco*. mais quant aux arrérages des charges ou droits qui ont couru jusqu'au décès du testateur, c'est à l'héritier de les payer, parce que c'est une dette personnelle au testateur que l'héritier représente, & il doit en décharger le fonds légué, à moins que le légat ne fût d'une quote des biens du testateur, parce qu'alors le légataire étant censé cohéritier, il seroit tenu lui-même au paiement de ces arrérages à proportion de ladite quote.

Il y a dispute quant à l'usufruit qui est une espèce de servitude, lorsque le testateur légue un fonds dont il n'avoit que la propriété, & dont l'usufruit appartient à un autre, pour sçavoir s'il n'a entendu léguer que le droit qu'il y avoit, ou si l'héritier doit encore faire raison de l'usufruit au légataire; & nonobstant la Loi. 66. §. 6. ff. de legat. 2°. on doit dire avec *Ricard*, *dicto loco*, n. 285. que le testateur ne peut être présumé avoir légué que la propriété qu'il avoit de ce fonds.

Lorsque le testateur légue un fonds dont il n'avoit la pro-

Si ij

*idem grand celula. Si ij. sur l'usufruit qui est d'une autre. ou l'usufruit qui est de la chose.*

*il en doit être de même, suivant le raisonnement que fait Duperier, ibid. du légat d'un effet mobilier qui auroit été baillé en gage pour quelque somme par le testateur ou par ses auteurs, & pour laquelle les autres biens du testateur ne seroient pas même affectés; parce qu'il ne peut pas moralement arriver que le testateur n'ait eu connoissance du bail de ce gage, auquel cas l'héritier doit sans difficulté payer le prix de l'engagement.*

*Ce que nous venons de dire s'applique également à un donataire, soit entre-vifs, ou à cause de mort, d'un fonds, d'un domaine, ou autre effet particulier; car le donateur ou son héritier sont également tenus de décharger le fonds donné des dettes & hypothèques auxquelles il étoit sujet, si le contraire n'a été stipulé, Leg. 15. cod. de donationib. mais cela ne s'applique pas à un donataire d'une quotité ou portion des biens, parce qu'il est locus hæredis, obligé par conséquent, à concurrence de sa part, au paiement des dettes; & cela ne s'applique pas non plus aux censives, charges réelles, ou servitudes, dont un fonds légué peut être chargé; car le fonds ne doit être baillé au légataire par l'héritier que tel qu'il est & avec les charges qui y sont inhérentes, de sorte que le légataire est tenu de les payer ou de les supporter pour l'avenir, Vinnius sur ce §. Duperier & Ricard, dicto loco. mais quant aux arrérages des charges ou droits qui ont couru jusqu'au décès du testateur, c'est à l'héritier de les payer, parce que c'est une dette personnelle au testateur que l'héritier représente, & il doit en décharger le fonds légué, à moins que le légat ne fût d'une quote des biens du testateur, parce qu'alors le légataire étant censé cohéritier, il seroit tenu lui-même au paiement de ces arrérages à proportion de ladite quote.*

*Il y a dispute quant à l'usufruit qui est une espèce de servitude, lorsque le testateur légue un fonds dont il n'avoit que la propriété, & dont l'usufruit appartient à un autre, pour sçavoir s'il n'a entendu léguer que le droit qu'il y avoit, ou si l'héritier doit encore faire raison de l'usufruit au légataire; & nonobstant la Loi. 66. §. 6. ff. de legat. 2°. on doit dire avec Ricard, dicto loco, n. 285. que le testateur ne peut être présumé avoir légué que la propriété qu'il avoit de ce fonds.*

priété qu'en partie, on présume également qu'il n'a entendu léguer que la portion qu'il y avait, quand même lors du testament il auroit possédé toute la chose, s'il sçavoit d'être obligé d'en bailler une portion; comme aussi si le testateur n'avoit que quelque droit en la chose qu'il a léguée, il est censé n'avoir légué que le droit qu'il y avoit, Ricard, ibid. & de même le testateur qui lègue une chose qu'il a vendue à faculté de rachat, ne lègue que le droit qu'il a de la racheter.

Si au contraire le testateur lègue un domaine qu'il n'avoit acquis en tout ou en partie que sous la faculté de rachat, il n'est censé le léguer que tel qu'il lui appartient, & l'héritier ne sera pas obligé d'éteindre ce rachat, ni d'en garantir le légataire, à moins qu'il ne fût question d'un legs fait à un fils ou à un autre proche parent. Maynard, liv. 7. chap. 14. & 15.

Ricard, loc. cit. n. 292. passe encore plus avant, & décide que quand même il ne seroit pas question d'un legs fait à un proche parent, si le legs est d'une chose qui appartienne en partie à l'héritier, ou dont l'héritier ait l'usufruit, il ne peut pas s'empêcher de faire la délivrance du legs en entier au légataire, sans aucune rétention des droits ou de l'usufruit qu'il y avoit.

§. 6. Si res aliena legata fuerit, & ejus rei, vivo testatore, legatarius dominus factus fuerit.

Il est ici parlé du legs de la chose dont le légataire se trouve lui-même le propriétaire: sur quoi on peut remarquer que si au tems que le testament a été fait, la chose appartenoit au légataire, le legs demeure nul & inutile, encore qu'au tems de la mort du testateur & de l'échéance du legs le légataire n'en fût plus le propriétaire, §. 10. & 11. hoc titulo; si au contraire la chose n'appartenoit pas lors du testament au légataire, mais qu'il l'ait acquise depuis, on distingue, si c'est à titre gratuit, comme de donation, ou autre semblable, en ce cas le legs est également nul; mais si c'est à titre d'achat, le legs n'en a pas moins son effet, en sorte que le légataire est en droit d'en demander la valeur en vertu du testament.

De la chose léguée est  
sumit un rachat. l'her  
trouvé dans le don  
pas le légataire...

Le rachat de la chose  
est un legs...  
le legs de la chose  
est un legs...

Distinction quand la  
chose est achetée  
ou donnée...  
dans l'acte de la  
chose...

§. 8. Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, & ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos; si vero alter deficiat, &c.

On observe par-tout la disposition de ce texte touchant le droit d'accroissement, que l'on juge avoir lieu entre deux ou plusieurs légataires qui se trouvent joints ensemble par la chose & par les paroles, ou même par la chose seulement; comme quand une maison a été léguée à Pierre & à Jean, ou quand le testateur, après avoir légué une maison à Pierre, lègue ensuite la même maison à Jean.

Mais la difficulté est, quand les légataires ou fidéicommissaires ne sont joints entr'eux que par les paroles, de sçavoir si le droit d'accroissement doit avoir lieu alors entr'eux, quand l'un vient à défaillir, soit qu'il n'ait pu ou n'ait voulu recueillir, & qu'il soit mort avant le testateur, ou qu'il ait répudié, c'est-à-dire, s'il faut adjuger la portion de ce défaillant à l'autre légataire, ou bien si elle demeure acquise à l'héritier; comme, par exemple, quand le testateur a légué un domaine à Pierre & à Jean par portions qu'il leur a assignées, soit égales, ou inégales; car dans ce cas les portions d'un chacun étant distinctes, ils sont disjoints par la chose, & ne sont conjoints que par les paroles & par l'unité du discours: Henrys, tom. 1. liv. 5. quest. 58. de l'édition de 1708. décide que le droit d'accroissement ne doit pas alors avoir lieu entre les légataires: Vinnius sur ce paragraphe, & Ferrieres in quest. 335. de Guypap. tiennent au contraire que le droit d'accroissement doit avoir lieu, & cet avis paroît le meilleur; on peut voir encore Maynard, liv. 5. chap. 10. Catellan & son Commentateur, liv. 2. chap. 93.

§. 12. Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, &c.

La difficulté sur ce texte se réduit à connoître, quand est-ce que l'aliénation de la chose léguée, faite par le testateur depuis son testament, peut être regardée comme une révocation tacite du legs; & l'on juge que le testateur a eu intention de le révoquer, lorsqu'il a aliéné & vendu volontiers la chose léguée; mais cette présomption cesse, lorsque l'aliénation a été faite par le testateur dans la nécessité de ses affaires ou dans quelque be-

est dans le cas de  
la conjonction réelle.  
est dans le cas de  
l'union de la chose  
légataire par les paroles.  
est dans le cas de  
l'union de la chose  
légataire par la chose.

est dans le cas de  
l'union de la chose  
légataire par les paroles.  
est dans le cas de  
l'union de la chose  
légataire par la chose.

est dans le cas de  
l'union de la chose  
légataire par les paroles.  
est dans le cas de  
l'union de la chose  
légataire par la chose.

est dans le cas de  
l'union de la chose  
légataire par les paroles.  
est dans le cas de  
l'union de la chose  
légataire par la chose.

soin pressant : de-là vient aussi que par la donation faite à un autre de la chose léguée, le légat est pareillement censé révoqué, *Leg. 18. ff. de adimend. legat. cum nemo in recessitatibus liberalis existat*, & ce que nous venons de dire de l'aliénation volontaire de la chose léguée, a lieu, quand même le testateur viendrait ensuite à la racheter; car le legs demeure toujours nul, aux termes du moins de la Loi 15. *ff. de adimend. legat.* ou quand même il employerait le prix provenant de cette vente à l'achat d'un autre fonds, *Leg. 25. ff. eodem.*

Il n'en est pas de même de l'échange de la chose léguée fait par le testateur; car quoique l'échange soit une espèce d'aliénation volontaire, néanmoins parce que ce qui a été pris en échange, représente la chose échangée ou permutée, les Arrêts rapportés par Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 3. sect. 3. distinct. 1. n. 268. & dans le Journal des Audiences, tom. 1. liv. 1. chap. 17. ont jugé que le légat n'est pas censé révoqué, & que l'héritier est tenu de bailler au légataire la chose que le testateur avoit reçu en contr'échange.

*Qui post testamentum factum prædia quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri, &c.*

Par l'engagement du fonds légué fait par le testateur, non plus que par l'hypothèque de ce fonds, le legs n'est pas censé révoqué, puisqu'au contraire, comme nous l'avons déjà dit, l'héritier est tenu de dégager ledit fonds légué, & d'en faire jouir le légataire; & il en est de même d'un fonds légué, que le testateur auroit ensuite vendu à pacte de rachat, ou qu'il auroit laissé décréter, ou dont il auroit cédé & abandonné la jouissance à ses créanciers, y étant contraint par la nécessité de ses affaires: car dans tous ces cas le legs n'est pas censé révoqué. *Vid. Maynard, liv. 7. chap. 14.*

§. 13. *Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est.*

Il est hors de doute qu'un testateur peut léguer à son débiteur ce qu'il lui doit, & le décharger ainsi de la dette; mais ce legs de la libération ne comprend & ne renferme pas les dettes contractées depuis le testament; de sorte que si un testateur a légué

à Jean ce qu'il lui doit, & qu'alors il ne lui fût dû qu'une partie de ce que Jean lui a dû dans la suite, la libération ne s'applique qu'à la dette existante lors du testament, à moins qu'il ne fût question des intérêts de la même dette, qui eussent couru depuis le testament, & l'eussent grossie; parce que ces intérêts n'étant qu'un accessoire du capital, ils suivroient le même sort, *Leg. 28. §. 1. & 6. ff. de liber. legat.* & c'est sur les mêmes principes qu'on décide que le legs des terres ou des fonds que le testateur a dans un certain lieu, ne s'étend pas aux acquisitions que le testateur y a fait depuis, à moins qu'il ne s'agît d'un domaine, ou d'une métairie, qui comprendroit sans difficulté par voie d'accessoire ce que le testateur y auroit ajouté depuis son testament. *Vid. Maynard, liv. 8. chap. 77. La Roche & Graverol, liv. 6. titr. 61. art. 3. Catellan, liv. 2. chap. 79.*

§. 14. *Ex contrario, si debitor creditori suo quod debet, legaverit inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito.*

Il est aisé de comprendre que le legs de la dette qu'un débiteur fait à son créancier, est inutile & dérisoire, si le legs ne se trouve pas plus avantageux pour le créancier que sa créance; mais il y a une question qui consiste à sçavoir, si le débiteur faisant un legs à son créancier sans faire aucune mention de la dette, cette dette s'éteint & se compense avec le légat, ou bien si le créancier est en droit d'exiger tout à la fois la dette & la somme à lui léguée.

Sur cela on distingue ordinairement; car si la dette provient d'une obligation volontaire descendant *ex contractu vel ex dispositione hominis*, on ne présume pas que le testateur ait voulu compenser ce qu'il doit avec ce qu'il a légué, si il ne l'a déclaré expressément; & de-là vient aussi que la femme légataire de son mari, soit d'une pension, ou autre chose, peut demander, outre sa dot & son augment stipulé dans son contrat de mariage, le légat qui lui a été fait, suivant la Loi unique, §. 3. *cod. de rei uxor. act. on. Catellan, liv. 4. chap. 18.* que si au contraire la dette provient de la Loi ou de la Coutume seulement, ce qu'on appelle dette nécessaire, comme, par exemple, l'augment légal ou coutumier non stipulé dans le contrat de mariage; la quarte trébellianique; &c. les Auteurs disent que la compensation s'en

*quand la femme a un augment*

*principal de son contrat*

*le legs est nul si le débiteur a fait un legs à son créancier sans mention de la dette*

*le legs est nul si le débiteur a fait un legs à son créancier sans mention de la dette*

*le legs est nul si le débiteur a fait un legs à son créancier sans mention de la dette*

*le legs est nul si le débiteur a fait un legs à son créancier sans mention de la dette*

fait de plein droit avec le légat, s'il n'apparoît pas d'une intention contraire du testateur. Vid. Expilly, Plaid. 23. Faber, cod. lib. 6. tit. 18. def. 19. La Peyrère, lettre L. n. 2.

Lorsque le testateur a fait le legs, en prohibant au légataire, ou à la charge par le légataire de ne plus rien demander sur ses biens ou sur son hérité, on ne doute guère qu'il ne puisse néanmoins demander, & sur-tout si c'est un enfant légataire, les droits maternels, ou les autres droits ou hypothèques qu'il a sur les biens du testateur; parce qu'il n'y a qu'une simple présomption de l'intention de compenser, qu'il faut que le testateur s'en fût expliqué expressément, & que le légataire, en demandant ses autres droits ou hypothèques, ne demande même rien sur les biens du testateur, parce qu'il n'y a ni biens ni hérité qu'après les charges payées, Vid. Maynard, liv. 7. chap. 11. Ferrieres, in quest. 93. de Gnyrap. mais ce que Ferrieres semble ajouter en cet endroit, sçavoir, que la compensation doit avoir lieu, & que l'intention de compenser est suffisamment marquée, quand le testateur s'est borné à défendre au légataire de ne plus rien demander, sans ajouter, sur ses biens, ne paroît être qu'une pure subtilité à laquelle on ne sçauroit s'arrêter, & que cet Auteur condamne lui-même à la fin de sa note.

Au surplus, Ricard, tom. 1. part. 2. chap. 4. n. 168. enseigne qu'il n'y a point à distinguer, si le légataire est créancier du testateur à titre onéreux, ou s'il ne l'est qu'à titre lucratif, quoi qu'en aient pensé quelques Auteurs; & il établit qu'encore que le légataire ne se trouve créancier que par acte à titre purement lucratif, comme de donation, &c. la compensation ne doit pas avoir lieu, si l'héritier ne montre que le dessein du testateur a été de compenser l'un par l'autre.

Le même Auteur, ibid. n. 163. & suiv. enseigne que le légat d'une même chose ou d'une même somme étant répété une seconde fois en faveur du même légataire dans un même acte, il ne peut régulièrement être demandé qu'une seule fois, & que néanmoins on décide quelquefois le contraire, si ce sont deux légats faits dans des actes séparés.

Il y apporte néanmoins une exception, sçavoir, lorsque les deux libéralités ont été faites non seulement par des actes séparés, mais encore d'une qualité différente, comme, par exemple, par un testament & par une donation entre-vifs; car alors l'une

*Handwritten notes in the left margin:*  
Lorsque le testateur a fait le legs, en prohibant au légataire, ou à la charge par le légataire de ne plus rien demander sur ses biens ou sur son hérité, on ne doute guère qu'il ne puisse néanmoins demander, & sur-tout si c'est un enfant légataire, les droits maternels, ou les autres droits ou hypothèques qu'il a sur les biens du testateur; parce qu'il n'y a qu'une simple présomption de l'intention de compenser, qu'il faut que le testateur s'en fût expliqué expressément, & que le légataire, en demandant ses autres droits ou hypothèques, ne demande même rien sur les biens du testateur, parce qu'il n'y a ni biens ni hérité qu'après les charges payées, Vid. Maynard, liv. 7. chap. 11. Ferrieres, in quest. 93. de Gnyrap. mais ce que Ferrieres semble ajouter en cet endroit, sçavoir, que la compensation doit avoir lieu, & que l'intention de compenser est suffisamment marquée, quand le testateur s'est borné à défendre au légataire de ne plus rien demander, sans ajouter, sur ses biens, ne paroît être qu'une pure subtilité à laquelle on ne sçauroit s'arrêter, & que cet Auteur condamne lui-même à la fin de sa note.  
Au surplus, Ricard, tom. 1. part. 2. chap. 4. n. 168. enseigne qu'il n'y a point à distinguer, si le légataire est créancier du testateur à titre onéreux, ou s'il ne l'est qu'à titre lucratif, quoi qu'en aient pensé quelques Auteurs; & il établit qu'encore que le légataire ne se trouve créancier que par acte à titre purement lucratif, comme de donation, &c. la compensation ne doit pas avoir lieu, si l'héritier ne montre que le dessein du testateur a été de compenser l'un par l'autre.  
Le même Auteur, ibid. n. 163. & suiv. enseigne que le légat d'une même chose ou d'une même somme étant répété une seconde fois en faveur du même légataire dans un même acte, il ne peut régulièrement être demandé qu'une seule fois, & que néanmoins on décide quelquefois le contraire, si ce sont deux légats faits dans des actes séparés.  
Il y apporte néanmoins une exception, sçavoir, lorsque les deux libéralités ont été faites non seulement par des actes séparés, mais encore d'une qualité différente, comme, par exemple, par un testament & par une donation entre-vifs; car alors l'une

*Handwritten notes at the bottom of the page:*  
le legs d'une même chose ou d'une même somme étant répété une seconde fois en faveur du même légataire dans un même acte, il ne peut régulièrement être demandé qu'une seule fois, & que néanmoins on décide quelquefois le contraire, si ce sont deux légats faits dans des actes séparés.

des libéralités se compense le plus souvent avec l'autre, s'il ne paroît d'une intention contraire de celui qui les a faites: ainsi un pere ayant légué une somme à sa fille par son testament, & ensuite en la mariant lui ayant constitué la même somme, ou une plus grande, ou une moindre, cette somme se compense à concurrence avec le légat, quoique le pere soit mort sans avoir rien changé à son testament, Leg. 11. cod. de legatis. On peut voir sur tout cela, Ricard, dict. loc. Catellan, liv. 5. chap. 56. Vedel, liv. 2. chap. 79. Albert, verb. légat, art. 3. Maynard, liv. 8. chap. 69.

§. 15. Si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius est legatum quam actio de dote.

Il est vrai en général que le legs fait par un débiteur de ce qu'il doit à son créancier, est valable toutes les fois que le créancier légataire peut y trouver quelque avantage ou quelque commodité, & qu'ainsi le légataire peut & est en droit de se prévaloir de cette disposition; mais le legs que le mari fait à sa femme de sa dot, paroît assez inutile parmi nous: car quoiqu'il soit vrai que le mari ou ses héritiers ont une année de délai après la dissolution du mariage pour rendre la dot qui consiste en argent ou en effets mobiliers, Leg. unic. §. cum autem, cod. de rei uxori. si n'y avoit pas de terme, d'abord après le décès du mari, il n'en revient pourtant ni plus ni moins d'utilité à la femme, d'autant que pendant l'année du deuil les héritiers du mari sont tenus de payer à la veuve sa pension ou année de viduité, qui équipolle ou surpasse même quelquefois les intérêts de sa dot, lorsque cette dot se trouve modique, eù égard à la qualité & aux facultés du mari, outre qu'ils sont obligés encore de lui payer une somme pour ses habits de deuil. Vid. Louet & Brodeau, lettre V. chap. 11. Catellan, liv. 6. chap. 26.

Ainsi par un Arrêt du Parlement de Toulouse du 18 Septembre 1743, au rapport de M. Charlary, en la Chambre des Vocations, il fut adjugé à la demoiselle Le Noir, veuve du sieur Boucajai de la ville de Beziers, qui n'avoit eu qu'une dot de 1000 liv. la somme de 150 liv. pour son année de viduité, y compris les intérêts de sa dot, attendu qu'ils n'étoient pas suffi-

Tt

*Handwritten notes in the right margin:*  
Lorsque le testateur a fait le legs, en prohibant au légataire, ou à la charge par le légataire de ne plus rien demander sur ses biens ou sur son hérité, on ne doute guère qu'il ne puisse néanmoins demander, & sur-tout si c'est un enfant légataire, les droits maternels, ou les autres droits ou hypothèques qu'il a sur les biens du testateur; parce qu'il n'y a qu'une simple présomption de l'intention de compenser, qu'il faut que le testateur s'en fût expliqué expressément, & que le légataire, en demandant ses autres droits ou hypothèques, ne demande même rien sur les biens du testateur, parce qu'il n'y a ni biens ni hérité qu'après les charges payées, Vid. Maynard, liv. 7. chap. 11. Ferrieres, in quest. 93. de Gnyrap. mais ce que Ferrieres semble ajouter en cet endroit, sçavoir, que la compensation doit avoir lieu, & que l'intention de compenser est suffisamment marquée, quand le testateur s'est borné à défendre au légataire de ne plus rien demander, sans ajouter, sur ses biens, ne paroît être qu'une pure subtilité à laquelle on ne sçauroit s'arrêter, & que cet Auteur condamne lui-même à la fin de sa note.  
Au surplus, Ricard, tom. 1. part. 2. chap. 4. n. 168. enseigne qu'il n'y a point à distinguer, si le légataire est créancier du testateur à titre onéreux, ou s'il ne l'est qu'à titre lucratif, quoi qu'en aient pensé quelques Auteurs; & il établit qu'encore que le légataire ne se trouve créancier que par acte à titre purement lucratif, comme de donation, &c. la compensation ne doit pas avoir lieu, si l'héritier ne montre que le dessein du testateur a été de compenser l'un par l'autre.  
Le même Auteur, ibid. n. 163. & suiv. enseigne que le légat d'une même chose ou d'une même somme étant répété une seconde fois en faveur du même légataire dans un même acte, il ne peut régulièrement être demandé qu'une seule fois, & que néanmoins on décide quelquefois le contraire, si ce sont deux légats faits dans des actes séparés.  
Il y apporte néanmoins une exception, sçavoir, lorsque les deux libéralités ont été faites non seulement par des actes séparés, mais encore d'une qualité différente, comme, par exemple, par un testament & par une donation entre-vifs; car alors l'une

fans pour son entretien, en égard aux facultés du mari, & 100 liv. pour ses habits de deuil.

Il fut aussi jugé le 20 Février 1734, au rapport de M. de Commerce, en la cause de la Dame de Montels, veuve du sieur de Méritans, & des héritiers de son mari, que cette Dame qui ne s'étoit constituée aucune dot, mais qui d'ailleurs avoit de quoi vivre honnêtement, ne pouvoit pas demander l'année de viduité, qui ne représente, pour ainsi dire, que les intérêts de la dot, mais on lui adjugea seulement les habits de deuil; parce que la veuve, quoiqu'obligée *lugere maritum*, ne doit jamais porter le deuil à ses dépens: & il fut convenu encore par l'avis des Juges, que la veuve qui a apporté une dot raisonnable en argent ou en fonds, ne peut pas non plus prétendre d'année de viduité, lorsque cette dot lui a été payée ou rendue d'abord après le décès du mari, puisqu'elle jouit alors sans délai des intérêts de la dot.

§. 16. *Si res legata sine facto haredis perierit, legatario decedit.*

C'est une règle générale que si l'espèce ou le corps légué périt sans le fait, la faute ou la demeure de l'héritier, le legs cesse d'être dû, & l'obligation s'éteint. *Vid. Vinnius, hic.*

§. 17. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit.*

Dans ce paragraphe & dans les trois suivans, Justinien distingue les cas où chacune des choses léguées fait un corps à part, d'avec celui où la chose léguée a des accessoires, pour juger des accroissemens ou des diminutions que le légat peut avoir reçu depuis le testament fait; nous en avons déjà touché quelque chose sur le paragraphe 13. de ce Titre: il faut voir Ricard, tom. 1. part. 3. chap. 3. sect. 3. distinct. 5. qui en parle amplement.

De même pour interpréter ou pour connoître ce qui peut être compris dans un légat ou autre libéralité dont les termes sont ambigus, on peut voir le même Auteur, tom. 1. part. 2. chap. 4.

*Les accessoires font un corps à part. On ne peut pas dire que ce soit de même de choses qui font un corps à part.*

§. 19. *Ædibus legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum adjecta sunt, legato dicimus cedere.*

Cette décision est sans aucune difficulté; mais on demande si les statues, miroirs, ou autres ornemens qui sont mis dans une maison, sont toujours censés en faire partie, comme rendant la maison parfaite, & cette question a lieu tant dans le légat que dans la vente des maisons. Suivant la Loi *statuæ*. 245. ff. de verb. signif. les statues & autres choses de cette espèce ne sont pas censées faire partie de la maison, *quia ornatus causa parantur, non quo ædes perficiantur*: on trouve pourtant des Arrêts contraires dans le *Journal des Audiences*, tom. 1. liv. 2. chap. 53. & dans *Bardet*, tom. 1. liv. 3. chap. 56. & à la vérité il faut tenir que les statues même & autres ornemens de cette espèce qui ont été mis dans une maison pour y rester à perpétuité, doivent être regardés comme mis pour la perfection de la maison, quand même ces choses ne seroient pas fichées & attachées aux murs, toutes les fois qu'elles ne peuvent pas être ôtées & transportées ailleurs, sans laisser quelque difformité notable; car du reste, pour tout ce qui tient à fer & à cloux, ou est scellé en plâtre pour perpétuelle demeure, il n'y a pas de doute que ces choses ne fassent partie de la maison, *Leg. 12. §. 23. & Leg. 21. ff. de instrum. vel instrum. legat. Vid. Ranchin & Bornier, verb. emptio, art. 11.*

*Question qui se présente dans la Loi qui précède. Le verbe "quæ" est relatif à "columnas & marmora" et non à "Ædibus". On ne peut pas dire que ces choses font partie de la maison, car elles ne sont pas attachées aux murs. On ne peut pas dire non plus qu'elles ne font pas partie de la maison, car elles sont destinées à la perfection de la maison. On ne peut pas dire non plus qu'elles font partie de la maison, car elles ne sont pas attachées aux murs. On ne peut pas dire non plus qu'elles ne font pas partie de la maison, car elles sont destinées à la perfection de la maison.*

*Dolive*, liv. 4. chap. 9. nov. addit. rapporte un Arrêt qui jugea que dans la vente d'une maison, qui étoit une hôtellerie, & que l'hôte avoit vendue sans se rien réserver & sans expliquer que ce fût une hôtellerie, l'enseigne du logis n'étoit pas comprise, & que l'hôte pouvoit la retirer.

§. 21. *Quod defuncto debetur, legari potest, ut actiones suas hæres legatario præstet.*

Lorsqu'un créancier a légué une dette active à un tiers, comme, par exemple, une telle somme qu'un tel lui doit, alors l'héritier n'est tenu qu'à délivrer au légataire les actes qu'il a pour établir cette dette, ou à jurer qu'il n'en a point; parce que le testateur n'a pas légué proprement la somme à lui due, mais bien l'action qu'il avoit contre le débiteur; & que ce légat

*Il ne faut pas dire que l'héritier est tenu de délivrer les actes, car il ne les a pas. Il ne faut pas dire non plus que l'héritier n'est tenu que de jurer, car il est tenu de délivrer les actes. Il ne faut pas dire non plus que l'héritier est tenu de délivrer les actes, car il ne les a pas. Il ne faut pas dire non plus que l'héritier n'est tenu que de jurer, car il est tenu de délivrer les actes.*

T t ij

est taxatif & limitatif simplement, & non démonstratif : en sorte que c'est au légataire d'en poursuivre le paiement, comme il trouve à propos, sans qu'il puisse avoir son action de recours contre l'héritier, ni l'obliger à lui payer le légat, quand même la somme ne se trouveroit point due, ou que le débiteur seroit insolvable, mais il en seroit autrement, si le légat n'étoit que démonstratif, comme quand on lègue une certaine somme à prendre sur ce qu'un tel doit au testateur : car alors l'héritier, en cas d'insolvabilité de ce débiteur, seroit tenu d'acquitter le légat, & n'en seroit pas quitte en déliant l'obligation, ou en cédant l'action que le testateur avoit contre la personne désignée. C'est la différence qu'on fait entre les légats taxatifs & démonstratifs. *Vid. Graverol sur La Roche, liv. 6. titr. 61. art. 6. Maynard, liv. 7. chap. 9. Catellan, liv. 2. chap. 41.*

Il n'y a que les légats faits à l'Eglise pour cause de fondation ou d'obit, qui, quoiqu'assignés sur certains biens, sont toujours présumés démonstratifs, & sont, en cas d'insuffisance, étendus à tous les autres biens du testateur, s'il ne paroît d'une volonté contraire de sa part. *Dolive, liv. 1. chap. 6.*

On excepte encore le legs annuel des alimens, qui, quoiqu'assigné sur certains biens, est censé démonstratif par la faveur qu'il mérite, & pris subsidiairement sur tous les autres biens. *Leg. 12. ff. de aliment. & cibariis legat.*

*Nisi exegerit. vivus testator pecuniam, nam hoc casu legatum extinguitur.*

L'exaction que le testateur a fait de la dette qu'il avoit léguée, révoque le legs, parce que le paiement éteint la dette; & il semble même que les Auteurs ne font pas beaucoup de différence entre le cas où le débiteur a voulu se libérer de son propre mouvement, & celui où le testateur a exigé lui-même ce paiement.

On trouve dans *Maynard, liv. 5. chap. 99.* un Arrêt qui reçut un légataire à prouver que le testateur en levant la dette n'avoit pas eu l'intention de révoquer le légat; preuve assez difficile à faire, lorsque le testateur n'a pas laissé des vestiges de la dette, & marqué son intention, en conservant les deniers du paiement à lui fait, ou en les employant à l'achat de quelque chose, ou qu'il n'a pas expliqué sa volonté à ce sujet par ses discours :

*Distinction entre les legs démonstratifs et les legs taxatifs. Les legs taxatifs sont ceux qui sont assignés sur une certaine somme ou sur un certain bien, et qui ne sont étendus qu'à ce qui est assigné. Les legs démonstratifs sont ceux qui sont assignés sur un certain bien, et qui sont étendus à tous les autres biens du testateur.*

*Les legs faits à l'Eglise pour cause de fondation ou d'obit sont toujours présumés démonstratifs.*

*L'exaction de la dette léguée révoque le legs. Les Auteurs ne font pas beaucoup de différence entre le cas où le débiteur se libère de son propre mouvement et celui où le testateur exige lui-même le paiement.*

*Maynard* parle aussi du cas où l'on soutenoit que le testateur avoit dit & déclaré qu'il vouloit que le légat fût néanmoins payé en entier; mais cette preuve vocale seroit-elle recevable aujourd'hui depuis l'Ordonnance de 1735? je pense qu'oui, parce qu'elle ne défend d'admettre la preuve par témoins que des dispositions testamentaires qui ne seroient faites que verbalement; ce qui ne paroît pas s'appliquer au cas où il y a un testament contenant le légat, quoiqu'il y ait une présomption simple de révocation de ce legs.

*§. 22. Si generaliter servus vel alia res legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.*

Lorsqu'une chose a été léguée en général sous le nom de son genre, comme un cheval, un mulet, une maison, le légataire a le droit de choisir d'entre les espèces que le testateur a laissées, celle que bon lui semble; & il en est de même ordinairement, lorsque deux choses ont été léguées sans la particule disjunctive & alternative, ou, comme une maison, ou un fonds de terre, ce qui néanmoins doit dépendre des circonstances & des présomptions de la volonté du testateur. Cette question, si c'est au légataire ou à l'héritier que le choix doit appartenir, paroît même assez inutile, parce qu'il est certain que quel des deux qui choisisse, le choix ne doit point être exercé à la rigueur; de façon que celui qui choisit, ne doit pas prendre l'espèce ou la chose la meilleure ni la plus mauvaise, mais l'une des médiocres. *Leg. 37. ff. de legat. 1.º.* On peut voir au sujet de ce droit d'élection ou de choix, *Vinnius, hic, & Ricard, tom. 1. part. 2. chap. 4. n. 150. & suiv.*

Il n'en est pas tout-à-fait de même dans les contrats ou obligations, parce qu'ils ne reçoivent guère d'interprétation; de sorte que dans l'obligation alternative de bailler une telle chose ou une telle, l'option appartient toujours à celui qui s'est obligé; si le contraire n'a été dit, tout de même que quand on a promis simplement de bailler une espèce sous le nom de son genre. *§. 33. versic. huic autem, infr. de actionib. Leg. 10. in fine, ff. de jure dotium.* Il y a néanmoins un Arrêt rapporté par *Maynard, liv. 8. chap. 87.* qui jugea qu'une veuve, qui par son contrat de mariage avoit le choix d'une des maisons de son mari pour y

*Le légataire a le droit de choisir d'entre les espèces que le testateur a laissées.*

*Il en est de même ordinairement, lorsque deux choses ont été léguées sans la particule disjunctive & alternative.*

*La question de savoir si c'est au légataire ou à l'héritier que le choix doit appartenir, paroît même assez inutile.*

*Le choix ne doit point être exercé à la rigueur; de façon que celui qui choisit, ne doit pas prendre l'espèce ou la chose la meilleure ni la plus mauvaise.*

*On peut voir au sujet de ce droit d'élection ou de choix, Vinnius, hic, & Ricard, tom. 1. part. 2. chap. 4. n. 150. & suiv.*

*Il n'en est pas tout-à-fait de même dans les contrats ou obligations, parce qu'ils ne reçoivent guère d'interprétation.*

*De sorte que dans l'obligation alternative de bailler une telle chose ou une telle, l'option appartient toujours à celui qui s'est obligé.*



habiter durant sa viduité, ne pouvoit pas choisir la principale maison & château seigneurial, y ayant d'autres maisons communes pour son habitation.

Celui à qui le choix appartient, ayant une fois opté & déclaré sa volonté, il ne peut plus changer ni varier, encore qu'elle n'eût pas été réellement exécutée, à moins qu'il n'eût été trompé par le fait de la partie, ou par quelque autre accident, comme s'il avoit choisi une chose qui ne fût pas comprise au légat, ou qui ne pût pas lui demeurer en propriété.

§. 24. Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est.

On ne peut leguer, comme il est dit dans ce texte, qu'à ceux qui sont capables de recevoir par testament ou autre disposition, est-à-dire, qui n'auroient pas d'incapacité ou d'indignité en leur personne; ainsi on ne peut ni léguer, ni donner directement ni indirectement à son adultere ou à sa concubine, ni à ses tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs, avant qu'ils aient rendu leur compte & payé le reliqua, comme je l'ai observé ci-devant sur la fin du §. 1. du Titre de *heredibus instituendis*, ni à ses enfans naturels & bâtards, sinon quelque chose pour leurs alimens, &c.

Les legs même ou les institutions & autres libéralités faites aux Confesseurs, Médecins, Précepteurs, Maîtres, ou autres personnes qui ont quelque autorité sur l'esprit de ceux qui disposent à leur profit, sur-tout si ces libéralités sont considérables, sont réprochées & déclarées de nul effet, à cause de la captation & de la séduction présumée. Vid. *Maynard*, liv. 2. chap. 97. & 98. *Dolive*, liv. 5. chap. 19. *Cambolas*, liv. 6. chap. 12.

§. 25. Incertis personis, neque legata, neque fideicommissa, olim relinqui concessum erat.

Il est permis de léguer à des personnes incertaines, tout comme de les instituer ou de les substituer; mais c'est avec quelque restriction que ces dispositions peuvent avoir lieu: car si la personne du légataire peut être connue & manifestée par quelque action ou par quelque événement, & que dans ce cas on puisse reconnoître de la part du testateur quelque motif raisonnable

*Cependant l'adultere est capable de recevoir par testament. On ne peut léguer à un adultere, ni à sa concubine, ni à ses tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs, avant qu'ils aient rendu leur compte & payé le reliqua, comme je l'ai observé ci-devant sur la fin du §. 1. du Titre de heredibus instituendis, ni à ses enfans naturels & bâtards, sinon quelque chose pour leurs alimens, &c.*

*On ne peut léguer à un adultere, ni à sa concubine, ni à ses tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs, avant qu'ils aient rendu leur compte & payé le reliqua, comme je l'ai observé ci-devant sur la fin du §. 1. du Titre de heredibus instituendis, ni à ses enfans naturels & bâtards, sinon quelque chose pour leurs alimens, &c.*

*Les legs faits en faveur des pauvres, des captifs, ou autres personnes de cette espèce, ne doivent pas être regardés comme faits à des personnes incertaines, & sont valables, Leg. 24. & 27. cod. de Episcop. & Clericis.*

qui ait pu l'obliger à léguer, le legs est alors valable; comme si le testateur légue à celui qui épousera sa fille, ou à celle qui épousera son fils, &c. au lieu que le legs est nul, & demeure sans effet, si l'incertitude du légataire ne peut pas être manifestée; comme si je légue à Pierre qui est en Dauphiné, n'étant pas possible de connoître un tel légataire, s'il n'y a pas d'autre circonstance qui puisse servir à le désigner; & le legs est également nul, quoique la personne du légataire puisse être connue, s'il paroît qu'il n'a eu pour objet que la foiblesse de l'esprit du testateur, sans aucun motif du moins spécieux, comme s'il léguoit à celui qui passeroit le premier dans la place publique le jour de Pâques. Vid. *Ricard*, tom. 1. part. 1. chap. 3. sect. 11. *Henys & Bretonnier*, tom. 1. liv. 5. quest. 15.

Il en est de même des legs & autres dispositions qui sont laissées absolument à la volonté d'un tiers ou de l'héritier lui-même, lesquelles sont nulles, si ce n'est que le tiers eût seulement la faculté de choisir une personne d'entre plusieurs désignées par le testateur, *incertam personam de certis*, ou qu'il fût seulement rendu ou établi arbitre, & non pas maître absolu: ainsi dans le premier cas, comme quand on légue cent pistoles à telle personne que Jean ou que l'héritier voudront, le legs est nul; au lieu que si on le légue à un d'entre plusieurs, tel que l'héritier ou un tiers voudront choisir, le legs est valable.

Mais les legs faits en faveur des pauvres, des captifs, ou autres personnes de cette espèce, ne doivent pas être regardés comme faits à des personnes incertaines, & sont valables, Leg. 24. & 27. cod. de Episcop. & Clericis.

On a même jugé plusieurs fois qu'un testateur pouvoit valablement léguer une certaine somme à un Curé, ou autre personne de confiance, ou charger son héritier de la lui bailler, pour être employée aux œuvres qu'il lui avoit confiées, sans que cette personne soit tenue ni obligée de déclarer le secret, ni de montrer l'emploi de ladite somme, à moins qu'il n'y eût lieu de soupçonner qu'il fût question d'un emploi en faveur de personnes prohibées. Vid. *Louet & Brodeau*, lettre L. chap. 5. *Catellin & Vedel*, liv. 1. chap. 23.

Mais on doit remarquer que lorsque la volonté du testateur au sujet de ces dispositions secretes n'est pas justifiée même par écrit, & qu'il ne s'agit que d'un dépôt d'une somme fait entre

*On ne peut léguer à un adultere, ni à sa concubine, ni à ses tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs, avant qu'ils aient rendu leur compte & payé le reliqua, comme je l'ai observé ci-devant sur la fin du §. 1. du Titre de heredibus instituendis, ni à ses enfans naturels & bâtards, sinon quelque chose pour leurs alimens, &c.*

*On ne peut léguer à un adultere, ni à sa concubine, ni à ses tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs, avant qu'ils aient rendu leur compte & payé le reliqua, comme je l'ai observé ci-devant sur la fin du §. 1. du Titre de heredibus instituendis, ni à ses enfans naturels & bâtards, sinon quelque chose pour leurs alimens, &c.*

*Les legs faits en faveur des pauvres, des captifs, ou autres personnes de cette espèce, ne doivent pas être regardés comme faits à des personnes incertaines, & sont valables, Leg. 24. & 27. cod. de Episcop. & Clericis.*

*On a même jugé plusieurs fois qu'un testateur pouvoit valablement léguer une certaine somme à un Curé, ou autre personne de confiance, ou charger son héritier de la lui bailler, pour être employée aux œuvres qu'il lui avoit confiées, sans que cette personne soit tenue ni obligée de déclarer le secret, ni de montrer l'emploi de ladite somme, à moins qu'il n'y eût lieu de soupçonner qu'il fût question d'un emploi en faveur de personnes prohibées. Vid. Louet & Brodeau, lettre L. chap. 5. Catellin & Vedel, liv. 1. chap. 23.*

Sommaire du titre des legs. 151

il ny a que l'heritier qui soit parti par la mort du testateur suivant la  
regle le mortaiit vivit. le legataire doit recevoir les legs de main de  
l'heritier, la jussuisti l'her est bien acquise mais elle ne sert  
qua être transmise a ses heritiers qui peuvent faire comme le legataire  
la demande du legs.

les interets de la somme leguee ne sont due qu'en cas de la demande  
du legat. on excepte de cette regle les legats de livres pour que  
la leguisme est pour l'hereditaire et les interets de rente qui sont en  
grain ou en argent. c'est au demeurant qu'il y a le legataire qui ne peut  
l'heritier est tenu de fournir ce qui est requis au legataire

pour le mettre en possession du legs. on croit que cela s'est passé par une  
payement de provision et par de occupation. si le testateur a legu un  
office. elle payement de droit de mortuaires et de deniers pour  
legat. si le leg a été fait aux gens de main morte.

on juge aujourd'hui que le verbe de l'actio de legatarios est coherens  
peut être tenu au payement du legat sans son recours contre les  
autres coherens.

on peut leguer une chose qui ne soit appartenir que deux personnes l'he-  
ritier est obligé de payer de la chose leguée ou du prix. par un  
que le testateur ait été que la chose n'est appartenir que deux  
si l'un d'eux qui est le legataire ne veut le legat ne vaut que regardé  
fait a un proche parent et de l'actio de legatarios.

l'heritier doit toujours payer de la chose pour laquelle le fonds legu  
a été affecté et hypothéqué.

si le legataire a acquis la possession de la chose leguée l'heritier  
ne peut être tenu de lui en donner le prix que dans le cas ou il l'a  
de qui a été onereux.