

LES

Vaz A

ŒUVRES

DE MAÎTRE

HENRI BASNAGE

ECUIER, SEIGNEUR DU FRANQUESNEI,
AVOCAT AU PARLEMENT;

CONTENANT SES COMMENTAIRES SUR
LA COUTUME DE NORMANDIE,
ET SON TRAITE' DES HIPOTE'QUES.

TROISIÈME EDITION,

Revûë, corrigée & augmentée par l'Auteur.

OÙ SONT AÏOÛTEZ PLUSIEURS EDITS, DÉCLARATIONS ET ARRÊTS,
*tant de Sa Majesté que de la Cour, servant de Règlement tant
pour la Coûtume de cette Province, que pour la Procédure.*

TOME SECOND.



A ROUEN,

Chés MAURRY Imprimeur ordinaire du Roi.

M. DCC. IX.

AVEC PRIVILEGE DE SA MAJESTE.

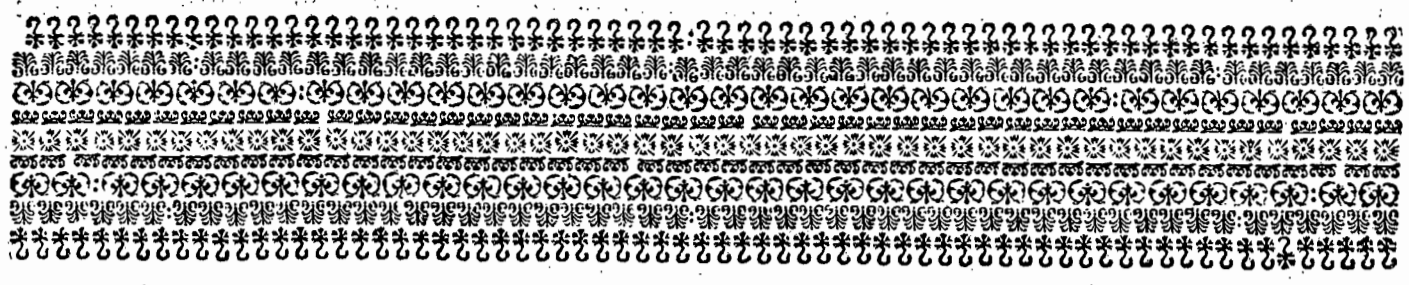



TABLE DES TITRES CONTENUS EN CE SECOND TOME DE COÛTUME.

 U Doüaire.	Page 1.
Des Testamens.	159.
Des Donations.	211.
Des Retraits & Clameur de Bourse.	275.
Quelles choses sont censées Meubles , quelles choses Immeubles.	338.
De Prescriptions.	359.
De Bref de Mariage Encombré.	389.
Des Exécutions par Decret.	419.
De Varech.	476.
De Servitudes.	485.

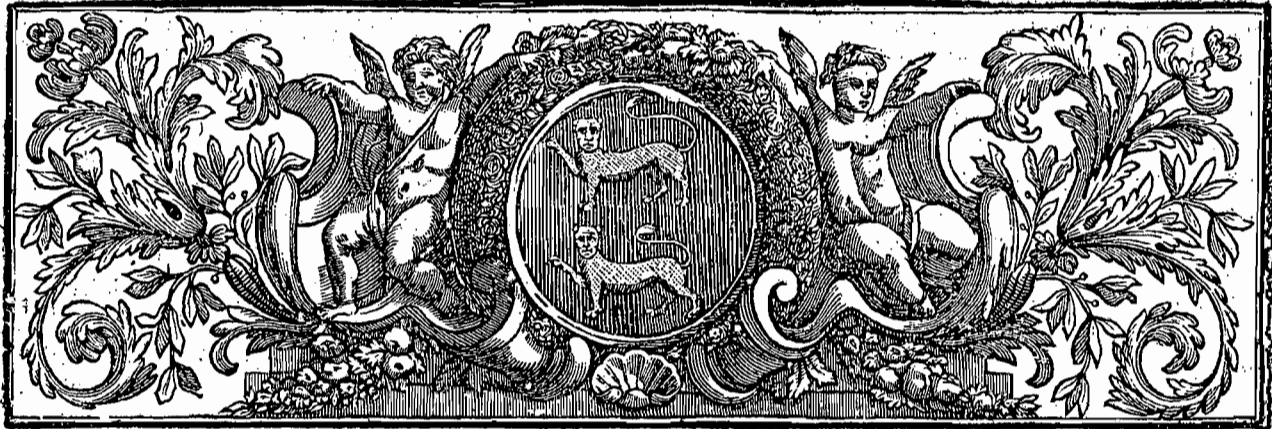
On a inséré à la suite des Commentaires de la Coûtume
le TRAITE' DES HIPOTE'QUES du même Auteur.

PRIVILEGE DU ROI.

L OUIS PAR LA GRACE DE DIEU ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE ;
A nos amez & feaux Conseillers les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de nôtre Hôtel, Grand-Conseil, Prevôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans, & à tous autres nos Juges & Officiers qu'il appartiendra, SALUT. Nôtre amé ANTOINE MAURRY nôtre Imprimeur ordinaire, & de nôtre Cour de Parlement à Rouën, Nous a fait exposer, que le Privilège que Nous lui avons ci-devant accordé pour l'Impression des Oeuvres de M^e HENRY BASNAGE, ancien Avocat en ce Parlement, étant expiré, il desireroit faire réimprimer conjointement ses Commentaires sur la Coutume de Normandie, & son Traité des Hipotèques, avec des Corrections ou augmentations de l'Auteur, que sa Veuve lui avoit mis en main après son décès, pour en faire une nouvelle Edition, sous le Titre des *Oeuvres de M^e Henri Basnage*, s'il Nous plaisoit de lui acorder nos Lettres de Permission sur ce nécessaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Exposant, Nous lui avons permis & accordé, permettons & acordons par ces Presentes, de réimprimer, ou faire imprimer, vendre & distribuer les *Commentaires sur la Coutume de Normandie, avec les Corrections & augmentations de l'Auteur, conjointement avec le Traité des Hipotèques, sous le titre d'OEUVRES DE M^e HENRI BASNAGE Avocat au Parlement de Rouën*, par tels Libraires ou Imprimeurs de nôtre Roïaume, Terres & Seigneuries de nôtre obéissance, en tels volumes, marges & caractères, & autant de fois que bon lui semblera, pendant le tems & espace de huit années consécutives, à compter du jour & date des Presentes ; Faisant défenses à tous Libraires, Imprimeurs & autres, d'imprimer, faire imprimer, vendre ou distribuer ledit Ouvrage, en tout ou en partie, sous quelque prétexte que ce soit, même d'Impression étrangere, changement de Titre, ou autrement, sans le consentement par écrit de l'Exposant, ou de ceux qui auront droit de lui ; sous peine de quinze cens livres d'Amende contre chacun des contrevenans, applicable un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers à l'Exposant ; de confiscation des Exemplaires contrefaits, & de tous dépens, dommages & intérêts : à condition de faire enregistrer ces Presentes dans trois mois du jour de leur date, sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs-Libraires de Paris ; que l'Impression dudit Livre sera faite en beaux caractères, sur de beau & bon papier, dans nôtre Roïaume, & non ailleurs, conformément aux Réglemens de la Librairie ; & qu'avant l'exposition dudit Livre en vente, il en sera mis deux Exemplaires dans nôtre Bibliothèque publique, un dans le Cabinet de nos Livres en nôtre Château du Louvre, & un dans la Bibliothèque de nôtre très-cher & feal Chevalier, Chancelier de France, le Sieur Phelipeaux, Comte de Pontchartrain, Commandeur de nos Ordres : le tout à peine de nullité des Presentes ; du contenu desquelles, Nous vous mandons & enjoignons de faire jouir l'Exposant, & user pleinement & paisiblement, sans souffrir qu'il en soit aucunement empêché. Voulons aussi que la Copie des Presentes qui sera tout au long imprimée au commencement ou à la fin dudit Livre, soit tenue pour dûment signifiée, & qu'aux Copies qui en seront collationnées par l'un de nos amez & feaux Conseillers-Secretaires, foi soit ajoutée comme à l'Original. Commandons au premier nôtre Huissier ou Sergent, de faire pour l'exécution des Presentes, tous Actes requis & nécessaires, sans demander autre permission, & nonobstant Clameur de Haro, Charté Normande, & autres Lettres à ce contraires : CAR tel est nôtre plaisir. DONNE' à Versailles le dix-neuvième jour de Mai, l'an de grace mil sept cens huit : Et de nôtre Règne le soixante-sixième. Par le Roi, en son Conseil, signé DE LA MER.

Registré sur le Registre, N° 2. de la Communauté des Libraires-Imprimeurs de Paris, Page 340, N° 642. conformément aux Réglemens, & notamment à l'Arrest du Conseil du treizième Août 1703. A Paris, ce 28 Mai 1708. Signé, LOUIS SEVESTRE, Syndic.

Les Exemplaires ont été fournis.



DU DOUAIRE.



LES dispositions contenues en ce Titre sont d'un grand usage dans la société civile, c'est pour-quoi la connoissance en est fort nécessaire ; les matières qui y sont traitées ont beaucoup plus d'étendue que le Titre ne promet d'abord : il n'y est pas seulement parle du douaire des femmes, mais aussi de tous les états civils que le mariage produit. Cette conjonction qui unit des personnes qui n'avoient auparavant aucune liaison entr'elles, ne se peut faire que sous beaucoup de conditions réciproques ; on y ménage les intérêts & les avantages de ceux qui contractent, & l'on tâche en même tems d'assurer la fortune & la condition de la postérité que l'on espère en devoir naître.

Mais la loi qui n'ignore pas les dérèglemens qu'un amour aveugle peut produire, & qui connoît aussi la foiblesse des femmes, ne leur permet pas de contracter à leur volonté ; elle impose aux hommes & aux femmes des conditions qu'ils sont obligés de garder ; & quelque grande que soit leur affection, leurs donations ne peuvent excéder les bornes qui leur sont prescrites.

C'est un usage presque universel de donner quelque récompense à la femme, non pas seulement comme un prix de la virginité, *propter delibatum pudicitia florem* ; car les veuves qui se remarient en seroient privées, mais à cause de la dot qu'elle apporte au mari, & qu'elle lui donne en quelques lieux toute entière ; c'est pourquoi chés les Hébreux la veuve étoit entretenue sur les biens du mari, & même s'ils ne suffisoient pas pour elle & pour les enfans, elle étoit préférée, *Seld. de Success. ad leg. Hebr.*

Cette récompense a été réglée fort diversement, soit à l'égard de la qualité ou de la quantité. Les Empereurs permirent la donation à cause de noces, *dos data remuneracionem propter nuptias meretur*, dit la l. *dos data, C. de don. prop. vel ante nupt.* Cette donation étoit une rémunération de la part du mari envers la femme, *ut soluto matrimonio melius prospiciatur mulieri*, *Auth. de don. prop. nupt.* & d'autant qu'elle tenoit lieu de compensation de la dot, elle étoit appelée des Grecs *κντιφιεν*, *quasi contrados* ; & dans le Droit Canonique elle est appelée *dotalitium*, *C. Plenumque, de don. inter vir. & uxor.* aux Decret.

Ces donations à cause de noces étoient inconnues aux anciens Jurisconsultes ; elles ne furent approuvées que par les Empereurs, & quelques Interprètes l'ont estimée si favorable, qu'ils ont crû qu'elle pouvoit être demandée sans stipulation, *sola conditione legis*, bien qu'Accurse soit d'un sentiment contraire ; ce qui est conforme à notre Coutume.

Les Empereurs permirent donc au mari la donation à cause de noces, pourvu qu'elle fût égale à la portion que la femme lui avoit donnée, *l. cum multa C. eod.* Cette égalité étoit nécessaire au commen-

cement, mais cela fut depuis changé par les Grecs en leur *υποβολον*, *id est, id quod mortuo marito superstiti uxori redditur supra dotem*, & cet *υποβολον* étoit au commencement la moitié ; depuis il fut réduit au quart, & enfin il fut arrêté que quand il n'y auroit point de stipulation expresse, il ne seroit que du quart : *Harmen. l. 4. c. 10.*

Dans les Provinces de France qui gardent le Droit Romain, il ne se pratique pas comme il a été ordonné par Justinien ; Dans les contrats de mariage on y emploie ordinairement une convention réciproque pour le gain de survie, c'est-à-dire que le mari au cas qu'il précède, donne à la femme une somme qui lui doit être restituée outre & par dessus sa dot ; c'est ce qu'on appelle *augment de dot*. Colombel en ses *Inst. part. 3. t. 30.* M^r Maynard, *l. 4. c. 56.* a écrit qu'à Toulouse l'augment de dot est de la moitié, & néanmoins que la propriété n'en est acquise à la femme que quand elle survit à son mari ; Cambolas, *l. 5. c. 1. Gregor. Tolos. in syntag. l. 8. c. 7.*

Mais quittons les Grecs & les Romains pour découvrir ce qui se pratiquoit autrefois dans les Gaules & parmi nos voisins ; car il seroit mal-aisé de trouver une entière conformité de notre douaire avec la donation à cause de noces des Romains, & l'*hypobolon* des Grecs ; le nom & la chose ont toujours été particuliers aux François, comme dit Pontanus en sa Préface sur le Titre du Douaire de la Coutume de Blois. On peut dire cependant que quoi qu'il ne se trouve pas une relation parfaite entre notre douaire & la donation *propter nuptias*, & l'augment de dot, ils ne laissent pas d'avoir un même principe, & de se ressembler en beaucoup de choses. Pontanus a crû que le douaire coutumier étoit une imitation de ce que Justinien avoit établi par les Authentiques. Il donnoit à la femme qui n'avoit point de dot, ou qui n'en avoit qu'une médiocre, la troisième ou quatrième partie des biens du mari lorsqu'il n'avoit que trois enfans ; que s'il y en avoit davantage, la femme avoit autant qu'un enfant ; *Auth. praterea, Cod. unde vir & uxor. & Auth. de exhib. reis, §. 9. quoniam verò, Coll. 6.* Pontanus sur l'art. 177. de la Coutume de Blois. C'est aussi l'opinion de Mr d'Argentré, dans sa Préface sur le Titre de mariage, *in fine.*

Cette Coutume de doter les femmes étoit fort ancienne dans les Gaules & dans l'Allemagne ; *Viri quantas pecunias ab uxoribus acceperunt, tantas ex suis bonis aestimatione facta cum dotibus communicant, hujus omnis pecunia conjunctim ratio habetur, fructus servantur, uter eorum vitâ superaverit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit.* Tacite rapporte à peu près la même chose des Allemands, *de moribus German. Dotem non uxor marito, sed maritus uxori adfert.* Nous aprenons par ce passage que le terme de *dot* signifioit ce que depuis l'on a nommé *donaire*. Dans les Loix des Bourguignons,

Du douaire des femmes.

Coutume des Hébreux pour les veuves.

De la donation à cause de noces des Romains.

De l'augment de dot.

Du douaire coutumier tiré des Authentiques de Justinien.

De l'antiquité de l'usage du douaire.

2 DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXVII.

2. 42. & t. 62. *Mulier si ad alias nuptias transferit, perdet omnia, prater dotem tamen quam a marito suo acceperat quamdiu vixerit, filio proprietate servata;* ce qui signifie manifestement le douaire. M^r Bignon confirme cette vérité par plusieurs exemples, *in notis ad Marculph. l. 1. c. 15.* Et par l'Ordonnance qui fut faite par Jean Roi d'Angleterre, dont je parlerai incontinent, on se sert de ce terme de dot pour exprimer le douaire: *assignetur vidua pro dote sua tertia pars totius terre mariti sui, nisi de minori dotata sit*, ce qui fait voir qu'en ce tems-là le douaire coutumier & le douaire préfix étoient en usage.

Si les François ont apporté l'usage du douaire de leurs voïages d'Outremer?

Depuis cette espèce de constitution de dot fut appelée *doarium*, & *dotalitium*. Saumaize dit que les François aprirent cette Coutume dans leurs voïages d'Outremer, parce qu'en ce tems l'*ἔτος* des Grecs étoit de la troisième partie des biens du mari, *de modo usur. l. 4.* Cet Auteur rapporte en ce même endroit un certain Formulaire Grec, dont les Notaires se servoient dans les contrats de mariage, qui a quelque rapport avec les nôtres: *εἰ δὲ ἐπὶ τῶν αὐτῶν ἀπαισὶν ἡ ἀδελφὴ φράσῃ ἀποθανεῖν ἢ καὶ λάβῃ αὐτὴ χάριν, ὑπολάβετο αὐτῆς τὸ τρίτον τῆς ἐπιλοδοδεῖσθαι αὐτῶν μεριστὸς ἐκ γενικῆς κληρονομίας*: Si le mari décède avant la femme & sans avoir fait testament, la femme remportera pour son douaire le tiers du bien qu'elle avoit donné à son mari.

Mais l'usage du douaire est beaucoup plus ancien parmi nous, & même parmi nos voisins, que le voïage d'Outremer; il étoit même limité presque par tout comme parmi nous, à la tierce partie. *Rheynardus* en son *Traité de differentiâ juris civilis & Saxon.* l. 1. c. 33. dit que *jure Saxonico uxoris ex bonis defuncti mariti tertia pars omnium bonorum debetur.*

Baro dans son Epître dédicatoire, *de jure beneficiorum. Quod è jure Longobardico manat, quod vidua marito mortuo tertiam fructuum vel aliam partem quo ad dum vivit, apud Gallos lucratur.*

Marculphe nous a conservé la Formule de ces donations: le mari pouvoit donner l'usufruit de tous ses biens tant propres que conquêts, *tam de alode quam de comparato. Marculph. l. 2. c. 7.* Il est vrai que Philippe de Beaumanoir a écrit qu'en l'année 1214. Philippe-Auguste régla le douaire à la moitié des biens du mari, & il ajoute qu'auparavant cet établissement du bon Roi Philippe, *nul femme n'avoit douaire, fors cil qui lui fut convenu au mariage.* C'est de cette Ordonnance que la Coutume de Paris est fondée, qui règle le douaire coutumier à la moitié des biens.

Par la Coutume de Paris, le douaire est limité à la moitié des biens du mari.

Mais en Normandie l'on peut dire que le douaire a toujours eu lieu, & qu'il consistoit comme il fait encore à present, au tiers des biens dont le mari étoit saisi lors de son mariage. Voici les termes de notre ancienne Coutume, comme ils sont rapportez par *Lithleton, l. 1. c. 5.* de dowerer: *Tenant en dower, est l'ou homme est seisi de certains terres & tenemens, & pren femme & de vie; la femme après le décès de son Baron sera endouée de la tierce partie de tielsterres & tenemens qui furent à son Baron en ascuns tems durant la couverture, à tenir par la femme par terme de sa vie.*

Par celle de Normandie, il est réglé au tiers.

Les Ecoffois l'appellent aussi *donaire*; & est *tertia pars totius tenementi viri sui quod habuit tempore dispensationis. Skenaus, l. 2. c. 20. de leg. Scot.* Par une Ordonnance de l'an 1215. de Jean Roi d'Angleterre, le douaire fut limité au tiers des biens du mari. Nous observons encore cette Loi; & dans les Provinces voisines, comme la Bretagne, l'Anjou & le Maine, la femme n'a que le tiers en douaire.

Des Coutumes qui régulent le douaire au tiers.

CCCLXVII.

Douaire quand se gagne, & en quoi consiste.

Douaire quand se gagne, & en quoi consiste.

La femme gagne son douaire au coucher, & consiste le douaire en l'usufruit du tiers des choses immeubles dont le mari est saisi lors de leurs épousailles, & de ce qui lui est depuis échû constant le mariage en ligne directe, encore que lesdits biens fussent échûs à ses pere & mere, ou autre ascendant, par succession collatérale, donation, aquêts ou autrement.

Cet article contient trois notables décisions; par la première, la Coutume dispose quand & comment la femme gagne son douaire. On apprend par la deuxième en quoi il consiste; & par la troisième, sur quels biens elle peut le demander.

Le douaire se gagne au coucher.

Ces paroles, *la femme gagne son douaire au coucher*, signifient simplement que la femme ne gagne entièrement son douaire, & qu'il ne lui est pleinement acquis qu'après avoir entré dans le lit nuptial. La bénédiction nuptiale, son entrée & sa reception dans la maison de son mari, n'achevent point la perfection de l'acte; il faut qu'elle couche avec son mari pour acquerir son douaire: c'est ce qui donne la dernière perfection à ce droit.

Plusieurs Coutumes sont conformes à la nôtre. Chartres, art. 52. Clermont en Beauvoisis, art. 259. Et c'étoit l'ancien usage de la France, suivant ce proverbe rapporté par *Loyfel* en ses *Institut. Coût. l. 5. t. 3. art. 51. Au coucher la femme gagne son douaire.*

Ce seroit ici le lieu de traiter ces célèbres questions, si le douaire doit commencer du jour du contrat de mariage, ou de la célébration d'icelui; quelle est son hipotèque; & s'il doit être préféré à la dot; mais je réserve ces matières sur l'art. DXCIII.

Quand la Coutume déclare que la femme gagne son douaire au coucher, elle n'accorde ce bénéfice

qu'à la femme légitime, & dont le mariage a été valablement contracté: mais on peut douter si toutes les femmes légitimes peuvent avoir douaire coutumier sur les biens de leurs maris, comme les femmes des aubeins, des bâtards, de ceux qui meurent sans héritiers, & de ceux dont les biens ont été confisquez?

Si les femmes des aubeins, des bâtards & des confisquez, peuvent avoir douaire sur les biens de leurs maris?

Pour les maris dont les biens ont été confisquez, puisque la Coutume en l'art. CCCXXXIII. ne prive pas leurs femmes de prendre part à leurs meubles & aquêts, il est sans doute qu'elles ne peuvent être privées de leur douaire par la faute du mari; & il ne peut y avoir de difficulté pour les veuves de ceux qui meurent sans héritiers, ni pour les bâtards; car puisqu'il est permis à ces sortes de personnes de contracter mariage, il s'ensuit que leurs femmes légitimes peuvent jouir de toutes les prérogatives & droits que la Coutume donne aux autres femmes.

Par l'art. 312. de la Coutume d'Orleans, les veuves des bâtards & des aubeins, & de ceux qui n'ont point d'héritiers, ne perdent pas leurs douaires & communautés de biens, & autres conventions de mariage.

Cela néanmoins reçoit de la difficulté à l'égard des aubeins. Pour l'éclaircir, ces distinctions sont nécessaires.

Lorsque les étrangers se sont mariez avant leur établissement en France, & que les pactions ont

2 DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXVII.

2. 42. & t. 62. *Mulier si ad alias nuptias transferit, perdet omnia, prater dotem tamen quam a marito suo acceperat quamdiu vixerit, filio proprietate servata;* ce qui signifie manifestement le douaire. M^r Bignon confirme cette vérité par plusieurs exemples, *in notis ad Marculph. l. 1. c. 15.* Et par l'Ordonnance qui fut faite par Jean Roi d'Angleterre, dont je parlerai incontinent, on se sert de ce terme de dot pour exprimer le douaire: *assignetur vidua pro dote sua tertia pars totius terre mariti sui, nisi de minori dotata sit*, ce qui fait voir qu'en ce tems-là le douaire coutumier & le douaire préfix étoient en usage.

Si les François ont apporté l'usage du douaire de leurs voïages d'Outremer?

Depuis cette espèce de constitution de dot fut appelée *doarium*, & *dotalitium*. Saumaize dit que les François aprirent cette Coutume dans leurs voïages d'Outremer, parce qu'en ce tems-là l'usage des Grecs étoit de la troisième partie des biens du mari, *de modo usur. l. 4.* Cet Auteur rapporte en ce même endroit un certain Formulaire Grec, dont les Notaires se servoient dans les contrats de mariage, qui a quelque rapport avec les nôtres: *ει δε ετι προ αυτης απαις ε αδιαδελφω φρασιν αποθανειν ινα λαβη αυτη χαριν, υτιολαβετο αυτης, το τεριον της επιλοθεισης αυτω μερισος εκ γενικης κληρονομιας*: Si le mari décède avant sa femme & sans avoir fait testament, la femme remportera pour son douaire le tiers du bien qu'elle avoit donné à son mari.

Mais l'usage du douaire est beaucoup plus ancien parmi nous, & même parmi nos voisins, que le voïage d'Outremer; il étoit même limité presque par tout comme parmi nous, à la tierce partie. *Rheynardus* en son *Traité de differentiâ juris civilis & Saxon.* l. 1. c. 33. dit que *jure Saxonico uxoribus ex bonis defuncti mariti tertia pars omnium bonorum debetur.*

Baro dans son Epître dédicatoire, *de jure beneficiorum. Quod è jure Longobardico manat, quod vidua marito mortuo tertiam fructuum vel aliam partem quoad dum vivit, apud Gallos lucratur.*

Marculphe nous a conservé la Formule de ces donations: le mari pouvoit donner l'usufruit de tous ses biens tant propres que conquêts, *tam de alode quam de comparato. Marculph. l. 2. c. 7.* Il est vrai que Philippe de Beaumanoir a écrit qu'en l'année 1214. Philippe-Auguste régla le douaire à la moitié des biens du mari, & il ajoute qu'auparavant cet établissement du bon Roi Philippe, *nul femme n'avoit douaire, fors cil qui lui fut convenu au mariage.* C'est de cette Ordonnance que la Coutume de Paris est fondée, qui règle le douaire coutumier à la moitié des biens.

Par la Coutume de Paris, le douaire est limité à la moitié des biens du mari.

Mais en Normandie l'on peut dire que le douaire a toujours eu lieu, & qu'il consistoit comme il fait encore à present, au tiers des biens dont le mari étoit saisi lors de son mariage. Voici les termes de notre ancienne Coutume, comme ils sont rapportez par *Lithleton, l. 1. c. 5.* de dowerer: *Tenant en dower, est l'ou homme est seisi de certains terres & tenemens, & pren femme & de vie; la femme après le décès de son Baron sera endouée de la tierce partie de tielsterres & tenemens qui furent à son Baron en ascuns tems durant la couverture, à tenir par la femme par terme de sa vie.*

Par celle de Normandie, il est réglé au tiers.

Les Ecoissois l'appellent aussi *donaire*; & est *tertia pars totius tenementi viri sui quod habuit tempore dispensationis. Skenaus, l. 2. c. 20. de leg. Scot.* Par une Ordonnance de l'an 1215. de Jean Roi d'Angleterre, le douaire fut limité au tiers des biens du mari. Nous observons encore cette Loi; & dans les Provinces voisines, comme la Bretagne, l'Anjou & le Maine, la femme n'a que le tiers en douaire.

Des Coutumes qui régulent le douaire au tiers.

CCCLXVII.

Douaire quand se gagne, & en quoi consiste.

Douaire quand se gagne, & en quoi consiste.

La femme gagne son douaire au coucher, & consiste le douaire en l'usufruit du tiers des choses immeubles dont le mari est saisi lors de leurs épousailles, & de ce qui lui est depuis échû constant le mariage en ligne directe, encore que lesdits biens fussent échûs à ses pere & mere, ou autre ascendant, par succession collatérale, donation, aquêts ou autrement.

Cet article contient trois notables décisions; par la première, la Coutume dispose quand & comment la femme gagne son douaire. On apprend par la deuxième en quoi il consiste; & par la troisième, sur quels biens elle peut le demander.

Le douaire se gagne au coucher.

Ces paroles, *la femme gagne son douaire au coucher*, signifient simplement que la femme ne gagne entièrement son douaire, & qu'il ne lui est pleinement acquis qu'après avoir entré dans le lit nuptial. La bénédiction nuptiale, son entrée & sa reception dans la maison de son mari, n'achevent point la perfection de l'acte; il faut qu'elle couche avec son mari pour acquerir son douaire: c'est ce qui donne la dernière perfection à ce droit.

Plusieurs Coutumes sont conformes à la nôtre. Chartres, art. 52. Clermont en Beauvoisis, art. 259. Et c'étoit l'ancien usage de la France, suivant ce proverbe rapporté par *Loyfel* en ses *Institut. Coût. l. 5. t. 3. art. 51. Au coucher la femme gagne son douaire.*

Ce seroit ici le lieu de traiter ces célèbres questions, si le douaire doit commencer du jour du contrat de mariage, ou de la célébration d'icelui; quelle est son hipotèque; & s'il doit être préféré à la dot; mais je réserve ces matières sur l'art. DXCIII.

Quand la Coutume déclare que la femme gagne son douaire au coucher, elle n'accorde ce bénéfice

qu'à la femme légitime, & dont le mariage a été valablement contracté: mais on peut douter si toutes les femmes légitimes peuvent avoir douaire coutumier sur les biens de leurs maris, comme les femmes des aubeins, des bâtards, de ceux qui meurent sans héritiers, & de ceux dont les biens ont été confisquez?

Si les femmes des aubeins, des bâtards & des confisquez, peuvent avoir douaire sur les biens de leurs maris?

Pour les maris dont les biens ont été confisquez, puisque la Coutume en l'art. CCCXXXIII. ne prive pas leurs femmes de prendre part à leurs meubles & aquêts, il est sans doute qu'elles ne peuvent être privées de leur douaire par la faute du mari; & il ne peut y avoir de difficulté pour les veuves de ceux qui meurent sans héritiers, ni pour les bâtards; car puisqu'il est permis à ces sortes de personnes de contracter mariage, il s'ensuit que leurs femmes légitimes peuvent jouir de toutes les prérogatives & droits que la Coutume donne aux autres femmes.

Par l'art. 312. de la Coutume d'Orleans, les veuves des bâtards & des aubeins, & de ceux qui n'ont point d'héritiers, ne perdent pas leurs douaires & communautés de biens, & autres conventions de mariage.

Cela néanmoins reçoit de la difficulté à l'égard des aubeins. Pour l'éclaircir, ces distinctions sont nécessaires.

Lorsque les étrangers se sont mariez avant leur établissement en France, & que les pactions ont

Du douaire des femmes des aubeins.

L'on n'admet point d'extension ni d'interpretation dans les contrats.

Les lettres de naturalité obtenues par des étrangers après leur mariage, n'ont aucun effet retroactif pour jouir des effets civils.

été faites selon les loix de leur pais, où il n'est point parlé du droit de douaire ou de communauté, ils ne participent point à nôtre droit coûtumier, quelque longue que soit leur demeure & leur habitation; parce qu'il n'y a point raison de dire qu'il faille suppléer à des contrats de cette qualité, & de les interpreter par la Coûtume du lieu de leur domicile, à laquelle les contractans ne penserent jamais, parce que l'on n'admet point d'interpretation ni d'extension pour les contrats. Il faut s'attacher ponctuellement aux termes convenus par les parties, sur tout étant manifeste que les contractans n'ont point eu d'égard à nos droits coûtumiers, & que c'étoit au contraire une chose fort éloignée de leurs mœurs & de leurs intentions, aussi-bien que des loix du pais de leur origine.

Et bien que ces étrangers après leur mariage aient obtenu des lettres de naturalité, elles n'ont pas un effet retroactif pour rendre les impetrans capables des effets civils qui appartiennent aux personnes mariées suivant les Coûtumes de France; car le benefice de naturalité rend bien les étrangers capables de tous les droits de cité & de bourgeoisie; & de ce qui dépend de la maniere de l'exécuter; mais pour les affaires passées, & les droits qui naissent d'un contrat & de la convention des parties, il n'y a pas d'aparence; non plus que si quelqu'un avoit contracté mariage au pais de droit écrit où il n'y a point de communauté, & venoit par après demeurer en un pais où la communauté auroit lieu, le nouveau domicile ne changeroit rien à son contrat.

Mais si les étrangers suivant les loix de leur pais avoient stipulé des droits de douaire & de communauté, les conventions matrimoniales devroient être gardées, parce que les contrats de mariage sont du droit des gens qui doit avoir lieu par tout, puisque le mariage dont le contrat n'est qu'un accessoire, a son institution de ce droit des gens commun à tous les hommes; & par cette raison les veuves des aubeins doivent jouir de l'effet de leurs conventions matrimoniales au préjudice du fisc, soit que le contrat de mariage ait été fait en France, soit au pais des conjoints, pourvu que la veuve se soit retirée en France devant ou après la mort de son mari, & qu'elle y reside; & telle est, dit de la Lande sur l'art. 312. de la Coûtume d'Orléans, la pratique de la Chambre du Tresor. Ces conventions néanmoins pour le douaire & la communauté ne seroient exécutées que suivant la Coûtume de Normandie, si le mariage y étoit dissous.

Si les étrangers mariez en France sans contrat, peuvent s'ejouir des droits qui naissent des contrats?

Que si les étrangers se marient en France sans contrat, seront-ils capables des droits de douaire, de communauté, & de tous les autres droits qui naissent des contrats? Par les maximes du Droit François l'étranger est capable de tous contrats, pour s'obliger & pour obliger un autre, & néanmoins il n'est pas capable d'aucune succession, ni par testament, ni *ab intestat*, soit pour y succéder, soit pour faire qu'on lui succède: Tellement que si un étranger qui a pu contracter mariage, & faire telles pactions qu'il lui a plu, n'en a point fait, & s'est marié sans contrat, il est vrai de dire qu'en ce cas, la Coûtume lui fait un contrat, & qu'elle le supplée, parce qu'il ne s'agit pas d'un testament ou d'une succession, mais d'un contrat, duquel étant capable, il semble avoir tacitement consenti à toutes les suites & effets en se mariant, & demeurant en un lieu où il y a Coûtume expresse pour cela.

Cela est si raisonnable, qu'autrement ce seroit interdire l'usage du mariage, ôtant les moyens de donner & de recevoir les choses qui font subsister les personnes en cet état.

Que si l'étranger naturalisé va prendre femme en son pais, & dans l'an la ramené en France au lieu de son domicile, quoi qu'en plusieurs lieux on regarde précisément le lieu où le mariage se contracte & se

célebre, néanmoins suivant l'opinion la plus commune des Docteurs sur la loi *exigere*, *D. de Judic.* les conventions matrimoniales se doivent plutôt régler selon la loi du domicile du mari qu'il a eu auparavant & depuis le mariage, & en conséquence la femme acquiert tous les droits qui appartiennent à gens mariez selon la Coûtume du lieu, parce que ce mariage a cet effet & cette vertu de communiquer à la femme toutes les prérogatives de son mari, & de la faire participer aux avantages de la Coûtume. Sur cette matière on peut voir les Arrêts rapportez par du Fresne, *l. 2. c. 83. l. 3. c. 26.* de l'impression de 1662.

Les contrats de mariage contiennent presque toujours ces deux obligations reciproques; l'une du douaire de la part du mari, l'autre de la dot de la part de la femme: cela a fait naître quelquefois cette difficulté, si lorsque le mari n'a pu être payé de la dot, il est recevable à contredire le douaire, en cas que la femme se fit separer, ou si ses heritiers seroient reçus à oposer cette exception? Par l'art. 190. de la Coûtume de Blois, le douaire est dû, quoi que la femme n'ait rien apporté avec son mari: Et du Moulin en ses Apostilles sur cet article, y apporte cette restriction, *nisi dotem promiserit, & fefellerit*, à moins qu'elle n'ait promis dot, & n'ait trompé; & pour soutenir son avis il cite l'Autent. *sed qua nihil*, *Cod. de pactis conv.* Et plusieurs Auteurs tiennent, que si le pere de la fille ne paie point au mari la dot qu'il lui a promise, il ne sera point tenu de la nourrir, *quia deceptis, non decipientibus jura subveniunt*. Et c'est aussi le sentiment de Guy-Pap. Decis. 274. *Quod si dos non fuerit soluta, mulier non debet habere augmentum dotis*, *Decius, Conf. 644. n. 10.* Et M^r Cambolas rapporte un Arrest du Parlement de Toulouse, par lequel on a jugé que l'augment de dot n'étoit dû à la femme qu'à proportion de la dot qui avoit été payée, *l. 3. c. 2.* suivant la Nov. 2. *C. ult.* bien que *fides habita esset de dote*. Voyez Chopin sur la Coûtume de Paris, *l. 2. c. 2. n. 4.*

Mais cette opinion ne seroit pas suivie en cette Province, l'Autent. *sed qua nihil*, & la Nov. 91. ne parlant que de la donation à cause de noces & de l'augment de dot, l'on ne peut en faire d'application à nôtre douaire, parce que ces donations n'étoient aprouvées qu'à cette condition, que la dot fût effectivement payée, & qu'elle fût d'une valeur égale à la donation à cause de noces: *Aequalitas omnino servanda est in dote & in donatione ante nuptias, non tantum in lucris exinde proventuris, sed etiam in prestatione, & utriusque constitutione*. Or le douaire n'est pas acquis à la femme par la consideration de la dot qu'elle apporte à son mari, & il ne lui apartiendrait pas moins encore qu'elle ne fût point dotée; car pour les filles, c'est proprement *premium delibata pudicitia*, & il ne seroit pas raisonnable de leur faire porter l'impuissance ou la tromperie de leurs parens; la raison de du Moulin pourroit valoir contre la femme libre, laquelle auroit promis ce qu'elle ne pouvoit donner, & que son mari n'auroit pu recevoir nonobstant toutes les diligences; il semble que la tromperie la rendroit indigne du douaire; mais puisque la dot n'est point la cause impulsive & finale du douaire, le défaut de paiement n'emporte point la privation du douaire; si néanmoins par une paction expresse le mari n'auroit gagé douaire à la femme qu'à cette condition, qu'il seroit payé de la dot qui lui a été promise, cette convention comme civile devroit être gardée.

La seconde partie de cet article contient, que le douaire consiste en l'usufruit du tiers des choses meubles.

Si le mari peut contredire le douaire de sa femme, quand il n'a point reçu la dot?

Le douaire n'ayant été gagé qu'au moyen que le paiement se feroit de la dot, cette convention seroit gardée?

4 DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXVII.

De la quantité du douaire.

Les Coûtumes de France reglent diversement la quantité du douaire ; celle de Paris le limite à la moitié, art. 248. celle de Bourgogne, *tit. des Droits ap. à gens mariez*, 86. contient une pareille disposition. Par l'art. 455. de la nouvelle Coûtume de Bretagne, le douaire est limité au tiers, en quoi elle est conforme à la nôtre ; mais elle difere en ce point, que ce tiers ne se regle point selon les biens dont le mari étoit saisi lorsqu'il épousa sa femme, mais au tiers de ce dont il a pû avoir saisine ou droiture durant le mariage ; & par nôtre Coûtume elle n'a douaire que sur les biens dont il étoit saisi lors des époufailles, ou qui lui sont échûs en ligne directe.

En Normandie le douaire est limité au tiers sur les immeubles dont le mari étoit saisi lors du mariage, ou échûs depuis en ligne directe.

Les rentes constituées & les Offices, sont immeubles.

Tous les Législateurs doivent prendre garde de ne se servir pas dans leurs Loix de termes ambigus. Quelques Coûtumes en reglant le douaire des femmes, aiant usé du terme d'*heritage* au lieu de celui d'*immeubles*, ont fait tomber plusieurs Praticiens dans cette erreur, que les rentes constituées ne sont point sujètes au douaire de la femme, & que ce mot (*heritage*) devoit se prendre en sa naturelle signification. Nôtre Coûtume a sagement prévu cette difficulté en se servant du mot d'*immeubles*, sous lequel nous comprenons non seulement les rentes constituées, mais aussi les Offices, comme on le verra dans la suite.

Ce n'est pas une chose douteuse, que quand le mariage est contracté en Normandie entre personnes qui y sont domiciliées, le douaire ne peut consister qu'au tiers des biens du mari ; mais si un Normand épouse une femme qui ait son domicile sous une Coûtume où le douaire coutumier soit de la moitié des biens du mari, ou qu'elle stipule un douaire préfix à la moitié, cette stipulation ne sera pas valable pour les biens qui sont en Normandie. C'est une question celebre, si les conventions matrimoniales doivent être réglées par la Coûtume du lieu où le contrat de mariage a été passé, ou par la loi du domicile du mari ? Mais comme je parlerai ailleurs de cette matiere, je me contenterai de dire qu'à l'égard du douaire, il doit toujours être réglé par la Coûtume du lieu où les biens sujets au douaire sont situés, parce que c'est un droit réel & foncier, & que les Coûtumes étant réelles, les particuliers n'y peuvent déroger par leurs pactions ; cela même a été jugé au Parlement de Paris, comme je le remarquerai sur l'art. CCCLXXXIX.

Si le douaire doit être réglé par la Coûtume du lieu où le contrat a été passé, ou par la loi du domicile du mari ?

Le droit de présentation aux Offices & droits honorifiques tombant au lot de la douairiere, elle peut y presenter.

En Normandie la douairiere est tenuë de faire les lots à ses frais.

Quoi que suivant cet article le douaire de la femme consiste au tiers de l'usufruit des biens du mari, il n'est pas toujours nécessaire qu'elle ait le tiers du revenu, il suffit qu'elle jouisse du tiers des heritages suivant leur valeur ; de sorte qu'il peut arriver que son lot à douaire produira moins que le tiers du revenu, parce qu'il sera bien bâti ou planté, mais la jouissance pleine & entiere des choses contenues en son lot lui appartient, tant des droits utiles que profitables, comme de la présentation aux Offices & Benefices, & autres droits honorifiques.

Et pour entrer en la jouissance de ce tiers, elle est tenuë de faire les lots à ses frais ; c'est l'usage certain de cette Province, quoi que du Moulin estime que cela n'ait lieu que quand la femme agit pour la délivrance de son douaire, contre l'heritier qui la laissoit jouir par indivis, en sa Note en l'art 124. de la Coûtume d'Artois : Mais cet usage est si certain, que quand même il y a divers heritiers, les uns aux biens paternels, les autres aux maternels, la veuve est obligée de faire des lots distincts & separez, comme il fut jugé en l'Audience de la Grand'Chambre, le 27 de Mai l'an 1637. plaidans Eustache & Lyout.

Or comme il ne faut compter entre les biens d'un homme que ce qui lui reste après ses dettes aquitées, la femme ne peut jouir de ce tiers qu'aux charges de droit, en payant pour sa contribution le tiers des charges & des dettes.

Les charges sont ordinaires ou extraordinaires, &

j'appelle charges ordinaires les rentes foncieres, droits & redevances, qui sont *onera rei*, & qui se doivent paier par ceux qui jouissent du fonds ; si bien que la femme sera tenuë d'aquiter toutes sortes de charges qui seront dûës à cause du fonds, & qui écherront durant la jouissance : *usufructu legato fructuarius alia onera agnoscit, ut puta stipendium, tributum vel salarium, ou solarium*, comme en la l. 15. ff. *qui potiores in pig.* Il est juste que la douairiere aquite les charges réelles, ordinaires & certaines, parce qu'en cette consideration on lui baille un douaire plus fort, à cause que ces charges ordinaires & certaines diminuent les fruits ; *Molin. de feudis 833. gl. 1. n. 157.*

Par cette même raison la veuve doit entretenir les chemins & le pavé des ruës dans les Villes, & autres charges semblables ; *Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ad formam aquæ ductus qua per agrum transit, pendatur, ad onus fructuarii pertinebit ; sed & si quid ad collationem via, puto hoc quoque fructuarium subiturum* : car parmi les Romains tous les heritages étoient obligez à ces sujétions, *solemnia erant hac patrimoniorum onera*, dit M^e Denis Godefroy sur cette Loi. Pontanus sur l'art. 189. de la Coûtume de Blois, est aussi d'avis que la veuve est tenuë à toutes ces charges ; elle ne doit néanmoins à cause de son douaire aucun relief au Seigneur feodal, ni aveu, ni foi, ni hommage.

Elle ne doit aucun relief, ni aveu, ni foi & hommage.

Pour les arrerages échûs avant la jouissance, ils sont du nombre des dettes mobilières dont il sera parlé dans la suite, & ils doivent être aquitez par l'heritier, l. 39. *apud Julianum, §. hares, ff. de leg. 1.* Et si la douairiere est forcée de les avancer comme possédant le fonds obligé, elle en a récompense sur le propriétaire, *leg. cum poss. §. ult. de censib.*

Elle n'est tenuë des arrerages échûs avant la jouissance du douaire, comme possédant le fonds obligé.

Les charges extraordinaires sont ces impositions & ces taxes qui sont demandées par le Prince ; que si elles ont précédé la jouissance du douaire, elles seront aquitées de la même sorte que les dettes mobilières, & pour les autres qui surviennent durant la jouissance, je toucherai la question sur l'art. CCCLXXV.

Quant aux dettes, elles sont mobilières ou immobilières ; pour les dettes mobilières anterieures du mariage, la femme n'y contribue point à cause de son douaire, & elle n'y est point obligée, en cas qu'elle renonce à la succession de son mari. Il est bien vrai que les creanciers peuvent arrêter les fruits de son douaire, parce qu'il est affecté à leurs creancés ; mais les heritiers sont obligez de l'en décharger, & de les aquiter sur les deux autres tiers qui leur restent : Il fut ainsi jugé le 9 de Novembre 1660. en la Chambre des Vacations ; entre Robert de Brevedent sieur d'Oissel, aiant épousé Demoiselle de Biville, auparavant veuve de Jacques Parent sieur de Boscaulièvre, apelant de Sentence renduë aux Requêtes du Palais, anticipé, & demandeur suivant le Mandement de la Cour du 9 de Juillet ; & Me Jacques Harel, aiant épousé Madeleine Vereul tutrice de Marguerite Jens sa fille ; la Chambre mit l'appelation & ce dont, & en réformant déchargea ledit de Brevedent de la contribution & paiement des dettes mobilières dûës avant le mariage de ladite de Biville avec ledit Parent, sauf en cas que lesdits deux tiers ne fussent suffisans, à y faire contribuer ledit de Brevedent pour le surplus ; & non seulement la douairiere ne contribue point aux dettes mobilières qui ont été créées avant son mariage, elle est même exemte des arrerages des rentes qui sont échûs constant son mariage, bien que l'obligation & l'hipoteque en soient anterieures : La raison est qu'il seroit au pouvoir d'un mari mauvais ménager de priver sa femme de son douaire, en ne payant aucuns arrerages, ou cachant ses dettes ; *alioquin*, dit Chopin, *eris alieni recientia futura uxori insidiaretur*, l. 3. t. 1. c. 3. de la propriété des biens d'Anjou. Cette question fut décidée par Arrest rendu au raport de M^e Sallet, le 10 de Janvier 1662. en la Grand'Chambre, entre

Elle ne contribue aux dettes mobilières anterieures du mariage, ni aux arrerages des rentes échûs pendant son mariage.

Des charges & des dettes auxquelles la douairiere doit contribuer.

DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXVII. 5

Cas où elle doit contribuer au paiement des arrerages & des dettes mobilières antérieures du mariage.

Rassé & Glatigny, conformément à un Arrêt précédent, du 18 de Juillet 1630. Il est vrai que si les deux tiers ne suffisoient pas pour le paiement des arrerages, elle seroit tenuë de les acquiter ou de renoncer à son douaire, car les creanciers ne peuvent rien perdre.

Voici néanmoins un cas particulier, où une femme fut condamnée à contribuer au paiement d'une somme mobilière, parce qu'elle produisoit intérêt naturellement: l'Arrêt a été donné au raport de M^r Boulaye, le Août 1681. entre Demoiselle le Cointe femme en secondes nôces du sieur de Giverni, & le nommé Jamet. Ladite Dame qui étoit veuve en premières nôces du sieur Jubert Portmor, fut condamnée de contribuer à cause de son douaire au paiement d'une somme mobilière dûë par le sieur de Portmor avant son mariage, parce qu'elle produisoit intérêt naturellement, quoi qu'elle fût exigible toutes fois & quantes; l'on n'estima pas raisonnable qu'une femme eût son douaire en exemption d'une dette qui produisoit intérêt.

L'on peut induire par un argument à contrario, que si le mari tiroit intérêt d'une somme mobilière, quoi qu'exigible, il seroit juste de lui donner douaire sur cette somme.

Elle est tenuë des dettes immobilières & hipotecaires antérieures du mariage, & contrôlées.

Mais régulièrement elle n'est tenuë de contribuer qu'aux dettes immobilières & hipotecaires antérieures du mariage, & contrôlées, suivant un Arrêt donné au raport de M^r Ferrare, en la Chambre de l'Edit, au mois de Juillet 1657. conformément à un Arrêt précédent donné en la Chambre des Enquêtes. Il sembloit que ce défaut de contrôle ne devoit point priver les creanciers de leur hipotèque, le contrôle n'étant nécessaire qu'entre ceux dont les contrats sont sujets à cette formalité. Or comme les contrats de mariage en sont exemts, & que pour aquerir hipotèque ils n'ont besoin d'autre solemnité que d'être passés ou reconnus devant Notaires, un creancier dont le contrat est parfait en cette sorte, ne devoit pas avoir moins de force, la formalité ne lui étant nécessaire que contre ceux dont les contrats doivent être contrôlés; & les creanciers étoient d'autant plus favorables, qu'il ne s'agissoit pas d'hipotèque, mais de regler la contribution aux dettes entre une veuve & des heritiers; & comme ces heritiers ne pouvoient pas être déchargés de la rente par le défaut de contrôle, la veuve ne pouvoit non plus objecter ce défaut, puisque la charge retomboit sur les heritiers, & que par conséquent à leur égard elle avoit plus que le tiers. Il fut jugé néanmoins que le contrat de la femme étant solemnel & parfait autant qu'il devoit l'être, & au contraire celui du creancier manquant en la forme par le défaut du contrôle, il ne pouvoit prévaloir sur celui de la femme. C'est pour cette même raison qu'un contrat passé dans le ressort du Parlement de Paris où le contrôle n'est point nécessaire, seroit préférable en hipotèque à un contrat passé en cette Province qui ne seroit point contrôlé, parce que le premier seroit solemnel & parfait selon les loix du lieu où il auroit été passé, art. 135. du Règlement de l'an 1666.

Les contrats de mariage non sujets au contrôle, que depuis que tous les actes passés devant Notaires, y sont sujets.

Les contrats passés hors Normandie ont hipotèque sur les immeubles situés en Normandie, encore qu'ils ne soient contrôlés.

La femme n'auroit pas le même avantage contre celui qui auroit aquis du mari avant son mariage, quoi que son contrat ne fût pas contrôlé, parce qu'elle n'a douaire que sur les biens dont elle a trouvé son mari saisi; & il n'est pas de l'aquereur comme du creancier, l'aquereur ne demande rien, mais le creancier pour être païé est forcé d'agir sur les biens du mari, & pour avoir la préférence il a besoin que son contrat soit contrôlé; ce qui se pratique aussi contre les creanciers qui ne peuvent troubler celui qui a aquis avant qu'ils fussent creanciers; quoi que leurs contrats soient contrôlés, & que celui de l'aquereur ne le soit pas.

Puisque la femme ne contribuë qu'au tiers des dettes immobilières, le creancier pourroit-il saisir

le revenu entier du douaire, ou s'il peut seulement en arrêter un tiers? Le creancier peut dire que sa condition ne peut être renduë plus mauvaise par le mariage de son debiteur, qu'encore que le tiers aquereur ne puisse être dépossédé que par une saisie réelle, il n'en est pas de même de la douairiere qui prend un douaire à titre lucratif, & non à titre onereux comme un aquereur: La femme répond que n'étant point heritiere de son mari, & aiant renoncé à sa succession, elle n'est plus que creanciere en vertu de son contrat de mariage; que son droit n'est pas moins favorable que celui d'un aquereur; la plus commune opinion est que le creancier ne se peut faire paier que du tiers, lorsque la femme a renoncé à la succession de son mari.

On fait aussi cette question, si l'on peut obliger la douairiere de consigner le principal des rentes où elle contribuë? On répond que les heritiers ni les creanciers ne l'y peuvent forcer, lorsque les biens du mari ne sont point saisis réellement; mais quand il y a saisie, en ce cas comme toutes les dettes sont liquides, & que les deniers doivent être distribués aux creanciers, il ne seroit pas raisonnable d'imposer cette nécessité aux creanciers d'entreprendre un second decret pour être paiez du tiers de la veuve: Cela fut jugé en la Chambre des Enquêtes, le 13 de Décembre 1651. au raport du M^r du Val, entre le sieur de Poitrincour & la Dame de Poix.

Tout ce que j'ai dit de la contribution aux dettes de la part de la douairiere n'est point problématique en Normandie; mais cela n'a pas laissé de partager les opinions dans les Coûtumes mêmes qui sont entièrement conformes à la nôtre.

Par l'art. 319. de la Coûtume d'Anjou, la femme qui survit son mari a droit d'avoir pour douaire & par usufruit sa vie durant la tierce partie des heritages & choses immeubles, dont son mari étoit seigneur au tems de son mariage & durant icelui. Chopin, l. 3. r. 1. de mulier. dotal. n. 25. a tenu que, *annuo quidem vectigali fructuaria cogitur satisfacere seu pradiario jure, seu nummis comparato ante initas nuptias*, & pour les dettes mobilières, qu'elle est exemte d'y contribuer. Au contraire, Dupineau dernier Commentateur de la Coûtume d'Anjou, sur l'art. 299. a combattu l'opinion de Chopin; son raisonnement est que suivant l'opinion des Docteurs, les usufruitiers ne sont point tenus au paiement des dettes des propriétaires, & qu'il faut faire distinction entre l'usufruit de tous les biens ou d'une certaine portion par quotité, & l'usufruit de quelques uns des biens par quantité, quand même elle seroit par quotité sur aucune espece d'iceux. Quant à l'heritier universel de tous les biens, que les dettes diminuent son usufruit, parce qu'après avoir épuisé tous les meubles, il faut venir à la distraction des immeubles: Mais si l'usufruit est de certaines choses particulieres ou de la quotité d'icelles, non seulement l'usufruitier n'est point contribuable aux dettes, mais encore elles ne diminuent point son usufruit, sauf au propriétaire, heritier ou autre à paier les dettes, & que c'est le véritable sens de la loi dernière, ff. de usufr. leg. l. 8. §. ult. l. 9. de leg. 2. comme il est amplement traité par Benedicti, c. Rainur. Verbo (cetera bona) n. 42. & par Covarr. Variar. resol. l. 2. c. 2. n. 13. Or quoi que par la Coûtume d'Anjou la douairiere ait son douaire par quotité, néanmoins puisque cet usufruit n'est pas du tiers de tous les biens, le douaire ne se prenant pas sur les meubles & sur les aquêts, la douairiere n'est point contribuable aux dettes réelles & foncieres; néanmoins cet Auteur avoüe que l'autorité de Chopin l'a emporté, ce qui me paroît raisonnable; car la Coûtume s'étant nettement expliquée, que l'heritier ne doit être chargé du douaire au de-là du tiers des biens du mari; ce tiers ne doit consister qu'en ce qui reste après les charges levées, *bona enim non*

Si le creancier peut saisir le revenu entier de la douairiere, quand elle ne contribuë qu'au tiers des dettes immobilières?

Si on peut obliger la douairiere de consigner le principal des rentes où elle contribuë?

De la Coûtume d'Anjou à l'égard du douaire.

sunt, nisi deducto ere alieno.

Si la douairière ne doit contribuer au mariage des filles ?

On a pareillement revoqué en doute, si la douairière est obligée de contribuer au mariage des filles ? Godefroy a proposé cette difficulté, & il résout que suivant l'opinion la plus commune, la douairière n'est point sujete à cette contribution, parce que les filles n'ont rien aux biens du pere de son vivant, & qu'avant son décès le douaire est acquis à la femme.

On doit faire distinction entre les filles, car leurs droits peuvent être de différente qualité ; ou elles sont issus d'un premier mariage du mari de la douairière, ou elles sont ses filles. A l'égard des filles sorties d'un autre mariage, ou elles ont été mariées avant les secondes noces de leur pere, & en ce cas si le pere a promis une dot à sa fille, c'est une dette qu'il a contractée ; & à laquelle par conséquent la seconde femme est tenuë de contribuer, comme étant antérieure de son mariage : Et en ce point le raisonnement de Godefroy ne peut valoir en faveur de la douairière ; car quand il seroit vrai que les filles n'auroient rien aux biens de leur pere de son vivant, & qu'avant son décès le douaire seroit acquis à la seconde femme, cela ne pourroit avoir lieu que quand le pere a promis & s'est obligé depuis son second mariage ; mais lorsqu'il a promis & qu'il s'est obligé auparavant, cette seconde femme ne peut pas dire que son douaire est auparavant ; & que les filles n'ont rien aux biens de leur pere, cela ne peut être allégué que quand le pere n'a rien promis ; mais lorsqu'il s'est engagé, comme cette promesse est légitime, & qu'elle ne peut dire qu'elle ait été faite en fraude de ses droits, elle ne peut se défendre de la contribution, comme si le pere avoit payé durant son second mariage les promesses faites à ses filles en les mariant, en ce cas la femme auroit son douaire exempt de cette contribution comme d'une charge éteinte ; comme il a été jugé par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 13 de Mars 1665.

Que si elles ont été mariées depuis, la veuve pourroit objecter que son mari n'auroit pu diminuer son douaire par une obligation volontaire, & qu'il ne doit pas être en sa liberté de lui faire préjudice par des promesses excessives, ou en tout cas purement volontaires : Il est certain néanmoins qu'elle doit contribuer au mariage des filles, quoi que son mari ne s'y soit obligé que depuis son second mariage, suivant un Arrest donné en la Chambre des Enquêtes, sur ce fait, le 23 Août 1656. Un homme qui avoit des filles d'un premier mariage, après en avoir contracté un second, constitua une rente pour la dot de l'une de sesdites filles : après sa mort cette seconde femme prétendit que son douaire lui devoit être ajugé en exemption de cette rente, parce qu'elle avoit été créée depuis son mariage. On répond que la rente donnée par le pere à sa fille, lui tenoit lieu de légitime, qui prenoit hipotéque du jour du mariage du pere. Il est vrai qu'il pouvoit la marier d'un chapeau de roses, & qu'il ne pouvoit être forcé de lui donner aucune chose ; d'où l'on pouvoit induire que c'étoit une pure libéralité ; mais tout ce raisonnement cesse quand il s'est obligé : car comme il y avoit toujours une obligation naturelle, quoi que civilement il ne pût être forcé de l'aquiter, elle devient nécessaire par son fait. La Coûtume n'a point voulu forcer le pere à donner à ses filles, pour engager les filles à meriter cette grace, mais elle ne lui a pas défendu de s'aquiter d'une obligation si naturelle, quand il le juge à propos ; au contraire la Coûtume ne lui a point imposé cette loi, parce qu'elle a présumé favorablement de sa pieté paternelle, qu'il se porteroit infailliblement à satisfaire à son devoir ; ainsi la donation faite par le pere à sa fille en la mariant devient une dette naturelle, qui prend son origine du moment qu'il s'est mis en état de devenir

pere. La Coûtume a laissé en la liberté des peres de regler la portion qu'il leur plaît de donner à leurs filles ; mais quand ils l'ont arbitrée, elle leur tient lieu de légitime : à l'exemple du tiers destiné pour la légitime des fils, qui prend hipotéque du jour du contrat de mariage du pere ; les sommes qu'il promet pour le mariage de ses filles ont le même privilège. Les parties étoient Pinchon & de la Mort.

Autre Arrest du 17 Mars 1685. en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r du Mesnil-Costé, entré Jacques André Prêtre, Curé de Freville, & François André, apelans de plusieurs Jugemens rendus par M^{rs} Dunot & Magnard Commissaires ; & Demoiselle Catherine d'Ansel veuve du sieur André ; il fut jugé que la dette contractée par un pere constant son second mariage, pour la dot d'une de ses filles sortie d'un premier mariage, étoit censée une dette antérieure à son second mariage, à laquelle par conséquent le douaire de la seconde femme devoit contribuer.

Quant aux filles de la douairière, son douaire ne contribué point à leur mariage quand elle n'a point parlé au contrat ; car en ce cas son douaire étant plus ancien que la dot de sa fille, il ne peut être diminué pour une dette à laquelle elle n'a point consenti ; mais lorsqu'elle a promis conjointement avec son mari, il ne semble pas juste de décharger son douaire de cette contribution, puisque d'ailleurs elle seroit obligée d'y contribuer à proportion de ses facultés.

Pour le mariage des sœurs du mari, c'est une charge incontestable du douaire, bien qu'elles soient devenues heritieres de leur frere. Cousin sieur de la Haye étant mort sans enfans, Jeanne de Rimaçon sa veuve demanda son douaire sur la succession : Jean Haissant mari de Marguerite Cousin, & Marie & Anne Cousin heritieres du sieur de la Haye, lui acorderent douaire sur les deux tiers de la succession, prétendans que l'autre tiers leur appartenoit pour leurs légitimes. Le Viconte l'ayant jugé de la sorte, le Bailli cassa la Sentence. Les sœurs apelantes disoient que leur légitime étant une dette antérieure du mariage de l'intimée, elle étoit tenuë d'y contribuer : La veuve prétendoit que les sœurs étant devenues heritieres de leurs freres, elles avoient confondu leur action par l'adition de son heredité : Par Arrest du 13 de Mars 1665. le douaire fut chargé de la contribution au mariage des sœurs, laquelle la Cour liquida par le même Arrest.

Bien que la Coûtume n'assigne le douaire que sur les immeubles, & qu'il ne soit point dû régulièrement sur les meubles, parce qu'ils ne produisent aucun fruit, néanmoins au défaut d'immeubles le mari peut constituer un douaire sur ses meubles, & stipuler que sa femme jouira d'une certaine somme ; & cette stipulation est si favorable, que quelques Coûtumes de France donnent à la veuve pour son douaire une partie des meubles, lorsque le mari n'a point d'immeubles, ou qu'il n'a rien acquis, quoi qu'il n'en eût été rien convenu par le contrat de mariage. Par l'art. 221. de la Coûtume d'Orleans, si le mari n'a point de propres, la femme a pour son douaire le quart des acquêts de la portion de l'heritier, & s'il n'y a point d'acquêts le quart des meubles. Bourbon, tit. des Gens mariez, art. 257.

Une constitution de douaire sur des meubles a été jugée valable, par Arrest donné en la Chambre de l'Edit, du 26 de Juin 1619. Un mari qui n'avoit point d'immeubles avoit consenti qu'en cas de précédés, la somme de six cens livres fût prise sur ses meubles pour tenir lieu de douaire à sa femme ; & depuis la propriété de ces six cens livres aiant été prétendue par les enfans, elle leur fut ajugée nonobstant le contredit des creanciers, qui soutenoient que le douaire ne pouvoit être constitué sur des meubles ; car la femme y prenant part, il ne seroit pas juste

elle est tenuë de contribuer au mariage des sœurs du mari.

Le douaire ne peut être demandé que sur les immeubles.

Cas où il peut être constitué sur les meubles.

De quel tems la rente donnée par le pere à sa fille pour sa légitime, prend son hipotéque ?

DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXVII. 7

qu'elle eût douaire sur l'autre portion qui resteroit aux créanciers ou aux héritiers, & que ces pactions leur étoient inconnues elles ne pouvoient valoir à leur préjudice. Il fut représenté pour les enfans qu'il n'étoit point défendu à celui qui n'avoit point d'immeubles d'assurer un douaire à la femme sur des meubles, & aiant été destinez & apliquez à cet effet par le contrat de mariage, cette paction devoit être exécutée.

Si des deniers devenus immeubles par la constitution du douaire, peuvent redevenir meubles ?

On peut donc stipuler un douaire sur des meubles, mais on peut même ajouter que cette somme mobilière délaissée à la femme pour son douaire, appartient après sa mort aux enfans pour leur tenir lieu de légitime. Sur quoi l'on peut former cette question, si ces enfans venans à mourir, & cette somme n'ayant point été remplacée, elle doit être encore considérée comme un immeuble, & comme un propre pour appartenir à l'héritier au propre ? On peut dire que la fiction ne peut aller si loin, & que la destination aiant eu son effet, ces deniers en la personne des enfans ont repris leur première nature de meubles : Et cela me paroît sans difficulté, lorsque les enfans sont morts après leur majorité ; mais parce que suivant l'art. DXII. les deniers donnez à des mineurs pour être employez en achat de rente ou d'héritage, sont réputez immeubles pendant leur minorité, on peut induire de cette disposition, que les deniers destinez pour leur légitime doivent tenir nature d'immeuble & de propre ; on répond que n'ayant pas été stipulé que les deniers destinez pour tenir lieu de douaire & de tiers à la veuve & aux enfans, seroient employez en achat de rente ou d'héritage, il suffit que la stipulation ait eu tout son effet, lorsque ces deniers ont servi pour tenir lieu de tiers & de douaire ; mais que la destination n'ayant point passé plus avant, ces deniers demeurent nécessairement en leur première nature, après que la stipulation portée par le contrat a été pleinement consommée.

Si le douaire étant constitué sur des rentes, le rachat peut l'éteindre ?

Au tems de la Réformation de la Coûtume l'on ne connoissoit que deux sortes d'immeubles, les héritages & les rentes constituées : Comme les rentes constituées n'ont pas une durée permanente, on peut douter si l'usufruit ou le douaire est éteint par le rachat qui en a été fait. Il faut tenir certainement que les deniers procédans du rachat sont réputez à l'égard de la douairière de la même nature que les rentes rachetées, pour y avoir le même droit qu'elle y avoit auparavant ; car généralement la chose subrogée prend la nature de celle en la place de laquelle elle est subrogée. Cette espèce de mutation n'éteint point l'usufruit, quoi que souvent l'usufruit s'éteint par la mutation de la chose ; *l. repeti, §. rei mutatione, D. quib. mod. usuf.* Or bien loin que le rachat éteigne le douaire, les héritiers au contraire sont tenus de prendre les deniers pour continuer la rente ou pour les remplacer, si la veuve ne s'en charge en baillant caution, comme il a été jugé entre la veuve de Robert Courant, & Jean Courant fils dudit Robert.

Les Offices sont immeubles à l'égard des droits des femmes.

La corruption du siècle & la vénalité des Charges ont produit une troisième espèce d'immeubles ; le prix des Offices est devenu si immense, qu'il fait souvent la meilleure partie du bien des familles, & c'est pourquoi l'on n'a pas balancé à les réputer immeubles à l'égard des femmes : on les partage, & on en régle les droits de la même manière que les autres immeubles ; & c'est inutilement que l'on cherche la décision de ces matières dans nos anciens Auteurs, parce que la jurisprudence en est nouvelle, & qu'elle s'est établie depuis que les Offices sont venus à un prix excessif.

Les femmes y ont eu les mêmes droits que sur les autres immeubles. On leur a donné douaire sur les Offices, lorsque leurs maris en étoient pourvus au tems de leur mariage ; mais n'ayant point de suite par hypothèque, & la femme ne pouvant par conséquent attaquer le résignataire de son mari, pour lui fournir son douaire sur l'Office, comme elle auroit

pû faire contre l'aquereur de son héritage, on lui en a donné récompense sur les autres biens, ce qui a été jugé par plusieurs Arrêts du Parlement de Paris, Brodeau sur M^r Louët, l. D. n. 63. & de ce Parlement, Arrêt du 7 de Décembre 1628. entre M^r Bouchart Conseiller en la Cour, & Tuvache ; aiant épousé Marie Lair veuve de Thomas le Carpentier Huissier en la Cour, sur le douaire qu'elle prétendoit sur l'Office d'Huissier vendu du vivant de son mari. Autre Arrêt pour Dame Anne Salet veuve de Maître Alorge sieur d'Ardeville, contre les sieurs & Demoiselle de Rallent, Heurtaut & autres créanciers dudit sieur Alorge ; la Cause fut plaidée le 8 de Juin 1652. par Coquerel pour la veuve & les enfans, qui soutenoient que le douaire ne pouvoit être disputé sur les Offices qui sont immeubles ; que le emploi en cas d'aliénation en étoit dû sur les autres biens ; car si lorsque le mari reçoit le rachat des rentes qui appartiennent à la femme, elle en a récompense sur ses autres biens, suivant l'art. CCCLXVI. elle la doit avoir pareillement sur l'Office qui n'est pas moins immeuble qu'une rente. Il fut répondu par Morlet & Herotiet, & par moi pour les créanciers, que le douaire n'étoit point dû sur les Offices, parce que suivant la nouvelle Coûtume, il ne peut être demandé que sur les immeubles, & par l'ancienne Coûtume sur les héritages ; que suivant la Coûtume les Offices ne sont immeubles que quand ils sont saisis, & cela même n'a lieu que pour les Offices venaux, & non pour les Offices de Judicature, qui étoient atachez à la personne ; que par Arrêt du Parlement de Paris rapporté dans le Journal des Audiences, l. 1. c. 98. il avoit été jugé que la veuve d'un Conseiller de la Cour étoit non recevable à demander douaire sur les deniers provenans de la vente d'un Office de Conseiller en la Cour ; qu'en cette cause l'on étoit en termes beaucoup plus avantageux ; car l'on ne demandoit pas un douaire sur les deniers d'un Office, au contraire l'Office aiant été vendu, les deniers en avoient été dissipés, mais l'on en prétendoit le emploi sur les autres biens ; que l'on ne devoit point étendre l'exemple des rentes aux Offices, puisque la Coûtume n'en avoit point parlé : la cause aiant été appointée au Conseil, par Arrêt au rapport de M^r du Houley, du 14 de Juin 1660. on ajugea à la veuve & aux enfans le emploi de l'Office sur les autres biens. Du Frêne sur l'article 112. de la Coûtume d'Amiens, titre du Douaire, dit qu'à Paris on fait différence entre le douaire coutumier & le douaire préfix, sur les Offices. En la Coûtume de Paris le douaire coutumier est un droit de propriété que la Coûtume transfère aux enfans dès le moment du mariage, ce qui n'est pas du douaire préfix, qui n'est qu'une dette hypothécaire de même qualité que le commun des rentes constituées, & comme une dette acquise par tout autre créancier, qui vient en contribution au sol la livre sur le prix des Offices comme sur les autres meubles. En Normandie l'on ne fait point cette distinction, le douaire préfix est de la même qualité que le coutumier sur les Offices comme sur les immeubles, il ne vient point en contribution au sol la livre sur les meubles, cette action n'ayant point de lieu parmi nous ; les créanciers sont paiezz sur les meubles comme sur les immeubles, selon l'ordre de leurs hypothèques. Ricard, sur l'article 95. de la Coûtume de Paris, pose pour une maxime certaine au Parlement de Paris, que la femme ne prend point de douaire coutumier sur les Offices, que *in subsidium*, & en cas qu'il n'y ait point d'autres biens sujets à douaire.

Il n'y a point de suite d'hypothèque pour le douaire sur l'aliénation d'un Office, mais on ajuge récompense à la femme sur les autres biens de son mari.

Plusieurs sont de ce sentiment, que pour aquerir le douaire à la femme, le mari est réputé saisi aussitôt qu'il a levé les provisions au Sceau, quoi que l'on n'ait point procédé à sa réception ; que si le mari laisse perdre l'Office à faute d'avoir paie le droit annuel, lorsqu'il est ouvert, on ne doute plus que la femme n'en puisse demander récompense sur les autres biens

Si le douaire peut être prétendu sur l'Office, sans que le mari y ait été reçu ?

Si un Office n'ayant été perdu faute d'avoir payé le droit annuel, la femme peut avoir récompense sur les autres biens du mari lorsqu'elle est héritière.

du mari, en conséquence de l'art. CCCXXXIII, suivant lequel, quand le mari confisque, la femme ne laisse pas d'avoir ses droits. Les opinions sont différentes seulement sur ce point, savoir si cette récompense lui est dûe indistinctement, soit qu'elle ait renoncé ou qu'elle soit héritière de son mari? En cas de renonciation, l'on convient que cette récompense lui est dûe; mais on n'est pas d'accord qu'elle lui appartienne lorsqu'elle est héritière. Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, le 12 de Mars 1671. Jouvin étoit pourvu d'un Office de Référendaire en la Chancellerie de Rouën, lorsqu'il épousa Marie Pefnelle: Il fit plusieurs acquisitions constant son mariage; mais aiant été tué, & sa Charge aiant été perdue faute d'avoir payé le Droit Annuel, un particulier la leva aux Parties Casuelles, & par accommodement il donna deux mille livres aux héritiers. Marie Pefnelle sa veuve demanda douaire sur cette Charge: il ne lui fut adjugé que sur ces deux mille livres; sur l'appel de la veuve, le Bailli cassa la Sentence, & lui accorda douaire sur le prix que l'Office avoit été acheté, qui étoit de sept mille livres. Il étoit constant qu'au tems de la mort de son mari il valoit onze mille livres. Sur l'appel de Jouvin frere du défunt, de Cahaignes son Avocat convenoit, que quand l'Office étoit perdu par la faute du mari, & que la femme renonçoit à sa succession, elle en avoit récompense sur les autres biens; mais quand elle étoit héritière, bien loin d'en avoir récompense, elle étoit obligée de contribuer au remploi de cette Charge, puisqu'il n'y avoit point de meubles ni d'acquêts que le propre ne fût remplacé. Le Page répondoit qu'il seroit injuste de lui faire porter la peine de la négligence de son mari, & de lui faire remplacer une Charge qu'il avoit perdue volontairement; que la raison & la cause du remploi des biens aliénez durant le mariage, cessoit en cette rencontre, la Coutume aiant présumé que les deniers provenans de la vente des propres étoient entrez dans les meubles, ou qu'ils avoient été employez en acquisitions, & que par conséquent il étoit juste que la femme contribuât au remploi à proportion de ce qu'elle prenoit aux meubles & acquêts; mais cet Office aiant été perdu, il n'en étoit rien entré dans la masse des meubles & des acquêts; & comme elle pouvoit demander aux héritiers du mari la récompense de son douaire sur les héritages qu'il auroit aliénez, nonobstant sa qualité d'héritière de son mari, elle pouvoit demander la même chose, puisque c'étoit une aliénation volontaire qu'il en avoit faite. Les Juges furent de différents avis, & on prononça seulement qu'elle auroit douaire, sauf les contributions pour le remploi des propres, laissant par ce moien la question indécidée; on cassa néanmoins la Sentence, en ce qu'elle régloit le douaire sur le prix de l'achat, & non sur le prix de la dernière vendue; mais la veuve qui est héritière de son mari ne pouvant se dispenser de contribuer au remploi des propres aliénez, & l'Office que le mari laisse perdre étant une aliénation, le douaire que l'on accorde à la veuve lui est inutile, puisqu'en sa qualité d'héritière aux meubles, elle doit contribuer au remploi des propres aliénez. Que si l'Office étoit supprimé par l'autorité du Prince sans aucun remboursement, la femme n'auroit pas de récompense, non plus que si un héritage avoit péri, *si fundus chasmate perisset*; mais si le Roi donnoit quelque récompense, elle auroit le tiers en douaire, & c'est en quoi le douaire préfix a l'avantage sur le douaire coutumier; le premier ne souffrant point de diminution, quelque accident qui puisse arriver; mais le coutumier peut diminuer quand la perte des biens arrive par une force majeure.

Avantage du douaire préfix sur le coutumier.

La femme ne peut demander sur l'Office perdu une récompense au-delà du douai-

Il a été jugé par plusieurs Arrêts, qu'une mere tutrice de ses enfans, qui poursuit la récompense d'un Office que son mari possédoit, ne peut se faire donner une part en l'Office ou en la récompense qui lui est

accordée, au-delà du douaire qu'elle auroit pris sur l'Office, s'il n'avoit pas été perdu; la mere tutrice étant obligée de conserver les intérêts de ses enfans comme les siens, ce seroit une prévarication de sa part, si profitant de leur foiblesse elle se faisoit donner plus qu'il ne lui auroit appartenu. Il n'en est pas de même pour les Offices de la Maison du Roi, comme il a été jugé par Arrest du mois d'Août 1678. & par un autre du 27 Mars 1681. en la seconde Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r de Saint Paul-Voisin: Après le décès de Jacques le Blanc Garde du Corps, M^r le Comte de Charo donna à la veuve six mille six cents livres, moitié pour elle & moitié pour ses enfans; le sieur Busquet Médecin qui avoit épousé l'une des filles du Blanc, soutint contre cette veuve & le sieur de Bimare son second mari, que nonobstant cette donation cette veuve ne pouvoit avoir qu'un tiers en douaire, parce que cette donation tenant lieu de récompense de l'Office, elle devoit appartenir aux enfans de celui qui avoit acheté l'Office de ses deniers. Le S^r de Bimare répondoit que ce qui se pratiquoit pour les meres tutrices qui avoient obtenu récompense des Offices dont leurs maris étoient pourvus, n'avoit pas lieu pour les Charges de la Maison du Roi, parce qu'elles ne sont pas dans un commerce libre, & qu'elles dépendent absolument du Roi ou de ceux qui sont à son droit; & c'est pourquoi le Comte de Charo n'ayant donné les 6600 liv. qu'à condition que la veuve y auroit moitié, l'on ne pouvoit changer la loi & la condition de la donation. Par l'Arrest l'on ordonna que la veuve auroit la moitié qui lui avoit été donnée.

Ce n'est pas assez d'avoir expliqué la nature & la qualité des biens sur lesquels le douaire peut être levé, car la Coutume ne le donnant que sur les biens dont la femme a trouvé son mari saisi lors des épousailles, il peut naître plusieurs difficultés sur l'explication de ce terme (*saisi*.)

La femme ne pouvant avoir douaire que sur les immeubles dont son mari étoit saisi lors des épousailles, il semble qu'elle ne doit pas le prétendre sur les héritages qu'il avoit vendus auparavant, bien qu'il les ait retirés depuis en vertu de la faculté de retrait qu'il avoit retenue. Il se mût procès sur cette question devant le Juge d'Argentan. Pierre Troterel avoit aliéné quelque fonds avant son mariage avec faculté de retrait, & l'ayant retiré, après la mort Olivier Troterel son fils demanda sur ces mêmes biens son tiers coutumier: Sœur Marie de Roussel Abesse de Vignats, l'avoit fait débouter de sa prétention; sur l'appel, par Arrest du 23 de Décembre 1658. au rapport de M^r du Houllay, on ordonna que sur les héritages vendus par Pierre Troterel avant son mariage, & retirés depuis en vertu de la faculté de retrait, ledit Olivier en auroit le tiers, en contribuant pour un tiers aux deniers déboursés pour parvenir au retrait; ce qui est raisonnable, la faculté de retrait faisant partie de la chose, & appartenant au mari, la prétention de la femme & des enfans est dans les termes de cet article, & cet Arrest est conforme à celui de Caux, que j'ai remarqué sur l'article CCCXXIX.

On peut aussi agiter cette question, si l'on doit compter entre les biens dont le mari étoit saisi, l'action récursoire qu'il pouvoit exercer? Chopin en propose l'exemple en un mineur qui auroit vendu avant son mariage, & depuis après avoir obtenu des Lettres de rescision, en auroit transigé moiennant une somme d'argent; il semble que l'aquereur est en sûreté après la ratification faite par le majeur, qui s'est départi de ses moiens de rescision, & comme le mari pouvoit laisser périr l'action récursoire, en ne se faisant pas restituer dans la trente-cinquième année de son âge, il a dû la remettre moiennant un supplément qui lui est fait, de sorte que la transaction doit avoir un effet rétroactif au tems du contrat:

A quoi

re qu'elle auroit pris si l'Office n'avoit été perdu.

Cas où la femme peut avoir une récompense plus grande que le tiers pour l'Office perdu.

La femme a douaire sur les biens vendus par le mari avant le mariage, & depuis retirés à droit de remède.

Si l'on peut compter entre les biens du mari l'action récursoire qu'il pouvoit exercer?

A quoi l'on répond pour la femme, que l'action ré-
cisoire fait partie des biens du mari, qu'elle est de
même condition que l'heritage que l'on peut retirer;
car on n'est point réputé privé & dépourvu d'un bien,
lorsqu'on a droit d'en demander la restitution. *l. ne-
mo, ff. de integ. rest.* La restitution remet les choses
en leur premier état, *l. quod si minor, §. restitutio,
ff. de min.* ce qui est si véritable, que la chose vendue
retourne en la main du vendeur en la même qualité
qu'elle étoit auparavant, comme Tiraqueau le prou-
ve dans le §. 12 *gl. 1. n. 70.* du Retrait lignager;
d'où il s'ensuit que cette action aiant augmenté le
douaire de la femme, le mari n'a pu la remettre ni
en transiger à son préjudice, puisqu'elle auroit pu
l'exercer de son chef, *l. si cuius, §. 1. de usufr.* c'est
le sentiment de Chopin, *l. 3. t. 1. n. 15* de la proprié-
té des biens d'Anjou; à moins que le procès dont le
mari a transigé ne fût douteux; car en ce cas le
mari n'est pas interdit de terminer un procès dont
l'événement étoit incertain.

La femme n'a
douaire que sur
les biens dont la
propriété appar-
tient au mari.

Pour acquerir actuellement ce douaire sur les biens
du mari, il ne suffit pas qu'il en soit saisi par une sim-
ple jouissance, il faut que la propriété lui en appar-
tienne; bien qu'il fût en possession d'une terre au
tems de son mariage, si depuis il en étoit dépossédé
faute de titre valable, la femme ne pourroit en de-
mander récompense sur les autres biens, *non enim
videtur habere à quo res evinci potest.* Si au contraire
le mari se laissoit dépourvoir d'un heritage qui lui
appartiendroit par un titre authentique, suivant le sen-
timent de M^r d'Argentré, elle y auroit douaire,
*quod non habet, & habere debuit, ad viduam pro tertia
parte spectat,* de la même sorte qu'on a jugé la ré-
compense sur les autres biens du mari qui a négligé
de conserver son Office, en payant le droit annuel.

Elle n'en peut
aussi avoir sur
le don mobil
aliéné.

On a favorisé la femme en cette autre espece:
on répute le mari saisi des biens qu'elle lui donne par
son contrat de mariage, aux fins de lui donner douai-
re sur iceux, pourvu néanmoins qu'au tems de la
mort du mari, ou de la separation de biens, il en
soit encore saisi, & qu'ils se trouvent en essence;
car autrement s'il les avoit aliénez, elle ne pourroit
troubler les acquereurs, comme il a été jugé par plu-
sieurs Arrêts, & la Cour l'a décidé par l'article 71.
du Règlement de l'année 1666. Et c'est aussi le sen-
timent de Monsieur d'Argentré, article 433. *gl. 2.
n. 8.* Suivant cet article 71. du Règlement, la fem-
me n'a point de douaire sur l'heritage qu'elle a don-
né pour don mobil, quand il est aliéné; mais on
demande si elle peut y avoir douaire sans contribuer
aux dettes qu'il a contractées depuis son mariage?
Cette question s'offrit en la Chambre de la Tournel-
le, au rapport de M^r de la Basoge; entre Guerout &
Bellezaize; les opinions furent partagées. Le fait
étoit qu'une femme trouvant encore son mari saisi
des heritages donnez pour don mobil, y demandoit
douaire sans contribuer aux dettes qu'il avoit con-
tractées depuis son mariage: Le procès aiant été dé-
partagé en la Grand'Chambre, par Arrest du 26 de
Mars 1667. il fut dit qu'elle y contribueroit. Le
motif de l'Arrest fut que la femme n'a douaire sur
le don mobil, que lorsqu'il se trouve dans la suc-
cession du mari, & elle n'en auroit point s'il l'avoit
aliéné; & aiant la liberté de le pouvoir vendre, sans
que la femme y puisse rien prétendre, il peut pareil-
lement l'hipotéquer. Contre ces raisons on alléguoit
l'article du Règlement, qui donne douaire sur le don
mobil lorsqu'il se trouve en essence; ce qui est inutile
s'il peut l'hipotéquer; suivant cet Arrest l'article
du Règlement ne regarde que les heritiers.

Si elle peut y
avoir douaire
sans contribuer
aux dettes con-
tractées par le
mari depuis son
mariage?

Nonobstant cet Arrest l'on jugea le contraire en
la Grand'Chambre, en une petite Audience, le 4
Avril 1680. & il est important de le remarquer, par-
ce que sur le même fait & contre la femme qui avoit
gagné sa cause, l'on suivit le premier Arrest, & l'on

Tome II,

jugea le 16 Avril 1682. en la seconde Chambre des
Enquêtes, au rapport de M^r le Pesant de Boisguilbert,
après un *consulatur* en la Grand'Chambre, que la
femme ne peut avoir douaire sur l'immeuble donné
à son mari pour don mobil, au préjudice des créan-
ciers de son mari, & que l'article 71. du Règlement
de 1666. n'a lieu que contre les heritiers. En 1652.
Gabrielle de Morchesne fille & heritiere en partie
de Jean de Morchesne son pere, fut mariée à Guil-
laume de Bernard sieur des Astelles, & elle lui donna
une somme de six mille livres pour don mobil, à pren-
dre sur ses immeubles: En 1653. ladite de Morchesne
vendit conjointement avec son mari au sieur de Dros-
nay le droit universel qu'elle avoit à prendre sur la
succession de son pere, moiennant trente-cinq mille
livres, dont il paia quatorze mille livres comptant,
& pour le surplus il se chargea d'aquiter des dettes;
mais ce contrat fut depuis dissous, ladite de Mor-
chesne aiant refusé de le ratifier après sa majorité:
le sieur de Drosnay caution de son mari lui aiant con-
testé le douaire qu'elle demandoit sur les six mille li-
vres qu'elle avoit donnez à son mari, elle en fut
évincée par Sentence du Juge de Falaise; dont aiant
apelé à la Cour, Barate son Avocat soutenoit qu'il
avoit été mal jugé; & que puisque ce qu'elle avoit
donné à son mari se trouvoit encore en essence, elle
y avoit douaire, conformément à l'article 71. du Ré-
glement de 1666. Je m'aidai pour le sieur de Dros-
nay de l'Arrest ci-dessus rapporté, & representai que
puisque le mari avoit la liberté de disposer de ce don,
& que quand il l'avoit aliéné la femme n'y avoit
point douaire, il avoit pu pareillement l'hipotéquer
à ses dettes, & par cette voie la priver de son douai-
re: Nonobstant ces raisons, par Arrest du 4 Avril
1680. la Sentence fut cassée, & ordonné que ladite
de Morchesne prendroit douaire sur son don mobil;
depuis ce douaire lui fut contredit par un autre créan-
cier: voici le fait. Guillaume des Astelles mari de
ladite de Morchesne avoit emprunté du sieur de la
Chapelle-Grou seize mille livres, pour restituer au
sieur de Drosnay, & par le contrat le sieur de la Cha-
pelle étoit subrogé aux droits & hipotèques du sieur
de Drosnay: En 1680. le sieur Chalopin representant
le sieur de la Chapelle-Grou, aiant fait arrest sur
tous les biens de ladite Demoiselle de Morchesne,
pour être payé en qualité de créancier de son mari,
sur les six mille livres de don mobil qu'elle lui
avoit acordez; contre cette demande elle don-
na ses défenses, & prétendit que sur cette somme el-
le devoit déduire son douaire, & retenir une somme
de trois mille livres pour ses parafernaux, & pour la
somme de mille livres restant elle ofroit de donner
du fonds au sieur Chalopin, sur quoi intervint Sen-
tence, par laquelle il fut dit que sur la somme de
6000 livres elle retiendroit 2000 liv. pour en jouir
par usufruit, & retourner en propriété à ses enfans
après son décès, ensemble la somme de 3000 livres
pour ses parafernaux, & condamnée de bailler du
fonds audit sieur Chalopin pour la somme de 1000
livres, avec les intérêts du jour de l'introduction du
procès. Contre cette Sentence le sieur Chalopin di-
soit pour griefs, que la femme n'a point douaire sur le
don mobil aliéné; que l'hipotèque est une véritable
aliénation; qu'il ne subsiste plus du moment qu'il est
hipotéqué & engagé; qu'il seroit ridicule de dire que
le mari eût le pouvoir de le vendre, de le transpor-
ter & de le donner, & qu'il n'eût pas le pouvoir de
l'hipotéquer; que l'article du Règlement ne doit être
entendu que des heritiers & non des créanciers légi-
times, lesquels lorsqu'ils ont donné leur argent ont
regardé dans les biens de leur debiteur le don mobil
de la femme comme un bien dont il pouvoit dispo-
ser, & qui étoit susceptible de leurs hipotèques; que
dans le fait particulier le mari n'en étoit plus saisi,
en aiant fait vente & reçu le prix du S^r de Drosnay,

Jugé que la
femme ne peut
avoir douaire sur
le don mobil, au
préjudice des
créanciers.

Arrest qui a ju-
gé le contraire.

10 DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXVII.

& que le sieur Chalopin, comme représentant le sieur de la Chapelle-Grou, étoit subrogé à ses droits & hipotéques; que cette question avoit été décidée par un Arrest célèbre rapporté dans le dernier Commentaire de la Coutume; sur le premier article du Titre du Douaire.

A quoi ladite Demoiselle de Morchefne repliquoit, que la Sentence étoit juridique & conforme non seulement à l'art. 71. du Règlement de 1666. mais encore à l'art. CCCLXIX. de la Coutume, qui contient que la femme a douaire sur les biens dont elle a trouvé son mari saisi lors des épousailles, au nombre desquels l'on doit compter ceux dont la future épouse l'a saisi par le contrat de mariage, par une donation légitime qui doit avoir le même effet que celle qui auroit été faite par un étranger; sur lesquelles l'on ne doute point que la femme n'eût douaire, en étant saisi lors de ses épousailles, nonobstant les aliénations postérieures au contrat de mariage; que l'interprétation que l'on donnoit à l'article du Règlement n'étoit pas juste, en disant qu'il n'existe plus du moment qu'il a été hipotéqué; car cet article dit au contraire que la femme y a douaire, pourvu qu'il soit en essence: or pour n'être plus en essence, il faut que les immeubles donnez ne soient plus en la main du mari, mais passez en la main d'un tiers acquereur, ce qui ne se trouve pas dans l'espèce dont il s'agit. Et enfin elle s'aidoit de l'Arrest qu'elle avoit obtenu contre le sieur de Drosnai. Cette question aiant été agitée en la seconde Chambre des Enquêtes; au rapport de M^r le Pesant de Boisguilbert, les Juges n'eurent pas de peine à se déterminer, que le mari pouvant aliéner le don mobil, il pouvoit aussi l'hipotéquer, & que par conséquent la femme n'y pouvoit avoir douaire au préjudice des créanciers de son mari; mais l'Arrest obtenu par ladite de Morchefne leur faisoit de la peine, car jugeant en la seconde Chambre des Enquêtes le contraire de ce qui avoit été jugé en la Grand' Chambre, cela donneroit ouverture à se pourvoir en contrariété d'Arrêts. Pour éviter cet inconvénient, il fut arrêté que M^r le Président de Boismelet iroit en la Grand' Chambre, pour s'informer aux Juges des motifs de leur Arrest, qui étoit contraire à celui qu'ils avoient rendu en l'année 1667. & qui avoit jusqu'alors servi de Règlement: M^r le Rapporteur s'étant ensuite rendu en la Grand' Chambre, & aiant proposé la question, & fait rapport du procès, M^r le Premier Président dit, qu'il étoit important & nécessaire d'avoir une jurisprudence uniforme par toutes les Chambres, & pour cet effet il nomma des Commissaires, pour examiner les deux Arrêts donnez en la Grand' Chambre es années 1667. & 1680. Les Commissaires furent M^{rs} Brice, du Houllay, Fauvel & Voisin, lesquels après s'être fait représenter les minutes des deux Arrêts, & discuté exactement la question, ils conclurent unanimement que leur dernier Arrest avoit été surpris, & qu'il s'en falloit tenir à celui de 1667. & que l'on pouvoit juger la même chose en la seconde Chambre des Enquêtes, en faisant présenter par Chalopin une Requête en opposition contre le dernier Arrest, comme donné en son absence, & sans y avoir été apelé: Suivant cet arrêté, il se donna Arrest le 16 Avril 1682. par lequel la Cour en infirmant la Sentence, ordonna que sur la somme de 6000 liv. ladite de Morchefne délivreroit du fonds audit Chalopin pour la valeur de 3000 liv. à dûe estimation, avec les intérêts du jour de la demande; les autres trois mille livres lui furent ajugez pour ses parafernaux.

Nos Commentateurs se trouvent partagez sur cette question, si la femme peut avoir douaire sur les héritages retirez à droit de sang par son mari? Berault conclut indistinctement pour la négative: Godefroy fait cette distinction, que si les héritages

étoient échûs au mari en ligne directe, sans vente, elle y doit avoir douaire; que si la succession est échûe en ligne collatérale, le douaire ne lui est point dû. Il seroit juste de suivre l'opinion de Godefroy, s'il paroïssoit que l'aliénation eût été faite en fraude de la femme, & pour la frustrer du douaire qui lui auroit appartenu; mais quand la vente est véritable & sans suspicion de dol, sans distinguer si les biens seroient parvenus au mari en ligne directe ou collatérale, il semble que la femme n'a point droit de douaire sur les héritages retirez à droit de lignage, ce qui a lieu pareillement pour ceux qu'il auroit eus par retrait féodal; la raison est, que le mari déboursant des deniers pour parvenir au retrait lignager ou féodal, les héritages retirez sont de véritables acquêts; mais la Coutume en l'art. CCCCLXXXIII. les réputant propres, la femme n'y peut prendre part, comme aux acquêts, & elle ne peut y demander douaire, son mari n'en étant point saisi lors de son mariage: Que si les biens retournoient au mari à droit de commise, de deshérence, ou par quelque autre voie de réversion, ils seroient sujets au douaire, parce qu'ils retournent au mari immédiatement & sans aucun déboursement de deniers, à cause du fief dont il étoit saisi, & *tanquam jure accrescendi*, auquel droit la femme doit participer, comme étant une augmentation naturelle, par la même raison que la diminution de la valeur des biens afoiblirait son douaire.

Il se trouve des biens sur lesquels la femme ne peut avoir douaire, encore que son mari en fût actuellement saisi & propriétaire au tems des épousailles: ce sont les rentes constituées qui ont été rachetées constant le mariage; comme il est nécessaire pour la validité de ces rentes que le débiteur ait une faculté perpétuelle & absolument libre de les racheter, il ne peut être troublé par la femme pour avoir usé d'une faculté qui lui appartient sans condition, comme il a été jugé par Arrest du septième de Février 1623. entre la Valtine, Hurard & autres; par lequel une femme aiant demandé douaire sur des rentes rachetées, elle en fut deboutée. Aussi la Cour l'a décidé par l'article 76. du Règlement de l'année 1666. Il est vrai que la femme peut en demander récompense sur les autres biens du mari; mais comme souvent il ne s'en trouve point, ce recours devient inutile; c'est l'opinion de Chopin, de la propriété des biens d'Anjou, l. 3. c. 1. n. 13. qui est conforme à nôtre Usage.

Cette question fut fort agitée entre les nommez Alexandre & la veuve de Delamare; pour sçavoir si une femme aiant épousé un mineur, durant la minorité duquel on avoit racheté quelques rentes constituées, dont le emploi n'avoit point été fait par son tuteur lors du mariage, elle auroit douaire sur les deniers provenans de ces rachats? Le procès aiant été jugé au rapport de Monsieur Deshommets, il étoit d'avis qu'elle ne pouvoit avoir de douaire; M^r de Fermanel Compartiteur soutenoit le contraire; & par Arrest du premier d'Avril 1667. il passa à dire qu'elle auroit douaire, & que l'article DXIII. avoit aussi-bien lieu pour les douairieres que pour les héritiers.

Outre les rentes, si le mari possédoit un héritage par fief ou bail à rente, & que pendant le mariage il en fût dépossédé faute d'avoir païé les arrérages, s'il tomboit en commise pour féloinnie envers son Seigneur, s'il étoit confisqué pour crime, si son ingratitude envers son bienfaicteur avoit donné lieu à révoquer les donations de terres qu'on lui auroit faites; on demande si en tous ces cas le douaire de la femme seroit conservé, en conséquence de cet article qui le lui attribue sur tous les biens dont son mari est saisi; ou si elle en seroit privée suivant cette règle, le droit du donateur étant résolu,

échûs à droit de commise, de deshérence, &c.

Le douaire ne se peut demander sur les rentes rachetées.

S'il peut être demandé par la femme aiant épousé un mineur, sur les deniers des rentes rachetées avant le mariage?

Si le mari étant tombé en commise, ou confisqué ou dépossédé d'une fiefte faute de païer les arrérages, la femme est privée de son douaire?

Si le don mobil hipotéqué par le mari, n'est plus censé être en essence, pour y avoir douaire au préjudice des créanciers?

Si le douaire peut s'étendre sur les biens retirez à droit lignager ou féodal, &

le droit du donataire l'est pareillement ?

Toutes ces grandes difficultés se décident par la distinction rapportée par Loyseau, l. 6. c. 3. du Déguerpissement. Il faut examiner si la commise procède d'une cause nécessaire ou d'une cause volontaire, *ex causa necessaria, aut ex causa voluntaria*. On estime la cause nécessaire, quand la chose arrive *ex necessitate pacti impressi in ipsa traditione rei*; nous en avons un exemple en la l. *lex vectigali, D. de Pign. Lex vectigali fundo dicta erat, ut si post certum tempus vectigal solutum non esset, fundus ad dominum rediret*. Il paroît que le preneur à rente ne possédoit l'héritage qu'à condition de la paier; de sorte que n'y ayant pas satisfait, le bailleur a pu s'en remettre en possession en vertu de la condition employée par le contrat, & on ne peut objecter que cette résolution du contrat est volontaire, parce que le possesseur pouvoit paier les arrerages s'il avoit voulu, & qu'ainsi c'est une simple négligence & une simple omission; car l'on répond que le bailleur à rente pouvant déposséder le preneur à faute de paiement, la femme ne peut l'empêcher d'user de son droit, sauf le recours de la femme sur les autres biens de son mari; en ce cas donc le mari étant dépossédé *ex necessitate pacti in ipsa traditione rei impressi*, la femme souffre la perte de douaire, bien que ce soit par la faute de son mari. Il est vrai que l'on ne peut imputer à la femme ce que cette loi objecte au creancier, qu'il pouvoit réparer la négligence du preneur, ce que n'ayant pas fait, la résolution du contrat étoit nécessaire, *cum in exolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent*, & partant le creancier est puni justement de son peu de soin; mais la femme étant en la puissance de son mari, & n'ayant point la liberté de ses actions, on ne peut lui imputer de négligence; néanmoins on a refusé la femme de son douaire, par Arrest du Parlement de Paris, rapporté par Tronçon sur l'article 117. de la Coutume de Paris, quoi que le procès pour la résolution du contrat ne fût point jugé, & que la femme après la mort de son mari offrît le paiement de tous les arrerages; mais comme les pactions commissaires ne sont point favorables, je n'estime pas qu'on en usât si rigoureusement parmi nous, si la commise n'étoit point jugée, & que la veuve offrît *celeris satisfactione moram purgare*; que si la commise avoit été jugée durant le mariage, alors le bailleur aiant usé de son droit, & la chose étant pleinement consommée, il ne resteroit à la femme qu'une action en récompense sur les autres biens du mari.

Mais quant aux autres cas ci-dessus, si la résolution étoit arrivée par une action purement volontaire de la part du mari, sa faute & son crime ne seroient point de préjudice au droit de sa femme, & nôtre Coutume est bien éloignée de cette rigueur; puisque nonobstant la confiscation du mari, elle conserve à la femme sa part aux meubles & aux acquêts, auxquels elle n'a point de part qu'en qualité d'héritière, art. CCCXXXIII. Mais le douaire lui étant acquis en vertu de son contrat de mariage, encore qu'elle renonce, le mari ne peut l'en priver par sa mauvaise conduite; comme aussi le defaveu fait par la femme, de son Seigneur, n'ôteroît pas au mari la jouissance qui lui appartient des biens de sa femme, pourvu qu'il ne l'eût point avouée. Il est vrai que par l'art. DXLIV. lorsque la femme est condamnée pour crime, la condamnation est portée non seulement sur les fruits, mais aussi sur tous les autres biens de quelque qualité qu'ils soient, si les fruits n'y peuvent suffire; en quoi la condition du mari est pire que celle de la femme; car celle-ci ne souffre aucune diminution de ses droits par la faute de son mari, suivant ledit art. CCCXXXIII. & au contraire si la femme commet quelque crime, les condamnations sont acquittées sur les fruits qui lui appartiennent; mais l'on doit en quelque sorte imputer au mari la mauvaise conduite de sa femme,

aiant dû veiller sur ses actions.

Enfin voici encore un autre cas où la femme ne peut demander son douaire sur les biens dont elle trouve son mari saisi, & cette matiere se presente souvent. Un mari fait échange de ses heritages contre d'autres biens; après sa mort, ou après la séparation civile de la femme, elle demande douaire aux détenteurs des heritages dont son mari étoit saisi lors de ses épousailles; ils s'en défendent en offrant de la faire jouir du contr'échange, & de le faire valoir jusqu'à concurrence de ce qui lui appartient pour son douaire. La femme répond qu'il y a grande différence entre le douaire & la légitime des enfans; qu'à l'égard des enfans, les acquereurs, lorsqu'ils sont poursuivis par les enfans pour leur fournir leur tiers coutumier, peuvent bien se maintenir en payant l'estimation du fonds qu'ils ont aquis, suivant l'art. CCCCIII. Mais les acquereurs, ou ceux qui possèdent par échange les biens du mari, n'ont pas le même avantage contre la femme, le douaire de laquelle est expressément assigné sur les biens dont elle a trouvé son mari saisi: comme il s'agit d'un usufruit, la Cour l'a facilement accordé sur tous les heritages, sauf le recours sur le dernier acquereur; mais le droit des enfans est de la nouvelle Coutume & plus rigoureux, parce qu'il ôte la propriété; qu'on ne peut lui ôter son gage & son assurance, pour la contraindre d'accepter un fonds moins commode, & qui peut être affecté à d'autres dettes qu'à celles de son mari, enfin qui peut être de moindre prix & plus difficile à faire valoir; ou s'il en falloit venir à l'estimation, ce seroit engager une pauvre veuve en des procès & en des frais immenses, qui consumeroient son douaire; qu'en un mot elle n'est point obligée de prendre le change. Le permutant repliquoit que la femme n'ayant qu'un usufruit, elle étoit moins favorable que les enfans; qu'on pouvoit dire qu'on lui gageoit douaire sur les biens de son mari, puisque ceux qu'il avoit eus en contr'échange entroient en leur place, *quia subrogatum sapiebat naturam subrogati*; que l'on offroit de convenir d'estimateurs pour justifier l'égalité des choses échangées; que l'on s'obligeoit encore de la faire jouir sans aucun trouble; que le refus d'ofres si raisonnables ne pouvoit procéder que d'un caprice ou d'une opiniâtreté malicieuse, pour faire de la vexation sans aucun bénéfice. Par l'ancienne jurisprudence l'on ne pouvoit obliger la femme de prendre son douaire sur les heritages baillez en contr'échange à son mari, ni même sur ce qu'il avoit aquis constant le mariage; mais on a changé cet usage, comme on l'apprend par un Arrest du 27 de J. 1670. entre Moïse Vereüil apelant du Bailli de Caux à Montivilliers, & Demoiselle Marie du Mouchel femme civilement séparée d'avec Pierre Corbiere Lieutenant en l'Amirauté de Fécamp, intimée sur l'action formée par ladite du Mouchel contre ledit Vereüil, pour lui quiter la possession des heritages qu'il avoit aquis de son mari, pour en jouir pour son tiers, & pour remplacement de sa dot; par Sentence du Viconte de Montivilliers on avoit ajugé le douaire & le remplacement de sa dot sur les biens dont ledit Corbiere étoit saisi lors de son mariage; sur l'apel de cette Sentence, le Bailli l'avoit réformée, & ordonné que pour ses droits de douaire & de dot, liquidez à la somme de six mille six cens livres, elle étoit envoyée en la possession des heritages échangez par ledit Vereüil contre ledit Corbiere, & ledit Vereüil renvoyé en son contr'échange. Sur l'apel de Vereüil, la Cour mit l'appellation & ce dont étoit apelé au néant, & en réformant renvoia les Parties procéder à l'estimation de l'échange & du contr'échange, ensemble des autres biens dont ledit Corbiere étoit saisi, pour être procédé à la liquidation des droits de ladite du Mouchel. Autre Arrest du premier d'Avril 1663. au raport de M^r Deshommets, entre

La femme est tenuë de prendre son douaire sur les biens baillez à son mari en contr'échange.

De l'ancienne jurisprudence à l'égard du douaire sur les biens échangez, & sur les acquêts faits constant le mariage.

Quel changement est arrivé à cet ancien usage par la nouvelle jurisprudence.

Le mari n'est pas privé de la jouissance des biens de sa femme, par le defaveu par elle fait du Seigneur, lors qu'il ne l'a pas avouée.

Demoiselle Marie Alexandre femme civilement séparée d'avec Martin du Porquet son mari, apelante ; & Louïs de Roncherole Ecuier, sieur de la Mare ; en la présence de Martin du Porquet fils aîné dudit Martin du Porquet, & il fut jugé que ladite Alexandre prendroit son tiers à douaire sur la terre de Breteville, qui avoit été baillée en échange à son mari par ledit sieur de Roncherole ; & que si elle ne suffisoit pas, il lui seroit fourni sur la terre d'Ameronville, qui avoit appartenu à son mari.

Suivant ces Arrêts la femme est tenuë de prendre son douaire sur les biens baillez en contr'échange à son mari ; cette nouvelle jurisprudence a cet inconvenient, qu'elle engage la femme à des estimations difficiles & incertaines. On n'a pas encore décidé si les aquereurs se peuvent prévaloir contre la femme de la faculté qui leur est acordée contre les enfans par l'article CCCIII. mais n'ayant qu'un usufruit, il ne seroit pas juste de l'engager à fournir des remplacements, & il n'y auroit pas même de sûreté pour les aquereurs, qui pouvoient encore être troublez par les enfans, qui n'accepteroient pas ces remplacements.

La Coûtume ne donne pas seulement douaire sur les biens dont le mari est saisi, mais aussi sur ceux qui lui sont échûs en ligne directe ; presque toutes les Coûtumes de France sont conformes à cet article : en éfet, il est juste de donner douaire sur les successions de cette qualité, à cause de cette espérance certaine, & de ce droit naturel que les enfans ont sur les biens de leurs peres, *l. cum ratio, D. de bonis dam.*

Cas où la femme n'a point douaire sur les biens qui sont échûs à son mari en ligne directe.

Mais bien que les paroles, *en ligne directe*, puissent être entendûes également des descendans comme des ascendans en cet endroit, neanmoins on ne peut les appliquer qu'aux ascendans, comme il fut jugé dans cette espèce. Mathieu Queriel avoit un fils de son premier mariage qui mourut après avoir fait quelques acquisitions, auxquelles son pere succéda : après la mort du pere la veuve demanda douaire sur les acquisitions, soutenant que cette succession du fils au pere étoit une succession directe, laquelle si elle fût échûe à son mari constant son mariage, elle y auroit eu douaire suivant cet article. On répondoit que sans examiner si c'étoit une succession directe, il falloit s'attacher au véritable esprit de la Coûtume, laquelle donnoit douaire à la femme sur les biens échûs à son mari en ligne directe, dans cette seule vûe, que le plus souvent ceux qui se marient sont enfans de famille, qui n'ont que la seule espérance des biens de leurs peres, & le douaire des femmes n'est assigné que sur cette espérance : Pour cette cause il étoit raisonnable de leur promettre un douaire non seulement sur les biens dont leurs maris étoient saisis, mais aussi sur ceux qui leur pouvoient échéoir en ligne directe, & la Coûtume explique son intention en ajoutant ces mots ; *encore que lesdits biens fussent échûs à pere & à mere, ou autres ascendans par succession collatérale.* Ces paroles marquent ouvertement qu'elle ne pensoit pas à ces funestes successions qui n'appartiennent aux peres que *turbato mortalitatis ordine*, & au défaut d'autres descendans qui les auroient exclus. La Coûtume de Blois a prévenu cette difficulté ; elle donne douaire à la femme sur ce qui vient constant le mariage en ligne directe, mais elle ajoute ce mot, *en ligne de ses ascendans.* Le Viconte de S. Lo avoit ajugé douaire à la femme ; sur l'apel en la Cour, on cassa la Sentence, & la femme fut deboutée de sa demande, par Arrest au rapport de M^r de Brinon, du 28 de Juillet 1653. entre Martin Queriel & Cardine le Brailleux.

Prérogatives du frere aîné avant les partages, & dans la Coûtume de Caux.

Par la disposition de la Coûtume, le frere aîné n'est pas seulement saisi de la succession, il en fait même les fruits siens, jusqu'à ce que partage lui soit demandé par ses freres ; & dans la Coûtume de Caux il jouit encore de cette prérogative,

qu'il peut rembourser le tiers de ses puînez.

En conséquence de ces dispositions, l'on a formé ces questions, si la femme avoit douaire sur la succession du frere, lors qu'il décède depuis son mariage, sans avoir demandé partage à son frere aîné ? Par un Arrest donné en la Chambre des Enquêtes en 1618. entre N. le Maignen veuve de Jean Martin, & Jean Martel aquereur des héritages de Jean Martin, on ajugea douaire à la femme sur les héritages venus de la succession des freres : L'aquereur soutenoit que la femme ne peut avoir douaire sur les biens échûs d'une succession collatérale, mais seulement sur ceux qui viennent en ligne directe ; or on ne doute point que la succession du frere ne soit en ligne collatérale. On répondoit en faveur de la veuve, que l'aîné étoit saisi de l'ancienne succession du pere ; qu'il en fait les fruits siens jusqu'à ce que partage lui fût demandé par ses freres ; que s'ils ne lui demandent rien, il demeure seul seigneur & propriétaire de la succession paternelle ou maternelle ; & que d'ailleurs les biens étans en Caux, il avoit la faculté de retenir le tiers, de sorte qu'il est vrai de dire, que l'aîné a toujours été saisi de la succession sans en avoir jamais perdu la possession : il n'aquiert rien de nouveau par la mort de ses freres, mais seulement l'action en partage qu'ils pouvoient avoir contre lui, cesse & est éteinte par leur mort : Or puisque le mari étoit non seulement saisi, mais qu'il en étoit encore le propriétaire, on ne peut contester le douaire à la femme, & cette succession doit être considérée comme procédante directement du pere : mais le raisonnement paroît plus subtil que solide ; ce que la Coûtume donne à l'aîné ne lui attribue aucun droit propriétaire, il profite de la négligence de ses freres, en tant que pour la jouissance ; mais ils demeurent toujours les maîtres & les véritables seigneurs de leurs partages, sur lesquels par conséquent la veuve n'a rien à prétendre.

Si la femme peut avoir douaire sur les biens échûs au mari par le décès du frere ?

Aussi le contraire a été jugé depuis en cette espèce, où la prétention de la femme avoit beaucoup plus d'apparence ; & par Arrest du premier de Juillet 1656. au raport de Monsieur de sainte Heleine, il fut dit, qu'une veuve ne pouvoit avoir douaire sur le bien échû à son mari par le décès de son frere, bien que le défunt l'eût reconnu pour son heritier, & qu'en faveur de son mariage il eût promis de lui garder sa succession.

La liquidation du douaire étant faite, & le douaire n'étant qu'un usufruit, il semble que la femme ne puisse prendre possession de cet usufruit qu'aux charges ordinaires, auxquelles tous les usufruitiers sont sujets, & notamment de *bailler caution* ; *l. si cuius ff. de usuf.* & cette caution doit contenir deux choses suivant la loi *1. ff. de usuf. quemadm. caut.* La première, qu'un usufruitier en usera comme un bon pere de famille ; *arbitrio boni viri re utetur salvâ ejus substantiâ, l. usuf. C. de usuf.* La seconde, que l'usufruitier ou ses heritiers restituëront les choses dont ils auront eu la jouissance, après l'usufruit fini ; *l. illud Cod. de leg.* La plupart de nos Auteurs sont de ce sentiment, que la veuve n'est point exemte de bailler cette caution, Gui Pap. Déc. 248. Pontanus, article 189. *l. 2. t. 2.* Chopin, sur la Coûtume de Paris. Par l'article 3. *tit. du Douaire, de la Coûtume de Nivernois*, la douairiere avant que de pouvoir jouir de son douaire, est tenuë pour les immeubles de bailler telle caution qu'elle pourra. La Coûtume de Paris, article 264. & celle d'Orleans, article 218. obligent la veuve qui se remarie, de bailler bonne & suffisante caution, ce qui est fondé sur la loi *cum lex Codicis, de administratione & periculi tutione* : mais quand la veuve ne peut donner caution, on établit un sequestre des fruits que la veuve perçoit par les mains de ce sequestre.

Si la douairiere est tenuë de bailler caution pour jouir de son douaire ?

DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXVIII. 13

Le douaire étant acquis à la femme, & par l'autorité de la loi, & en vertu de la stipulation portée par son contrat de mariage, elle n'est point obligée de bailler caution pour entrer en la jouissance de son douaire; c'est un droit réel qui fait partie des conventions matrimoniales, & qui lui tient lieu de récompense pour la dot qu'elle a apportée à son mari, cessant laquelle clause le mariage n'eût pas été contracté. On peut ajouter que le douaire lui tient lieu d'alimens, qui ne peuvent être refusez faute de caution; & quand l'usufruit est acquis par la disposition de la loi, la caution n'est point dûe, *l. ult. §. si autem, Cod. de bon. qua liber.*

Si l'on peut demander douaire sur les biens donnez au mari par son contrat de mariage?

On peut encore revoquer en doute, si le douaire peut être demandé sur les biens donnez au mari par son contrat de mariage, par un parent autre qu'un ascendant, ou par un étranger? On peut dire qu'en donnant l'hipoteque au douaire du jour du contrat, le mari n'est point encore saisi des choses donnees, puisque la donation & le douaire ont un même principe, & qu'ils commencent dans un même moment: il faut tenir néanmoins que les biens sont sujets au douaire; car bien qu'à l'égard de l'hipoteque on considère le tems du contrat, toutefois la Coutume étendant le droit de douaire sur tous les biens dont le mari est saisi lors des épousailles, on ne peut refuser le douaire, puisque dès le moment que le contrat a été signé, le mari donataire a été fait propriétaire des choses donnees; aussi la Cour l'a jugé de la sorte pour le don mobil fait au mari par la femme même. Il est vrai qu'on y apporte cette condition, pourvu qu'il soit encore en la possession du mari; mais cela est fondé sur cette raison particuliere, que le don mobil étant fait pour les frais de noces, on présume qu'il n'en a fait l'alienation que pour l'employer à cette dépense - là.

Si le douaire est éteint par le Monachisme?

Comme le douaire est un usufruit qui finit par la mort naturelle, il peut aussi cesser & s'éteindre par la mort civile. Dans le Journal des Audiences du Parlement de Paris, l'on raporte un Arrest par lequel une veuve s'étant rendue Religieuse, il lui fut permis de jouir de son douaire par forme de pension viagere. L'Auteur ajoute que s'il eût été excessif, au lieu qu'il n'étoit que de trente écus, la Cour l'eût modéré, & qu'il semble (comme l'auth. *ingressi* n'est point gardée en France) que le Monastere ne peut non plus profiter des douaires appartenans aux femmes, que participer à leurs successions. Du Moulin en ses Notes sur les Conf. d'Alex. tom. 1. estime qu'un douaire & un usufruit est éteint par l'entrée en Religion. On disoit au contraire, que le douaire

n'est éteint que par la mort naturelle; c'est le sentiment de Févret, qui cite un Arrest du Parlement de Dijon, par lequel l'on a jugé que le douaire & l'usufruit se conservent nonobstant la Profession de Religion, parce que le Monachisme *non inducit capitis diminutionem.* Voyez les Auteurs qu'il cite, *l. 2. c. 4. n. 38.*

Cette question fut décidée par un Arrest remarquable par Berault sur l'art. CCLXXIII. Les heritiers soutenoient que le Monachisme étoit une mort civile, *capitis diminutio vel adoptio in aliam familiam;* & que *capitis diminutione perit ususfructus, t. quib. mod. usus. amitt.* Les Carmelites prétendoient que le douaire ne pouvoit s'éteindre que par la mort naturelle; qu'il tenoit lieu d'alimens, *que damnato in metallum relinqui possunt;* & que partant elle étoit capable de conserver son douaire: Par l'Arrest les heritiers furent déchargés du douaire.

Arrest qui a déchargé les heritiers de fournir le douaire après la Profession Monastique.

Cette décision paroît raisonnable, bien qu'en d'autres cas la mort civile n'emporte pas l'extinction du douaire; mais c'est par cette raison qu'elle n'empêche pas que les alimens ne soient nécessaires au condamné. Quand une veuve entre en Religion, outre que l'entrée des Monasteres doit être gratuite, il importe à l'Etat que les biens ne soient pas portez dans les Monasteres; ainsi cette incapacité de posséder des biens étant jointe à l'intérêt public, éteint le douaire. Aussi l'Arrest du Parlement de Paris n'eût pour motif que la modicité du douaire.

Lorsque les lots ont été choisis, si dans celui de la femme il se trouve quelques rentes sur un debiteur insolvable, avant qu'elle en puisse demander récompense sur les autres biens de la succession, sera-t-elle tenuë de discuter les biens de l'obligé, ou pourra-t-elle agir contre les heritiers de son mari pour lui fournir une autre rente, en y contribuant déduction faite de son tiers? Cette question fut jugée au rapport de M^r Puchot, l'onzième de Juillet 1674 entre Robert le Bel, apelant de Sentence qui le condamnoit à fournir une autre rente à Demoiselle Catherine le Roux veuve de Jacques le Bel, & en secondes noces femme du sieur de Livraye, & ledit de Livraye & sa femme intimés. Cette femme avoit quinze cens livres de douaire, & ne pouvant être payée de cent cinquante livres de rente, elle forma action contre les heritiers de son premier mari pour lui bailler une autre rente; l'apelant soutenoit qu'elle étoit obligée de decreter les biens de l'obligé: Par Arrest la Sentence fut confirmée, & en ce faisant les heritiers condamnez de fournir une autre rente.

La donataire n'étant payée de la rente tombée en son lot à douaire, les heritiers sont tenus de lui en fournir une autre.

C C C L X V I I I.

De quel jour le douaire est dû.

Douaire n'est dû que du jour qu'il est demandé.

Douaire n'est dû sinon du jour qu'il est demandé, s'il n'est autrement convenu par le traité de mariage.

Le douaire n'est dû que quand il est demandé. On pouroit pareillement conclure que le douaire ne seroit point dû s'il n'avoit été stipulé par le contrat de mariage, & qu'il ne seroit pas nécessaire que la femme y eût renoncé par une convention expresse.

Le douaire est dû à la femme, quoi qu'il ne soit pas stipulé.

Le contraire est veritable, le douaire étant acquis à la femme par la disposition du Droit commun, elle n'a pas besoin de le stipuler pour se l'aquerir; il est toujours dû, bien qu'il n'en soit pas fait mention dans le contrat de mariage, & elle n'en peut être excluse que par une dérogation expresse à la Coutume. La Coutume de Paris en l'art. 247. y est formelle; la femme est douée du douaire coutumier, posé que par exprés dans le contrat de mariage il ne lui eût été constitué ni octroyé aucun douaire; on peut sur cette question user de ce dilème, *aut cogitatum aut non cogitatum.* Si c'est le premier, il falloit que la

dérogation à la Coutume fût expresse, & les heritiers qui s'en voudroient prévaloir, auroient dû s'en expliquer clairement: Si au contraire on n'y a point pensé, il est sans difficulté que la Coutume que l'on peut apeler le contrat de mariage public, doit servir de règle.

Il faut donc que la renonciation soit exprimée en des termes si formels, qu'elle n'ait besoin d'explication; jusques-là même que par Arrest du Parlement de Paris, du 2 de Mars 1648. remarquable par Ricard sur cet art. 247. de la Coutume de Paris, il a été jugé qu'une femme qui n'avoit aucuns biens, ayant épousé un homme fort riche, & par le contrat de mariage ayant été stipulé qu'elle ne pouroit rien prétendre sur les biens de son mari tant aquis qu'à aquerir, & en consequence qu'elle prendroit quatre cens livres de rente pendant la vie de son mari, trois mille

livres la dernière année, ne laisseroit pas de prendre son douaire aux termes de la Coûtume; mais lorsque par une paction expresse la femme a renoncé à prétendre douaire, elle n'en peut avoir, comme il a été jugé par Arrest du Decembre 1656. plaidans Hurard & Mannoury.

Quand la femme par une paction expresse renonce à prétendre douaire, elle n'en peut avoir.

Si la demande du douaire en Jugement est nécessaire ?

Or puisque le douaire appartient à la femme par la disposition de la loi seule, qu'il est dû encore bien qu'il n'ait point été stipulé, & qu'il n'y ait pas même de contrat de mariage, il sembleroit que la demande n'en étoit pas nécessaire; c'est par cette raison qu'on l'appelle *Douaire coutumier*. Par les loix d'Écosse qui ont été composées aparemment sur nôtre ancienne Coûtume, comme on le peut remarquer par certains mots qui sont de l'ancien langage Normand, il est porté que *si rationabilis dos*, c'est-à-dire *douaire, sine nomination certa petatur*, cela veut aussi dire *sans stipulation; certi juris est quod hæres tenebitur assignare tertiam partem totius liberi tenementi, quod antecessor suus habuit in dominio tempore quo ipsam desponsavit. Leg. Scot. l. 2. c. 16. art. 60.*

La Coûtume de Paris, art. 256. est contraire à la nôtre; *Douaire coutumier ou préfix saisi sans qu'il soit besoin d'en faire aucune demande en jugement*; le coucher étant la seule condition que la Coûtume impose à la femme pour gagner pleinement son douaire, il est dû dès le moment que cette condition a été exécutée. Par plusieurs autres Coûtumes de la France le douaire est dû à la femme, & elle en est saisie dès le décès de son mari, sans aucune demande ni sommation précédente: Nivernois, tit. de Douaire, art. 24. Bourbonnois, art. 250. Troies, art. 86.

Neanmoins nôtre Coûtume n'est pas la seule qui en ait disposé de la sorte; celle de Blois est conforme, art. 190. & celle d'Orléans, art. 219. Mais on demande si cet article doit être étendu au douaire préfix, & si les arrerages n'en seront dûs à la femme que du jour de la demande; car régulièrement les fruits & les intérêts ne sont dûs que du jour de la demande & de la cessation de paiement? Plusieurs estiment que le douaire préfix est une espèce de constitution que le mari fait sur les biens, & qui commence à courir de plein droit & sans interpellation, dès le moment qu'il y a ouverture au douaire; & de la Lande sur l'art. 219. de la Coûtume d'Orléans, témoigne qu'il l'a vû juger plus de deux fois de la sorte. Cependant cet article étant general, il semble que l'on ne doit point faire de distinction entre le douaire coutumier & le douaire préfix.

Pour prévenir ces difficultés, & parce qu'il pouroit arriver qu'une veuve toute occupée de la douleur oublieroit ses intérêts, & ne se souviendroit pas de demander son douaire, il ne se fait guères de contrats de mariage où cette clause ne se trouve employée, que *la femme aura son douaire sans être obligée d'en faire aucune demande*. Il n'est pas requis que cette demande soit judiciaire, il suffit d'une simple sommation; ce qui se garde aussi à Paris, suivant un Arrest rapporté dans la Bibliothèque du Droit François, *in verbo (Douaire.)*

Si la veuve est tenue de demander son douaire aux aquareurs des biens de son mari, quand il ne reste pas assez de bien non aliéné ?

Mais ne suffit-il pas que la veuve s'adresse aux héritiers, sans être obligée de faire la demande de son douaire aux aquareurs des biens de son mari, s'il ne reste pas assez de bien non aliéné pour le remplir? L'Arrest remarqué par Terrien, l. 2. c. 7. ne jugea pas comme Godefroy l'a écrit, qu'il ne suffit pas de s'adresser aux héritiers pour les héritages vendus durant le mariage, mais qu'il est nécessaire de se pourvoir contre les aquareurs. Il fut seulement dit que la veuve qui demandoit son douaire au fils de son mari, s'adresseroit à ceux qui étoient tenans des héritages & rentes qui avoient été vendus durant le mariage; mais cette question a été décidée au rapport de M^r du Val, le 13 de Decembre 1655. entre le sieur de Poitrincour & la Dame de Poix, & il fut dit que la diligence faite contre l'héritier, operoit contre l'aque-

reur, parce que par la Coûtume c'est assez que la femme en fasse la demande; que c'est une charge qui suit le fonds, & que l'aquereur n'a pû ignorer. Ce qui me paroîtroit rigoureux & contre la maxime de Droit, que *possessor bona fidei fructus suos fecit, etiam ex aliena re perceptos*. Il n'est tenu de la restitution des fruits que du jour qu'il a été troublé, & que par conséquent il a cessé d'être en bonne foi; c'est le sentiment de du Fresne, sur l'art. 110. titre du Douaire de la Coûtume d'Amiens, que la veuve demandant le douaire coutumier à l'aquereur de bonne foi des héritages de son mari, ne doit les fruits que du jour de la contestation en cause; mais la diligence faite contre l'héritier lui donne lieu de demander personnellement à l'aquereur tous les arrerages, s'il n'abandonne point le fonds, parce que c'est un droit réel; & c'est comme il faut entendre l'Arrest; car s'il déguerpissoit, il ne seroit pas tenu de rapporter les fruits, sauf la recompense de la veuve sur les autres biens & sur les héritages de son mari.

Ce même Auteur fait différence entre le douaire coutumier qui consiste en la jouissance d'un fonds, & le douaire préfix comme une rente: car, dit-il, pour le préfix il y a l'action personnelle & hipotecaire contre le tiers détenteur, & les deux actions concurrentes ensemble font qu'il est tenu de paier & continuer personnellement la rente, & hipotecairement tous les arrerages, ce qui n'est pas de même du douaire coutumier; comme il n'y a que l'action petitoire contre le détenteur, il n'est tenu de la restitution des fruits que du jour de la demande; mais en Normandie la veuve pour son douaire coutumier ou préfix, peut saisir sur le tiers détenteur les fruits des héritages qui y sont affectez.

Différence entre le douaire coutumier & le douaire préfix.

On a pareillement agité cette question, si la demande que la veuve a faite de son douaire aux héritiers du mari, peut valoir de diligence pour la succession du beau-pere échû long-tems depuis? Un fils qui s'étoit marié du consentement de son pere mourut le premier; la veuve aiant renoncé à sa succession, demanda son douaire, dont acte judiciaire lui fut accordé: Le pere vécut encore dix ans depuis, & l'héritier jouit pendant vingt années sans être interpellé par la veuve de lui paier son douaire; lorsqu'elle en forma la demande, elle representa que c'étoit assez qu'elle l'eût demandé après la mort de son mari, pour lui être acquis sur la succession du fils & du pere; qu'elle n'avoit qu'un seul douaire sur l'une & l'autre succession; que la possession en étoit seulement diférée après la mort du pere, & qu'alors il n'avoit point été nécessaire de faire une nouvelle diligence, parce qu'elle ne le prenoit que sur la part qui fût échûe à son mari, s'il eût été vivant au tems du décès de son pere; que son douaire n'avoit qu'une seule cause, qui étoit son mariage, & qu'elle ne le prenoit que sur une seule succession, à favoir sur celle de son mari qui fût venuë à ses enfans si elle en avoit eu.

Privilege de la douairiere sur les fruits des héritages aliénez affectez à son douaire.

Si la demande de la douairiere aux héritiers du mari pour son douaire, peut valoir de diligence pour la succession du beau-pere échûe depuis.

L'héritier répondoit qu'il y avoit deux successions différentes; qu'elle avoit renoncé à l'une, & accepté l'autre; que la demande faite pour l'une ne suffisoit point pour l'autre; puisque le douaire n'est dû qu'en vertu d'une demande formelle, elle a dû faire cette interpellation à l'héritier du pere qui étoit la partie competente; qu'il a perçû les fruits sans contredit, & qu'il en a usé comme de son bien, & cependant la restitution d'un si grand nombre d'arrerages le réduiroit à l'aumône; qu'après tout elle ne pouvoit imputer cette perte qu'à sa negligence: Par Arrest du 8 de Février 1628. qui est aussi rapporté par Berault, le douaire fut ajugé avec les arrerages échûs depuis le décès du beau-pere.

La Coûtume en cet article ne fait point mention du tems auquel il y a ouverture à la demande du douaire: Il est certain que régulièrement il est dû après le décès du mari; mais comme les Juriscon-

De l'ouverture de la demande du douaire.

S'il y a ouverture au douaire par la mort civile du mari ?

sultes font de deux especes de mort, l'une naturelle, l'autre civile, l'on a douté s'il y a ouverture au douaire par la seule mort civile du mari.

En quelques cas la mort civile équipole à la mort naturelle, en quelques autres elle n'a pas tant d'étendue, & ne produit pas les mêmes effets : Dans les contrats ce terme de *mort* ne s'entend ordinairement que de la mort naturelle ; quand il est employé par la loi, il comprend le plus souvent l'un & l'autre ; & lorsque par la mort civile le mari en souffre la perte de ses biens, & qu'il devient incapable de les posséder, comme il arrive par le bannissement perpetuel, ou par la condamnation aux Galères à perpetuité, ou par la profession Monastique, il y a ouverture au douaire comme par la mort naturelle ; mais si la condamnation qui emporte confiscation, n'étoit jugée que par contumace, l'absent étant encore réputé vivant, la femme n'a point d'action pour ses conventions matrimoniales, suivant les Arrêts rapportez par M^r Louët, *l. D. n. 36*. La même maxime est gardée au Parlement de Toulouse, & la dot ne fait point de retour à la femme, & la substitution n'est point ouverte quand le mari est condamné à mort par défaut, parce qu'il peut être restitué contre la contumace, & rentrer en la possession de ses biens ; M^r de Cambolas, *l. 1. c. 41*. Maynard, *l. 4. c. 56*. Le contraire a été jugé au Parlement de Provence, Boniface, tome 1. *l. 6. t. 6. c. 1*. & comme nous favorisons la demande du douaire, le jugement par contumace donneroit ouverture au douaire même durant les cinq années, sauf si le mari se presentoit à remettre les choses en leur premier état.

En Normandie le jugement par contumace donneroit lieu au douaire même durant les cinq années.

Par la jurisprudence du Parlement de Paris, cette espece de mort civile qui procede du mauvais ménage du mari, & qui n'est fondée que sur la separation de biens, n'équipole point à la mort naturelle, & la femme en ce cas ne peut du vivant d'icelui prétendre douaire, mais seulement une pension. Il est vrai que Brodeau ajoute que cela est particulier pour le douaire ; mais que pour les autres conventions matrimoniales, quand il s'agit de la repetition d'icelles, la separation de biens qui rend le mari mort civilement, équipole à la mort naturelle ; Brodeau sur M^r Louët, *l. C. n. 26*. & *l. D. n. 36*. De la Lande sur l'art. 23. de la Coutume d'Orleans, est d'avis que le douaire n'est acquis que par la seule mort naturelle du mari, parce que les contractans lors de la constitution du douaire n'ont eu en vûe que ce genre de mort, *nam nec humanum nec civile est tam tristem casum & adversam fortunam spectare* ; Bacquet des Droits de Justice, *c. 15. n. 61*.

Et la separation de biens, & le decret des biens du mari, y donne aussi ouverture au douaire.

En Normandie par la separation de biens en vertu de lettres du Prince, ou par le decret de tous les biens du mari, ou de la meilleure partie d'iceux, il y a ouverture au douaire ; ce qui est expressément décidé par la Coutume d'Anjou, art. 319. *en cas de dissipation ou de mauvais ménage, ou que les biens du mari soient decretez, la femme peut s'opposer pour son douaire* : Celle du Maine dit la même chose, art. 33. Celle de Nivernois, *tit. de Douaire*, art. 6. exprime plusieurs cas où le douaire peut être demandé, si le mari tombe en pauvreté par son mauvais ménage, s'il est banni, ou absent par un trop long espace de tems, ou s'il tombe en quelque inconvenient, par lequel vraisemblablement ses biens soient en état de perir.

On peut aléguer pour raison de la difference de notre usage avec celui de Paris, que par la Coutume de Paris la femme a la moitié des biens de son mari pour son douaire, & que par conséquent il n'est pas juste de lui acorder le douaire qu'au seul cas de la mort naturelle ; que par notre Coutume la femme n'ayant que le tiers, sa pension alimentaire ne pouvant être guères moindre, on attribue plus aisément le même effet à la mort civile qu'à la mort naturelle. Nous nous apuons encore sur cette consideration, que le douaire tenant lieu de récompense à la femme, à

cause de la diminution qu'elle a pû souffrir en sa dot par le don mobil qu'elle a fait à son mari, étant d'ailleurs destiné pour la subsistance d'elle & de sa famille, elle est très-favorable à le demander pour se défendre contre la nécessité & le malheur où elle tomberoit par la profusion & la débauché de son mari ; & dans un cas si pitoyable on peut dire avec raison, que la mort civile du mari a le même effet que la naturelle, puisque par sa mauvaise conduite la famille se trouve privée de son secours & de ses soins, de la même maniere que s'il étoit mort naturellement.

Aussi quoi que l'esprit de notre Coutume ne soit pas de rendre la condition des femmes fort avantageuse, au moins elle leur conserve ce qu'elle leur acorde avec toute l'exacitude & la précaution possible, & l'on ne permet point qu'elles souffrent du dommage par la mauvaise conduite de leurs maris ; jusques-là même qu'une femme s'étant séparée pour les grandes rigueurs de son mari, on ne lui acorde pas seulement son douaire, mais aussi part aux meubles & aux aquêts, comme si le mari eût été mort, si mieux n'aimoit le mari lui paier cinq cens livres annuellement, la somme de douze cens livres qui lui avoit été ajugée pour avoir des meubles, six cens cinquante livres qu'elle auroit reçues par provision ; & ce fut par cette consideration que le mari étoit un Marchand, dont la plupart des biens consistoit en meubles : l'Arrest fut donné pour Marguerite de Caux femme de Pierre de Rouves, au raport de M^r de Vignerat, le 29 de Novembre 1660. Il est vrai que c'est un Arrest extraordinaire, mais on usa de cette rigueur contre le mari, à cause des mauvais traitemens dont il avoit usé, & que si des lors l'on n'avoit conservé les intérêts & les droits de la femme, le mari n'auroit pas manqué de l'en frustrer. Cette jurisprudence que nous observons récompense les femmes du peu d'avantage que la Coutume leur fait dans les autres rencontres. La Coutume de Paris paroît fort avantageuse aux femmes à cause de la communauté, mais leur condition est plus assurée dans cette Province, où leur complaisance & leur amour pour leurs maris ne leur est jamais préjudiciable. Notre Coutume ne leur est pas libérale, mais elle assure & conserve leurs droits avec beaucoup de prudence & de soin ; & quelques actes qu'elles puissent faire constant leur mariage, leurs droits n'en souffrent aucune diminution, & au contraire la liberté qu'elles ont ailleurs de s'engager avec leurs maris, rend souvent inutiles tous les avantages qui leur sont acordez.

Arrest rendu en faveur d'une femme séparée pour les sévices du mari.

Suivant l'art. CCCXXXIII. avenant que le mari confisque, la femme ne laisse pas d'avoir la part aux meubles & conquêts que la Coutume lui donne ; & bien que la Coutume ne se soit point expliquée pour le douaire, il est sans difficulté que la femme n'en est point privée par la confiscation du mari. Chopin en ses Commentaires sur la Coutume de Paris, *l. 2. t. 2. n. 18*. a raporté un ancien Arrest de l'Echiquier, par lequel il fut jugé que la femme de Thomas de Gorges n'auroit point de douaire sur les biens de son mari, *quod relicta Thoma de Gorges non habere dotem de terra dicti Thoma*. La diction (*dotem*) signifie douaire, suivant l'ancien langage ; mais depuis que la sévérité des siècles passés a été modérée, l'on a fait céder la rigueur à l'équité naturelle & civile.

La confiscation du mari n'empêche point le douaire de la femme.

Après avoir donné cette liberté à la femme de pouvoir demander son douaire après la mort naturelle ou civile de son mari, on en conteste souvent la délivrance en plusieurs rencontres, sur tout lorsque les biens du mari sont saisis réellement & vendus par decret, sur quoi l'on agite ordinairement ces deux questions : La premiere, si elle peut avoir son douaire en essence, ou si elle est tenuë de le prendre en deniers : Et la seconde, si elle doit contribuer aux frais du decret ?

Si la femme peut avoir son douaire en essence, quand les biens du mari sont vendus par décret ?

Pour la première, Tronçon sur l'article 247. de la Coutume de Paris, fait cette distinction, que s'il y a des créanciers hypothécaires qui précèdent le douaire, l'opposition formée par la femme, aux fins de distraire, n'empêche point l'ajudication par décret des biens du mari sujets au douaire; que si les créanciers sont postérieurs au contrat de mariage, en ce cas l'ajudication se doit faire à la charge de son douaire en essence. Brodeau sur M^r Louët, l. F. n. 24. rapporte les Arrêts du Parlement de Paris qui l'ont jugé de la sorte. Voyez Loyseau, du Dégüerpissement, l. 3. c. 9. n. 13. C'est encore un Usage à Paris, que quand une adjudication par décret d'un héritage sujet à douaire coutumier, a été faite à la requête d'un créancier précédant le contrat de mariage, l'ajudicataire ne peut être poursuivi, supposé même que le prix entier du décret n'ait point été emporté par les créanciers précédans le douaire, parce qu'il n'y a rien de son fait, & que c'est la Justice qui a fait l'ordre & la disposition du prix de son adjudication par lui consignée, sauf à se pourvoir contre les créanciers postérieurs au contrat de mariage. Brodeau sur M^r Louët, l. F. n. 24.

C'étoit autrefois un Usage, que quand les deux tiers des dettes étoient antérieurs du mariage, la veuve ne prenoit son douaire que sur les deniers pour éviter deux décrets: Nous pratiquons aujourd'hui, que quand la femme prend son douaire en essence, elle doit paier le tiers des dettes antérieures, & bailler caution de faire paier les deux autres tiers en exemption des frais du décret, à faute de quoi elle est évincée, sauf à prendre son douaire en argent, comme il fut jugé en l'Audience de la Grand'-Chambre, le 12 de Décembre 1668. entre la femme de Talbot & le sieur de Saint-Laurent. Autre Arrêt entre les nommez Potier freres, créanciers de Potier leur frere aîné, contre sa veuve, du 16 de Mars 1655. Autre Arrêt du 31 de Juillet 1663. entre la Dame des Alleurs & Anne Lescaley femme séparée d'avec Bertelot son mari. Ce qui est raisonnable, autrement l'on seroit souvent obligé de faire deux décrets pour un, & de saisir tout de nouveau le douaire de la femme.

Pour les frais du décret, lorsqu'il est entrepris pour une dette antérieure, & que la femme en a souffert la continuation sans faire offre de paier le tiers de la dette, il semble juste qu'elle y contribue; que s'il est poursuivi pour une dette postérieure, & qu'il n'y ait point de créanciers antérieurs opposans, soit qu'elle choisisse son douaire en essence, ou qu'elle le prenne en deniers, elle n'est point contribuable aux frais. Un décret étant fait pour une dette postérieure au mariage, & s'étant trouvé des créanciers opposans pour dettes antérieures, qui avoient soutenu que faute par la femme de consigner le tiers de leurs dettes, & de donner caution de faire paier les deux autres tiers, elle devoit être évincée de son douaire en essence, & en conséquence la femme aiant demandé son douaire en deniers, on prétendoit la faire contribuer aux frais du décret, par cette raison, qu'elle avoit donné lieu au décret de son douaire, faute d'avoir consigné le tiers des dettes antérieures, & donné caution des deux autres tiers. On jugea néanmoins, au rapport de M^r Busquet, le 14 de Juillet 1668. qu'elle n'étoit point tenue à cette contribution, puisque le décret avoit été fait pour une dette postérieure; quelques-uns estimoient qu'en la déchargeant de contribuer aux frais des diligences, il étoit juste au moins qu'elle païât son tiers des frais de la consignation & de la taxe des Juges. Les Arrestographes du Parlement de Paris rapportent un Arrêt donné sur cette question, si la femme qui s'oppose pour son douaire aux criées de l'immeuble de son mari condamné en grosses amendes, peut l'avoir en essence? Le Receveur des amendes prétendoit que *speciali fisci privilegio*, lorsque le fisc *habet partem in*

fundo, il peut contraindre celui qui a part à vendre pour la commodité du fisc, afin que *minori pretio fundus distrahatur*, suivant la loi unique, *de vendit. rer. fiscal. cum privato comm.* que la veuve étoit sans intérêt, puisqu'on lui offroit la juste valeur de son douaire. La veuve contesloit cette prétention, par cette raison, que *partem habebat in fundo ante fiscum*; que la loi unique n'avoit lieu que *quando fiscus partem in fundo sibi vendicabat, non idem si tantum hypothecam*: Il fut dit par l'Arrêt que la terre seroit vendue à la charge du droit de douaire, pour en jouir par la veuve tant que douaire auroit lieu; Louët, l. F. n. 24. On donneroit en cette Province le même avantage à la veuve; car la confiscation du mari ne diminue point les droits de la femme, suivant l'article CCCXXXIII.

Ce n'est pas assez d'avoir mis la femme en possession de son douaire pour en jouir durant sa vie, on fait encore cette question, si lorsqu'elle décède avant la récolte des fruits, *fructibus nondum collectis*, ses héritiers doivent gagner tous les fruits de l'année, ou s'ils en auront seulement à proportion du tems qu'elle a vécu durant l'année, ou s'ils n'en profiteront en aucune chose?

Suivant le Droit Civil l'héritier de l'usufruitier n'y avoit rien, lorsque les fruits étoient encore pendans par les racines au tems du décès de l'usufruitier, *l. si fructuarius, D. quemadmodum usufructus amittitur*; si au contraire la femme décédoit incontinent après la récolte, elle gagnoit les fruits de toute l'année, & même les fermages, quoi que les termes n'en fussent pas encore échus, *l. defuncta, D. de usufr.* Il est vrai qu'en cas de divorce les fruits étoient partagés, *non ex die locationis, sed habita ratione precedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuerat*, non pas du jour du bail à loüage, mais à raison du tems précédent que la femme avoit été avec son mari; & c'est l'espèce de la *l. divortio, D. sol. mat.*

Nôtre usage n'est pas conforme à celui du Parlement de Paris, ni au Droit Civil, où l'on fait différence entre les héritiers du mari qui jouissoit des biens dotaux de sa femme, & les héritiers de la douairiere. Les héritiers de la douairiere, lorsqu'elle décède en la saison que les fruits sont pendans par les racines, encore qu'ils soient prêts à recueillir, n'y ont aucune part, ils apartiennent au propriétaire; & non seulement les héritiers n'y ont rien du tout, mais même (suivant le sentiment de plusieurs) le propriétaire n'est point tenu de rembourser les labours & semences, & cette jurisprudence est fondée sur cette distinction de l'usufruit qui apartient à quelqu'un, *ratione juris*, comme la douairiere qui n'a cet usufruit qu'en vertu de son contrat de mariage, & pour une cause purement lucrative; & tout ce qu'elle a perçu durant sa vie lui apartient, quand même elle décéderoit incontinent après la récolte des fruits, *dicta l. defuncta*; que si elle meurt avant la récolte, quoi que les fruits soient prêts à recueillir, les héritiers n'y ont rien. M^r Louët, l. F. n. 10. & les Auteurs citez par Brodeau & de la Lande sur l'article 220. & pour les priver encore de la récompense des labours & semences, on leur oppose cette raison, que lorsque la douairiere avoit commencé sa jouissance, elle avoit profité des terres qui étoient enssemencées, sans faire aucun remboursement des labours & semences, & par conséquent il n'est pas juste de leur rendre ceux qui sont faits; mais il faut remarquer que Montelon, Arrest 56. & Brodeau rapportent différemment cet Arrêt; le premier dit que le propriétaire fut déchargé de restituer les labours & semences; & Brodeau au contraire, dit qu'il fut condamné de rendre les frais & les façons des vignes.

Il n'en est pas de même à l'égard des héritiers de celui auquel l'usufruit apartient, *ratione oneris*, comme le mari ou le bénéficiaire, dont le premier supporte

Si la douairiere décédant avant la récolte des fruits, ses héritiers peuvent demander tous les fruits de l'année?

Si les héritiers de la douairiere peuvent répéter les labours & semences?

Si elle doit contribuer aux frais du décret?

les charges du mariage, & l'autre doit service à son Eglise.

Mais suivant le sentiment de Coquille sur l'art. 9. titre du Douaire de la Coutume de Nivernois, le douaire ne doit pas être considéré en toutes choses comme un simple usufruit; le douaire est donné à la femme pour lui tenir lieu d'une honnête provision, & pour soutenir le rang & la dignité de son mari; or les alimens étant dûs par chaque jour, les fruits doivent être acquis à la veuve à proportion de ce qu'elle a vécu.

La Coutume de Bretagne n'est pas si rigoureuse contre les héritiers de la douairière: Par l'art. 600. *s'il y a douairière ou autre usufruitier décédé, & que les terres soient enssemencées, le propriétaire prendra ce qui sera en terre, en payant & remboursant les semences en grains & labours, à l'arbitrage des Laboureurs du pais;* sur quoi M^r d'Argentré dit que la Coutume *procul exulat divisiones legales fructuum inter virum & uxorem, l. fructus, l. divortio, D. sol. matrim. l. defuncta, D. de usufr. & constituit hanc regulam, quoties scilicet lege vel consuetudine ususfructus consolidatur proprietati vel ex dotali causa, vel ex viagio, vel dissolutione matrimonii, fructus qui solo inhaerent proprietario, id est domino soli deferri, non aliter tamen quam refusus impensis sementis & cultura: Argent. ad 600 artic. nova Consuetudinis.*

Nôtre usage est conforme au sentiment de Coquille, & nous ne faisons point de différence entre les héritiers de la douairière, & les héritiers du mari pour la jouissance du bien de la femme, & nous les réputons également favorables pour leur donner une portion des fruits, quoi qu'ils ne soient pas percûs, selon la proportion qui sera déclarée ci-après. Nôtre jurisprudence peut être fondée sur cette raison, qu'en cette Province il ne se fait presque point de mariage où le mari n'ait un don mobil qui se monte ordinairement au tiers des biens de la femme; c'est pourquoi le douaire n'étant pas absolument gratuit & lucratif, mais tenant lieu de récompense à la femme, il est juste que les héritiers gagnent les fruits à proportion de la jouissance de l'année. Cette question n'a pas été seulement jugée par l'Arrest de Maniffier, rapporté par Berault sur l'art. CCCLXXXII. mais aussi par un autre Arrest donné en la Chambre de l'Edit, le 2 de Juillet 1662. entre Jean-Paul des Fontaines fils d'un premier mariage, apelant, & Anne-François des Fontaines, intimée; l'on confirma une Sentence qui ordonnoit que les héritiers de la douairière auroient par provision le prorata des rentes seigneuriales à elle baillées pour une partie de son douaire, & par l'Arrest la provision fut convertie en définitive: Pour les héritiers du mari, j'en parlerai sur l'article CCCLXXXII.

En Normandie le don mobil se monte ordinairement au tiers des biens de la femme.

Les héritiers de la douairière gagnent les fruits à proportion de la jouissance de l'année.

Comment se règle la portion des fruits qui appartient aux héritiers de la douairière.

Quand les fruits sont censés meubles.

Pour régler cette portion qui appartient aux héritiers de la douairière, nous ne suivons pas aussi la distinction établie par le Droit en la loi *defuncta, sol. matr. D.* des fruits pendans par les racines, & des fruits qui ont été percûs au tems de la mort. Nôtre Coutume a établi une autre règle en l'art. DV. à savoir qu'après le jour de S. Jean, les fruits, grains & foins, sont réputés meubles, & les pommes & raisins après le premier jour de Septembre: Suivant cette règle, lorsque la douairière décède après la S. Jean, ses héritiers ont les fruits, grains & foins; si elle meurt après le premier jour de Septembre, ils ont aussi les pommes & raisins; ce qui ne se pratique pas seulement lorsque la veuve jouit par ses mains des héritages affectés à son douaire, mais aussi lorsqu'elle les a baillés à ferme, nonobstant l'art. DX. par lequel les deniers des fermages sont censés meubles du jour que les fruits sont percûs; car cet article n'a lieu qu'entre divers héritiers, & non point pour la douairière, laquelle lorsque son fermier jouit, est réputée jouir elle-même par ses mains.

Que si la douairière meurt avant la S. Jean, ses héritiers n'ont part aux fruits qu'à proportion du tems que la jouissance a duré, & parce qu'il y auroit de la difficulté à régler cette proportion du tems, dans l'incertitude du jour que l'on feroit commencer l'année de la jouissance, pour éviter cet embarras & cette confusion où les Interprètes du Droit sont tombez en expliquant la loi *divortio, solut. matr.* on a fait commencer le tems de la jouissance au premier jour de l'année, suivant l'Arrest donné entre les héritiers du sieur Bigars & sa veuve, que je rapporterai sur l'article CCCLXXXII.

Lorsqu'il y a ouverture au douaire par la mort naturelle, il reste encore cette difficulté, savoir quelle part la femme peut avoir aux fruits lorsque le mari meurt avant la S. Jean? Il a été jugé en l'Audience de la Grand' Chambre, l'an 1667. entre Michel de Roncherolles Marquis de Maineville, Claude de Bigars, & Demoiselle Catherine de Launey veuve du sieur de Bigars, que le douaire courroit de *die in diem*, & que la veuve auroit le prorata des levées & du revenu de son défunt mari; & pour régler ce prorata, l'on fait commencer l'année au premier de Janvier, suivant l'Arrest donné entre les mêmes parties le 17 de Juillet 1664. que je remarquerai sur l'art. CCCLXXXII. par lequel il fut jugé que l'héritier du mari mort avant la saint Jean, auroit part aux fruits & aux revenus de la femme à proportion de l'année que l'on feroit commencer au premier de Janvier; & quand le mari décéderoit après la S. Jean, quoi que les fruits soient ameublis, suivant l'art. DV. la femme ne laisseroit pas d'avoir son douaire à proportion de l'année.

Quand le douaire a lieu, quelle part peut avoir la femme aux fruits, lorsque le mari meurt avant la saint Jean?

En conséquence de cet Arrest qui ne donne le douaire que quand il a été demandé, on a révoqué en doute si les intérêts des deniers dotaux étoient dûs lorsqu'ils n'étoient point stipulés, & qu'ils n'avoient point été demandés? Par l'ancien Droit on faisoit différence entre la demande des intérêts faite par le mari, & la demande faite par la femme: *Nec enim ut actio ex stipulatu de dote ex parte mulieris, est bona fidei, ita ex parte viri, quinimò ex parte ejus stricta est; ut in strictis judiciis usura non veniunt, nisi sint in stipulationem deducta, l. 3. C. de usur. & même pour la dot, jure veteri non debentur usura marito sine stipulatione, l. 2. C. de dot. promiss. Cujac. Consult. 16.* Mais enfin Justinien abolit cette ridicule subtilité du Droit ancien; car puisque le mari supporte les frais du mariage, & qu'il fournit les alimens à la femme, cette demande d'intérêt des deniers dotaux est beaucoup plus favorable de sa part que de celle de la femme; & c'est pourquoi par le §. *praterea, l. ult. C. de jure dot. etiam marito dotis promissa usura debentur ipso jure post biennium.* Autrefois en cette Province on avoit de la peine à juger cette condamnation d'intérêts, quoi que dûs légitimement, par la faveur, la nature & la qualité de la dette, du jour de la célébration du mariage, *quia maritus sustinet onera matrimonii, l. si quis pro uxor, §. 1. de donat. inter vir. & uxor.* Cela fut premièrement jugé pour le S^r Desmeres d'Auvers, quoi qu'il y eût une clause fort défavorable dans le contrat de mariage, & depuis on a jugé la même chose sur l'apel d'une Sentence qui en avoit refusé le Gendre; la Sentence fut cassée, & le pere de la femme condamné aux intérêts du jour du terme échû; car on ne donne point le *biennium* accordé par Justinien, plaidans Heusé & Heroüet, le 28 de Septembre 1652. en la Chambre des Vacations; & le 23 de Juin 1632. en la Chambre de l'Edit, on avoit jugé le contraire. Henry le Roux S^r de la Haye, contesta à Jacob de Guilbert S^r de la Riviere-Séqueville, l'intérêt de la dot qui ne fut jugé que du jour de la demande; on se fondeoit sur la l. 22. *D. de donat.* mais cette loi ne parle pas de la dot, & à l'égard du mari, ce n'est pas une donation; car la dot lui étant promise pour supporter les frais

Si les deniers dotaux produisent intérêts, lorsqu'il n'y en a point de stipulation & de demande faite?

du mariage, les intérêts en doivent courir de ce jour-là, & l'on ne doute plus de cette maxime.

Que si les intérêts de la dot promise au mari lui sont dûs naturellement & sans interpellation, ils ne sont pas moins légitimement acquis à la femme & même à ses héritiers, quand ils ont été reçus par le mari, quoi qu'il n'y en eût pas de consignation actuelle ou de emploi, suivant les loix que j'ai rapportées ci-dessus; la demande de la femme étoit encore plus favorable que celle du mari, & c'est une maxime certaine à Paris; & pour montrer combien cette demande d'intérêts de la part de la femme est légitime, Saumaïse a remarqué que les Athéniens donnoient le nom d'aliment à cet intérêt que les maris étoient tenus de paier à leurs femmes, tandis qu'ils retenoient leur dot en leurs mains; οἱ τοὶ ὠνομάζοντες ἡμῶν τὴν ἑσπέρην ὡς τὸν ἀλλοτρίον, *ut vocantur illam usuram quæ dimissis uxoris ex dote quam non redderet maritus, ad earum alimentum præstabat; de modo usur. c. 4.* ce qui n'a pas lieu seulement pour la femme, mais aussi pour les héritiers, comme il fut jugé en cette espèce. Zacharie le Blanc jouissoit à droit de viduité de quarante livres de rente: le débiteur étant décédé, il s'oposa pour les arrérages, & Dalençon sieur de Mireville pour le principal. Le Blanc en vertu de la procuration du sieur de Mireville, reçut le principal qui demeura en ses mains: Après la mort les héritiers furent poursuivis pour les arrérages; ils s'en défendirent, & remontrèrent que l'on ne peut considérer cette rente comme dotale; que le Blanc n'en avoit pas reçu le rachat comme mari, mais comme Procureur du propriétaire; que la faveur de la dot cessoit en la personne des héritiers qui avoient dû former leur action pour répéter le principal de cette rente, dont on n'avoit point fait de constitution depuis ledit rachat; qu'il est bien vrai que quand le mari reçoit constant le mariage le rachat des rentes appartenantes à la femme, elles sont réputées consignées, mais ce rachat avoit été fait après la mort de la femme, & par conséquent c'étoit une somme mobilière & non dotale, qui ne pouvoit produire d'intérêt sans stipulation: Par Sentence les héritiers du mari furent condamnés, & sur l'appel elle fut confirmée par Arrest en la Chambre de l'Edit, l'onzième de Décembre 1641. plaidans Aleaume, Lalotiel & moi.

Après avoir établi cette jurisprudence, que les deniers destinez pour la dot produisent naturellement intérêt, l'on a trouvé raisonnable d'étendre cette maxime, & de donner la même prérogative à la somme qui étoit destinée pour le don mobil du mari; car faisant partie de la légitime de la sœur ou de la fille, & étant donné au mari pour supporter les frais du mariage, il a la même faveur: Mais l'on a fait cette difficulté, si lorsque ce don mobil étoit encore dû par les freres ou par leurs representans, le mari en pouvoit demander vingt-neuf années, comme il pouvoit demander vingt-neuf années d'arrérages de la dot? Puisque l'on a jugé que le don mobil produisoit naturellement intérêt comme la dot, par

cette raison qu'il faisoit partie de la légitime, il sembloit juste de donner une pareille action pour les intérêts, & d'en étendre la demande jusqu'à vingt-neuf années. Néanmoins cette question aiant été plaidée en l'Audience de la Grand' Chambre, & appointée au Conseil entre Cheron & Lami, par Arrest au rapport de M^r Cleret, du 18 Aoust 1681. l'on jugea que le mari n'en pouvoit demander que cinq années, quoi que le don mobil eût été constitué en rente; mais comme cet Arrest n'étoit pas conforme aux maximes du Palais, il n'a pas été suivi, & l'on a jugé le contraire dans cette espèce. En 1647. Louis le Lièvre en mariant sa fille à Louis Grosse, il lui promit conjointement avec Christophe le Lièvre son fils, une somme de trois cens livres payables, savoir quinze livres le jour du mariage, quinze livres un an après, & le reste d'année en année, & le tiers de cette somme fut donné au mari pour son don mobil. Le Lièvre n'ayant point acquité sa promesse non plus que ses héritiers, Louis Grosse sorti de ce mariage, mit en action les héritiers du Lièvre pour lui paier lesdits trois cens livres, & vingt-neuf années d'intérêts, & ces héritiers étant insolvables, il poursuivit l'aquereur des biens de Louis le Lièvre son aieul, pour lui quitter du fonds à dûe estimation, & jusqu'à concurrence de ce qui lui étoit dû. Dubourg representa qu'il étoit un aquereur de bonne foi; qu'en tout cas on ne lui pouvoit demander que la dot, car pour le don mobil c'étoit une dette mobilière qui étoit prescrite par trente années. Le Viconte de Tinchebrai condamna l'aquereur à bailler du fonds pour la somme de trois cens livres, & pour vingt-neuf années d'intérêts échûs lors de l'action, à raison du denier dix-huit. Le Bailli aiant confirmé cette Sentence, & Dubourg en aiant apelé, M^r de Roïen Rapporteur étoit d'avis de réformer la Sentence en tant que pour le don mobil, & de le déclarer prescrit, estimant que l'on ne devoit pas régler le tems de la prescription du jour que les paiemens étoient échûs; mais du jour du contrat de mariage, étant plus juste de s'en venir à un aquereur de bonne foi, qu'à un héritier négligent. M^r du Mesnil - Costé fut d'un avis contraire, & que la prescription n'avoit pu courir que du jour que les termes des paiemens étoient échûs, *nam contra non valentem agere non currit prescriptio*, & en tout cas l'on ne pouvoit admettre de prescription que pour les sommes dont les termes étoient échûs après les trente années, & pour les arrérages ils étoient dûs également pour le don mobil comme pour la dot. Le procès aiant été partagé en la premiere Chambre des Enquêtes, & ce partage aiant été porté en la seconde des Enquêtes, les Juges se trouvèrent encore partis en opinions; & enfin le partage aiant été porté en la Grand' Chambre, il passa à l'avis du Contredisant, qui étoit de confirmer les Sentences qui ajugeoient vingt-neuf années d'intérêts, tant de la dot que du don mobil, par Arrest du 8 Juillet 1683.

Arrest qui ajuge vingt-neuf années d'intérêts, tant de la dot que du don mobil.

CCCLXIX.

Femme quand a douaire sur les biens du pere & aieul de son mari?

Si le pere ou aieul du mari ont consenti le mariage, ou s'ils y ont été presens, la femme aura douaire sur leur succession, bien qu'elle échée depuis le décès de son mari, pour telle part & portion qui lui en eût pu appartenir si elle fût avenue de son vivant; & ne pourra avoir douaire sur les biens que le pere, la mere ou aieul auroient acquis, ou qui leur seroient échûs depuis le décès du mari.

Puisque suivant l'art. CCCLXVII. le douaire consiste en l'usufruit des choses immeubles dont le mari est saisi lors des épousailles, & de ce qui lui est échû constant le mariage en ligne directe, il semble que la veuve du fils ne peut prétendre aucun douaire sur les biens du pere de son mari, quand le mari prédécède son pere, parce qu'il n'en étoit pas saisi lors de

leurs épousailles, & qu'étant mort le premier, il ne lui est rien échû en ligne directe.

Mais comme le plus souvent ce sont des enfans de famille qui s'engagent dans le mariage, & que le douaire de leurs femmes auroit été fort médiocre, leurs maris décédans avant leurs peres, s'il ne leur eût été dû que sur les biens dont ils étoient saisis

Il est dû à la femme & à ses héritiers intérêt des deniers dotaux reçus par le mari, quoi qu'il n'y en ait pas eu de consignation.

Deniers destinez pour le don mobil du mari produisent intérêt.

Si le mari peut en demander 29 années, quand les deniers de ce don mobil sont encore dûs par les freres?

Femme quand a douaire sur les biens du pere & aieul de son mari?

au tems de leurs mariages, la Coûtume en faveur du douaire fait en cet article une exception à cette loi générale qu'elle avoit établie par l'art. CCCLXVII. les femmes qui épousent des enfans de famille, considérant principalement l'esperance de la succession des peres, il n'eût pas été raisonnable qu'elles eussent été privées de leur douaire, quand il arrive que la mort trouble l'ordre de la nature.

La femme a douaire sur la succession du pere & de l'aieul de son mari, échûë depuis sa mort.

Condition requise, à l'êfer que la femme aie douaire sur la succession du pere ou aieul de son mari.

On a prévenu cet inconvenient par cet article qui donne douaire sur la succession du pere & de l'aieul du mari, quoi qu'elle arrive depuis sa mort, pour telle part & portion qui eût dû lui appartenir si elle fût échûë de son vivant; elle ne fait toutefois cette grâce que sous cette condition fort legitime, que le pere ou l'aieul du mari aient consenti au mariage; ce qui marque le soin particulier que la Coûtume a eu de retenir les enfans dans le respect & dans l'obeissance envers leurs peres & meres, en privant leurs femmes & leurs enfans, & du douaire & de leur legitime, quand ils se sont mariez sans leur consentement; & cette peine leur est justement imposée, n'étant pas suportable qu'après avoir méprisé l'autorité d'un pere, & être entrée dans sa famille sans son aveu, elle profite de son bien, & soit récompensée de la subornation qu'elle a commise.

Cet article est en usage depuis long-tems en cette Province: Lithleton le raporte en cette maniere, *Douvement ex assensu patris est lou pere est seisi de tenement en feu, & son fils est heritier partie quand il est épousé, & douve sa femme à l'huis du montier de parcel des terres ou tenemens, & son pere de assent & assigne la quantité & les parcel, en ce cas après la mort de le fils la femme entrera en même le parcel sans autre assignement.* Lithl. l. 1. c. 5. & par les loix d'Ecosse, l. 2. c. 16. art. 70: quand le mariage a été fait du consentement du pere, & que le fils precede, le pere est tenu de garnir le douaire.

Plusieurs autres Coûtumes de France ont pareillement pourvû aux femmes qui épousent des enfans de famille, en chargeant d'un demi douaire les peres & meres qui ont consenti aux mariages de leurs enfans, & qui leur survivent; Anjou, art. 303. Maine, article 347. Poitou, article 260.

Que si les femmes souffrent ce juste châtement pour n'avoir pas gardé les regles de l'honneur & de la bienséance, que ne meritent point les enfans qui manquent à ce devoir, auquel toutes les loix divines & humaines les obligent si étroitement? & bien que cette obeissance soit dûë sans exception, & que les enfans ne puissent s'en dispenser que pour des causes très-importantes, elle est requise principalement lorsqu'il s'agit de leur mariage; car outre que l'affection & la sagesse des peres fait présumer que leur choix est plus sortable & plus judicieux que celui d'une jeunesse aveugle & emportée, le mariage qui est la source & l'origine des familles, & le préjudice & l'infamie que produit une alliance honteuse & inégale, ne se terminant pas à la seule personne de celui qui s'y est engagé, mais se répandant en quelque sorte sur toute la famille, passant même jusqu'à la posterité; il est tres-juste qu'un fils ne puisse pas se marier sans le consentement de son pere, & l'approbation de sa famille.

De l'Antiquité sacrée & profane touchant le mariage des enfans de famille.

Toute l'Antiquité tant sacrée que profane, confirme que le consentement des peres étoit requis & nécessaire pour la validité du mariage des enfans de famille. Cette obligation & ce devoir est fondé sur l'autorité des loix divines, naturelles & humaines, & sur l'exemple de toutes les Nations qui ont suivi les regles de l'honnêteté publique. Ce n'a été que dans les derniers siècles de tenebres & d'ignorance que l'on a commencé d'établir une doctrine contraire, & que l'autorité paternelle a été méprisée jusqu'à ce point, que les enfans n'étoient plus obligés de requerir le consentement de leurs peres que par bienséance.

On impute aux Docteurs Canonistes l'alteration de l'ancienne discipline; ils ont été de trois opinions différentes; suivant la premiere opinion le Droit Canonique est conforme au Droit Civil, & ceux qui la soutiennent enseignent que par toutes les autorités du Droit Canonique qui parlent du consentement des peres, il est requis de nécessité & non point par la seule raison de l'honnêteté & de la bienséance: les autres ne considerent l'omission de ce devoir que comme un acte de simple desobeissance, l'aprobation des peres n'étant requis que par la seule raison de l'honnêteté, & non pas comme une condition nécessaire pour la validité du mariage. La troisième opinion qui tient le milieu entre les deux précédentes, fait distinction entre le Droit ancien & nouveau, c'est-à-dire entre le Decret & les Decretales; & suivant le premier, le consentement des peres est absolument requis, & suivant le dernier il n'est point nécessaire: Enfin quelques-uns tiennent que nonobstant le défaut de consentement, le mariage devient indissoluble si les choses ne sont plus entieres, & que la consommation se soit ensuivie.

Pour montrer suivant la premiere opinion, que les anciens Canons sont conformes au Droit divin & civil, on cite le Decret du Pape Evariste que Gratien même a inséré dans son Recueil 30. q. 5. *Aliter legitimum non fit connubium, nisi ab his qui super ipsam feminam dominationem habere videntur, & à quibus custoditur, uxor petatur, & à parentibus & propinquo-ribus uxor desponsetur.* Par un Canon d'un Concile de Carthage, il est ordonné que *sponsus & sponsa cum sint benedicendi à Sacerdote, à parentibus vel paranymphis offerri jubet Sacerdoti*: Et le Pape Leon, c. 32. q. 2. dit que *paterno arbitrio juncta viris caret culpa*. Et Gratien exposant ce passage ajoute, *cum ergo dicitur paterno arbitrio juncta viris, datur intelligi quod paternus consensus desideratur in nuptiis, nec sine eo legitima habeantur nuptia.* Et pour confirmer ce qu'il dit, il cite S. Ambroise; *Honorantur parentes Rebecca muneribus, consulitur puella non de sponsalibus, illa enim judicium expectat parentum: non est enim virginalis pudoris eligere maritum, sed jam desponsata de perfectionis consulitur die, &c.*

Et parce que l'on prétend que ces anciens Canons ont été corrigés par des Constitutions posterieures des Papes, plusieurs celebres Jurisconsultes ont entrepris de montrer qu'elles ne sont point contraires à l'ancienne discipline, pourvû qu'on les entende dans leur veritable sens. Le Decret du Pape Nicolas rapporté dans la Cause 27. q. 2. a servi de prétexte pour renverser l'autorité paternelle. M^r de Marca dans sa Dissertation du mariage l'a crû de la sorte. Il y a six cens ans, dit-il, que l'autorité du Pape Nicolas mal comprise commença à donner lieu à ce relâchement de discipline, à faire recevoir l'opinion qui n'invalidoit point les mariages clandestins; car répondant aux demandes des Bulgariens, après avoir exposé l'ordre de la solemnité des noces pratiquées en l'Eglise d'Occident, savoir le consentement des parties, celui de leurs peres, la benediction du Prêtre, les arrhes, l'anneau, la dot, l'écriture, les oblations & le voile, il ajoute sur la fin, *peccatum autem esse, si hac cuncta in nuptiali fœdere non interveniant non dicimus.* D'où l'on a conclu que le Pape ne mettoit pas le consentement des peres, ni la benediction du Prêtre pour des conditions nécessaires.

Explication des Constitutions posterieures des Papes sur le consentement des peres au mariage de leurs enfans.

Duaren en son Commentaire sur le titre *sol. Matrim.* avoit aussi expliqué les paroles de ce Decret du Pape Nicolas de cette maniere, *solus sufficit secundum leges consensus eorum, de quorum conjunctione agitur, qui solus si defuerit, cetera etiam cum ipso celebrata frustrantur.* Sur quoi Duaren dit que ce mot *solus* est ajouté pour exclure le coucher, & non le consentement des autres personnes. *Multum enim interest an dicamus sufficere solum consensum eorum, &c. An vero sufficere consensum eorum tantum de quorum con-*

20 DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXIX.

junctione agitur. Car encore que le Pape Nicolas ne fassé pas mention du consentement des perens, il est clair toutefois qu'il faut entendre ces paroles de la sorte ; la raison est, qu'il ne s'agissoit pas de la qualité des personnes, & l'on ne proposoit pas que celui qui vouloit contracter mariage fût enfant de famille, la question étoit seulement de savoir, si outre le consentement des parties, le coucher & la consommation étoient nécessaires ? Sur quoi le Pape répond, que le consentement suffit.

C'est aussi comme il faut entendre la réponse du Pape Innocent, *C. tua, de sponsal. & matr.* On le consultoit pour savoir quelles paroles faisoient le mariage, & il répond *matrimonium contrahi per legitimum viri & mulieris consensum.* Or comme il ne s'agissoit point de la qualité des personnes, & que peut-être les parties contractantes n'étoient plus sous la puissance de leurs peres, ou qu'il pouvoit être encore qu'ils ne s'oposoient point au mariage ; il eût été hors de propos de faire mention dans ce Rescrit du consentement des peres.

Le Rescrit du Pape Lucius, *cap. cum causam, de rapt.* aux Decretales, fait beaucoup plus de difficulté ; ce Pape étoit consulté sur ce fait. Un certain Chevalier avoit épousé une femme contre le gré de ses perens, & le mariage avoit été consommé, mais depuis cette femme étant entrée dans un Monastere, elle vouloit se séparer, prétendant avoir été ravie par ce Chevalier sur quoi le Pape répond, *eam non posse viri consortium declinare, quia raptor dici non debet, cum habuerit mulieris assensum, licet parentes reclamarent, à quibus dicitur eam rapuisse.* Mais, dit Duaren, la dissolution de ce mariage parut rigoureuse au Pape Lucius, à cause de la consommation qui s'étoit ensuivie ; & c'est pourquoi l'on ne doit pas en inferer qu'il ait eu dessein d'abroger tous les anciens Canons, mais seulement d'y corriger & changer quelque chose, voulant que leur autorité demeurât entiere lorsqu'il n'y avoit point eu de consommation ; cet Auteur néanmoins ne peut approuver cette Constitution.

Maître Gentian Hervet Docteur de Sorbonne, dans cette belle Harangue qu'il composa par l'ordre d'Henri II. pour prononcer en l'Assemblée de Trente, prouve par l'Ancien & par le Nouveau Testament, & par le Droit Civil & Canonique, que le consentement des peres est nécessaire, & que le mariage des enfans de famille n'est legitime ni valable, s'il a été contracté sans l'approbation de leurs peres ; & il soutient, comme ont fait Duaren, Connan & Oldendorpius, que quelques favorables que paroissent pour l'opinion contraire les Constitutions des Papes Nicolas, Innocent & Lucius, elles n'abrogent point les anciens Canons.

Mais nonobstant les raisonnemens & les autorités rapportées par ces savans hommes, le Concile de Trente a décidé le contraire ; il anatematise ceux qui disent que les mariages des enfans de famille contractez sans le consentement de leurs peres sont nuls, *Sess. 24. c. 1. de matr. Dubitandum non est clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata & vera esse matrimonia.*

Le Roi Henri II. ne pouvant approuver ce Decret du Concile, pour empêcher les abus & les desordres qui en pouvoient naître, & pour conserver l'autorité des peres, & assurer le repos & l'honneur des familles, fit une Ordonnance en l'année 1556. par laquelle les enfans de famille qui contractent des mariages clandestins contre le consentement de leurs peres & meres, peuvent pour une telle irreverence & ingratitude être exheredez par leurs peres & meres ; & chacun d'eux exclus de leurs successions. Il est vrai que cette même Ordonnance exemte de cette peine les mariages contractez par les fils qui excèdent trente ans, & les filles aiant vingt-cinq ans passez & accomplis.

L'Empereur Charles-Quint n'approuvant pas aussi

ce Decret du Concile de Trente, publia une Loi pour les Pais-Bas, par laquelle il punissoit par de certaines peines les enfans de famille qui contractoient mariage sans le consentement de leurs peres & meres ; & par l'art. 40. de l'Ordonnance de Blois, il est porté que les Ordonnances faites contre les enfans contractans mariage sans le consentement de leurs peres, meres, tuteurs & curateurs, seront gardées.

L'Ordonnance du mois de Janvier 1629. étoit encore plus rigoureuse ; l'art. 29. contient que l'Ordonnance de Blois touchant les mariages clandestins sera exactement observée, & y ajoutant, que le Roi vouloit que tous mariages contractez contre ladite Ordonnance fussent declarez non valablement contractez ; & par l'art. 169. Le Roi desirant conserver l'autorité des peres sur leurs enfans, l'honneur & la liberté des mariages, & la révérence due à un si saint Sacrement, & empêcher qu'à l'avenir plusieurs personnes de qualité ne soient aliées de personnes indignes & de mœurs dissimulables ; il renouvelle les Ordonnances pour la punition du crime de rapt, & ajoutant à icelles, il veut que ceux qui commettront rapt & enlèvement de veuves, fils & filles étant sous la puissance des peres, meres, tuteurs & parens, ou qui entreprendront de les suborner pour les marier, &c.

Enfin l'Ordonnance de l'an 1639. a presque entièrement rétabli le droit de la puissance paternelle ; car par l'art. 2. elle dispose que le contenu en l'Edit de l'an 1556. & les art. 40. 41. 42. & 43. de l'Ordonnance de Blois, seront observez ; & elle y ajoute, que la peine de rapt demeure encourue, nonobstant les consentemens qui pourroient intervenir par après de la part des parties mariées, tuteurs & curateurs ; elle declare aussi les veuves, fils & filles moindres de vingt-cinq ans qui auront contracté mariage contre la teneur desdites Ordonnances, privez & déchûs par leur seul fait, ensemble les enfans qui en naîtront & leurs hoirs, indignes & incapables à jamais des successions de leurs peres, meres, aieuls & aieules, & de toutes autres directes & collaterales.

Quoi que celle de Henri II. ne soutint pas entièrement l'autorité paternelle, elle déplût néanmoins à beaucoup de gens pour des raisons diferentes. D'un côté ceux qui suivoient la décision du Concile de Trente, ne pouvoient souffrir que l'on punît si rigoureusement les enfans qui s'étoient mariez contre la volonté de leurs peres, puisque ces mariages étoient réputez valables ; si l'Ordonnance les faisoit subsister, & réputoit legitimes les enfans issus de ces conjonctions, il n'étoit pas raisonnable de leur imposer aucun châtement, & l'on pouvoit apliquer à cette Ordonnance ce que Tertullien avoit dit de la loi qui fut faite contre les Chrétiens, *o sententiam necessitate confusam, parcat & sevit, dissimulat & animadvertit* ; & c'est pourquoi pour la décrier on publia que l'intérêt public n'en étoit que le prétexte, & qu'elle n'avoit été faite que par l'autorité d'un Favori, pour empêcher le mariage de son-fils qu'il n'approuvoit point. D'autre part l'on trouvoit étrange que l'on se fût si fort relâché de l'ancienne discipline, & que l'on réputât legitimes des mariages que l'ancienne Eglise avoit considerez comme des concubinages ; sur tout l'on ne pouvoit approuver que les enfans pussent secouer le joug de l'autorité paternelle, & sans autre peine que celle de l'exhérédation qui n'étoit pas proportionnée à l'ofense, & que même après un certain âge ils pussent impunément violer le respect qu'ils devoient à leurs peres.

Mais il est aisé de justifier la conduite & la prudence du Roi Henri II. car voiant que les remontrances faites par ses Ambassadeurs pour la conservation de la puissance paternelle, demeuroient sans effet, & ne voulant pas néanmoins toucher aux décisions du Concile, il usa de toute son autorité pour empêcher les abus, & maintenir l'honnêteté publique ; ainsi ne pouvant pas déclarer nuls & invalides

Ordonnance de 1629. & 1639. contre les mariages clandestins & le rapt.

Raisons contre l'Ordonnance de Henry II.

Le mariage des enfans de famille contracté sans le consentement des peres, est nul.

Concile de Trente sur les mariages contractez sans l'approbation des peres & meres.

Ordonnance de Henry II. contre les mariages clandestins, & sans l'approbation des peres & meres.

Les fils à trente ans, & les filles à vingt-cinq ne sont compris dans cette Ordonnance.

Défense de cette Ordonnance de Henry II.

les mariages contractez par les enfans de famille contre la volonté de leurs peres, puisque le Concile les avoit approuvez, pour retenir les enfans dans le respect, il donna le pouvoir aux peres de les exhériter, lorsqu'ils venoient à manquer à leur devoir.

Il est vrai qu'à l'égard du mariage cette Ordonnance n'engage pas les enfans dans la nécessité d'une obéissance perpétuelle & inviolable; mais alors on crût faire beaucoup en faveur des peres de les rendre maîtres de leurs enfans jusqu'à l'âge de trente ans pour les fils, & de vingt-cinq pour les filles: car à dire le vrai, si la puissance des peres est fondée sur le droit naturel & divin, il semble que les années ne peuvent être un moyen légitime pour dispenser les enfans du respect & de la déférence qu'ils doivent avoir pour les sentimens de leurs peres, sur tout lorsqu'il s'agit de leurs mariages, parce que faisant partie de la famille de leurs peres, ils n'y doivent introduire que des objets qui leur soient agréables; & comme ils peuvent succéder à leurs biens, il leur doit être défendu perpétuellement de leur donner des héritiers contre leur volonté: Aussi les Patriarches qui ne se conduisoient que par la Loi de la nature, n'étoient pas moins obéissans après cet âge, qu'ils l'étoient auparavant; & l'on apprend par leurs exemples qui sont si dignes d'imitation, que dans un âge beaucoup plus avancé que celui de trente ans, ils laissèrent le soin à leurs peres de leur choisir des femmes: le profane Esau fut le seul qui viola cette règle, & si son pere ne sépara point les mariages qu'il avoit contractez sans son aveu, ce fut par un excès de tendresse qu'il avoit pour lui, comme étant son fils aîné.

Les Patriarches choissoient des femmes à leurs fils.

Loi de Moïse pour les mariages, & observée parmi les Romains.

La loi qui fut depuis publiée par Moïse étoit encore plus favorable aux peres, car sans faire aucune distinction d'âge, les peres avoient le pouvoir de dissoudre ou de confirmer le mariage de leurs fils ou filles, Exode 22. v. 117. ce qui étoit pareillement observé chez les Romains, où la puissance des peres sur les enfans ne finissoit que par leur mort; & tant s'en faut que leurs enfans en quelque âge qu'ils fussent, pussent contracter mariage contre leur volonté, qu'au contraire ils pouvoient reprendre leurs fils, & les ôter à leurs femmes, & leurs filles à leurs maris, auxquels ils les avoient données.

*O indignum facinus! adolescentes optimos,
Benè convenientes, concordés cum viris,
Repentè viduas faciet spurcitia parris.*

Et dans Ennius une fille se plaint de son pere en ces termes.

*Injuriam abs te afficior indignam, pater;
Nam si improbum Chresphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis; sin est probus,
Cur talem invitam invitam cogis linquere?*

A quoi le pere répond.

*Nullam te indignam, Nata, afficio injuriam:
Si probus est, benè locavi; sin autem est improbus,
Divortium te liberabo incommodis.*

Et Ulpian dans la l. 32. §. 19. de Donat. inter vir. & uxor. Si socer nurui, vel duo consoceri invitatis filiis nuntium remiserint, donatio erit irrita, quamvis concordantibus viro & uxore, secundum rescriptum Imperatoris nostri, cum patre comprobatum est; sed quoad ipsos inter quos donatio facta est, finitum est matrimonium. Ce qui nous apprend qu'avant que les Empereurs eussent changé cette jurisprudence, il étoit au pouvoir des peres de dissoudre les mariages de leurs enfans, bien qu'ils eussent été contractez par leur autorité.

Il est vrai que par l'émancipation le fils devenoit le maître de ses actions, parce que le pere s'étoit dépouillé volontairement de son pouvoir; & cependant si le fils émancipé contractoit mariage avec une personne infame, le pere rentroit dans les premiers droits, & pouvoit le punir par la peine de l'exhérédation, parce que cela tournoit à la honte & au des-

honneur de la famille, *pertinet enim hoc ad dedecus & infamiam familiae*, dit le Jurisconsulte en la l. 3. §. si emancipatus, D. de honor. possess. cont. tab. & Justinien en la Nouvelle 115.

Nonobstant ces autoritez la disposition de l'Ordonnance peut être soutenue par la raison & par les exemples; car cet empire absolu des peres sur leurs enfans n'est pas perpétuel en toutes choses, la nature en a limité la durée pour leurs actions morales, jusqu'à ce que les années les aient rendus capables de se conduire & de se gouverner, & qu'ils soient en état de former une nouvelle maison, & de devenir eux-mêmes peres de familles: Ainsi les autres animaux abandonnent le soin de leurs petits, lorsqu'ils les ont mis en état de se défendre & de chercher leur vie, *magnus est amor bestiarum in educandis, custodiendisque eis qua procrearunt usque ad eum finem, dum possint seipsas defendere; Cicero de Nat. Deor. l. 2.* Et c'est pourquoi, suivant le sentiment d'Aristote, *Politic. l. 1. c. ult. & hic, l. 5. c. 10.* il faut considérer les enfans de famille en trois tems différens; le premier, lorsque leur jugement est encore foible & imparfait, & qu'ils ne sont point encore capables de faire un discernement solide des choses; le second, lorsqu'ils sont d'un esprit & d'un jugement meur, mais il sont encore partie de la maison paternelle; & le troisième, lorsqu'ils ont formé une famille à part, & qu'ils sont sortis de la maison de leurs peres. Dans le premier tems toutes leurs actions dépendent de la volonté de leurs peres:

*Ætas prima, seu brutum pecus
Ut educetur, mentis aliena indiget.*

Or on ne peut, suivant l'ordre de la nature, en commettre la conduite à d'autres qu'à ceux qui les ont mis au monde.

Durant le second tems, lorsqu'ils sont capables d'agir avec jugement, ils ont la liberté de toutes leurs actions, à la réserve de celles qui concernent ou qui importent à l'honneur & à l'état de la famille de leurs peres & meres; car en faisant encore partie d'icelle, il est raisonnable qu'ils y aient de grands égards, & que les membres s'accordent avec leur chef.

Dans le troisième tems, les enfans sont entièrement les maîtres de leur conduite & de leurs actions, en conservant néanmoins toujours le respect, l'obéissance & la piété qu'ils doivent à leurs peres. *Vide Grot. de jure Belli & Pacis, l. 2. c. 5. n. 2.*

Aristote avoit aparemment emprunté cette morale des Loix de Solon, de Pittacus & de Charondas, dont Denis d'Halicarnasse a fait mention, l. 3. *Antiq. Rom.* Suivant ces loix la puissance paternelle ne dureroit que trois ans après la puberté, ou durant le tems que les enfans n'étoient point mariez, ou jusqu'à ce qu'ils fussent employez dans le rôle de ceux qui avoient atteint leur âge viril; d'où l'on infère que lorsque les enfans de famille sont parvenus à un âge assez avancé pour se conduire avec prudence, (quoi qu'en contractant mariage sans le consentement de leurs peres, ils blessent la piété, & manquent au devoir & à la gratitude où ils sont tenus envers eux;) néanmoins leurs mariages ne doivent pas être séparés ni annulés: Cette espèce de désobéissance ne suffit pas pour rendre le mariage nul; car encore que les Loix Romaines l'ordonnent de la sorte, cela n'est pas fondé sur le droit de la nature, mais sur la volonté des Législateurs, *non ex Natura est, sed ex juris Conditorum voluntate, Grotius, ibid. n. 10.* car autrement comme les enfans doivent le même respect à leur mere, le mariage contracté sans leur consentement seroit aussi nul; & cependant par le même Droit Romain l'opposition ou le défaut du consentement de la part de la mere ne rend point le mariage nul, & même le fils émancipé peut se marier contre la volonté de son pere: ce que Grotius confirme aussi par l'exemple d'Esau, dont les mariages ne furent

Des trois différens âges des enfans de famille.

Suivant le Droit Romain, le défaut de consentement de la mere n'annule point le mariage, & le fils émancipé peut se marier *invito patre.*

pas annulés par son pere, ni ses enfans ne furent pas réputez illégitimes, quoi qu'il les desapprouvât extrêmement : *Vide Broverum, de jure Connub. apud Batav. l. 1. c. 5. n. 10. & seq.*

Bien que les esprits & les corps ne naissent point égaux, & que les uns soient plus avancez que les autres, il étoit néanmoins à propos de régler un tems après lequel un homme étoit présumé avoir atteint sa parfaite maturité, & être devenu capable d'exercer toutes les facultez morales de la vie civile, & sur tout de contracter mariage sans une dépendance absolue & nécessaire. Plusieurs estiment que par le Droit Romain l'âge légitime & parfait étoit celui de vingt-cinq ans : Les Interprètes du Droit & la Glose ont expliqué de cette maniere ces paroles *legitima aetatis*, de la l. *ex duobus, D. de negot. gest. l. 1. & ult. C. de his qui jure & imp.* & par la Nouvelle 115. c. 8. §. 11. Justinien ne permet point à un pere d'exhérer sa fille, lorsqu'elle s'est mariée après vingt-cinq ans, bien qu'il n'y ait point consenti.

Nos Ordonnances ont encore eu plus d'égard pour la puissance des peres, en bornant la liberté des mâles jusqu'à trente années, & celle des filles jusqu'à vingt-cinq années. Le Parlement de Paris en quelques rencontres a encore étendu plus loin le pouvoir des peres, aiant même après l'âge de trente ans déclaré nuls les mariages des enfans de famille, lorsqu'ils avoient été contractez, ou qu'on vouloit les contracter avec une personne infame ou d'une condition fort inégale, ou que le commerce de ces personnes avoit commencé par la débauche avant l'âge de vingt-cinq ans, sur tout lorsque l'on avoit passé outre au préjudice des défenses de le contracter ou de se fréquenter. On en trouvera des exemples dans le Journal des Audiences du Parlement de Paris, part. 2. l. 5. c. 21. & le Parlement de Rouen l'a jugé de la sorte : Gabriël Danfernet Ecuier, sieur du Quesnoy, aiant appris que son fils aîné âgé seulement de vingt-quatre ans quelques mois, avoit été séduit par une fille nommée Anne Basire, en l'année 1677. il obtint un Mandement de la Cour, portant défenses à cette fille & à Anne Revel sa mere de contracter mariage avec son fils. Sur la signification de ce Mandement, la mere & la fille, par une réponse signée d'elles, déclarèrent au sieur Danfernet, qu'ils n'avoient point dessein de contracter mariage avec son fils, & qu'ils ne voudroient le faire sans son consentement : Cependant huit jours après que le fils eut trente ans accomplis, il fit demander à son pere la permission d'épouser cette fille; le pere aiant repris la suite de son Mandement, & l'affaire portée en l'Audience de la Grand' Chambre, je representai pour le sieur Danfernet, que ce pere venoit implorer le secours des Loix & l'autorité de la Cour, pour retirer son fils du précipice où il s'étoit jetté, & pour empêcher un mariage honteux & inégal qu'il vouloit contracter : Car encore que ce fils soit maintenant âgé de trente années, & que par l'Ordonnance de Henri II. les fils de famille puissent après trente ans accomplis contracter mariage sans le consentement de leurs peres & meres, cela pourtant n'avoit lieu que quand la subornation & l'habitude vicieuse n'avoient pas commencé durant la minorité, ou que l'alliance que le fils vouloit contracter étoit honteuse pour la famille & pour la postérité qui en devoit naître. En ces deux cas l'opposition des peres étoit recevable; & l'Ordonnance ne devoit être suivie, que quand l'esprit du fils n'avoit pas été corrompu lorsqu'il étoit mineur; l'âge de trente années ne dégageoit le fils de l'obéissance qu'il doit à son pere, que lorsque dans cet âge il a conservé la liberté de ses inclinations, & non lors qu'auparavant il s'est engagé mal à propos, & qu'il a fait un choix honteux à sa famille; & il est de grande conséquence de ne permettre pas ces mariages qui commencent *ab illicitis*, & d'empêcher que de jeunes gens enfans de famille ne puissent être séduits par des filles de con-

dition vile & inégale : or l'on ne pouvoit douter que ce commerce honteux que son fils avoit eu avec cette fille n'eût commencé durant sa minorité, puisque son pere en avoit porté ses plaintes à la Cour dès l'année 1677. son fils n'étant alors âgé que de vingt-quatre ans, & qu'il n'avoit cessé ses poursuites que sur la déclaration de cette mere & de cette fille; que l'inégalité des conditions étoit notoire; que la famille Danfernet étoit considérable par les emplois que ceux de cette Maison avoient eus dans les Armes & dans la Robe; cette fille au contraire avoit pour pere un Valet de Coche. Grihaud pour la mere & la fille, & Néel pour le fils, n'aléguèrent que l'Ordonnance de Henri II. Par Arrest du 30 de Juillet 1683. la Cour, suivant les conclusions de M^r de Préfontaines Avocat Général, fit défenses aux parties de contracter mariage, ni de se fréquenter ni hanter, sur les peines au cas appartenant.

Le Parlement de Provence a donné un Arrest fort remarquable sur ce sujet; car sur la requisition de M^r le Procureur Général, défenses furent faites aux fils de famille majeurs de vingt-cinq ans, & jusqu'à trente, de contracter mariage sans le consentement de leurs peres, à peine de nullité.

En ce Parlement l'on a jugé quelque chose de semblable. Beaugendre étant mineur, contracta mariage avec une fille, & la célébration en fut faite dans la Chapelle d'une Commanderie voisine, en la présence de son frere aîné, qui avoit aussi signé au contrat de mariage : Le pere aiant demandé la cassation de ce mariage, les mariez le soutinrent valable, & qu'en tout cas il leur fût permis de le célébrer de nouveau, puisqu'il avoit atteint l'âge de vingt-cinq ans, sauf à son pere à user de ses droits. Par Arrest en la Chambre de la Tournelle, du cinquième d'Aoust 1662. le mariage fut déclaré nul & clandestinement contracté; mais la Cour ne prononça rien sur la permission demandée par le fils de contracter de nouveau.

On n'a point aussi approuvé les détours & les surprises dont l'on avoit usé pour engager un fils de famille dans un mariage. M^r Jean le Paon n'étant âgé que de vingt-deux ans, fut allié par une Demoiselle nommée Jeanne Potier, qui exigea de lui par écrit une promesse de l'épouser; mais le beau-pere & la mere de cette fille sachant bien que ces promesses de mariage étoient nulles par le défaut d'âge dudit le Paon, & que l'exécution en seroit empêchée par l'opposition du pere, ils surprirent de lui une seconde promesse, par laquelle il s'obligeoit de paier à cette fille une somme de trois mille livres, tant pour argent prêté que pour la desintéresser : néanmoins elle fit si peu de fonds sur cette promesse, que lorsqu'elle se maria avec Jacques Parent Ecuier, sieur de Bouteville, quoi qu'elle n'eût aucuns biens, elle n'osa en faire mention dans son contrat de mariage, & depuis l'année 1655. qu'elle avoit été faite, ledit Paon n'en avoit point entendu parler jusqu'à l'année 1673. que le sieur de Bouteville & sa femme le firent condamner au paiement de cette obligation, par Sentence du Juge de Caudebec : Paon en aiant apelé, je montrai pour lui, que les Ordonnances défendroient inutilement la subornation des enfans de famille, si les obligations que l'on exigeroit d'eux à faute d'accomplir les promesses de mariage qu'ils auroient faites sans le consentement de leurs peres, pouvoient avoir leur effet : Ce seroit un moien fort aisé pour éluder l'Ordonnance, l'obligation étant causée pour le desintéressement de la personne à qui la promesse de mariage avoit été faite, elle ne pouvoit subsister, & d'ailleurs la cause de l'obligation étoit visiblement fautive; car l'apelant demeurant dans la même Paroisse où cette fille avoit son domicile, & ne l'aiant hantée que durant peu de tems, elle n'avoit pas lieu de prétendre aucun desintéressement; & pour l'argent prêté, le peu de bien de la mere & de sa fille

De l'âge compétent des fils & filles pour pouvoir contracter mariage sans le consentement de leurs peres.

Cas où nonobstant l'âge compétent de pouvoir se marier sans le consentement des peres, des mariages contractez ont été déclarés nuls.

Arrest qui déclare nul le mariage d'un mineur fait clandestinement.

Obligations baillées par les fils de famille non compétens de contracter mariage, pour non accomplissement de promesses de mariage faites sans le consentement des peres, sont nulles.

faisoit assés connoître qu'il leur étoit impossible d'avoir prêté une somme si considérable. Le Fèvre le jeune répondoit pour le sieur de Bouteville & pour sa femme, que ladite Demoiselle Potier n'avoit point eu le dessein de se prévaloir de la promesse de mariage, mais qu'ayant prêté son argent à l'apellant qui étoit majeur suivant la Coutume & capable de contracter, il ne pouvoit sans une mauvaise foi lui refuser la restitution de l'argent qu'elle lui avoit prêté: Par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 24 de Juillet 1673. la Sentence fut cassée, & ledit le Paon déchargé du paiement de l'obligation.

Si la puissance paternelle aiant cessé par le mariage, elle ne peut plus revivre?

Puisque par le Droit Civil l'émancipation brisoit les chaînes des enfans de famille, & les mettoit en une pleine disposition de leurs actions, le mariage aiant le même effet parmi nous que l'émancipation, il semble raisonnable que les enfans qui deviennent en état de se marier avant l'âge de vingt-cinq ans, ne retombent plus sous la puissance de leurs peres, mais qu'on leur doit laisser la liberté de choisir une personne qui leur soit agréable, sans faire aucune distinction entre les fils & les filles; la raison est, que la puissance paternelle aiant cessé par le mariage, elle ne peut plus revivre, *non solet enim jus semel extinctum reviviscere*, l. 66. §. 1. de leg. 2. l. 10. §. penult. D. de in rem verso; l. 98. §. 9. de solut. Sur tout la fille aiant passé de la puissance du pere en celle du mari, elle peut dire après la mort de son mari qu'elle a aquis deux fois sa liberté; & c'est aussi la disposition du Droit Canonique, *C. ult. c. 32. q. 2. Vidua si nubere voluerint, illis nubant quos propria voluntate habere maritos voluerint, ne contra voluntatem parentum vel suam, cogantur maritos accipere.*

Des effets de l'émancipation parmi les Romains.

Au contraire, le Droit Romain qui a eu toujours plus d'égard à ce qui étoit honnête, qu'à ce qui pouvoit être permis, & qui conserve en toutes choses l'intérêt des peres, ne faisoit point finir la puissance paternelle par le mariage des enfans; la seule émancipation les mettoit en une pleine liberté, & néanmoins les filles émancipées devenant veuves avant l'âge de vingt-cinq ans, retomboient dans l'obligation & la nécessité de requérir le consentement de leurs peres. *Vidua intra vigesimum-quintum annum degentes, etiam si emancipationis libertate gaudent, tamen in secundas nuptias sine patris sententia non conveniant*; l. Vidua, l. in convitione, C. de Nupt. Il est vrai que la Glose & quelques Docteurs estiment que le consentement du pere n'est requis que par la raison de l'honnêteté, *de honestate & non de rigore*. *Covarru. part. 2. c. 3. §. n. 4.* & ils font différence entre le conseil & le consentement; il n'y a pas d'obligation précise à suivre le conseil que l'on donne, mais quand le consentement est requis, il y a nécessité absolue de l'obtenir: Or en la loi *Vidua*, le mot *sententia* se prend pour *consilium*; *Ergo*, dit Browerus, *ratione honestatis & necessarium est ut vidua explorent consensum parentum, sed necessarium non est ex ratione legis ut exorent consensum*; de jure connub. l. 1. c. 16. n. 6. & seq. M^r Cujas n'est pas de ce sentiment, & sans subtiliser sur les paroles, il résout que le fils émancipé, quoi que mineur de vingt-cinq ans, peut contracter mariage contre la volonté de son pere, mais que la veuve mineure de vingt-cinq ans n'a pas cette liberté, *lib. 3. c. 5. Observat.*

Maître Jacques Godefroy dans ses Notes sur le Code Theodosien, explique bien plus favorablement pour les peres les paroles de cette loi *Vidua*, *C. de Nupt. §. Sine patris sententia conveniat, quae quidem verba contra quam nonnulli censent, non quod honestum sit aut paterna reverentia consentaneum continent, verum precisam necessitatem important, adeoque imperativa sunt.*

Des obligations à quoi étoient tenus par les loix Romaines les veuves qui se remarioient.

Les loix Romaines avoient tant de défiance de la conduite de ces jeunes veuves, que quand elles n'avoient plus leurs peres, elles les obligeoient de requérir le consentement de leurs proches parens:

Publicè, dit cette même loi *Vidua, consulatur affinitas, adhibeatur frequentia procerum, & sententia propinquorum.*

Pour empêcher aussi que ces jeunes esprits ne fussent prévenus & subornez par les mauvaises inductions des personnes qui aprochoient d'elles, ni par des proxenetes qui se mêloient de faire des mariages, cette même loi ajoute ces défenses, *in oppugnationem cessent itaque sequestres & interpretes taciti renuntique corrupti*, ce qui étoit fort commun parmi les Romains; c'est pourquoi saint Jérôme exhortant Fusia à demeurer en viduité, lui donne ce conseil, *cave nutrices & gerulas & hujusmodi venenata animalia, quae de corio tuo satiari ventrem suum cupiunt, non suadent quod tibi, sed quod sibi prosit, & sapè illud obgarniunt.*

*Sola-ne perpetuâ mœrens carpere juventâ,
Nec dulces natos Veneris nec pramia noris?*

L'Ordonnance de l'année 1639. a passé plus avant. Par l'article 2. les veuves, fils & filles moindres de vingt-cinq ans qui auront contracté mariage contre la teneur des Ordonnances, sont privées & déchûes par leur fait, ensemble les enfans qui en naîtront & leurs hoirs, indignes & incapables à jamais des successions de leurs peres & meres & aïeux, & de toutes autres directes & collaterales. Cette question est traitée dans la seconde partie du Journal des Audiences, l. 5. c. 11. & par l'Arrest il fut jugé qu'une veuve mineure de vingt-cinq ans ne peut se remarier sans le consentement de son pere.

Ordonnance de 1639 contre les veuves mineures qui se remarient.

Nos Ordonnances parlent si expressément des meres, que l'on ne peut douter que leur consentement pour le mariage de leurs enfans, ne soit également requis & nécessaire comme celui des peres, la generation étant le principe & la source de l'amour & de l'obéissance que les enfans doivent avoir pour ceux qui les ont engendrez, les meres ont une grande part en cette obligation: Il est vrai qu'à l'égard du mariage des enfans, les peres y ont un intérêt particulier, car les enfans succèdent à leur nom, & font part de leur famille; & c'est par cette raison que le fils quoi qu'émancipé pouvoit être exhéredé par son pere, lorsqu'il contractoit une aliance indigne, *Novel. 115. c. 3.* Mais le Droit Romain n'accordoit pas ce pouvoir à la mere, parce que ce deshonneur ne la touchoit pas de si près, les enfans suivans la famille du pere, & non celle de la mere, l. 196. §. 1. de verb. sign. Mais cette considération n'exempte pas les enfans des autres devoirs de respect & de piété auxquels la nature les assujétoit envers leurs meres.

Si le consentement des meres pour le mariage de leurs enfans, est également requis comme celui des peres?

La jurisprudence Romaine avoit fait naître cette difficulté, car la puissance maternelle y étant inconnue, & la nécessité du consentement des peres pour la validité du mariage de leurs enfans, étant un effet de la puissance paternelle, il ne paroissoit pas d'obligation de requérir la volonté des meres.

Mais cette puissance que les loix Romaines donnoient seulement aux peres, ne détruisoit point ce droit & cette autorité que la nature établit en faveur des meres; & quoi que le commandement des peres soit de plus grand poids & de plus grande étendue, les enfans ne laissent pas d'être soumis aux volontés de leurs meres, les loix naturelles, divines & humaines les engageant également à révéler leurs peres & leurs meres; ils y sont expressément obligez par le Droit Romain, l. 6. D. de in juss. voc. l. 1. §. 1. D. de obseq. parent. & patr. potest. l. 3. & 4. C. de patr. potest. Aussi quoi que parmi les Romains la mere ne pût pas dissoudre le mariage que son fils avoit contracté sans son consentement, néanmoins les loix civiles ne pouvant pas détruire le droit naturel, on trouvoit mal-honnête si le pere même acordoit sa fille sans la participation de sa mere. Scipion l'Africain aiant promis en mariage sa jeune fille sans en avoir communiqué à sa femme, elle lui en témoigna du chagrin, *nihil de communi filia secum consultabatur*,

24 DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXIX.

non si Tiberio Graccho daret expertem consilii debuisset matrem esse, Livius, l. 38. Hist. & dans Terence in Phormione, Act. 4. Sc. 5. un pere parle en cette sorte.

Transito ad uxorem meam, ut conveniat hanc prius quam hic habeat,

Volo ipsius quoque voluntate hac fieri, ne se ejetam predicet.

Et dans ce même Auteur in Heautont. une mere dit à son fils en presence de son mari,

Nate mi, ego Pol dabo tibi illam lepidam, quam tu facile ames

Filiam Phanocrate nostri.

Et Catulle remontre à une fille en ces termes ;
Virginitas non tota tua est, ex parte parentum est, Tertia pars marri data, pars data tertia patri, Tertia sola tua est, noli pugnare duobus

Qui genero sua jura simul cum dote dederunt.

Arrêts, que le consentement des meres étant veuves est nécessaire pour le mariage de leurs enfans.

Une vieille fille avoit suborné un jeune homme âgé de vingt ans, & la célébration du mariage avoit été faite par un Prêtre inconnu, & sans proclamation de bans ; il en fut informé comme d'un rapt sur la plainte de la mere, par le Juge du Havre. L'affaire étant portée en l'Audience de la Tournelle, Durand pour cette prétendue femme soutenoit que l'autorité de la mere n'étoit pas égale à celle du pere ; que ce jeune homme étant majeur, suivant la Coutume, & n'ayant point de pere, il avoit pu se marier avec l'appelante qui étoit d'une condition égale. Le Brun failloit voir pour la mere, qu'à l'égard du mariage son autorité n'étoit point moindre que celle du pere ; que cette vieille fille étoit convaincue de rapt & de subornation ; qu'elle n'avoit aucuns biens, & que le mariage avoit été contracté clandestinement. Le fils pour lequel je plaïdois reconnoissoit sa faute, & employoit le secours & les raisons de sa mere : Par Arrest du 28 de Janvier 1659. on déclara le mariage nul & non valablement contracté, & on ordonna que le Prêtre qui l'avoit célébré seroit pris & aprehendé au corps, & qu'il seroit informé des moïens dont on s'étoit servi pour parvenir à la célébration de ce mariage.

Autre Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 5 de Février 1665. entre Langlois & le Gingois Huissier aux Requêtes du Palais, qui avoit épousé la mere dudit Langlois ; sur l'opposition de la mere & du beau-pere, il fut dit qu'avant faire droit les parens de Langlois seroient assemblez pour délibérer sur le mariage qu'il vouloit contracter, quoi qu'il soutint qu'étant âgé de vingt-un an il avoit la faculté de se marier à sa volonté, plaidans Theroulde & Cloïet : Il est considérable que la Cour n'eut pas d'égard à l'opposition seule de la mere, parce qu'elle étoit remariée, & ce fut pour cette raison qu'elle ordonna que les parens seroient aussi consultez.

Autre Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 7 de Février 1681. le sieur Chambon avoit laissé deux enfans, l'aîné fut institué tuteur de son puîné, lequel étant âgé de vingt-un an voulut contracter mariage contre la volonté de sa mere & de son frere aîné : sur l'opposition de la mere & du frere, Berteau leur Avocat representa qu'ils faisoient leurs efforts pour retirer ce jeune homme du précipice où il étoit prest de tomber en contractant un mariage defavantageux ; que la mere seule avoit assez d'autorité pour empêcher que l'on ne passât outre, mais que son opposition étoit aprouvée & soutenue par toute la parenté : Le Quesne répondoit pour le sieur de Trousséauville, que si sa mere n'étoit pas prévenue de passion elle auroit aprouvé le choix qu'il avoit fait, la fille étant d'une condition égale & d'une vie sans reproche ; par l'Arrest défenses furent faites au sieur de Trousséauville, à peine de la vie, de contracter mariage que par l'avis des parens dûment assemblez.

Autre pareil Arrest du 28 Février 1684. Belin âgé de vingt-deux ans, voulut épouser une fille contre la volonté de Jeanne le Chevalier sa mere, prétendant

qu'elle n'avoit aucun sujet légitime de s'y opposer ; n'y aiant point d'inégalité pour la condition ni pour les biens ; par l'Arrest les parties furent renvoyées devant les parens. L'on ne jugea pas la même chose en cette espèce ; la nommée Thiessé fut recherchée par un jeune homme âgé de vingt-quatre ans, & le contrat de mariage fut fait : mais la mere s'y étant opposée, durant la suite de ce procès cette fille devint grosse, & l'Official aiant fait défenses de passer outre au mariage ; sur l'appel de la fille, Greard representa que l'autorité du pere n'étoit pas égale à celle de la mere, comme son sexe est plus foible & plus capable de se laisser conduire par ses passions, elle est obligée de rendre raison de sa résistance ; l'on donne bien quelque chose à la plainte d'une mere, mais elle n'est pas la maîtresse absolue de la fortune de ses enfans : le Juge entre avec elle dans les intérêts de sa famille, pour examiner si sa plainte est juste ; or qu'en cette cause il n'y avoit que du chagrin du côté de la mere ; qu'il y avoit de l'égalité de toutes manières ; que d'ailleurs les choses étoient dans un état où la bien-séance vouloit que le mariage s'achevât ; que la fille n'étant âgée que de vingt-deux ans, l'on devoit présumer en faveur de la pudeur du sexe.

Sunt decepta tuis, & amans & femina verbis.

Maunoury soutenoit pour la mere, qu'après la mort du pere toute l'autorité résidoit en la personne de la mere ; que l'Ordonnance avoit donné un pouvoir égal à la mere comme au pere, pour s'opposer au mariage de leurs enfans avant l'âge de vingt-cinq ans, & qu'enfin son fils pouvoit trouver un parti plus considérable ; par Arrest du 16 de Mars 1683. la Sentence de l'Official fut cassée, & l'on ordonna qu'il seroit passé outre au mariage huit jours après, pendant lequel tems le fils seroit tenu de demander l'agrément de sa mere. Le motif de l'Arrest fut que les choses n'étoient plus entières, & que la fille aiant été abusée sur la foi d'un contrat de mariage, l'opposition de la mere qui n'étoit apuïée que sur la seule autorité maternelle, ne pouvoit pas empêcher le mariage.

Il faut faire cette différence entre le pere & la mere, que le pere qui marie ses enfans n'est point obligé de prendre conseil de ses parens, la mere ne le peut sans leur en communiquer ; les loix à cause de la foiblesse de leur sexe, & de la légèreté de leur esprit, n'ayant pas trouvé à propos de leur donner un pouvoir si absolu qu'aux peres ; le pere est le chef de la famille, & après son décès la mere prend sa place, mais avec cette condition de ne rien faire que par l'avis des parens, l. 1. & 2. C. de Nupr.

On a traité cette question au Parlement de Paris, si un fils naturel & illégitime mineur pouvoit se marier sans le consentement de sa mere ; la mere se plaignoit que son fils l'avoit méprisée, & qu'elle avoit droit de s'opposer à son mariage qui lui étoit defavantageux ; que dans le droit naturel il n'y avoit point de différence entre les enfans naturels & les légitimes, les uns & les autres sortent tous d'un même sang, la nature les obligé tous à même devoir ; ce sont droits immuables dont l'on ne se peut dispenser.

Le fils soutenoit que sa mere ne pouvoit donner atteinte à son mariage ; que n'étant qu'une mere naturelle, son consentement n'étoit point nécessaire ; quand les Ordonnances ont requis le consentement des peres & meres, cela s'est toujours entendu des peres & meres légitimes, parce qu'il n'y a qu'eux qui ont leurs enfans en leur puissance, *in potestate nostra sunt liberi quos ex justis nuptiis procreavimus.* Inst. de Patr. potest. Ceux qui naissent hors le mariage n'ont ni pere ni mere qui soient reconnus par la loi. Par l'Arrest sur l'appel comme d'abus de la mere, la Cour mit les parties hors de Cour, Journal des Audiences, seconde partie, l. 4. c. 36.

La puissance des peres & meres ne doit pas être tyrannique & insurmontable, soit en forçant leurs enfans

Cas où l'on a jugé le contraire.

La mere mariant ses enfans, est tenue d'en communiquer aux parens.

Si le fils naturel mineur peut contracter sans le consentement de sa mere ?

enfans de se marier contre leur volonté, ou en refusant sans cause raisonnable leur consentement au choix que leurs enfans ont fait; la fille néanmoins par l'ancien Droit Romain étoit tenue d'avoir cette déférence pour les volontés de son pere, pourvu qu'il ne lui présentât point une personne indigne ou infame, *tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filia conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum pater ei eligat*, l. 12. §. 1. D. de sponsal.

Par le Droit Canonique les peres ne peuvent forcer leurs enfans pour le mariage.

Par le Droit Canonique dans les titres de sponsal. & de impuber. despons. aux Décret. les enfans sans distinction de sexe ne peuvent être forcez par leurs parens d'accepter un patti qui ne leur agréé pas; ce qui est très-raisonnable; car les cœurs ne peuvent être forcez, & l'empire des peres ne s'étend point sur l'esprit, & l'on ne peut esperer d'avoir de l'union & de l'amour conjugal entre des personnes qui sont liées ensemble contre leur volonté; & c'est pourquoi Panegyris répond fort à propos à son pere,

Stultitia est, pater, venatum ducere invitata canes, Hostis est uxor qua invita ad nuptum viro datur.
Plautus, *Act. 1. Scen. 2. Stich.*

Les mêmes loix qui ont si équitablement défendu que les peres ne puissent forcer leurs enfans pour le mariage, ont aussi sagement ordonné que les peres ne puissent pas par caprice ou par haine refuser leur consentement, lorsqu'ils en sont requis par leurs enfans; en ce cas ils peuvent implorer le secours & l'autorité du Magistrat, qui est le pere commun des uns & des autres; c'est la disposition de la loi 19. D. de ritu Nupt. *Qui liberos quos habent in potestate, injuriâ prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem dare nolunt, ex constitutione Divorum Severi & Antonini, per Praesides, Proconsules Provinciarum coguntur in matrimonium collocare.*

Cas où l'on permet aux enfans de se marier sans le consentement de leurs peres.

Mais comme le respect, l'obéissance & l'honneur des enfans envers leurs parens sont commandez si étroitement, on ne doit écouter leurs plaintes qu'avec beaucoup de circonspection, & lorsque les peres paroissent inexorables sans cause & sans raison, & que leurs enfans reçoivent un préjudice notable par leur opiniâtreté: La personne des peres est sainte & sacrée, & les acufations de la part des enfans sont odieuses; la loi ne les écoute qu'avec peine & avec regret, & comme dit Justinien en sa Nouvelle 22. c. 24. *Lex erubescit liberos castigatores parentibus statuere*; mais lorsqu'il s'agit du mariage des enfans, comme cela regarde l'intérêt de la République, l'action ne leur peut être refusée, si les sentimens des peres & des enfans ne s'accordent pas: C'est en ce cas que l'autorité paternelle doit avoir quelque modération; *scilicet aliquando etiam contra patris voluntatem ea, que alioqui reprehensionem non merentur, filio facere nusquam ea libertas necessaria est, tamquam in matrimonio.* Quintil. declam. 25.

Cas où les peres peuvent valablement s'opposer aux mariages de leurs enfans.

Il ne sera pas inutile d'examiner les causes pour lesquelles les peres peuvent refuser leur consentement aux mariages de leurs enfans; car on apprendra par là que quand ces raisons cessent, le Magistrat après avoir consulté la famille peut donner la permission aux enfans de passer outre à leur mariage.

En ces rencontres l'on doit avoir toujours de grands égards à l'opposition des peres, pour maintenir & conserver leur autorité pour peu qu'il y en ait de sujet, & faire valoir leurs raisons quand elles sont apparentes; mais comme le plus souvent les moiens d'opposition dépendent des circonstances du fait, il est assés mal-aisé d'en donner des règles generales, & la décision en doit être laissée à la prudence des Juges: il ne faudroit recevoir ces actions de la part des enfans qu'après l'âge de vingt-cinq ans, si les raisons n'en sont très-favorables. La loi permet à la fille de refuser le mari que son pere lui a choisi, lorsqu'il est de mauvaises mœurs ou noté de quelque infamie, l. 12. §. 1. D. de sponsal. Un pere a beaucoup plus de raison d'empêcher que ses enfans ne contractent

pas mariage avec des personnes indignes. On répute une personne indigne, lorsqu'on ne peut l'épouser sans honte & sans blesser l'honnêteté, comme il arriveroit si le fils de famille vouloit épouser une fille débauchée; *Turpis enim & gentium moribus indigna sponsa meretrix est*, l. 20. C. de Adult. l. 41. l. 43. D. de ritu Nupt. Et c'est pourquoi le fils émancipé pouvoit être exhéredé par son pere, *si ignominiosam & dedecori futuram patri duxisset*, l. 3. §. 5. de bonor. poss. cont. tab. ce qui doit avoir lieu, encore même que l'on ne puisse imputer à la fille que la seule faute de s'être abandonnée à celui qui la veut épouser, quoi que Menochius avec des excuses & des raisons d'amour ait entrepris de prouver le contraire, l. 2. cent. 4. cas. 328. Car comme dit la l. 20. C. ad l. Jul. de Adult. *scdissima est earum pudicitia que suum pudorem alienis libidinibus prosternunt.* Les filles n'ayant rien de plus précieux que leur virginité, la chasteté doit être perpetuelle; & quelque couleur que celle qui s'est laissée. surprendre puisse donner à sa faute, on doit craindre avec raison une seconde rechûte; de sorte qu'un pere a un juste sujet de lui refuser l'entrée dans sa famille.

L'indignité peut procéder d'une infamie de droit ou de fait; les infames de droit sont ceux qui sont notez par quelques jugemens; les infames de fait sont les gens de mauvaises mœurs, dont la conduite est impure & scandaleuse; si la fille faisoit un si mauvais choix que de prendre un homme de cette qualité, l'opposition d'un pere seroit très-raisonnable.

En quoi consiste l'infamie de droit & de fait.

L'inégalité de condition, si elle étoit considérable, fourniroit encore au pere & à la mere un moien légitime d'opposition; car bien que le mariage soit du droit de la nature qui n'a mis aucune différence entre les hommes, & que suivant la loi *humiles, C. de Incest. & inutil. Nupt.* les personnes les plus qualifiées puissent épouser des femmes d'une condition vile & abjecte, toutefois cela n'a lieu que pour les personnes qui sont absolument libres; mais quand il s'agit de forcer un pere à donner son approbation au mariage de son fils, les raisons en doivent être importantes, & il faut que la condition du fils en devienne fort avantageuse en toutes manieres.

Le peu de fortune & de biens peut encore rendre légitime l'opposition d'un pere: Il est vrai que

*Dos est magna parentum virtus,
Et metuens alterius viri
Certo fœdere castitas.*

Et que l'honnête amour se doit régler par le mérite, & non point par les richesses, *ne pretio conjugium conciliatum dicatur*; Argu. l. 3. D. de Donat. inter vir. & uxor. Néanmoins ces nobles & généreux sentimens ne doivent pas toujours être écoulez, & le peu d'expérience d'un jeune homme ne doit pas prévaloir sur les sages conseils d'un pere.

Après cela je proposerai quelques exemples considérables d'enfans de famille, auxquels l'on a permis de contracter mariage contre la volonté de leurs peres. Un jeune homme de Bernay avoit obtenu un Mandement de la Cour, pour faire juger que nonobstant l'opposition de son pere, il lui seroit permis de se marier avec une fille d'une condition & d'une fortune avantageuse; la Cour renvoia les parties devant les parens pour en délibérer, par Arrest du 14 de Février 1645. Les parties s'apeloient Toustain.

Arrêts qui ont permis à des enfans de famille de contracter mariage contre la volonté de leurs peres.

Autre Arrest sur ce fait. François de la Cervelle Ecuier, sieur d'Aussay, avoit une fille sortie de son premier mariage, nommée François de la Cervelle, étant âgée de vingt-cinq ans, elle fut recherchée par Richard Grandin sieur de Glatigny, fils d'un Officier d'Avranches, ce qui ne déplut pas au commencement à son pere; mais dans la suite s'étant opposé à ce mariage, la Cour eut égard au contredit du pere, & par un premier Arrest du 12 de Février 1670. elle ordonna que durant un mois cette fille se retireroit dans un Monastere dont l'on conviendroit.

afin que si elle persistoit à vouloir ce parti, les pactes de mariage fussent arrêtés par trois parens paternels & trois parens maternels : Après le tems expiré la fille aiant perseveré, & le pere étant demeuré inflexible après plusieurs remises, on permit à la fille de passer outre à la célébration de son mariage. Le pere aléguoit pour cause principale de son refus l'inégalité de condition ; car Grandin n'étoit point Gentilhomme, mais il étoit fils d'un Officier.

La cause de la Demoiselle Madeleine Benard n'étoit pas si favorable. Jean de Boismilon fils illégitime du sieur Baron de Montenay, qui avoit néanmoins obtenu du Roi des Lettres de légitimation & d'annoblissement, étant en garnison dans la ville de Caën, eut entrée dans la maison de M^e Thomas Benard Ecuier, sieur de Rotot, Tresorier de France à Caën : il gagna l'esprit de cette Demoiselle, & nonobstant l'opposition de son pere, elle accepta la recherche du sieur de Boismilon : Elle disoit pour sa justification que son pere en avoit approuvé le dessein, par l'entrée qu'il lui avoit donnée dans sa maison, & par les visites familiales qu'il lui avoit permises : A quoi il fut répondu par le pere qu'il l'avoit reçu avec civilité, parce qu'il se disoit être de la maison de Montenay ; mais aussitôt qu'il avoit découvert le défaut de sa naissance, il lui en avoit défendu l'entrée. Par un premier Arrest donné en la Chambre de la Tournelle, le 20 de Décembre 1670. la Cour ordonna à la fille de se retirer chés son pere pendant dix-huit mois ; & cependant défenses furent faites au S^r de Boismilon de la voir. Ainsi quoi qu'alors elle fût âgée de 25 ans, on ne lui permit pas de se marier contre la volonté de son pere. Mais après les dix-huit mois cette fille aiant persisté dans son choix, il fut permis au sieur de Boismilon de passer outre au mariage, nonobstant la résistance de son pere & de tous les parens ; plaidans le Page, Greard, Lyout le jeune & moi.

Voici encore une espece singuliere, où l'on n'eut point d'égard à la volonté du pere & de la mere : ils avoient marié leur fille à l'âge de neuf ans avec un homme qui avoit plus de trente-cinq ans, & ce mariage avoit été célébré sans aucune proclamation de bans, dans une Chapelle qui servoit d'aide à l'Eglise de leur Paroisse. L'oncle paternel de cette fille poursuivit la dissolution de ce mariage, comme aiant été contracté contre la disposition du Droit Civil & Canonique ; le pere & la mere excuserent la précipitation de ce mariage, par la raison de leur vieillesse & de leur infirmité, & par la crainte qu'un Gentilhomme leur voisin n'en disposât à sa discretion ; Mais sur tout ils soutenoient qu'un oncle n'étoit pas recevable à contredire un mariage contracté par le consentement & l'autorité du pere & de la mere ; que l'on devoit presumer de leur pieté naturelle, qu'ils n'avoient rien fait que pour l'avantage de leur fille ; qu'en tout cas lorsqu'elle auroit aquis ses ans de puberté, il seroit en sa liberté de refuser ce mariage ou de l'accepter, C. 7. *Extrav. de despons. impub.* Après que les parties se furent présentées en l'Audience, la Cour remarqua un aveuglement si extraordinaire du pere & de la mere, & une précipitation si inexorable, qu'elle déclara le mariage nul, & ordonna que suivant l'offre de l'oncle, cette fille seroit mise à ses dépens chés un des parens, par Arrest du 4 de Mai 1632. Les parties s'apeloient Galie.

Lorsque les peres & meres decèdent avant que leurs enfans aient atteint l'âge de vingt-cinq ans, les Ordonnances imposent encore aux mineurs de nouvelles chaînes, & il ne leur est pas permis de se marier sans l'aveu de leurs tuteurs & curateurs, & de leurs parens. Cette loi est fondée sur leur propre interest, afin qu'ils ne s'engagent pas mal à propos en des mariages inégaux & honteux, & que leur peu d'experience & la foiblesse de leur jugement ne donne pas occasion de les surprendre, & de faire honte à

leur famille par une aliance infame.

Le Droit Romain ne donnoit des bornes à la liberté du mariage qu'en faveur des peres, & c'est pour-quoi la tutelle finissant après la pleine puberté, il n'étoit plus nécessaire de requérir le consentement de leurs tuteurs, & beaucoup moins de leurs curateurs, lorsqu'après la tutelle finie on avoit trouvé à propos de leur en donner : cela n'avoit lieu que pour les mâles ; car pour les filles étant toujours en une perpetuelle tutelle, il ne leur étoit pas permis de se marier sans en avoir consulté leurs tuteurs. Pour le Droit Canonique il n'oblige pas même les enfans à requérir nécessairement le consentement des peres : On ne doit pas s'étonner si les mineurs peuvent négliger impunément celui de leurs tuteurs ou curateurs.

Dans toutes les Coutumes où la majorité n'est acquise qu'après vingt-cinq ans accomplis, on ne doute point que pour ceux qui sont en tutelle ou curatelle, l'autorité & le consentement des tuteurs & des parens ne soit nécessaire : Mais la Coutume de Normandie déclarant les personnes majeures après vingt ans accomplis, & par conséquent la qualité & la fonction de tuteur cessant entierement, il semble qu'il ne reste plus aucune obligation à leurs pupilles de requérir leurs suffrages, & l'Ordonnance ne doit être entendue que de ceux qui sont encore soumis à l'autorité de leurs tuteurs ou curateurs.

Il est certain néanmoins qu'en Normandie, comme par toute la France, les personnes étant au dessous de vingt-cinq ans sont réputées mineures, lorsqu'il s'agit de leurs mariages ; & leurs tuteurs & parens ont pouvoir de s'y opposer lorsqu'ils en ont des moiens légitimes. Il est vrai qu'il y a cette différence que l'on n'oblige que fort rarement & pour de grandes considérations les peres & meres à déclarer les causes de leur refus, & que pour peu qu'elles soient aparentes on y a beaucoup d'égard & de déférence ; de sorte qu'il suffit presque aux peres & meres de dire que le mariage ne leur agréé pas : Mais on ne garde pas ces mesures avec les tuteurs & parens ; leur opposition doit avoir des motifs importants, & la seule raison du peu d'avantage que le mineur y rencontre, n'est pas considérable, lorsqu'ils n'aléguent rien contre la personne, & qu'ils ne blâment point l'aliance & la condition : C'est la distinction & le temperament que les Arrêts y ont aporté : Par Arrest du 27 de Novembre 1659. entre le Boulenger Huissier aux Requêtes du Palais, & les autres parens de Jean Bafire âgé de vingt-deux ans & demi, & Marie le Clerot, la Cour mit sur l'appel comme d'abus les parens hors de Cour, leur opposition n'étant fondée sur aucune cause qui fût importante.

Au contraire l'on eut égard à l'opposition d'un tuteur en cette espece. Michel Roussel avoit été mis en pension à Caën par M^e George de Banville Lieutenant General à Vire, son tuteur, pour y continuer ses études : Aussi-tôt qu'il eut vingt ans accomplis, un Solliciteur de procès nommé Auber le tira de la maison où son tuteur l'avoit placé, & lui fit signer un contrat de mariage avec une de ses filles. Le sieur de Banville aiant appris ce qui s'étoit fait par la publication des Bans, il s'y opposa ; & l'affaire étant portée en l'Audience de la Grand'Chambre, de Lépiney pour ledit Roussel, soutenoit que la qualité du sieur de Banville étant finie par la majorité de son pupille, il n'avoit plus de droit de s'opposer à son mariage ; que n'ayant plus de pere ni de mere, & étant âgé de vingt ans accomplis, la loi le laissoit à sa propre conduite, & lui donnoit la liberté de se marier comme il le jugeroit à propos, l'âge de vingt-cinq & de trente années n'étant requis qu'en faveur des peres & meres ; que l'Ordonnance qui parloit des tuteurs & curateurs, ne pouvoit être aléguée contre lui qui n'avoit plus de tuteur ni de curateur, l'administration & la qualité de son tuteur aiant

En Normandie la minorité finit à vingt ans accomplis.

Et la majorité pour le mariage ne commence qu'à vingt-cinq ans.

Arrest qui deboute les parens de leur opposition au mariage d'un mineur, n'étant fondée sur aucune cause importante.

Arrest qui a déclaré nul un mariage d'une fille de neuf ans, quoi que contracté du consentement du pere & de la mere.

Le consentement des tuteurs & curateurs est requis pour le mariage de leurs mineurs.

cessé au moment qu'il avoit eu vingt ans accomplis, étant devenu maître de sa personne & de l'administration de son bien: Theroulde pour Auber, se défendoit de la subornation qu'on lui imputoit, & soutenoit que leur condition étoit égale, & qu'il avoit cru pouvoir contracter avec un homme qui étoit maître de ses actions: Mais je representai pour le sieur de Banville, qu'un choix aveugle & déréglé ne pouvoit être aprouvé; l'honnêteté publique & l'intérêt des familles doivent toujours être considérés dans les mariages; que toutes ces choses étoient blessées par le mariage où ce jeune homme âgé seulement de vingt ans & quelques mois, vouloit s'engager; qu'il ne s'agissoit pas de rompre un mariage parfait & consommé, mais seulement d'empêcher qu'il ne fût contracté, ce qui rendoit l'opposition du sieur de Banville beaucoup plus favorable; car les raisons qui sont soutenues par l'honnêteté publique & par l'intérêt des familles, ont bien plus de poids & font une plus forte impression dans les esprits des Juges, que lorsqu'elles sont afoiblies par les plaintes d'une fille déshonorée, & par les gémissemens d'enfans que leur innocence rend dignes de compassion. Or il ne suffisoit pas à ce jeune homme pour autoriser le mauvais choix qu'on lui avoit fait faire, de se prévaloir de son âge de vingt ans; car après ce tems l'Ordonnance conserve encore aux Tuteurs & Curateurs une autorité légitime pour empêcher le mariage de leurs pupilles, lorsqu'il ne leur est point honnête & avantageux, & la voix de Roussel ne doit point être entendue tandis qu'il est encore en la puissance de celui qui l'a suborné. Bien que la Coutume de Normandie ait anticipé le terme ordinaire de la majorité, cette liberté néanmoins n'est pas pleine & universelle, elle reçoit une restriction pour les mariages. Par l'art. CCLXI. les freres mêmes peuvent remettre le mariage de leurs sœurs pendant une année, & par l'art. CCLXIV. lorsqu'ils ne le peuvent plus diférer, c'est seulement quand il se presente une personne convenable: mais cela ne peut plus être révoqué en doute après l'Ordonnance de Blois, article 41. & 42. & celle de l'année 1639. Elles sont generales par tout le Roiaume, & elles conservent & confirment par tout l'autorité des Tuteurs à l'égard des mariages: Et comme on ne pouvoit pas soutenir qu'en Normandie un fils auroit la liberté de se marier après vingt ans accomplis, à cause qu'il est le maître de toutes ses autres actions, on peut conclure par la même raison que jusques à l'âge de vingt-cinq ans, il reste assés d'autorité au Tuteur pour empêcher un mariage honteux & inégal, ce qui paroissoit au fait dont il s'agit. Roussel a l'honneur d'appartenir à plusieurs personnes de condition, & possède un bien considérable; la femme qu'il veut épouser est fille d'un solliciteur de procès, accusé de concussion & de fabrication de témoins, à cause de quoi il est decreté en prise de corps: Par Arrest du 6 de Février 1671. il fut dit à bonne cause l'opposition du Tuteur & des Parens, défenses faites aux parties de s'épouser ni de se frequenter, quoi que les parties alléguassent pour se rendre favorables, que le Sr de Banville n'avoit formé cette action, que pour s'exempter de rendre compte,

Après vingt ans l'Ordonnance conserve encore aux Tuteurs le droit d'empêcher le mariage de leurs pupilles.

Arrest qui a reçu le Tuteur opposant au mariage de son pupille devenu majeur.

L'opposition seule du frere au mariage de ses sœurs ne suffit point.

tes; ils peuvent intenter l'action en rapt lorsqu'elles entreprennent de se marier sans leur consentement; mais leur opposition seule n'est pas suffisante, si la conduite des sœurs est aprouvée par le reste de la famille. Jouvin avoit recherché Marie Pefnelle sœur des sieurs Pefnelle; sa recherche avoit été agréée par les parens; mais depuis les freres avoient remontré aux parens qu'ils avoient sujet de ne le vouloir pas, pour n'être pas assés accommodé en ses affaires; sur quoi les parens avoient arrêté de s'en informer. Jouvin voyant l'aversion des freres, & aiant gagné l'inclination de la sœur, l'Oficial de Rouen lui permit de faire procéder à la célébration de son mariage sans aucune proclamation de bans, parce qu'après la célébration les parties ne consommeroient le mariage qu'après un Ban publié, & que la célébration seroit nulle en cas qu'après la proclamation il se rencontrât un empêchement dirimant. Les freres rendirent plainte en rapt, & apelerent comme d'abus de ce qui fait avoit été par l'Oficial; & Jouvin & ladite Pefnelle sa femme apelerent aussi de ce qui fait avoit été par le Lieutenant Criminel, disans qu'il n'y avoit point de rapt après la demande qu'il avoit faite aux parens, & le consentement qu'ils y avoient donné; qu'ils en étoient les seuls juges competens, & quoi que les freres eussent été d'une opinion contraire, le sentiment des autres parens étant en beaucoup plus grand nombre devoit prévaloir; qu'il n'y avoit point d'abus, l'Evêque pouvant dispenser des Bans; & quoi que l'Ordonnance eût rétreint cette liberté, ce défaut n'étoit point considerable, lorsqu'il ne se rencontroit d'ailleurs aucun empêchement dirimant le mariage; que si les Bans étoient de l'essence, on n'en eût jamais accordé la dispense. Par Arrest du huitième de Juillet 1661. sur l'apel du Bailli, on cassa la Sentence, & sur l'action en rapt hors de Cour, & sur l'apel comme d'abus, il fut dit qu'il avoit été mal, nullement & abusivement procédé, en tant que la dispense des trois Bans; défenses furent faites à l'Oficial de donner de pareils Jugemens; & aux Curés de procéder à la célébration des mariages qu'après la proclamation de Bans: il étoit constant qu'il n'y avoit point de rapt; plaidans Bigot, le Bouvier, Theroulde & Maurry. Il parut étrange que l'Oficial eût ordonné qu'après la célébration il seroit publié un Ban; cependant le mariage fut confirmé, parce qu'il n'y avoit aucun empêchement dirimant, & que d'ailleurs les parens avoient donné leur consentement, & les freres n'alléguoient rien de considerable.

On jugea autrement en la Cause de Lheureux Procureur au Bailliage de Rouen, contre sa sœur; elle étoit recherchée par un jeune homme du Neufchâtel, & comme elle étoit âgée de vingt-trois ans, elle prétendoit avoir la liberté de se marier. Sur l'opposition du frere, il fut ordonné que les parens seroient assemblez pour délibérer de ce mariage, & la plupart aiant été d'avis que le parti n'étoit point avantageux à la fille, on lui avoit fait défenses de se marier. Sur l'apel, Maunourry son Avocat soutenoit que l'Ordonnance n'étoit qu'en faveur des peres & des meres; qu'après vingt ans elle étoit majeure, & par conséquent maîtresse de ses actions; qu'elle n'étoit pas obligée de suivre l'avis des parens, sur tout puisqu'il n'y avoit rien à dire ni à la condition ni à la personne qu'elle avoit choisie. De Cahagnes pour le frere, s'aidoit des Ordonnances, qu'une fille à l'égard du mariage ne le pouvoit contracter avant l'âge de vingt-cinq ans: Par Arrest du premier de Decembre 1673. il fut dit auparavant que de faire droit, que la fille seroit mise en une maison dont les parties conviendroient, & que le jeune homme bailleroit une déclaration de son bien pour être communiquée aux parens, pour ce fait & vu par la Cour être ordonné ce que de raison. On ne trouva pas à propos de permettre à une fille de cet âge - là de contracter mariage contre le vœu de toute la parenté; mais aussi la Cour

Cas où l'on eût quelquel'égard à l'opposition d'un frere pour le mariage de sa sœur.

n'estima pas juste de s'en rapporter absolument à l'avis des parens qui pouvoient être prévenus, & qu'il étoit raisonnable d'entrer en connoissance de cause, pour savoir si le parti étoit sortable & avantageux à la fille, ce qui est conforme à la disposition du Droit. L'opposition formée par un beau-frere ne seroit pas si considérable, comme il fut jugé en l'Audience de la Grand' Chambre, le troisième de Janvier 1668. Un beau-frere fut debouté d'un Mandement qu'il avoit obtenu pour empêcher le mariage de la sœur de sa femme mineure de vingt ans : le Petit son Avocat soutenoit que bien qu'elle n'eût plus son pere ni sa mere, elle ne pouvoit contracter mariage sans le consentement de ses freres avant l'âge de vingt-cinq ans ; qu'étant beau-frere & aiant été son tuteur, il avoit la qualité pour s'y opposer. De Lépiney aléguoit au contraire pour la fille, que n'ayant plus de pere ni de mere, ni de tuteur, elle étoit devenue capable de disposer de sa personne comme de ses biens ; que par l'art. CCLXI. elle peut demander mariage à ses freres quand elle est âgée de vingt ans ; & le frere ne le peut diférer plus d'un an, suivant l'art. CCLXIV. qu'en cette cause il n'y avoit pas même de freres ; que c'étoit un beau-frere qui vouloit empêcher le mariage de sa belle-sœur, parce qu'il étoit son héritier présomptif, n'aléguant aucune cause légitime de son opposition. Dans la question générale il ne faut pas tenir que la fille après vingt ans se puisse marier sans l'avis de ses parens, à cause de la foiblesse de son sexe, & on ne l'a pas permis à un garçon, quoi que majeur, lorsque les parens s'y opposent avec raison ; mais un beau-frere n'a pas le même droit qu'un frere, lorsqu'il n'est point assisté de parens.

Aiant fait voir que les enfans sont indispensablement obligés de requérir le consentement de leurs peres & meres, il s'ensuit que leur desobéissance ne doit pas être impunie ; mais on ne convient pas touchant la peine que les loix leur imposent, ni jusqu'à quelles personnes elle doit s'étendre.

A l'égard de la femme que le fils de famille épouse contre la volonté de son pere, elle est privée par cet article de prendre douaire sur le bien du pere, lorsque son fils le prédécède : Pour le fils, quoi que son châtement ordinaire soit l'exhérédation, il est important d'examiner ce que le Droit Canonique & Civil, & nos Ordonnances, & sur tout celle de l'année 1639. ont disposé sur cette matiere.

Les Constitutions des Papes, & le Concile de Trente faisant subsister les mariages des enfans de famille, nonobstant le défaut de consentement des peres, cette desobéissance ne leur a pas semblé digne d'aucun châtement ; & puisque le mariage ne peut être dissous, il y auroit de la contradiction à punir une action que l'on approuve & que l'on confirme.

C'est une grande Controverse entre les Interpretes du Droit Civil, si les enfans, fils ou filles, peuvent être exhérez par leurs peres pour cette cause seulement d'avoir contracté mariage sans leur autorité ? *Quod ergo*, dit M^r Cujas, *lib. 3. Observ. c. 5. sine ulla distinctione semper negavi, sive sui sive emancipati sint, at utroque casu si se ad infamem & turpem personam nuptiis contractis se applicaverint liberi, iusta erit exheredationis causa.* M^r Cujas s'est fondé sur cette loi du Jurisconsulte Paulus, *l. 2. sentent. t. 19. Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur, contemplatio enim publica utilitatis commodis privatorum praeferitur.* Il avoue néanmoins que suivant cette loi la jurisprudence civile est fort imparfaite, *censet enim uxorem injustam esse, injustos liberos, injustas nuptias, nec eas tamen dissolvit.*

Au contraire, Hottoman dans ses Questions illustres, *Quest. 9.* examinant cette proposition, *an matrimonii sine auctoritate parentum contracti, poena ulla constituta sit ?* Il résout que non seulement *injusta nuptia dicuntur, injustique ipsi conjuges, injusti libe-*

ri, mais aussi que ces mariages ne peuvent subsister, *l. 2. D. de ritu Nupt.* on ne leur donne pas même le nom de mariage en la *l. Dotis 68. de jure Dor.* quelque constitution de dot qui ait été faite, elle n'est point valable, & la promesse de dot ne produit aucune obligation, parce qu'ou il n'y a point de mariage, il ne peut y avoir de dot, *l. 3. de jure Dor.* Justinien s'en est exprimé encore plus clairement dans ses Instit. §. 12. *Nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur*, sur quoi Vinnius dit, *poena ergo communis earum injustarum conjunctionum est, quod ipso jure tales nuptia nulla sint.*

Deux passages du Droit ont donné lieu à cette diversité d'opinions ; le premier est celui du Jurisconsulte Paulus, dont je viens de parler ; & le second est d'Ulpian, qui conseilloit à un pere qui vouloit reprendre sa fille qui s'étoit mariée, de n'user pas rigoureusement de son autorité, *l. 1. §. fin. D. de liberis exhib. & duc.* mais on oppose à l'autorité de Paulus une autre réponse du même Jurisconsulte en la *l. 2. D. de ritu Nupt.* où il enseigne *Nuptias jure contractas non esse, neque consistere posse, nisi consentiant omnes, id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt.*

Or ce qui ne peut subsister, & ce qui est fait contre le Droit, est sans doute nul & de nul effet ; & dans la *l. 11. D. de statu hom.* il tient encore *eum qui vivente, & ignorante patre de conjunctione filia conceptus est, licet post mortem avi natus justum filium ei ex quo conceptus est, non videri.* Et l'on apprend d'Apulée que c'étoit l'usage parmi les Romains ; *Nuptia in villa & patre non consentiente facta legitima non possunt videri, ac per hoc spurcius ille nascitur. l. 6.*

Pour concilier ces loix qui paroissent contraires, quelques-uns estiment que les paroles de Paulus dans le livre second de ses Sentences, *t. 19.* peuvent être expliquées en cette maniere, qu'il étoit de l'utilité publique que le pere ne pût dissoudre le mariage de son fils, auquel il avoit consenti ; & pour le passage d'Ulpian, qu'il n'y est point parlé du mariage contracté contre la volonté d'un pere. *Brouverus, de jure connub. l. 1. c. 7. n. 17.*

Si la jurisprudence Romaine est douteuse sur ce sujet, elle ne l'est point par le Droit François. Il est permis aux peres par l'Ordonnance de Henry II. d'exhérez les enfans qui se sont mariez avant l'âge de vingt-cinq & de trente ans : En explication de cette Ordonnance on a douté jusques où & sur quelles personnes on pouvoit étendre l'effet de cette exhérez ; il est certain que quand elle est prononcée valablement, le fils exhérez ne peut en éviter la peine, pourvu que la réconciliation ne s'en soit pas ensuivie, car elle fait cesser toutes les exhérez ; mais on demande s'il est besoin d'avoir quelque preuve par écrit, qui marque la réconciliation ? Il l'ut, dit la loi, si le pere *offensam clementiâ flexit, licet scripturâ non probetur, aliis tamen rationibus doceri nihil impedit, l. 1. c. famil. ercisc.* Néanmoins par un Arrest rapporté dans la seconde partie du Journal des Audiences du Parlement de Paris, *l. 3. c. 19.* quoi qu'un pere eût donné la bénédiction à son fils qu'il avoit exhérez auparavant, il a été jugé que la bénédiction seule n'étoit pas suffisante pour détruire une exhérez faite par un acte solennel.

Il y a plus de difficulté pour savoir si l'exhérez prononcée contre le fils a lieu contre les petits-enfans ? On peut dire que l'exhérez seroit inutile & illusoire si les petits-fils héritoient au lieu de leur pere ; & comme le petit-fils est venu du mariage qui a causé l'exhérez, il faut qu'elle produise son effet.

Les Jurisconsultes Romains ont fait cette distinction, que si le fils exhérez survivoit à son pere, en ce cas les petits-fils étoient exclus de la succession de l'aieul ; que s'il prédécédoit son pere, ses enfans venoient à la succession de leur aieul, l'exhérez ne subsistant plus. C'est la décision de la loi *si ex patronis, ff. de bonis libert. Si pater me exheredavit, avus meus*

Le beau-frere seul ne peut empêcher le mariage de sa belle-sœur qui contracte sans son consentement.

De la peine imposée à la femme qui épouse un fils de famille sans le consentement de son pere.

Si suivant le Droit Civil les enfans peuvent être exhérez les marians sans le consentement de leurs peres ?

De l'exhérez & de ses effets.

Si l'exhérez prononcée contre le fils a lieu contre les petits-fils ?

patrem meum, & prior avus decesserit, ab utriusque libertis me repellit; sed si ante pater decessisset, postea avus, dicendum erit nihil mihi nocere patris exheredationem. La loi si quis posthumus, §. 2. de libert. & posth. dit la même chose; & c'est l'espèce de l'Arrest rapporté par Robert, l. 2. c. 9. Mais on avoit introduit depuis une jurisprudence plus benigne, qui n'étenoit point la peine de l'exhérédation plus avant que sur la personne de l'exhérédé, & soit qu'il précédât son pere, ou qu'il le survécût, les petits-enfans ont été jugez capables de succéder à leur aieul; il fut ainsi jugé en l'Audience de la Grand' Chambre, le premier d'Avril 1632. Bauche avoit exhérédé son fils pour sa desobéissance, s'étant marié contre sa volonté; il confirma cette exhérédation par son testament; néanmoins après la mort de son pere il demanda partage à ses freres, prétendant que son exhérédation étoit nulle, aiant été faite *cum elogio*, & que d'ailleurs il s'étoit réconcilié avec son pere; qu'en tout cas les enfans étoient admissibles à cette succession, suivant l'Arrest de Huë Chaucere, ceux de Rainbourg, de Fillâtre, & autres. On répondoit pour les freres que l'exhérédation étoit valable, pouvant être faite *cum elogio*, quand la cause en est véritable; & que pour prouver une réconciliation, il falloit des entrevûes publiques dans la maison & dans la famille, & non point un commerce secret & particulier; que ses enfans n'y pouvoient venir à sa représentation, *quia viventis nullus est heres*: Par l'Arrest on déclara l'exhérédation valable, & néanmoins l'on ajugea aux petits-enfans la part qui auroit appartenu à leur pere: Voiez Chopin sur la Coutume d'Anjou, l. 3. c. 1. qui cite plusieurs Arrêts conformes. Sur cette question, si les petits-enfans peuvent venir à la succession de leur pere exhérédé, soit qu'il soit mort avant son pere, ou qu'il soit mort depuis, voiez Ricard, part. 3. ch. 8. sect. 4. n. 950. & l'Auteur du Traité des Propres, ch. 2. sect. 7.

Des preuves de la réconciliation après l'exhérédation.

Depuis ces Arrêts l'Ordonnance de l'an 1639. est intervenue, qui a rendu cette jurisprudence incertaine; car suivant les art. 2. & 3. non seulement l'exhérédation s'étendoit sur celui qui avoit contracté mariage contre l'Ordonnance, mais aussi sur les enfans qui en naîtroient; & par cette même Ordonnance le rapt de persuasion & de subornation est puni aussi-bien que le rapt de violence, & les enfans qui naissent de tels mariages sont déclarez indignes & incapables de légitime, & de toutes successions directes & collatérales qui leur pouvoient échoir.

Des différentes espèces de rapt, & de leurs effets, suivant l'Ordonnance de 1639.

On a eu de la peine à pratiquer l'Ordonnance dans la rigueur, néanmoins elle a été suivie en ce Parlement sur ce fait. Gaspar Fromont fut allié à l'âge de vingt ans par le Sieur & Demoiselle Brunet, qui lui firent épouser Helène Brunet leur fille: Le sieur de la Bernardiere Receveur des Tailles à Alençon fit informer du rapt de son fils, & par Arrest rendu par contumace en l'année 1650. le mariage fut déclaré nul, & le pere & la mere de la fille furent bannis & condamnés en de grosses amendes; mais depuis le pere en fut déchargé, n'ayant pas été trouvé coupable du rapt dont il étoit aculé: Gaspar Fromont & Helène Brunet se retirèrent à Belesme, où ils continuèrent leur hantise & leur demeure ensemble, & eurent plusieurs enfans. Gaspar Fromont après sa majorité presenta Requête à l'Official de Séez, contenant que doutant de la validité de la célébration de son mariage, il demandoit permission de procéder à une nouvelle célébration; l'Official leur aiant ordonné de se séparer pour quelque tems, il leur permit ensuite de se marier, & leur donna dispense des trois Bans. Depuis le sieur de la Bernardiere & son fils étant morts, la mere déclara révoquer l'exhérédation qu'elle avoit signée, protestant qu'elle n'y avoit consenti que pour complaire à son mari, à condition néanmoins que la succession seroit partagée également, & que le fils de l'ainé n'y au-

roit aucun avantage. Gaspar Fromont sorti de ce mariage voulant prendre possession de la terre de Forbounois, Pierre Fromont s'y opposa; & l'affaire portée en la Cour, Gaspar Fromont, Marie, Louïse, Helène, Marguerite & Madeleine Fromont ses sœurs apelantes d'une Sentence du Juge de Belesme, par laquelle, sur l'action du sieur de la Bernardiere contre Helène Brunet, défenses avoient été faites à ladite Brunet de prendre la qualité de veuve de Gaspar Fromont, & incidemment intimez, contre Pierre Fromont sieur de Mieuxe, fils puîné du sieur de la Bernardiere, intimé, & apelant comme d'abus de la permission acordée audit Gaspar Fromont & à ladite Brunet par l'Official de Séez, au Siège de Mortagne, de célébrer le mariage, & de la dispense des trois Bans: De Freville pour ledit Gaspar Fromont, disoit que le mariage de leur pere & mere avoit été rendu légitime, quoi qu'il eût été contracté durant leur minorité & sans le consentement de leurs parens, en conséquence du consentement de la mere qu'elle avoit déclaré par son testament, aiant aussi révoqué l'exhérédation à laquelle son mari l'avoit obligée de signer, & reconnu les petits-enfans pour ses héritiers; le pere même y avoit tacitement consenti par son silence; & que quand la premiere célébration faite pendant la minorité auroit été defectueuse, le défaut en étoit éfacé par la seconde célébration qui avoit été faite dans toutes les formes, dans un tems où les parties étoient majeures & hors la puissance de leurs parens, & ainsi l'on ne pouvoit douter que les apelans ne fussent des enfans légitimes, ausquels le sieur de Mieuxe ne pouvoit contester la part qui leur appartient en la succession de leur aieul, nonobstant l'exhérédation dont la peine ne pouvoit passer jusqu'à eux, l'Ordonnance de l'an 1639. ne pouvant avoir lieu en ce cas: Du Quesne Avocat employoit les mêmes raisons pour les sœurs. Greard pour le sieur de Mieuxe, soutenoit que quand le mariage seroit légitime, les enfans sortis de cette conjonction ne pouvoient rien prétendre en la succession du sieur de la Bernardiere, vû l'exhérédation par lui fulminée contre son fils, laquelle suivant l'Ordonnance de l'an 1639. passoit aux petits-enfans; quant à la succession de la mere, il est vrai qu'elle avoit révoqué l'exhérédation, mais elle privoit son fils aîné de tout préciput, & avoit limité le mariage des filles à cinq mille livres; mais après tout, que c'étoit la loi qui donnoit la succession, & non pas le consentement des parens; qu'il étoit impossible que le mariage pût être réputé civil; que la permission de l'Official avoit été surprise sur de faux énonces, n'ayant pas déclaré leur qualité d'enfans de famille; le rapt qui avoit été commis, & les défenses qui avoient été faites. Il n'y a point eu de séparation entre les conjoints telle qu'elle étoit requise, & la dispense des trois Bans étoit une contravention à l'Ordonnance: mais quand ces défauts ne rendroient pas ce mariage nul, il suffit de dire qu'il y avoit incapacité formelle en la personne des contractans, le rapt commis en la personne d'un mineur enfant de famille, & la nullité de la premiere célébration, en telle sorte que par l'Ordonnance de l'an 1639. les enfans sortis d'une telle conjonction ne peuvent prétendre aucun droit de légitime & de partage en la succession des peres & meres: Par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 15 de Juillet 1672. la Cour faisant droit sur l'apel comme d'abus, dit qu'il avoit été mal & abusivement procédé par l'Official, en tant que la dispense de la proclamation des trois Bans, défenses aux Officiaux de donner de pareilles dispenses; & faisant droit sur l'apel du Bailli, l'appellation & ce dont, & en réformant & faisant droit au principal, a ajugé audit Pierre Fromont la succession paternelle, sur laquelle néanmoins il sera pris la somme de quarante mille livres qui sont ajugez audit Gaspar Fromont & à ses sœurs, si mieux ledit Pierre Fromont n'aimeoit leur

quiter le tiers de la succession du pere, & à l'égard de la succession de la mere ordonné qu'elle sera partagée également.

Par Arrest en la Grand' Chambre, du 8 de Mars 1658. au raport de M^r Aubér, entre les nommez Fossé pere & fils, il a été jugé que l'exhérédation prononcée contre le fils pour s'être marié contre la volonté de son pere, ne dispensoit point le pere de donner les alimens à son fils & aux enfans sortis de ce mariage, *quia alimenta debentur deportato & incapaci; nec tolluntur capitis diminutione*. Le Commentateur de M^r Louët, l. A. n. 5. dit que par Arrest du Parlement de Paris, il a été jugé qu'un fils âgé de vingt-cinq ans exhéredé par ses pere & mere pour s'être marié à une personne inégale, n'étoit pas recevable à leur demander des alimens, & qu'il étoit même tenu de rendre ceux qu'il avoit reçus en vertu d'une Sentence de provision, étant une maxime, dont tous les Docteurs demeurent d'accord, que pour les mêmes causes qu'un fils peut être exhéredé, les alimens lui peuvent être déniés, *Glossa ad num. 115. ut cum, de appell. cog. cap. 3. §. si ve igitur*. Dans le Journal des Audiences, l. 6. c. 40. il y a un Arrest, par lequel on ajugea une provision à l'enfant de l'exhéredé qui étoit mort avant son pere, mais la validité de l'exhérédation n'étoit pas encore jugée.

Le respect & la déférence que les enfans doivent avoir pour les sentimens & les actions de leurs peres & meres, étant si grande, il paroîtroit fort étrange si un fils entreprenoit de s'opposer au mariage de sa mere: Cette question néanmoins s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, entre Demoiselle Louïse de Chantelou veuve de M^c le Capelain, & M^c le Capelain sieur de Clivonnet Conseiller au Presidial de Côtance. Ladite de Chantelou pour soutenir le mariage qu'elle vouloit contracter avec Jean Felice âgé de vingt-quatre ans, disoit que les mauvais traitemens qu'elle avoit reçus de son fils, l'avoient portée à chercher du secours & de l'assistance; & quoi qu'il n'eût aucune autorité sur elle, & qu'au contraire il lui dû du respect & de l'obéissance, néanmoins il avoit porté sa témérité jusqu'à ce point de vouloir empêcher son mariage; que la liberté du mariage n'étoit bornée par aucun tems; & qu'il étoit permis de le contracter en tout âge, bien qu'une femme ne fût plus en état d'avoir des enfans, parce que le mariage pouvoit se contracter par ces trois motifs, *propter bonum fidei, Sacramenti, & prolis*; la femme & le mari se servent d'aide & de suport l'un à l'autre dans leurs infirmités, & dans les incommoditez de leur vieillesse.

Le fils reprochoit à sa mere que le choix qu'elle avoit fait de cet homme étoit indigne d'elle, ayant été serviteur en la maison de son défunt mari, le servant à pied comme son laquais & son palefrenier; que l'inégalité de leur âge marquoit encore le dérèglement de son esprit, étant âgée de cinquante ans, & ayant eu douze ou quinze enfans; qu'on ne pouvoit lui imputer qu'il manquât de respect en voulant empêcher l'injure qu'elle faisoit à la mémoire de son défunt mari, & la honte & l'opprobre dont elle couvroit toute sa famille. Il y avoit grande différence entre le mariage d'un homme & celui d'une femme; l'homme communique sa qualité à la femme, qu'il épouse, *coruscat radii maritalibus femina, D. de Senat.* & quelque basse & servile que soit sa condition, s'il est Gentilhomme il l'éleve à la qualité de Demoiselle; mais lorsqu'une femme de condition épouse un roturier, elle perd son rang & sa qualité, & par la loi *libertum, §. 3. C. de nupt.* l'affranchi qui épousoit sa Patrone ou la fille de son Patron étoit puni extraordinairement, *hujusmodi enim conjunctiones odiosa sunt*. Par Arrest du mois de Juin 1617. au raport de M^r le Roux, la Cour fit défenses, à peine de la vie, à ladite de Chantelou & audit Felice de contracter mariage, & les condamna en l'amende

pour s'être fréquentés au préjudice des défenses; mais nonobstant ces défenses ayant contracté mariage, par Arrest du mois de Juillet 1618. ils furent condamnés chacun en cinquante écus d'amende, & ladite de Chantelou privée de tous les avantages qu'elle pouvoit prétendre. Mais ces paroles de l'Arrest donnèrent lieu à une nouvelle contestation, le fils soutenoit qu'elle étoit privée de son douaire, & que c'étoit un avantage qu'elle prenoit sur les biens de son premier mari, dont elle s'étoit rendue indigne par ce mariage honteux qu'elle avoit contracté, & par l'offense qu'elle avoit faite à sa mémoire; au contraire, la mere representoit que les profits & les avantages dont elle étoit déchuë, devoient être entendus des dons & augmentations qui provenoient de la libéralité de son premier mari, qui se révoquoient pour ingratitude ou pour indignité; mais à l'égard des droits qui lui étoient acquis par la Coutume, comme le douaire, sans la disposition ou le bienfait du mari, elle ne le perdoit point, vû principalement qu'il étoit destiné pour les alimens qui sont dûs même aux bannis & aux reléguez, l. 3. §. *in metallum, D. de his que pro non scriptis*, la Cour par Arrest du 30 d'Août ensuivant, ordonna qu'elle seroit payée de son douaire.

Par l'ancien Droit Romain la femme de condition libre qui épousoit un esclave perdoit sa liberté; Justinien crût que le châtement étoit trop rigoureux, *ut qua libera constituta erat & decepta, vel rapta infelici libidine contra naturalem suorum libertatem, deducatur in servitutem*: Mais il ordonna que l'esclave qui avoit atenté de contracter de telles noces seroit puni *competenti castigatione*, & seroit séparé d'avec cette femme, de *S. C. Claud. toll. & l. 9. t. 11. de mulierib. que se propriis serv. conjung.* Nous avons une Ordonnance conforme au Droit Romain.

Nos Ordonnances ont marqué le tems auquel ceux qui sont soumis à la puissance d'autrui, peuvent ou ne peuvent pas contracter mariage; d'autre part, les loix nous aprennent aussi à quel âge la nature rend les hommes capables des actes du mariage; car comme il est certain que l'homme n'est pas habile pour la génération en tous les âges & en tous les états de sa vie, on les a distingués en plusieurs parties pour marquer les tems où il en peut être capable: Les sentimens des Médecins, des Philosophes, des Législateurs & des Jurisconsultes ont été fort différens. Les Médecins qui n'ont recherché que la disposition des corps & leur vertu prolifique, ont réglé l'âge selon la force & la diversité des tempéramens, *ars medica non est que annos nameret*: Platon & Aristote ont reculé fort loin le tems propre au mariage, *Plato. lib. 5. de Rep. Arist. lib. 7. c. 17. politic.* Le premier ne permettoit le mariage qu'à trente ans pour les hommes, & à vingt pour les filles: Le second mettoit encore le terme plus loïn pour les hommes, il falloit avoir trente-sept ans pour les mâles, pour les filles il le régloit à dix-huit ans; mais ces Philosophes ne recherchoient pas tant le tems que l'on pouvoit être capable du mariage, que celui où l'on pouvoit engendrer des enfans robustes & vigoureux pour le service de la République: Les Législateurs ont avancé le tems, considérant principalement non ce qui arrive quelquefois, mais ce qui arrive ordinairement; ils ont décidé que les hommes à quatorze ans, & les filles à douze ans étoient capables du mariage: Les Jurisconsultes ont pareillement défini le tems propre au mariage après la puberté.

Nous ne trouvons point de décision expresse sur cette matière dans la loi Mosaique, mais les Rabbins ont écrit qu'il n'étoit pas permis aux mâles de se marier qu'après avoir atteint l'âge de treize ans & un jour, & aux filles après douze ans & un jour. *Buxtorf. tract. Synag. Jud. c. 3. & tract. de Divort. & spon. Hebr. par. 1. n. 11. Selden. Uxor He.*

Si le fils exhéredé par ses pere & mere, peut être privé des alimens?

Si un fils peut s'opposer au mariage de sa mere?

A quel âge les hommes sont capables des actes du mariage.

braa; l. 2. c. 3. & suivant cette doctrine, l'Histoire Sainte a remarqué qu'Ammon & Josias Rois de Juda eurent des enfans à quatorze ans, 2. *Reg. 21. v. 19. & c. 22. v. 1.*

Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, M^e Gilles Vivien Ecuier, sieur des Chommes, Lieutenant à Avranches, avoit fait épouser à son fils une fille âgée seulement de dix ans deux mois & vingt-cinq jours, nommée Colombe Chrestien : Ce mariage si précipité ne fut pas de longue durée, car cette fille qui étoit infirme mourut six semaines après. Le sieur des Chommes se saisit de tous les meubles, prétendant que ce mariage avoit été valablement contracté. Demoiselle Marie du Mesnil-Adelée sœur utérine de la défunte, & son héritière aux meubles & acquêts, soutint au contraire que sa sœur n'étoit point dans un âge habile au mariage, & que par conséquent il étoit nul. La cause portée en la Cour en conséquence des récusations proposées contre les Juges d'Avranches, Gyot pour le sieur des Chommes, se fonda sur l'autorité des dispositions Canoniques; car bien que suivant le Canon *ubi non est consensus*, aux Decret. de *despons. impub.* l'âge déterminé pour le mariage soit de douze ans pour les filles, & de quatorze pour les mâles, néanmoins ce terme peut être avancé lorsque *malitia supplet aetatem*, C. de *illis, C. puberes, C. fin. Cod.* Et Covarruvias expliquant ce que l'on doit entendre par ce terme (*malitia*,) dit qu'elle consiste en deux choses, *in discretione, scilicet ad consensum conjugalem intelligendum, & in potentia ad carnalem copulam*; Covarr. 2. p. c. 5. de *matr.* & c'est pourquoy dans le ch. *tua nobis*, cette malice est apelée *prudencia*; de sorte que lorsque *potentia ad copulam, & discretio ad consensum conjugalem* se rencontrent, on ne doit pas s'attacher exactement au nombre des années, comme il est contenu dans le C. *continebatur; si autem fuerit aetati proxima, ut in undecimo vel circa duodecimum*: Et Covarruvias au lieu préalegué expliquant ces paroles *aetati proxima*, dit que celui-là est réputé proche de la puberté qui est âgé de dix ans & demi si c'est un mâle, & de neuf ans & demi si c'est une fille; *Glos. in §. pupillas, Instit. de inutil. stipul. & in l. pupillum, D. de Regul. jur.* Et l'on ne peut douter que les mâles & les filles ne soient capables des actes du mariage après les exemples qui en sont rapportez. S. Gregoire fait mention d'un enfant qui avoit engrossé la nourrice à l'âge de neuf ans, *l. 4. dial. c. 19.* & S. Jérôme parle d'un autre qui avoit fait la même chose n'étant âgé que de dix ans; & il ajoute que Salomon engendra Roboam à dix ans, & qu'Achas n'en avoit qu'onze lorsqu'il devint pere d'Ezechias. Je répondois pour la Demoiselle du Mesnil-Adelée, que la nature ne précipite jamais ses ouvrages, & que le partage qu'elle a fait des tems & des saisons pour la production & la durée de ses créatures, est inalterable; & comme si cette souveraine Sageffe avoit redouté que l'homme par son ignorance ne pénétrât pas assés avant dans ses secrets & dans ses merveilles, & ne comprît pas le bel ordre qu'elle avoit établi, elle a donné à chaque chose un caractère immuable & particulier qui nous instruit de sa qualité, de son usage & de sa durée.

Si un homme aiant épousé une fille âgée seulement de dix ans deux mois & quinze jours, le mariage est valablement contracté ?

Femmes rendues grosses par des enfans de neuf & dix ans.

Des divers âges de la vie de l'homme à l'égard du mariage.

En effet la vie de l'homme est partagée en divers âges, & chaque saison de ses jours a ses usages différens & ses propriétés particulières; & comme dans la composition de l'homme la nature se proposoit principalement pour but la propagation de son espèce, en lui donnant la vertu de la perpetuer, elle a réglé fort à propos le tems qui le rendoit propre à cet acte; & afin que l'on ne s'y trompât point, elle lui a imprimé quelques marques visibles, & c'étoit par elles que les Anciens jugeoient de la capacité du mariage, ne le permettant point que quand ils remarquoient dans l'un & l'autre sexe ces témoignages & ces enseignes de la faculté generative.

Cependant comme la pudeur & l'honnêteté ne permettoient pas d'aller chercher ces marques secretes de la faculté generative, & que peut-être même il soit véritable, selon la pensée de plusieurs Interpretes, que les anciens Romains n'aient jamais fait ce honteux examen de ces parties que la nature a commandé de cacher, pour juger de la puberté, l'Empereur Justinien établit une autre règle pour juger de la force & de l'aptitude des corps pour la generation; car comme il pouroit arriver que nonobstant tous ces signes plusieurs n'en étoient pas capables, & qu'au contraire il y en avoit d'une conformation si parfaite & si avancée, qu'ils n'avoient point besoin d'attendre que les marques parussent, Justinien pour faire cesser cette incertitude régla le tems du mariage à un certain âge où les hommes & les femmes se trouvoient ordinairement capables de le contracter; ce qui a fait dire à un Jurisconsulte que *hac aetatis definitio à Justiniano facta, partim naturalis, partim civilis dici debet; naturalis quatenus naturam & frequentiore natura cursum sequitur & civilis quatenus à legum conditore certo annorum numero determinatur*; Brouvver. de *Jure Connub. apud Batavos, l. 2. c. 3. n. 15. Justas nuptias inter se contrahunt masculi quidem puberes, femina autem viripotentes; femina autem post impletos 12. annos omnimodò pubescere judicantur; masculi verò post excessum 14. annorum puberes existimantur; l. fin. C. quando tutor. & curat. esse desinunt.* Suivant cette loi pour être parfaitement pubere, & en conséquence habile au mariage, il ne suffit pas d'avoir commencé la douzième où la quatorzième année, il faut que le cours en soit entierement achevé, & que l'on en ait atteint jusqu'aux derniers momens. Ce terme étoit inviolable, & l'on ne pouvoit l'anticiper sans crime & sans châtement par la loi *falsus, D. quod falso tut. aut. gestum est, §. 1. & 2. Tutor ob dolum malum tenetur, qui filia impuberi ad contrahendum matrimonium auctoritatem suam accommodaverit*, & la rigueur y étoit si grande, que l'on pardonnoit avec peine cette précipitation au pere. *Vix ignoscendum patri*, dit la même loi, *qui filiam suam maturius in domum sponsi perducere voluit; affectu enim propensiore magis quam dolo malo fecisse videtur.* Que si l'on ne pardonnoit pas au pere, quoy que sa puissance soit absolue, que par la présomption de n'avoir agi que par un sentiment paternel, & par une impatience excusable de vouloir établir la condition de sa fille, le défendeur ne doit pas esperer que sa précipitation lui soit utile & avantageuse.

Quant aux Constitutions Canoniques, il est vrai que dans le titre de *desponsat. imp.* aux Decretales, il y en a quelques-unes qui semblent remettre en usage l'ancienne opinion de Cassius, qui vouloit que la puberté & la capacité pour le mariage, fût plutôt réglée par la constitution du corps que par le nombre des années, *ex habitu corporis potius quam ex aetate*; & que l'on peut prévenir le terme ordinaire par le prétexte d'une forte conformation des corps, ou lorsque la malice peut suplérer le défaut de l'âge; Et dans le ch. 3. Isidore soutient, *eum esse puberem qui ex habitu corporis pubertatem ostendit, & generare jam potest*, & que *puerpera sunt qua in annis puerilibus pariunt*, ce qui est aussi approuvé par la Glose sur le mot *generare*; *solum pubertatem seu generalem vigorem considerari; ut possint vinculo conjugali sociari*: Mais par le ch. 2. du même titre, il est expressément défendu *ne aliqui, quorum uterque vel alter ad aetatem legibus vel canonibus determinatam non pervenerit, conjungantur.* Et l'autorité d'Isidore doit d'autant moins prévaloir, qu'il témoigne n'avoir pas entendu ces deux mots de *pubes* & de *puerpera*: *nam cum pubem pudentiam corporis interpretatur, miserè fallitur; son' erreur n'est pas moins grossiere lorsqu'il ajoute que puerpera est qua annis puerilibus parit*; au contraire, le Jurisconsulte Paulus nous apprend en la

De l'âge réglé pour le mariage suivant le Droit Civil.

Et suivant les Constitutions Canoniques.

loi 163. §. 1. de verb. signif. que *puerpera est qua recens est à partu* : Covarruvias estime qu'il n'est pas permis d'anticiper le tems défini par les loix, que quand ces deux conditions s'y rencontrent, *potentia & habitus corporis, & malitia seu discretio & prudentia* : Mais, à dire le vrai, si l'on suivoit la disposition du Droit Canonique, ce seroit mettre les choses dans l'incertitude, & on n'auroit jamais de règle certaine; car comment faire le discernement de cette malice qui doit suplérer le défaut de l'âge, & que peut-elle contribuer pour la génération? Si l'on suit aussi la disposition du ch. *continebatur*, on n'aura point de tems préfix & certain pour être habile à contracter mariage; car une fille peut se marier si *etati fuerit proxima*, c'est-à-dire *in undecimo vel circa duodecimum annum*; la Glose sur ce ch. dit que la fille est proche de sa puberté, lorsqu'il ne s'en faut plus que six mois. Ce qui est conforme à la l. *non tantum, de excus. tutor. que pupillorum etas proprie pubertatem est, cum semestre tempus reliquum fuerit*; & Covarruvias après avoir dit que *hac est communis opinio in contractu conjugali*, fait une observation fort considérable, *judex qui illam etatem arbitrari debet, puerum esse proximum pubertati maxime adducendus est conjecturis, & cautissime id agit ut tamen id raro* : part. 2. c. 5. de matrim.

Cette incertitude & cette variété de l'âge propre au mariage que le Droit Canonique a établie, fait bien connoître que la disposition du Droit Civil est beaucoup plus raisonnable; car Justinien voulant limiter un tems certain, a suivi ce qui arrive le plus souvent, à savoir que les hommes à quatorze ans, & les filles à douze, peuvent être capables des actes du mariage, bien que cela ne soit pas toujours véritable, ou qu'au contraire il s'en trouve avant cet âge qui puissent engendrer.

On ne doit pas néanmoins ajouter beaucoup de créance à ces histoires de ces deux enfans, qui doivent avoir fait des enfans à leurs nourrices à l'âge de neuf & de dix ans; il falloit avoir beaucoup de crédulité pour s'en rapporter à la bonne foi de ces femmes, & être fort convaincu de leur chasteté. Saint Jérôme, & ceux qui l'ont suivi, peuvent avoir été surpris à cet égard, comme il l'a été lorsqu'il a écrit que Salomon n'avoit que douze ans lorsqu'il engendra Roboam, & qu'Achas n'en avoit qu'onze quand il fut pere d'Ezechias. *Gregorius Tholosanus* en fait la preuve en cette manière, que Roboam étoit âgé de quarante ans lorsqu'il succéda à Salomon son pere, & que Salomon n'avoit que cinquante-deux ans lorsqu'il mourut, étant devenu Roi à douze ans, & ayant régné quarante ans : d'où il s'ensuit qu'il étoit devenu pere à l'âge de douze ans, *Syntagm. Juris Civ. l. 9. c. 7. n. 8. & 9.* Deux célèbres Chronologistes sont d'une opinion contraire. *Funcius* a écrit que Salomon parvint à la Roiauté à l'âge de seize ans, & qu'il mourut étant âgé de cinquante-six ans. Carion le fait âgé de vingt ans lors de son avènement à la Couronne, & il marque à soixante ans le tems de son décès. *Sextus Calvisius* fait une autre supputation de cette manière, que David engendra Salomon en la vingtième année de son règne, & qu'il régna quarante ans, d'où il s'ensuit que Salomon étoit âgé de vingt ans lorsqu'il succéda à son pere; or il paroît par le Texte sacré qu'il régna quarante ans, & l'on apprend du 12. ch. du 2. liv. des Chroniques, que Roboam étoit âgé de quarante-un an lorsqu'il commença son règne, ainsi Salomon étoit âgé de dix-neuf ans lorsqu'il engendra Roboam. *Isaac Vossius* a crû que Salomon n'engendra Roboam que dans son extrême vieillesse, & il se fonde sur ce passage des Rois, *lib. 1. c. 14. v. 21.* que Salomon dans sa vieillesse prit des femmes étrangères, & particulièrement des Ammonites, dont la mere de Roboam étoit une; & que d'ailleurs il est vrai-semblable que Roboam étoit jeune, puisqu'il avoit préféré le conseil des jeunes

gens à celui des anciens serviteurs de son pere.

Pour Achas la question paroît plus difficile. Saint Jérôme répondant à Vitalis qui l'avoit consulté sur ces difficultés, lui dit que selon l'ordre de la nature une telle chose étoit impossible, & que c'étoit une extravagance de croire qu'un homme fût capable d'engendrer en cet âge-là, mais que Dieu par sa Toute-puissance l'avoit permis pour reprocher à ces Princes leur luxure & leur impiété; *Consideremus quod occultè scriptura & Salomonem & Achas voluptatis & impietatis accuset. Ex quo conspicuum est homines à parva etate libidini deditos, immaturâ eorum sobole demonstrari, quod etiam eo tempore peccare ceperint, quo natura non patitur*; mais prévoiant bien que cette réponse ne satisferoit pas les curieux, il ajoute que *hujusmodi herere questionibus, non tam studiosi quam otiosi hominis videri. Epistola ad Vital.*

Mais ces éclaircissemens sont nécessaires pour imposer silence à ceux qui révoquent en doute la vérité des Saintes Ecritures; & c'est pourquoi plusieurs Commentateurs ont tâché de résoudre cette difficulté, *consule Spanhemium in dubiis Evang. ad cap. 1. Matth. v. 9. dubio quinto* : Un Auteur moderne a remarqué que l'équivoque d'un mot Hebreu avoit causé l'erreur, & que cette équivoque étoit encore plus grande dans toutes les versions. Dans le 16. chap. du 2. liv. des Rois, il est dit qu'Achas étoit âgé de vingt ans quand icelui commença de régner; le véritable sens de ce passage est qu'Achas avoit vingt ans quand Jotham son pere commença de régner; mais S. Jérôme a entendu qu'Achas n'avoit que ces vingt ans quand il commença son règne, n'ayant pas remarqué que le mot Hebreu *Bemalcho*, qui signifie icelui, se rapportoit à Jotham, & non point à Achas; & c'est par ce même moien que l'on concilie cette contrariété qui paroît entre le 24. chap. du 2. liv. des Rois, & le 36. chap. du 2. liv. des Chroniques; dans l'un Joachim étoit âgé de dix-huit ans quand il parvint à la Roiauté, dans l'autre il n'avoit que huit ans; mais il faut entendre cela non du commencement de son règne, mais du commencement du règne de son pere, comme on le prouve par la supputation des années.

Après tout, ni le Droit Canonique, ni les exemples ne peuvent faire la décision du fait dont il étoit question, puisque la défunte Colombe Chrestien n'étoit point proche de sa puberté, & qu'elle ne paroît point capable des actes du mariage par la conformation de son corps, n'étant âgée que de dix ans deux mois & vingt-cinq jours; & c'est pourquoi comme cela seroit toujours plein d'incertitude; il est beaucoup plus à propos de se tenir à la règle générale, *nam ad ea potius debet jus aptari qua frequenter & facile, quam ad ea qua perraro eveniunt, l. nam ad ea, D. de leg.* Cela a été jugé de la sorte par un Arrest solennellement rendu au Parlement de Paris, rapporté par Monthelon, Arrest 138. & par un autre Arrest donné en ce Parlement pour la Dame Marquise du Neubourg, & les héritiers du S^r de Lisse-Marivaux. Par Arrest du 15 de Juin 1655. on prononça à tort l'arrest & saisie faite par le sieur des Chommes, & main-levée accordée de tous les meubles à la sœur utérine, sur ce déduit la somme de 1500 liv. pour les frais funéraires paiez par le mari.

Outre les exemples de ces deux femmes qui furent rendues grosses par des enfans âgez de dix & douze ans; *Scaliger in Elog. Orat. Chronol.* en rapporte un beaucoup plus singulier & extraordinaire; il dit que de son tems en la ville de Leictoure un enfant qui n'avoit pas encore douze ans accomplis; rendit grosse de ses œuvres sa cousine germaine qui n'avoit pas encore dix ans; & il assure que la chose étoit certaine; & que de son tems l'histoire en étoit notoire par toute la Guienne: En ces rencontres il faut dire avec S. Jérôme, *non valere naturam contra natura Dominum.*

Si Achas a engendré un fils à onze ans?

Le Droit Civil préférable au Droit Canon en ce qui concerne l'âge requis pour le mariage.

Si Salomon engendra Roboam à douze ans ou plus, suivant les sentimens de différents Auteurs?

Fille au dessous de dix ans rendue grosse par un enfant au dessous de douze.

Lorsque

Il ne fuit pas que les personnes fussent capables de contracter mariage pour jouir des droits & des effets du mariage, il faut en rapporter des preuves certaines; mais pourroit-on en certains cas vérifier un mariage par témoins? Cet acte étant le plus important de la vie, il seroit trop dangereux d'en recevoir la preuve par témoins; au contraire, c'est pour n'exposer pas l'état des familles à la corruption & à la venalité des témoins, & pour assurer leur repos, que l'on a ordonné tant de formalités pour rendre les mariages publics & certains; mais sur tout afin que la célébration ne pût en être douteuse, l'on a enjoint aux Curés de tenir de bons & fides Registres de tous les mariages qu'ils celebrent: Si néanmoins les Registres se trouvoient égarés, ou que le Curé n'en eût point tenu, en ce cas il seroit raisonnable d'en recevoir la preuve, sur tout s'il y avoit quelque commencement de preuve, comme il a été jugé par Arrest du Parlement de Paris, rapporté dans le second tome du Journal des Audiences, l. 4. c. 46. & par un Arrest du Parlement d'Aix, rapporté dans le neuvième tome du Journal du Palais.

Si l'on peut vérifier un mariage par témoins?

Comment se réglent les intérêts pour promesses de mariage non accomplies?

Lorsque les promesses de mariage ont été faites entre des personnes capables de les contracter, ou par des enfans de famille du consentement de leurs peres & meres, celle des parties qui refuse de les accomplir en doit porter la peine. On punit néanmoins plus rigoureusement l'homme que la fille; à l'égard de la fille tous les dons qui lui ont été faits doivent céder à son profit; & comme ce changement de volonté fait toujours quelque tort, & que la recherche faite de sa personne a pu détourner d'autres gens qui s'y seroient engagez, on lui ajuge encore des intérêts; mais à l'égard de l'homme, l'inexécution des promesses ne lui étant pas ordinairement si défavantageuse, pour peu qu'il y ait de sa faute, on ne lui ajuge point d'intérêts, mais on lui restitué le prix des hardes qu'il a achetées, & l'on n'est pas reçu à rendre les hardes, parce que le plus souvent elles ne sont pas à son usage, & lui seroient inutiles; mais il est mal-aisé d'établir une règle generale sur ces matieres, & les intérêts tant de la part de la fille que du côté de l'homme, sont plus ou moins grans selon les circonstances particulieres du fait.

Puisque l'arbitration de ces intérêts est incertaine, & que les Juges en sont le plus souvent les maîtres, pour éviter cette difficulté pourroit-on pas stipuler une peine qui seroit payable par celle des parties qui donneroit lieu à l'inexécution des promesses? C'est une jurisprudence universelle que ces pactons sont contre les bonnes mœurs, *inhonestum est vinculo pœna matrimonia obstringi*, l. Titia, D. de verb. oblig. Il est vrai que l'Empereur Leon en sa Nov. 18. *ut in sponsalib. constituta pœna exigatur*, voulut rétablir l'ancien Droit Romain qui permettoit de stipuler une peine pour l'intérêt des promesses de mariage non accomplies, *stipulari uxores futuras & agere in id quod intererat*, Aulus Gell. Noct. Att. l. 4. c. 4. parce, disoit-il, qu'en faisant souffrir cette perte à ceux qui n'exécuteront pas leurs promesses, ils ne s'y porteront pas si facilement, *ut ex pacto definita pœna gravius damnum sibi imminere videns, inconstans ille tardior omnino ad divellenda sponsalia fiat*: mais les Nouvelles de Leon n'ont jamais eu beaucoup d'autorité, & dans tous les Parlemens l'on a suivi la disposition de la loi Titia. M^r Loüet, l. M. n. 24. & M^r Cambolas, l. 2. c. 22. Arrest en ce Parlement, du 10 de Mai 1662. Une fille nommée Loudier poursuivoit un fils de famille pour l'épouser, ou lui paier trois mille livres suivant sa promesse; le fils & le pere qui étoit intervenant, soutenoient que cette promesse étoit nulle, & même qu'elle avoit été faite par un mineur, & que d'ailleurs cette fille s'étant abandonnée à ce jeune garçon, cette promesse n'étoit à vrai dire qu'une taxe & une composition qu'elle avoit faite de son honneur,

Si l'on peut stipuler une somme pour intérêts de promesses non accomplies?

ce qui la rendoit honteuse & nulle; néanmoins on lui ajugea deux mille livres pour tous intérêts, dommages & dépens. Sur ce sujet les loix font cette distinction, suivant l'observation de M^r Cujas sur la l. 71. §. 1. *Titio centum, de condit. & dem. D. Aliud est metu pœna auferri libertatem matrimonii quod est contra bonos mores*, l. 2. de inutil. stipul. C. nam libera matrimonia esse oportet, & ob eam rem stipulatio illa non valet. *Aliud est ad lucrum invitari puta ad legatum sub certo modo, ut si admittatur ad legatum, si Maviam uxorem duxerit; non admitteretur, si non duceret; denique aliud est pœnam de suo inferre, aliud pœnam de alieno inferre* c'est-à-dire si la peine est apôlée du fait de quelqu'un, comme si je n'épouse pas une telle femme, je baille cent écus; cette somme ne pourra être exigée de moi, parce qu'elle empêche la liberté du mariage; que si la stipulation est du fait d'autrui, comme s'il se marie avec une telle, je lui donnerai cent écus, en ce cas ce n'est plus une peine, mais plutôt une récompense pour l'exciter à se marier: *Aliud est*, dit Papinien, *dictal. Titio centum, §. eligendi matrimonii libertatem pœna metu auferri, aliud ad matrimonium certâ lege invitari*.

Lorsque le fils meurt avant son pere, il faut que ce pere ou l'aieul aient consenti au mariage pour aquerir douaire sur leur succession, & il n'est pas besoin de prouver que sous ces mots de pere ou d'aieul, la mere & l'aieule sont comprises, en ce cas *masculinum continet foemininum*. Que si le pere ou l'aieul étoient de sentiment contraire au tems du mariage, comme le fils est en la puissance du pere, suffiroit-il d'avoir eu son consentement à l'effet que si le pere mourroit avant son fils la femme ne fût pas excluse de prendre douaire sur la succession de l'aieul? Il semble qu'elle auroit fait tout ce que le devoir & la bien-séance requeroient d'elle, son mariage aiant été agréé par le pere de son mari, dont le consentement étoit seul nécessaire; car quand la Coutume requiert le consentement de l'aieul, c'est en cas seulement ou que le pere fût mort, ou que s'il étoit vivant, on n'eût pas négligé de rechercher son approbation; que s'il ne vouloit pas condescendre aux volontés du pere, en ce cas il seroit rigoureux de priver la veuve de prendre douaire sur la succession. Il y a plus d'apparence que la veuve du petit-fils ne peut avoir douaire sur la succession de l'aieul, quand le pere du mari est mort le premier; le mot d'aieul n'est point mis inutilement: le petit-fils n'est pas seulement obligé de requérir son consentement lorsqu'il n'a plus de pere, quoi qu'il soit en la puissance de son pere, & que son agrément soit le plus nécessaire, il doit aussi s'il est possible se conformer au sentiment de son aieul; que s'il méprise son autorité, il n'est pas juste que la femme en profite, & qu'elle en tire avantage. On demande ensuite si ce consentement doit être exprés ou tacite? L'ancienne Coutume disoit que *si le pere & la mere ne s'accorderent pas au mariage, ains le blâmerent, la femme après la mort de son mari n'emporte point de douaire, fors ce dont il étoit saisi lorsqu'il l'épousa*; d'où l'on concluoit que ce n'étoit pas assés qu'ils n'eussent consenti, il falloit qu'ils l'eussent blâmé, & témoigné par quelque action qu'il ne leur étoit pas agréable; & la Glose ajoute que *ce n'étoit pas à la femme à prouver le consentement, mais à la femme le contredit du pere*. La Coutume réformée requérant le consentement ou la présence du pere, il tombe en charge à la femme de prouver ce consentement, puisqu'elle s'en veut prévaloir; mais il reste encore cette question, si ce consentement doit être exprés ou tacite; & de quelle maniere on le peut prouver?

Si le consentement de l'aieul est nécessaire au mariage du petit-fils, pour aquerir douaire à la femme sur la succession?

Si le consentement du pere au mariage de son fils doit être exprés ou tacite, & de quelle maniere on le peut prouver?

Si l'on disputoit de la validité du mariage, pour prouver ce consentement, il ne seroit pas nécessaire que le pere eût signé au contrat de mariage, *si nuptiis suis pater consentit, nihil oberit tibi quod instrumento ad matrimonium pertinenti non subscripsit*,

34 DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCLXIX.

l. 2. C. de nupt. Non requiritur, dit M^r Cujas, patris consensus expressus, satis est si non contradicat nuptiis, taciturnitas patris consensum includit; & c'est une maxime certaine que toutes les fois qu'il s'agit de faire valoir le droit des enfans sur la succession de leur pere, valet conjectura de propensa voluntate patris in liberos, & in patris voluntate estimanda major pietatis quam verborum ratio habetur, aded ut si verba fideicommissi cessarent, tamen ex conjectura patris animus & voluntas paterna estimanda esset, l. unum ex famil. §. ultimo, de leg. 2.

Ainsi pour la validité du mariage, quoi que le pere n'eût pas signé au contrat, ou qu'il n'eût pas été present à la célébration d'icelui, si toutefois il l'avoit approuvé par quelques actions; comme en recevant sa belle-fille en sa maison, en lui faisant quelques presens, ou en donnant le nom à ses enfans, cela suffiroit pour induire son consentement & son agrément; sur tout s'il n'avoit point fait d'actes contraires, & s'il n'avoit point témoigné son ressentiment; car s'il avoit passé jusques à l'exhérédation, la révocation n'en seroit pas présumée si facilement.

Ces conjectures pieuses de l'amour paternel, & ces explications favorables n'auroient pas entièrement le même effet, s'il s'agissoit du douaire. Chopin sur la Coutume d'Anjou, de la Propriété des biens, l. 3. t. 1. c. 2. n. 7. estime qu'il ne fust pas d'un consentement tacite; mais que le pere doit intervenir au contrat de mariage, & consentir expressément à icelui, & qu'après le mariage une simple ratification sans une obligation expresse aux promesses de mariage, n'auroit pas un effet rétroactif; & qu'il a été jugé au Parlement de Paris, qu'encore que le pere eût assisté au festin des nocés, baillé sa bru, & qu'il lui eût donné un anneau, & témoigné de la joie, cela ne suffisoit pas pour aquerir un douaire à la veuve du fils sur les biens du pere; *l. obligari, §. tutor. de auctor. tut. l. si quis mihi bona, §. jussim, & ibi Bartol. D. de adquir. hered.* bien que l'on alégât au contraire que le consentement tacite n'a pas moins de force que l'express, & qu'il doit être indifférent si nous nous faisons entendre par parole ou par effet, *l. 2. §. voluntatem, D. solut. matrim.* C'est aussi le sentiment de Dupineau sur l'art. 303. de la Coutume d'Anjou, que le consentement doit être exprés, & que les actes de civilité, de bienveillance & d'approbation du mariage ne suffisent point, quand il s'agit du droit de douaire.

Le consentement exprés paroît nécessaire par la Coutume d'Anjou, par cette raison que le pere après la mort de son fils est obligé de paier à sa veuve un demi douaire, qui consiste en la moitié de la part du fils: Il semble raisonnable que la preuve de ce consentement soit plus ou moins solemnelle, selon la qualité des personnes qui contestent le douaire. L'héritier du pere est sans doute moins favorable; mais à l'égard des créanciers ou des aquereurs des biens du pere, si l'on établissoit cette jurisprudence, que le pere ne peut plus hipotéquer ses biens au préjudice du douaire de la femme de son fils, quand il a consenti à son mariage, pour éviter aux tromperies, la signature du pere au contrat de mariage seroit nécessaire.

Cependant puisque suivant cet article il fust que le pere ou l'aieul aient consenti au mariage, ou qu'ils y aient été presens, non seulement le consentement est suffisamment prouvé par la signature au contrat, mais aussi par le certificat du Curé qui ateste leur presence: Cela fut jugé de la sorte au rapport de M^r Cormier, le 19 d'Août 1639. en la Chambre de l'Edit, entre Geneviève le Gouëssier, femme civilement séparée d'avec Gabriel Osmont son mari, apelante du Juge du Pontlevêque, & au principal demanderesse en douaire sur les héritages dont René Osmont & Catherine de la Riviere, pere & mere dudit Gabriel Osmont, étoient saisis lors de

ses épouailles, contre Catherine Eude veuve de Pierre Lambert sieur de la Motte, & autres parties. La difficulté du procès consistoit en ce que le pere & la mere n'avoient point signé au contrat de mariage; mais cette veuve representoit une atestation du Curé qui les avoit mariez, par laquelle il certifioit les avoir mariez sur la requisition du pere & de la mere; par l'Arrest le douaire lui fut ajugé sur la succession du pere.

On a même reçu contre l'héritier du pere des faits de preuve, que le pere avoit approuvé & ratifié le mariage. Le sieur de Bonneville fils aiant été récompensé par le Roi de la Lieutenance de Roi dans la ville de Pont-à-Mousson, il y contracta mariage sans avoir obtenu l'agrément de son pere, mais il étoit âgé de quarante-cinq ans; sur le refus de son pere de lui donner une pension, il le poursuivit en Justice, & il en obtint une de cinq cens livres: Etant décédé, & son pere ensuite, sa veuve donna action au sieur de Bonnemare tuteur de leurs enfans, qui avoient renoncé à la succession du pere, & accepté celle de l'aieul, pour être païée de sept mille livres qui lui étoient limitez pour son douaire par son contrat de mariage; le tuteur soutint qu'il ne lui étoit dû aucun douaire, ni coutumier ni préfix, l'aieul n'ayant point consenti au mariage de son fils: La veuve offrit de prouver que la réconciliation avoit été faite entre le pere & le fils; que l'aieul avoit souhaité de voir ses petits-enfans, & que le pere n'ayant pu quitter son Gouvernement, il lui en avoit envoyé les portraits qu'il avoit reçus & gardez curieusement: Par Arrest en l'Audience de la Grand'Chambre, du 21 de Janvier 1661. il fut dit qu'avant de faire droit elle feroit preuve de ses faits, & cependant on lui ajugea deux cens livres de provision; mais cette veuve n'avoit pour parties que ses propres enfans, ce qui rendoit leur opposition moins favorable.

L'on a depuis jugé le contraire sur ce fait. Nicolas Braquehais avoit deux enfans: après la mort de l'aîné sans enfans, le second nommé Nicolas s'étant retiré de la maison de son pere, il se maria sans son consentement; le pere offensé par ce mariage, le fit constituer prisonnier, & après l'avoir retenu quelque tems, il permit qu'on le mit dehors; & depuis par l'entremise de quelques personnes de qualité, le fils & sa femme aiant demandé pardon à leur pere, il les reçut avec joie, embrassa sa belle-fille, & les reçut en sa maison & à sa table en la presence de ses gendres, & demeurèrent quelque tems avec lui: Nicolas Braquehais & sa femme étant retournés en leur maison, il tomba en langueur, & étant retourné en la maison de son pere avec sa femme, il reçut de lui toutes les assistances dont il avoit besoin; il consola même sa belle-fille après la mort de son mari, l'assurant qu'il lui serviroit de pere; & pour marque de son amitié, il lui donna ses habits de deuil, & la retint avec lui pendant six semaines, & cette veuve aiant voulu se retirer chez elle, il l'y fit conduire, & lui donna des marques & des témoignages de sa tendresse. Depuis cette veuve nommée Marguerite Jean s'étant remariée à Jean le Carpentier, elle demanda son douaire sur la succession du pere de son mari, aux nommez Gohon & Gourneau, aiant épousé les filles & héritieres de Nicolas Braquehais pere; ils la soutinrent non recevable à sa demande en vertu de cet article & de l'art. CCCLXX. le pere n'ayant point consenti ni signé au contrat de mariage, & étant décédé après son fils; elle representa au contraire que cet article lui étoit favorable; que le consentement du pere que la Coutume requeroit pour aquerir douaire à la femme du fils, avoit assez paru par tout ce qui s'étoit passé depuis son mariage, & dont en cas de besoin elle demandoit à faire la preuve par témoins de certain: ainsi le pardon de la part du pere, la reception en sa

Arrest qui reçoit les faits de preuve de l'approbation du pere du mariage de son fils.

Le consentement tacite du pere est suffisant pour la validité du mariage.

Si la preuve par témoins du consentement du pere est admissible pour aquerir douaire à la veuve du fils sur les biens du pere?

L'atestation du Curé de la presence du pere ou aieul au mariage de son fils, fait preuve de leur consentement.

maison, & les marques d'amitié qu'il avoit données à sa belle-fille même après le décès de son fils, prouvoient assez son consentement. Le Viconte de Caudebec avoit jugé la fin de non recevoir proposée par lesdits Gohon & Gourneau, pertinente & admissible, & qu'en conséquence ne paroissant point de consentement du pere, ladite veuve fut refusée du douaire par elle prétendu. Le Carpentier son mari aiant apelé devant le Bailli, il avoit dit qu'il avoit été mal jugé par le Viconte, & en réformant il avoit reçu ledit Carpentier à faire preuve des faits de pardon, de réconciliation, & autres ci-dessus qu'il avoit posés par ses écrits. Sur l'apel par Gohon & Gourneau, la Cour aiant vû les Arrêts que j'ai raportez, & examiné toutes les raisons des parties, par Arrest en la Grand' Chambre, du 17 Mars 1683. au raport de M^r de Marguerit, la Sentence du Bailli fut cassée, & en réformant l'on ordonna que celle du Viconte seroit executée. La Cour ne trouva pas que les faits de preuves alégués par le Carpentier fussent suffisans pour faire valoir le consentement du pere, & que tout ce qu'il avoit fait ne pouroit valoir que pour détruire une exhérédation s'il y en avoit eu une; mais que l'on ne pouvoit présumer qu'il eût consenti que sa belle-fille eût un douaire, puisqu'il n'avoit point signé à son contrat de mariage.

Arrest qui évince la veuve des faits de preuve du consentement du pere au mariage de son fils.

Dans la cause de la Dame de Bonneville on n'eut point d'égard aux civilitez qu'elle prétendoit avoir rendues à sa belle-mere après la célébration du mariage. De la Barre, sieur de Bonneville, épousa Demoiselle Anne de Tiesse sans le consentement de la Dame sa mere, femme en secondes noces de Desson sieur de Douville; quelque tems après ladite Dame de Bonneville écrivit une lettre pleine de civilitez & d'excuses à sa belle-mere, qui lui fit réponse que son fils s'étant marié sans son aveu, & ne lui aiant pas rendu ce qu'il lui devoit, elle se contentoit de le tenir dans l'indifférence, & qu'elle ne lui envoiât point son contrat de mariage, étant autant qu'elle le pouvoit être sa très-humble servante. Après la mort de la Dame de Douville, la Dame de Bonneville aiant demandé son douaire sur sa succession, elle en fut deboutée. Sur son apel, Maurry son Avocat representa que comme par la disposition du Droit un fils pouvoit se marier sans le consentement de son pere en ces trois cas, d'absence, de fureur & de captivité, il étoit pareillement juste d'excuser un fils pour n'avoir pas requis l'agrément de sa mere, lorsqu'elle avoit contracté de secondes noces, & même exercé les dernières rigueurs contre ses enfans; qu'après tout sa réponse étoit une ratification de ce mariage, n'ayant puni son fils que par une indifférence; que si l'on avoit jugé qu'une fille mariée par sa mere lorsqu'elle étoit sous les loix d'un second mari, pouvoit demander sa légitime, nonobstant que la fille mariée par ses pere & mere ne puisse demander que ce qui lui a été promis, parce que l'on présume équitablement que ses sentimens n'avoient pas été libres, on peut conjecturer que la mere ne s'étoit déclarée plus ouvertement, que parce qu'elle en avoit été détournée par son second mari. Valée pour M^r le President de la Barre, & le Quesne pour le Chevalier son frere, répondirent qu'une veuve qui vouloit emporter un douaire sur la succession de sa belle-mere, étoit indispensablement obligée de satisfaire au devoir qui lui étoit ordonné par la loi: C'est une maxime que *res nostra sine facto nostro pignori dari non potest*. La Coutume desire pour acquérir un douaire que le pere ou la mere y aient consenti; or pour charger leur succession d'un douaire, il ne suffiroit pas d'un consentement tacite: Voiez Chopin au lieu préalégué. Par Arrest du 16 de Février 1674. en l'Audience de la Grand' Chambre, la Sentence fut confirmée.

Arrest qui décharge la succession de la mere du douaire demandé par la veuve de son fils.

Il est beaucoup plus aisé de comprendre comment

Tome II.

un pere est réputé avoir consenti ou été présent au mariage de son fils, que d'expliquer les effets que ce consentement peut produire à l'égard de la femme du fils; & de savoir quand, comment & sous quelles conditions elle peut demander douaire sur les biens du pere de son mari; l'on ne convient pas de l'effet que produit le consentement & la présence du pere, car cet article est le plus mal conçu & le plus obscur de toute la Coutume; l'explication en est si difficile, que toutes les Chambres du Parlement assemblées n'ont pû convenir de son véritable sens.

Plusieurs estiment que le pere par sa seule présence, & par un simple consentement au mariage de son fils, s'impose une interdiction générale & absolue de tous ses biens, & soit que son fils le prédécède, ou qu'il meure après lui, que la veuve prend son douaire en exemption des dettes qu'il a contractées, & des aliénations qu'il a faites depuis son consentement: D'autres ne donnent pas une si grande étendue au consentement donné par le pere, ils n'accordent le douaire sur les biens du pere, qu'à la charge des dettes contractées par le pere depuis le mariage de son fils, en sorte que la présence ou le simple consentement du pere ne l'engage pas, & ne le prive point de la liberté de disposer de son bien; & en conséquence que la veuve prenant douaire sur la part qui auroit appartenu à son mari, elle est sujete aux dettes contractées depuis son mariage, soit que son mari ait prédécédé son pere ou qu'il l'ait survécu, parce qu'il ne peut avoir de portion en la succession de son pere, qu'en contribuant aux charges d'icelle.

Des effets du consentement du pere au mariage de son fils.

Il est encore incertain de savoir quelle est cette part qui appartenoit au fils lorsqu'il a prédécédé son pere, & de quel tems on la doit régler, si c'est au tems de la mort du fils ou du décès du pere?

Tous les partis intéressés en ces différentes opinions ont travaillé avec beaucoup de chaleur à les soutenir; ils ont expliqué l'ancienne & nouvelle Coutume à leur mode, & la Cour n'ayant pû décider ces difficultez, les opinions s'étant trouvées partagées, on ne pouvoit entreprendre sans témérité de les résoudre, & chacun est trop prévenu de la justice de son sentiment, pour pouvoir être convaincu par les raisons que l'on alégueroit au contraire: Il est plus à propos d'en attendre la décision de Sa Majesté, à laquelle la connoissance en a été renvoyée.

Enfin la question a été décidée par Arrest du Conseil Privé du Roi, du 30 Août 1687. qui ordonne que la veuve du fils qui a survécu son pere, & qui s'est porté son héritier, peut avoir douaire sur la succession de son beau-pere décédé avant son mari; & comme cet Arrest a été donné pour servir de Règlement à l'avenir pour la Province, je le rapporterai tout entier.

Extrait des Registres du Conseil d'Etat.

VEU au Conseil d'Etat du Roi, Sa Majesté y étant, l'Arrest de partage du Parlement de Rouen, rendu les Chambres assemblées le sixième Février 1676. pour délibérer sur la question concernant le douaire de la veuve ou femme du fils, & le tiers coutumier des enfans du fils; par lequel ladite Cour s'étant trouvée partagée en deux avis, l'un à dire que la veuve ou femme d'un fils qui a survécu son pere, & qui s'est porté son héritier, doit avoir seulement son douaire qui est aussi le tiers des enfans, réduit au tiers de la part héréditaire de leur pere, considérée en l'état qu'elle est quand la succession de l'aieul échet, suivant la nouvelle jurisprudence; & l'autre à dire que la veuve du fils qui a survécu son pere, & qui s'est porté héritier d'icelui, peut avoir douaire sur la succession de son beau-pere décédé avant son mari, suivant l'ancienne jurisprudence:

Règlement de 1687. touchant le douaire de la veuve du fils qui a survécu son pere, & qui s'est porté son héritier, sur la succession de son beau-pere décédé avant son mari.

Il a été arrêté par ladite Cour, que Sa Majesté seroit très-humblement suppliée de donner Règlement sur cette question, & si les voix des pere & fils, deux freres, beau-pere & gendre, oncle & neveu, étant du même avis en affaires generales & publiques, seront réduites à une. Requête présentée au Conseil par Etienne Vattier de Roüen, à ce qu'il plût à Sa Majesté régler ladite question, conformément au premier avis qui est le plus équitable, sans s'arrêter à ce qui pourroit être dit au contraire; ladite Requête signée de Fallentin Avocat audit Conseil. Autre Requête présentée audit Conseil par Guillaume Scot Ecuier, Conseiller-Secretaire du Roi, Maison, Couronne de France & de ses Finances, tendante aussi à ce que pour les moiens y contenus, il plût à Sa Majesté prescrire au Procureur Général dudit Parlement de Roüen, de lui envoyer les motifs desdits deux avis, & cependant surseoir au jugement d'un procès particulier y mentionné, que ledit Scot avoit au Parlement de Paris; ladite Requête signée dudit de Fallentin audit nom. Autre Requête présentée au Conseil par Dame Marie du Bourget, autorisée à la poursuite de ses droits par Pierre des Essars Sieur de Montfiquet son mari, & Loüis du Saussai Ecuier, sieur de Montsauvan, tant pour lui que pour son frere; à ce que pour les causes & moiens y contenus, il plût à Sa Majesté, attendu qu'il y avoit eu vingt-huit voix pour l'ancienne jurisprudence, & quatorze seulement pour la nouvelle opinion, en les réduisant suivant l'Ordonnance, ordonner que l'Arrest seroit délivré conforme à la pluralité des voix, confirmatif de l'ancienne jurisprudence; & que suivant l'ancienne Coûtume de Normandie, concernant le douaire des femmes & le tiers des enfans, & conformément aux Arrêts qui s'en sont ensuivis, les femmes continueroient d'avoir pour douaire en usufruit, & les enfans en propriété le tiers des biens du pere & de l'aieul, & autres ascendants de maris, lorsqu'ils auront assisté ou consenti, ou l'auroient pourchassé, encore bien que le mari se fût porté héritier de son pere ou de son aieul; & ce eu égard à l'état des biens lors du mariage, & leur hipotéque du jour dudit mariage, à l'exclusion des créanciers posterieurs au contrat de mariage; enjoindre au Procureur Général dudit Parlement de tenir la main à l'observation de ladite Coûtume & de l'Arrest qui interviendra. Autre Requête présentée audit Conseil par Dame Claude d'Escayeul, veuve de M^r Nicolas de Sirreme sieur de Coulombiere, faisant tant pour elle que pour Elisabeth, Suffanne & Gillonne d'Escayeul ses sœurs; à ce qu'il plût à Sa Majesté ordonner que la suppliante rentroit en la possession d'un pré dont étoit question, duquel elle jouiroit jusqu'à ce qu'elle eût été actuellement payée de 12000 livres restans de sa dot & intérêts; & pour terminer la question de la légitime que ses sœurs & elle prétendent leur devoir être payée en essence, renvoyer les parties en tel autre Parlement que celui de Roüen; ladite Requête signée de Rouffin Avocat au Conseil de Sa Majesté. Autre Requête présentée audit Conseil par Charles d'Escayeul Ecuier, sieur de Grand-Pré, tant pour lui que pour Henri d'Escayeul son frere & ses sœurs au nombre de six, à ce qu'il plût à Sa Majesté en prononçant sur la Requête de la Dame de Montfiquet, conformément à l'ancienne jurisprudence, à la Coûtume de Normandie, & aux Arrêts dudit Parlement de Roüen, des 23 Décembre 1655. & 4 Mai 1661; maintenir & garder le suppliant au tiers des biens possédés par Henri d'Escayeul son aieul, & par Dame Jeanne Dubois son aieule, au jour du contrat de mariage de René d'Escayeul son pere; pour sûreté duquel tiers, la terre de la Ramée demeureroit spécialement affectée & hipotéquée, pour en faire la liquidation; renvoyer les parties au Parlement de Paris, ou en tel autre Parlement qu'il plairoit à Sa Majesté; à l'exce-

ption de celui de Normandie; ladite Requête signée aussi dudit Rouffin audit nom. Plusieurs mémoires & écrits, contenant les motifs des avis du Partiteur & Compartiteur. Les listes des Juges qui ont opiné aux Assemblées des 5 & 6 Février 1676. envoyées au Conseil, à la requête & diligence du Procureur General audit Parlement, avec les pièces, pour soutenir l'avis de donner le tiers à douaire sur les biens de l'aieul, en l'état qu'il les a laissez à son fils: Savoir, cahier contenant extrait des dispositions de l'ancienne Coûtume de Normandie. Copie collationnée d'Arrest dudit Parlement de Roüen, du 13 Février 1650. entre Nicolas Girard & Jeanne Dijon femme séparée d'Adrien le Roy. Copie collationnée d'Arrest du Grand Conseil, donné entre Jean Fortut Ecuier, sieur de Coefnoy, & François de S. Oüen, Pierre des Essars sieur de Montfiquet és noms, le 30 Septembre 1666. Copie collationnée d'autre Arrest du Parlement de Roüen, entre Anne Marie veuve de Jessé de Cauvigny, & Pierre le Breton, du 30 Mars 1668. Copie collationnée d'autre Arrest dudit Parlement, entre Roland le Mansel, Henri de Cavelande, & autres, du 22 Mars 1668. Copie collationnée d'autre Arrest dudit Parlement, entre Henri-Sebastien de Morchefne, & M^r Georges le Carpentier, du 21 Avril 1668. Consultation de plusieurs Avocats dudit Parlement, du 30 Janvier 1669. Copie collationnée d'une Sentence rendue au Bailliage de Roüen, entre Marie de Romé femme séparée d'avec Charles Ducaron, & M^r Jacques Scot Conseiller audit Parlement, du 14 Décembre 1669. Copie collationnée d'autre Arrest dudit Parlement, entre Nicolas de la Motte, & Alexis, Jacques, François, Marie & Marguerite Blot, du 20 Novembre 1670. Autre copie collationnée d'Arrest, entre Guillaume Osmont sieur d'Aubri, & Antoine Dubois, du 15 de Décembre 1670. Copie collationnée de consultation des sieurs Castel & de Lespiney Avocats à Roüen, du 29 Mai 1671. Copie collationnée d'autre Arrest dudit Parlement, entre Jean le Blays sieur du Quesnay, & Pierre le Sueur sieur de Colleville, du 17 de Décembre audit an 1671. Copie collationnée de Sentence arbitrale rendue le 4 Juillet 1672. par les sieurs Drieux, Maurry & le Danois, Arbitres nommez & convenus par les sieurs Michel le Caüchois, Gallien de Boutancourt & Adrien Boubert. Copie d'Arrest de la Cour des Aides de Normandie, rendu entre Guillaume Bucaille, René Guillemin & autres, le 7 Décembre 1672. Copie d'autre Arrest dudit Parlement de Roüen, du 19 Décembre 1673. rendu entre Nicolas du Bourget sieur de Chaulieu, la veuve Jean du Bourget de S. Sauveur, Jean-Charles & Etienne du Bourget, és noms. Copie d'autre Arrest dudit Parlement, rendu entre Demoiselle Elisabeth le Vigneur, veuve de Jean-Baptiste Moisson, & Demoiselle Marguerite le Masurier, le 22 Novembre 1674. Copie de Sentence de la Viconté de Roüen, rendu entre Loüis le Sonneur & Catherine Dufour, du 7 Mai 1675. Copie d'autre Arrest dudit Parlement, donné entre Charles-Jacques le Roux, & le nommé de la Haye, le 5 de Décembre 1675. Copie de Sentence du Bailli de Roüen, du 19 dudit mois de Décembre, entre ladite Catherine Dufour & ledit le Sonneur. Copie collationnée d'une consultation d'anciens Avocats dudit Parlement de Roüen, sur la question du douaire, du 13 Août audit an 1675. Requête présentée audit Conseil par le sieur Procureur General de Sa Majesté audit Parlement de Roüen, à fin d'intervention, à ce qu'il lui fût donné acte de ce qu'il se raportoit à Sa Majesté d'ordonner sur cette question des douaires, ce qu'Elle trouveroit plus convenable au bien & au repos de ses sujets de ladite Province, selon sa justice ordinaire, afin que l'Arrest qui interviendroit serve de loi pour l'avenir, & soit publié à la diligence dans toutes les Juridictions en dépendantes; ladite Requête signée Martel Avocat au Conseil.

L'Ordonnance du sieur Puffort Conseiller d'Etat sur ladite Requête, portant soit reçu partie intervenante, & Acte d'emploi au surplus en jugeant, du 11 de Mai 1678. signifiée le 18 dudit mois. Requête & Ordonnance de *Committitur* du sieur Feideau du Pleffis M^e des Requêtes, pour le raport desdites Requêtes, du 28 Octobre 1684. signifiées le 9 de Novembre ensuivant. Requête de *Continuatur* dudit sieur Feideau, du 4 de Décembre audit an, signifiée le 9 dudit mois. Arrest du Conseil à son raport, de sommairement ouï sur les fins desdites Requêtes. Règlement donné en conséquence. Requête desdits du Bourget & du Saussai d'emploi pour écriture & production, signifiée le 30 Mars 1686. Pièces jointes à ladite Requête; savoir; Arrest du Parlement de Roüen, du 27 de Mai 1547. rendu entre Jeanne Moreau veuve de Jean Baoult, & Pierre Louvel, tant en son nom que comme tuteur des enfans mineurs dudit Jean Baoult. Autre Arrest dudit Parlement, du 16 Aoust 1600. entre Jacques Fontaine, Marion Bregis la femme de lui séparée, & les créanciers dudit Fontaine. Autre Arrest dudit Parlement, du 18 Février 1612. entre Catherine Sadre femme séparée de biens de Nicolas Quesnel son mari, & M^e Claude Euldes sieur de Berengeville. Autre Arrest dudit Parlement, du 15 Avril 1614. entre Pierre le Breton & M^e Alexandre des Obeaux. Autre Arrest dudit Parlement, du 19 Juillet 1624. entre Gilles Potier sieur de la Pommeraye, Christophe Michel sieur de Préfontaine, comme aiant époulé Demoiselle Jacqueline & François Escoulant, & Marie Escoulant veuve de Guillaume du Châtel, d'une part; & les sieurs du Haumanoir & du Palay, d'autre. Autre Arrest dudit Parlement, du 12 Mai 1626. entre Maître Pierre Bervolle & Jacques Cavelier. Autre Arrest dudit Parlement, du 20 Aoust 1639. entre Demoiselle Geneviève le Gouestier femme de Gabriel Osmont, & Demoiselle Catherine de Lieude, veuve de Pierre Lambert tuteur de ses enfans. Autre Arrest dudit Parlement, du 19 Février 1642. entre Pierre de Caux tuteur de ses enfans, Louis de la Balte créancier de Guillaume de Caux, & André de Caux és noms. Autre Arrest du Parlement, du premier Décembre 1643. entre Dame Antoinette d'Herbin veuve de Henri de Conflans, & Maître Eustache de Conflans & autres. Autre Arrest dudit Parlement, du 22 de Mars 1652. entre Madeleine le Cauchois veuve de Guillebert Lambert, & Jean le Prevost. Sentence du Bailliage de Coûtances, entre M^e Thomas Morant Maître des Requêtes, & Jean le Grand, poursuivant le decret de la Terre du Ménil-Garnier, du 24 Octobre 1653. Autre Sentence dudit Bailliage de Coûtances, entre Maître Claude-Nicolas Morant Seigneur de Courseville, au nom & comme tuteur des enfans mineurs de Maître Thomas Morant Baron du Ménil-Garnier, du 10 Février 1658. Arrest dudit Parlement de Roüen confirmatif de ladite Sentence. Autre Arrest dudit Parlement, du 20 Septembre 1661. entre Marguerite le Mercier femme séparée d'avec Charles Lucas son mari, & Jean Lucas fils. Autre Arrest dudit Parlement, du 11 Janvier 1662. entre ladite le Mercier, & Robert Lucas & consors. Arrest du Grand-Conseil, du 23 Juin audit an 1662. entre Dame Marguerite Collot femme de Pierre Cavelier, & M^e Nicolas de Bauquemare Conseiller au Parlement de Paris, & autres créanciers dudit Cavelier. Autre Arrest dudit Parlement de Roüen, du 23 Aoust 1666. entre Jacques de la Ruë & Guillaume le Pelletier. Autre Arrest dudit Parlement de Roüen, donné sur la Requête du sieur Morant Maître des Requêtes, le premier de Décembre 1667. Arrest du Grand-Conseil, du 30 Septembre 1669. entre M^e Charles-Thomas Morant Seigneur de Rapières, & les sieurs Morant Maître des Requêtes, & de Courseville. Arrest du Parlement de Dijon, du 15 de Mars 1670. entre Henti-Sebastien de Morchesne &

Georges le Carpentier, & autres. Autre Arrest dudit Parlement de Roüen, donné sur la requête de Dame Elisabeth Brasdefer & Charles le Ber, le 5 Aoust 1679. Arrest du Parlement de Paris, du 23 Aoust 1680. rendu entre Jeanne de Laistre femme séparée de Vincent Cheron, Guillaume Morin & autres. Réponses de la Dame du Bourget & consors. L'Ecrit contenant les raisons du Compartiteur, signifiées aux Avocats des parties, le 24 Avril 1686. Sommation de satisfaire par les parties au Règlement signifié le 27 de Novembre audit an 1686. Requête présentée au Conseil par François Barret veuve de François Lecoupet Ecuier, sieur du Bour, à ce qu'il plût à Sa Majesté lui donner acte de ce qu'elle consent que l'Arrest qui interviendra sur la question du douaire, fût déclaré commun avec la Supliante; de ce que pour moiens & satisfaire au Règlement, elle emploioit le contenu en ladite Requête, signée le Noir Avocat au Conseil, & signifiée le 24 Décembre 1686. Autre Requête présentée au Conseil par Jacques Michel Ecuier, sieur de Bellouze, Gouverneur de la Ville de Coûtances, tendante à ce que pour les causes y contenuës, il plût à Sa Majesté lui donner acte de ce qu'il se joint pour défendre à la prétention des sieurs du Saussay; & de ce que pour satisfaire de sa part au Règlement, il emploie le contenu en ladite Requête, signée Ricard Avocat audit Conseil, signifiée le 17 dudit mois de Décembre 1686. Contredit de la Dame de Montfiquet contre les pièces rapportées, pour soutenir l'avis contraire à celui de l'ancienne jurisprudence, signifié le 3 de Mars 1687. Requête présentée au Conseil le même jour par Antoine de Cuverville Ecuier, Seigneur de sainte Colombe, à fin d'intervention, tendante à ce qu'acte lui fût acordé de ce qu'il adhéroit aux conclusions de ladite Dame de Montfiquet, & de l'emploi par lui fait de ce qu'elle avoit écrit & produit sur la question de douaire, & en conséquence ordonné que l'Arrest qui interviendroit fût déclaré commun avec lui; ladite Requête signée Farouart Avocat audit Conseil, & signifiée aux Avocats des parties. Autre Requête présentée au Conseil par ladite Dame du Bourget & consors, à fin de production nouvelle des pièces y mentionnées, tendante aussi à ce qu'il plût à Sa Majesté leur donner acte de ce qu'en réduisant les conclusions par eux prises en l'Instance & pour les causes y contenuës, il plût à Sa Majesté ordonner que l'Arrest seroit rédigé & délivré suivant la pluralité des voix confirmatives de l'ancienne jurisprudence; ce faisant, pour ne plus laisser de prétexte à procès, qu'il fût ordonné que l'ancienne Coûtume de Normandie concernant le douaire des femmes & le tiers des enfans, & les Arrêts qui s'en sont ensuivis, sans s'arrêter aux Arrêts contraires, seront actuellement exécutez, gardez & observez; & conformément à iceux, les femmes continueront d'avoir pour douaire en usufruit, & les enfans en propriété le tiers des biens des peres, aieuls & autres ascendans, encore bien qu'ils se fussent portez héritiers de leur pere & de leur aieul, & ce eu égard à l'état des biens lors du mariage; & leur hipotéque du jour du contrat de mariage, à l'exclusion des créanciers postérieurs; enjoindre au Procureur Général de Sa Majesté audit Parlement, de tenir la main à l'exécution de ladite Coûtume & de l'Arrest qui interviendra; ladite Requête signée Patu Avocat au Conseil, sur laquelle est l'Ordonnance portant les pièces reçues, & au surplus en jugeant, signifiée ledit jour 3 de Mars 1687. Les pièces de ladite production nouvelle, & tout ce qui a été remis pardevers le sieur Feideau du Pleffis Maître des Requêtes: Ouï son raport, après en avoir communiqué aux sieurs Puffort, d'Aligre, de Pommereil & de la Reynie Conseillers d'Etat ordinaires de Sa Majesté, Commissaires à ce députéz par Ordonnance du Conseil, du 28 Janvier 1687. & tout considéré; LE ROI ETANT EN SON

Les voix des peres & fils, deux freres, beau-pere & gendre, oncle & neveu étant de même avis, sont réduites à une.

CONSEIL, faisant droit sur le renvoi dudit Parlement de Roüen, A ORDONNE' ET ORDONNE que la veuve du fils qui a survécu son pere, & qui s'est porté héritier d'icelui, peut avoir douaire sur la succession de son beau-pere décédé avant son mari, suivant l'ancienne jurisprudence : Et que les voix des peres & fils, deux freres, beau-pere & gendre, oncle & neveu, étant de même avis en affaires générales & publiques, seront réduites à une : Ordonne Sa Majesté qu'à la diligence de son Procureur Général audit Parlement, le present Arrest sera enregistré au Gréfe d'icelui, & dans tous les Siéges de la Province ; & que toutes Lettres à ce nécessaires seront expédiées. FAIT au Conseil d'Etat du Roi, tenu à Versailles le 30 Aoust 1687. Signé, PHELYPEAUX.

LOUIS par la grace de Dieu Roi de France & de Navarre : A nos amez & feaux les Gens tenants nôtre Cour de Parlement de Roüen, SALUT. Par l'Arrest ci-attaché sous le Contrescel de nôtre Chancellerie, ce jourd'hui donné en nôtre Conseil d'Etat, Nous y étant, sur le partage intervenu en nôtre dite Cour, & par elle renvoyé, afin de donner un Règlement au sujet du douaire des femmes dont les maris ont survécu leurs peres, & pour savoir si les voix des peres & fils, deux freres, beau-pere & gendre, oncle & neveu, étant de même avis en affaires générales & publiques, doivent être comptez pour plus d'une ; Nous aurions ordonné que la veuve du fils qui a survécu son pere, & duquel il s'est porté héritier, peut avoir douaire sur la succession de son beau-pere décédé avant son mari, suivant l'ancienne jurisprudence, & que les voix des peres & fils, deux freres, beau-pere & gendre, oncle & neveu, étant de même avis en affaires générales & publiques seront réduites à une, & que pour cet éfet toutes Lettres seroient expédiées. A CES CAUSES, Nous vous mandons & ordonnons par ces Presentes signées de nôtre main, de faire enregistrer ledit Arrest & ces Presentes dans les Registres dudit Parlement : Enjoignant à nôtre Procureur Général en icelui de faire à cet éfet toutes les poursuites, réquisitions & diligences nécessaires, & de le faire pareillement enregistrer dans tous les Siéges de la Province, pour être le contenu audit Arrest & desdites Presentes ponctuellement observé & exécuté selon leur forme & teneur, nonobstant Clameur de Haro, Chartre Normande, & Lettres à ce contraires : Car tel est nôtre plaisir. Donné à Versailles le trentième jour d'Aoust ; l'an de grace mil six cens quatre-vingt-sept ; & de nôtre Règne le quarante-cinquième. Signé, LOUIS. Et plus bas, Par le Roi, PHELYPEAUX. Et scellé d'un Sceau de cire jaune.

VEU par la Cour, les Chambres assemblées, l'Arrest du Conseil d'Etat, & la Commission y attachée, du trentième jour d'Aoust dernier, touchant le douaire des femmes en Normandie : Conclusions du Procureur Général du Roi, & oüi le sieur Fauvel de Touvens Conseiller-Commissaire en son rapport, & tout considéré. LA COUR a ordonné que ledit Arrest du Conseil & Commission seront registrez au Registre de la Cour, lûs & publiez à l'Audience d'icelle, pour être exécuté selon leur forme & teneur, & que les Vidimus en seront envoyez à la diligence du Procureur Général du Roi en tous les Bailliages & Jurisdictions de ce ressort, pour y être à la diligence de ses Substituts, lûs, publiez & registrez, & y être pareillement exécuté. Enjoint ausdits Substituts de certifier la Cour dans le mois de la diligence qu'ils auront faite. FAIT à Roüen en Parlement, les Chambres assemblées, le vingt-unième jour de Janvier 1688. Signé, JACQUES.

Lorsque le fils précède le pere, la Coûtume refuse à la veuve le douaire sur les biens acquis par le

pere ou la mere, ou qui lui sont échûs depuis le décès de leur fils : Cette dernière disposition étoit nécessaire pour prévenir cette grande difficulté que les Commentateurs de la Coûtume d'Anjou ont agitée, savoir si la veuve du fils pouvoit avoir douaire sur les biens que le pere ou la mere avoient acquis depuis le décès de son mari ?

La Coûtume d'Anjou dispose comme la nôtre, que si un homme se marie du consentement de ses pere & mere, & s'il meurt avant sa femme, elle prendra en douaire la tierce partie de la portion que son mari eût prise en la succession de ses pere & mere, s'il leur eût succédé : On combat cette prétention de la veuve par ces raisons, qu'il est vrai que les enfans durant la vie de leurs peres sont réputez en quelque façon propriétaires de leurs biens, à cause de l'espérance presque certaine qu'ils ont d'y pouvoir succéder, *etiam vivo patre quodammodo domini existimantur*, l. in suis, D. de liber. ac posthum. Mais cette espérance doit être bornée aux biens que leur pere possédoit au tems de leur décès, étant impossible de feindre qu'ils aient eu quelque droit à ce que leur pere n'avoit pas encore acquis de leur vivant ; ainsi le douaire sur les biens du pere ne procédant que de cette espérance que le mari avoit de succéder à ses biens, ne peut s'étendre que sur ceux qu'il possédoit lorsqu'il vivoit : D'où il s'ensuit que ces mots, *s'il leur eût succédé*, se doivent entendre si le fils eût succédé à ses pere & mere, autrement il faudroit porter son espérance au de-là de sa vie & au de-là de la vie de ses parens qui l'ont survécu. Pour définir donc à quels biens il a pû succéder, & fixer ensuite le douaire, il faut considérer le tems de sa vie, sans ajouter une seconde fiction pour le rendre capable de succéder aux biens acquis par ses pere & mere depuis son décès, parce que la fiction ne peut opérer au de-là de la nature. Charondas sur la Coûtume de Paris, article 249, a remarqué que ce que la Coûtume dit des biens échéans en ligne directe, s'entendoit non seulement de ceux que le pere avoit au tems du mariage, mais aussi de ceux qu'il avoit acquis jusqu'au jour du décès du mari.

On répond pour la veuve que le douaire lui est dû sur la part qui écheroit à son mari s'il eût survécu ses pere & mere, non par fiction, mais en vertu de leur consentement à son mariage, la femme aiant contracté dans l'espérance que le fils devoit survivre au pere selon l'ordre de la nature : C'est le sentiment de Chopin, de la propriété des biens d'Anjou, l. 3. c. 1. n. 14. *Doario subesse non ea sola que vivente filio, sed qua assumpto pariter morte eo parentes emerunt.* & de du Pineau sur l'art. 303. de la Coûtume d'Anjou. La Coûtume de Poitou en l'article 260. n'est pas conforme à la nôtre, car elle donne indéfiniment le douaire comme celle d'Anjou & du Maine.

Nôtre Coûtume refuse véritablement le douaire à la veuve sur les biens acquis par le pere depuis le décès de son mari ; mais il ne s'ensuit pas qu'elle ne le puisse avoir sur les biens que le pere possédoit au tems du mariage, en tant que pour la part qui lui auroit appartenu s'il avoit survécu son pere : L'ancienne Coûtume s'en étoit expliquée nettement ; la Coûtume réformée aiant parlé plus obscurément, a fait naître ces grandes contestations dont je viens de parler ; car aiant dit que *la femme aura douaire sur les biens du pere, bien que leur succession échée depuis le décès du mari, pour telle portion qui lui eût appartenu si elle fût avvenue de son vivant*, l'on peut douter si cette portion doit être réglée sur les biens que le pere possédoit au tems de la mort de son fils, ou au tems de sa mort.

Berault & Godefroy se sont trouvez contraires en opinions sur les questions qu'ils ont traitées sur ce sujet, le premier aiant proposé cette question, si le mari aiant des freres qui seroient morts après lui, mais auparavant leur pere commun, la veuve auroit

La veuve du fils ne peut avoir douaire sur les biens acquis par le pere ou la mere depuis le décès de son mari.

Si le douaire que la femme prend sur la succession du pere, se règle sur les biens qu'il possédoit au tems du décès de son fils ?

douaire sur toute sa succession. Il répond qu'il y a apparence de le lui adjuger : Au contraire Godefroy soutient que les freres decédez après le mari font part au profit de ses enfans ou de ses heritiers. L'opinion de Berault a été confirmée par un Arrest donné le 28 d'Avril 1623. entre Hadibert créancier de Clement des Vaux, & la femme & les enfans dudit des Vaux : Son pere avoit consenti au mariage, & alors il avoit trois fils ; l'un d'iceux mourut avant Clement des Vaux, & l'autre après lui : Enfin le pere étant decédé, les créanciers de Clement des Vaux disoient que sa veuve ne pouvoit prendre douaire que sur la part qui eût appartenu à son mari si elle fût échüe de son vivant : or un frere étant decédé depuis son mari, il ne lui étoit point dû sur sa part ; que l'on aléguoit inutilement le texte de l'ancienne Coutume, la nouvelle ayant expressément déclaré que le douaire ne peut être pris que sur la part qui eût appartenu à son mari, si la succession du pere fût échüe de son vivant. C'étoit donc de ce tems-là qu'il le falloit régler, & non de celui de la mort du pere ; ce qui étoit si conforme à l'intention de la Coutume, que par ce même article la femme est excluse de prendre douaire sur les acquêts que le pere avoit faits, ni même sur les successions qui lui seroient échües depuis la mort de son mari.

La femme s'atachoit aux termes de l'ancienne Coutume, au chapitre du Douaire, suivant laquelle quand le pere avoit consenti, la femme avoit son douaire sur la partie qui succéderoit à son mari s'il vivoit. D'où elle concluoit que le pere de son mari n'ayant laissé d'autres enfans, le tiers de la succession lui appartenoit pour son douaire ; que ces paroles, *qui lui eût appartenu*, avoient leur relation au tems de la mort du pere, auquel la part qui pouvoit appartenir au fils devoit être réglée, & auparavant il n'y avoit point de droit ni de portion, *viventis nulla hereditas*. C'est de ce jour-là que l'action en partage a commencé de naître, & il est noté que l'on fixe le droit du partage au tems de la mort de l'heritier. On pouvoit repliquer que la Coutume avoit assés déclaré sa pensée en excluant la femme de prendre douaire sur les acquêts & sur les successions qui étoient échües depuis ; elle a donc réglé la part du mari sur les biens seulement auxquels il auroit alors succédé, puisque la femme est privée de douaire sur l'augmentation arrivée depuis en ses biens, autrement si son intention eût été que l'on considérât le tems de la mort du pere, elle n'eût point ajouté cette exception, & il eût été ridicule de limiter la part du fils prédécédé au tems de la mort du pere, & de l'exclure en même tems sur les biens que depuis il avoit mis en sa main ; il n'y a point de différence de biens en succession directe : Il fut jugé néanmoins que la veuve auroit le tiers entier de la succession du pere, sans le pouvoir prendre sur les acquêts faits depuis la mort du fils.

Voilà un cas où il est avantageux à la veuve que l'on règle son douaire au tems de la mort du pere, parce que par le prédécès des freres de son mari avant leur pere, son douaire en est augmenté. Que si l'on établit cette maxime que son douaire sera contribuable aux dettes contractées par le pere, depuis qu'il a consenti au mariage de son fils, il lui sera plus utile de le prendre du tems de la mort de son mari, puisqu'aussi-bien elle n'auroit point de douaire sur les acquêts & sur les successions qui écheroient au pere ; cependant elle contribueroit à toutes les dettes que le pere auroit contractées jusqu'à son decés : mais cela ne peut plus faire de doute, puisque suivant l'Arrest du Conseil son douaire est exempt des dettes contractées par le pere depuis qu'il a consenti au mariage de son fils.

Le consentement ou la presence du pere n'affecte & n'engage ses biens au douaire de sa bru, que pour la part qui appartient à son mari : Cependant il arrive souvent qu'un pere par un excès d'affection pour son

fils, & pour lui procurer un mariage avantageux, se rend caution de sa dot : Mais comme en Normandie un pere ne peut avancer un de ses enfans plus que l'autre, cela a fait douter si l'effet de ces cautionnements pouvoit s'étendre sur les portions des autres enfans. Par Arrest au raport de M^r de Brinon, du 29 de Janvier 1653. il a été jugé que cette caution obligeoit tout le bien du pere, & qu'elle ne pouvoit être mise entre les avantages indirects, bien que par l'insolvabilité du fils les autres enfans en reçoivent du préjudice ; la raison est que la femme est considérée comme une étrangere, & par conséquent le cautionnement du pere est valable à son égard, de la même maniere qu'il le seroit avec un autre.

De là naissent ces deux questions ; la premiere, si les autres enfans peuvent obliger leur belle-sœur à prendre premierement sa dot sur la part de son mari, & ensuite son douaire sur le surplus, s'il peut le porter : Et la seconde, si la femme du fils lorsque le pere est intervenu caution solidaire de la dot, peut s'ataquer & saisir directement les parts des autres enfans avant que d'avoir discuté celle de son mari : Je rapporterai des Arrêts donnez sur l'une & sur l'autre question.

Par le contrat de mariage de Demoiselle Hypolite de Beuvriot avec Jacques le Mazurier sieur de Sequeville, Viconte du Havre, Charles le Mazurier son pere étoit intervenu caution de sa dot : Après la mort dudit sieur de Sequeville, ses biens ayant été decrétez, ladite de Beuvriot sa veuve s'oposa pour ses droits de dot & douaire : & l'affaire ayant été renvoyée par Arrest devant Messieurs du Houllay & Busquet Conseillers-Commisaires, cette veuve soutint qu'elle devoit emporter son douaire avant sa dot, vû qu'il étoit en son option d'empêcher que sa dot n'entrât dans les charges, & qu'elle se reservoit à la faire paier sur la succession entiere de Charles le Mazurier aïeul, comme caution de sa dot par son contrat de mariage. Charles le Mazurier soutenoit le contraire par deux moïens ; par le premier il concluoit que la dot devoit être prise avant le douaire, vû qu'il s'agissoit d'un decret à l'ordre duquel la dot prend hypothèque du jour du contrat de mariage ; & que le douaire n'avoit hypothèque que du jour des épouailles, suivant l'Arrest raporté par Berault sur l'art. CCCLXV. & le sentiment de cet Auteur est, que quand l'on dit qu'il est en la liberté de la veuve de faire porter son douaire avant sa dot, c'est afin qu'elle ne contribue pas au tiers de sa dot comme une charge de droit, & qu'elle la prenne sur les deux autres tiers du bien de son mari s'ils le peuvent porter, autrement il en faut revenir à l'ordre & à l'hypothèque de la lettre ; & pour second moïen il disoit que si l'on avoit quelquefois jugé que la dot étoit préférable au douaire, on le devoit principalement juger en cette rencontre, où la part qui revenoit au mari de la succession de son pere, ne pouvoit porter l'un & l'autre, & que les autres enfans ne peuvent être obligez aux droits de la femme sur la succession de leur aïeul & pere outre les forces d'icelle, ce qui arriveroit si la prétention de ladite de Beuvriot avoit lieu, parce que prenant son douaire le premier, & le reste qui revenoit à son mari ne suffisant pas pour paier la dot, elle prétendroit revenir sur les freres de son mari, comme heritiers de leur pere qui étoit caution de sa dot ; parce que la caution où le pere intervient pour un de ses enfans, est un avancement de succession, & il arriveroit qu'elle auroit non seulement tout le partage de son mari pour ses droits, mais encore que les enfans seroient obligez de lui paier le reste de ses prétentions sur les autres biens qu'ils pourroient posséder d'ailleurs, ce qui seroit contraire à la Coutume & aux Arrêts. Par Arrest du 18 d'Aoust 1664. il fut dit que ladite Beuvriot seroit colloquée & païée de sa dot sur les biens de son mari, & ensuite de son douaire, en cas que les biens ne fussent pas suffisans de porter l'un & l'autre.

Le pere en se rendant caution de la dot d'un de ses fils y oblige tous ses biens.

Si la femme dans le decret des biens de son mari peut se faire colloquer pour son douaire, & se faire paier de sa dot sur les biens du pere de son mari dont il étoit caution ?

Si le douaire est contribuable aux dettes du pere depuis qu'il a consenti au mariage de son fils ?

Voici un autre Arrest qui semble contraire : Par le contrat de mariage sous signature privée, du mois de Février 1638. de Jean le Mesle avec Marguerite Renard, il se constitua en deux cens livres de rente pour la dot de ladite Renard, & Pierre le Mesle son pere en intervint caution solidaire ; le mariage fut célébré dans le même mois de Février, mais le contrat ne fut reconnu qu'au mois de Novembre ensui- vant : Après la mort de Jean le Mesle ladite Renard sa veuve intenta action en l'année 1670. contre Christophe Agasse, ayant épousé la fille & heritiere de Pierre le Mesle pere de son mari, & lui demanda six années d'arrerages de sa dot, comme étant heritier de Pierre le Mesle qui s'en étoit rendu caution solidaire : il y fut condamné par Sentences du Viconte & du Bailli ; dont aiant apelé, je disois pour lui qu'il ne s'agissoit pas de décider la question de la préférence de la dot & du douaire sur les biens du mari : on veut bien acorder cet avantage à la femme de régler elle-même cette préférence selon qu'il lui est plus utile, lorsque la discussion des biens du mari se fait entre ses créanciers ; mais en cette cause il ne s'agissoit point des biens ni des dettes du mari, la qualité des parties, des biens & de la dette est toute différente. Ladite Renard poursuit Agasse comme heritier de Pierre le Mesle, caution solidaire de sa dot ; or le poursuivant comme creanciere du pere, on lui opose deux articles formels de la Coûtume ; par l'article CCCLXIX. la veuve du fils ne peut avoir douaire que sur la part qui appartient à son mari, & par l'article CCCXXXIV. la Coûtume ne permettant pas d'avantager un de ses enfans au préjudice de l'autre, ledit Jean le Mesle ne pouvoit avoir de partage que la dette dont son pere l'avoit cautionné ne fût acquitée ; & suivant les derniers Arrêts quand le fils avoit survécu le pere, & qu'il étoit devenu son heritier, sa femme étoit tenuë de contribuer aux dettes du pere, même à celles contractées depuis le mariage, & par cette raison la femme ne peut avoir douaire que sur ce qui reste à son mari, les charges & dettes déduites : d'où il résulroit que ladite Renard agissant comme créanciere du pere, c'étoit une dette où le partage de son mari étoit tenu necessairement de contribuer ; il est vrai que si le pere avoit reçu les deniers, ledit Agasse comme heritier de Pierre le Mesle seroit tenu d'y contribuer pour une moitié ; mais Jean le Mesle en aiant fait son profit, il est tenu d'en décharger ses coheritiers. Ainsi elle ne peut avoir douaire sur les biens de son mari, que sa dot ne soit levée auparavant ; car puisque les dettes contractées par le pere, même depuis sa présence au mariage, doivent être acquitées avant que la femme du fils prenne son douaire, il ne peut y avoir de concurrence entre la dot & le douaire ; la dot en cette cause est considérée comme la dette du pere, dont le bien ne doit aucun douaire à la femme de son fils, que ses dettes ne soient acquitées, & par conséquent il ne peut pas même y avoir de concurrence, car la concurrence ou la préférence ne doivent jamais avoir lieu que pour les dettes d'une même personne. Or la dot est la dette du pere à l'égard de la femme, mais le douaire est la dette du fils, qui ne peut avoir le bien de son pere que ses dettes ne soient acquitées ; ainsi la question de la préférence ou de la concurrence ne peut être formée que sur la discussion des biens du mari.

La femme peut régler la préférence de sa dot & de son douaire sur les biens du mari.

Elle n'a cette faculté que lors de la discussion des biens de son mari.

On convient que le contrat de mariage lui produit cet avantage, que tout le bien du pere est affecté à l'assurance de ses deniers dotaux, & par cette raison l'apelant seroit régulièrement obligé de contribuer pour une moitié, si le pere de son mari avoit touché les deniers ; car il ne peut avoir de partage qu'en déchargeant son coheritier de l'effet de son cautionnement, autrement un pere pourroit par cette voie faire avantage à l'un de ses enfans ; & en effet si la prétention de l'intimée lui pouvoit réussir, il ne seroit

rien de plus aisé que de rendre illusoire la prohibition de la Coûtume, un pere se rendant caution d'une dot très-considérable, qui absorberoit tout son bien & priveroit les autres enfans de leur légitime ; que ces sortes de cautions ne pouvoient passer que pour un avancement indirect, & pour cet effet je me servois de l'Arrest du sieur le Mazurier.

Maurry pour l'intimée répondoit qu'il faloit faire différence entre les actions simples & les oppositions aux ordres des deniers des decrets, où l'on juge selon le tems des hipotèques ; que quand le contrat de mariage a été reconnu, la dot a son hipotèque de ce jour-là, & le douaire du jour de la célébration, par l'article du Règlement de l'année 1666. *s'il y a consignation actuelle de la dot, le douaire se prend sur toute la succession, & la dot sur le reste qui revient à l'heritier* ; & par l'article 70. du même Règlement, on ajoute ces termes par forme d'exception, *neanmoins l'hipotèque de la dot doit préférer celle du douaire, pourvu que le contrat de mariage soit reconnu avant la célébration* ; or il étoit évident par les termes de ces deux articles que l'on conservoit l'interest de la femme en lui donnant ses droits les plus entiers que l'on peut, c'est-à-dire son douaire entier sur le tout, & sa dot sur le surplus ; mais le second article ne laissoit point d'ambiguité, réglant que l'hipotèque de la dot devoit être préférée à celle du douaire, quand le contrat de mariage n'a été reconnu que depuis la célébration, son douaire lui devoit être ajugé sur le tout, & la dot sur les cautions, si le surplus du bien ne suffisoit pas.

Quant à l'objection qu'on faisoit que le cautionnement devoit être considéré comme un avancement indirect, il faloit faire différence entre les dons & les avantages qu'un pere fait à l'un de ses enfans, & les obligations pour lesquelles il intervient caution envers un étranger ; les premieres ne peuvent excéder sa part, mais les dernieres peuvent aller plus loin, & épuiser tout le bien du pere, en cas que le fils fasse mauvais ménage : Il étoit donc sans doute que le pere avoit pu obliger valablement son bien en qualité de caution solidaire, puisque la femme de son fils lui étoit étrangere, & que les stipulations qui la regardoient étoient aussi fortes que celles d'un autre contrat ; & pour l'Arrest du Mazurier, l'intimée prétendoit que la Cour s'étoit fondée sur la premiere défense portée par l'Arrest ; que s'agissant d'un decret la dot devoit être colloquée la premiere, parce que l'on suivoit l'hipotèque, celle de la dot commençant du jour du contrat de mariage, celui de l'intimée n'ayant été reconnu qu'après le mariage, il faloit changer cet ordre, & préférer le douaire suivant l'art. 70. du Règlement que la Cour a fait.

Je repliquois que la différence que l'on vouloit mettre entre les actions & les simples oppositions aux ordres des decrets, ne pouvoit avoir lieu après tant d'Arrêts, qui avoient jugé que la femme pouvoit se faire paier, soit de son douaire ou de sa dot, selon qu'elle l'estimoit plus avantageux, & que c'étoit une erreur de s'imaginer que l'hipotèque du douaire ne commençât que du tems de la célébration ; qu'il ne faloit point faire de distinction entre les actions simples, & l'opposition au decret des biens du mari, après l'Arrest de Seeles qui avoit jugé contre l'opinion de Berault, & les Arrêts qu'il avoit citez, ce qui prouve que la Cour ne s'étoit pas fondée sur la premiere raison que le Mazurier avoit alléguée, mais sur ce qu'il remontoit que si ces cautionnemens du pere pour la dot de la femme de son fils étoient valables, un pere pourroit avancer un de ses enfans de tout son bien, car le fils toucheroit l'argent, & néanmoins tout le bien du pere en seroit garant ; on demeureroit d'accord qu'il y a différence entre le don que le pere fait à son fils, & les obligations où il intervient envers un étranger ; mais il ne faloit pas en cette rencontre considérer la femme comme une per-

Le pere peut obliger valablement son bien envers un étranger en qualité de caution solidaire de son fils.

sonne étrangère, puisque son intérêt, celui de son mari & de ses enfans qui pouvoient naître de ce mariage, avoient une liaison trop étroite : Cette cause aiant été plaidée & appointée, par Arrest du 17 de Juin 1676. au raport de M^r Salet, la Cour mit l'appellation au néant, & ordonna que ladite Renard seroit païée de son douaire sur les héritages que possédoit son mari, à lui échûs de la succession de son pere, après que sur iceux aura été fait diminution de ce à quoi peut monter la diminution de la dot dont le pere de son mari étoit caution, & poura ledit Agasse, le douaire de ladite Renard levé, poursuivre récompense de la dot entière, en principal & arrérages, sur les aquereurs des héritages dudit Jean le Melle; le motif de cet Arrest fut que le contrat de mariage n'avoit été reconnu que depuis les épousailles, & par conséquent suivant l'art. 70. du Règlement de 1666. l'hipotéque de la dot ne pouvoit être préférée à celle du douaire. Il se trouve un pareil Arrest dont voici le fait. Guillaume Bucaille maria Jean Bucaille son fils à la fille du sieur Platon Secretaire, qui lui donna 16000 livres, dont 12000 furent constituez en dot à la caution solidaire de Bucaille pere; les biens dudit Bucaille fils furent saisis réellement, ses enfans s'oposèrent pour être paiez de la dot de leur mere, & conclurent contre le decretant qui étoit leur oncle paternel, qu'il devoit comprendre dans la saisie tous les héritages aiant appartenu à leur aieul, comme étant intervenu caution de la dot de leur mere; les autres freres l'empêcherent par cette raison, que leur partage ne pouvoit être saisi pour la dette de leur frere aîné; il fut dit par Sentence du Viconte & du Bailli qu'ils seroient saisis, sauf leur recours : Sur l'apel, Lyout pour le puîné, disoit que la dot n'avoit point été païée, le sieur Platon n'ayant baillé qu'un Office de Receveur-Paieur des gages de la Chambre des Comptes, qui ne valoit pas les 16000 liv. que s'il étoit permis à un pere de se constituer caution solidaire du mariage reçu par son fils, il pouroit faire passer tout son bien en ses mains au préjudice de ses autres enfans. Maurry répondoit que le sieur Platon aiant cherché cette assurance de la dot qu'il donnoit à sa fille, on ne pouvoit l'en priver. Le Viconte avoit prononcé à bonnè cause la demande de Louis Bucaille, icelui permis de bailler par augmentation une déclaration nouvelle des héritages aiant appartenu à Guillaume Bucaille leur aieul, ce qui fut confirmé par le Bailli: Sur l'apel, par Arrest du 20 d'Aoust 1644. les Sentences furent cassées, & en réformant, il fut ordonné que le demandeur en saisie continueroit seulement le decret des héritages appartenans & tombez au lot dudit Bucaille aîné, parce que si lors de la distribution des deniers les enfans dudit Jean Bucaille n'étoient pas colloquez & paiez des 12000 liv. pour la dot d'Esther Platon leur mere, ils pouroient faire decreter l'Office de Receveur-Paieur des gages des Tresoriers de France à Paris, possédé par ledit Jean Bucaille leur pere, & par après s'il ne suffisoit pas, tous les autres héritages aiant appartenu à Guillaume Bucaille leur aieul, caution solidaire de la dot: Cet Arrest est équitable en ce qu'il ordonne, que bien que le pere fût caution solidaire de la dot, la part du fils devoit être discutée avant que de pouvoir saisir les parts des autres enfans. Il en peut néanmoins arriver cet inconvénient, que par cette multiplicité de decrets les biens seront consumez en frais, & que par ce moien la grace que l'on vouloit faire aux autres enfans leur deviendra préjudiciable.

Cas où l'hipotéque de la dot ne peut être préférée à celle du douaire.

Si la veuve du fils dont le pere est caution de la dot, peut saisir les parts des autres enfans avant d'avoir discuté celle de son mari?

Par la Coutume de Paris le cautionnement du pere de la dot d'une des enfans, n'a effet que sur la part héréditaire du fils qu'il a cautionné.

La jurisprudence du Parlement de Paris est contraire; & dans la Coutume du Maine, où suivant l'article 278. aucune personne non noble, par quelque manière que ce soit, ne peut faire la condition d'aucuns de ses héritiers pire ou meilleure de l'un que de l'autre, l'on a toujours jugé que l'obligation ou le cautionnement du pere ou de la mere ne pouvoit avoir d'effet que sur la portion héréditaire de celui de

leurs enfans, qu'ils avoient bien voulu cautionner & non point sur celle des autres enfans, quoi que l'on alégât la faveur de la dot, l'obligation du pere qui avoit pu obliger tous ses biens; que l'on ne pouvoit oposer la Coutume du Maine, qui défend de faire la condition de l'un de ses enfans pire ou meilleure que celle de l'autre; car le cautionnement du pere que l'on veut faire passer pour un avantage fait à son fils n'avoit point eu d'autre objet que la femme; c'étoit pour la sûreté de ses deniers dotaux qu'il avoit été stipulé, & il s'est obligé pour lui comme il auroit pu faire pour un étranger. Si le pere avoit cautionné une personne avec qui il n'auroit eu aucune liaison de sang, ses héritiers seroient tenus indispensablement d'y répondre, pourquoi seroit-il de meilleure condition, parce que ce cautionnement est fait pour un fils; ce n'est point son avantage que l'on a considéré, l'on n'a envisagé que la sûreté de la dot, c'est donc à elle seule que ce cautionnement est utile: or dans cette circonstance l'on ne peut lui oposer que la disposition d'un article, qui n'a été fait que pour régler l'égalité entre les enfans. L'on répondoit que la Coutume aiant établi que *les pere & mere ne peuvent disposer inégalement entre leurs enfans*, il faut que leurs portions soient égales: & à l'objection que l'on fait que le cautionnement dont il s'agit, n'a été fait qu'en considération de la femme, & qu'ainsi n'étant point du nombre des enfans elle n'est point dans le cas de la disposition de la Coutume; on répond que toutes les dispositions faites en sa faveur ont eu pour cause motive son mariage, de sorte que c'est une grace personnelle qui lui a été faite, dont il a tiré l'utilité; or si l'effet du cautionnement retomboit sur les cohéritiers, l'avantage indirect seroit évident. Il est vrai que la Coutume du Maine semble avoir prévu ce cas par l'article 345. suivant lequel *donation faite en faveur de mariage, quoi qu'elle paroisse faite en faveur de celui des conjoints qui n'est point parent du donateur, est néanmoins présumée faite en faveur de celui des conjoints qui est parent*; Journal du Palais, dixième partie.

En conséquence de cet article qui donne douaire aux femmes sur les biens du pere & de l'aieul, lorsqu'ils ont consenti au mariage, une femme prétendit que son mari aiant succédé à son aieul, elle ne devoit point contribuer aux dettes dont son mari étoit redevable lors de son mariage, d'autant que c'étoit sur les biens de l'aieul, & non pas sur ceux de son mari qu'elle prenoit son douaire. Les sieurs Voisin de Guenonville pere & fils assisterent au mariage de Voisin sieur de la Viardiere, fils de l'un, & petit-fils de l'autre; & signerent au contrat; ledit sieur de la Viardiere avoit déjà dissipé son bien, & tout ce qui lui pouvoit échoir de ladite succession; le pere mourut le premier, & ensuite l'aieul: ledit sieur de la Viardiere accepta la succession de son aieul, la femme se fit séparer, de biens d'avec lui, & demanda douaire sur la succession de l'aieul en tant qu'il en étoit échû à son mari, d'autant que l'aieul aiant signé à son contrat de mariage il lui étoit devenu obligé, & au contraire la succession de l'aieul n'avoit jamais été obligée aux dettes du petit-fils; & s'il fût mort avant son aieul, ses créanciers n'y eussent pu prétendre aucun droit, mais elle auroit toujours eu son douaire assuré: Les créanciers répondoient que leurs dettes étoient antérieures de son mariage, & partant qu'elle ne pouvoit avoir douaire à leur préjudice; que le sieur de la Viardiere avoit obligé à leurs créances tous ses biens presens & à venir; que si la prétention de cette femme avoit lieu, il n'y auroit jamais de sûreté pour des créanciers qui ne pouvoient toutefois en rechercher une plus grande qu'en contractant avec un homme majeur & avant son mariage: Par Arrest du mois de Décembre 1637. au raport de M^r Restout, il fut jugé au profit des créanciers, & la femme deboutée de sa prétention.

Si la femme en prenant douaire sur les biens de l'aieul échûs au mari, ne doit contribuer aux dettes qu'elle contractées avant son mariage?

C C C L X X.

Cas où la femme n'a douaire que sur les biens dont elle a trouvé son mari saisi, ou échûs en ligne directe.

Si le pere ou aieul n'ont consenti le mariage, la femme n'emporte après la mort de son mari douaire, fors de ce dont son mari étoit saisi lorsqu'il l'épousa, ou de ce qu'il lui seroit depuis échû en droite ligne constant son mariage.

Cet article n'a besoin d'aucune explication, on en peut néanmoins inférer que le consentement du pere & de l'aieul doit être certain, puisque la Coûtume

par une expression négative ajoute que *si le pere n'a consenti*, dont il résulte évidemment que la femme doit justifier ce consentement.

La femme pour avoir douaire sur les biens du pere ou de l'aieul, doit justifier leur consentement au mariage.

C C C L X X I.

Douaire coutumier.

Douaire coutumier.

La femme ne peut avoir douaire plus que le tiers de l'héritage, quelque convenant qui soit fait au traité de mariage; & si le mari donne plus que le tiers, ses héritiers le peuvent révoquer après son décès.

Cet article se trouve mot pour mot dans les loix d'Ecosse; *Si verò maritus dotem dat plus tertiâ parte tenementi, dos in tanta quantitate stare non poterit, sed mensurabitur ad tertiam partem, vel minus tertiâ parte, quia minus tertiâ parte tenementi sui potest quis dare in dotem, plus autem non.* Skenaus, l. 2. c. 16. Dans ce passage *Dot* signifie le *Douaire*.

Le douaire doit excéder le tiers.

Il est vrai que la femme ne peut avoir plus que le tiers pour son douaire, qu'une donation de quarante livres de rente faite par un mari par un contrat de mariage aux enfans de sa femme, fut cassée par Arrest du 27 de Février 1627. entre Antoine du Quesne sieur de la Riviere, & Claude-Susanne d'Aubigny, aiant épousé les filles héritières du sieur Helenvillers, & les nommés Pepin & Dorleans: cette prohibition de donner à la femme est si rigoureuse, qu'il ne peut pas même donner à sa femme & à ses parens ce que la Coûtume permet de donner à un étranger; ces donations ne sont pas défendues entre vifs seulement comme par le Droit Romain, mais aussi par testament, & étant contre la Coûtume il n'est pas nécessaire pour les faire déclarer nulles, d'obtenir des lettres de récision, *nam quod lege prohibente fit, nullum est, l. non dubium, de legibus*, quoi qu'ordinairement les voies de nullité n'aient point de lieu en France, & je ne doute pas que le mari, même en cas de séparation civile d'avec sa femme, ne pût faire réduire le douaire qu'il auroit promis, s'il étoit excessif. C'est une grande question si un douaire aiant été promis plus grand qu'il n'est permis par la Coûtume, sur des biens situez en cette Province, par un contrat de mariage passé sous la Coûtume de Paris, avec renonciation à la Coûtume de Normandie, & par un établissement de domicile à Paris, la femme pouroit se prévaloir de cette stipulation? Berauld a traité cette matière sur cet article & sur les articles CCCLXXXIX. & DXXXVIII. & il assure avoir été jugé que ces dérogations sont nulles, parce qu'il faut suivre la Coûtume des lieux, ce qu'il étoit aux meubles & acquêts. Je parlerai sur l'article CCCLXXXIX. des meubles & des acquêts que l'on prétend en vertu de la communauté.

Le mari ne peut donner à sa femme & à ses héritiers, ce que la Coûtume permet de donner à un étranger.

Douaire doit être pris selon la Coûtume des lieux de l'héritage.

Pour le douaire, il semble que le Parlement de Paris a donné des Arrêts contraires. Par Arrest de Larchant rapporté par M^r Louët, l. C. n. 16. & par Monthelon, Arrest 81. il fut jugé que les Coûtumes étant réelles l'on n'y peut déroger à l'égard du douaire, nonobstant toutes dérogations aux Coûtumes des lieux où les biens sujets au douaire sont assis, & en ce faisant le douaire de la Dame de Larchant fut réduit au tiers suivant la Coûtume de Normandie.

Du Fresne en son Journal des Aud. l. 2. c. 38. de l'impression de l'année 1652. rapporte un Arrest contraire, par lequel il a été jugé qu'il faut régler le douaire par la Coûtume du lieu où le contrat de mariage a été

passé, & non par celle du domicile du mari: l'Arrest fondé sur ce que les contrats de mariage & les conventions qui en dépendent, sont pures personnelles, & se règlent par la Coûtume du lieu où les personnes ont contracté & subi cette Jurisdiction volontaire, & il n'importe que pour l'exécution il échet bien souvent qu'il faut se pourvoir sur des immeubles situez en des Coûtumes qui sont différentes en leur disposition, parce que ce n'est qu'accessoirement à cause de l'hipotèque, mais l'accessoire ne doit point donner la loi aux principales conventions d'un contrat; que cela n'est point contraire à la loi *exigere dotem*, D. de *judiciis*, qui décide que *exigere dotem mulier debet illic ubi maritus domicilium habuit, non ubi dotale instrumentum conscriptum est*, parce que la décision du Jurisconsulte n'est faite que *super questione fori competentis in repetitione dotis*, & non point sur la question, *si les conventions de la femme doivent être réglées par le lieu du contrat de mariage, ou par celui du domicile du mari*.

Mais les raisons que l'on oppose paroissent plus fortes & plus véritables: quoi que les contrats de mariage & les conventions qui en dépendent soient considérées comme personnelles, ce ne peut être qu'à l'égard des choses qui dépendent du fait & de la pure volonté des contractans; mais cela ne peut avoir lieu pour ce qui dépend entièrement de la Coûtume, car étant réelles il n'est pas au pouvoir des particuliers d'y déroger, ni d'empêcher qu'elles ne soient gardées; & c'est pourquoi l'on ne peut pas appliquer pour le douaire les raisons dont on se sert pour soutenir la stipulation de la communauté, car cette stipulation étant personnelle, les contractans n'y peuvent contrevenir volontairement; de sorte que quand le mari pour ruiner la communauté, acquiert en des lieux où elle n'a point lieu, on lui peut reprocher qu'il en use de mauvaise foi: mais la femme se doit imputer à elle seule la faute d'avoir stipulé un douaire plus grand qu'il ne lui pouvoit appartenir sur les biens de son mari, parce que n'ayant dû ignorer les dispositions de la Coûtume, elle a dû savoir en même tems que l'on n'y pouvoit déroger, autrement il seroit fort aisé d'é luder toutes les dispositions des Coûtumes: Il est vrai que l'exécution n'est qu'un accessoire du contrat, non plus que l'hipotèque; mais on remonte jusqu'à la stipulation, laquelle étant nulle, comme contraire à la loi ne peut produire aucun effet.

Et bien que la loi *exigere dotem* semble ne décider que la question de la compétence des Juges, cette décision néanmoins fait conséquence pour l'action principale; car puisque l'action pour la répétition de la dot doit être formée devant le Juge du domicile du mari, quoi qu'on pût dire que les contractans s'étoient assujétis à la Jurisdiction du lieu où le contrat

Les Coûtumes sont réelles.

Devant quel Juge doit être formée l'action pour la répétition de la dot.

avoit été passé, à plus forte raison le douaire étant réel & étant dû sur les héritages; le droit n'en peut être réglé que par la Coutume du lieu où ils sont assis: Aussi l'on peut dire que l'Arrest rapporté par du Fresnoy, n'a pas décidé la question générale; car il ne s'agissoit que d'un douaire préfix de cinq cens livres, & la difficulté tomboit sur ce qu'en la Coutume de Sens où le contrat de mariage avoit été passé, le douaire préfix constitué à la femme étoit sans retour, & en celle de Montargis où le mari demouroit il n'étoit que viager; mais il ne s'agissoit pas de savoir si le douaire pouroit être stipulé plus grand qu'il n'étoit permis par la Coutume des lieux où les immeubles sujets à icelui sont assis, & suivant ces raisons il a été jugé plusieurs fois au Parlement de Paris, que le douaire doit être réglé suivant la Coutume des lieux: Loüet & Brodeau, l. D. n. 44. Chopin, sur la Coutume de Paris, l. 2. t. 2. n. 14. Labbé, sur la Coutume de Berry, t. 8. art. 15. Et Thomas sur le même article cite un Arrest, par lequel il fut jugé qu'encore que les conjoints par leur contrat de mariage se fussent soumis à la Coutume d'Orléans où le contrat avoit été passé, & eussent renoncé à la Coutume de Berry où les biens du mari étoient situez, toutefois il la falloit suivre pour le douaire & pour les avantages de la femme.

Et suivant un Arrest rapporté dans le Journal du Palais, partie troisième, entre les sieurs des Essarts & les créanciers du sieur de Lignières; l'on fait différence entre les douaires coutumiers & les douaires préfix; à l'égard des douaires coutumiers, d'eux-mêmes & tant qu'ils restent en leur simple qualité de purs coutumiers, ils sont absolument réels, & l'on ne peut déroger aux Coutumes; mais quand les douaires coutumiers sont en partie coutumiers & en partie conventionnels, ils peuvent être demandez, non point généralement en vertu de la seule Coutume qui les a introduits, mais particulièrement en vertu de quelque contrat de mariage où ils ont été convenus, pourvu que dans les mêmes contrats il y ait des clauses suffisantes pour leur imprimer cette qualité; & l'on appelle un douaire purement coutumier celui qui vient tout-à-fait de la seule disposition de la Coutume, sans qu'il y en ait aucune convention dans le contrat de mariage, en ce cas ils sont tellement réels & dépendans des biens qui y sont sujets, que

l'on ne peut y rien changer. Quoi qu'il en soit ailleurs, c'est une jurisprudence certaine en Normandie que l'on ne peut déroger à la Coutume; & que le douaire ne peut excéder le tiers, quelque pacton que l'on fasse au contraire, soit qu'il ait été stipulé coutumier ou préfix.

Quoi que la femme ne puisse avoir plus que le tiers pour son douaire, quelque convention que l'on puisse faire, & en quelque lieu qu'elle soit passée, on peut bien convenir qu'elle aura moins suivant l'article CCCCLXXIV. Mais où le mari auroit promis plus que le tiers en douaire, Berault forme la question touchant le tems dans lequel il faut agir pour en demander la réduction, & il estime que les heritiers doivent poursuivre dans les dix ans, encore que la veuve ne leur en ait fait aucune demande: L'on peut dire au contraire pour les heritiers qu'on ne peut faire de comparaison du douaire avec les donations; dont on est obligé de faire réduire l'excès dans les dix ans, suivant l'art. CCCCLXXXV. Le donataire étant en possession des choses données, les heritiers du donateur ne peuvent ignorer la donation, & ils sont sans excuse lorsqu'ils laissent écouler le tems dans lequel ils pouvoient se plaindre; on ne peut reprocher ce silence aux heritiers du mari, car le douaire n'est dû que lorsqu'il est demandé; & par conséquent le tems ne court point à leur préjudice, *nam quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*; & quand la femme n'auroit point été tenue d'en faire la demande pour l'avoir stipulé de la sorte par son contrat de mariage; à moins qu'on ne lui eût assigné un certain fonds pour son douaire, & qu'elle n'en eût pris la possession, on ne peut opposer de prescription aux heritiers tandis qu'elle ne s'est point fait ajuger son lot à douaire; mais si l'heritier prétendoit avoir été déçu dans la confection des lots à douaire, il seroit tenu de se pourvoir dans les dix ans, parce que les lots sont un contrat fait entre la douairière & les heritiers du mari, & si la déception consistoit en l'inégalité de la valeur des lots, on seroit obligé de se pourvoir contre iceux comme l'on seroit contre un contrat de vente, où l'on prétendroit qu'il y auroit de la lésion: Godefroy a tenu que non seulement le tems ne peut couvrir l'excès, mais que l'on ne seroit pas même obligé d'obtenir des lettres de restitution; ce que j'estime véritable.

En Normandie le douaire ne peut excéder le tiers, & l'on ne peut déroger à la Coutume.

Quand le douaire excède le tiers, en quel tems l'on est tenu d'en demander la réduction?

Diférence entre le douaire coutumier & le douaire préfix.

Ce que c'est que le douaire purement coutumier.

Plége du douaire le doit paier.

CCCLXXII.

Plége du douaire à quoy est tenu.

Celui qui est plége du douaire, le doit fournir & faire valoir, encore que la promesse excède le tiers des biens du mari, sans qu'il en puisse demander recours sur les biens dudit mari ou de ses hoirs, quelque contre-lettre ou promesse de garantie qu'il ait de lui.

Cet article étoit absolument nécessaire: la prohibition de donner plus que le tiers en douaire eût été frustratoire & infructueuse, si la caution que la femme avoit fait intervenir pour son assurance, eût eu une action en garantie contre le mari; ainsi contre cette règle de droit que *liberato reo, liberatur & fidejussor*; la caution du douaire doit le faire valoir, quoi qu'il soit exclus d'en demander récompense au mari.

C'est une question fort célèbre entre les Jurisconsultes, *an liberato reo, liberatur & fidejussor*? Si toutes les exceptions que le principal obligé peut proposer, peuvent servir au fidejussor? Cette matière est fort embarrassée par le Droit Romain, les Interpretes & les Glossateurs l'ont encore obscurcie par leurs Gloses & leurs distinctions, de sorte que celui qui voudra savoir la véritable décision de cette matière selon nos maximes, ne doit point la chercher dans le Droit Civil, à cause de cette distinction qu'il fait entre l'obligation naturelle & civile, l. *ubicumque*, D. de *fidejuss.* & de cette contradiction qui ne se peut sauver

entre la loi *Marcellus* 25. D. de *fidejuss.* & la loi *Is cui bonis*, D. de *verb. oblig.*

Pour expliquer cette question le plus nettement qu'il me sera possible, il faut remarquer que cette loi par laquelle *omnes exceptiones quæ competunt reo, competunt & fidejussori*, n'est pas toujours véritable; souvent l'obligation accessoire subsiste plus long-tems que la principale, & dure encore après que l'autre est éteinte; & bien que l'action fidejussoire soit comme l'ombre d'un corps qui se dissipe, & ne paroît plus après que le corps est détruit, néanmoins en plusieurs rencontres le fidejussor reste obligé sans profiter de la libération obtenue par le debiteur, ce qui a fait dire à Mr. Cujas que *non hoc desintunt dictæ leges, omnes exceptiones, & ex persona, D. de fidejuss. ut omnis exceptio quæ competit reo, competat & fidejussori; hoc enim est falsum, sed exceptionem quæ fidejussori competit ex persona debitoris, etiam invito reo competere veluti exceptionem doli mali, l. fidejussori, D. de Donat.* mais il ne s'ensuit pas que toutes les exceptions que le

Si le principal obligé étant déchargé, le fidejussor reste encore obligé?

Les exceptions personnelles ne profitent point à la caution.

principal obligé peut opérer, puissent servir au fidejusseur : & pour marquer cette différence les Jurisconsultes ont fait de deux sortes d'exceptions personnelles & réelles ; les exceptions qui sont personnelles ne profitent point à la caution, & dans la loi *exceptiones, D. de excep.* qui établit cette différence entre les exceptions, on trouve un exemple des exceptions personnelles qui n'appartiennent point au fidejusseur, à savoir la grâce que l'on fait à un pere, à un patron, à un associé, à un mari, de n'être contrain de paier que *in quantum facere possunt* : On ajoute l'exemple du mineur, de *fidejuf. l. ultim.* de celui qui a fait cession, dont la caution n'est point déchargée, *Instit. de replicat.*

Il est néanmoins difficile d'appliquer par tout cette exception : Le Velleïan est introduit en faveur des femmes, & le Macédonien en faveur des enfans de famille ; & toutefois leurs fidejusseurs participent au bénéfice de la restitution qu'ils ont obtenue contre leurs obligations ; *l. si mulier, ad S. C. Vellei. D. l. sed & si pater, ad S. C. Macedon.* On répond que ces restitutions ne sont pas accordées simplement *ratione persona, sed etiam ratione rei*, parce que l'obligation est nulle, *totam obligationem Senatus improbat* ; mais l'on ne peut se servir de cette distinction pour concilier la loi *Is cui bonis interdictum est, D. de verb. oblig.* avec la *l. Marcellus, D. de fidejuf.* qui veut *ut si quis pro furioso, vel prodigo fidejusserit, fidejussori non subveniatur.* Le Jurisconsulte estimant que cette exception que le furieux ou le prodigue pouvoit alléguer, ne s'étendoit point à la caution, comme étant attachée à leur personne, & au contraire la loi *Marcellus* décharge la caution du prodigue.

Les exceptions réelles sont plus aisées à comprendre. On peut dire suivant la loi *cum lex, D. de fidejuf.* que *quoties lex contractum fieri vetat dispositione prohibitoria a rebus sumpta*, soit à cause que la chose ne tombe point dans le commerce, ou que la raison de la prohibition est fondée sur l'honnêteté ou sur l'intérêt public, en tous ces cas l'obligation principale étant nulle, elle demeure sans effet à l'égard du fidejusseur ; *M^r d'Argentré, art. 464. gl. 1.*

Mais il est difficile de faire toujours un discernement véritable & certain entre les exceptions réelles & personnelles établies par le Droit, ce qui fait naître une infinité de doutes & de procès. La disposition de la Coutume de Bretagne article 184. est beaucoup plus judicieuse & plus aisée ; elle veut qu'une personne capable de contracter puisse s'obliger pour une personne incapable, comme pour des mineurs, des prodigues, des furieux & autres : cet article fut arrêté en cette manière lors de la réformation de cette Coutume, par l'avis de *M^r d'Argentré*, qui fit connoître l'obscurité & la contradiction des loix Romaines sur ce sujet : En effet quel prétexte peut avoir un

fidejusseur de demander sa décharge, puisqu'il a bien voulu s'engager à cautionner une personne qu'il connoissoit incapable de contracter, n'étant point défendu de s'obliger & d'intervenir pour une personne de cette qualité ? Si toutefois cette incapacité lui étoit inconnue par le dol du créancier, il seroit juste de le décharger comme le principal obligé ; mais s'il n'a pas ignoré la condition de celui pour lequel il est intervenu, *non oportet creditorem circumveniri pratextu inhabilitatis qua erat tempore obligationis, cum fuerit in potestate fidejussoris se non obligare.*

En conséquence de ces maximes, celui qui est intervenu garant de la vente des immeubles faite par une femme séparée, est-il condamnable à la garantie envers l'aquereur qui en a été dépossédé par la femme ? Laurence Brumare femme civilement séparée d'avec Pierre Doulé son mari, vendit quelque portion de ses immeubles ; & cette vente fut garantie, tant par le mari que par Jean Doulé leur fils aîné : Jacques Doulé héritier de sa mere fit casser le contrat, & Jean son frere aîné étant mort sans enfans, il fit prendre la succession par sa fille mineure ; l'aquereur nommé Gaspar le Grix, voyant que son garant avoit un héritier, il le poursuivit & le fit condamner en sa garantie ; sur l'appel, je soutenois pour Jacques Doulé pere & tuteur de sa fille, que le contrat de vente étoit nul, tant à l'égard du garant que de la femme qui avoit vendu ; & pour cet effet je me servois de l'autorité du Droit, & particulièrement de l'exemple du Velleïan ; car le Règlement de la Cour aiant expressément interdit aux femmes séparées l'aliénation de leurs immeubles, on pouvoit dire qu'en ce cas la restitution de la femme n'étoit point personnelle ; elle étoit fondée sur la nullité de l'obligation, *quia totam obligationem Senatus improbat* ; que l'aquereur ne se pouvoit plaindre, puisqu'il avoit aquis un bien qu'il ne pouvoit aquerir valablement ; mais je m'appuiois principalement sur les menaces dont le pere avoit usé pour obliger son fils à le cautionner. L'intimé répondoit qu'il n'avoit contracté que sur l'assurance de la caution qui étoit le fils & le présomptif héritier de la femme ; que comme il savoit bien que la femme ne pouvoit vendre, il avoit pris pour son assurance un fidejusseur capable de s'obliger valablement pour une personne incapable ; les Juges furent partagez en leurs opinions, mais depuis les parties firent une transaction. Ce qui rendoit la cause plus favorable pour cette mineure, étoit que le fils ne s'étoit engagé que par l'autorité de son pere, & après plusieurs menaces & intimidations ; cette circonstance cessant, puisqu'il n'y a point d'inconvénient, qu'une personne capable s'oblige pour une incapable, encore qu'il connoisse son incapacité, le fidejusseur n'a point de cause de restitution, s'étant engagé volontairement & avec connoissance de cause.

Si le fidejusseur de la vente des immeubles faite par une femme séparée, doit garantir l'aquereur qui en a été dépossédé ?

La femme séparée ne peut aliéner de ses immeubles.

Cas où l'obligation principale étant nulle, le fidejusseur en demeure déchargé.

Le pere & l'aieul ne peuvent pléger le fils du douaire par eux promis excédant le tiers, & n'y sont tenus que leur vie durant.

C C C L X X I I I.

Ce qui se doit entendre de toutes personnes, autres que le pere & aieul du mari, lesquels en ce cas ne sont tenus que des arrerages qui écherront leur vie durant, & n'y sont obligez leurs hoirs après leur mort.

On peut demander pourquoi dans cet article la Coutume oblige le pere & l'aieul du mari à paier seulement durant leur vie le douaire qu'ils ont promis à la femme de leur fils, & qu'au contraire toute autre personne qui l'a promis est contrain de le paier durant tout le tems qu'il est dû ? On répond que si les héritiers du pere ou de l'aieul étoient obligez à continuer un douaire excédant le tiers, la Coutume qui le défend seroit illusoire ; car encore que les héritiers du mari ne fussent pas tenus en cette qualité, ils le seroient d'ailleurs quand le mari auroit succédé à son

pere & à son aieul, si leur promesse étoit valable.

Il est vrai néanmoins que quand les promesses sont si excessives qu'elles réduisent le pere & l'aieul dans l'impuissance de les exécuter, on ne doit pas exercer contre eux les dernières extrémités, il faut se contenter de ce qu'ils peuvent fournir raisonnablement, *in quantum facere possunt*, suivant l'Arrest donné entre Pierre le Canu, & la veuve de Jean le Canu son fils, le 29 de Janvier 1627. plaidans le Tellier & Caruc. Pour obtenir cette grâce en faveur du pere & de l'aieul du mari, on argumente de la dor au douaire

Comment on en doit user quand les promesses faites par le pere ou l'aieul, sont excessives ?

dont la demande n'est pas si favorable, parce qu'elle est en quelque façon lucrative de la part de la femme, & on se sert de l'autorité des loix, *ex diverso* 17. *solut. matrim. l. sicut, de re judic.* Ces loix qui parlent de la promesse de la dot ou de la restitution d'icelle, si pleines de modération & d'honnêteté, sont aussi gardées parmi nous : un pere lorsqu'il est poursuivi pour le paiement de la dot qu'il a promise à un gendre qui a contracté dans la bonne foi, & qui s'est marié dans l'espérance de recevoir une dot capable de supporter la dépense & les frais de son mariage, n'est pas fort favorable ; parce qu'il se doit imputer d'avoir promis ce qu'il ne peut accomplir ; toutefois on ne pouroit sans quelque impiété refuser à un pere de quoi fournir à ses alimens, la raison est que la promesse est toujours un effet de sa libéralité, & qu'on ne doit jamais agir contre un bienfaiteur dans la dernière rigueur. On trouve sur ce sujet deux loix contraires, la loi *ex diverso* 17. *D. solut. matrim. Si socrer ex promissione à marito conveniatur, solet queri an idem honor habendus sit, scilicet ut in quantum facere possit conveniatur, & hoc injustum esse Neratius & Proculus scribunt ;* & par la loi *sicut* 21. *de re judic.* on fait tenir un langage contraire à Neratius, *an si cum socero ex promissione agatur, in id quod facere potest damnandus sit, quod & id aequum videtur, sed alio jure utimur, ut Neratius scribit.* Pour concilier ces deux loix qui sont contraires, *Antonius Faber, Conject. 24.* dit que le sens de ces paroles est *sed alio jure utimur, aequum quidem esse socerum ex promissione dotis soluto matrimonio, nunc in solidum condemnari, nunc non condemnari ; regulariter non condemnari, ex causa tamen & ex persona condemnari, hoc est si dolo dotem promissit, vel si vilis persona sit qua vix aliquo honore digna videatur.* Et cette explication est conforme à la loi *si de dote* 84. *de jur. dot.* qui met de la différence entre l'action qui est formée avant le mariage, & celle qui n'est commencée qu'après la dissolution d'icelui, le Jurisconsulte estimant que durant le tems que l'alliance continué, un gendre doit à son beau-pere un plus grand respect que quand ce lien a été rompu par la mort de la femme, *si manente affinitate dotem promissam gener à socero petit, utique in quantum socrer facere potest, condemnabitur ; si disrupto matrimonio petitur ex causa & persona, tribuendum puto ; quid enim si socrer specie futura dotis induxerit generum, & cum sciret se prestare dotem non posse, id egerit ut genero insidiaretur.*

Sans distinguer si le mariage duroit encore, ou s'il étoit dissous, pourvu qu'il ne parût point de dol ni de tromperie de la part du beau-pere, comme il est allés ordinaire que les hommes présumant beaucoup plus qu'ils ne doivent de leur bonne fortune & de leurs facultés, il semble juste d'avoir toujours de la considération pour la qualité de beau-pere, lorsque son impuissance est effective, & qu'elle n'est point de mauvaise foi ; d'autre côté l'on doit avoir égard à la condition du mari s'il est chargé d'une grande famille, si son bien ne suffit point pour l'entretenir ; & selon toutes ces diverses circonstances, on pouroit ne condamner pas ce beau-pere, ou le condamner rigoureusement.

Bien que l'on ne traite pas dans la dernière rigueur un beau-pere, celui qui seroit intervenu caution de l'exécution des promesses de mariage ne jouiroit pas de ce bénéfice, *hoc enim beneficium persona coheret, l. exceptiones, D. de except.* Les Jurisconsultes ont eu de la peine à acorder cette grace au pere qui avoit promis en dot à sa fille plus qu'il ne pouvoit paier, de ne pouvoir être condamné au-delà de ses forces, quoi que la promesse fût une pure libéralité ; & cependant quand la femme poursuit la

restitution de ses deniers dotaux contre le pere de son mari qui les a reçûs, ces mêmes Jurisconsultes sont tous d'accord que ce beau-pere doit jouir de la même faveur qu'elle seroit obligée de faire à son pere, *quia parentis locum socrer obtinet, idem honos ei debetur,* & toutefois la demande de la femme en cette rencontre est beaucoup plus favorable, le pere dit mari ne peut se prévaloir de la gratitude & de la charité qu'on doit avoir pour son bienfaiteur, puisqu'il n'a rien donné ; d'ailleurs la dot étant destinée pour les alimens & pour la subsistance de sa famille, on ne la peut forcer d'en faire des compositions & des remises ; & quoi que son mariage l'engage à respecter le pere de son mari, toutefois lorsqu'il s'agit de la restitution de la dot, elle lui est en quelque façon étrangère. Il faut résoudre pourtant en cette espèce comme en la précédente, que par une raison d'équité selon les circonstances particulières, on doit donner quelque tems pour paier, ou bien lui ajuger quelque médiocre pension pour sa subsistance ; ce qui n'auroit pas lieu néanmoins si ce beau-pere étoit decreté, & que la femme se présentât à l'ordre pour être colloquée des deniers, en ce cas elle ne seroit pas obligée de relâcher son droit & ses intérêts.

Pour obtenir cette grace de n'être pas condamné dans la dernière rigueur, l'impuissance de paier ne doit pas être feinte ou affectée, un pere n'en seroit pas quite pour alléguer que son bien ne seroit pas suffisant ; s'il veut en être crû, il doit faire un abandonnement général de son bien, en lui donnant de quoi vivre ; autrement on n'a point d'égard à sa nécessité ni à son impuissance, comme il fut jugé par l'Arrest de Dugardin, dont je parlerai ailleurs. Pierre Clairet sieur de la Rocque, avoit promis à Jacques Clairet son fils en le mariant deux cens livres de rente, & en même tems ce fils lui en donna une contre-promesse, nonobstant icelle il le fit condamner à lui paier ces deux cens livres de rente : Sur l'appel, je me serois de deux moiens ; le premier, que cette contre-lettre étoit valable au préjudice de celui qui l'avoit baillée ; & comme alors on tenoit que ces contre-lettres étoient absolument nulles, je m'appuiois principalement sur l'impuissance du pere de paier cette rente, & pour cet effet le pere offroit de lui bailler dès à présent la part qui lui pouvoit appartenir sur son bien ; en retenant néanmoins une somme pour sa subsistance ; mais le fils ayant allégué que son pere étoit riche, & qu'il ne faisoit ces offres que par la sollicitation de ses autres enfans, & pour prolonger le procès, on confirma la Sentence en la Grand' Chambre, par Arrest du mois de Juillet 1637. Coquerel plaidoit pour le fils.

Au procès d'entre Guillaume Osmont Ecuier, sieur d'Aubry, & Charles du Bois sieur de Belhostel, & Dame Marie de Monmorency, il fut jugé en cassant la Sentence donnée en tenant l'ordre des deniers du decret de la terre de Belhostel, dont les creanciers étoient apelans, que ladite de Monmorency n'auroit douaire sur les biens de François Dubois son beau-pere, que sur ce qui en étoit échû à Charles Dubois son mari devenu héritier de son pere ; & quoi que son beau-pere lui eût promis par son contrat de mariage douze cens livres de douaire, & que cette promesse eût été insinuée, on jugea que suivant cet article cette promesse qui excédoit le douaire, ne pouvoit avoir effet que durant la vie du beau-pere pour lui en faire paier les arrérages, quoi que l'on soutint que cet article ne s'entendoit que des enfans pour empêcher les avantages indirects, & non à l'égard des creanciers postérieurs, au préjudice desquels cette promesse ayant été insinuée devoit valoir ; par Arrest au rapport de Mr. de Fermant, du 13 de Décembre 1670.

Si le pere du mari qui a reçû les deniers dotaux, en cas de restitution demandée par la femme, doit jouir du même bénéfice acordé au pere d'icelle ?

Si pour éviter d'y être condamné à la rigueur, il est tenu de faire un abandonnement de tous ses biens ?

Jugé que la promesse du beau-pere qui excède le douaire, ne peut avoir d'effet que durant sa vie, pour lui en faire paier les arrérages.

La caution des promesses de mariage, ne jouit pas du même bénéfice acordé au beau-pere pour insolvabilité de la dot.

CCCLXXIV.

Douaire préfix.

Moins que le tiers peut avoir la femme en douaire, s'il est convenu par le traité de mariage.

Douaire préfix peut être moindre que le tiers.

Si la femme peut renoncer à prendre aucun douaire ?

En Bretagne le douaire coutumier n'a lieu, mais le constitué.

Si la douairière peut être restituée de ses partages pour dol réel.

Nous lisons ces paroles dans la Chartre de Jean Roi d'Angleterre : *Assignetur vidua pro dote sua rer-tia pars, qua sua fuit in vita, nisi de minori dotata sit ad ostium Ecclesie : illud ipsum est quod dotalitium dicitur à Clemente III. C. plerumque, de Donat. inter vir. & uxor.* Puisque suivant cet article la femme peut avoir moins que le tiers pour son douaire, ce ne peut être une question problématique si elle peut renoncer valablement à prendre aucun douaire : on ne peut dire que cette pactio soit contre les bonnes mœurs ni contre l'honnêteté publique, le douaire étant inconnu en tant de pais ; il arrive presque toujours que la femme ne fait cette renonciation qu'en considération d'autres avantages qu'elle rencontre dans son mariage ; quoi qu'il en soit le mariage étant contracté volontairement sous cette condition, la femme n'a point sujet de se plaindre, & j'ai rapporté sur l'art. CCCLXXVIII. un Arrest qui a confirmé la pactio par laquelle la femme renonçoit à demander un douaire : Par la Coutume de Bretagne le douaire coutumier n'a lieu, mais seulement le constitué ; que s'il faut suivant cette Coutume stipuler un douaire pour en jouir, on peut bien stipuler que la femme n'en aura point : *Cedit enim dispositio legis hominum conventioni, in his qua in privatorum consensum cadunt, & materiam habilem reperiunt.* Godefroy sur cet article a tenu que la douairière ne pouroit être restituée contre les partages à douaire qu'elle auroit faits, pour dol réel, si la déception n'étoit ultradimidiaire ; mais si la veuve a été surprise, on ne doit pas lui refuser le bénéfice de restitution.

On alégueroit fort mal à propos en faveur du douaire le raisonnement des Jurisconsultes Romains, que *Reipublica interest dotatas esse mulieres, l. solut. marr. D.* Notre Coutume n'a pas estimé qu'il fût si important & si nécessaire que les femmes fussent dotées, en permettant au pere de marier leurs filles sans leur donner aucune chose, aiant jugé que la force & la grandeur de l'Etat consistoit en la conservation des familles, qui ne subsistent qu'en la personne des mâles, & après tout c'est une grande question s'il est utile pour le bien public que les femmes soient dotées. Ces deux illustres Législateurs, Lycurgue & Solon, n'étoient pas de ce sentiment, & le premier étant interrogé pourquoi il avoit ordonné que les filles seroient mariées sans être dotées, il répondit qu'il l'avoit fait par cette raison, & afin qu'il n'y en eût point qui demeurassent à marier faute de bien, & que les autres ne fussent recherchées à cause de leurs richesses. C'est une plainte assez ordinaire que les femmes riches sont moins respectueuses, & que souvent elles méprisent leurs maris lorsqu'ils leur sont redevables de leur fortune, *dote imperium vendidi*, dit un mari dans Plaute ; & c'est pourquoi les Egyptiens jaloux de l'autorité maritale, déclaroient esclaves de leurs femmes les maris qui avoient pris une dot.

Megadore dans Plaute, *in Aulularia, Act. 3. Scena 5.* épousant la fille d'un pauvre homme, pour prouver que son choix étoit raisonnable, en alégué cette raison :

*Nam meo quidem animo si idem faciant ceteri,
Opulentiores pauperiorum filias,
Ut indotatas ducant uxores domum,
Et multò fiat civitas concordior,
Et nos invidiâ minore utamur quàm utimur.*

Nonobstant ces autorités, il faut avouer que cette Coutume de doter les femmes est honnête, légitime

& ancienne : il est souvent parlé de doter les filles dans les Loix divines ; celui qui avoit débauché une fille étoit tenu de l'épouser, si le pere y donnoit son consentement ; que s'il ne l'agréoit pas on le contraignoit de la doter, *quemadmodum est dos Virginum* ; ce qui est aussi confirmé par les Loix Romaines ; le Concile d'Arles qui est rapporté dans le C. 30. q. 5. ordonne *ut nullum sine dote fiat conjugium, juxta facultatem fiat dos, nec sine publicis nuptiis quisquam nubere presumat* : Ce Canon mérite beaucoup de louange en défendant les mariages clandestins, mais il paroît extraordinaire en défendant qu'il se fasse aucun mariage sans stipuler une dot ; on doit laisser en la liberté d'un chacun d'en user selon son inclination, afin que le mérite & la vertu quand elles se rencontrent en des pauvres filles, puissent être récompensées par un mariage avantageux.

Quoi qu'il en soit, il étoit plus juste parmi les Romains que parmi nous de doter les femmes, afin qu'elles pussent subsister après la dissolution du mariage ; car autrefois elles ne tiroient aucun avantage de leur mariage, & ne profitoient point des biens de leurs maris ; elles n'avoient point de part aux meubles ni aux aquêts ; on permit depuis aux maris de leur faire quelque donation pour les récompenser de la dot qu'elles leur apportoient : C'est ce que le Droit appelle *ἀποφύγια, donationes ante vel propter nuptias.* Et enfin les Empereurs Grecs introduisirent leur *ὑποβολή*, & encore aujourd'hui dans les Provinces qui gardent le Droit Romain, les femmes ne gagnent par le mariage que leur augment de dot ; elles n'ont point de douaire ; elles ne prennent aucune part aux meubles & aquêts, & les maris peuvent seulement leur donner par testament ou à cause de mort.

Ces renonciations au douaire doivent précéder la célébration du mariage, autrement elles seroient nulles étant faites par la femme constant icelui ; elle ne pouroit pas même renoncer à prendre son douaire sur les biens vendus par son mari, à moins qu'elle ne pût en être récompensée sur ses autres biens ; & M^r d'Argentré a raison de blâmer l'article de sa Coutume, par lequel *si la femme consent à l'alienation des propres de son mari, elle perdra son douaire sur les choses alienées, sans pouvoir prétendre qu'il lui soit rempli sur les biens qui resteront après le décès du mari* ; car le consentement que la femme donne à l'alienation faite par son mari ne doit valoir qu'en ce seul cas, que le reste des biens du mari soit suffisant pour fournir le tiers en douaire, *l. jubemus, C. ad S. C. Vellei.* le mari ne pouvant pas durant le mariage faire des actes qui privent la femme du droit qui lui étoit aquis.

Puisque la femme peut renoncer à son douaire, ou qu'on la peut obliger à se contenter du douaire préfix, le mari peut-il augmenter le douaire préfix, quand il a été stipulé de la sorte par le contrat de mariage ? Lacheré par son contrat de mariage avec la nommée Bigot, lui avoit limité son douaire à cinquante livres, à condition néanmoins qu'il pouroit, s'il avoient que bien fût, augmenter son douaire jusques à une certaine somme, ce qu'il avoit fait : après sa mort Lacheré son héritier contesloit cette augmentation, parce qu'il l'avoit faite constant son mariage, *tempore prohibito.* La femme répondoit que ce n'étoit que l'exécution de la stipulation portée par son contrat de mariage ; par Arrest du 16 de Juillet 1647. il fut dit qu'elle auroit douaire par provision sur tous les biens de son mari. Il n'y avoit pas

De l'antiquité de la Coutume de doter les femmes.

Parmi les Romains les femmes n'ont point de douaire.

Les renonciations au douaire doivent précéder le mariage.

Si le mari peut augmenter le douaire préfix pendant le mariage.

de difficulté dans l'espèce de cet Arrest, d'autant que le mari avoit retenu la faculté de le pouvoir faire ; mais cessant cette clause, puisqu'il est défendu au mari de faire aucun avantage à la femme durant le mariage, cette augmentation de douaire ne pourroit valoir.

CCCLXXV.

Charges du Douaire.

Les charges du douaire.

Les douairières doivent tenir en état les maisons & héritages comme elles leur ont été baillées, sans couper les bois autres que ceux qui sont en coupes ordinaires, si ce n'est pour réparer les maisons & manoirs, apelé le propriétaire, & par ordonnance de Justice.

On fait assés que par ces mots, *la veuve doit tenir en état les maisons*, l'on entend ce que les Latins apellent *sarta tecta*, c'est-à-dire les réparations d'entretienement, & non point les réédifications & grosses réparations : ce que la Coutume de Paris, article 262. explique en ces termes, *la douairière est tenue d'entretenir les maisons de réparations viageres, qui sont toutes réparations d'entretienement, hors les quatre gros murs, poutres & entières couvertures & voutes* : Et par le Droit, l. 7. & sequent. *D. de usufr. usufructuarius tenetur ad eas reficere, habentibus tamen ut sarta tecta habeat*. Ce que nôtre Coutume apelle tenir en état les maisons : *modica igitur refectio ad viduam pertinet*. Et si l'on veut savoir plus exactement ce que la douairière doit faire ou ne faire pas, on l'apprendra de M^r d'Argentré sur l'art. 442. de la Coutume de Bretagne.

Ce que doit faire la douairière avant de se mettre en possession de son douaire.

La douairière avant que de se mettre en possession de son douaire, doit user de cette précaution, de faire visiter les maisons, & d'en faire dresser un procès verbal, à faute de quoi l'on présume qu'elle les a trouvez en bon état, & après son décès les héritiers sont obligez de faire faire toutes les réparations grosses & menuës, comme il fut jugé contre Jean le Prevost Ecuier, sieur de S. Jean, héritier de Madame de Buchi, & Dame Jourdain Cadot femme du sieur de la Chevalerie, par Arrest en la seconde Chambre des Enquêtes, du 19 Août 1681. au rapport de M^r de S. Paul-Voisin.

Comme il arrive souvent que les héritages bailléz en douaire, sont affectez à des rentes & à des charges foncières, ou qu'ils sont taxez pour des impositions & des droits extraordinaires, la douairière & les propriétaires disputent souvent pour savoir qui doit acquitter ces taxes & ces autres impositions ? La distinction de Godefroy sur la l. *quero, D. de usufr. leg.* me paroît raisonnable ; *Heres, inquit, prestat onera pro jure fructuum percipiendorum : fructuarius vero onera ipsis vel fructibus vel persona impositis* : c'est-à-dire que si la taxe étoit faite pour la conservation de la propriété, elle doit être payée par le propriétaire ; mais lorsque la taxe ou l'imposition est demandée à cause de la jouissance, elle est dûe par l'usufruitier : Le Jurisconsulte Ulpian dit en la l. 7. *in fine, de usufr. D. que stipendium, solarium, tributum & alimenta ab ea re relicta, usufructuarius agnoscere debet* ; & en la loi *spendentes, §. 3. Cod. Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aqueductus, que per agrum transit pendatur, ad onus fructuarii pertinet* ; & en la l. *quero, de usufr. leg. D. Si fundo legato indictiones temporaria indicta sunt, idem juris esse in his speciebus que postea indicuntur, quod in vetergalibus dependendis, & ideo hoc onus ad fructuarium pertinet*. C'est le sentiment de Pontanus, tit. de Douaire, art. 19. de la Coutume de Blois, que *omnia onera quacumque ea sint, sive patrimonalia, sive imposititia, ordinaria, extraordinaria-ve à pradio, vel à persona, intellige nomine pradii debita, ad usufructuarium pertinent* ; & en ce même article il combat l'opinion contraire qui a été suivie par Boerius sur la Coutume de Berri, de *fendis*, art. 59. & par Chassanée sur la Coutume de Bourgogne, titre des Fiefs.

A qui est-ce à payer la taxe demandée pour la propriété, & celle à cause de la jouissance ?

Nous suivons aussi cette jurisprudence ; la veuve est tenue d'acquitter les rentes & charges foncières, les Tailles & les droits qui se paient à cause de la jouissance, & les taxes qui se peuvent faire à cause d'icelle. Ricard sur l'art. 262. de la Coutume de Paris, assure que c'est aussi l'usage à Paris, & que la veuve doit les impenses qui se font & qui sont dûes à cause de la jouissance, comme l'Arriereban, la Taille, l'Impost pour la fortification du lieu dans lequel la maison sujette au douaire est assise ; & par Arrest du 3 de Février 1657. au rapport de M^r de Vignerol, entre Marguerite le Febvre, femme civilement séparée d'avec Pierre du Buiffon apelant, & Noël du Moustier & autres, il fut jugé que ladite le Febvre contribueroit à cause de son douaire à la taxe des francs-fiefs, & à ce moien elle fut condamnée au paiement de deux cens quarante-deux livres tant de sols pour le tiers de sept cens vingt-cinq livres, à quoi ladite taxe se montoit ; & comme cette taxe n'est dûe que pour la jouissance que l'on a eue pendant vingt années, il ne faudroit y assujétir la veuve qu'à proportion du tems qu'elle auroit joiüi.

La douairière est tenue d'acquitter les rentes & charges foncières, & les droits qui se paient pour la jouissance.

Elle doit contribuer à la taxe des francs-fiefs,

Pour l'Arriereban une femme aiant voulu se défendre d'en paier la taxe qui étoit demandée à cause du fief dont elle joiüissoit pour son douaire, elle y fut condamnée par Arrest du 27 de Juin 1638. plaidans le Tellier & Caruë ; cette taxe de l'Arriereban étant une charge extraordinaire demandée par le Prince, & qui par conséquent est dûe par l'usufruitier, la Charte Normande porte que le Roi peut la demander *ex causa imminenti* ; aussi l'Ordonnance de François I. y est expresse.

A celle de l'Arriereban.

Autre Arrest du 22 Août 1681. en la Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r de S. Paul-Voisin, entre Philippes Mustel Ecuier, sieur de la Boulaye, héritier des Demoiselles du Bosroger ses nièces, & Dame Judith le Loup, veuve de feu Charles Mustel Ecuier, sieur de Bosroger : L'on avoit taxé plusieurs fiefs aiant appartenu audit feu sieur de Bosroger pour le service de l'Arriereban ; la Dame de Bosroger qui joiüissoit pour son douaire de celui de Bosroger, prétendoit s'exempter du paiement de cette taxe, par cette raison, que le service est dû au Roi par son vassal, c'est-à-dire par le propriétaire du fief, & que ce service ne peut être acquité que par un homme, & non par une femme. Le sieur de la Boulaye répondoit que les douairières joiüissent des droits casuels & utiles du fief ; & par cette raison elles sont obligées d'acquitter les charges casuelles qui arrivent pendant leur jouissance ; que la qualité de femme ne les en dispensoit pas, pouvant acquitter le service en mettant un homme en sa place : Par l'Arrest la douairière fut condamnée de paier la taxe en tant que le fief de Bosroger en devoit paier.

Le 25 Février 1681. l'on agita cette question en l'Audience de la Grand'Chambre, si la douairière étoit tenue de contribuer aux frais que l'on avoit faits pour maintenir la noblesse de son mari ? Etienne Yon fut troublé en sa noblesse depuis son mariage. Jean Yon son frere fut obligé de faire plusieurs frais au Conseil pour obtenir un Arrest de confirmation, dont aiant demandé récompense à la veuve & aux enfans d'Etienne Yon, il en fut debouté, après leur

Si la douairière est tenue de contribuer aux frais faits pour maintenir la noblesse de son mari ?

déclaration qu'ils avoient renoncé à la succession dudit Etienne Yon. Sur l'apel, Jean Yon soutenoit que cette veuve profitoit de ses soins & de la dépense qu'il avoit faite, parce que si son mari avoit été déclaré roturier, elle auroit été imposée à la Taille; que par cette raison sa renonciation n'étoit pas considérable, puisque c'étoit un bénéfice & une prérogative personnelle qu'il lui avoit acquise: L'on répondoit que comme on ne lui feroit pas porter les frais que son mari auroit faits pour la conservation du bien sur lequel elle prendroit douaire, on ne pouvoit aussi l'assujétir à contribuer aux frais que l'on avoit faits pour la défense de la qualité de son mari; que c'étoit l'intérêt de toute la famille; & que sa défense étoit d'autant plus favorable, que lorsqu'elle épousa le sieur Yon, il étoit en paisible possession de sa noblesse: Par l'Arrest la Sentence fut confirmée.

La douairiere ne doit contribuer aux taxes imposées sur les possédans biens domaniaux.

Il n'en est pas de même des taxes qui se font sur ceux qui possèdent des biens du Domaine du Roi, ou qui ont des terres en Franc-Aleu; c'est proprement en ce cas que l'on peut dire que les taxes sur les possesseurs des biens Domaniaux se font *pro jure percipiendorum fructuum*, pour être maintenus en la possession des biens du Domaine dont on jouit par engagement, & par conséquent elle est due par le propriétaire & non par l'usufruitier. Cette question fut décidée par Arrest du 18 de Decembre 1647. en la Chambre de l'Edit, entre les Demoiselles Poulain apelantes, & Marthe Soyer intimée; & il fut jugé que la Demoiselle Soyer qui jouissoit pour son douaire de quelques terres dépendantes du Domaine du Roi, n'étoit point obligée de contribuer aux taxes imposées sur lesdits héritages, encore qu'il semblât que ce fût une charge des fruits, & la Sentence qui l'avoit jugé de la sorte fut confirmée, plaidans Alorge pour l'apelante, & Carné pour l'intimée, conformément à un Arrest donné en la Grand' Chambre, le 15 de Janvier en la même année, dont je parlerai sur la matiere du Franc-Aleu.

Si elle contribue pour celles du Franc-Aleu & du Tiers & Danger?

La question pour le Franc-Aleu doit paroître moins problématique, puisqu'on peut dire que le Roi n'impose les taxes que comme souverain, & comme par un droit de protection, étant de la nature du Franc-Aleu de ne devoir aucun droit; de sorte que le Prince ne faisant cette levée qu'en cette qualité, le propriétaire la doit acquiter, parce qu'en ce faisant il est maintenu dans cette prérogative de ne reconnoître aucun Seigneur féodal; la question en fut aussi plaidée, & jugée en l'Audience de la Grand' Chambre, le 15 de Janvier 1647. Lequillon Sergent à Roüen avoit épousé la veuve du Marchand, laquelle possédoit quelques maisons dans la ville de Roüen, qui furent taxées pour le Franc-Aleu; on somma Lequillon de paier la taxe, mais quelque tems après il mourut. Ses héritiers furent poursuivis par la veuve propriétaire de ces maisons pour la décharger de cette taxe; à quoi aiant été condamnez: Sur leur apel, de Cahaignes leur Avocat representoit que cette taxe étoit *onus rei*, qui devoit être acquitée par le propriétaire; mais il s'appuioit principalement sur ce que le mari étant mort avant le paiement de la taxe, ses héritiers ufoient de leur bonne fortune, & le mari ne pouvant plus jouir, ses héritiers ne pouvoient plus être recherchés à l'avenir. De la Hogue pour la veuve, répondoit que cette taxe étant due à cause de la jouissance, le mari & ses héritiers étoient obligés de la paier: Par l'Arrest on cassa la Sentence, & les héritiers furent déchargés.

Il peut être que cette circonstance de la mort du mari fut le motif de l'Arrest, & que par conséquent on n'a pas décidé la question generale; & en effet plusieurs sont de ce sentiment, que le mari doit y contribuer de la même maniere que la veuve a été condamnée de contribuer à la taxe des Franc-Fiefs, suivant l'Arrest rapporté ci-dessus. Cette imposition avoit pour cause la jouissance du fonds, & la taxe

étant faite pour les jouissances passées, la mort du mari ne pouvoit exempter ses héritiers, étant une charge qui se devoit personnellement; mais si l'on examine la véritable cause de la taxe, on reconnoitra qu'elle est demandée pour conserver le propriétaire dans le privilège du Franc-Aleu, & que par conséquent il doit l'acquiter seul. Cependant comme ces taxes ne sont point dues par la nature du Franc-Aleu, & qu'elles ne sont exigées contre le droit commun que par l'autorité du Prince, & pour des causes publiques, il seroit rigoureux d'en charger le propriétaire seul: En effet pour les taxes du Tiers & Danger qui étoient demandées à ceux qui ne le devoient point, ou pour le rachat & l'extinction de ce droit à ceux qui y étoient sujets, les veuves ont été condamnées d'y contribuer, & on regle ordinairement leur part de cette contribution à un sixième.

La veuve étant obligée non seulement de tenir en état, mais aussi de conserver & de ne diminuer pas les maisons & les terres qui lui sont laissées pour son douaire, on a révoqué en doute si la veuve se peut servir des carrieres, ardoisieres, sablonnières & marnieres pour sa commodité seulement, ou si elle peut en vendre & en tirer du profit? Suivant la loi *item, de usufr. potest usufructuarius si lapidinas, arenas & cretiodinas habeat, cadere si velit, & his omnibus uti tanquam bonus paterfamilias*: On peut conclure par cette loi que l'usufruitier se peut servir de toutes ces choses comme un bon pere de famille, mais il ne s'ensuit pas qu'il en puisse vendre. Le Droit Civil met au rang des biens dont l'usufruitier pouvoit jouir les carrieres & autres choses de cette nature, suivant le sentiment des Philosophes qui soutenoient que les carrieres renaissent, *lapidicina renascebantur*; mais le Soleil de nos climats n'a point assez de force & de chaleur pour faire cette production, au moins on n'en a point d'expérience; c'est l'opinion de Mr d'Argentré, qui soutient qu'elles ne renaissent point, ce qui lui fait dire sur l'art. 60. de la Coutume, que *in his cum solum consumi, cavari, mergi, exportari contingat & ad culturam inutile reddi, & substantia fundi mutetur & pereat, non injusta est expostulatio Domini, si sua indemnitati consuli à vassallo petar*. Que si le Seigneur féodal peut empêcher que son vassal ne se serve de ces choses, quoi qu'il soit propriétaire du fonds, & que le Seigneur n'y soit intéressé que pour l'assurance de ses droits Seigneuriaux, une douairiere ou un autre usufruitier ne peut jouir de ces choses que pour les employer aux réparations des maisons, ou pour l'amélioration des terres, comme de la marne dont on se sert en plusieurs lieux de cette Province pour échauffer la terre, qui est la propriété de la marne, sans toutefois en pouvoir vendre.

Cet usage de marnier les terres labourables est fort ancien dans les Gaules, *alia est ratio quâ Galli & Britanni invenere alendi terram, quod genus vocant Margam, spissior ubertas in ea intelligitur. Plin. l. 18. c. 6.* Dans quelques anciens Exemplaires il y a *Marla* au lieu de *Marga*; & Ménage écrit dans ses Origines que les Angevins, les Manceaux, les Normans & les Boulonnois, disent *Marle* au lieu de *Marne*: Les paisans du Pais de Caux l'appellent *Mâle*: Dans les Capitulaires de Charles le Chauve, page 324. elle est apelée *Margilla*; *Marga primum post margilla dicta est.*

Après avoir exprimé les charges où la douairiere est obligée, on demande quelle peine on lui doit imposer lorsqu'elle néglige de cultiver les terres en leur saison, ou de réparer & d'entretenir les bâtimens? Notre Coutume n'a rien déterminé sur ce sujet: la l. *Item, D. de usufructu, dit usufructuarius cogi posse colere*, c'est une question fort disputée entre les Docteurs sur la l. *divortio, D. solut. marr. & ibi Bartol. an ob absum usufructuarius sit expellendus aut privandus jure suo?* Chopin estime que la négligence de

Si la douairiere peut se servir des carrieres, marnieres, &c. & si elle peut en vendre?

De l'usage de marnier les terres.

Quelle peine est due à la douairiere quand elle ne répare & n'entretient point les bâtimens, &c.

la veuve est punie par la perte de son douaire, & que la negligence consiste à ne cultiver pas les vignes, à ne rétablir point les maisons, & à abatre les bois de haute-futaie, l. 3. t. 1. & 3. de la Propriété des biens : Mais la Coutume réformée de Bretagne, art. 468. y apporte ce tempérament, *si la douairière laisse déperir les terres, maisons, bois qui portent fruits, moulins, étangs & autres choses, parquoi l'heritage soit moins valant, elle sera dessaisie du douaire, & sera regardé le dommage qu'elle auroit fait, & d'autant que le dommage sera estimé, le revenu dudit douaire sera diminué; & ce qui en devra demeurer à ladite douairière, lui sera laissé par les mains de l'heritier principal.*

Ce déperissement doit être considérable, & il consiste au défaut de labourage, & pour les maisons au défaut de réparation; on ne déposséderoit pas promptement une douairière, on la feroit d'abord condamner à mettre les choses en bon état, & n'y satisfaisant pas on saisiroit le revenu pour être employé à la réparation de la chose: Tournet sur l'article 262. de la Coutume de Paris, est de ce sentiment, & dit avoir été jugé par Arrest que la femme ayant laissé détériorer les bâtimens par sa negligence, ne doit pour cela perdre son douaire, mais on la peut contraindre à faire les réparations de ce qui est ruiné par sa faute, & à desintéresser l'heritier; si toutefois les choses étoient tombées en une décadence si grande, que le revenu ne fût pas suffisant pour les rétablir, il seroit juste de pratiquer ce qui est prescrit par la Coutume de Bretagne pour indemniser le propriétaire.

Si le propriétaire est tenu de rétablir les maisons sujettes au douaire, quand elles sont péries par le feu ?

C'est une doctrine commune, que si les maisons sujettes au douaire perissoient par le feu ou par quelque autre force majeure, le propriétaire ne seroit pas tenu de les rétablir, car l'usufruit est éteint par la ruine de la chose sur laquelle il est dû, l. *repeti*, §. 1. *quib. mod. usufruct. amittitur*; mais Chopin, l. 3. t. 1. c. 3. n. 20. de la Propriété des biens d'Anjou, estime que si l'heritier du mari avoit fait rétablir le moulin ou la maison chargée du douaire, il seroit tenu de souffrir la continuation d'icelui. L'usufruit de la place où la maison étoit bâtie restant encore à la femme, le propriétaire seroit obligé de lui en tenir compte; mais elle ne pouroit prendre part au loier de la maison rebâtie, qu'en desintéressant le propriétaire.

Quand la douairière est tenue de bailler caution ?

Quand la negligence ou la faute de la douairière peut causer la perte de la chose, il est permis au propriétaire de pourvoir à sa sûreté: on donne pour exemple les Sergenteries sur lesquelles la veuve a douaire; quoi que regulierement la douairière ne soit pas tenue de bailler caution, toutefois comme la malversation & l'abus de celui qui exerce une Sergenterie, en pouroit faire perdre la propriété, il semble juste qu'une douairière qui jouit d'une Sergenterie, soit obligée d'assurer le propriétaire. Cela fut jugé de la sorte, le 12 de Février 1637. entre la nommée Richer veuve de Lieuré, apelante d'une Sentence qui l'avoit condamnée comme jouissante à douaire d'une portion de la Sergenterie Roiale de Montivilliers, à bailler au fils du premier mariage & heritier de son mari, caution de l'exercice pour sa part, à cause des perils qui en pouroient arriver au propriétaire, & la Sentence fut confirmée par l'Arrest. La Coutume de Paris, art. 264. oblige la douairière qui se remarie à bailler caution; car l'on présume qu'un second mari ne se mettra guères en peine de maintenir l'heritage dont sa femme jouit à douaire, & par le Droit Civil l'usufruitier y étoit toujours obligé, *t. quem-*

Si elle y est tenue en se remarquant ?

admodum usufruct. caveat, & cette caution étoit requise si nécessairement, que le donateur même de l'usufruit ne pouvoit pas s'en dispenser, l. 1. *C. de usufruct. Guid. Pap. Decis. 248. Chassa. tit. des Droits des gens mariez, 86. in verb. (& sera tenuë.)* Plusieurs distinguent entre l'usufruit constitué par l'homme, & l'usufruit constitué par la loi; la caution est nécessaire pour la première, l. *cum non solùm*; §. *si autem as alienum, vers. hoc procul dubio, C. de bonis qua lib.* mais quand l'usufruit étoit dû en vertu de la Coutume, on ne pouvoit assujétir l'usufruitier à bailler caution; il est certain que la douairière n'y est point obligée s'il n'y en a quelque raison particuliere, ou comme dit M^r d'Argentré, art. 433. gl. 2. n. 10. *Si non de modo & quantitate, sed de jure doarii controversia sit, non est imponenda cautionis necessitas.*

La douairière ne peut point couper ni abatre les bois de haute-futaie, mais lorsqu'il s'en trouve dans son lot, le propriétaire peut-il les abatre contre son gré? Par la disposition du Droit, si quelqu'un avoit abatu par force ou clandestinement des arbres qui ne portoient point de fruit, l'usufruitier ne pouvoit le poursuivre *interdicto unde vi*, cette action n'appartenoit qu'au propriétaire, *domino duntaxat competit interdictum unde vi*; & néanmoins pour peu que l'usufruitier en tirât de commodité, ou qu'ils lui servissent pour la promenade ou pour son plaisir, il ne laissoit pas d'avoir action: *Si quis vi aut clam arbores non frugiferas ceciderit, veluti cupressos, domino duntaxat competit interdictum unde vi; sed si amœnitas quadam ex hujusmodi arboribus præstetur, potest dici & fructuarii interesse propter voluptatem & gestationem, & esse huic interdicto locum, l. 16. §. 1. D. quod vi.*

Si le propriétaire peut abatre les bois de haute-futaie qui sont au lot de la douairière ?

Sur ces mêmes raisons les douairières peuvent s'opposer à l'abatement des bois destinez pour l'ornement ou pour le plaisir, lorsqu'ils font partie de leur douaire. Berault raporte un Arrest par lequel l'on permit au propriétaire d'abatre des bois de haute-futaie en dédommageant la veuve; mais il faut distinguer entre les bois qui servent d'ornement ou qui sont plantez pour le plaisir & la promenade, & les autres bois qui n'aportent pas ces commodités: Pour ces derniers il est juste de permettre au propriétaire d'en faire son profit en desintéressant la veuve, si elle en tiroit quelque utilité; mais pour les autres qui sont destinez pour le plaisir, pour l'ornement, ou même pour la conservation des bâtimens, en les mettant à l'abri des vents & des tempêtes, la douairière a raison d'empêcher qu'ils ne soient abatus. La Cour usa de ce tempérament au procès d'entre Nicolas de Roessé Ecuier, sieur de Beuzeville, demandeur en Requête, aux fins qu'il lui fût permis de vendre le bois étant sur le lot à douaire de la Dame sa mere, & Dame Anne Pitreson sa mere, défenderesse. Le fils soutenoit pouvoir vendre son bois, & qu'en ce faisant la Dame sa mere n'en souffroit aucun préjudice; au contraire le bois étant infecté, le fonds qui lui étoit inutile produiroit du revenu. La mere representa que son fils avoit déjà disposé de la meilleure partie des bois de haute-futaie qui étoient dans son partage; que ce qui étoit sur son lot faisoit la décoration de la terre: qu'il étoit même nécessaire de le laisser subsister, pour mettre les bâtimens à couvert des grans vents. Par Arrest en la Chambre de l'Edit, du treizième Décembre 1656. il fut dit avant que de faire droit sur la Requête, qu'il seroit dressé procès verbal de l'état des bois étant sur le lot à douaire, pour ce fait être pourvû aux parties ainsi qu'il apartiendrait.

CCCLXXVI.

Privation de douaire.

En quel cas la femme est privée de son douaire ?

Femme n'a douaire sur les biens de son mari, si elle n'étoit avec lui lors de son décès.

Il ne faut pas se persuader que la femme ait satisfait à cet article, lorsqu'après avoir abandonné son mari mal à propos, elle retourne seulement auprès de lui dans ces momens qu'il pousse les derniers soupirs, & que la crainte de perdre son douaire a été le véritable motif de son retour, imitant en cela les vautours que l'avidité du carnage appelle auprès des cadavres. L'intention de la Coutume a été de punir non l'absence & l'éloignement de la femme, mais son mépris & son peu d'affection; elle peut être absente sans crime, lorsqu'elle est en voyage pour les affaires de son mari, ou pour sa santé; on ne pouroit lui imputer de faute si son mari étoit mort subitement, ou par quelqu'autre accident, sans pouvoir venir à son secours; & c'est pourquoi la Coutume de Bretagne dans l'art. 430. qui est conforme à cet article, ajoute fort à propos, que *si elle n'est avec son mari, & ne fait son devoir de le garder quand elle le peut faire, elle ne doit être endoctrinée*: Il faut même recevoir favorablement les excuses de sa retraite, sur tout si la colere, la débauche & la mauvaise conduite de son mari lui en ont fourni le sujet; & comme la femme ne merite son douaire par sa simple présence, mais par son devoir, par ses respects & par son attachement auprès de son mari, si elle l'abandonne sans raison & par mépris, elle se rend indigne de son douaire. Il eût été plus à propos, à mon avis, de concevoir cet article en cette manière, que *la femme n'a douaire sur les biens de son mari, si elle n'étoit avec lui lors de la maladie dont il est décédé*; car c'est en ce tems que sa présence & son secours lui sont le plus nécessaires; c'est une des conditions réciproques du mariage, de s'assister & de se secourir l'un l'autre dans la maladie & dans la santé; & c'est pourquoi M^r d'Argentré dit, *dotarii causa & finis ex consuetudine tribuitur obsequio femina, ut propemodum ex causa onerosa tribui videtur, ad 500 art. gl. 2.*

Puis donc que la présence, les soins & l'assistance qu'une femme doit rendre à son mari, sont une condition essentielle pour pouvoir conserver le douaire, l'abandonnement & l'absence en doivent emporter la privation. On peut confirmer la disposition de cet article par un exemple tiré de la loi *Ea que marito, D. de Donat. inter vir. & uxor. Ea que à marito suo pecuniam ex causa donationis acceperat, litteras ad eum misit hujusmodi: Cum petenti mihi, Domine charissime, annuerit indulgentia tua viginti ad expediendas quasdam res meas; que summa mihi numerata est sub ea conditione, ut si per me meosque mores quid steterit, quominus in diem vita nostra matrimonium permaneat, siue invito te discessero de domo tua, vel repudium tibi sine querela misero, divortiumve per me factum probabitur; tunc viginti que mihi hac die donationis causa dare voluisti, daturam & restitutam me sine ulla dilatione spondeo: quero an si eadem marito suo repudium miserit, pecuniam restituere debeat? Paulus respondit; pecuniam quam vir uxori donavit ex stipulatione proposita, si conditio ejus extitit, peti posse.* Un mari donnoit à la femme une certaine somme d'argent, à condition que s'il arrivoit separation de leur mariage par son fait ou par sa mauvaise conduite, il pouroit redemander son argent le cas étant arrivé. Le Jurisconsulte répond que la femme doit rendre l'argent; or le douaire étant conditionnel suivant cet article, la femme doit en être privée lorsqu'elle n'accomplit point les conditions qui ont en partie donné lieu à la promesse du douaire.

L'abandonnement & l'absence de la femme lors du décès de son mari, la privent de son douaire.

Sur ces principes il a été jugé par Arrêt du Parlement de Paris, rapporté dans la seconde partie du Journal du Palais, qu'une femme aiant quitte son mari par legereté, sans l'avoir même assisté à la mort, ne peut après son décès avoir part en la communauté.

CCCLXXVII.

Ce qui se doit entendre quand elle a abandonné son mari sans cause raisonnable, ou que le divorce est venu par la faute de la femme; mais s'il avient par la faute du mari, ou de tous deux, elle aura son douaire.

On trouve dans les loix d'Ecosse une disposition conforme à cet article, *si in vita alicujus viri uxor sua fuerit ab eo separata ob aliquam sui criminis turpitudinem, nullam vocem clamandi dotem habere poterit: Skenaus, leg. Scot. l. 2. c. 16. art. 73. Vide etiam Novellam, ut liceat matri, collat. 8. & c. 33. q. 12. cum sequentibus in decreto.*

La Coutume avoit parlé un peu trop généralement en l'article précédent, elle s'explique & se corrige en celui-ci, en disant que *la femme perd son douaire pour n'être pas avec son mari au tems de son décès*; cela ne s'entend néanmoins que quand elle l'a abandonné sans cause raisonnable, ou que le divorce est venu par la faute; car s'il avient par la faute du mari, ou par celle de tous deux, la femme aura son douaire: Il faut donc examiner la cause de son absence, car la haine & l'aversion du mari ne lui servent pas toujours d'excuse; comme aussi cela ne suffit pas pour la condamner; elle ne doit pas être punie si son mari la rebute sans sujet, lorsqu'elle vient lui rendre ses devoirs & ses services; mais si cette aversion du mari est causée par sa mauvaise conduite, en ce cas, dit la Coutume de Bretagne, il n'est tenu, s'il ne veut, de la recevoir.

Des causes de l'abandonnement & de l'absence de la femme, pour la privation de son douaire.

La Coutume a remis à la prudence des Juges de décider quelles sont les causes raisonnables qui peuvent excuser l'absence de la femme, ou qui méritent qu'elle en soit punie. Les veuves peuvent être privées de leur douaire en deux manières, ou par la faute qu'elles ont commise durant la vie de leurs maris, ou pour leur mauvaise conduite après leur mort: c'est une faute assez grave pour tomber dans la peine imposée par la Coutume, que la femme ait abandonné son mari volontairement & sans cause, & que par un mépris injuste elle ait négligé son devoir. Le chap. *Plerumque, de Donat. inter vir. & uxor.* n'en demande pas davantage, *si mulier ob causam fornicationis, iudicio Ecclesia, ut propria voluntate, à viro recesserit, nec reconciliata postea sit eidem, dotem vel dotatitium repetere non valebit.* Il est vrai que la Glose veut qu'elle se soit retirée *ob causam fornicationis*, de son propre mouvement; mais il est manifeste par les termes de ce chapitre qu'elle perd sa dot & son douaire en deux manières, ou lorsqu'elle s'absente pour suivre son adultere, ou quand elle quite volontairement son mari par un pur caprice: on ne doute pas néanmoins que sa retraite ne soit infiniment plus criminelle, lorsqu'un infame adultere en a été le motif.

Veuves privées de leur douaire en deux manières.

De quelle manière l'on punif-
soit parmi les
Romains la fem-
me qui abandon-
noit son mari.

Il n'est pas nouveau que l'on ait puni avec sévérité les femmes qui abandonnent temerairement leurs maris, & qui se retirent de leurs maisons pour vivre avec plus de licence. Autrefois on donnoit à Rome l'action de *Moribus*, lors même que le divorce étoit en usage, & il étoit permis au mari de se plaindre non seulement de ces fautes graves, comme de l'adultère, mais aussi des mauvaises mœurs; & pour cet effet ils faisoient différence *inter graviores & leviores mores mulieris; graviores appellabant adulterium, & probrum, leviores inter reliquos pravos mores quos indicat Ulp. tit. de Dote*; par cette action la femme adultère perdoit la sixième partie de sa dot, & pour ses autres fautes on la privoit de la huitième partie: Il est vrai que la femme pouvoit se plaindre de son chef, & que le mari n'étoit pas exempt de châtement lorsqu'il avoit manqué; il y avoit cette différence, que la femme ne pouvoit pas acuser son mari d'adultère, & c'est aussi le sentiment de la plupart des Theologiens, *sed habebat relationem*, c'est-à-dire que la femme pouvoit objecter le même crime à son mari; & quoi que cette action de *Moribus* fût abolie depuis, la mauvaise conduite des femmes ne demeura pas impunie, au contraire elles furent châtiées plus rigoureusement: *Immo gravius coerciti sunt mores conjugis qua divortii causam dedisset: mulier enim ipso jure amittit dotem totam; amittit etiam quod obvenire solet mulieri ob donationem propter nuptias, emolumentum. Cujac. ad l. vir uxori, l. 11. Quest. Pap.*

Si donc lorsque le mariage se pouvoit rompre par le divorce, le mari pouvoit acuser la femme même après leur séparation, il faut conclure que le mariage étant aujourd'hui indissoluble, & la femme demeurant perpétuellement en la puissance de son mari, le mépris qu'elle en fait en abandonnant sa personne & sa maison sans cause raisonnable, mérite justement la peine qui lui est imposée par la Coutume. Pour faire souffrir cette peine à la femme, il n'est pas nécessaire que le mari ait fait éclater son ressentiment durant sa vie ou par son testament; car quoi que suivant l'opinion commune les héritiers ne soient pas admissibles à l'acuser d'adultère quand le mari ne s'en est point plaint, & sur tout lorsqu'il ne l'a point ignoré, toutefois en conséquence de cet article l'on ne peut douter que si la femme n'est point auprès de son mari lors de son décès, les héritiers pour justifier qu'elle l'a abandonné sans cause raisonnable, ne puissent alléguer qu'elle l'a fait pour vivre impudiquement; & puisque pour donner lieu à cette action il faut qu'elle n'ait point été avec son mari lors de son décès, elle ne peut être intentée que par les héritiers: mais parce que le plus souvent ils agissent plutôt pour leur intérêt, que pour venger l'injure faite au défunt, il faut que cet abandonnement de la femme soit non seulement inexorable, mais que son mari ne lui en ait point donné de sujet, autrement suivant cet article si le divorce arrive par la faute de tous deux, elle aura son douaire; *viro & uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse, utrumque pronuntiatum est: id ita accipi debet, ut ea lege quam ambo contempserunt ut neuter vindicetur, paria enim delicta mutua compensatione dissolvuntur*: Car encore qu'il soit dit en l'article précédent, que la femme n'a point de douaire si elle n'est avec son mari au tems de son décès, toutefois la Coutume aiant ajouté que cela n'a lieu que quand elle a abandonné son mari sans cause raisonnable, ce terme *abandonné* signifie quelque chose de plus qu'une simple absence; & pour rendre une femme coupable, il faut non seulement qu'elle l'ait tout à fait négligé sans lui rendre aucun soin, & sans lui témoigner aucun souvenir de leur mariage; en un mot ces raisons sont plus de fait que de droit, & dépendent des circonstances particulières, *ex variis causarum figuris*, & les Juges auront ordinairement plus de penchant à favoriser la veuve que les héritiers.

Tome II.

Mais quand on reproche à la femme d'avoir abandonné son mari pour vivre avec plus de licence, & se jeter entre les bras d'un adultère, c'est alors que l'abandonnement est inexorable: Et bien que suivant la jurisprudence des Arrêts, & le sentiment de nos Auteurs, l'héritier du mari ne puisse opposer à la femme qui repete ses conventions matrimoniales, qu'elle a commis adultère *vivente marito*, s'il ne s'en est plaint; *maritus enim solus thori genialis vindex, l. quamvis, Cod. de Adult.* & que *morum coercitionem non habet hares, l. rei judicata, §. 1. ff. solut. matr.* cette maxime néanmoins ne peut avoir lieu en cette rencontre; car puisque la Coutume permet à l'héritier du mari d'acuser la femme pour avoir abandonné son mari sans cause raisonnable, il peut sans doute pour rendre cet abandonnement plus criminel y ajouter le reproche d'adultère. L'absence injuste de la femme est le sujet & le titre de l'acufation; l'adultère est une circonstance qui agrave cette acufation, & qui la rend plus criminelle; ainsi ce n'est pas une acufation d'adultère formée par un héritier, il ne le propose pas même par exception, ce qui se peut, Louët, l. D. n. 43. mais il l'ajoute comme une suite & un effet de cet abandonnement déraisonnable qu'il lui est permis de reprocher à la femme; & on ne peut lui opposer le silence du mari pour une fin de non recevoir, parce qu'à proprement parler cette action ne commence à naître qu'après la mort du mari, & la Coutume l'attribue particulièrement aux héritiers, ne punissant la femme que pour ne s'être pas trouvée avec son mari lors de son décès: Il est vrai que le mari vivant pouvoit se plaindre de l'absence & de la mauvaise vie de sa femme, s'il ne l'ignoroit pas; mais comme elle pouvoit toujours effacer sa faute en retournant avec lui, & que la Coutume ne considère pas tant cette absence qui précède la mort, & qu'au contraire elle punit particulièrement cet abandonnement au tems du décès, où la présence de la femme est plus nécessaire à son mari, il est manifeste que la vengeance de ce mépris est réservée à l'héritier. Je conviens que si la femme poursuivoit l'héritier pour répéter sa dot, il ne pouvoit lui reprocher son abandonnement & son adultère, parce que la Coutume ne prive pas la femme de sa dot pour avoir abandonné son mari, & que l'héritier n'est pas recevable à former l'acufation d'un adultère commis le mari vivant, lorsque le mari ne s'est point plaint; mais la Coutume privant la femme de son douaire pour n'avoir pas été avec son mari lors de son décès, puisque l'héritier peut former l'acufation de l'abandonnement sans cause, il peut y ajouter le reproche de l'adultère pour le rendre encore plus criminel & plus inexorable: Aussi par l'art. 431. de la Coutume de Bretagne, si la femme s'en est allée par fornication, le mari n'est tenu de la reprendre s'il ne veut. M^r d'Argentré dit que, *petenti restitutionem obstat exceptio adulterii*: mais quand la femme a recherché son mari, & qu'il a refusé de la recevoir à cause de sa mauvaise vie, *hac repulse causa probanda est ad amissionem doarii; pendet enim repulse effectus à veritate causarum, quæ interim satis est ad transmittendam querelam ad heredem*: Or si lorsque la femme a voulu retourner avec son mari, & qu'il l'a refusée à cause de sa mauvaise vie, *hoc satis est ad transmittendam querelam ad heredem*; lorsque la femme ne s'est point mise en devoir de rechercher son mari, cet héritier est beaucoup plus admissible à prouver l'abandonnement & l'adultère.

L'on a eu sans doute quelquefois un peu trop de relâchement pour le châtement de ces femmes impudiques qui violent si impudemment tous les devoirs du mariage; en voici un exemple. Demoiselle N. fut mariée en premières nœces avec le sieur de S. Cyr; il la chassa de sa maison à cause de sa mauvaise vie, & il ne la reprit que moiennant trois mille livres qui lui furent données; le sieur de S. Cyr étant

Cas où l'héritier du mari peut prouver l'abandonnement & l'adultère de la femme.

Cas où l'héritier ne peut opposer à la femme son abandonnement & son adultère.

Cas où le divorce ne prive point la femme du douaire.

S'il est permis
de transiger de
l'adultère ?

mort, elle épousa trois mois après François Hervieu Ecuier, sieur de Monbofc, lequel l'ayant surprise avec Dom Jean de Monfiquet Prieur de S. Martin, il le tua d'un coup de pistolet, & elle se sauva par une fenêtre : il fit informer contr'elle ; la cause fut évoquée au Parlement de Bretagne, où par Arrest il fut dit qu'il seroit pris trois mille livres sur le bien de cette femme, pour être procédé à l'instruction & perfection de son procès. Depuis par l'autorité d'une personne de credit son parent, elle fit cesser l'information, & ils passerent une transaction par laquelle ils étoient séparés de corps & de biens, & elle donnoit à son mari le tiers de son bien qu'elle ne lui avoit point donné par son contrat de mariage qu'en cas qu'ils eussent des enfans, & ils n'en avoient point ; elle renonça même à prétendre aucun douaire sur le bien de son mari de son vivant. Le sieur de Monbofc mourut après avoir été cinq ou six mois malade, sans avoir été visité ni assisté par sa femme, & aussitôt après elle intenta action contre son heritier pour son douaire, son deuil & ses parafernaux ; elle fut deboutée de toutes ses demandes par le Juge de Valongne : Sur l'apel, le Febvre son Avocat, disoit que pour l'adultère son mari s'étoit desisté de la poursuite ; qu'il lui avoit remis toute l'offense par cette transaction, & que par conséquent son heritier n'étoit point recevable à lui objecter l'adultère ; que pour l'absence elle en avoit une cause raisonnable, étant séparée de corps & de biens, ce qui la dispensoit de se trouver auprès de son mari au tems de son décès ; & elle prétendoit aussi que le divorce n'étoit point arrivé par sa faute, n'ayant point été convaincue d'adultère par aucun Jugement ; que son mari seul l'avoit soupçonnée par une jalousie qu'il avoit conçue mal à propos. Le Questne pour le sieur Hervieu, heritier du sieur de Monbofc, répondoit que ces deux mariages n'avoient été qu'un adultère continuel ; que pour empêcher l'instruction du procès & sa condamnation, elle avoit employé le credit de ses parens, mais que la transaction en faisoit la conviction, qu'elle objectoit inutilement qu'on n'étoit pas recevable à l'accuser d'adultère, son mari en ayant abandonné la poursuite, puisque cette accusation n'étoit proposée que par exception ; que par la transaction elle étoit privée de son douaire ; il est vrai qu'il étoit dit que c'étoit du vivant de son mari, mais l'heritier n'étoit pas exclus d'exercer contr'elle la severité de la loi ; qu'en tout cas elle en étoit indigne, pour avoir negligé de rendre aucune visite à son mari durant six mois de maladie, & de ne s'être pas trouvée auprès de lui lors de son décès ; que la separation de corps & de biens ne la dispensoit point de lui témoigner quelque déplaisir de son mal ; sa qualité de femme l'engageoit à ce devoir, & cette separation de corps devoit cesser dans ces derniers momens, pour venir éfacer par ses larmes les outrages qu'elle lui avoit faits pendant sa vie ; que jamais femme ne merita mieux de servir d'exemple de la severité des loix, ses adulteres étans notoires à tout le monde ; qu'il falloit satisfaire la discipline & l'honnêteté publique ; & qu'en un mot une femme si criminelle étoit inexcusable de n'avoir pas témoigné le moindre souvenir à son mari pendant six mois d'une fâcheuse maladie : Neanmoins suivant les conclusions de M^r l'Avocat General de Préfontaines, la Sentence fut cassée en ce que la veuve étoit privée de son douaire, & on la confirma pour les habits & les parafernaux ; par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 5 d'Avril 1669.

Arrest qui accorde le douaire à une veuve qui a voit transigé de l'adultère, & la prive de son deuil & de ses parafernaux.

Le motif de cet Arrest fut que lors de la plaidoirie l'on ne representoit aucune information ; il y en avoit eu deux qui avoient été cassées par Arrest, parce qu'elles étoient contraires à la plainte du sieur de Monbofc ; d'ailleurs ladite Dame de Monbofc par la transaction n'étoit point privée de son douaire après la mort de son mari ; il avoit stipulé seulement qu'elle

n'en auroit point de son vivant ; bien qu'ils fussent séparés ; elle produisoit même une information faite par les parens du Religieux, que ledit sieur de Monbofc n'avoit tué ce Moine que par emportement, & après une débauche excessive de vin ; que ce Religieux étoit âgé de soixante ans, & que pour étouffer la poursuite que l'on faisoit contre lui, il avoit donné de l'argent aux parens : Ces circonstances donnerent lieu à l'Arrest.

Que si par la transaction la femme eût été privée de son douaire, la Cour n'y auroit pas donné d'ateinte, comme il fut jugé solennellement entre Anne des Essars veuve de Pierre Roger le jeune, apelante du Bailly de Roüen, & Pierre Roger tuteur des enfans dudit Pierre Roger, dont voici le fait. Pierre Roger le jeune ayant soupçonné sa femme d'adultère, fit informer contr'elle ; il trouva des témoins qui en rapportèrent assez pour la faire châtier. La femme ayant su cette procédure, pria le S^r des Essars son pere de la secourir dans son malheur, & de détourner le coup dont elle étoit menacée ; il y réussit, & fit consentir le mari à se desister de l'information, & à faire une transaction, par laquelle il étoit porté qu'à la priere & requête du S^r des Essars & de sa fille, & pour le bien des familles, ils consentoient à demeurer séparés de corps & de biens, pour quoi elle renonçoit à jamais à demander aucuns droits, moiennant la somme de trois cens liv. de rente, laquelle étoit sa dot ; ils vécutent séparés, & le décès du mari étant arrivé quatre ans après, la veuve prit des lettres de restitution : Pierre Roger l'aîné tuteur des enfans, soutint que la transaction devoit être executée, & par Sentences du Viconte & du Bailly de Roüen, elle fut évincée de ses lettres de restitution. Il y avoit encore une circonstance dans le fait qu'il n'est pas inutile de remarquer, savoir que deux ans avant la transaction le mari sur les doutes qu'il avoit de l'infidélité de sa femme, l'avoit mal-traitée ; elle en avoit fait informer, & pour finir la poursuite, ils avoient transigé, & le mari lui avoit demandé pardon de son procédé, & avoué qu'il avoit eu tort d'en user ainsi.

Renault sur l'apel de la femme, disoit que la transaction ne pouvoit pas subsister, parce qu'elle étoit contre la Coutume, qui défend aux personnes mariées de se donner l'un à l'autre ; que quand il seroit vrai qu'elle seroit coupable, il n'étoit point permis de transiger de l'adultère ; que cela est absolument défendu par le Droit, en la l. *Transigere*, au Cod. de *Transact.* que ce n'est point aux particuliers à se faire justice ; qu'ayant stipulé qu'ils demeureroient séparés de corps & de biens, cela étoit contre les bonnes mœurs & contre l'honnêteté publique ; que cela ne se devoit faire que par autorité de Justice ; qu'un mari débauché au point que l'étoit Roger, n'étoit point recevable à accuser sa femme ; qu'il l'avoit même mal-traitée d'une si cruelle maniere, qu'elle avoit été obligée d'en porter sa plainte devant le Juge, dont il n'avoit pas voulu attendre la preuve ; qu'il avoit reconnu par la transaction qu'il fit pour arrêter la poursuite de sa femme, ses mauvais traitemens & ses violences ; qu'il lui avoit demandé pardon, & qu'ainsi on ne pouvoit pas dire qu'elle fût coupable, puisqu'il la reconnoissoit innocente, & qu'autrement il eût repoussé la plainte par la plainte ; qu'au reste un tuteur qui se sert du nom des mineurs contre leur interest & leur honneur, n'étoit pas recevable à cette poursuite ; qu'il n'appartient qu'au mari de venger l'honneur de son lit, & à poursuivre sa propre douleur.

Basnage le jeune répondoit que la transaction n'étoit point contraire à la Coutume ; que le mari n'avoit point profité du desordre de sa femme, mais que sa mauvaise conduite l'avoit rendu indigne du douaire qu'elle demandoit, & qu'elle devoit s'estimer heureuse qu'on eût été si moderé dans la peine qu'on lui avoit imposée, & qu'on n'eût pas retenu sa dot comme il étoit au pouvoir de le faire ; que cela ne

Si la femme aiant transigé de l'adultère, & aiant renoncé à son douaire, peut en obtenir des lettres de restitution ?

reçoit pas même de difficulté par le Droit, comme on le voit par un exemple qui se trouve dans les réponses d'Ulpien, d'un certain Ticinius qui ne prit une femme impudique qu'à dessein de la répudier, & de retenir une dot considérable qu'elle lui apporta; & la loi *his solis*, au Cod. de *revoc. donationibus*, en est une preuve évidente, que l'adultère n'étant point entre les jugemens publics on avoit pu en transiger; qu'on ne pouvoit pas obliger un mari à publier une infamie qui rejalloit sur une famille innocente, & sur la personne; qu'en ces sortes d'affaires on sert de passe-tems au peuple, qui rit également de celui qui accuse & de celle qui est accusée; que c'étoit un jugement domestique & une sage précaution des parens assemblez, qui n'a rien que de louable, & qui cache une honte qui ternit toute une famille; que la transaction n'avoit point été faite par la fragilité d'une femme, ni par autorité maritale, mais à sa requête & à la prière de son pere; que les Romains n'avoient défendu de transiger de l'adultère qu'en certaines occasions, c'est-à-dire lorsqu'il se trouvoit des maris assés insensibles sur le point d'honneur, que lorsqu'ils avoient surpris leurs femmes en adultère, ils laissoient le crime sans poursuite pour quelque somme qu'on leur donnoit; c'est dans ce sens qu'il faut prendre la loi *Transigere*, au Cod. de *Transact.* qui porte que *Transigere nec pacisci de omni crimine capitali excepto adulterio, prohibitum non est.* Qu'on avoit ignoré fort long-tems la véritable raison de cette loi; qu'il y en avoit qui l'ont attribuée à l'atrocité du crime; d'autres, comme Balde & Jason, ont crû que c'étoit une peine particulière à ce crime, *in gratiam matrimonii*; & parce qu'il étoit trop commun; mais ceux qui ont le mieux pénétré cette difficulté, ont dit que la loi estimoit que c'étoit une espèce de prostitution que de dissimuler ce crime, *quod in lenocinium transactio inclinare videretur*; ainsi quand l'Empereur a défendu de transiger, il n'a défendu que ce trafic sale & honteux, & il est certain que la loi ne s'observera que lorsque la raison de la loi aura lieu, c'est-à-dire lorsque la transaction ne se pourra faire sans l'infamie du mari, & sans qu'il paroisse mettre son honneur à prix; que ceux qui disent qu'on ne peut transiger de l'adultère se trompent bien fort, il y en a une preuve contraire dans la Nouvelle 117. L'Empereur avoit examiné tout ce qui appartient à la résolution du mariage; après avoir traité de l'adultère, il finit sa loi en disant, *qua igitur per presentem & in aeternum valitura nostra definit tranquillitas, in omnibus predictis casibus valere volumus; nisi tamen, aut iudicio, aut amabili conventionione decisa sunt*, ce qui est une preuve indubitable qu'on pouvoit en certains cas transiger de l'adultère; ainsi il n'y a point de cas plus favorable qu'en la transaction dont il s'agit, le mari n'avoit pu faire autre chose dans une si malheureuse rencontre que de séparer de son lit & de sa famille celle qui le couvroit de deshonneur; loin de faire le trafic sale & honteux que la loi défend, il ne l'avoit pas même privée de sa dot, quoi qu'il y fût autorisé par la loi; que cela se voit amplement traité dans M^r le Bret, l. 1. Decis. 13. sur une pareille question qui se presenta au Parlement de Paris, par Arrest en l'année 1619. la transaction avoit été confirmée, & l'Auteur ajoute qu'il n'avoit jamais vû qu'on eût fait difficulté de confirmer de semblables accords. Pour ce qui regardoit la clause de séparation, qu'elle n'étoit point contre les bonnes mœurs; que son devoir l'y avoit engagé, la raison l'ordonne, la Coutume des peuples y conspire; & tous les Peres y ont donné leur voix, parce que cela fait un scandale manifeste, & que cela donne à penser que le mari approuve ou fait semblant de ne pas voir les débauches de sa femme; qu'il ne falloit que lire le chapitre *non solum*, au Decret de Gratian, cap. 28. q. 1. & le chapitre *si vir sciens*, aux Decretales, l. 5. tit. de *adult. & stupr.* pour demeurer d'accord de cette vérité; que devenant

infidèle, elle devoit sa honte, & qu'il ne la devoit plus regarder comme sa femme, puisqu'elle s'abandonnoit à d'autres: que quand il seroit vrai que le mari auroit été un débauché, il avoit toujours action pour acuser sa femme; la loi dit bien que *mutua delicta mutua compensatione dissolvuntur*, mais cela s'entend quand le mari a lui-même prostitué sa femme; c'est la glose d'Accurse & le sentiment de Bartole, & ce qui se voit par la loi suivante, *cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur, cur enim maritus improbet mores quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit: si tamen ex mente legis sumet quis ut ne accusare possit qui lenocinium uxori praeberit, audiendus est*; mais en d'autres cas la femme n'est point reçue à demander cette honteuse compensation, & le Jurisconsulte dit que *hoc onerat quidem maritum, sed non excusat mulierem*. La chasteté est le partage de la femme, sans elle toutes leurs autres vertus n'ont qu'un faux éclat, c'est pourquoi elles en doivent avoir un soin plus scrupuleux & plus exact; le pouvoir suprême qu'un mari a sur sa femme, le met en droit de reprendre ses mœurs, sans qu'elle puisse user de la même autorité, & la méchante vie d'un mari n'autorise jamais celle de la femme: Qu'à la vérité il avoit eu quelques emportemens; qu'il n'avoit pas été le maître de sa jalousie; qu'on sait de quels effets cette frenétique passion est capable, quand elle est aussi-bien fondée que l'étoit celle de ce mari; que si la conduite de sa femme étoit innocente dans le fond, elle auroit dû la faire paroître telle aux yeux du monde; que la femme devoit s'en prendre à elle-même d'avoir excité par son imprudence les inquietudes de son mari; que l'Empereur appelle ce ressentiment, *justum dolorem*, en la loi *si quis*, ff. ad leg. Jul. de *adulter.* que s'il en avoit demandé pardon, c'étoit par les incertitudes de cette passion qui revient souvent à s'accuser elle-même; qu'il avoit tâché d'étouffer des soupçons dont il eût souhaité voir l'injustice, qu'il avoit pris le parti qui flâtoit son repos; qu'il avoit voulu s'en imposer & s'accuser de foiblesse, pour obliger sa femme à lui rendre la justice qu'il lui rendoit; mais que sa femme n'en usa que plus insolemment; & croiant avoir usurpé l'autorité maritale, elle s'étoit jetée dans des déréglemens qui l'avoient enfin obligé à faire voir que ses soupçons étoient bien fondez, & à justifier ses violences: Après tout, que ce n'étoit point les enfans qui agissoient contre leur mere, que c'étoit elle qui agissoit contre eux; que c'étoit une exception qu'ils lui opposoient, qu'elle ne devoit plus rien prétendre aux droits de la nature puisqu'elle les avoit violez; qu'à la vérité les Romains préféroient l'action du mari, parce, dit la loi, que *propensiori jure, & majori dolore excuturus est accusationem*, mais s'il ne faisoit pas son devoir le pere étoit reçu; ainsi on n'avoit rien à opposer à ce pere qui prenoit les intérêts de ses petits-enfans, & d'autant moins que l'action aiant été commencée par le mari, elle ne pouvoit pas être contestée à des héritiers; qu'il n'y avoit rien de si certain dans le Droit; enfin qu'on devoit venger un mari malheureux contre une femme qui avoit souillé son lit, & qui ne se souvenoit d'être sa femme qu'après sa mort, pour emporter une partie de son bien, & qu'on ne devoit pas souffrir qu'une femme foulant aux piés les loix de l'honneur & la memoire de son mari, triomphât insolemment de la pudeur de son sexe: Par Arrest du 8 de Mars 1678. la femme fut privée de son douaire.

Il faut venir à l'autre question, en quel cas la femme peut être privée de son douaire & des biens-faits de son mari, pour la faute qu'elle a commise depuis sa mort: cette faute consiste ou pour s'être remariée avec trop de précipitation & dans l'an de deuil, ou pour avoir vécu impudiquement dans ce même tems.

De l'action du mari pour l'accusation de sa femme.

Suivant le Droit Romain on pouvoit en certains cas transiger de l'adultère.

Autre cas où la femme est privée de son douaire.

On demeure d'accord que Romulus fut l'Auteur de cette loi qui défendoit aux veuves de se marier

Par les loix Romaines il étoit défendu aux veuves de se remarier dans l'an de leur viduité.

dans l'an de leur viduité; il est vrai que du tems de ce Prince l'année n'étoit que de dix mois lunaires. Les Empereurs Gratian, Valentinien & Theodose I. ordonnerent que la défense de se marier dureroit pendant douze mois, l. 2. C. de Nuptiis: mais comme cette loi de Romulus n'imposoit aucune peine aux veuves qui la violoient, on les nota d'infamie par l'Edit du Préteur; & depuis les Empereurs y ajoutèrent encore d'autres peines, & notamment elles furent privées de tous les bienfaits qu'elles avoient reçûs de leurs premiers maris. Justinien leur ôta expressément *sponsalitiâ largitatem*, ce que quelques-uns voulans appliquer à notre douaire, M^r Cujas a fait voir leur erreur, aiant marqué la différence par la définition de l'un & de l'autre, *Observ. l. 5. c. 4.* Les Papes Urbain III. & Innocent III. changerent cette jurisprudence sur la fin du douzième sieclé, C. penult. & ult. de 2. Nupt. aux Decret. de sorte que ce n'est plus une question parmi nous, qu'une veuve n'est point coupable de se remarier dans l'an de deuil, pourvu qu'elle ne soit point enceinte: Les loix Romaines qui punissent ces mariages précipitez n'ont plus d'autorité, elles ne sont observées que dans les Parlemens de Languedoc & de Provence, & le Droit Canonique a prévalu dans les autres, parce qu'il paroît fondé sur l'autorité de saint Paul, chap. 3. *Epist. ad Corinth. Uxor alligata est lege, quamdiu vivit vir ipsius; quâd si obdormierit, libera est, ut cui velit nubat tantum in Domino.* Duaren estimoit, comme le témoigne Mornac, l. 11. *de his qui notantur infamia*, que les Canonistes avoient mal compris saint Paul, & donné une mauvaise explication à ses paroles. Les loix Romaines qui se pratiquoient alors, aiant si hautement établi l'honnêteté publique, & aiant interdit aux veuves le retour au mariage pendant un certain tems, pour satisfaire à l'honneur & à l'amitié conjugale, on ne doit point se persuader que ce grand Apôtre eût voulu renverser un usage si conforme à l'honnêteté publique, & qui étoit observé dans tout ce vaste Empire; & il n'ignoroit pas que Caligula qui avoit entrepris de corrompre toutes les bonnes mœurs, venoit de publier un Edit, par lequel il permettoit à toutes les veuves de se remarier, en affirmant qu'elles n'étoient point enceintes; de sorte, dit Duaren, que l'intention de saint Paul n'étoit pas de s'oposer à l'exécution des loix Romaines, ni d'autoriser la licence en permettant des nœces si précipitées, & qui auroient infailliblement causé du scandale parmi les Païens: Il vouloit seulement enseigner que les secondes nœces étoient permises, ce qui paroît par ces paroles, *ἐὰν ἂν κοίμηθῃ ὁ ἀνὴρ αὐτῆς ἐλευθερὰ ἔστιν ὡς δελεῖ γαμνηθῆναι μοι ἐν κυρίῳ*, c'est-à-dire qu'il avoit bien permis à la veuve de contracter un second mariage, mais il ne l'avoit pas dispensée des règles de la bienséance & de l'honnêteté, comme il l'auroit fait, s'il leur avoit donné cette licence de passer sans aucune intervalle de la pompe funèbre à la pompe nuptiale; & pour prouver cette verité, l'Apôtre n'avoit pas dit qu'elle pouvoit se marier ὡς δελεῖ δελεῖ, quand elle voudra, mais ὡς δελεῖ, à qui elle voudra.

De la bienséance requise dans les veuves lorsqu'elles se remarient, & encore dans le cas qu'elles soient légataires de leurs maris.

Mais quand on s'attacheroit tout à fait à la disposition du Droit Canonique, & que ce ne seroit plus une faute à une femme de se remarier dans l'an du deuil, il y a néanmoins toujours quelque bienséance à garder. Bien que la mort rompe en un moment le lien du mariage, il n'est pas pourtant de l'honnêteté qu'elle efface si promptement tout le souvenir d'une si sainte union, & un même tombeau ne doit pas enfermer & la personne & l'amitié que les conjoints s'étoient vouée: La veuve donc doit laisser écouler quelque intervalle de tems raisonnable pour essuier ses larmes, sur tout si son mari l'a engagée par ses bienfaits à respecter sa memoire, comme il fut jugé en une Cause où je plaidois pour Jacques Julien mari de Marie Behot: Cette femme avoit épousé en pre-

mieres nœces Pierre Vastel, qui lui donna tous ses meubles par son Testament; & s'étant remariée à Jacques Julien 25 jours après la mort de son mari, Guillaume Vastel frere & heritier du premier mari, soutint qu'elle s'étoit renduë indigne de son douaire & de son legs, par un mariage si précipité: L'affaire portée en la Cour sur des appellations incidentes, Maurry pour Vastel, s'apuoit sur l'autorité des loix Romaines; & qu'encore qu'on ne les pratiquât pas dans la dernière sévérité, néanmoins une précipitation si extraordinaire ne pouvoit demeurer impunie. J'excusois la précipitation de ce mariage par cette raison, qu'elle y avoit été engagée par la nécessité d'éviter un parti désavantageux auquel des personnes puissantes la vouloient engager; qu'après tout les loix Romaines, particulièrement les Constitutions des Empereurs Gratian, Valentinien & Theodose, avoient été faites sur des motifs qui ne subsistoient plus; car bien que dans le sieclé de ces Empereurs les secondes nœces ne fussent pas condamnées, elles n'étoient pas néanmoins beaucoup approuvées, comme ce passage de saint Jérôme le prouve, *secundas nuptias concedimus, sed non appetimus*, & c'est pourquoy on leur imposoit de si dures conditions; mais dans les siecles suivans ces scrupules s'étant effacés, on n'a plus traité si rigoureusement les femmes qui se remarioient dans l'an de leur deuil, pourvu qu'il ne se rencontrât point de confusion de sang; que c'étoit la doctrine de tous les Parlemens du Roiaume, à la réserve de ceux de Toulouse & d'Aix, ce qui étoit confirmé par du Moulin sur le titre des fiefs, que *hodie mulier nubens infra annum luctus non perdit sibi à marito relicta, nec ex capite ingratitudinis, quia pœna festinationis matrimonii sunt sublata*: Par Arrest en l'Audience de la Grand'Chambre, du cinquième de Mars 1649. on priva la femme de la donation testamentaire, à cause du peu de tems qui se rencontroit entre la mort du mari & le deuxième mariage, qui n'étoit que de vingt-six jours; mais on ne lui ôta pas son douaire.

En cette même Cause je citois un Arrest donné sur ce fait. Le Brun voulant faire avantage à sa femme, trois jours avant sa mort vendit sa Charge de premier Huissier en la Chambre des Comptes, & par son Testament où le S^r le Gendre avoit signé comme témoin, il lui donna tous ses meubles; trois mois après sa mort cette femme épousa le sieur le Gendre: les heritiers formerent action pour la faire déclarer indigne de son legs & de son douaire, vû son ingratitude envers son mari qui lui avoit donné plus de trente mille livres; & d'ailleurs il y avoit un soupçon vehement que leur commerce avoit commencé du vivant du mari, & néanmoins les heritiers furent deboutez de leur action.

Et pour montrer avec quelle indulgence l'on a traité autrefois ces mariages si précipitez, la veuve d'un nommé le Roier s'étant remariée six semaines après la mort de son mari, elle ne fut point privée de son legs, par Arrest du 22 de Février 1650. cette précipitation n'étoit gueres moins criminelle que celle de vingt-six jours, & cependant la décision en fut contraire. Il est juste pourtant de ne souffrir point ce dérèglement, la bienséance, le devoir & l'honnêteté obligeant les femmes à ne pas effacer si-tôt de leur cœur le souvenir de leur aliance: C'est par un motif si juste & si honnête que le Parlement de Toulouse déclare les veuves indignes de legs & de l'augment de dot, lorsque non seulement elles se remarient dans l'an de deuil, mais aussi celles qui se fiancent dans l'an par paroles de present; les mêmes peines sont décernées contre les unes & les autres, mais cela n'a pas lieu quand les promesses sont faites par paroles de futur, parce qu'elles ne font pas le mariage, *sponsalia enim spem futurarum nuptiarum appellamus*, mais celles qui se font par paroles de present sont de vraies nœces, suivant le chapitre *ex sponsalibus, extr. de sponsalibus*. Aussi la Cour a été depuis plus rigou-

Arrest qui a privé une femme du legs testamentaire de son mari, pour s'être mariée vingt-six jours après son décès.

Autre Arrest, par lequel une femme remariée six semaines après le décès de son mari, ne fut point privée de son legs.

Veuve privée de son douaire pour s'être mariée un mois après le décès de son mari.

reufe contre une femme qui s'étoit fiancée trois ou quatre jours après la mort de son mari ; & qui s'étoit mariée un mois après. L'Arrest fut donné entre Blaise le Hongre tuteur des enfans de François Doublet, apelant de Sentence renduë par le Bailli de Roüen ou son Lieutenant au Pontlevêque, & Jean le Grand Commis aux Aides, & Marie Brunet veuve en premieres nôces de François Doublet intimés, dont voici le fait.

François Doublet étant mort le 6 de Mai 1674. Marie Brunet sa veuve se remaria le 14 de Juin ensuivant avec Jean le Grand ; il étoit certain par une Requête presentée à l'Official de Lisieux, qu'elle lui avoit engagé sa foi quatre ou cinq jours après la mort de son mari ; le tuteur lui contesta son douaire, mais il lui fut ajugé par Sentence du Bailli : Sur l'apel du tuteur, Auber de Tremanville son Avocat, disoit qu'une conduite si outrageuse à la memoire de son mari, meritoit un châtement exemplaire ; que mettant à part une précipitation si infame, par le Droit Civil la veuve qui dans l'an de viduité se remarie devient infame, *l. decreto, au Cod. quibus ex causis inf. irrog. & par les loix 1. & 2. au Cod. de secundis Nuptiis, Omnia qua de prioris mariti bonis, vel jure sponsaliū vel judicio defuncti conjugis consecuta fuerit, amittit.* Et la Nouvelle 22. de Nuptiis, au chapitre 22. dit la même chose, *erit omnino mulier propter nuptiarum festinationem infamis, neque percipiet aliquid horum qua à prioro relicta sunt.* On a crû qu'un an étoit le moins qu'une femme pouvoit donner à la memoire de son mari ; que c'étoit blesser la pudeur & la révérence qu'on doit au public, & faire un aveu d'une incontinence honteuse ; qu'on ne devoit point opposer le chapitre penultième & dernier, *de secundis Nuptiis*, aux Decretales, parce que le Pape n'avoit pû abroger les peines établies par les loix ; que ce seroit passer les limites dans une chose où il n'est pas absolu ; en effet il ne l'a pas entrepris, & il est aisé de voir par ces deux chapitres qu'il n'a ôté que l'infamie ; *infamia*, disent-ils, *aboleatur* ; c'est le sentiment de M^r Cujas sur la loi 1. au Cod. *de secundis Nuptiis*, & du Moulin sur le même titre, appelle l'opinion contraire, *errorem Canonistarum*. Saint Paul a bien dit *nubat*, mais il ajoute *in Domino*, il faut que le mariage se fasse dans les voies légitimes. Jesus-Christ n'a point de part à ces mariages qui se font contre l'honnêteté publique, & n'autorise point ce libertinage éfrené. Berault sur l'art. CCCLXXVII. en rapporte un Arrest ; l'Auteur de la Bibliothèque du Droit François, en rapporte jusqu'à douze Arrêts du Parlement de Toulouse qui autorisent cette jurisprudence ; & il y en a un de ce Parlement, du 22 de Février 1666. au rapport de M^r de Vignerat, postérieur à tous ceux-ci, par lequel on imposa cette peine aux femmes ingrates & sans pudeur ; que même pendant la maladie de son mari elle ne l'avoit pas assisté, & qu'elle n'avoit fait venir des Medecins que pour s'assurer par leur témoignage qu'il n'en échaperoit point ; que Justinien en la Nouvelle 39. au chapitre 2. *de restitutionibus*, en apporte cette raison, *ne qua prastiterit suspicionis maligna causa*, parce qu'un si grand empressement donne de justes soupçons d'une conduite criminelle du vivant du mari.

Mauduit pour l'intimé, representoit que toute l'indignité de cette précipitation retomboit sur l'apelant, lequel avoit été le seul auteur d'un engagement si prompt, aiant obligé cette veuve de consentir à ce mariage, au contrat duquel il avoit lui-même signé, & assisté à la célébration qui en avoit été faite en sa presence, & de la plûpart des autres parens du premier mari, par le propre Curé des parties, en conséquence d'une Requête presentée à l'Official, dans laquelle à la verité on avoit énoncé qu'ils s'étoient promis leur foi un mois auparavant, afin d'obtenir plus facilement la dispense des trois bans qui leur fut accordée ; qu'il étoit étrange d'entendre l'apelant se

plaindre d'un mal qu'il avoit lui-même causé, & venir reprocher une conduite dont il étoit le seul coupable ; que toutes ces considérations le rendoient non recevable à disputer le douaire à cette veuve, qui avoit toujours vécu dans une parfaite intelligence avec son mari ; qu'on ne pouvoit pas dire qu'il eût jamais formé la moindre plainte contr'elle ; que ses actions passées justifioient l'innocence de sa vie ; qu'elle ne l'avoit pas quitté un seul moment pendant sa maladie, l'ayant assisté jusqu'à la mort ; qu'elle lui avoit rendu les derniers devoirs avec tout le déplaisir qu'on pouvoit attendre d'une femme veritablement affligée ; que si sa douleur n'avoit pas eu des suites plus longues, l'apelant le devoit imputer à ses empressements ; qu'une jeune femme comme elle, âgée seulement de 25 ans, chargée d'affaires, sans enfans, sans experience, & qui ne prévoit point la conséquence d'un mariage si précipité, se laissa aisément persuader, *per se imbecilla res est femina. & affert infirmitati naturali non leve pondus quod vidua sit* ; qu'enfin elle n'avoit rien oublié de ce qu'elle devoit à son premier mari pendant sa vie, qu'elle atendoit toute preuve au contraire. Mais après tout, que quand cette déférence qu'elle avoit eue pour les conseils de l'apelant, ne la rendroit pas entierement favorable & exemte de faute, il étoit certain qu'une veuve se remariant dans l'an du deuil n'encouroit point les peines portées par le Droit Civil, lesquelles avoient été corrigées par les Decrets des Papes, suivant le conseil de saint Paul, & par les Arrêts qui permettoient aux femmes de se remarier incontinent après la mort de leurs premiers maris, pourvû néanmoins que la confusion du sang ou l'incertitude de l'état de l'enfant ne se rencontraient point dans ces secondes nôces, ce qu'on ne pouvoit pas reprocher à cette veuve, puisqu'elle n'étoit acouchée que douze mois après le décès de son premier mari ; que les défenses du Droit ne pouvoient s'étendre jusques à empêcher la liberté des mariages, *peccata interdicit Deus, non matrimonia* ; qu'encore bien que des secondes nôces si précipitées soient en quelque façon honteuses & contre la bienséance, elles n'étoient pas pour cela criminelles ; qu'aussi cette liberté accordée aux veuves de se remarier dans l'an du deuil étoit si bien établie, que par Arrest de l'année 1648. rapporté dans le premier tome du Journal des Audiences, on avoit ajugé le douaire à une veuve qui s'étoit comportée impudiquement dans le dixième mois de l'an de son deuil, avec celui qui l'avoit depuis épousée ; & par un autre Arrest de ce Parlement de l'année 1652. une femme qui s'étoit remariée quatre mois après la mort de son premier mari, aiant acouché cinq mois treize jours après son second mariage, n'avoit pas été privée de son douaire, ce qui faisoit bien voir que les secondes nôces étoient permises en tout tems, & que lorsqu'on l'a limité, c'étoit pour conserver plus d'honnêteté dans les mariages ; mais que quand au préjudice de cette règle que la bienséance seule avoit introduite, une femme se remarioit dans l'an du deuil, il étoit d'une jurisprudence certaine qu'elle ne perdoit point son douaire ; que les peines établies par le Droit contre les nôces prématurées, avoient été entierement révoquées par les deux chapitres ci-dessus citez, aux Decret. *de sec. Nupt.* sur lesquels les Docteurs avoient agité deux questions ; dont la première étoit de savoir si la peine étoit remise avec l'infamie, & la seconde si la veuve n'étoit point du moins forcée d'attendre quelque tems avant que de passer à un second mariage, & ils ont répondu que *non solum Canones liberant talem mulierem ab infamia, sed ab omni pœna quam exprimit lex, & statim licet ex quo tempus non adjicitur* ; qu'en effet on ne devoit pas dire que la veuve n'encouroit plus d'infamie, mais que la peine subsistoit toujours, puisque la peine & l'infamie sont presque inséparables, & que l'une est la marque de l'autre ; que n'y aiant aucun tems prescrit par

Si les peines imposées par le Droit Civil contre la précipitation des secondes nôces, sont entierement révoquées par le Droit Canonique ?

Le douaire accordé à une femme remariée trente jours après la mort de son mari.

l'Apôtre pour les seconds mariages, il falloit inter-
préter la permission qu'il en donne, dans toute son
étendue, *jussit juniores viduas nubere*; que tous les
Auteurs qui avoient traité cette question, s'étoient
soumis à cette jurisprudence, & étoient d'avis qu'une
femme se remariant dans l'an du deuil ne pouvoit
être privée de son douaire: Rebuffe en sa Préface
sur l'Ordonnance, *Frustrà*, inquit, *de pœnis secundò
nubentium disputaretur, cum nulla in patria consuetu-
dinaria observantur*. Du Moulin sur le premier titre
de la Coûtume de Paris, au §. 30. n. 243. *pœna festi-
nationis matrimonii sunt sublata: Et Antonius Thesau-
rus*, en sa Question 18. n. 13. pour appuyer cette même
opinion cite un Arrest pour une femme remariée
trente jours après la mort de son mari, à laquelle on
ajugea son douaire; & cette disposition, ajoute-t'il,
est d'autant plus juste lorsqu'il n'y a point d'enfans
du premier mariage, parce qu'il faut toujours pré-
sumer que c'est plutôt la passion d'être mere qui por-
te une veuve à se remarier, que l'envie d'avoir un
mari, *non libidinis explenda, sed in spem suscipienda
prolis*. Mais qu'enfin on pouvoit dire que la femme
de l'intimé avoit attendu tout le tems ordonné même
par les loix Civiles, la maladie dont son premier
mari étoit mort aiant duré plus de treize mois, com-
me il demuroit constant par l'attestation des Medecins,
étant certain que la viduité qu'une femme endure
pendant une si longue maladie, est pour le
moins aussi penible & difficile à supporter, que celle
qui suit après la mort.

*Vir tuus egrotat, tua fors magis ergo dolenda est,
Quàm si Parca ferox jam rapuisset eum.
Nimirum tibi sic alius contingere posset,
Qui repararet vidui tristia damna thori.
Et dum sic fruëris quasi nullâ fronte marito,
Is velut in mediis Tantalus alter aquis.*

Qu'au reste on n'étoit point dans le cas des peines
établies par le Droit, qui privoit seulement les fem-
mes remariées dans l'an du décès de leurs maris, des
avantages qu'elles avoient reçu d'eux, c'est-à-dire
des donations à cause de mort, ou des faveurs portées
par leurs testamens; qu'il étoit certain que le douai-
re n'étoit point une pure liberalité du mari, *datur
propter delibatam pudicitiam*; que c'étoit plutôt une
donation remuneratoire qui ne se révoque point;
que c'étoit la récompense des avantages qu'une fem-
me lui avoit faits, & qu'on lui acorderoit en considéra-
tion du don mobil qu'elle lui avoit donné, ainsi qu'on
devoit regarder le douaire comme une dette légitime
& la plus favorable du monde, qu'on faisoit marcher
d'un pas égal avec la dot & revêtuë des mêmes privi-
lèges; que cette petite portion qu'avoit la femme sur
les biens de son mari, lui étoit donnée pour servir d'al-
imens; que c'étoit un droit réel qui ne s'éteint que
par la mort; & ce qui rendoit enfin cette dette tout
à fait recommandable, ce n'étoit qu'un simple usu-
fruit qui finit par la mort; *Dotalitium est usufructus
certa partis bonorum mariti, qui superstiti uxori con-
ceditur, idèd vitalitium appellatur; & à lege non
tantùm, sed ex naturali equitate, aut potius pietatis
officio alimenta debentur*. Par Arrest de l'onzième
de Février 1678. la Cour en réformant la Sentence
priva la femme de son douaire.

La veuve qui se conduit impudiquement dans l'an du deuil, peut être privée de son douaire.

Quand l'on traiteroit favorablement ces mariages
précoces, on ne doit pas faire la même grace à la
veuve qui se conduit impudiquement dans l'an du
deuil; car tous nos Auteurs conviennent qu'elle est
privable de son douaire & de toutes les liberalités qui
lui ont été faites par son mari, conformément à la
Nouvelle 39. c. 2. Comme le douaire est le prix de la
virginité, & la récompense de la pudicité de la veuve,
la perte de son douaire est la peine de son incontinen-
ce & de sa prostitution: Les Arrêts du Parlement de
Paris qui l'ont jugé de la sorte, sont rapportez par An-
ne Robert, l. n. 1. *Rev. Jud. c. 3. Chenu, 1. cent. q. 16.*
Louët, l. I. n. 4. Du Moulin, *de feud. §. 42. gl. 1. n. 143.*

jusques-là même que la veuve d'un déchargeur de
poudres de l'artillerie qui jouissoit par les Ordonnan-
ces de l'exemption & du privilège de son mari, en fut
privée par Arrest de la Cour des Aides de Paris. Du
Fresne en son Journal des Audiences, l. 2. c. 82. Et en
ce Parlement il fut jugé lorsque M^r de la Mailleraye
Lieutenant General pour le Roi en Normandie, y
vint prendre séance, qu'une femme qui avoit vécu
impudiquement, & qui étoit acouchée dix mois quatre
jours après l'enterrement de son mari qui avoit été
malade trois semaines, étoit privable de son douaire:
Dans l'espece de cet Arrest la femme étoit non seule-
ment coupable d'impudicité, mais aussi d'avoir suppo-
sé un enfant qui ne pouvoit être des œuvres de son
défunt mari: aussi il fut déclaré bâtard, quoi que cer-
te veuve soutint contre sa partie qu'il avoit été tuteur
de cet enfant pendant treize années, & qu'il eût été
reconnu légitime & posthume, & qu'on devoit re-
mettre à disputer de son état après sa majorité, sui-
vant l'Edit Carbonien.

Il arrive souvent que la veuve qui se prostituë si
promptement dans l'an du deuil; pour réparer en
quelque sorte sa faute, épouse celui *cum quo commer-
cium libidinis habuerat*, & on demande si par ce ma-
riage elle peut éviter la peine qu'elle avoit meritée?
Il se trouve un Arrest dans le Journal des Audiences,
l. 5. c. 25. par lequel les heritiers furent deboutez de
leur action pour faire priver une veuve & du douaire
& des liberalités de son mari, pour avoir vécu impu-
diquement dans l'an du deuil avec celui qu'elle avoit
épousé; mais cet Arrest fut donné sur les circonstan-
ces particulieres du fait qui sont remarquées par
l'Auteur, & l'Arrest contient que c'étoit sans tirer à
conséquence; ce qui fait dire à du Fresne que l'exce-
ption apofée en l'Arrest, *firmat regulam in reliquis*,
& c'est aussi le sentiment de Brodeau, l. I. n. 4.

On a jugé néanmoins le contraire en ce Parlement
pour une veuve fort criminelle & fort digne d'un sé-
vère châtement. Jacques Bichuë épousa Marguerite
Moreau contre la volonté de ses parens: après avoir
langué quelque tems d'une maladie, que même les
Medecins n'estimoient pas naturelle, il mourut le
23 de Février 1646. Le 16 de Juin ensuivant cette
veuve signa un Contrat de mariage avec un Sergent
nommé Jean Luce; le dernier du même mois ils fu-
rent mariez; & le 13 de Decembre ensuivant elle
acoucha d'une fille qui vécut jusqu'au 7 de Février
1647. Je plaidois pour Denis Bichuë tuteur des en-
fans du premier mariage, qui prétendoit la faire pri-
ver de son douaire: pour cet effet je representai que
le mariage étant institué pour ces deux fins, la gene-
ration des enfans & le remede à l'incontinence; com-
me ces deux passions pouvoient rester aussi puissantes
dans le cœur d'une femme, qu'elles étoient lorsqu'el-
le fut mariée la premiere fois, on ne pouvoit lui dé-
fendre l'usage du mariage; & sans doute le sentiment
de ceux qui condamnoient les seconds nœces & les
apeloient un honnête adultere, étoit trop rigoureux;
mais en permettant les seconds nœces la veuve n'é-
toit pas dispensée de garder quelque bien-séance.
Naturellement les amitez légitimes ne s'abolissent
que par le tems, la veuve doit donner cours à ses lar-
mes & plaindre sa perte durant quelques mois; c'est
pour lui en conserver quelque souvenir que l'on rend
lugubres tous les objets qui l'environnent; que si par
un relâchement de bonnes mœurs on a permis aux
veuves de se remarier dans l'an de leur deuil, on n'a
pas eu la même indulgence pour celles qui se prosti-
tuent dans le même tems; car, comme dit du Mou-
lin, *de feud. §. 42. gl. 1. n. 143*; quoi qu'on ait relâché
les peines imposées par les loix Civiles contre la pré-
cipitation des seconds nœces, elles demeurent en
leur vigueur contre la veuve qui se gouverne impudi-
quement dans l'an du deuil, & elles ne sont corrigées
par aucune Constitution; *Non fit correctio in vidua se-
mox, hoc est intra annum, prostituente, quod semper
manet*

Si la veuve qui s'est prostituée impudiquement dans l'an de son deuil avec celui qui l'a depuis épousée, peut être privée de son douaire?

Des Loix Civiles à l'égard de la veuve qui a vécu impudiquement dans l'an du deuil.

manet vetitum, & pœnis juris subiectum.

La femme enceinte ne peut se remarier.

Or elle étoit convaincue d'impudicité par des preuves irréprochables ; son premier mari étoit mort le 23 de Février, le dernier de Juin elle s'étoit mariée, & elle étoit acouchée le 13 de Decembre ensuivant d'une fille, qui avoit vécu jusqu'au septième de Février ensuivant ; si cette fille étoit un fruit de leur conjonction précédente, elle tomboit dans la peine de toutes les loix qui condamnent la femme qui se remarie lorsqu'elle est grosse, & l'on peut dire qu'elle commet un véritable adultere ; car étant vrai que le pere revit en son enfant, comme cet enfant tandis qu'il est encore dans le ventre de sa mere, n'est réputé qu'une même chose avec sa mere, elle demeure aussi en quelque façon une même chose avec son mari, jusqu'à ce que cet enfant étant séparé d'elle par la naissance, cette union conjugale soit entièrement dissoute ; mais auparavant, n'étant point déliée de la puissance de son mari, tandis qu'elle le porte encore dans ses flancs, & qu'elle enferme dans ses entrailles sa substance & un autre lui-même, c'est un adultere & non pas un mariage qu'elle contracte en cet état-là.

Que si l'on ne peut réputer cet enfant une production du premier mariage, quoi qu'il soit né neuf mois treize jours après la mort de son mari, parce qu'il avoit langué quelque tems d'une maladie mortelle, il ne peut aussi avoir été conçu depuis la célébration du second mariage, puisqu'il est né cinq mois treize jours après, & qu'il a vécu près de deux mois, ce qui ne se peut ; ainsi il est vrai-semblable qu'elle a voulu réparer une faute par une autre. Le Févre pour la femme, l'excusoit sur ce que celui qui l'avoit débauchée, avoit remis les choses dans l'état d'un mariage contracté dans l'an de deuil ; ce qui réparoit l'injure qu'elle avoit faite à son mari, & rendoit l'enfant légitime : Par Arrest du 6 de Février 1652. le douaire fut adjugé à la femme.

Cependant par un autre Arrest du 22 de Février 1666. au raport de M^r de Vignerai, entre Nicolas Bourse aiant épousé la veuve d'un nommé Befongnet, & Hebert, tuteur des enfans dudit Befongnet, on priva la veuve de son douaire pour avoir vécu impudiquement avec ledit Bourse son cousin germain, dans l'an de deuil, ce qui étoit constant par la dispense obtenue pour se marier, outre que c'étoit un inceste : Et par Arrest du Parlement de Paris, remarqué par du Fresne ; l. 2. c. 82. une veuve qui s'étoit comportée impudiquement dans l'an de deuil, fut déclarée déchûe des privileges de son mari, quoi qu'on alégât qu'il n'y avoit point de Loi ni de Constitution qui portât cette peine, & que le cas des loix premiere & seconde, de *secundis Nuptiis*, ne devoient pas souffrir d'extension.

Si le mariage contracté par un mari avec la bru de sa femme, est valable ?

Pierre Richard épousa en premieres nôces Jeanne Labbé lors veuve de Jean le Mesle, & de ce mariage étoit sorti Jacques le Mesle qui épousa Marie Sanson : ladite Sanson après le décès de Jacques le Mesle, convola en secondes nôces avec Marin le Gras pere de Pierre le Gras ; ladite Labbé & ledit le Gras étant décédez, Pierre Richard épousa ladite Sanson : ce mariage fut contesté par Pierre le Gras, ce qui fit naître deux questions ; la premiere, si le mariage dudit Richard avec ladite Sanson bru de ladite Labbé, premiere femme dudit Richard, étoit valable ? & la deuxième, si ladite Sanson pouvoit être privée de son douaire à cause de son incontinence ? Le Viconte de Caën l'avoit privée de son douaire, dont elle & ledit Richard son mari étoient apelans. Quant au mariage, ledit Richard soutenoit qu'il ne pouvoit recevoir aucune atteinte, étant hors le cas du chapitre *non, debet de consang. & affin.* aux Decret. & à l'égard du douaire le motif qui avoit porté le Juge à l'en priver, ne pouvoit être fondé que sur l'incontinence de ladite Sanson ; or il ne paroissoit point par aucune piece du procès qu'elle se fût abandonnée à person-

ne, ni même qu'elle eût souffert aucunes visites que celles dudit Richard, aiant passé non seulement la premiere année de son deuil, mais encore près de quatre ans dans une continence tres-réguliere & une conduite irréprochable, de sorte que le Juge n'avoit eu aucun prétexte valable pour la priver de son douaire. Pierre le Gras intimé répondoit que le chapitre *non debet* ne pouvoit être entendu de l'afinité du second degré contractée en la ligne des ascendans & des descendans ; & pour l'incontinence, que la preuve en étoit faite par son propre contrat de mariage ; car par icelui ledit Richard reconnoissoit que l'enfant dont elle étoit enceinte, étoit de ses œuvres, ce qui marquoit qu'elle n'avoit pas vécu dans une continence si réguliere. Ledit Pierre le Gras étoit apelant comme d'abus d'une Bulle du Pape, & de l'enterinement d'icelle par l'Oficial de Baieux : Par Arrest du 26 de Mars 1672. au raport de M^r de la Vache, la Cour sur l'apel de la Sentence qui privoit ladite Sanson de son douaire, & qui ordonnoit qu'il seroit délibéré sur la validité du mariage, mit l'apellation & ce dont ; & faisant droit sur l'apel comme d'abus, l'apellation au néant, & néanmoins ladite Sanson fut condamnée en cinquante livres d'amende.

A l'égard de la question du douaire, l'incontinence dont ladite Sanson étoit aculée, n'étoit pas assez grande pour donner lieu à la privation du douaire ; elle n'étoit pas aculée d'avoir mal vécu dans l'an de son deuil, mais seulement de s'être abandonnée audit Richard qui reparoit tout par le mariage.

Pour l'autre question touchant la validité du mariage, elle recevoit beaucoup plus de difficulté ; j'en ai raporté une espèce pareille sur l'art. CCXXXV. elle fut appointée, & on se fonda sur ce qu'avant le Concile de Latran les mariages entre aliez étoient défendus jusqu'au quatrième degré, mais que par le Concile la prohibition avoit été réduite au premier degré, ce qui s'étoit toujours pratiqué depuis, & que pour cette raison on ne donnoit plus à Rome de dispenses pour ces sortes de mariages comme étant inutiles ; qu'il n'y avoit point de Loix ni d'Ordonnances contraires à cette doctrine ; que les Arrêts qui les avoient réprouvez, avoient été donnez pour des mariages non célébrez, & non contre ceux qui étoient célébrez & consommez ; que n'y aiant point d'empêchement dirimant il seroit rigoureux de les annuler, & néanmoins pour marquer que la Cour les toleroit & ne les autorisoit pas absolument, ladite Sanson fut condamnée en cinquante livres d'amende. Il est certain que dans la Loi Divine il ne se trouve aucune prohibition de mariage dans ce degré, & que même selon le sentiment d'Azo, *in Summa aurea, in tit. Cod. de Nupt. n. 13. Multa affinitatis genera ad illaqueandos homines, à Pontificibus inventa fuere* ; que ce fut avec raison que le Pape Innocent III. en abolit la meilleure partie, & qu'il rétreignit ces prohibitions au premier degré d'afinité ; c'est pourquoi il n'est pas défendu à deux freres d'épouser les deux sœurs, la mere & la fille peuvent épouser deux freres, un homme peut se marier à la veuve du frere de sa premiere femme, parce qu'il n'y a jamais eu d'afinité entr'eux ; *est enim ea necessitudo inter conjugem & alterius conjugis cognatos, non inter conjugem & eos qui conjugis cognatis junguntur* : Cependant le sentiment de Papinien me paroit toujours le plus honnête & le plus loüable, *uxorem quondam privigni conjugii vitrici matrimonio non oportere, nec in matrimonium convenire novercam ejus qui privigna maritus fuit, C. 15. de ritu Nupt.* parce qu'il y a toujours quelque pudeur & quelque honnêteté qui fait obstacle à ces mariages, en tout cas on ne les doit tolerer que quand l'opposition est formée après la célébration.

Des mariages prohibez avant & depuis le Concile de Latran.

Des mariages permis.

On a traité cette question au Parlement de Toulouse, si la femme qui s'étoit fiancée par paroles de present dans l'an de deuil avec l'ennemi capital de son mari, perdoit le legs qui lui avoit été fait ? On prétendoit

Cas où le legs n'est pas dû à la femme légataire,

que le legs étoit censé révoqué par la seule présomption dont le Jurisconsulte se sert en la loi 2. ff. de ad. leg. en laquelle on demande si le legs est dû au légataire qui est devenu ennemi du Testateur, & si quidem, dit-il, *capitales vel gravissima injuria intercesserunt, ademptum videtur quod relictum est* : Par cette même raison il n'y a pas d'apparence que si le Testateur eût prévu que la femme eût épousé son ennemi capital, il eût usé de libéralité envers elle : que si dans la loi 28. Cod. de inoff. testament. une mere se rend indigne de la succession de son fils en se joignant d'amitié avec ses ennemis, devenant par cette liaison en quelque façon son ennemie ; à plus forte raison une femme est privable du legs qui lui a été fait par le défunt, puisqu'il n'y a point de société plus étroite que celle du mari & de la femme : en se remarquant avec l'ennemi capital de son mari, elle donnoit sujet de croire qu'elle ne l'avoit pas regardé en cette qualité durant la vie de son mari, & qu'au contraire elle avoit eu de l'affection pour lui, puisqu'elle l'avoit épousé dans l'an du deuil, & elle ne pouvoit témoi-

gner plus ouvertement qu'elle n'avoit point aimé son mari, qu'en faisant paroître à son ennemi qu'elle étoit insensible à sa perte. La femme répondoit que bien qu'elle se fût fiancée dans l'an de son deuil, elle ne devoit pas être privée de son legs, *qua virum eligit intra id tempus, sponsam fuisse non nocet, l. solet, ff. de his qui nec infam.* Sur quoi Monsieur Cujas dit, *mulierem sponsalitia sibi interim quarere posse, illas à existimatione, & qu'on lui reprochoit injustement d'avoir épousé l'ennemi capital de son mari, puisque la loi du Christianisme ne souffroit pas les inimitiés, & qu'elle condamnoit les ressentimens, turpe est homini orthodoxo refricare injurias, & odiorum sopitos cineres suscitare, Cassiod. de amicitia, c. 16.* qu'il seroit inhumain de faire passer leurs haines jusques dans le tombeau, *claudantur odia cum sepulchris.* Les enfans qui succèdent à leurs peres ne doivent pas succéder à leurs inimitiés, *nihil est iniquius quam aliquem fieri heredem odii paterni, Senec. l. 2.* Par Arrest du Parlement de Toulouse la femme fut privée de son legs ; Cambolas, l. 1. c. 2.

CCCLXXVIII.

Action de douaire contre l'heritier.

L'heritier n'est tenu de doter la femme de son prédécesseur, fors de ce qu'il a eu de la succession.

On peut induire de cet article que si le fonds affecté au douaire venoit à perir, *sive interitu rei, sive quod ab hostibus captus esset*, la femme n'auroit pas d'action pour en demander récompense ou garantie à l'heritier du mari ; car étant vrai que l'usufruit se perd & s'éteint par ces moïens-là, *quib. mod. ususfr. amitt.* cette perte tombe sur l'usufruitier, autrement il ne seroit pas vrai que l'usufruit fût péri, si l'usufruitier en avoit récompense, & toutes les fois qu'une chose perit par les moïens introduits par le Droit, *res perit domino, nec subest aliqua actio* : La raison est que l'action en douaire contre l'heritier n'est pas personnelle, elle ne l'auroit pas même été contre le mari ; car l'action en douaire ne peut avoir, que ce seul effet, que le mari quand sa femme est civilement séparée, ou son heritier, laisse jouir la femme pour son douaire de la portion qui lui est assignée par la Coutume, & le mari ne consent & ne promet autre chose, & s'il avoit promis plus qu'il n'est permis par la Coutume, cette promesse seroit nulle ; & non seulement la femme ne peut avoir un plus grand douaire que celui qui lui est limité par la loi, mais elle ne le peut avoir que sur les biens dont son mari étoit saisi lors des épousailles, de sorte que s'il en étoit dessaisi non par son fait ni par sa faute, mais par une force majeure, la perte en tomberoit aussi-bien sur la femme que sur le mari ou son heritier, parce qu'elle ne peut avoir douaire que sur ce qui provient de la succession du mari : Il est bien vrai que si le mari avoit aliéné de son bien, l'heritier n'en seroit pas quitte pour lui offrir le tiers de ce qui lui resteroit, mais il lui en appartient droit jusqu'à la concurrence des biens dont il étoit saisi lors des épousailles ; & le sens de cet article est que l'acceptation de la succession du mari, n'engage l'heritier à fournir le douaire que sur ce qui provient de cette succession : C'est un droit réel qui ne produit qu'une action *reipersecutoire*. Et si un mari avoit promis un douaire, bien qu'il n'eût aucuns immeubles, cette promesse n'obligeroit pas l'heritier à lui en fournir un, ce qui prouve que l'action en douaire n'est pas personnelle contre l'heritier, *sed dum non fruitur, non tenetur prestare quod non habet, & aquum est mulierem conditionem accipere qualemcumque hares habiturus est; Argent. art. 436. v. c.*

Mais bien que cette action de la part de la femme ne soit pas personnelle contre l'heritier, elle l'est à

l'égard des acquereurs des immeubles du mari, lorsqu'ils sont troublez par la femme. La Coutume qui a tâché d'empêcher par toutes sortes de voies que le douaire excédât le tiers des biens immeubles du mari, a prudemment ordonné que l'heritier du mari ne seroit point tenu d'exécuter les promesses du défunt à l'égard du douaire, mais qu'il en seroit quitte en fournissant le douaire sur ce qu'il auroit eu de la succession seulement ; de sorte que cet article ne peut servir à l'heritier du mari, que quand le défunt a promis un douaire plus grand que les biens ne peuvent porter, ou lorsque les biens sont peris par quelque cas fortuit ; comme si les biens consistoient en maisons, qui eussent été brûlées pour la plupart ou démolies en tems de guerre, ou en rentes sur le Roi, dont le remboursement n'auroit été fait que de peu de chose, la veuve n'en auroit pas récompense sur les biens qui resteroient ; hors ces cas cet article est inutile à l'heritier, parce qu'encore que la veuve ne lui puisse demander directement & personnellement son douaire, que sur ce qu'il a eu de la succession, il ne laisse pas d'être garant envers les acquereurs du bien qui leur est donné ; que si pareillement le mari avoit aliéné une partie du bien dont il étoit saisi lors des épousailles, il n'en seroit pas quitte en délaisant le tiers de ce qui resteroit, mais il seroit tenu de suppléer & de fournir le douaire entier sur ce qui resteroit, bien que par ce moïen le tout demeurât à la veuve.

Sous ces paroles, *fors ce qu'il a eu de la succession*, il faut comprendre non seulement les biens dont l'heritier jouit actuellement, mais aussi les actions qu'il pourroit avoir pour rentrer en possession de quelque heritage possédé par le mari lors des épousailles, *nam qui actionem habet, rem ipsam habere videtur* : Que si depuis la mort du mari l'heritier avoit intenté des actions pour rentrer en possession d'un fonds usurpé sur le mari, il seroit aussi raisonnable que la veuve y contribuât, ou qu'elle souffrît, qu'il en fût remboursé sur la chose, *Argent. art. 16.*

Mais il y a plus de difficulté pour le douaire préfix : L'on demande si l'heritier seroit tenu de le paier fors de ce qu'il a eu de la succession ; car il semble que cette convention du douaire préfix produit une obligation personnelle. Par l'art. 459. de la Coutume de Bretagne conforme à l'ancienne, art. 436. *l'hoir du*

Action du douaire contre l'heritier.

Cas où l'action en garantie du douaire n'a point lieu contre l'heritier.

L'action en douaire n'est pas personnelle contre l'heritier.

L'action en douaire est personnelle contre

l'acquéreur des immeubles du mari.

L'heritier n'est tenu de fournir le douaire que sur ce qu'il a eu de la succession.

Obligation de l'heritier envers la douairière.

La douairière doit contribuer aux frais pour heritages retirés par l'heritier.

Si l'action pour le douaire préfix est personnelle contre l'heritier ?

défunt n'est tenu assavoir douaire fors autant comme il a eu saisine, si le défunt ou son hoir ne lui avoient fait autre accord, ou que les choses fussent empêchées par leurs faits. Or suivant cet article lorsque la femme ne demande point le douaire coutumier, mais celui qu'elle a convenu, l'héritier est tenu de le fournir; *Tollit enim ubique in permissis provisio hominis provisionem legis, Argent. art. 16.* Plusieurs sont dans ce sentiment, que si le douaire prefix étoit moindre que le coutumier, en ce cas il seroit juste que l'héritier y

fût personnellement obligé; car puisque la femme pour la plus grande sûreté s'est contentée d'une moindre somme, l'héritier qui en profite est obligé de la paier: L'héritier n'étant pas tenu par cet article de doüer la femme de son prédécesseur que de ce qu'il possède de sa succession, on ne peut dire qu'en ce cas *provisio hominis facit cessare provisionem legis*; notre Coutume ne s'étant pas exprimée comme celle de Bretagne qui ajoute une exception, si le défunt ou son hoir ne lui avoient fait autre accord.

CCCLXXIX.

Contre le détenteur.

Action de douaire contre le détenteur subsidiaire.

Si le mari durant son mariage a vendu de son héritage, la femme en peut demander douaire à celui qui le possède.

Berault sur cet article raporte un Arrest de l'année 1567. entre Madeleine le Mercier, & les Abé & Religieux d'Estrée, par lequel une femme fut permise de prendre son douaire en essence sur les héritages dont elle avoit trouvé son mari saisi, bien que le mari les eût baillez depuis en échange, n'étant tenuë de prendre son douaire sur l'héritage baillé en contre-échange; mais cette jurisprudence a changé, suivant les Arrêts que j'ai raportez sur l'art. CCCLXVII. & c'étoit aussi le sentiment de Godefroy.

Nonobstant l'aliénation faite par le mari de ses héritages, la femme peut demander douaire sur iceux à ceux qui les possèdent. Il n'en est pas de même des rentes constituées, quoi qu'elles lui fussent dûës, & qu'il en fût saisi lors de son mariage, si le rachat en a été fait par les redevables, elle ne peut plus les inquiéter, à cause de cette faculté perpétuelle de rachat qui est de l'essence de ces rentes; mais les héritiers seront tenus de lui en donner la récompense sur les

autres immeubles, s'il y en a: Il en est de même pour l'Office que le mari possédoit lors de son mariage, & dont il a disposé depuis, suivant les Arrêts que j'ai remarquez sur l'article CCCLXVII.

Bien que la femme puisse demander douaire sur les biens alienez par son mari, néanmoins elle ne peut déposséder les aquareurs, s'il reste assés de biens en la possession de l'héritier pour lui fournir son douaire; que s'il n'y en a pas assés, elle peut demander son douaire aux aquareurs, qui ne peuvent pas se servir contre elle de la faculté qui leur est accordée par l'art. CCCIII. car elle peut jouïr de son douaire en essence.

Elle ne peut toutefois troubler les aquareurs que quand elle a renoncé à la succession, car étant héritière & aiant pris part aux meubles, elle n'a plus d'action contre eux; autrement elle auroit deux causes lucratives, les deniers provenans de la vente des immeubles pouvans avoir augmenté la masse des meubles.

Cas où l'action de douaire n'a point lieu contre les détenteurs subsidiaires.

Ni contre les aquareurs.

Il n'y a point d'action de douaire contre le rachat des rentes constituées.

CCCLXXX.

Douaire n'a lieu qu'en succession directe.

Femme ne peut avoir douaire de ce qui est échü à son mari depuis les épousailles, par donation, succession collatérale ou autrement, qu'en ligne directe.

Il semble que la Coutume s'étoit assés expliquée sur l'art. CCCLXVII. aiant accordé douaire sur ce qui échet au mari en ligne directe constant le mariage; d'où il s'enfuiroit qu'elle ne pouvoit le prétendre sur les biens provenus d'une succession collatérale, quoi qu'ils fussent échüs durant le mariage; ce qui reçoit d'autant moins de doute que presque toutes les Coutumes de France contiennent une semblable disposition, Conférence des Coutumes, tome 2. art. 247. & 248. mais cet article n'est pas inutile, car il décide que la femme n'a point de douaire sur les biens qui viennent à son mari depuis les épousailles par donation.

Ces paroles, ou autrement qu'en ligne directe, ne se raportent pas seulement à ceux de succession collatérale, mais aussi à celles de donation: & le sens est, que sur tout ce qui échet au mari en ligne directe par succession ou donation faite par ascendans la femme y prend douaire; comme au contraire elle n'en a point sur ce qui lui échet durant le mariage par donation faite par autres personnes que par les ascendans, ni sur les biens qui lui viennent par succession collatérale.

Il n'est pas étrange que la femme ait douaire sur les choses données par les ascendans, les donations sont proprement des avancemens d'hoiries, article CCCXXXIV. & tiennent nature de propres en la

personne du donataire; & comme elle y auroit eu douaire si ces biens fussent échüs à son mari sans donation, par conséquent il n'eût pas été raisonnable que par la donation faite à son mari elle eût été privée de son droit: Tout ce qui est donné par un pere, est réputé naturellement faire part de sa légitime, *l. si non mortis, D. de inoff. testament. l. in suis, D. de lib. & posth.* De sorte que quand la Coutume n'en auroit pas fait une décision expresse, ou que par le contrat de donation il ne seroit pas dit que la donation seroit propre au donataire, néanmoins on la réputeroit telle, Tournet, article 246. de la Coutume de Paris; & par le même article les biens donnez au mari en ligne directe, n'entrent point en la communauté.

Pour les donations faites par un parent collatéral, il n'est pas étrange que la femme soit privée d'y prendre douaire, puisque cessant cette donation, quand la succession seroit échüe *ab intestat* au donateur, la femme n'y en auroit point eu.

Nos deux Commentateurs ont remarqué fort à propos que les pensions à vie des puïnés & les provisions dont jouïssent les sœurs non mariées, lorsqu'elles viennent à cesser ne sont pas réputées des successions collatérales, ce sont de simples extinctions d'usufruit qui augmentent le douaire, comme feroit l'extinction ou le rachat d'un droit réel & d'une rente foncière.

Les biens donnez au mari en ligne directe n'entrent point en la communauté.

Le douaire est augmenté par l'extinction des pensions à vie des frères & des sœurs.

Douaire n'est dû sur les successions collatérales & donations échüës depuis le mariage.

CCCLXXXI.

La renonciation du mari n'exclut le douaire.

Si le mari renonce à la succession qui lui est échûe en ligne directe, néanmoins la femme peut prendre douaire sur icelle aux charges de droit.

Renonciation du mari ne préjudicie le douaire de la femme.

Comme la femme est créancière pour son douaire, il est juste suivant l'art. CCLXXVIII. que si le mari renonce en fraude de ses droits, la femme ne soit pas privée de demander douaire; & suivant l'opinion de Godefroy, elle peut le demander dès l'instant que son mari a renoncé à la succession qui lui étoit échûe, quoi qu'elle ne soit point séparée de biens, & que pour cet effet elle peut se faire autoriser par Justice; mais je n'estime pas qu'il y ait ouverture à la demande du douaire qu'après la mort du mari, ou par la sé-

paration de biens: le mari peut abandonner ou négliger ses droits durant sa vie, & cet abandonnement ou cette négligence ne rend point la femme capable d'agir lorsqu'elle n'est point séparée. Berauld & Godefroy expliquans ces paroles, *aux charges de droit*, disent qu'à l'égard des dettes contractées par le pere ou l'aieul du mari depuis qu'ils ont consenti au mariage, la femme n'y contribuera point pour son douaire; & après l'Arrest donné au Conseil Privé du Roi, cela ne reçoit plus de doute.

La femme prenant douaire sur les biens du pere ou aieul du mari, ne contribue aux dettes contractées depuis leur consentement au mariage.

Si par la renonciation du mari, il y a ouverture à la demande du douaire?

CCCLXXXII.

Droit de viduité appartenant au mari.

Homme aiant eu enfant né vif de sa femme, jouit par usufruit tant qu'il se tient en viduité de tout le revenu appartenant à ladite femme lors de son décès, encore que l'enfant soit mort avant la dissolution du mariage; & s'il se remarie, il n'en jouira que du tiers.

Douaire de l'homme sur les biens de la femme.

On trouve l'origine du droit de viduité dans notre ancienne Coutume établie en Angleterre; il est appelé *Courtoisie d'Angleterre: Tenant per la Curtesie d'Angleterre est lo homme prend femme saisi en fée simple ou en fée taille generale ou saisi comme heire & taille speciale, & ad issuë per même la femme mâle ou femelle ores visée soit issuë après mort ou en vie, si la femme de vie le baron (c'est-à-dire le mari) tiendra la terre durant sa vie par la ley d'Angleterre, & est appelé tenant per le Curtesie d'Angleterre, pur ce que l'en n'en use en aucun autre Realme fors que tant seulement en Angleterre, & ascuns ont dit que si ne sera tenant per le Curtesie, sinon que l'enfant qu'il ad par sa femme soit oye criv, car par le crie est prouvé que le enfant né vif ve*; Lithleton, art. 4. *Illā est nationis nostrā humanitas*, dit Couvelus, *Institut. Jur. Angl. l. 2. c. 2. §. 8. ut si quis feminam heredem ducat, & ex ea prolem gignat que viva prodit in lucem, terras de quibus uxoris nomine saisitus in vita, est ea mortua integras ad vita sua terminum retineat, quam legem aliqui Henrico tribuunt*. Mais il y a plus d'apparence que c'étoit un des articles de l'ancienne Coutume de Normandie, puisque cela s'observe encore aujourd'hui parmi nous. Thomas Smith dit la même chose en la République d'Angleterre, l. 3. c. 8. *Si proles nulla ex conjugio nascitur, pradium ad proximos heredes jure nuptiali devenit, si primum mortem obit: sin aliquem nasci contigerit qui se esse vitalem clamando demonstrat, fundi usufructus ad virum recidet, tametsi infans continuo morte absumatur*. Il y a cette différence, que notre Coutume ne donne au mari l'usufruit entier que tant qu'il se tient en viduité, & c'est pourquoi nous l'appelons *droit de viduité*; mais ces paroles, *s'il se remarie*, sont de Coutume nouvelle.

De l'origine du droit de viduité des maris.

entier, & cet article le réduit au tiers. Le second, que cet usufruit appartenait au pere en tous les biens adventifs du fils de famille en quelque tems qu'ils leur échûssent, & cet article n'accorde cet usufruit au mari que sur les biens que la femme possédoit au tems de sa mort: ce droit est particulier aux Normans, l'on en trouve plusieurs Arrêts dans l'Echiquier, & cette longue antiquité est une marque de la justice; car la meilleure preuve de l'équité d'une loi est qu'elle ait été observée inviolablement durant plusieurs siècles.

Il est certain que ce droit de viduité n'appartient au mari que sur les biens de la femme qui sont en Normandie; car s'il l'avoit vendu ou remplacé sous une Coutume où le droit de viduité n'est point reçu, il perdrait son droit de viduité: si au contraire le mari vendoit le bien de la femme qui seroit à Paris pour le remplacer en Normandie, pourroit-il jouir du droit de viduité? Il lui apartiendrait sans doute, pourvu que la femme eût consenti à cette aliénation, ou qu'il eût été en la liberté du mari de remplacer les deniers dotaux de la femme par tout où bon lui sembleroit, & cela recevroit encore moins de difficulté, si le mari par le contrat de mariage avoit déclaré qu'il en feroit le remploi sur une terre de Normandie.

Le mari jouit du droit de viduité que sur les biens situés ou remplacés en Normandie.

Pour demander les avantages & les droits que la Coutume accorde aux maris sur les immeubles de leurs femmes, il est requis que le mariage ait été valablement contracté: voici comme l'ancienne Coutume s'en étoit exprimée; *si l'on dit que celle qui est morte n'étoit pas sa femme, enquête en soit faite s'il l'eût en sa femme par le consentement de sainte Eglise en tems qu'elle mourut; s'il est mis en non sçavoir, il remaindra sans l'heritage qui devoit tenir à veuueté, s'il ne prouve que la morte soit sa femme*.

Conditions requises pour acquiescer aux maris le droit de viduité, le mariage valablement contracté, & la naissance d'un enfant né vif.

Il ne suffit pas que le mariage ait été valablement contracté, il faut que la naissance d'un enfant né vif se soit ensuivie: on a révoqué en doute si l'enfant né avant la célébration du mariage, mais qui depuis a été légitimé en conséquence du mariage survenant, acquiert au pere le droit de viduité? On allégué en faveur du pere, qu'il ne faut point considérer le tems de la naissance de l'enfant, parce qu'étant devenu légitime par le mariage qui s'en est ensuivi, suivant l'autorité du chapitre *tanta vis, qui filii sine legit.* aux Decretales, & cette légitimation aiant un effet retroactif, il donne les mêmes droits qu'il

Si l'enfant né avant le mariage & depuis légitimé, acquiert le droit de viduité?

De l'ancien Droit Romain à l'égard du droit de viduité du mari.

Par l'ancien Droit des Romains, *ut cetera bona adventitia, ita etiam bona materna per filium, aut filiam familias patri acquirebantur pleno jure*: mais par la Constitution de Constantin, l. 1. c. de bon. mater. ce droit des peres fut réduit au simple usufruit. *Res que ex matris successione sive ex testamento, sive ab intestato fuerint ad filium devoluta, ita sunt in parentum potestate, ut utendi, fruendi duntaxat in diem vite facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinent, quod & generaliter Justinianus admisit in bonis omnibus adventitiis filio*.

Notre Coutume est différente en ces deux points: Le premier, que par la loi quatrième du même titre, le pere en se remariant ne perdoit point cet usufruit

aurait si l'enfant étoit venu au monde depuis la célébration du mariage. L'héritier de la femme répond, que la Coutume desire que l'enfant soit né de la femme, donc il s'ensuit qu'il doit être sorti du mariage qui avoit été valablement contracté auparavant, autrement il ne seroit pas né de la femme, cet article ne pouvant être entendu que d'une naissance légitime. Cette question fut agitée en ce Parlement, mais le procès aiant été évoqué, il fut depuis terminé par une transaction faite entre les parties. Il seroit étrange que la légitimation eût assés de force pour acquérir à l'enfant les droits & les prérogatives qui appartiennent aux enfans légitimes, & néanmoins qu'il fût réputé illégitime à l'effet de priver son pere du droit de viduité; & n'est-il pas véritable que le mari a eu un enfant né vif de sa femme, lorsqu'elle est devenue sa femme légitime par la benediction nuptiale qui s'est ensuivie?

Le droit de viduité du mari consiste en la jouissance du bien entier de la femme.

Si le mari qui pendant son veuvage entretient publiquement une femme, est privé de son droit de viduité?

C'est encore une condition nécessaire pour conserver cette jouissance, que le mari se tienne en viduité; cette disposition de la Coutume est très-sage pour engager le pere par son propre interest à ne partager point ses affections entre les enfans de divers lits; elle lui donne cette récompense de jouir entièrement du bien de sa femme, quand il en a eu un enfant, & qu'il demeure en viduité.

Le second mariage du pere, quoi que légitime & permis, étant puni par la perte des deux tiers de son usufruit, ne seroit-il pas raisonnable que celui qui pour éviter cette peine ne contracte pas véritablement un mariage public & solennel, mais qui entretient une femme publiquement & notoirement, fût privé de son droit? C'est en cette rencontre que l'on peut dire qu'il n'est pas juste que *aliquid amplius habeat castitate luxuria*; qu'une vie vicieuse ne doit pas avoir plus de prérogative qu'une condition légitime: Si l'on recherche la cause de la sévérité de la Coutume contre les secondes noces, on trouvera qu'elle est fondée sur cette présomption, que les secondes affections se forment ordinairement du débris & de la ruine des premières; si donc la Coutume a voulu pourvoir aux enfans contre l'inimitié d'une belle-mere, on ne doit pas moins assurer leur condition contre les artifices d'une concubine; nos desirs ne sont jamais plus ardens que pour les choses qui nous sont défendues, & au contraire l'amour des choses permises est languissante & de courte durée, *veneficium tota vita meretricis est: parum se lenociniis, parum se putat agere, & cum omni ad expugnandas mentes cura collata sit, non sufficit tamen ut desui charitate corporis cedant*; elles renversent par leurs calomnies les amitiés les plus assurées, & pour prévenir le dégoût ou les disgrâces d'un changement, elles jettent les peres dans la défiance de leurs propres enfans: On peut dire au contraire qu'il ne faut point étendre les peines; que ce seroit exposer les maris à la persécution & à la calomnie; que la conduite des plus sages seroit sujette à la censure ou de leurs enfans ou des héritiers qui voudroient expliquer malicieusement les actions les plus innocentes; que si la veuve n'est pas privée de son douaire pour mener une vie impudique après l'an du deuil, quoi que le douaire lui soit donné comme une récompense de sa viduité, & que la pudeur naturelle du sexe l'oblige à une conduite plus réglée; & qu'enfin la Coutume ne punissant le mari qu'en cas qu'il ne demeure point en viduité, on ne doit point étendre la prohibition plus loin: Il y a cette difference entre l'homme & la veuve, que celle-ci ne perd point son douaire par un second mariage, & qu'au contraire l'usufruit appartient au mari qui demeure en viduité. Cette question s'offrit en l'Audiencé de la Grand' Chambre, le 18 de Decembre 1636. entre les sieurs de Collevé intimé, & de Courseulle sieur de Cremanville apellant; on disputa si le sieur de Courseulle qui depuis vingt ans entretenoit une femme (à laquelle il faisoit tenir le

rang & la condition de sa femme, & dont il avoit eu une fille qu'il avoit mariée comme sa fille, sans ajouter la qualité de fille naturelle,) étoit privé de son droit de viduité, en conséquence ou de la turpitude ou de la présomption du mariage secret? La cause fut apointée au Conseil, & depuis par un accommodement on fit perdre au mari la moitié de son usufruit.

On a pareillement contredit au mari le droit de viduité lorsque sa femme s'étoit fait séparé de biens d'avec lui, & qu'en vertu de cette séparation elle étoit rentrée en la possession de son bien. On se fondeoit sur cette raison, que suivant cet article le mari doit survivre à sa femme: or parmi nous la mort civile du mari a le même effet que la naturelle, *in omnibus & per omnia morti equiparatur*; d'où il s'ensuit que le mari séparé de biens d'avec sa femme est réputé mort, quoi qu'il la survive, à l'effet de ne pouvoir jouir de son bien: la mort de sa femme ne le doit point rétablir dans un droit dont il étoit déchu par son mauvais ménage. La Coutume en donnant le droit de viduité a présumé que le mari en étoit en possession, mais en étant dessaisi, comme les successions se partagent en l'état qu'elles se trouvent, le mari n'a plus de qualité pour prétendre une jouissance qu'il avoit perdue dès le vivant de sa femme; la consolidation de l'usufruit à la propriété se fait naturellement; & puisque la séparation leur ôte cet avantage durant leur vie, elle doit avoir encore les mêmes effets après sa mort: Par l'art. CCCXCI. les meubles de la femme séparée appartiennent à ses enfans; la Coutume lui ôte jusques aux meubles, *quorum vilis & abjecta possessio*, il y a beaucoup plus d'apparence de lui refuser l'usufruit des immeubles; au contraire on répond que par cet article le droit de viduité est acquis au mari sans distinction, *ubi lex non distinguit, &c.* La séparation n'anéantit point le droit du mari, elle le suspend seulement, & elle n'est introduite que pour donner à la femme les moiens de subsister; que l'art. CCCXCI. est avantageux au mari, car cet article n'aient excepté que les meubles, il en résulte qu'elle n'a point voulu retrancher le droit de viduité, *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*.

Si la séparation de biens prive le mari de son droit de viduité?

La mort civile est égale à la naturelle en la séparation.

Les meubles de la femme séparée appartiennent à ses enfans.

Si la question s'offroit entre le pere & les enfans, le droit du pere seroit, à mon avis, le meilleur, & les enfans seroient d'autant moins favorables à le contredire, que le pere n'a cet usufruit qu'à la charge de les nourrir; & à plus forte raison il en jouiroit au préjudice des héritiers de sa femme, suivant l'Arrest donné au rapport de M^r Auber, le 22 de Decembre 1636. entre Nicolas & Richard Maze enfans de Jeanne Hervieu, apellans, & Jacques d'Eudemare, intimés. Après la mort de ladite Hervieu leur mere qui étoit séparée de biens d'avec ledit d'Eudemare, ils prétendirent entrer en possession des biens de leur mere au préjudice dudit d'Eudemare, ce qu'ils firent juger par le Bailli de Roüen: Par l'Arrest la Sentence fut cassée, & ordonné que nonobstant la séparation de biens le mari jouiroit du bien à droit de viduité.

Cas où la séparation ne prive point le mari de son droit de viduité.

Les creanciers du mari n'ont pas ce même avantage contre les enfans; la femme durant sa vie s'étant ressaisie de son bien au préjudice des creanciers de son mari, il ne seroit pas juste que ses enfans qui l'en trouvent en possession au tems de sa mort, en fussent dépouillez par ces mêmes creanciers.

Le droit des enfans devient encore plus puissant lorsque le pere prend le parti de ses enfans, & qu'il déclare leur remettre son droit de viduité; on a souvent agité s'il pouvoit faire cette remise en fraude de ses creanciers, & notamment quand il ne passoit cette déclaration que depuis la saisie de son usufruit? La cause en fut plaidée solennellement le 14 de Mai 1634. Gilles de Cairen aiant fait vendre & ajuger les biens de Paul de Cairen son frere, & ne pouvant être récompensé du cautionnement qu'il avoit fait

Si un pere peut remettre à ses enfans son droit de viduité, au préjudice de ses creanciers?

pour lui, qu'en arrêtant trois cens livres de rente du bien de la femme dont il jouissoit à droit de viduité, il fit arrest sur les arrérages; depuis cette saisie & l'introduction du procès, Gilles de Caïron se fit instituer tuteur de ses enfans, & déclara qu'il leur remettoit son droit d'usufruit. Paul de Caïron se plaignoit que cette remise ne pouvoit valoir à son préjudice, & il l'avoit fait juger de la sorte; mais par Arrest dudit jour la Sentence fut cassée, & l'usufruit ajugé aux enfans, auxquels on donna aussi les meubles de leur mere, plaidans Giot & Coquerel. Cela fut encore jugé à la Chambre de l'Edit, le 17 de Mai 1634. pour Charles de Lauberie fils de Demoiselle Ester Damours, vivante femme séparée de biens d'avec Jean de Lauberie sieur du Mesnilraut son mari, contre Pierre de Guillebert Ecuier, sieur de la Riviere, Jean d'Alain Ecuier, sieur d'Amonlaville, & autres, après avoir vû tous les Arrêts, & notamment celui de Caïron.

Cependant comme si l'on avoit oublié tous ces Arrêts, on renouvela cette difficulté en 1660. Sur ce fait: Nicolas Dufour avoit épousé Geneviève Barré; ses biens avoient été decretez, & en mariant sa fille à M^e Jacques de Sets, il renonça à son usufruit sur le bien de la femme. François Barré creancier & caution de Dufour, avoit fait arrest sur tous les fermages provenans du propre de ladite, Barré avant que Dufour en eût fait la remise, & il avoit fait juger par le Viconte de Rouën à bonne cause la saisie: Sur l'appel de M^e Jacques de Sets, je disois pour lui que suivant la l. 13. de *acquir. possess.* pour acquerir la possession & la propriété d'une chose, *duo copulativa requiruntur, corpus & animus*; mais il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de perdre la propriété & la seigneurie d'une chose: la propriété *solo animo non amittitur*, mais la perte de la possession est bien plus facile, *in amittenda possessione affectio ejus qui possidet intuenda est. Itaque si in fundo sis, & ramen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem: solo animo igitur amitti potest, quamvis acquiri non potest; D. l. 3. §. 6.* Or suivant ces maximes la remise faite par le pere doit subsister, puisque non seulement il n'a plus la volonté de continuer sa jouissance, mais même qu'il en a fait un abandonnement actuel à son gendre, & on ne peut objecter que cette remise ait été faite au préjudice de ses creanciers; car ou une chose nous appartient de plein droit, & sans qu'il soit besoin d'aucune déclaration de nôtre volonté pour l'acquérir parfaitement, ou bien nous avons seulement un droit & une action pour la demander, ou sans rien demander à la propriété nous y prétendons simplement un usufruit: quand les choses nous appartiennent de plein droit, il ne nous est pas permis d'y renoncer en fraude de nos creanciers; mais les choses qui ne peuvent devenir nôtres sans les demander, l'abandonnement ou la renonciation que nous en faisons ne passe point pour un acte frauduleux, & les creanciers n'ont point d'action pour les révoquer, *qui potest acquirere, sed non id agit ut acquirat, ad hoc editum non pertinet; proinde qui repudiavit hereditatem, non est in ea causa, ut huic edito locum faciat; l. 6. D. qua in fraudem.*

Il est vrai que pour les successions la Coutume est contraire, mais la raison de la différence est que parmi nous le mort saisit le vif, & parmi les Romains, à l'exception des héritiers nécessaires, il falloit une adition formelle de l'hérédité; on pouvoit encore par le même droit renoncer au legs testamentaire, à la Falcidie, à la Trebellianique, & l'Edit du Préteur n'avoit point lieu en tous ces cas; & par nôtre Usage le Prêlat au préjudice de l'Eglise, & le mari au préjudice de la femme, peuvent remettre l'offense faite à leurs personnes, bien qu'elle fût assez grave pour donner lieu à la commise; les aînés ont une prérogative dont ils peuvent ne se pas prévaloir, mais sur tout l'usufruit se consolide fort naturellement à la

propriété, il n'y a rien de si fragile & de si périssable, *cit. quib. mod. usufr. amitt. 3.* & cette réunion devient encore incomparablement plus favorable quand elle se fait au profit des enfans. Il n'en faut pas d'autre preuve que cette belle loi de Papinien, *D. qua in fraudem creditorum; Patrem, qui non expectatâ morte suâ fideicommissum hereditatis materna filio restituit, omisâ ratione Falcidia, plenam fidem & debitam pietatem secutus exhibitionis, creditores non fraudasse; & par la loi suivante, celui qui ne déduit point la Trebellianique, non videri in fraudem creditorum alienasse portionem quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere.* C'est le sentiment de Decius, que la remise faite par le mari de la dot de la femme qui lui appartenoit, n'est point révocable par ses creanciers, quoi que le mari soit insolvable, parce que l'on n'est pas réputé diminuer son patrimoine pour ne vouloir pas acquerir, *non censetur diminuisse patrimonium suum, sed noluisse acquirere.* De Cahagnes pour Barré, soutenoit que cet article donnant au mari le droit de viduité au préjudice de ses enfans, il n'avoit pu le leur remettre pour en frustrer ses creanciers; que la saisie de cet usufruit lioit les mains au pere, & l'empêchoit de disposer d'un usufruit dont il n'étoit plus le maître: de sorte que quand il auroit pu le faire auparavant, il n'étoit plus en son pouvoir de rendre la saisie illusoire; & d'ailleurs étant caution de la dot reçue par le mari, sa prétention en étoit beaucoup plus favorable: Par Arrest donné en l'Audience de la Grand'Chambre, le 15 de Juillet 1660. main-levée fut ajugée à de Sets de la saisie des fermages.

On a jugé par cet Arrest que nonobstant une simple saisie, le pere demeure encore le maître de son usufruit; mais si le creancier avoit saisi réellement cet usufruit, il semble que le mari étant dépossédé actuellement, & cet usufruit étant en la main du Roi, il ne seroit plus en état d'y renoncer; car il y a différence entre un simple arrest sur les fermages provenans de l'usufruit, & la saisie réelle; un arrest simple ne dépossède pas le mari, mais par la saisie réelle son droit d'usufruit est en sequestre, & il ne lui en reste plus aucune disposition; de sorte que les choses n'étant plus entières, c'est en vain qu'il abandonne son usufruit, & qu'il y renonce: cependant le droit de viduité étant extraordinaire, & la Coutume n'ayant eu pour motif que la qualité de pere & de mari, on ne lui doit jamais ôter la liberté de remettre les choses dans l'ordre naturel, & de renoncer en faveur de ses enfans à une grace qui ne paroît être faite qu'à la personne, c'est proprement *præmium liberorum*: car elle ne donne cette jouissance qu'au mari qui a eu enfans nez vifs; il ne fait donc point de tort à ses creanciers lorsqu'il remet à ses enfans un droit qui ne lui est accordé qu'à cause qu'il est devenu leur pere: aussi la Cour par l'art. 77. du Règlement de l'an 1666. n'y a fait aucune distinction, & suivant icelui le pere peut céder son droit de viduité à ses enfans au préjudice de ses creanciers. Cet abandonnement du droit de viduité après la saisie faite par les creanciers, n'auroit pas le même effet, si le mari n'y renonçoit pas en faveur de ses enfans, mais en faveur des héritiers de la femme; car la piété paternelle ne le soutenant plus, & ne lui servant point de fondement, il seroit raisonnable en ce cas de faire subsister la saisie, & de n'avoir point d'égard à une remise, qu'il ne feroit que par force & par un simple motif de faire tort à ses creanciers; aussi dans l'article du Règlement il n'est fait mention que des enfans. *Le pere peut remettre à ses enfans*, ces paroles sont limitatives, autrement on auroit ordonné en termes généraux que le pere peut indistinctement remettre son usufruit au préjudice de ses creanciers; ce n'est pas d'aujourd'hui que les peres pour se venger de leurs creanciers qui vouloient profiter de leur droit de viduité, les ont frustrés par un abandonne-

La remise faite par le mari de la dot de la femme, n'est point révocable par ses creanciers.

Distinction entre un simple arrest sur les fermages de l'usufruit, & la saisie réelle.

Le pere peut céder à ses enfans son droit de viduité au préjudice de ses creanciers.

Cas où la cession du droit de viduité ne peut avoir lieu au préjudice des creanciers.

Moyens pour acquerir & perdre la propriété d'une chose, suivant le Droit Civil.

On ne peut renoncer à ce qui appartient de plein droit, en fraude des creanciers.

ment qu'ils en faisoient à leurs enfans ; cela fut réglé par un ancien Arrest, du 9 de Decembre 1569, entre Nicolas de Beaumont tuteur des enfans de Philippes Carrouge, séparé de biens d'avec Perrette de Beaumont, & Guillaume de Surgere.

Il faut néanmoins remarquer que ces Arrêts n'ont été donnez que quand les femmes étoient séparées de biens d'avec leurs maris, & qu'ils sont fondez sur cette raison, que par la séparation civile de la femme ses biens cessent d'être obligez aux dettes de son mari ; de sorte qu'en étant deffaisi, ses biens ne sont plus susceptibles de l'action & de la saisie de ses créanciers : En ce cas la cession du mari semble n'être pas nécessaire, il ne fait que ceder une jouissance qu'il a déjà perdue ; de sorte que hors le cas de séparation le droit de viduité appartenant pleinement au mari, il semble que cette remise ne peut valoir au préjudice de ses créanciers, suivant un Arrest donné en la Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r du Fay, le 7 de Fevrier 1637. sur une Requête Civile obtenue contre un Arrest donné au rapport de M^r de Galentine, le 7 d'Avril 1634. entre M^e Jean le Marechal Lieutenant General au Bailliage de Gisors, d'une part, & M^e Louis Quentin & Onfroy, d'autre part. La femme dudit sieur Quentin avoit été en la tutelle du Cauchois : ce tuteur pour s'exempter de paier le reliqua de comptermit, son droit de viduité au sieur le Marechal son gendre ; on contesta cette remise par l'autorité de la loi 9. *D. qua in fraud. credit.* à quoi l'on oposoit la loi 25. *C. de Pign. Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem, deteriore creditoris conditionem. facere certissimum est* : Par un premier Arrest il fut dit que sans avoir égard au contrat de remise, le reliqua du compte seroit païé sur la jouissance du bien que le Cauchois devoit avoir ; le Sr de Marechal s'étant pourvu contre cet Arrest, il fut debouté de sa Requête Civile.

Autre Arrest pareil sur ce fait. Sebastien Barbé après la mort de Susanne Bouchard sa femme, ceda à Adrien Barbé son fils la jouissance du bien de sa mere, & depuis il contracta un second mariage, & par ce moien il perdit la jouissance des deux tiers : Adrien Primout & Etienne Planchete, & Everard Concierge du Palais, firent Arrest entre les mains des fermiers des heritages aiant appartenu à feuë Susanne Bouchard ; le fils en demanda la main-levée, & par Arrest du 9 de Fevrier 1650. au rapport de M^r du Houlel, il en fut debouté : les créanciers demuroient d'accord que par plusieurs Arrêts l'on avoit jugé que le pere avoit pu remettre son usufruit ; mais ils prétendoient que cela n'avoit été jugé que quand les créanciers n'avoient point fait saisir avant l'abandonnement fait par le pere, mais que le pere après la saisie avoit les mains liées, suivant l'Arrest donné pour M^e Louis Quentin. On n'eut point d'égard à cette distinction par l'Arrest de Sets ; & aujourd'hui l'on autorise indistinctement ces remises, soit qu'il y ait saisie ou qu'il n'y en ait point, ou que la femme ait été séparée, ou qu'elle ne l'ait point été, & la saisie n'opere que pour les fruits échus auparavant la cession.

Puisque par la jurisprudence des Arrêts le pere peut remettre à ses enfans son droit de viduité, la mere n'a-t-elle pas la même faculté, & ne lui est-il pas permis de renoncer à son douaire en faveur de ses enfans, & au préjudice de ses créanciers ? L'on peut dire pour la négative, que dans l'art. 77. du Règlement de 1666. il n'est parlé que du pere & non de la mere ; que le droit de viduité est un droit singulier & extraordinaire, mais que le douaire est pleinement acquis à la femme par son mariage, encore bien qu'il n'ait point été stipulé : d'où l'on doit inferer que la remise n'en est pas si facile, & que la femme ne peut l'abandonner non plus que ses autres biens, au préjudice de ses créanciers. L'on répond

que le douaire n'étant qu'un usufruit, le retour & la consolidation à la propriété s'en fait aussi naturellement que pour le droit d'usufruit ; que la condition des enfans est égale dans l'un & l'autre cas ; que si dans l'art. 77. il n'est fait mention que du pere, c'est parce qu'il n'étoit question que du droit de viduité qui n'appartient qu'au pere ; & puisque la même raison de décision a lieu pour la mere comme pour le pere, la disposition doit être pareille, *ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet*. Cette question s'offrit au Parlement de Paris en une cause évoquée de cette Province, entre Dame Marie-Denise Berruier veuve de M^e Charles de Bretignieres, & Pierre, Charles & Marie de Bretignieres leurs enfans, apelans ; & Demoiselle Marguerite Dambri, femme de François le Sueur Ecuier, sieur de Vaupoteau, heritiere de Jacques Dambri son frere, intimée. Ledit de Bretignieres s'étoient obligez solidairement d'indemniser ledit Jacques Dambri envers M^r de la Blondiniere Conseiller en la Cour, de deux cens cinquante livres de rente, en laquelle il s'étoit obligé avec eux sous leur indemnité ; & comme ledit sieur Dambri & ladite Demoiselle de Vaupoteau sa sœur & son heritiere, avoient païé pour eux plusieurs années d'arrerages, ils prétendoient en faire compensation avec les arrerages de pareille rente, dont ils étoient debiteurs ausdits sieurs de Bretignieres ; ce qu'ils avoient fait juger par Sentence du Châtelet, dont lesdits de Bretignieres étoient apelans, & oposans contre un Arrest ; & ils disoient pour causes & moiens d'apel, qu'encore que ladite Berruier leur mere eût été mariée à Paris, & suivant cette Coutume qu'elle y eût été domiciliée, la rente de deux cens cinquante livres due par ledit feu sieur Dambri, & depuis par ladite Dame de Vaupoteau son heritiere, au défunt Charles de Bretignieres leur pere, étant sujette au douaire de ladite Berruier, elle avoit pu se servir du privilege de la Coutume de Normandie, qui ne permet pas aux femmes mariées d'aliener leurs immeubles sis sous cette Coutume, non plus que leur douaire qui leur est réservé comme une espèce d'aliment ; & la propriété de ce douaire étant acquise aux enfans, sans le pouvoir engager, hipotéquer ou aliener du vivant de leur pere, suivant l'article CCCXCIX. de la même Coutume ; l'indemnité passée par ladite Berruier ne peut produire aucune action à ladite Marguerite Berruier, qui lui pût donner lieu de saisir les arrerages de ladite rente de deux cens cinquante livres sujette au douaire de ladite Berruier ; & quand même elle auroit pu, comme non, obliger les fruits de son douaire, elle auroit pu le ceder à ses enfans au préjudice de ladite Dambri, suivant l'article 77. du Règlement de 1666. lequel à la verité ne parle que du pere ; mais qu'il y avoit identité de raison, que les femmes en Normandie intervenant rarement dans les contrats, le cas n'en avoit point été prévu. Il y avoit même plus de raison de permettre à la mere d'abandonner ce droit à ses enfans, que de l'accorder au pere, d'autant que le pere étoit saisi de plein droit de l'usufruit de tous les biens de la femme ; & la femme au contraire étoit obligée par l'article CCCLXVIII. de ladite Coutume, de demander la délivrance de son douaire. Ladite Demoiselle de Vaupoteau pour réponse aux causes d'apel, soutenoit que le contrat de mariage de ladite Berruier aiant été passé à Paris avec dérogation à toutes autres Coutumes, quoi que le douaire fût réel, il devoit être réglé par la Coutume de Paris, & par conséquent ladite Berruier aiant passé son acte d'indemnité à Paris pendant son mariage, il produisoit une action personnelle, dont l'hipotecaire étoit nécessairement une suite, & elle doit s'étendre sur les fruits de son douaire, & particulièrement sur lesdits deux cens cinquante livres de rente, dont elle avoit pu faire la compensation contre pareille rente que ladite Berruier lui devoit ; que les articles DXXXIX. DXL. & DXLI.

Les créanciers du mari ne peuvent saisir les biens de la femme séparée.

Le mari peut remettre son droit de viduité en quelque tems que ce soit indistinctement.

Si la mere peut remettre son douaire à ses enfans, au préjudice des créanciers ?

En Normandie la propriété du douaire est acquise aux enfans, sans qu'ils puissent l'hipotéquer du vivant de leur pere.

& l'art. 128. du Règlement de 1666. ne concernent que les femmes mariées & domiciliées en Normandie, à cause que le Senatusconsulte Velleien y avoit encore lieu; & c'est pourquoi l'obligation personnelle qu'elle y contracte, ne pouvoit pas aussi atirer l'hipotecaire; & pour l'abandonnement qu'elle avoit fait de son douaire au préjudice de ladite Dambri, & de la saisie qui en avoit été faite, il ne pouvoit pas être autorisé, puisqu'il est permis au pere seul par l'art. 77. du Règlement de 1666. Par Arrest du 17 Février 1683. les Sentences furent infirmées; & sans s'arrêter à la compensation prétendue par ladite Dambri, elle fut condamnée de payer & continuer à l'avenir au profit desdits de Breugnieres lesdits deux cens cinquante livres de rente, & en conséquence main-levée faite ausdits de Breugnieres des saisies faites par ladite Dambri, ladite Berruier condamnée de garantir & indemniser ladite Dambri du principal & des arrérages des deux cens cinquante livres de rente dûs au sieur de la Blandiniere, pour raison de quoi ladite Dambri se pourvoira sur les biens de ladite Berruier autres que ceux situés en la Coûtume de Normandie.

La mere peut remettre son douaire à ses enfans, au préjudice de ses creanciers.

Cette même question s'étant offerte en ce Parlement, savoir si la mere pouvoit remettre son douaire à ses enfans au préjudice de ses creanciers, l'affirmative fut jugée en la première Chambre des Enquêtes, le 10 Mars 1689. au rapport de M^r de Languedor, entre le sieur Susanne Lieutenant General à Longueville, creancier de la Demoiselle le Courtois troisième femme & veuve du sieur Baier, & la Demoiselle Baier fille de ladite le Courtois, on posa pour un fondement certain, que l'article du Règlement de 1666. devoit s'entendre de la mere aussi bien que du pere, quoi que ledit sieur Susanne fût tres-favorable dans sa prétention, qui étoit que la Demoiselle le Courtois n'avoit pu à son préjudice céder son douaire à sa fille. Il avoit acquis un héritage du sieur Baier pere avant son troisième mariage avec ladite le Courtois; & pour conserver cette acquisition, il avoit été obligé de fournir la somme de seize cens livres à ladite Baier pour le supplément de son tiers coutumier: mais aiant découvert que la Demoiselle le Courtois avoit fait plusieurs soustractions, il l'avoit fait déclarer heritiere; mais un mois avant la Sentence de condamnation, elle avoit fait remise de son douaire à sa fille; il passa néanmoins à déclarer cette remise valable.

Le mari perd les deux tiers de son usufruit lorsqu'il se remarie, & il est tenu de faire les lots.

La peine que la Coûtume impose au mari lorsqu'il se remarie, est la perte de deux tiers de son usufruit qui retournent aux heritiers; & comme en ce cas il faut faire partage, le sieur d'Emandreville qui jouissoit par usufruit des biens de sa première femme, prétendit après son second mariage que les enfans étoient tenus de faire les lots, disant que ce droit de viduité étoit particulier aux Normans, & que d'ailleurs ce n'étoit qu'une continuation de jouissance; néanmoins comme les douairieres sont obligées à faire les lots, on jugea qu'on le devoit pratiquer de la sorte pour les maris: Par Arrest du 19 de Juillet 1639. conforme à cet article, le droit de viduité fut rétreint aux biens que la femme possédoit au tems de son décès; il n'en est pas de même comme du douaire qui est dû à la veuve sur les biens du pere de son mari, quand il a consenti au mariage: bien que la succession soit ouverte après la mort du mari, le droit de viduité ne s'étend point sur les successions en ligne directe, lorsqu'elles arrivent après la mort de la femme. Un pere avoit promis quarante mille livres à sa fille, dont vingt mille livres n'étoient payables qu'après sa mort: la femme mourut avant son pere, le mari vouloit jouir par usufruit des vingt mille livres, prétendant que la propriété en étoit acquise à sa femme; il fut répondu par les Avocats qui furent consultez qu'il n'y avoit rien, *dies venerat, non cesserat*: cet article ne donne au mari que

le revenu appartenant à sa femme lors de sa mort; or ces vingt mille livres n'étoient pas en sa possession.

Après avoir expliqué comment ce droit de viduité appartient au mari, & de quelle maniere la jouissance lui en peut être ôtée, il reste encore deux points à examiner; le premier lorsqu'il n'a point eu d'enfans, & que la femme meurt avant que les fruits soient ameublés, quelle part il peut avoir en la jouissance de l'année? Et le second, lorsque le mari qui a joui à droit de viduité, vient à mourir avant la S. Jean, quelle portion on en doit laisser à ses heritiers? Le premier cas est la véritable espèce de la *divortio, soluto matr.* & suivant cette loi le mari a part aux fruits *pro rata temporis*. Bacquet tient que cette loi n'a point lieu en la Coûtume de Paris, & qu'elle ne se garde qu'entre les Beneficiers; des Droits de Justice, c. 15. n. 59. & 60. Et Brodeau estime au contraire qu'ils appartiennent au mari & à son heritier *pro rata temporis*, & il en donne cette raison, que le mari perçoit les fruits *propter onera matrimonii*, l. F. n. 10. Et sans doute l'opinion de Brodeau est plus raisonnable; & quoi que M^r d'Argentré, art. 76. n. 5. ne donne les fruits qu'après la perception, il convient que cette loi *divortio, specialem provisionem continet proportionatam ad onera matrimonii, de qua Tiraq. de Retractu Convent.*

Mais on ne peut appliquer ces raisons en faveur de l'heritier du mari qui a joui long-tems du bien de sa femme à droit de viduité: on ne peut dire que ces fruits lui doivent appartenir *ratione oneris*, parce qu'il a nourri la femme; cette raison ne peut avoir lieu que pour l'année de la dissolution du mariage; mais quand après la mort de la femme le mari a continué la jouissance de son bien, l'on ne peut demander les fruits par la consideration de la nourriture de sa femme, ou à cause des charges du mariage; néanmoins parce que le droit de viduité appartient au mari par la disposition de la Coûtume, on a jugé que le mari ou ses heritiers jouissent des biens *pro rata temporis*. Le sieur de Bigars étant mort avant la S. Jean en l'an 1664. M^{re} Michel de Roncherolles Marquis de Maineville, creancier du sieur de Bigars, fit saisir après la S. Jean les levées étant sur le fonds de la veuve nommée de Launoy: elle maintint que cette saisie étoit tortionnaire, & que c'étoit un immeuble au tems de la mort de son mari; les heritiers du mari soutenoient au contraire qu'ils devoient avoir du terrage *pro rata temporis*; & par Arrest du 17 de Juillet 1664. la Cour ajugea audit de Bigars le *pro rata* des fruits depuis le premier jour de Janvier jusqu'au jour du décès du mari, si mieux il n'aimoit prendre les labours & semences; & pour la difficulté qui pouvoit naître touchant le tems que l'on feroit commencer ce *pro rata*, on jugea par ce même Arrest que l'on commenceroit à compter du premier jour de Janvier, plaidans de Lépiney, Theroulde & Greard.

Enfin il faut remarquer que le mari n'a point d'usufruit sur les biens qui peuvent échoir après la mort de sa femme, ainsi jugé par Arrest du 5 d'Août 1670. par lequel un mari fut évincé du droit de viduité sur une succession directe échüe à ses enfans; la raison de douter, étoit que la fille avoit été mariée comme heritiere. Autre Arrest sur ce fait: Jacques le Maître avoit épousé la fille de Baille, & lors de ce mariage il prétendoit qu'il ne restoit plus à ce pere que ce qu'il falloit pour le tiers coutumier de sa fille; il eut un enfant qui mourut, & après le décès de sa femme & de Baille son beau-pere, il se mit en possession du bien pour en jouir à droit de viduité, prétendant que le tiers étant acquis aux enfans du jour du mariage de leur pere, & renonçant à la succession de Baille, quoi que sa femme fût morte avant son pere, toutefois elle étoit réputée saisie de ce tiers coutumier dès le vivant d'icelui, & qu'ainsi le droit de

De la part qui peut appartenir au mari ou à ses heritiers, sur les fruits des heritages de la femme, quand l'un ou l'autre décède avant la S. Jean,

Le mari n'a point droit de viduité sur les biens échüs après la mort de sa femme.

Cas où le droit de viduité ne s'étend point sur la succession en ligne directe.

Le tiers du bien maternel est acquis aux enfans du jour du mariage.

de viduité lui appartenait : On répondoit que la propriété du tiers est véritablement assurée aux enfans du jour du mariage de leur pere ; mais c'est toujours avec cette condition, *si patri supervixerint* ; de sorte que quand ils précédérent leur pere ; ils sont réputez n'y avoir rien eu ; & quoi que la prétention de ce

mari fût destituée de toute raison , néanmoins le Bailli lui avoit ajugé droit de viduité ; mais par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 17 de Mai 1672. la Sentence fut cassée, & le mari condamné à quitter la possession du bien.

CCCLXXXIII.

Au préjudice de quelle personne.

Le droit de viduité appartient au mari, au préjudice des enfans de la femme, & des Seigneurs féodaux.

Le droit de viduité appartient au mari, non seulement au préjudice des enfans de la femme de quelque mariage qu'ils soient sortis, mais aussi des Seigneurs féodaux auxquels pouvoient appartenir les heritages de la femme, soit à droit de confiscation, ligne éteinte & reversion, ou droit de garde des enfans ou heritiers mineurs d'ans de la femme.

Cet article étoit absolument nécessaire, comme il paroît dans la suite, & il a été employé comme s'il étoit de l'ancienne Coutume, & néanmoins il ne s'y en trouve rien ; il a été ajouté pour éclaircir le précédent. L'ancienne Coutume disoit que si un homme avoit eu une femme dont il eût eu *un enfant né vif, & qui ne vive, mais toute la terre qu'il tenoit de par sa femme au tems qu'elle mourut, lui resteroit, tant comme il se tiendra de marier* ; mais cette difficulté restoit toujours, si ce droit lui appartenait au préjudice des enfans sortis du même mariage, & du Roi & des Seigneurs féodaux ? Et en effet on apprend par le procès verbal de la Réformation de la Coutume, que cet article qui résout toutes ces difficultés, fut contredit par M^r Vauquelin Avocat General du Roi : & l'on trouve dans les Plaidiers de M^r Servin une celebre contestation entre M^r le Prince de Condé, d'une part, & M^r le Duc de Guise, d'autre, pour savoir si la jouissance par usufruit des Baronniez dépendantes du Comté d'Eu, échû en partage à défunte Marie de Cleves Princesse de Condé, avoit appartenû à feu M^r le Prince de Condé par le droit prétendu de veuветé d'homme en la Coutume ancienne de Normandie, aiant survécu à Madame la Princesse son épouse, & aiant eu une fille vivante de leur mariage ?

Si le droit de viduité appartenant aux maris, est reçu dans le Comté d'Eu, & s'il est exclus par la garde Seigneuriale ?

Lorsque ce droit de veuветé d'homme étoit échû à M^r le Prince, la Coutume n'étoit point encore réformée ; mais elle l'avoit été lorsque le procès avoit été commencé & plaidé au Parlement de Paris, & l'on traita ces deux questions ; la premiere, si ce droit de viduité avoit appartenû à M^r le Prince ; la seconde, si en Normandie, & spécialement dans le Comté d'Eu, le droit de viduité étoit exclus par la garde Seigneuriale ?

Pour la premiere question, le droit que l'ancienne Coutume apeloit *droit de veuветé d'homme*, étoit si bien établi, qu'il ne pouvoit être contredit ; mais l'Avocat de M^r de Guise soutenoit que par le chapitre 33. de l'ancienne Coutume de Normandie, la garde des orfelins appartenait au Seigneur ou au Roi, & que ce droit étoit fondé sur la loi des fiefs, *quorum causa antiquior*, les Seigneurs n'aient donné leurs fiefs qu'à condition que les mineurs tomberoient en leur garde, & que ce même droit de garde noble étoit utile au public, parce qu'il finissoit à vingt ans, & que celui de droit de viduité pouvoit durer beaucoup davantage. On répondoit que le droit des Seigneurs ne pouvoit ôter celui des maris & des peres, qui étoit fondé sur le droit naturel, *quod ubique & ab omnibus gentibus servatum est* ; que ce droit de viduité étoit *premiium liberorum*, la récompense la plus favorable du monde ; que par l'art. CCXVIII. au titre des Gardes, la garde n'appartenait au Seigneur qu'à la charge d'aquiter les dettes hipotecaires, & que le droit de viduité est une hipotéque légale qui s'aquiert sans convention, & que les fiefs sont devenus tellement patrimoniaux, qu'ils neretournent

aux Seigneurs qu'à condition d'aquiter les rentes, art. CCI. ce que même le Seigneur féodal qui profite de la confiscation, est tenu de faire, article CXLIII. Et quoi que ce droit de viduité puisse durer plus long-tems que la garde Seigneuriale, les mineurs y trouvent leur avantage, parce que la succession de leur pere en est rendue plus riche. Cette question ne peut plus recevoir de problème, en conséquence de cet article, qui passa sans aucun contredit des Seigneurs. Sur la seconde question, l'Avocat de M^r de Guise prétendoit que le droit de viduité n'avoit point de lieu dans le Comté d'Eu, & demanda à être reçu apelant de cet article & du précédent : M^r Servin conclut pour M^r le Prince, & que Mr de Guise n'étoit pas recevable à apeler de ces articles, puisqu'ils avoient été arrêtez sans aucune opposition de la part des Seigneurs ; mais il protesta que cela ne pouvoit faire préjudice à la garde Roiale appartenante au Roi, suivant les protestations employées au procès verbal de la Réformation de la Coutume : le Parlement de Paris reçût Mr de Guise apelant, & appointa la cause au Conseil.

Nonobstant cette protestation de Mr Vauquelin Avocat du Roi, il est certain que ceux auxquels le Roi fait don de la garde Roiale, ne prétendent point que leur droit l'emporte sur celui de viduité ; car pour les Seigneurs féodaux, ils n'en auroient aucun prétexte.

Il est vrai que Mr Vauquelin aiant protesté contre cet article & quelques autres, il lui fut enjoint par un Arrest du Conseil, du 6 de Mars 1584. d'envoyer ses conclusions ; ce qu'aient fait, par un autre Arrest du Conseil, du 7 d'Octobre 1585. le Roi déclara en homologant & approuvant la Coutume nouvellement rédigée, que c'étoit sans aprobation desdits articles, en ce qu'ils aporteroient préjudice aux droits de Sa Majesté, & conformément à cet Arrest les Lettres Patentes furent expédiées avec ces réservations.

Mais quand un si long usage & une perpetuelle & inviolable observation de cet article n'auroient pas prescrit contre cette protestation, il est aisé d'en établir la justice : l'on peut objecter que ce droit de garde n'appartient pas simplement au Roi comme Seigneur féodal, mais aussi comme Souverain ; ce qui se prouve par cette difference que la Coutume met entre la garde Roiale & la garde Seigneuriale, les prerogatives de la garde Roiale étant incomparablement plus grandes, & notamment en ce qu'il a la garde non seulement des fiefs mouvans de lui, mais aussi des fiefs qui relevent des autres Seigneurs, & de tous les autres biens des mineurs ; ce qui montre que cette garde lui vient en sa qualité de Roi, & que par conséquent il ne peut en être privé par ce droit de viduité : mais cette difficulté se peut décider par l'article même qui attribue au Roi ce droit de garde, & contre lequel il n'y a point eu de protestation ; car il faut remarquer que regulierement

Diference de la garde Roiale d'avec la garde Seigneuriale, pour l'exclusion du droit de viduité

Cas où il y a ouverture à la garde Royale & Seigneuriale.

En Normandie le pere est le tuteur naturel de ses enfans.

La garde-noble d'Angleterre tire son origine de Normandie.

Charges du mari jouissant à droit de viduité des biens de sa femme.

il ne doit y avoir d'ouverture à la garde Royale ou Seigneuriale, que quand le mineur a besoin d'un gardien, & qu'il manque de conducteurs; & c'est à cause de cette protection qui est demandée au Roi ou aux Seigneurs feudaux, que la garde-noble a été introduite: or en Normandie le pere est le gardien & le tuteur naturel de ses enfans, & jamais on n'a pensé que par la mort de la mere il soit besoin de donner un tuteur à un mineur qui a son pere. C'est une regle de Droit que *tutorem habenti tutor non datur*. Ce seroit agir contre l'ordre naturel, que de chercher pour des mineurs d'autres gardiens que leurs propres peres, & nos Princes n'ont jamais songé à prendre la garde & la protection que des pauvres mineurs qui sont destituez du secours & de la conduite de leurs peres; que si l'on ne pouroit sans impiété arracher les enfans du sein de leurs peres, on ne pouroit aussi sans une extrême injustice leur ôter la jouissance des biens de leurs meres, puisque la Coutume ne les donne aux peres qu'à condition de les nourrir & de les entretenir.

Pour appuyer ce raisonnement, j'ajouterai que plusieurs estiment que ce droit de garde-noble fut porté avec nos autres loix en Angleterre par Guillaume le Conquerant; & j'ai montré sur l'article précédent que le droit de viduité y est observé de la même maniere que parmi nous. Thomas Smith, en sa Rep.

d'Angl. l. 3. c. 5. de *Curia pupillorum*, fait la description de la garde-noble en ce termes, *Dominus ille a quo pupillus pradium habet, simul atque de obitu parentis certior factus est, manus illico in corpus pupilli injicit, pradium occupat*. Et au commencement de ce même chap. *Pupillum intelligimus impuberem, & post fata parentis superstitem*. On ne peut douter que par ce mot de *parens* au singulier, il ne faille entendre par excellence le pere, & cela se confirme par ces mots suivans, que *manum illico in corpus pupilli injicit*; car il n'est point de loi si barbare qui permît à un Seigneur d'enlever les enfans d'entre les bras de leur pere. Ainsi il faut conclure que les fruits n'appartenans au Roi que comme une récompense du soin qu'il prend de la protection & de l'éducation des pupilles, lorsque le pere en demeure chargé comme leur véritable gardien, les fruits lui doivent demeurer en vertu de son droit de viduité; en un mot, c'est une regle certaine que depuis que les fiefs ont été réduits *ad instar patrimoniorum, quoad jus succedendi & disponendi tam inter vivos quam in ultima voluntate*, dès-lors non seulement les enfans, mais aussi les parens ont été préferés comme plus favorables que les Seigneurs, quand il est question de succéder: aussi par cette raison le retrait lignager l'emporte sur le feodal; Terr. l. 8. c. 26. Coquille, Coutume de Nivernois, titre de Retrait lignager, liv. 9. art. 22.

Le retrait lignager est préférable au feodal.

CCCLXXXIV.

Charges du droit de viduité.

Le mari doit nourrir, entretenir & faire instruire les enfans de sa femme, si d'ailleurs ils n'ont biens suffisans, même aider à marier les filles, laquelle nourriture, entretien, instruction & contribution de mariage sera arbitré en Justice par l'avis des parens, eu égard à la valeur de la succession & nombre des enfans, de toutes lesquelles charges il sera quitte en laissant ausdits enfans le tiers du revenu de la succession de leur mere.

Il est tres-juste que le mari accomplisse toutes les conditions qui lui sont imposées par cet article; cet usufruit lui étant donné éomme une récompense d'avoir donné des sujets à la Republique en procréant des enfans, il est tenu d'employer ce même usufruit pour leur éducation & leur subsistance; mais il semble qu'il n'est pas juste qu'il en soit toujours quitte en abandonnant le tiers; leur nombre peut être si grand, que ce tiers sera beaucoup au dessous de ce qui leur faut pour leurs alimens; il sera même nécessaire de marier des filles, & pour quoi donner à ce pere la jouissance des deux tiers du bien de la mere, tandis qu'ils seront réduits dans une honteuse nécessité? La Coutume le chargeant de la nourriture & de l'instruction de ses enfans aux dépens des biens de leur mere, l'équité desiroit qu'il s'en acquitât jusqu'à la concurrence des biens, si d'ailleurs ils n'avoient pas de quoi fournir à leur nourriture; & sur ce principe on a jugé qu'un aïeul ne pouvoit mettre en compte la nourriture qu'il avoit fournie à ses petits-enfans, quand ils n'avoient pas un revenu suffisant pour paier cette nourriture, par Arrest en l'Audience de la Grand'Chambre, entre le nommé Crucifix de Dieppe, du 9 de Mars 1638. mais la Coutume a présumé si avantageusement de l'affection & de la charité des peres, qu'elle n'a point douté qu'ils ne s'acquittassent de leur devoir, & qu'il n'étoit pas nécessaire de leur en imposer une loi: Quoi qu'il en soit, la Coutume déclarant le pere quitte de toutes les charges qu'elle lui impose en abandonnant le tiers, les enfans n'ont aucune action pour obliger le pere à leur donner davantage; mais il semble que le mari n'est obligé de nourrir les enfans de sa femme que lorsqu'il jouit de son bien à droit de viduité, d'où l'on peut induire qu'un second mari ne peut être troublé par les enfans de sa femme lorsqu'elle est vivante. Godefroi estime que cet article doit être observé indéfiniment, soit que la

mere soit vivante ou qu'elle soit décédée; & dans l'espece de l'Arrest du Venois rapporté par Berault, la mere étoit vivante, sur quoi est intervenu Arrest sur ce fait. La nommée Seeles de son premier mariage avec Jean, sieur de Noiremare, avoit des enfans qui mirent en action le nommé Poisson son second mari, pour leur fournir une pension annuelle sur les biens de leur mere, de valeur de cinq ou six cens livres de rente, attendu qu'ils n'avoient aucuns biens du côté de leur pere pour pouvoir subsister, ou qu'il leur quitât le tiers du bien suivant cet article; qu'il ne pouvoit s'en dispenser, quoi que leur mere, fût vivante, puisqu'elle même y seroit obligée naturellement, & s'aïdoient de l'Arrest du Venois rapporté sur cet article par Berault. Le beau-pere disoit que cet article n'avoit lieu qu'après la mort de la mere, quand les enfans n'avoient point de biens suffisans, mais qu'il prétendoit que ceux du pere pouvoient les nourrir; que d'ailleurs étans en âge de gagner leur vie, ils pouvoient s'entretenir de leur travail; qu'en l'Arrest du Venois il étoit constant qu'il y avoit d'autres biens; que c'étoient des Gentilshommes qui ne pouvoient faire profession des Arts mécaniques. Les enfans répondoient qu'ils étoient cinq, & qu'ils abandonnoient le bien de leur pere pour deux cens livres par an; qu'encore qu'ils ne fussent pas nobles, ils étoient d'une famille honnête, étans enfans d'un Officier: le Juge avoit ordonné cent cinquante livres de pension; sur l'appel, on mit hors de Cour, le premier de Mars 1657. plaidans du Hecquet & Colas.

Suivant ces Arrêts, bien que la mere soit encore vivante, si les enfans du premier lit n'ont point de biens du côté de leur pere, le second mari ne peut se dispenser de leur donner une pension, ou de leur donner le tiers; mais en cas qu'il abandonne le tiers, l'on demande si les enfans du second lit auront part à la jouissance de ce tiers, & si elle doit être parta-

Les enfans n'ont point d'action contre leur pere quand il leur a abandonné le tiers du bien de leur mere.

Si le mari est tenu de nourrir les enfans de sa femme, quand elle est vivante?

Si le tiers du revenu que le mari abandonne aux enfans de la femme pour être déchargé de leur nourriture, doit être partagé entre les enfans du premier & du second lit ?

gée entre les enfans du premier & du second mariage ? Cette difficulté s'offrit en l'Audience de la Grand'Chambre, le 23 Juillet 1682. sur ce fait. Pierre Cotard Ecuyer, sieur de Hotot, avoit épousé en secondes noces la veuve du sieur de Porbail : Adrien Poirier Ecuyer, sieur de Porbail, demandoit au sieur de Hotot son beau-pere une pension, n'ayant aucuns biens du côté de son pere, & le bien de sa mere valant quatre ou cinq mille livres de rente ; le sieur de Hotot lui ofroit deux cens livres de pension, prétendant que c'étoit plus qu'il ne lui appartenoit, vû le nombre des enfans, y ayant un fils & deux filles sorties du premier mariage, & trois filles & un fils du second : L'on avoit ordonné que les parties nommeroient des parens du côté maternel pour estimer le revenu de la mere, & régler une pension. Le sieur de Porbail se rendit apelant, & presenta Requête pour évoquer le principal : Il soutenoit sur son apel, qu'il avoit pû nommer des parens du côté de son pere, & au principal il demandoit le tiers des biens de sa mere, à l'exclusion des enfans du second lit ; que c'étoit l'intention de la Coutume en cet article, qui porte que le mari doit nourrir les enfans de sa femme, si mieux il n'aime leur abandonner le tiers du revenu de la succession de leur mere. Or la Coutume par ces paroles, le mari doit nourrir les enfans de sa femme, ou leur quitter le tiers, a fait assés connoître qu'elle n'entend parler que des enfans de la femme sortis du premier mariage, autrement elle eût ajouté que le mari doit abandonner le tiers pour la nourriture de tous les enfans, tant de ceux du second mari, que de ceux de sa femme sortis d'un autre mariage.

Je répondois pour le sieur de Hotot, que pour faire l'estimation des biens de la mere, l'on ne pouvoit choisir que des parens communs, que le lien du sang engageoit également à la conservation de l'intérêt de tous les enfans, ce que les parens du sieur de Porbail du côté de son pere ne feroient pas : Au principal, qu'il est vrai que le pere qui jouit à droit de viduité des biens de sa femme, pour se décharger de la nourriture des enfans de sa femme, n'est tenu de leur abandonner que le tiers du revenu de son bien ; mais il falloit faire difference entre la jouissance que le mari a des biens de sa femme lorsqu'elle est vivante, & celle qu'il retient à droit de viduité après la mort de sa femme ; la premiere lui est dûe *ratione oneris*, étant obligé de nourrir & d'entretenir sa femme avec son équipage, & de nourrir aussi ses enfans ; & à raison de ces charges le mari peut retenir son bien, sans être obligé d'en abandonner le tiers, n'étant pas aux termes de cet article, qui ne parle que du droit de viduité, qui est un droit purement lucratif & singulier en Normandie ; & en ce cas le mari jouissant *ratione juris*, la Coutume par un motif d'équité l'oblige à nourrir les enfans de sa femme, lorsqu'ils n'ont aucuns biens du côté de leur pere ; qu'il n'étoit pas aux termes des Arrêts ci-dessus rapportez : dans les especes de ces Arrêts la mere prenoit un douaire sur les biens de son premier mari, mais la Dame de Hotot n'avoit aucun douaire sur les biens du sieur de Porbail ; & bien que suivant ces raisons l'intimé se pût dispenser d'abandonner le tiers, il faisoit néanmoins cet abandonnement au profit de tous les enfans ; mais le sieur de Porbail ne le pouvoit pas avoir pour lui seul ; que l'explication qu'il donnoit aux paroles de cet article étoit frivole, les enfans du second lit n'étans pas de pire condition que ceux du premier lit, & étans également enfans, leur condition doit être égale : Par l'Arrest l'on confirma la Sentence ; & après la déclaration du sieur de Hotot, qu'il abandonnoit le

tiers aux enfans tant du premier que du second mariage ; la Cour ordonna qu'il seroit partagé entre tous les enfans, à laquelle fin elle renvoia les parties devant les parens maternels ; en faisant ce partage il n'est pas raisonnable que tous les enfans aient une part égale, la part des mâles doit être plus grande que celle des filles.

Si les enfans n'ont aucun bien du côté de leur mere, on demande si le pere peut être contraint de paier une pension à son fils majeur qu'il ne veut pas recevoir en sa maison ? Le pere dit qu'ayant élevé ses enfans dans leur minorité, & les ayant rendus capables de chercher une condition, il a pleinement satisfait à son devoir : aussi le Droit Civil leur dénie toute action, *non licet filio nec liberto patrem & patronum in jus vocare, l. generaliter, de injus vocando*, & le Jurisconsulte en rend cette raison, *meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam partionibus abstringendos ; l. si quando, Cod. de inoffic. testament.* Les enfans remontoient qu'il falloit considerer leur qualité, les personnes d'une condition vile peuvent gagner leur vie par leur travail, ou en apprenant quelque métier ; & quand leurs peres les en ont rendus capables, ils ne sont plus obligez à leur nourriture : mais quand la naissance & la qualité des enfans ne leur permet pas d'exercer la Marchandise ni les Arts mécaniques, le pere n'est pas déchargé de leur nourriture après leur majorité ; *si patrem tuum officio debito provocaveris, paternam pietatem tibi non denegabit, quòd si sponte non fecerit, aditus competens Judex alimenta pro modo facultatum prestari jubebit, l. ult. de alendis liberis.* Cette pressante necessité qui force les enfans à demander ce secours à leurs peres, n'est point contraire au respect qu'ils lui doivent ; si le pere peut être contraint de fournir les alimens à son fils naturel, il les doit avec beaucoup plus de raison à ses enfans légitimes ; c'est une obligation naturelle & réciproque que le pere nourrisse les enfans, & que les enfans nourrissent leurs peres, *non propter hereditatem, sed propter ipsam naturam & leges, quæ & à parentibus alendos esse liberos imperaverunt, & ab ipsis liberis parentes si inopia ex alterutra parte vertitur, l. cum non solum, §. ipsum, de bonis qua liber.* Le pere ayant produit des enfans d'une condition noble, & leur ayant communiqué la qualité qu'il avoit reçûe de ses prédecesseurs, il leur doit aussi communiquer les moiens de la conserver, & ne souffrir pas qu'ils l'abaissent & profanent en quelque sorte par la profession de métiers ou de services indignes de leur origine ; ils peuvent dire ce qui est dans l'Evangile, *fodere non valeo, mendicare erubesco*, & se servir de la résolution du Jurisconsulte, en la l. *cum plures, ff. de administ. tutor.* que le pere comme le tuteur doit fournir des pensions à ses enfans, *non quas minimas potest, sed pro facultatibus & conditione natalium.* Le pere qui avoit consenti que son fils fût nommé Decurion, *sumptus ministrare filio in muneribus & honoribus, compellebatur, l. 17. de muner. & honor.* Par Arrest du 10 de Février 1623. on ajugea aux enfans du sieur d'Angranville-le-Chevalier douze cens livres par an.

Ces alimens que l'on est obligé de fournir *ex officio pietatis*, ne sont dûs que du jour qu'ils sont demandez pour l'avenir, & non pour le passé ; car il y a difference entre les alimens qui sont acquis en vertu d'un contrat, & ceux que l'on n'a droit de demander que *ex officio*, comme par un pere à ses enfans, ou par un mari à sa femme ; pour les premiers l'on a action pour demander tous les arrerages du passé, pour les derniers ils ne sont dûs qu'après avoir été demandez.

Si le pere est obligé de donner pension à ses enfans, quand ils n'ont aucun bien du côté de leur mere.

Difference entre la jouissance des biens de la femme vivante, & celle à droit de viduité après sa mort.

Le tuteur doit fournir des pensions à ses pupilles.

De quel tems sont dûs ces pensions & alimens.

C C C L X X X V.

Jouissance de viduité après l'usufruit fini du bien de la femme.

Si l'usufruit de tout ou partie du bien de la femme appartenoit à autre personne lors de son décès, après icelui usufruit fini, le mari aura la jouissance desdits biens.

Droit de viduité du mari augmenté par le décès de l'usufruitier des biens de la femme.

Cet art. explique une clause de l'art. CCCLXXXII. par laquelle le droit de viduité est rétreint au revenu appartenant à la femme au tems de sa mort; & par cet article on ajoute qu'encore que l'usufruit de tout ou partie du bien de la femme, appartint à une autre personne lors de son décès, néanmoins après cet usufruit fini, le mari aura la jouissance de ces biens-là.

On en peut conclure, que si au tems du mariage le bien du mari étoit chargé de pensions & de rentes viagères, après l'extinction de ces charges le douai-

re de la femme en demurerait exempt; car bien qu'elle ne puisse avoir douaire que sur les biens dont elle auroit trouvé son mari saisi, on peut dire qu'il l'étoit effectivement, puisqu'il en avoit la propriété; c'est par cette raison que l'usufruit des biens dont la femme étoit propriétaire au tems de sa mort étant fini, la jouissance en retourne au mari; *Fruitio differitur quamdiu prior ususfructus durat, quo cessante, & consolidatione facta, mulieris fruitio augetur. Argent. art. 433. gl. 2. n. 7.*

C C C L X X X V I.

Record de mariage.

Au record de mariage qui se fait pour la connoissance du douaire, les parens & amis qui ont été presens audit mariage y sont reçus, & ne peuvent être reprochez.

Record de mariage pour la connoissance du douaire.

C C C L X X X V I I.

En ce record, ce que la plus grande partie recordera est tenu pour prouvé, pourvu qu'ils parlent de certain.

La plus grande partie en fait d'avis préfère la moindre.

Des mariages anciens des Normans.

Ces deux articles sont aujourd'hui presque hors d'usage; ils sont de l'ancienne Coutume, & pouvoient être nécessaires dans ces tems où nos Normans traitoient plutôt verbalement que par écrit. Dans l'ignorance des siècles passés les pactions de mariage ne se rédigeoient que fort rarement par écrit, & cela se faisoit le plus souvent à la porte du Moutier, c'est-à-dire des Eglises, avec fort peu de solemnités, comme nous l'apprenons de la Charte de Jean Roi d'Angleterre, *assignetur vidua pro dote sua tertia pars, nisi de minori dotata sit ad ostium Ecclesie*; & c'est pourquoi on avoit besoin de records de mariage non seulement à l'égard du douaire, mais aussi à l'égard du droit de viduité: Il arrivoit souvent que la femme n'avoit d'autres marques de femme légitime, que celles qui lui pouvoient être communes avec une concubine, & le mari d'autre côté avoit de la peine à montrer que la défunte eût été sa femme; cela procédoit de cette erreur, que *matrimonium solo partium consensu sine publica testatione perficitur*. Il est vrai que par l'ancien Droit Romain le consentement étoit la cause efficiente du mariage & la forme essentielle, *deductio in domum mariti, aqua & ignis intervenit*: Mais ces maximes du Droit ancien sont fort opposées à celles du Christianisme. Tantôt dans le Droit ancien *in libera mulieris consuetudine non concubinitas, sed nuptia intelligebantur*; Tantôt pour juger du mariage on considéroit *an maritalis honor, & maritalis affectio precesserit, personis comparatis vite conjunctione considerata, l. ff. donationes*. Et Theodose en la loi *si donationum, C. de nuptiis*, ordonna que le mariage seroit valable, encore qu'il eût été fait sans aucune pompe, & que les pactions n'eussent point été rédigées par écrit: D'où l'on apprend que les mariages se faisoient *non solum sine publica, sed etiam sine privata testatione, & sola partium consensione*.

Le mariage est de droit divin.

Mais c'est avec raison que le Christianisme a réprouvé cette coutume; aussi le mariage *magis est divini quam humani juris*, & un de nos meilleurs Jurisconsultes le prouve par cette raison, qu'encore que Jesus-Christ & ses Apôtres n'aient fait aucunes loix touchant les choses temporelles, ils en ont fait plusieurs pour les mariages, *Matth. c. 5. & 19. 1. Corinth. 1. Petri, 3. 6. & 7.* Et pour montrer que les cere-

monies de l'Eglise y sont nécessaires, on dit premièrement que le mariage étant de droit divin, il est juste que les Ministres de l'Eglise y soient apelez; en second lieu, que cela sert pour empêcher des mariages inégaux & honteux: On ne peut douter que cette coutume ne soit fort ancienne, comme il paroît par ce celebre passage de Tertullien, *unde sufficiant ad enarrandam felicitatem ejus matrimonii quod Ecclesia conciliat, confirmat oblatio, & obsignatum renuntiant Angeli, & pater rato habet, nam nec in terris filii sine consensu patrum ritè & jure nubant*: Et en la l. *sancimus, Cod. de nupt. Rata sunt tantum matrimonia in quibus accessit nuptiarum festivitas*; & par la Nov. 69. de l'Empereur Leon, *ut Christianorum conjugia sacra & Ecclesiastica precatationis confirmantur testimonio*. Harmonopule témoigne que par les Constitutions Ecclésiastiques les mariages clandestins étoient défendus, & qu'ils devoient être celebrez en face d'Eglise. Et Duaren sur la Rubr. *solutio matrim. ff. c. 2.* a écrit, *Certum esse solemnes quasdam ceremonias moribus olim receptas fuisse, quibus non servatis matrimonium ferè contrahi non solet, & ex Catullo, Plinio, Plutarcho, & aliis discimus. Vide Seld. de uxore Hebr. Ottoman. Quest. illust. q. 16.*

Les cérémonies de l'Eglise sont requises pour les mariages.

Nos deux Commentateurs sont partagez sur cette question, si ces articles ont lieu seulement pour le douaire, ou si l'on peut les étendre aux autres conventions matrimoniales? Un créancier aiant exécuté les meubles de son débiteur, ils furent réclamés par sa femme qui étoit séparée; le créancier soutint qu'elle étoit débitrice de son mari à cause de la donation du tiers de ses biens qu'elle lui avoit faite par son contrat de mariage; elle dénia d'avoir rien donné, ni même qu'il se fût fait de traité de mariage: Le Viconte apointa le créancier à faire preuve de la donation, par tous les parens des deux conjoints qui avoient signé au contrat. Le Bailli cassa la Sentence: Sur l'appel, Morlet pour le créancier disoit que ce qui est décidé pour le douaire par cet article, doit avoir lieu pour toutes les autres conventions suivant l'opinion de Berault, puisqu'il y a même raison; que l'on pouvoit même faire cette preuve par d'autres témoins, offrant prouver suivant l'article DXXVIII. que le contrat avoit été vu, tenu & lu. Lucas pour la femme répon-

Si le record du mariage a lieu pour les autres conventions matrimoniales?

doit que cet article étoit entierement contraire à la prétention de l'apelant ; car ne parlant que du douaire , il a exclus la preuve pour le reste, *affirmatio unius est exclusio alterius* : Et d'ailleurs par ledit article , l'on ne reçoit les preuves que pour les contrats reconnus : Par Arrest en la Chambre de l'Edit, du 7 de Mai 1653. la Cour en réformant la Sentence du Bailli , ordonna que celle du Viconte seroit exécutée : Et par autre Arrest du 2 d'Août 1650. au raport de M^r de la Bazoge , entre Robert Marest & Louïs du Prey , il fut jugé que le record de mariage se pouvoit faire pour toutes les conventions & pour la dot aussi-bien que pour le douaire : Il est vrai qu'il n'y avoit eu aucun traité de mariage par

écrit , mais de simples promesses verbales ; Et depuis en la Grand' Chambre cette question s'étoit présentée , si le contrat de mariage aiant été rédigé par écrit , & aiant été perdu , l'on admétroit le record pour la dot ? La question fut partagée au raport de M^r Châlon , le premier de Juillet 1659. la plus commune opinion des Juges étoit que le record ne se devoit faire que pour le douaire , & non pour la dot : ce qui paroît plus conforme aux paroles de l'art. CCCLXXXVIII. & il seroit d'une conséquence tres-perilleuse d'admettre ces records pour la dot & pour les autres conventions matrimoniales , lorsque le contrat de mariage a été rédigé par écrit.

Si le record de mariage doit être admis pour la dot , lorsque le contrat de mariage a été rédigé par écrit ?

CCCLXXXVII.

Contre-lettres & preuves outre le traité.

Et si les acords de mariage sont portez par écrit , nul ne sera reçu à faire preuve outre le contenu en iceux , & toutes contre-lettres qui se sont faites au déçû des parens presens audit mariage , & qui l'ont signé , sont nulles , & n'y aura-t'on aucun égard.

Preuve & contre-lettres non recevables contre les acords de mariage portez par écrit.

On peut induire de cet article , que les deux précédens n'ont lieu que quand les pactions du mariage n'ont été arrêtées & conclues que verbalement ; cet article défendant toutes preuves lorsque les acords sont portez par écrit , on n'est plus recevable à les contester , ni d'en empêcher l'exécution , quoi qu'on puisse alléguer au contraire.

La Coûtume de Paris en l'art. 258. s'est exprimée en ces mêmes termes : La faveur des contrats de mariage a été le motif de ces dispositions ; les pactions en doivent être inviolables , sans pouvoir être éludées par des contre-lettres ; les enfans ne peuvent être frustrés des avantages sous l'esperance desquels ils sont nez. On a particulièrement prévu que la passion aveugle des jeunes gens leur feroit tout promettre ; ce seroit en vain que leurs parens conserveroient leurs interêts , si l'on pouvoit rendre leurs précautions inutiles par des contre-lettres qu'on obtiendrait aisément d'eux , *expers est judicii amor , non rationem habet , non sanitatem* : & *Quintil. Magni affectus jura non spectant.*

Ce que c'est qu'une contre-lettre.

Pour comprendre le sens de cet article , il faut définir ce que la Coûtume entend par une contre-lettre. On appelle une contre-lettre tout ce qui va contre la substance ou la teneur du contrat de mariage , qui en détruit les clauses , qui les altere , les diminue , ou y déroge ; en un mot c'est contre-lettre , *quando clandestinis ac domesticis fraudibus aliquid confingitur , vel id quod jure gestum est , aboletur* ; l. 27. C. de donat. Et en quelque tems que les contre-lettres de cette qualité soient faites , elles sont nulles , soit avant ou depuis le mariage.

Cette définition est véritable , & néanmoins il se rencontre beaucoup de difficultés dans l'usage & dans l'exécution de cet article ; car quoi que la Coûtume ait déclaré généralement nulles toutes les contre-lettres qui sont faites au déçû des parens , on prétend qu'elles sont valables en plusieurs rencontres.

Quand les contre-lettres ont leur effet.

Premierement , la Coûtume ne réprouvant les contre-lettres que quand elles sont faites au déçû des parens , suffit-il pas pour les rendre valables que les parens de celui qui fait quelque don ou avantage par cette contre-lettre , y soient presens , quoi que les parens de celui qui en profite n'y soient point ? Il semble que c'est satisfaire à l'intention de la Coûtume , que d'apeler les parens qui auroient interest de s'y opposer ; car ils n'ont pas sujet de se plaindre que la contre-lettre soit clandestine , étant faite en leur présence & de leur consentement , & les parens de celui qui reçoit la donation n'ont pas droit de soutenir que leur présence fût nécessaire , puisqu'il ne se passe rien au préjudice de leur parent. Aussi Brodeau sur Louët , l. C. n. 28. & Ricard , Coûtume de Paris , art. 258. citent

un Arrest qui a déclaré cette contre-lettre valable.

En second lieu , on a formé la question , si la contre-lettre pouvoit servir contre celui qui l'a baillée ? Car pour la femme & les enfans , c'est une maxime incontestable , que toute contre-lettre qui altère ou diminue leurs droits , & qui déroge au contrat de mariage , est entierement nulle.

Les contre-lettres qui préjudicient la femme & les enfans , sont nulles.

Nôtre jurisprudence moderne est contraire à l'ancienne ; on tenoit autrefois que la Coûtume avoit condamné sans distinction toutes contre-lettres , & même que celle d'un fils en faveur de son pere étoit nulle , & ne lui faisoit aucun préjudice. Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre , le 9 de Juillet 1637. pour Pierre Claret Ecuier , sieur de la Roque , pour lequel je plaïois , contre Jacques Claret Ecuier , sieur de Fontaines son fils. Le sieur de la Roque avoit promis deux cens livres de rente à son fils en le mariant , & le jour précédent le fils avoit donné un écrit à son pere , par lequel il promettoit de ne lui demander point cet avancement : il ne laissa pas toutefois d'y faire condamner son pere , lequel en aiant apelé , je disois pour lui qu'il est toujours odieux de manquer à sa parole ; mais qu'on ne peut sans impiété violer la promesse qu'on a faite à un pere. Cette espèce de contre-lettre n'est point contre l'intention de la Coûtume , elle a voulu prévenir les mauvais effets d'un amour fol & excessif ; mais il ne tombera dans la pensée de personne qu'elle ait interdit à un enfant de ne se prévaloir pas avec rigueur de l'amour & du soin extrême que son pere lui a fait paroître pour son avancement : Si pour trouver un parti avantageux à son fils , un pere n'a point fait difficulté de promettre & de s'engager au-delà de ses forces , dans la confiance qu'il a eue de sa gratitude & de sa bonne foi , on ne doit pas autoriser la perfidie d'un ingrat , qui abuse de la bonne volonté que son pere lui a témoignée ; & comme vrai-semblablement le pere ne lui a fait un avancement considerable que pour épouser une femme riche , il est suffisamment récompensé de la remise qu'il fait à son pere , par les avantages qui lui reviennent de ce mariage. Coquerel pour le fils répondoit , que puisque toutes contre-lettres qui diminuent ou qui dérogent aux conventions du mariage , sont absolument réprouvées , celle qu'un fils donne à son pere pêche en ce point comme toutes les autres ; car bien qu'on renonce à s'en prévaloir contre la femme & les enfans , ils ne laissent pas d'en recevoir du préjudice quand elles subsistent contre le mari ; s'il ne remettoit pas l'avancement qui lui est fait , cet usufruit accroît son bien ; il en feroit des acquisitions , ainsi la condition de la femme & des enfans en devient meilleure ; & il est toujours vrai de dire que la femme est toujours déçûe , & que cette espèce

Si la contre-lettre baillée par le fils en faveur de son pere , est valable.

de contre-lettre ruine le véritable motif de la Coutume ; & bien que le mari soit le maître des fruits, & qu'il puisse renoncer à ses droits, cela ne peut avoir lieu lorsqu'il le fait par la force d'une contre-lettre exigée contre la prohibition de la Coutume : & sur ces considérations on confirma la Sentence, nonobstant l'alégation que faisoit le pere de son impuissance de paier ce qu'il avoit promis.

Il fut encore jugé de la sorte pour Claude Guerin Ecuier, sieur d'Arcambourg, contre Tenneguy Guerin sieur de Tourville son pere, au préjudice des promesses portées par son contrat de mariage. Son pere l'avoit engagé à paier quelques rentes, ce qu'il fit pendant quelques années : enfin il obtint des lettres de récision, & par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 16 de Novembre 1648. les lettres furent enterinées, & le sieur d'Arcambourg déchargé du paiement des rentes. Il se trouve encore un Arrest précédent, du 14 d'Aoult 1631. entre Gautier & David, plaidans Baudry & Gyot ; les parens de la femme étoient intervenus en la Cause ; & cette maxime étoit si bien établie en Normandie, qu'une contre-lettre pour le don mobil fut déclarée nulle, par un ancien Arrest du cinquième d'Aoult 1539. entre de Vieuxpont & le Roux ; *Car, dit l'ancienne Coutume, ce qui est promis au mariage doit être fermement entretenu, & c'est proprement contre-lettre, quand tout le contenu du contrat de mariage n'a été païé, & quand le mari a baillé acquit sans en être païé, soit avant ou depuis le mariage* : cet Arrest néanmoins n'est pas juste, le don mobil étant promis souvent pour honorer le traité de mariage ; quoi qu'il en soit le mari peut le remettre, & l'on n'en doute pas au Palais. Cependant contre cette jurisprudence qui déclaroit nulles les contre-lettres baillées par le fils à son pere, sur la simple proposition de la question en une Audience du 15 de Juillet 1659. on jugea que la contre-lettre baillée par un fils étoit bonne ; & le frere qui gagna la Cause, la trouvoit si mauvaise que son Avocat refusoit de la plaider : les parties étoient Floccel & Henri des Vaux, plaidans Dehors & Greard. On ajoûta que c'étoit sans préjudice des droits de la femme & des enfans. Autre Arrest du 21 de Mars 1666. en la Grand'Chambre, au raport de M^r du Houllay, entre Michel Breant apelant du Bailli de Roüen, contre Michel Breant son fils, la Sentence du trentième de Juillet 1660. fut cassée, & en réformant & faisant droit sur les lettres de récision obtenues par le fils, on mit les parties hors de Cour, & que la contre-lettre auroit lieu : On se fonda sur cette raison, que cet article se doit entendre des contre-lettres qui se donnent au préjudice de la femme & des enfans, mais à l'égard des personnes contractantes elles ont la même force que tous les autres contrats. Et par un Arrest remarqué par Brodeau, l. C. n. 28. une contre-lettre par laquelle le gendre auroit retrocédé à son beau-pere la jouissance sa vie durant des fruits d'un heritage par lui baillé en dot à sa fille, fut déclarée bonne à son égard, & qu'elle tiendrait sa vie durant, parce que le mari étoit maître & seigneur des fruits, & qu'il étoit loisible à un majeur de renoncer à ses droits, & que toute personne doit maintenir sa parole : mais ces raisons ne me semblent pas décisives, le mari pouvant bien disposer des fruits à sa volonté ; mais on ne présume pas qu'il ait agi librement lorsqu'il a donné cette contre-lettre pour parvenir à son mariage, ce qui excuse le reproche d'ingratitude ou d'infidélité qui pouroit lui être fait : & d'ailleurs étant déclarée nulle par la Coutume, elle ne peut produire d'effet, *l. ubi lex ; D. de fidej.* Aussi dans le Journal des Audiences on trouve un Arrest par lequel une remise faite, par un fils par son Testament à ses pere & mere des intérêts de la somme qu'ils lui avoient promise en mariage, fut déclarée nulle, & on considéra cette disposition comme un témoignage d'une tacite contre-lettre entre

les pere & mere & leur fils, qu'il ne leur demanderoit rien de son vivant de la somme par eux promise.

Autre Arrest sur ce fait : En l'année 1639. Philippe Chedeville avoit marié son fils à Marie Dehors, & lui avoit donné cinq cens livres de rente à prendre sur le bien de sa mere ; mais par une contre-lettre le fils se contenta à une moindre qui lui appartenoit au bien de sa mere : après la mort de ce fils Marie Chedeville sa fille fut mise en la tutelle de son aieul, & après sa majorité elle lui demanda les arrérages des cinq cens livres de rente, autant qu'il lui en appartenoit. Elle se fonda sur cette raison, que son aieul ne pouvant contester le droit de sa mere, parce que la contre-lettre baillée par son mari ne lui pouvoit nuire, il ne pouvoit pareillement empêcher l'effet de ses conclusions ; qu'après tout sa défense étoit défavorable, puisqu'il avoit avancé ses autres enfans de six cens livres de rente, & qu'il n'avoit quitte audit Jean Chedeville son fils aîné que la moitié du bien de sa mere : l'aieul lui oposoit la contre-lettre qu'il avoit de son fils, & les Arrêts qui ont déclaré ces contre-lettres valables ; qu'elle étoit heritiere de son pere, & par conséquent obligée de garder ses faits : Par Arrest au raport de M^r de Fermanel, du 23 Avril 1663. on jugea que la contre-lettre baillée par le fils à son pere, n'étoit valable au préjudice de ses enfans, quoi qu'ils fussent héritiers de leur pere. Sur la Requête civile qui fut obtenue contre cet Arrest par l'aieul, la Cour, au raport de M^r de Ronfeugere, mit les parties hors de Cour. L'Arrest donné pour le sieur Baron Medecin, sembloit donner quelque atteinte aux Arrêts précédens. Le sieur Baron pere avoit fait des avancemens à tous ses enfans, & quelque tems après avoir marié son fils aîné, il l'obligea de se contenter à quatre cens cinquante livres de rente, au lieu des cinq-cens livres qu'il lui avoit promis ; mais lorsqu'on lui avoit païé les quatre cens cinquante livres de rente, il s'étoit réservé à demander les arrérages des cinquante livres restans des cinq cens livres : Par Sentence des Requêtes du Palais, vû la contre-lettre, on l'avoit debouté de son action ; sur son apel, par Arrest du 5 de Février 1664. en l'Audience de la Grand'Chambre, on lui ajugea 500 liv. pour lesd. arrérages. Il paroissoit que ses freres avoient été avancez de pareilles sommes dont ils avoient été bien paiez, ce qui rendoit la Cause favorable, & la tiroit en quelque sorte de la question generale.

On peut mettre au nombre des contre-lettres tout ce qui se fait depuis le contrat de mariage jusques aux épousailles. Avoye Potier qui avoit quatre enfans d'un premier lit, dans l'intervale de la signature du contrat de mariage avec le sieur Forestier, & des épousailles, avoit fait une donation de cent cinquante écus de rente fonciere à Jean le Forestier son fiancé ; par Arrest en l'Audience, du 16 de Janvier 1626. cette donation fut cassée : on la réputa comme une contre-lettre ou promesse hors le contrat, parce que si la femme avoit eu dessein de donner, elle avoit dû le faire en la presence de ses parens & amis, ces sortes de pactions ne pouvant valoir si elles ne sont faites *in continenti, l. quoties, solut. matr.* La même chose fut jugée depuis entre le sieur de Mathan-Pierrefite, aiant épousé Louïse de Moges veuve de M^r de Raslent Conseiller en la Cour, & M^r le President du Tronc, le 9 de Septembre 1627.

Pour confirmer que l'on ne reçoit point de preuves quand les acords sont portez par écrit, voici un Arrest qui l'a jugé de la sorte. En l'année 1644. Everard Concierge des Bûvettes du Palais épousa une veuve nommée Heurtemate ; par le contrat de mariage cette veuve lui apportoit seize mille sept cens livres, dont il y en avoit six mille livres pour la dot, & ce contrat sous signature privée fut depuis reconnu en la Viconté de Roüen : cette femme après la mort de son mari prétendit qu'il y avoit un autre contrat de mariage, qui contenoit que la dot étoit de huit mille

Arrest, que la contre-lettre baillée par le fils à son pere, n'est valable au préjudice de ses enfans, héritiers même de leur pere.

La contre-lettre baillée pour le don mobil est valable.

Arrest qui a déclaré valable la contre-lettre baillée par le gendre à son beau-pere, portant rétrocession de la jouissance à vie, de l'heritage par lui baillé en dot à sa fille.

Les preuves ne sont point reçues contre les acords de mariage portez par écrit.

livres; & pour le justifier elle representoit des copies qu'elle avoit fait collationner par des Secretaires & des Tabellions, & des protestations qu'elle avoit faites contre les mauvais traitemens de son mari, pour l'obliger à rendre ce contrat, & lui en signer un autre qui contenoit seulement six mille livres pour la dot; elle vouloit prouver aussi que ce contrat avoit été tenu, vû & lû, & pour cet effet elle avoit fait enterminer des lettres d'examen à futur devant le Viconte de Roüen; sur l'apel des heritiers devant le Bailli; il avoit été dit que faute par elle d'inscrire en faux, elle étoit évincée de son action: Sur son apel, elle obtint incidemment des lettres de restitution contre sa signature, & prétendit que vû sa protestation & les copies qu'elle representoit, elle étoit recevable à la preuve de ses faits: Les heritiers soutenoient qu'elle n'y pouvoit être admise que par l'ins-

cription en faux; qu'il étoit inutile de se relever, parce que tant qu'elle n'inscriroit point contre la signature d'un Officier, l'acte passeroit pour véritable, & par cette raison il n'y auroit aucun prétexte à la recevoir en preuve contre la vérité d'un contrat; que ces copies n'étoient pas considérables, ceux qui les avoient collationnées ne connoissans pas si c'étoit le fait du mari; & il seroit d'une périlleuse conséquence de recevoir des preuves de cette nature, une femme artificieuse ne manqueroit pas de pareilles pièces & de protestations, pour prétendre ensuite qu'il y auroit un autre contrat: Sur l'apel, lettres de relevement & principal, la Cour mit les parties hors de Cour, par Arrest en la Grand'Chambre, du sixième de Mai mil six cens soixante & un; plaidans Theroulde pour la veuve, Greard & le Bourgeois pour les heritiers.

CCCLXXXIX.

Femme n'a communauté avec le mari.

Les personnes conjointes par mariage ne sont communes en biens, soient meubles ou conquêts immeublés, ains les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari.

En Normandie il n'y a point de communauté entre gens mariez.

La communauté de biens reçue dans presque toutes les Provinces de France.

Cet article est contraire à la plus grande partie des Coutumes de France. Il est mal-aisé de découvrir d'où procède cette diversité, & d'où vient qu'en Normandie on n'admet point la communauté entre gens mariez, quoi qu'elle soit reçue dans toutes les Provinces voisines.

Si la communauté entre gens mariez n'avoit point lieu dans la plupart des Provinces de France, on en trouveroit aisément la cause; car les Gaules aiant été si long-tems soumises à l'Empire Romain, & suivant les loix de ce peuple, la ne se contractant point de communauté entre le mari & la femme, sans une convention expresse, *l. alimenta 16. §. fin. D. de alim. & cibar. leg. l. cum hic status, §. si inter 24. D. de donat. inter viri & uxor.* Duaren, en sa Préface sur le titre *D. solut. matr. D. cap. de Nupt.* De la Lande, sur la Coutume d'Orleans, titre premier de Communauté; & au contraire sans cette convention chacun d'eux aiant les facultés distinctes & séparées, il ne paroîtroit pas étrange que les Gaulois ou par force ou par complaisance eussent imité les loix de leurs maîtres; & c'est pourquoy encore aujourd'hui dans les Provinces de ce Roiaume qui gardent le Droit Romain, la communauté entre le mari & la femme n'est point en usage. Il est vrai semblable que ces Provinces aiant souffert plus long-tems que les autres le joug de la domination Romaine, les loix de cet Empire y furent un établissement plus durable.

Dans les Coutumes qui gardent le Droit Romain la communauté de biens n'est point en usage.

De la communauté de biens parmi les Alle-mans.

Plusieurs ont crû que les François aporteroient cet usage dans les Gaules. Les Allemans, dit Tacite, *de Morib. Germ.* traitoient leurs femmes avec beaucoup de respect: *Memoria proditum quasdam acies inclinatas jam & labantes, a foeminis restitutas constanti aspectum, & objectu corporum, monstrata cominus captivitate, quam longè impatientius foeminarum suarum nomine timent.* La maniere dont ils contractoient leurs mariages, fait en quelque sorte la preuve qu'il y avoit une société de toutes choses entre le mari & la femme: *Dotem non uxor marito, sed maritus uxori adfert; & venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in praelio ausuram: hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data arma denuntiant, accipere se que liberis inviolata ac digna reddat, que natus accipiat, rursusque ad nepotes deferant: Andegisus, de legibus Francorum & Ripuariorum, l. 4. c. 9.* On apprend neanmoins par plusieurs Auteurs que la femme n'avoit pas la moitié; *Uxor defuncti mariti accipit tertiam partem collaborationis.* En effet par l'ancien usage de France la communauté n'aqueroit à la femme que la troisième partie du bien. Loysel, en ses

Instit. Coût. tit. de la Communauté, art. 8. *Mari & femme sont communs en tous biens meubles & conquêts immeubles; au lieu que jadis elle n'y prenoit qu'un tiers.* Et par les loix des Bourguignons, tit. 74. c. 3. s'il ne restoit qu'un fils du mariage, elle prenoit le tiers des biens de son mari; s'il y avoit deux, trois ou plusieurs enfans, elle ne prenoit que le tiers, à condition toutefois qu'après la mort tout le bien retournoit à ses enfans: Et dans les loix Ripuaires, tit. 29. *Mulier tertiam partem de omni re quam conjuges simul collaboraverint, studeat evendicare.* Nous avons dans Marculphe, l. 2. c. 17. & dans les Capitulaires de Charlemagne plusieurs preuves, que sous la premiere & seconde Race la femme ne prenoit que le tiers aux acquisitions faites constant le mariage: Les droits des femmes furent beaucoup augmentez sous la troisième Race; elles ont en vertu de la communauté non seulement la moitié aux conquêts, mais aussi la moitié aux meubles; & c'est pour cette raison que les Docteurs étrangers appellent le droit de Communauté la Coutume de France.

En Normandie il ne s'est fait aucun changement en faveur des femmes. Nous avons retenu en quelques lieux l'ancien usage de la France, de ne donner que le tiers des conquêts à la femme, sans admettre aucune autre communauté. En quelques endroits plus voisins de la France, quoi que la communauté n'y ait pas été introduite, on a souffert toutefois que la femme eût la moitié aux conquêts; mais nonobstant ces usages particuliers pour les conquêts, c'est une loi generale par toute la Province sans aucune exception, que les personnes conjointes par mariage ne sont point communes en biens, & toutes nos maximes sont directement opposées au droit de communauté, ce qui paroitra par cet exemple. Un pere donna cinq mille livres pour le mariage de sa fille, & la mere à l'insçu de son mari promit encore mille livres à son gendre: Le pere en aiant eu connoissance, lorsqu'il fut sommé de paier les cinq mille livres, il interpella son gendre de reconnoître qu'il avoit reçu cette somme de mille livres; mais pour son refus de vouloir répondre précisément, par Arrest au raport de M^r Buquet, du troisième d'Avril 1677. il fut permis au pere d'en faire la preuve, tant par témoins que par Censures Eclésiastiques; l'Arrest fondé sur cette raison, que le mari étant le maître absolu de ses meubles, la femme n'en peut disposer en aucune façon, & ce qu'elle en prend sans le consentement de son mari, est une espèce de larcin, *est enim contrectatio rei aliena invito domino*, & pour la réparation de

Des droits des femmes aux acquisitions, pendant les trois Races des Rois de France.

En Normandie le mari est le maître de ses meubles, & la femme n'en peut disposer.

cette soustraction, il peut exercer l'action *rerum amotarum*.

Du partage des meubles en Angleterre entre la veuve & les héritiers du mari.

Ce qui s'observe en Angleterre fait une preuve de l'antiquité de nos Coutumes & de nos Usages. Tous les meubles de quelque nature qu'ils soient appartiennent au mari, & la veuve n'y prend point de part, s'il ne lui en a fait quelque donation par son Testament; mais dans Londres & dans les autres grandes Villes les meubles se divisent en trois portions, un tiers pour la veuve, un autre tiers pour les enfans, & le surplus pour les funérailles. Il est aparent qu'ils ont gardé nôtre ancienne Coutume.

Quoi que cet article semble bannir toute communauté entre les personnes conjointes par le mariage, néanmoins la Coutume dans l'art. CCCXXIX. & suivans établit une espèce de communauté pour les héritages qui sont situez en bourgage & dans le Bailliage de Gisors, & il est vrai de dire qu'à l'égard de ces lieux la différence n'est que de nom; car ce que la Coutume de Paris appelle communauté, celle de Normandie l'appelle conquêt; mais il n'y a presque point de différence dans le droit que la femme a tant que le mariage dure, & le droit que la femme a dans l'une & dans l'autre Coutume après le décès du mari.

Du droit de conquêt appartenant à la femme dans le Bailliage de Gisors.

Le droit que l'une & l'autre Coutume donnent à la femme pendant la vie du mari est foible & débile, il est incertain, *nec exit in actum nisi in puncto dissolutionis matrimonii*; parce que le mari est le maître & le seigneur de tous les acquêts pendant tout le cours du mariage, il peut les vendre & les donner, *etiam in vita & in sciâ uxore*: après la mort du mari la femme a part aux conquêts, & si l'on s'attache aux termes de l'art. CCCXXXI. l'on peut soutenir que le droit que la femme a aux acquêts est plus puissant & plus certain en Normandie que dans la Coutume de Paris; car l'art. CCCXXXI. donne à la femme une propriété aux conquêts, même durant la vie du mari, *le mari doit jouir par usufruit sa vie durant de la part que la femme a eue en propriété aux conquêts par lui faits constant leur mariage*: or la femme décédée ne peut avoir eu propriété dans cette part, si elle ne l'a eue du vivant de son mari, & l'article suivant se sert de ce même terme de *propriété*.

En quelle qualité la femme prend part aux conquêts en Normandie.

Nonobstant ces raisons il est certain qu'il n'y a point de communauté en Normandie, & la part que la femme prend dans les conquêts lui appartient plutôt en qualité d'héritière que de commune; le droit de conquêts est beaucoup moindre que celui de communauté; elle n'y a rien en propriété que dans une tres-petite étendue de la Normandie, & c'est une Coutume locale pour les bourgades & pour le Bailliage de Gisors; mais dans les six autres Bailliages de la Province elle n'a qu'un simple usufruit, qui ne consiste qu'au tiers, à l'exception du Bailliage de Caux, où elle a la moitié par usufruit; & à l'égard des meubles qui entrent dans la communauté, la femme n'y a que le tiers quand il y a des enfans. Il faut encore remarquer que dans les lieux où la communauté est reçue, les héritiers de la femme entrent en possession & jouissance de la part qu'elle avoit en la communauté; mais en Normandie les héritiers de la femme qui est décédée avant son mari, n'ont pas le même avantage, car le mari jouit durant sa vie de la part qui est acquise à la femme après son décès; & bien que par les termes de l'art. CCCXXXI. il semble que la femme ait eu quelque propriété aux acquêts constant le mariage, l'on répond que ce droit étoit en suspens & comme endormi pendant la vie du mari, qui ne lui a été pleinement acquis & assuré que *in puncto dissolutionis matrimonii*.

La différence de nôtre Coutume d'avec celle de Paris & des Provinces voisines fait naître souvent de grandes & difficiles contestations touchant l'effet & l'exécution de la communauté, lorsqu'elle est stipulée par un contrat de mariage passé à Paris avec une personne originaire de Normandie, & lequel y a son

domicile ordinaire & ses biens.

Nos maximes sur ce sujet ne sont pas moins opposées que nos Coutumes: On apprend par les Arrêts de M^r Louët, l. C. n. 15. qu'autrefois on révoquoit en doute si la communauté d'entre le mari & la femme devoit se régler par la Coutume du domicile que le mari avoit lors du mariage contracté, ou du domicile que le mari avoit lors de la dissolution du mariage: mais que l'on avoit jugé que la communauté se régloit par la Coutume du lieu où les conjoints étoient demeurans lors du mariage contracté, & avoient leur domicile ordinaire, quoi qu'ils viennent par après à changer de demeure, & cela a été confirmé par plusieurs Arrêts.

Mais à l'égard des immeubles, l'on demande si les Coutumes ne sont pas réelles, & si la question de savoir s'ils entrent dans la communauté, ne se règle pas suivant la disposition de la Coutume de leur situation? Ricard, sur l'article 220. de la Coutume de Paris; dit que Charondas & les autres Commentateurs de la Coutume de Paris, sur cet article, tiennent l'affirmative, mais qu'ils se sont abusés, les Arrêts aiant jugé le contraire, & notamment celui du 29 de Mars 1640. qui est celui rapporté par du Frêne en son Journal d'Audiences, l. 3. c. 26. de l'édition de l'année 1652. & que cela est tres-raisonnable, vû qu'autrement il seroit en la faculté du mari de priver la femme des effets de la communauté, en faisant des acquisitions en des lieux où la communauté ne seroit pas admise.

C'est une jurisprudence certaine au Parlement de Paris, que les filles ou veuves domiciliées à Paris en contractant mariage avec des personnes de Normandie, peuvent stipuler une communauté de biens & les faire renoncer à leurs Coutumes, avec submission à celle de Paris, & élection de domicile perpétuel; & irrévocable; & qu'en vertu de ces pactons la Coutume de Normandie bien que réelle & contraire, sera forcée de suivre la loi de cette convention personnelle.

Les Auteurs qui ont traité cette matière confirment leur maxime par ces raisons, que la Coutume de Normandie n'a de puissance que sur ceux qui contractent & qui se marient dans son territoire; que les Coutumes sont réputées réelles en ce qui dépend de la simple disposition de la Coutume, & non lorsqu'il se rencontre de la disposition de l'homme, auquel cas elle empêche la réalité, faisant valoir sa disposition par dessus celle de la Coutume; qu'il ne faut pas considérer les Coutumes où sont les choses acquises, mais le lieu où le contrat de mariage a été passé, qui a réglé la communauté & le domicile actuel des contractans, & qu'il n'a pas été en la liberté du mari de détruire l'effet de la communauté par un changement de domicile.

Pour la donation mutuelle de tous les biens, du Moulin en son Conseil 53. a soutenu que cette donation de tous biens, *tam questitorum, quam quarendorum*, en quelques lieux qu'ils fussent situez, étoit valable, nonobstant les Coutumes contraires, parce que ces conventions étoient personnelles & non réelles.

En Normandie l'on soutient au contraire, que chaque Coutume doit être maîtresse dans son territoire, & que les conventions des particuliers n'en peuvent changer la disposition, autrement elles deviendroient illusoires, & dépendroient du caprice des particuliers, s'il étoit en leur pouvoir de les annuler en contractant seulement hors son étendue; que ce qu'il y a de personnel, peut être exécuté sur les biens situez au lieu où la convention a été faite, mais on ne peut la faire valoir sur les immeubles, lorsque la Coutume du lieu s'y oppose expressément; car il n'est pas raisonnable que la disposition de l'homme l'emporte sur celle de la loi: Il est vrai que le mari peut ruiner l'effet de la communauté, en faisant des acquisitions

La communauté se règle pour les meubles par la Coutume du domicile des conjoints lors du mariage contracté.

Si les immeubles entrent en la communauté, & s'ils se régulent par la Coutume de leur situation?

De la réalité des Coutumes, à l'égard des contrats de mariage, & autres.

tions en des lieux où la communauté n'est point admise : mais peut-il pas pareillement ruiner la communauté en dissipant son bien ? de sorte que comme par la simple stipulation de la communauté le mari ne laisse pas de demeurer le maître de la communauté, & d'en disposer à sa volonté, il peut aussi acquérir en tels lieux qu'il lui plaît ; & ces acquisitions consistant en choses réelles, on ne considère plus les conventions du contrat de mariage ni l'obligation personnelle, mais la demande & l'exécution qui s'en fait sur une chose réelle, où la femme ne peut rien avoir que suivant la Coutume de la situation des héritages. Il ne s'agit pas d'une simple hypothèque, mais de la propriété de la chose, qui ne peut être acquise qu'en vertu d'un contrat qui soit approuvé par la loi, ce qui rend la convention quant à l'effet & à l'exécution purement réelle, & non simplement personnelle. Il est certain que ces questions se décident différemment selon les lieux où elles sont jugées ; chaque parti fait valoir la Coutume de son pays, ce qui a fait dire à Tronçon qu'il faut se donner garde d'en plaider à Rouen, parce que l'on y jugeroit selon la rigueur de la Coutume de Normandie.

Comment se régle la communauté, quand elle est stipulée par un contrat de mariage passé à Paris avec une personne de Normandie qui y a son domicile & ses biens.

Pour concilier & pour approcher autant qu'il se peut des maximes si opposées, on pourroit faire ces distinctions : La première, entre les personnes ; la seconde, entre les biens ; & la dernière, entre la communauté & les donations mutuelles. Pour les personnes, lorsque ceux qui ont toujours leur domicile à Paris & lesquels y ont contracté mariage avec stipulation de communauté, viennent à changer leur demeure, soit à raison de leurs emplois, ou par quelque autre considération, il paroît juste que tout l'effet de la communauté ne soit pas ruiné par ce changement ; car l'on ne peut dire à leur égard qu'ils aient eu le dessein de faire fraude aux Coutumes qui ne détruisent point la communauté, parce qu'ayant toujours actuellement demeuré à Paris, ils ont contracté selon la loi de leur domicile, & c'est en cette espèce que les Arrêts rapportez par Bacquet, des droits de Justice, chapitre 21. Loüet, l. C. n. 15. & 16. ont été rendus. Il n'en est pas de même de ceux qui n'ont point de demeure à Paris, & qui n'y ont contracté qu'un domicile momentanée & passager ; ils ne peuvent se soustraire à la loi de leur domicile, ni à la Coutume des lieux où leurs biens sont situés, pour ruiner sa disposition par des pactes qui lui sont contraires, & la femme qui contracte avec un mari de cette qualité, ne peut être dans la bonne foi, lorsqu'elle stipule des avantages prohibez par la loi du lieu où les biens sont assis, & qu'elle épouse un mari qui a l'esprit du retour, quelque déclaration contraire que l'on exige de lui.

Quant aux biens il faut mettre de la différence entre les biens que le mari possédoit lors du contrat de mariage, & ceux qu'il acquiert pendant la communauté ; & pour savoir ce que la femme y peut prétendre, il faut en même tems distinguer entre les donations mutuelles & la communauté : Pour les biens dont le mari étoit saisi lors du mariage, il n'est point en sa puissance d'en disposer contre la Coutume des lieux : Par exemple, bien que par la Coutume de Paris le douaire coutumier soit de la moitié, il ne peut promettre que le tiers sur les biens de Normandie ; de même les donations mutuelles qui sont permises par la Coutume de Paris, ne peuvent subsister pour les biens de Normandie où ces donations sont défendues : Il est vrai que du Moulin en son Conseil 53. a soutenu la validité de ces donations en quelque lieu que les biens soient assis, mais il se fonde sur des raisons foibles, & qui ont été fort bien réfutées par Mr d'Argentré en combatant son opinion, art. 218. gl. 26. n. 33. Et en effet, si le consentement & la convention des contractans pouvoient avoir la force & la vertu de détruire les Coutumes, elles seroient entièrement illusoires ; & leur autorité seroit méprisa-

Des donations mutuelles faites à Paris, de biens situés en Normandie.

ble si elles étoient forcées de céder à la disposition de l'homme : Cependant puisque chaque Coutume a la puissance de régler les choses qui sont dans son étendue, on ne peut l'alterer ou la renverser en passant des contrats ailleurs que dans son territoire. C'est une convention purement réelle, puisque l'exécution ne s'en fait que sur la chose, & non point contre la personne. Aussi l'on a si bien prévu cette vérité, que pour faire valoir ces sortes de conventions on fait renoncer aux Coutumes, on stipule une élection de domicile perpétuel & irrévocable, & une soumission expresse à la Coutume & à la Jurisdiction de la Prevôté de Paris. Toutes ces précautions ne seroient point nécessaires si la seule convention étoit suffisante : Aussi la loi *exigere dotem, de judic.* est contraire, mais il y a quelque différence pour les acquisitions faites pendant la communauté ; comme l'on ne doute point qu'un Normand en se mariant à Paris ne puisse valablement contracter une communauté, il semble qu'on ne peut & ne doit rien faire qui préjudicie à l'effet ordinaire de la communauté, soit en changeant de domicile, ou acquérant en des lieux où elle n'est point approuvée ; car alors l'action de la femme peut être considérée comme personnelle, pour avoir violé la foi de leur convention matrimoniale ; de sorte que la part qu'elle prend aux conquêtes de Normandie, n'est pas tant à droit de communauté que comme un dédommagement ; & conformément à cette raison il a été jugé en cette Province, par Arrêt du 19 de Mars 1620. que suivant la clause d'un contrat de mariage, par laquelle le mari s'obligeoit d'employer mille écus en héritages qui seroient communs, & le mari ne l'ayant pas fait, ses héritiers étoient tenus de paier à la femme la moitié de cette somme : mais pour se servir de cette raison, il faudroit que ce mari eût un domicile actuel & ordinaire à Paris, & non un domicile passager & momentanée ; car quand il n'a point d'autre domicile que celui qu'on lui fait élire par le contrat, quelque soumission qu'il fasse à la Coutume de Paris, quoi qu'il renonce & déroge à la Coutume de Normandie, il est toujours vrai de dire que l'on fait contracter une communauté à un homme actuellement demeurant en Normandie.

Je sai bien que les Commentateurs de la Coutume de Paris objectent qu'encore que les Coutumes soient réelles, elles sont contraintes & nécessitées de suivre la loi de la convention personnelle, qui emporte la réelle comme la plus noble, & que les Coutumes ne sont réputées réelles qu'en ce qui dépend de la simple disposition de la Coutume ; mais que quand il s'y rencontre de la disposition de l'homme, cela empêche la réalité, faisant valoir sa disposition par dessus celle de la Coutume.

Mais ce raisonnement n'est pas solide ; car si la Coutume n'est réputée réelle qu'en ce qui dépend de sa simple disposition, & que quand il s'y rencontre de la disposition de l'homme, cela empêche la réalité ; ce sera renverser toutes les Coutumes, & rendre toutes leurs dispositions vaines & illusoires, étant mal-aisé de faire un contrat où les contractans ne s'engagent dans quelque obligation personnelle, & par cette voie faisant prévaloir la disposition de l'homme à la réalité, toutes les Coutumes bien que réelles seront contraintes de suivre la loi de la convention personnelle, ainsi toutes leurs dispositions demeureront sans effet : Cette conséquence peut être confirmée par les exemples ; la Coutume est réputée réelle à l'égard du douaire, lorsqu'il s'agit de donations il n'est pas permis de donner plus que ce qui est permis par les Coutumes des lieux où les choses données sont assises ; cependant si un homme de Normandie par son contrat de mariage passé à Paris, accorde en douaire la moitié de ses immeubles ; si par un contrat passé à Paris quelqu'un donne la moitié de ses immeubles avec garantie, n'est-il pas vrai qu'en l'un & l'autre cas il contracte une obligation

Effets de la réalité des Coutumes, à l'égard des dispositions contraires employées dans des contrats & autres actes.

La stipulation d'un douaire sur des biens en Normandie plus grand qu'il n'est permis par la Coutume, est réductible.

personnelle, l'une de faire valoir le douaire jusqu'à la moitié de son bien, & l'autre de faire subsister la donation, & par conséquent cette convention personnelle empêche la réalité, & doit prévaloir comme plus noble sur la disposition de la Coutume; ainsi nonobstant la disposition de la Coutume de Normandie de bailler plus que le tiers en douaire, ou de donner plus que le tiers de ses immeubles, ces deux contrats ne laisseront pas d'avoir leur execution, à cause qu'il s'y rencontre de la disposition de l'homme. La stipulation pour la communauté n'est pas plus personnelle que la stipulation pour le douaire, en l'une & en l'autre il se contracte une véritable obligation personnelle; & néanmoins suivant la doctrine même des Arrêts du Parlement de Paris, la stipulation d'un douaire sur des biens en Normandie plus grand que celui qui est permis par la Coutume, est réductible. Or la Coutume de Normandie ne défend pas plus étroitement de donner plus que le tiers en douaire, que de bailler plus que le tiers des conquêts à la femme: au contraire la prohibition y est encore plus expresse; car l'art. CCCXXX. dit que *quelque acord ou convenant qui ait été fait par le contrat de mariage, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts que celle qui leur appartient par la Coutume*. La loi réprochant si absolument tout ce qui est fait contre sa disposition, il faut ou que l'homme n'y puisse déroger par aucune stipulation, ou que sa disposition ne puisse être anéantie par une simple convention personnelle; mais en tous cas cela ne doit pas être permis à ceux qui sont nez dans son territoire, & qui ne choisissent un domicile ailleurs qu'à l'effet seulement de pouvoir éluder sa prohibition.

Ces distinctions & ces maximes peuvent être autorisées par les Arrêts mêmes du Parlement de Paris; car pour montrer que nonobstant que le contrat soit passé à Paris, on ne peut promettre plus que le tiers en douaire sur les biens en Normandie; l'on cite l'Arrêt de Fervaques & de Larchant remarqué par Monsieur Loüet, l. C. n. 15. & 16. Et pour les donations mutuelles on apprend de du Moulin même que les héritiers du Chancelier de Ganvay s'étant pourvus contre l'Arrêt qui avoit confirmé la donation mutuelle de tous les biens, & la Cause aiant été renvoyée en ce Parlement, la donation fut déclarée nulle pour les biens qui étoient situés en des Coutumes où ces donations n'étoient point reçûes. Mais quoi que du Moulin accuse les Juges d'ignorance, on a jugé la même chose par deux Arrêts du Parlement de Paris: Le premier rapporté par M^r Loüet, l. C. n. 16. par lequel la donation faite par le sieur de Larchant à la Dame sa femme par son contrat de mariage, fut jugée valable, seulement jusqu'à concurrence de ce que la Coutume de Normandie permet de donner par le mari à sa femme: Le second est du 31 de Janvier 1663. & est rapporté dans la seconde partie du Journal des Audiences, par lequel la donation mutuelle faite par le contrat de mariage de Mr de Miroménil à la Dame sa femme, a été déclarée nulle pour les conquêts d'héritages & de rentes foncières en Normandie, & pour les rentes constituées sur des particuliers en Normandie elle fut confirmée, parce que Mr de Miroménil avoit son domicile à Paris.

Cas où une veuve fut privée de sa part aux conquêts faits pendant la communauté.

Pour les conquêts faits pendant la communauté, par l'Arrêt donné au profit des Dames de Prie & de Medavi héritières de Mr le Marquis de Fervaques, bien que le contrat de mariage eût été passé à Paris, & que la communauté eût été stipulée & réglée suivant la Coutume de Paris, avec dérogation aux autres Coutumes, toutefois parce que Mr le Maréchal de Fervaques avoit toujours demeuré en Normandie, qu'il y avoit sa principale Terre, & qu'il étoit Lieutenant du Roi en Normandie, la veuve nonobstant la communauté fut privée de la moitié qu'elle prétendoit aux acquisitions faites en Normandie; & l'Arrêt de Larchant ci-dessus allégué semble

n'être pas contraire, parce que l'on jugea que le sieur de Larchant étant à la suite de la Cour il avoit son véritable domicile à Paris, *quæ est caput Regni*, quoi que sa principale maison fût assise en Normandie: Ce fut donc son domicile qui servit de fondement à l'Arrêt; en effet les donations portées par le même contrat de mariage, furent réduites à la portion que la Coutume de Normandie permettoit de donner: il semble donc raisonnable en ce seul cas que quand les deux conjoints sont actuellement demeurans dans une Coutume où il y a communauté de biens entre personnes mariées, & qu'ils font des acquisitions en des lieux où les acquêts ne sont pas communs entre les conjoints, la communauté ne laisse point d'avoir son effet; mais que quand le mari n'y a point d'autre domicile que celui qu'on lui fait établir par le contrat de mariage, quelque dérogation que l'on fasse aux Coutumes, & quoi qu'on se soumette à la Coutume & à la Jurisdiction de la Prévôté de Paris, la communauté ne peut s'étendre que dans les lieux où elle est autorisée, & non *ad bona alibi sita*; mais on auroit de la peine à persuader cette maxime, & à faire renoncer les Parisiens aux avantages que produit la communauté, étant prévenus que le statut qui introduit la communauté, regarde seulement les personnes & non les choses acquises; & au contraire, en cette Province on soutiendrait avec plus de justice que la communauté ne peut avoir la force de changer l'ordre établi par la Coutume touchant les héritages, parce qu'elle a le pouvoir de disposer de tout ce qui est réel dans son territoire, & la femme ne pouvant avoir plus grande part aux conquêts que celle qui lui est accordée par l'art. CCCXXX. la communauté contractée ailleurs ne peut ruiner cette disposition.

Cette communauté néanmoins n'empêche pas le mari de disposer des meubles & des acquêts, parce qu'il est le maître de la communauté, ce qui ne lui est pas même défendu par une donation entre vifs, *Quia, dit du Moulin, de feud. n. 88. §. 43. jus uxoris in conquestibus est infirmum & debile, non exit in actum, nec habet vires, nisi in puncto dissolutionis matrimonii*, mais il n'a pas la liberté d'en disposer par testament; la raison est que le Testament n'a son execution que par la mort du Testateur, & en ce tems le droit est acquis à la femme; & par la Coutume, *la moitié des meubles appartient à la femme s'il n'y a point d'enfans, en exemption des legs testamentaires*; d'où il résulte que le mari ne peut disposer par son Testament de la moitié des meubles qui appartient à sa femme; par l'article 296. de la Coutume de Paris, *le mari ne peut disposer de ses meubles & conquêts immeubles communs entre lui & sa femme, au préjudice de sa femme*. Ricard sur cet article, dit avoir été jugé que le mari aiant disposé par Testament de tous les meubles & acquêts de la communauté, la femme après son décès y aiant renoncé, tous les meubles & acquêts appartenaient au légataire & non à l'héritier du mari, qui lui contestoit la moitié qui fût restée à la femme. La Coutume de Troyes, art. 84. permet au mari nonobstant la communauté, de disposer de tous les meubles & acquêts par donation entre-vifs, mais non par Testament.

Bien que la Coutume n'admette point la communauté entre gens mariez, il ne faut pas en induire que toutes associations ou communautés de biens soient défendues en cette Province, & c'est pourquoi il ne sera pas inutile d'examiner de quelle manière la communauté se contracte en Normandie, entre quelles personnes & sous quelles conditions elle peut avoir effet.

La communauté se contracte en deux manières, ou par une convention expresse des parties, ou par un consentement tacite, qui s'induit & qui se présume lorsque des personnes apportent leurs biens en commun, & c'est de cette sorte qu'il faut entendre ce que le Jurisconsulte a dit en la loi quatrième *pro socio, D. que Re & verbis societas coiri potest: Re, id*

Cas où la communauté ne doit s'étendre que dans les lieux où elle est reçûe.

De quelle manière une communauté de biens se contracte en Normandie.

est tacite, rebus in commune collatis. Verbis autem, id est conventionem expressam: Hotoman. in Epitom. tit. pro socio, D.

Deux sortes de communautés conventionnelles.

Il y a deux espèces de communautés conventionnelles, l'une particulière, l'autre universelle, *l. Societates, D. pro socio*. La première est renfermée dans quelque négociation particulière de quelques fermes, de quelques espèces de marchandises; *l. 2. C. pro socio*: La société universelle est celle qui se fait de l'université des biens, & elle peut être de deux sortes; car ou la convention est générale & expresse de tous biens sans en rien excepter, & en ce cas tous les biens des associés entrent en la communauté, & tout ce qui leur échut à l'avenir, soit à titre onéreux ou à titre lucratif, leur devient commun. *In societate omnium bonorum omnes res quæ coeuntium sunt, continuò communicantur; l. 1. §. 1. D. pro socio*. Que si la société est simplement contractée sans expression des choses qui doivent y entrer, & qui doivent devenir communes, en ce cas la communauté ne s'entend que de ce qui provient du commerce, du travail ou de l'industrie des associés; mais ce qui procède de donations ou successions, ne devient point commun. Cette distinction est nettement établie par la loi septième & les suivantes, *eod. Coiri societas & simpliciter licet, & si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex qua sua veniunt. Nec adjecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes: fortassis hæc idem, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt*. La Coutume d'Orléans, article 214. dit à peu près la même chose, que *la société, si elle n'est limitée, est seulement entendue de tous les biens-meubles & conquêts immeubles, faits par les parties durant leur société*.

Que si la convention n'exprime point la portion que chaque associé doit avoir en la communauté, ils seront tous égaux, *l. si non fuerint, eod.* que s'il est dit combien chacun prendra, cette portion doit être gardée, pourvu qu'elle soit équitable; car s'il étoit convenu que l'un auroit tout le profit, & que l'autre demeureroit seul chargé de toute la perte, cette convention ne pourroit valoir: *Iniquissimum est enim genus societatis, ex qua quis damnus non etiam lucrum spectet; l. 29. §. Aristo, eod.*

Quelles personnes peuvent contracter communauté.

Toutes personnes libres & capables d'agir peuvent contracter une communauté; mais ce contrat peut-il valoir dans les Coutumes qui ne permettent pas aux pères de faire avantage à l'un de leurs enfans plus qu'à l'autre? Sainson sur l'article 2. r. 22. de la Coutume de Tours, propose cette question, & témoigne que dans la Touraine les gens de la campagne & les bourgeois font ordinairement de ces contrats, quoi que par la Coutume un père ne puisse donner à l'un de ses enfans plus qu'à l'autre, en quoi ils contreviennent manifestement à la loi: Cet Auteur sans résoudre cette difficulté a écrit ses paroles; *Et sanè est apud me stupenda res, & tamen ista tolerantur*; mais il conseille de faire agréer la communauté par les autres frères: Ce conseil néanmoins est fort inutile, puisque tous les consentemens que les pères de leur vivant exigent de leurs enfans, ne les obligent point après leur mort, lorsqu'ils sont contraires à la disposition de la loi.

Il est assez ordinaire en cette Province, & particulièrement dans le Bailliage de Caux, que les laboureurs en mariant leurs fils les admettent en communauté de biens; ce qui fait naître des débats entre les frères, lorsque celui d'entr'eux que le père a associé, demande la moitié des meubles & des conquêts, & sa portion héréditaire sur le surplus; les autres prétendant que leur père n'a pu le recevoir en communauté à leur préjudice, étant un avancement indirect qui lui est défendu par la Coutume.

Pour résoudre ces difficultés, il faut considérer si le fils a apporté des biens en la communauté, & s'il a contribué à l'augmentation d'icelle par son trafic, son travail & son industrie; car s'il met entre les

maines de son père le mariage de sa femme, s'il fait négoce, & que son père étant âgé il travaille, & soit chargé seul du soin du ménage & de la conduite de la maison, il ne seroit pas juste de le priver du fruit de ses peines; & l'on ne peut dire en ce cas que ce soit un avantage indirect: mais si le fils a fait valoir séparément son bien, s'il a négocié en son particulier, & qu'enfin il n'ait rien apporté ou peu contribué à l'accroissement de la communauté, tout le commerce & le ménage aiant été fait aux dépens & par la conduite du père; cette communauté où le fils est admis par le père, est un pur avantage, dont il ne peut profiter au préjudice de ses frères; ce qui par conséquent ne doit pas empêcher que tous les biens ne soient réputés avoir appartenu au père, & qu'ils ne doivent être partagés entre les enfans comme biens paternels.

Comment le fils n'est point réputé en communauté avec le père.

Quant à la société ou communauté tacite, il est certain qu'autrefois en France elle s'induisoit entre ceux qui avoient demeuré ensemble par an & jour; cela se prouve par le grand Coutumier qui fut composé du temps de Charles VI. *Nota, dit-il, que par Usage & Coutume deux conjoints & associés demeurans ensemble par an & jour sans faire division & protestation, ils acquièrent l'un avec l'autre communauté quant aux meubles & conquêts*, ce qui est confirmé par cet ancien Praticien *Joannes Faber*, sur le titre de *Societate*, aux Institutes. On en use encore aujourd'hui de cette manière en quelques Coutumes, où la demeure par an & jour suffit pour établir la communauté: quelques autres outre la demeure & la table commune desirant un mélange de biens, & une communication de gain; mais dans la plupart des autres Coutumes ces sociétés tacites sont abolies. Orléans, article 213. Tours, 231. Nivernois, r. 22. des Commun. & Associat. article 1.

De la communauté tacite.

En Normandie nous n'avons pas absolument rejeté les communautés tacites, mais aussi nous ne les recevons pas indistinctement: la simple demeure par an & jour, ou par un long-temps, n'établit point une communauté; on fait aussi distinction entre les personnes: quelque longue demeure que les enfans fassent avec leurs père & mère, ils ne sont point réputés communs, il faut une convention expresse pour établir la communauté; ce qui est fondé sur ces deux raisons: La première, pour éviter l'avancement indirect que le père feroit à ceux de ses enfans qu'il recevoit en communauté: La seconde, que les enfans sont réputés n'avoir d'autres biens que ceux de leurs pères.

La seule demeure par an & jour des enfans avec leur père, n'établit pas la communauté.

Par le Droit Romain ce que le fils de famille étant en la puissance de son père acquiéroit d'autre part que de la substance & des facultés de son père, étoit réputé adventif au fils, & lui appartenoit quant à la propriété, le seul usufruit demeurant au père, *l. cum oportet, C. de bon. qua liber*. Si parmi nous un fils de famille avoit quelques biens de son côté, soit le mariage de sa femme, ou qu'il fit quelque négoce & exerçât quelque vacation qui lui seroit utile, les acquêts qu'il feroit en son nom lui apartiendroient, quoi qu'il demeurât avec son père, & ses frères n'y pouvoient rien prétendre à droit de communauté; mais si le fils reçut en communauté ne pouvoit avoir acquis que par le moyen des biens de son père, cet acquêt entier seroit mis au nombre des biens paternels, & le fils n'y pouvoit demander part en conséquence d'une communauté, bien qu'il allégât avoir contribué de ses soins & de son travail pour l'augmentation des biens de son père.

Cas où le fils demeure propriétaire des acquêts par lui faits pendant la communauté.

Non seulement la communauté n'est point présumée par la demeure des enfans avec leur père, elle ne l'est point aussi par la demeure du père avec ses enfans. Un fils s'étant marié & tenant maison séparée, reçut quelque temps après son père avec lui: les créanciers du père aiant saisi les meubles qu'ils avoient trouvés dans la maison du fils, prétendirent qu'encore

Il ne se contracte point de communauté par la seule demeure du pere avec ses enfans.

qu'il n'y eût point de société conventionnelle, il y en avoit une tacite, qui s'étoit contractée par une demeure ensemble par an & jour, & par la confusion de leurs biens, le pere ayant apporté ses meubles chez son fils: A quoi il fut répondu par le fils, que la communauté tacite ne s'établissoit point par une simple demeure; qu'il ne s'étoit fait aucune communication ni mélange de leurs biens, méconnoissant que son pere eût apporté aucuns meubles chés lui: Par Arrest du 19 de Juillet 1652, il fut dit que le creancier feroit preuve que le pere eût apporté des meubles en la maison de son fils. Ainsi l'on jugea que la communauté ne se contractoit point par la seule demeure.

Par l'ancienne Coûtume, tit. de communauté de biens, l. 7. c. 11. pour aquerir communauté, il faut être capable de contracter, c'est-à-dire être en âge parfait, & que les contractans ne soient point au pouvoir l'un de l'autre, comme est le fils au pouvoir paternel. Il est vrai que l'Auteur de l'adition sur ce texte a écrit que la communauté se contracte entre le pere & les enfans, pourvu qu'ils soient mariez ou âgés, & qu'ils aient communiqué à leur pere les deniers & autres choses promises par le contrat de mariage, & que par an & jour ils aient demeuré ensemble, faisant les affaires les uns des autres, & tous actes de personnes communes en biens, & que cette société est appelée tacite.

Mais cette glose n'a point prévalu sur le texte; la communauté du pere avec ses enfans non seulement doit être stipulée & portée par écrit, il est encore nécessaire pour la faire subsister & pour en profiter, que le fils ait de quoi apporter en la communauté, autrement cette association est réputée un avancement indirect; mais quoi qu'il n'y eût pas de communauté conventionnelle, si toutefois il paroïssoit que le fils eût apporté à son pere son mariage ou d'autres biens, il pouroit les reprendre lorsqu'il n'y a point de communauté par écrit, & même il seroit juste de lui tenir compte des intérêts, si la nourriture fournie par le pere pouvoit être compensée contre les services & le travail du fils.

Par l'article 102. de la Coûtume de Troyes, les enfans étans sous la puissance paternelle ne peuvent aquerir droit de communauté avec pere & mere; les parens mêmes & autres personnes nourries par gratuite affection, pitié ou service, ne peuvent aquerir droit de communauté avec ceux qui les nourrissent, par quelque tems qu'ils y demeurent, s'il n'y a expresse convenance sur ce fait: En effet, il ne seroit pas juste que ceux qui n'apportent rien du leur, & lesquels au contraire sont nourris aux dépens d'autrui, pussent en vertu de la seule demeure aquerir droit de communauté.

Ce que j'ai dit que la société tacite du pere avec les enfans n'est point admise, doit être étendu à la veuve du fils & au gendre: Par l'article 21. tit. des droits des gens mariez, de la Coûtume de Nivernois, le gendre ou la femme du fils venans demeurer avec leurs beau-pere & mere ou l'un d'eux, après l'an & jour de leur demeure avec eux aquierent communauté. Coquille sur cet article dit que par la Coûtume de Bourgogne la femme du fils n'aquiert communauté avec le pere de son mari, & qu'elle remporte ce qu'elle a apporté; ce qu'il estime raisonnable, parce qu'ordinairement les femmes ne conferent pas en la communauté tant d'industrie & de travail qu'un homme: Nous en userions de cette manière en cette Province, parce que ces sociétés tacites pouvoient produire un avancement indirect.

Il fut jugé néanmoins en la Chambre des Enquêtes le 24 de Mars 1639. au raport de M^r Brice, entre le sieur Dubusc & Damours, qu'une belle-mere ayant demeuré plusieurs années avec son gendre, vécu de même pain & pot, & conféré leurs biens ensemble, étoient réputés communs en biens, à l'effet d'obliger la belle-mere & ses heritiers aux dettes de son gendre, & d'y affecter ses meubles, quoi qu'il ne parût

La demeure de plusieurs années de la belle-mere avec son gendre, aquiert communauté.

pas qu'elle eût passé aucuns contrats, ni fait aucuns baux avec son gendre, & que l'on alégât qu'elle n'étoit venue demeurer avec lui que pour ménager son bien, & non pour s'engager pour lui; mais cette longue demeure & cette communication de leurs biens étoit suffisante à l'égard des creanciers, pour induire une communauté.

La question est plus douteuse à l'égard des freres: Balde sur la l. 1. C. qui testament. facere possunt, est de cette opinion, qu'encore que les freres après la mort de leur pere demeurans ensemble & jouïssans en commun de la succession, ne soient pas réputés contracter une communauté, si toutefois durant une longue demeure ensemble ils ont possédé tous leurs biens, & négocié toutes leurs affaires en commun sans se rendre aucun compte, ils sont présumés avoir contracté une société. Bartole au contraire traitant cette matière sur la l. cum duobus, §. idem Papinianus, D. pro socio, & sur la l. Titium aut Mævium, §. altero de administ. tut. D. & sur la l. Patruus, C. communia utrius. judic. estime que la société n'est jamais présumée, si elle n'est expressement stipulée, & ensuite il distingue ces quatre cas: Le premier, lorsque les freres ne sont pas tous majeurs: Le second, lorsque les freres sont personnes de qualité qui ne font aucun commerce, en ce cas quoi qu'ils jouïssent indivisément de la succession de leur pere, on ne présume point de société, si d'ailleurs il ne paroît par quelques actes que leur intention a été de demeurer en communauté de biens: En troisième lieu, il n'y a point de société entre freres, lorsque l'un d'eux fait quelque commerce, & que les autres n'en font point: Et enfin quand les freres sont tous majeurs, & qu'ils négocient ensemble, on présume la société, parce que ces actes-là ne se peuvent faire sans quelque association; *Isti sunt actus qui non possunt geri citra jus & nomen societatis.*

Pour concilier les opinions de Balde & de Bartole, l'on peut dire suivant la doctrine de Jason, que bien que les freres jouïssent en commun de la succession paternelle, si néanmoins ils n'ont entr'eux aucun autre commerce, cela ne suffit pas pour établir la communauté; mais s'il se passe entr'eux quelques autres actes qui marquent une intention de communauté, s'ils ont long-tems vécu & demeuré ensemble, il faut présumer une association, licet non sint actus quasiarii aut mercantiales, sufficit quod sunt actus communicativi & sociales, & ex diuturnitate temporis & communi usu vivendi, & concurrente conjunctione sanguinis, pro communitate presumendum est. Sainfon, sur l'article 2. t. 22. de la Coûtume de Tours.

Aussi quoi que par l'article premier, titre des Communautés & Associations de la même Coûtume, communauté de biens ne se contracte paisiblement entre gens demeurans ensemble par quelque tems que ce soit, s'il n'y a convention expresse; néanmoins par l'article 2. du même titre, entre deux freres majeurs de vingt ans étans hors de puissance du pere qui ont demeuré ensemble par an & jour, tenans leur bien par ensemble, & faisant communication de gains, il y a communauté paisible contractée entr'eux: De sorte que lorsque ces quatre choses se rencontrent, que les freres soient majeurs, qu'ils soient hors la puissance paternelle, qu'ils demeurent ensemble, & qu'ils fassent communication de gain & de profit, il se contracte une société tacite entre les freres; mais suivant le sentiment de Coquille, cela n'auroit pas lieu entre le frere & la sœur; car le travail & l'industrie de la sœur n'étant pas ordinairement égale à celle du frere, il ne seroit pas raisonnable de présumer entr'eux une communauté sans convention.

Par nôtre ancienne Coûtume, au titre de communauté de biens, deux freres qui après le décès de leur pere demeurent ensemble sans faire partage de la succession paternelle, ou la mere avec ses enfans, étoient censés & réputés contracter & aquerir

Si la demeure des freres après la mort de leur pere & la jouissance en commun de la succession, aquiert la communauté?

Communauté de biens ; mais, à mon avis, une simple jouissance en commun ne suffiroit pas, si l'emploi du revenu n'en avoit été fait en commun, ou en tout cas il faudroit que cette jouissance eût été continuée durant plusieurs années.

Cas où la communauté tacite est admise.

On doit pareillement admettre cette société tacite, lorsque suivant le texte de l'ancienne Coutume deux personnes capables de contracter & d'acquiescer communauté ensemble ; c'est-à-dire étant en âge parfait, & n'étant au pouvoir l'un de l'autre, demeurent ensemble en une même maison par an & jour, ne font qu'une table & un feu, & vivent à dépens communs sans rendre compte l'un à l'autre, apportans & communiquans l'un à l'autre leurs biens-meubles & revenus, & ce qu'ils peuvent gagner par leur commerce ou par leur industrie, ils sont réputés contracter communauté. Il ne suffit donc pas, comme plusieurs l'estiment, d'une demeure par an & jour pour prouver une communauté, il est encore nécessaire que les autres conditions s'y rencontrent. Berri, tit. 8. art. 10.

La société tacite n'a lieu que sur les meubles & conquêts faits pendant qu'elle a duré.

L'effet de cette société tacite ne s'étend que sur les meubles & sur les conquêts faits pendant qu'elle a duré, & même la société expresse par la plupart des Coutumes n'a pas plus d'étendue ; par l'art. 214. de la Coutume d'Orléans, *la société contractuelle si elle n'est limitée, sera seulement entendue de tous les biens-meubles & conquêts immeubles faits par les parties durant la société* ; & par l'article 3. des Communautés & Associations de la Coutume de Nivernois, *en communauté de biens expresse ou tacite, les meubles faits auparavant & durant icelle & les conquêts, sont compris & communs entre les personnes* ; & par notre ancienne Coutume ceux qui font réputés communs contractent une communauté de leurs biens-meubles & de leurs héritages, qui seront par eux & chacun d'eux acquis durant la communauté.

Sous ce mot de *meubles* l'on comprend tous les droits mobiliers, charges mobilières, profit & perte d'actions, & dettes actives & passives contractées pour le fait & pour les affaires de la communauté ; car l'argent que l'un des associés auroit emprunté pour ses affaires particulières, ne pourroit être pris sur les effets de la communauté, non plus que la dépense qu'il auroit faite pour son intérêt seul.

Dettes contractées par un des associés autres que pour le fait de la société, ne peuvent être prises sur la communauté.

Arrest en la seconde Chambre des Enquêtes, du 11 Mars 1681. au rapport de Mr Scot : Un nommé Vendis avoit trois fils ; le pere avec les deux puînez prit une ferme, & la firent valoir conjointement : durant cette jouissance ces deux freres prirent en fiéfe quelques héritages d'un Chanoine de Courance, lequel n'étant pas payé de sa rente, il ataquâ le fils aîné, prétendant qu'étant devenu héritier de son pere, & ce pere étant en communauté avec ses deux puînez, & par conséquent tenu de tous leurs faits, sa demande étoit bien fondée contre le fils aîné, quoi que lui ni son pere ne fussent point intervenus en son contrat ; que l'on ne pouvoit douter que la communauté ne se fût contractée entre le pere & ses deux puînez par une demeure commune, & par le bail qu'ils avoient fait d'une ferme qu'ils avoient

fait valoir conjointement, ce qui les rendoit respectivement obligés à toutes les dettes : d'où il s'ensuivoit que le fils aîné par l'adition de l'héritage de son pere s'y étoit engagé, & qu'il en étoit tenu.

L'on répondoit qu'il y avoit plusieurs espèces de communautés, les unes générales, les autres spéciales pour un certain commerce, ou pour quelques fermes, & ces communautés ne s'étendent que sur les meubles que l'on apporte & que l'on confond en cette communauté ; & lorsque cette communauté se dissout, les associés se doivent compte des effets qui en sont provenus : Or cette communauté que l'on prétend avoir été contractée entre le pere & ses deux puînez, n'étoit qu'à l'égard d'une ferme, & cela ne les engageoit les uns pour les autres qu'à l'égard du propriétaire, & non à l'égard des dettes que ces deux puînez pouvoient avoir contractées d'ailleurs ; de sorte que le pere n'ayant point parlé à ce contrat de fiéfe, il n'étoit point obligé à la rente, ni par conséquent son fils aîné, quoi qu'il fût son héritier ; ce qui fut jugé de la sorte.

Comment la communauté prend fin.

Après avoir expliqué comment la communauté se contracte, il faut aussi savoir comment elle finit & peut être dissoute ; cela peut arriver en quatre manières : la première, quand les associés renoncent à la communauté ; car la société aiant pour principe & pour fondement le consentement des parties, elle cesse d'être lorsqu'elles changent de volonté, l. 4. §. 1. & l. *convenerit, pro socio, D.* Il faut néanmoins que cette renonciation ne se fasse pas hors de saison ou en fraude, car elle donneroit lieu à une condamnation d'intérêts à faute de la continuer, l. *actione 65. §. 3. eod.* & en ce cas, *socium à se, non se à socio liberat, Conf. l. §. 6.* mais si le tems de la société est fini, on ne peut être contraint de la continuer ; la communauté est pareillement dissoute par la mort de l'un des associés : *Morte unius socii societas dissolvitur, & si omnium consensu coita sit, plures vero supersint, l. 6. actione, §. 8. morte, eod.* ce qui n'a pas lieu seulement par la mort naturelle, mais aussi par la mort civile, comme par le décret des biens de l'un des associés, *dictâ l. actione, §. publicatione.* Il est vrai que cette loi parle de *publicatione universorum bonorum* : C'est un troisième moyen de résolution, lorsque la chose qui fait le sujet & la matière de la communauté vient à périr, l. *verum, §. ult. eod.*

Et enfin la société cesse lorsque les associés ont commencé d'agir séparément ; *cum separatim socii agere cœperint, & unusquisque eorum sibi negotiatur, l. itaque, eodem* : On ne peut faire de société qui soit éternelle, *nulla in æternum societatis coitio est, l. nulla, eod.* & c'est pourquoi les Jurisconsultes ont marqué les moyens par lesquels elle pouvoit finir, *societas finitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione.*

Ceux qui ne sont point dans cette volonté, que leur demeure & la jouissance en commun des biens qu'ils possèdent en commun, puissent former entr'eux une société tacite, doivent en passer un acte public, & même pour prévenir toutes contestations, le faire publier issué de la Messe Paroissiale où ils ont leur domicile.

Acte public pour empêcher la communauté tacite.

CCCXC.

Droit du mari des meubles échûs à sa femme, & charge d'iceux.

Meubles échûs à la femme constant le mariage, quand sont sujets à remplacement.

Les meubles échûs à la femme constant le mariage appartiennent au mari, à la charge d'en employer la moitié en héritage ou rente, pour tenir le nom, côté & ligne de la femme, si tant est qu'ils excèdent la moitié du don mobil qui a été fait au mari en faveur de mariage.

La disposition portée par cet article est imparfaite, & l'on ne peut excuser nos Réformateurs de s'être expliqués fort ambiguëment ; car aiant cette in-

tention d'obliger le mari à remployer les meubles échûs à sa femme constant le mariage, pourquoi ne l'assujétir à ce remploi que quand ces meubles

excèdent en valeur la moitié de son don mobil ? ce don mobil n'étant pas une condition nécessaire du mariage, & souvent n'étant rien donné par la femme à son mari, il demeure incertain si le mari est tenu à quelque remploi lorsqu'il n'a point eu de don mobil, ou en cas qu'il y soit obligé, quelle portion il en doit remplacer ?

Il eût été plus régulier de fixer une portion que le mari seroit toujours obligé de remplacer, sans considérer la valeur & la quantité du don mobil, ou au moins il falloit ajouter ce qu'il faudroit remplacer quand il n'y auroit point de don mobil. L'intention de la Coutume a été vrai-semblablement d'ôter au mari une partie des meubles qui échéent à la femme constant le mariage, lorsqu'elle lui a déjà fait quelque don, parce qu'il auroit trop d'avantage s'il avoit l'un & l'autre ; mais quand il n'a rien eu, il étoit juste de lui laisser entièrement les meubles qui peuvent échoir à sa femme, qui ne sont pas ordinairement le bien le plus considérable des familles, vû même qu'il demeure chargé des dettes de sa femme. C'étoit aussi l'ancien usage, & la Coutume nouvelle n'ayant parlé du remploi que lorsqu'il y a eu don mobil, la conséquence semble naturelle qu'il n'est point dû de remploi quand il n'y a point de don mobil.

C'étoit le sentiment de M^e Josias Berault contraire à celui de Godefroy ; mais cette difficulté a été terminée par un Arrest donné en la Chambre de l'Edit, du 26 de Février 1639. entre Jeanne Dubosc, Sarra Martel, & autres parties, par lequel le mari fut condamné de remployer la moitié des meubles échûs à sa femme constant le mariage, quoi qu'il ne lui eût été fait aucun don mobil. Ainsi par un tempérament équitable, la femme qui n'a rien donné à son mari, partage également avec lui les meubles qui lui peuvent échoir constant leur mariage.

On ne jugea pas la même chose pour des deniers qui appartenoient à la femme avant son mariage, parce qu'elle avoit fait un don mobil à son mari. Trônel avoit donné cinq cens livres à une femme qui se maria depuis au nommé Baudouin, & qui lui donna une certaine somme pour son don mobil à prendre sur ses autres biens : Baudouin aiant demandé les cinq cens livres à Trônel héritier du donateur, il refusa de les lui paier, qu'en lui baillant bonne & suffisante caution, prétendant que cette somme tenoit nature de dot, puisqu'elle appartenoit à sa femme avant son mariage, & qu'elle n'en avoit point disposé en sa faveur ; au contraire Baudouin soutenoit n'être pas obligé à ce remploi, ne s'agissant que d'une chose mobilière qui ne doit être remplacée que lorsqu'elle excède la moitié du don mobil, suivant cet article ; or ne l'excédant point, elle lui appartenoit, & sans être obligé de bailler caution. On repliquoit que cet article ne s'entendoit que des meubles échûs à la femme constant le mariage, mais à l'égard de ceux qui lui appartenoient avant le mariage, ils tenoient nature de dot, lorsqu'elle n'en avoit point disposé au profit de son mari : Il fut jugé de la sorte en l'Audience de la Grand' Chambre, le 9 d'Avril 1655. & Baudouin n'eut la délivrance des cinq cens livres qu'en baillant caution ; la femme aiant limité par le contrat de mariage le don qu'elle vouloit faire à son mari, le surplus lui tenoit nature de dot, n'étant pas nécessaire pour cet effet d'une stipulation expresse ; & c'est pourquoi Baudouin n'étoit pas dans les termes de cet article, qui ne parle que des meubles échûs à la femme depuis le mariage, & qui apartiendroient de plein droit au mari, cessant la disposition de cet article.

Dans l'espèce de cet Arrest la donation avoit été faite avant le mariage, & par cette raison la femme aiant limité le don mobil sur ses autres biens, le mari ne pouvoit rien prétendre sur les cinq cens livres : Mais si dans l'intervale du contrat de maria-

ge & de la célébration d'icelui l'on faisoit quelque donation à la femme, le mari à qui elle auroit donné pour don mobil le tiers de ses meubles & de ses immeubles, pourroit-il avoir le tiers des choses données ? ou si dans un autre cas il étoit échû une succession à la femme, le mari prendroit-il aussi le tiers de cette succession pour son don mobil ? Cette question s'offrit en la seconde Chambre des Enquêtes, sur ce fait : Par le contrat de mariage de Jeanne le Heup avec Guillaume Quentin, Jean le Heup son aieul donnoit pour don mobil audit Quentin le tiers des meubles & immeubles de sa petite-fille ; mais dans l'intervale du contrat de mariage & de la célébration d'icelui, Jean le Heup décéda, & ladite Jeanne le Heup devint son héritière aux meubles & aux immeubles : Le mari étant décédé il se mût question entre ses héritiers & le sieur de la Bretonnière second mari de ladite le Heup, pour savoir sur quels biens l'on devoit prendre le tiers que ladite le Heup avoit donné à son premier mari, & si on devoit l'étendre sur les meubles & sur les immeubles qui lui étoient échûs de la succession de son aieul, avant la consommation de son mariage, comme étant censés lui avoir appartenu dès le tems du contrat de mariage. Le Juge de S. Lo avoit donné la moitié des meubles aux héritiers du mari, comme si cette succession lui fût échûe constant le mariage, & en conséquence il avoit exempté les immeubles du don mobil : toutes les parties étoient apelantes de ce Jugement ; le sieur de la Bretonnière se plaignoit de ce que l'on avoit donné la moitié des meubles aux héritiers du mari, & lesdits héritiers prétendoient qu'on leur avoit fait tort de n'avoir pas étendu par un effet rétroactif au tems du contrat de mariage, le don mobil sur le tiers des immeubles provenus de la succession de Jean le Heup. Le sieur de la Bretonnière disoit qu'il falloit régler les droits du premier mari suivant l'état des choses au tems du contrat de mariage ; que sa femme n'avoit donné que le tiers des biens qu'elle possédoit alors ; c'étoit une mineure que l'on marioit, qui ne pouvoit donner que le tiers de ce qu'elle avoit ; que si la succession de son aieul eût été échûe, elle auroit pu en donner le tiers ; mais son aieul étant vivant, cette donation ne pouvoit pas avoir un effet rétroactif, ni s'étendre sur des biens qu'elle n'avoit point encore ; ce que le Bailli avoit si bien reconnu, qu'il en avoit déchargé les immeubles ; mais il s'étoit trompé en donnant la moitié aux meubles, comme s'ils lui étoient échûs constant le mariage, quoi que le mari n'en dût pas profiter, le don mobil aiant été limité à ce qui lui appartenoit lors du contrat de mariage ; & cette succession de l'aieul ne pouvant être réputée ouverte constant le mariage, puisque son aieul étoit décédé avant la consommation d'icelui, & néanmoins elle consentoit qu'il lui fût ajugé le tiers des meubles.

Les héritiers du mari soutenoient qu'il avoit été mal jugé de leur donner la moitié des meubles, & qu'ils n'en prétendoient que le tiers ; mais aussi qu'on leur devoit acorder le tiers des immeubles de la succession de Jean le Heup ; que les droits du mari se devoient régler selon l'état des choses au tems de la célébration, parce que c'est en ce tems-là seulement qu'il devient mari, & qu'il a droit sur les biens de sa femme : c'est pourquoi l'on ne devoit pas considérer seulement le bien que la femme possédoit lors du contrat, mais aussi ce qui lui appartenoit au tems du mariage, Par Arrest au rapport de Mr de S. Paul-Voisin, du 27 Mars 1681. la Cour fit un Jugement nouveau à l'égard des meubles, parce que par les écrits la femme avoit consenti d'en donner le tiers ; la Cour l'ajugea aux héritiers du mari, cessant quoi il n'auroit rien eu, la donation qu'elle avoit faite ne pouvant s'étendre que sur les biens qu'elle possédoit lors du contrat, & les meubles de l'aieul n'étant point

Si la femme aiant donné à son mari le tiers des meubles & immeubles pour don mobil, & dans l'intervale du contrat & célébration du mariage, lui étant échû une succession, le mari peut aussi prendre le tiers de cette succession pour don mobil ?

Le mari encore qu'il ne lui ait été fait de don mobil, est tenu de remplacer la moitié des meubles échûs à la femme constant le mariage.

Deniers donnez à la femme avant son mariage n'appartiennent point au mari, & tiennent nature de dot quand elle a limité le don mobil sur ses autres biens.

échûs constant le mariage, le mari n'y avoit point eu de droit; & en ce faisant, les heritiers du mari furent condamnés de remplacer les deux tiers des meubles; & à l'égard des immeubles, les heritiers n'y eurent aucune part.

On comprend sous le nom de *meubles* qui échéent à la femme, & dont le mari est tenu de remployer une partie, non seulement tous les biens & effets mobiliers, mais aussi tous les droits & actions de cette nature; cela donna lieu à cette question, savoir si certains intérêts résultans de crime étoient sujets à remploi? Boulén poursuivit la vengeance de la mort du fils de la nommée Puller sa femme; il obtint condamnation de deux mille livres d'intérêts: les heritiers de cet homicide demandèrent une part à ces intérêts, & pour le surplus ils concluoient contre le mari qu'il étoit obligé d'en remplacer la moitié, comme d'un meuble échû à la femme; mais cette prétention fut jugée déraisonnable, par Arrest donné en la Chambre de la Tournelle, le 19 d'Août 1656. & les heritiers furent privez d'y avoir part. Ils avoient signé la plainte, mais il ne paroissoit point qu'ils eussent fait aucuns frais.

Si des intérêts échûs à la femme résultans de crime, sont sujets à remploi.

Le remploi que le mari est tenu de faire, est toujours réputé fait.

L'action de la femme pour le remploi est immobilière.

Si le mari ne fait point le remploi, & n'exécute point ce que la Coûtume lui ordonne, il semble juste que la femme ait sa part entière aux meubles, & que le remploi que son mari a négligé de faire, soit pris sur le surplus; car la Coûtume aiant condamné le mari à faire le remplacement en heritage, il est réputé fait de plein droit au préjudice du mari, n'étant pas juste que ses heritiers profitent de sa négligence, ou que sa femme en reçoive du préjudice. D'ailleurs l'action qui appartient à la femme pour le remploi est immobilière, & par conséquent sa part aux meubles n'est point sujette à cette contribution: Il faut donc tenir, & il a été jugé de la sorte en la Chambre de l'Edit, que contre le mari ou ses heritiers le remploi est toujours réputé fait, parce que la loi lui ordonnoit de le faire.

La même chose a été jugée en la seconde Chambre des Enquêtes, le 19. Mars 1680. au raport de M^r du Bassier-Baudouin, entre Regnout apelant, & le Vavasseur intimé. Par le contrat de mariage de David le Vavasseur avec Jeanne le Ligere, il s'obligeoit de remplacer tous les meubles qu'elle lui apportoit & ceux qui lui pouvoient écheoir: Jean le Vavasseur sorti de ce mariage aiant demandé un compte à son pere, par une Sentence arbitrale le pere fut condamné de lui paier la somme de neuf cens livres; mais ne se contentant pas de cette somme, parce qu'il prétendoit que son pere ne lui avoit pas tenu compte des meubles de sa mere, par une transaction faite entr'eux, le pere reconnoît devoir cinq mille livres, dont il y en avoit dix-sept cens livres déclarés pour les deux tiers des meubles de la mere, & il se chargeoit des intérêts desdits dix-sept cens livres du jour qu'il s'étoit remarié. Les immeubles de Jean le Vavasseur aiant été saisis réellement, ses enfans soutinrent lors de la liquidation de leur tiers coutumier, que les meubles devoient être estimez un immeuble, sur lequel ils auroient leur tiers coutumier, parce que leur pere s'étant obligé de remplacer tous ces meubles, le remplacement en devoit être réputé actuellement fait, & ils ne vouloient pas s'en tenir à la transaction faite entre leur pere & leur aieul; mais ils demandoient la représentation du compte que leur aieul avoit rendu auparavant à leur pere, pour connoître en quoi consistoient les meubles. Le Juge du Pontlevêque aiant ordonné que le compte seroit représenté, Regnout créancier de Jean le Vavasseur s'en porta apelant, soutenant que lesdits le Vavasseur ne pouvoient avoir un tiers sur ces meubles, puisqu'il n'en avoit point été fait de remploi actuel, & que par conséquent ces meubles étoient toujours demeurez meubles; une simple promesse de remplacer ne changeoit leur nature mobi-

liaire, & ne suffisoit point pour les convertir en immeubles; cette promesse produisoit seulement une action pour les demander au mari ou à ses heritiers. Les enfans répondoient que leur aieul s'étant engagé par son contrat de mariage de remplacer ces meubles, cette clause l'engageoit indispensablement à le faire, & s'il ne l'avoit pas fait, sa négligence ne pouvoit faire préjudice à ses petits-enfans; & c'est pourquoi on le devoit réputer fait de plein droit, puisque non seulement sa promesse, mais la Coûtume aussi l'obligeoit à le faire: la Cour ne jugea pas à propos de faire représenter le compte, mais qu'il falloit suivre la transaction, & c'est pourquoi en infirmant la Sentence, elle ordonna que les dix-sept cens livres, à quoi les meubles venus à la femme avoient été estimez, seroient compris dans les immeubles, pour y avoir par les enfans leur tiers coutumier.

Cette action de remploi est si favorable, qu'on est reçu à justifier par témoins la valeur des meubles, quoi qu'elle excède la somme portée par l'Ordonnance de Moulins: On a même donné cette action de remploi à l'héritier de l'enfant sorti de la femme, à laquelle les meubles étoient échûs, comme étant une action immobilière. Par Arrest donné en la Chambre des Enquêtes, le mois de Janvier 1653. au raport de Mr de la Basoge, il fut dit que sans avoir égard à la fin de non recevoir fondée sur l'Ordonnance, Savale feroit preuve des meubles que Joïanne avoit eus de sa femme, & que le remploi en seroit fait sur ses biens: L'on soutenoit que la fille issue de ce mariage étant devenue héritière au paternel & au maternel, elle avoit confondu cette action en sa personne; que la Coûtume n'en faisoit pas elle-même le remploi, qu'elle y obligeoit seulement le mari, ce qui ne produisoit qu'une action en remploi; que cet article est ajouté à l'ancienne Coûtume qui donnoit tous les meubles au mari, & par conséquent il ne falloit pas l'expliquer en faveur des femmes: Mais on répondoit que le mari n'aient point fait d'inventaire, il avoit commis une fraude qui ne se pouvoit découvrir que par témoins; qu'il n'y avoit point de confusion du bien paternel avec le maternel, & la séparation s'en faisant *ex antiqua causa*, les droits assoupis renaissoient: ainsi cette action qui étoit immobilière commençoit à revivre, puisque la Coûtume vouloit en cet article que de ces meubles l'on fit un heritage ou une rente, qui tint le nom, côté & ligne de la femme: la Coûtume aiant donc ordonné que cela fût converti en immeuble, & que ce fût un bien maternel; quand le mari n'avoit point fait le remploi, la Coûtume le faisoit pour lui; & pour montrer que cette action étoit immobilière, le mari hérite des meubles de sa femme, & néanmoins il ne succède pas à ceux-ci. C'est donc un immeuble à l'égard de la femme & de son héritier; n'y aiant aucune raison qu'il fût meuble entre les mains de l'héritier, & qu'il fût immeuble en celles de la femme.

Il est certain suivant cet article, que les meubles échûs à la femme constant son mariage appartiennent au mari, à la charge d'en remplacer la moitié s'ils excèdent la moitié du don mobil; mais cet article auroit-il lieu au bénéfice du second mari d'une femme qui avoit des enfans de son premier mariage, vû que par l'art. CCCC.V. la femme qui convole en secondes noces, ne peut donner à son second mari en plus avant que ce qui en peut écheoir à celui de ses enfans qui en aura le moins. Cette question s'offrit en la première Chambre des Enquêtes, sur ce fait. Demoiselle Diane de Beaulard veuve, & aiant des enfans du sieur de S. Lambert son premier mari, épousa en 1636. le sieur de la Cour, à qui elle donna par son contrat de mariage ce que la Coûtume permet de donner de ses biens presens & à venir, meubles & immeubles: En l'année 1641. durant ce

Quand le mari n'a point fait de remploi, on est reçu à faire preuve de la valeur des meubles.

Si les meubles échûs à la femme constant son mariage appartiennent au second mari, quand elle a des enfans de son premier mariage?

second mariage, cette Demoiselle devint héritière de son père, & elle eut pour sa part des meubles mille cinq cens cinquante livres : En 1670. le sieur de la Cour mourut, & la Demoiselle sa femme décéda en 1678. laissant six enfans, savoir deux de son premier mariage, & quatre du second, deux fils & deux filles que la mère avoit réservées à partage. En 1681. les biens du sieur de la Cour aiant été saisis réellement, les deux filles réservées à partage par leur mère, demandèrent une septième part chacune aux mille cinq cens cinquante livres échûs à leur mère pour sa part en la succession de son père; ce qui fut contredit par le sieur Gohier créancier & adjudicataire des biens du sieur de la Cour, prétendant que le silence de leur mère qui avoit survécu son mari de huit années, sans faire aucune demande desdits mille cinq cens cinquante livres, & celui desdites filles qui n'avoient fait cette demande qu'en 1683. à l'ordre des deniers du décret, cinq ans après la mort de leur mère, les rendoit non recevables à faire cette demande, & qu'il y avoit lieu de présumer que ces deniers-là avoient été employez à paier les dettes mobilières de cette succession: L'on n'eut point d'égard à cette fin de non recevoir; mais l'on agita cette question, si l'art. CCCCV. qui est sous le même titre que le CCCXC. devoit lui servir de restriction? Par Arrêt au rapport de M^r de Brinon, du 25 Mai 1689. entre Maître Jean Gohier Lieutenant Particulier au Bailliage à Caën, apelant, d'une part, & Demoiselles Julienne & Elisabeth de la Cour intimées, il fut jugé que de cette somme de mille cinq cens cinquante livres, le mari ou ses créanciers à son droit en auroient la moitié en vertu de l'article CCCXC. & une septième part de l'autre moitié en vertu de l'article CCCCV. & de la clause du contrat de mariage. Il fut aussi jugé que sur le restant, les filles qui étoient au nombre de trois, ne devoient avoir qu'un tiers, cette somme étant censée remplacée sur les biens du sieur de la Cour du jour de la réception des meubles, & par conséquent un effet immobilier de la succession de leur mère sur celle de leur père, & en conséquence on leur ajugea cinq années des intérêts au denier quatorze de ce qui leur venoit, échûs avant la saisie réelle des biens de leur père, en l'hipotéque du contrat de mariage de leur mère avec le sieur de la Cour.

Les raisons de douter étoient fondées sur la défaveur des secondes noces, qui a donné lieu à la loi *Hac editali, C. de sec. nupt.* & à l'Edit des secondes noces de l'année 1560. d'où l'art. CCCCV. de la Coutume a été tiré, qui doit être considéré comme limitatif de l'article CCCXC. étant postérieur & sous le même titre. On ajoutoit qu'il ne seroit pas raisonnable de donner au second mari d'une femme qui avoit des enfans de son premier mariage, la moitié des meubles de cette même femme, au préjudice des enfans du premier lit, qui tous ensemble n'auroient que l'autre moitié, & encore une part à cette moitié. La raison de décider fut que la Coutume en l'article CCCXC. s'est expliquée nettement, en donnant au mari la moitié des meubles échûs à sa femme constant le mariage, n'ayant point fait de différence ni de distinction entre le premier & second mari; & l'on ne peut dire que l'article CCCCV. sert d'exception à l'article CCCXC. car dans le premier il est parlé de ce qui appartient de droit au mari: or la Coutume en réglant & limitant ce que la femme peut donner à son second mari, n'a pas entendu priver les maris de ce qu'elle leur avoit accordé auparavant sans aucune distinction ni limitation. La question parut fort problématique, & les opinions étoient fort partagées.

Mais cette rente ou cet héritage acquis des deniers

provenans du remploi des meubles échûs à la femme constant son mariage, sera-t'il réputé un propre ou un aqest, puisque la Coutume dispose que ce remploi sera fait pour tenir le nom, côté & ligne de la femme? On le doit réputer un propre, & comme une augmentation de dot que la Coutume fait en faveur de la femme, ce qui fait que l'on ne doit point considérer la nature des biens dont cette augmentation a été composée, parce que la dot est toujours réputée propre.

Suivant cet article lorsque durant le mariage il écheoit à la femme une succession mobilière, elle appartenoit au mari à la charge d'en employer la moitié en héritage ou rente, pour tenir le nom, côté & ligne de la femme, si tant est qu'ils excèdent la moitié du don mobil qui a été fait au mari: Mais si le mari n'a pas fait de remploi de ces meubles, de quel jour la femme aura-t'elle hipotéque sur ses biens? Sera-ce du jour du contrat de mariage, ou du jour seulement que la succession est échûe? Il semble qu'elle doit avoir hipotéque du jour du contrat de mariage; car puisque par l'art. DXXXIX. lorsque la dot de la femme a été aliénée, la femme en a récompense sur les biens du mari du jour du contrat de mariage, & que par l'usage certain de la Province on appelle dot tout ce qui écheoit à la femme en ligne directe, il s'ensuit que si les meubles que le mari étoit obligé de remplacer, proviennent d'une succession directe, la récompense qui est dûe à la femme pour les meubles dont le mari n'a point fait de remploi, doit avoir hipotéque du jour du contrat de mariage ou célébration d'icelui; que si les meubles procèdent d'une succession collatérale, l'hipotéque ne lui en est acquise que du jour que la succession lui est avenue, suivant l'article DXLII. de la Coutume, qui ne donne à la femme pour tous ses autres biens immeubles autres que la dot, la récompense que du jour de l'aliénation. On allégué au contraire, que puisque la Coutume oblige le mari de remplacer la moitié des meubles lorsqu'ils excèdent la moitié du don mobil, pour tenir le nom, côté & ligne de la femme, & que par conséquent ce remploi tient lieu de dot, il doit avoir la même hipotéque, & il ne seroit pas juste que la négligence du mari qui n'a point fait ce remploi, fût préjudiciable à la femme, comme il arriveroit souvent à cause des dettes que le mari auroit contractées depuis le mariage, si elle n'avoit hipotéque que du jour que les meubles sont échûs à la femme: Que si l'on objecte que ces créanciers qui ont contracté de bonne foi, ne doivent pas être préférés par la femme, puisque lorsqu'ils ont contracté avec son mari, elle n'avoit rien à demander sur les biens du mari, & ces meubles qui lui sont venus depuis ne pouvant être réputer faire partie de la dot, qui ne peut consister qu'à ce qui lui a été promis par son contrat de mariage; L'on répond que la condition de la femme est beaucoup plus favorable que celle des créanciers qui ont dû prévoir qu'en contractant avec un homme marié, il pourroit arriver à sa femme une succession mobilière, dont il seroit tenu d'en faire le remploi; mais à l'égard de la femme qui est en la puissance de son mari, & dans l'incapacité d'agir, on ne lui pouvoit imputer de négligence, & la Coutume a prévu à sa sûreté & à son indemnité, en lui ordonnant de faire le remploi de la moitié des meubles échûs à sa femme: L'on ne doit point douter que l'intention de la Coutume n'ait été de lui conserver ces biens-là, comme faisant partie de sa dot, & que par conséquent elle n'ait la même hipotéque lorsque le mari n'a point satisfait à sa disposition: Cependant cette question s'étant offerte en la Grand' Chambre, au rapport de Mr Fauvel de Touvens, il passa tout d'une voix à dire que la femme n'auroit hipotéque que du jour de l'échéance: Mais parce

Si l'immeuble provenant du remploi des meubles échûs à la femme constant son mariage, doit être réputé propre ou aqest?

De quel jour l'hipotéque est acquise sur les biens du mari, quand il n'a pas fait le remploi; qu'il devoit, des meubles échûs à sa femme.

que

que plusieurs célèbres Avocats étoient d'un sentiment contraire, M^r le Rapporteur dressa l'Arrest d'une manière sur des faits particuliers, que l'on ne pouvoit en faire conséquence pour la décision de la question générale. Le fait étoit que Hubert en mariant sa fille à Duval lui donna 3400 liv. dont une partie fut constituée en dot, & le reste demeura au mari pour son don mobil. Hubert aiant laissé des meubles jusqu'à la valeur de cinq mil livres, & Duval n'aiant fait aucun remploi de la moitié, & ses biens aiant été saisis réellement, & sa veuve s'étant opoquée à l'or-

dre pour être colloquée pour la somme de deux mil cinq cens livres, comme du jour de son contrat de mariage, elle fut colloquée seulement du jour du décès du pere; ce qui fut confirmé par l'Arrest. L'on se fonda sur ce que les articles DXXXIX. & DXLII. ne parlent que des immeubles, & que ne s'agissant que de meubles, il y auroit trop d'inconvéniens de donner la préférence à la femme, au préjudice des creanciers qui avoient prêté leur argent depuis le mariage. Cet Arrest est encore rapporté plus au long sur l'article DXLII.

CCCXC I.

Meubles de la femme séparée de biens, à qui appartiennent ?

Meubles de la femme séparée de biens, après la mort à qui appartiennent ?

Avenant la mort de la femme séparée quant aux biens d'avec son mari, ses meubles appartiennent à ses enfans; & si elle n'en a, ils doivent être employez à la nourriture du mari & acquit de ses dettes.

Divorce aboli par la Loi de Grace.

La Loi de Grace aiant rendu le mariage indissoluble parmi les Chrétiens, & la licence du divorce étant abolie, il étoit juste de donner quelque secours aux femmes malheureuses, & de les délivrer en quelque sorte de la captivité de leurs maris, lorsque leur mauvaise conduite, leur violence, ou leur humeur fâcheuse & bizarre rendoient leur condition misérable; & c'est par ce motif que l'on a introduit les séparations de corps & de biens; mais comme on ne doit en venir à cette extrémité, & sur tout à la séparation de corps, que pour des raisons importantes, il ne sera pas inutile de traiter de la cause & du sujet de ces séparations, de la qualité des personnes qui peuvent la demander, de leur forme & de leur effet.

Des séparations de corps & de biens volontaires.

C'est une maxime certaine que les séparations volontaires d'habitation & de biens entre gens mariez, sans connoissance de cause & sans autorité de Justice, sont nulles & réprouvées par les Constitutions Civiles & Canoniques; l'honnêteté publique étant blessée particulièrement par la séparation de corps, elle ne doit point dépendre de la volonté des particuliers, puisqu'elle produit une espece de divorce, & que le mariage si saint & si indissoluble ne dépendroit plus que du caprice des mariez; la moindre colere leur feroit prendre ce parti, & avec la même legereté ils pourroient se reconcilier, & leur condition demeurant incertaine, on ne verroit que des tromperies. M^r Louët, l. 5. n. 16. *Mornac. ad l. 7. de divortii: Argent. 429. gl. 5. n. 5.* M^r le Prestre, Cent. 1. c. 67. Or comme les séparations de corps sont d'une conséquence beaucoup plus importante que la simple séparation de biens, aussi les causes en doivent être plus graves. Les divorces ne sont plus permis, quoi qu'ils fussent encore en usage en France du tems du Roi Dagobert, comme on l'apprend de Marculphe qui nous en a conservé la Formule, l. 2. c. 30. L'on ne souffre plus aussi ces séparations qui se faisoient *ex bona gratia, l. si constante, C. de Repud.* & les séparations volontaires de corps: Le Parlement de Provence les a si fort désapprouvées, que par plusieurs Arrêts il a fait défenses aux Notaires de recevoir des contrats de séparation volontaire de corps, Boniface, l. 5. t. 8. c. 1. & sans doute on ne doit les souffrir qu'avec grande connoissance de cause, le relâchement seroit perilleux, & il étoit important de réprimer cette licence, *dare frenos indomito animali & impotenti natura*: L'obéissance est le partage de la femme, & lorsque sa condition n'est pas tout à fait malheureuse, elle doit porter avec patience des maux médiocres.

La loi *consensu, C. de repud.* & la Nov. 117. expliquent plusieurs causes qui peuvent autoriser le divorce, mais les sévices du mari sont le sujet le plus ordinaire des séparations de corps: en effet, le mari

ne peut commettre une action plus lâche & plus honteuse que de porter la main sur sa femme; on ne doit plus la forcer de converser avec un homme si feroce, qui fait souffrir à sa compagne des traitemens qui ne seroient pas même excusables en la personne d'une vile esclave, & à laquelle la loi permet de se plaindre contre son maître, l. 1. §. 3. *de Offic. Praef. urbi; si duritiem, si famem, si obscœnitatem exponant.*

Des sévices qui peuvent être les causes de la séparation de corps.

Les loix ne contraignent pas une femme de demeurer avec un mari dont la compagnie est si dangereuse & insupportable, mais toutes sortes de mauvais traitemens ne doivent pas porter la femme à rompre le silence; les menaces, ni même les paroles outrageuses ne sont pas des causes suffisantes de séparation; le mariage donnant au mari une si grande autorité sur la personne de sa femme, elle ne doit se servir d'un remède si fâcheux, que quand il exerce les actions d'un tiran plutôt que d'un mari: il n'est pas nécessaire pourtant que sa patience soit muette jusqu'à ce qu'elle ait un bras rompu ou un œil crevé, comme vouloit l'ancienne Coutume; elles peuvent se plaindre pour des sévices moins grandes, les mauvais traitemens d'un mari sont plus ou moins supportables selon la qualité des personnes, ou selon qu'ils retombent souvent dans des emportemens fâcheux & atroces.

Mais il faut avouer que le caprice, la jalousie & l'ivrognerie causent souvent des desordres plus insupportables que les coups, & qu'ils rendent la condition des femmes tres-malheureuses; la jalousie est une maladie qui met à bout la patience des plus vertueuses, parce qu'elle explique mal les actions les plus innocentes; leur modestie, leur tristesse, leur joie donnent également du soupçon aux esprits blessés de cette fantaisie; ils convertissent en poison tout ce qui pouroit contribuer à leur guérison: Il n'est pas moins sensible à une femme de vivre avec un mari toujours plein de vin, & qui semble être né plutôt pour boire que pour vivre; ces défauts néanmoins ne suffiroient pas pour une séparation de corps, si le jaloux n'accompagnoit point sa défiance d'outrage & de sévices, & si l'excès du mari n'offensoit que les loix de la temperance, sans produire des actions dangereuses & terribles; mais un esprit possédé par ces deux passions en vient bien-tôt aux extrémités, il ne peut retenir sa langue ni ses mains, & il est presque impossible qu'une femme puisse trouver sûreté pour sa vie & pour sa liberté, que dans une séparation. M^r le Maître rapporte un Arrest donné contre un mari si furieux dans son intempérance, qu'il commettoit à sa femme les dernières inhumanités, ce qui donna lieu à la séparation de corps: Il a été jugé au Parlement de Provence, que les extravagances & les outrages d'un mari jaloux donnent lieu à la femme de demander la séparation de corps & de biens.

que plusieurs célèbres Avocats étoient d'un sentiment contraire, M^r le Rapporteur dressa l'Arrest d'une manière sur des faits particuliers, que l'on ne pouvoit en faire conséquence pour la décision de la question générale. Le fait étoit que Hubert en mariant sa fille à Duval lui donna 3400 liv. dont une partie fut constituée en dot, & le reste demeura au mari pour son don mobil. Hubert aiant laissé des meubles jusqu'à la valeur de cinq mil livres, & Duval n'aiant fait aucun remploi de la moitié, & ses biens aiant été saisis réellement, & sa veuve s'étant opoquée à l'or-

dre pour être colloquée pour la somme de deux mil cinq cens livres, comme du jour de son contrat de mariage, elle fut colloquée seulement du jour du décès du pere; ce qui fut confirmé par l'Arrest. L'on se fonda sur ce que les articles DXXXIX. & DXLII. ne parlent que des immeubles, & que ne s'agissant que de meubles, il y auroit trop d'inconvéniens de donner la préférence à la femme, au préjudice des creanciers qui avoient prêté leur argent depuis le mariage. Cet Arrest est encore rapporté plus au long sur l'article DXLII.

CCCXC I.

Meubles de la femme séparée de biens, à qui appartiennent ?

Meubles de la femme séparée de biens, après la mort à qui appartiennent ?

Avenant la mort de la femme séparée quant aux biens d'avec son mari, ses meubles appartiennent à ses enfans; & si elle n'en a, ils doivent être employez à la nourriture du mari & acquit de ses dettes.

Divorce aboli par la Loi de Grace.

La Loi de Grace aiant rendu le mariage indissoluble parmi les Chrétiens, & la licence du divorce étant abolie, il étoit juste de donner quelque secours aux femmes malheureuses, & de les délivrer en quelque sorte de la captivité de leurs maris, lorsque leur mauvaise conduite, leur violence, ou leur humeur fâcheuse & bizarre rendoient leur condition misérable; & c'est par ce motif que l'on a introduit les séparations de corps & de biens; mais comme on ne doit en venir à cette extrémité, & sur tout à la séparation de corps, que pour des raisons importantes, il ne sera pas inutile de traiter de la cause & du sujet de ces séparations, de la qualité des personnes qui peuvent la demander, de leur forme & de leur effet.

Des séparations de corps & de biens volontaires.

C'est une maxime certaine que les séparations volontaires d'habitation & de biens entre gens mariez, sans connoissance de cause & sans autorité de Justice, sont nulles & réprouvées par les Constitutions Civiles & Canoniques; l'honnêteté publique étant blessée particulièrement par la séparation de corps, elle ne doit point dépendre de la volonté des particuliers, puisqu'elle produit une espece de divorce, & que le mariage si saint & si indissoluble ne dépendroit plus que du caprice des mariez; la moindre colere leur feroit prendre ce parti, & avec la même legereté ils pourroient se reconcilier, & leur condition demeurant incertaine, on ne verroit que des tromperies. M^r Louët, l. 5. n. 16. *Mornac. ad l. 7. de divortii: Argent. 429. gl. 5. n. 5.* M^r le Prestre, Cent. 1. c. 67. Or comme les séparations de corps sont d'une conséquence beaucoup plus importante que la simple séparation de biens, aussi les causes en doivent être plus graves. Les divorces ne sont plus permis, quoi qu'ils fussent encore en usage en France du tems du Roi Dagobert, comme on l'apprend de Marculphe qui nous en a conservé la Formule, l. 2. c. 30. L'on ne souffre plus aussi ces séparations qui se faisoient *ex bona gratia, l. si constante, C. de Repud.* & les séparations volontaires de corps: Le Parlement de Provence les a si fort désapprouvées, que par plusieurs Arrêts il a fait défenses aux Notaires de recevoir des contrats de séparation volontaire de corps, Boniface, l. 5. t. 8. c. 1. & sans doute on ne doit les souffrir qu'avec grande connoissance de cause, le relâchement seroit perilleux, & il étoit important de réprimer cette licence, *dare frenos indomito animali & impotenti natura*: L'obéissance est le partage de la femme, & lorsque sa condition n'est pas tout à fait malheureuse, elle doit porter avec patience des maux médiocres.

La loi *consensu, C. de repud.* & la Nov. 117. expliquent plusieurs causes qui peuvent autoriser le divorce, mais les sévices du mari sont le sujet le plus ordinaire des séparations de corps: en effet, le mari

ne peut commettre une action plus lâche & plus honteuse que de porter la main sur sa femme; on ne doit plus la forcer de converser avec un homme si feroce, qui fait souffrir à sa compagne des traitemens qui ne seroient pas même excusables en la personne d'une vile esclave, & à laquelle la loi permet de se plaindre contre son maître, l. 1. §. 3. *de Offic. Praef. urbi; si duritiem, si famem, si obscœnitatem exponant.*

Des sévices qui peuvent être les causes de la séparation de corps.

Les loix ne contraignent pas une femme de demeurer avec un mari dont la compagnie est si dangereuse & insupportable, mais toutes sortes de mauvais traitemens ne doivent pas porter la femme à rompre le silence; les menaces, ni même les paroles outrageuses ne sont pas des causes suffisantes de séparation; le mariage donnant au mari une si grande autorité sur la personne de sa femme, elle ne doit se servir d'un remède si fâcheux, que quand il exerce les actions d'un tiran plutôt que d'un mari: il n'est pas nécessaire pourtant que sa patience soit muette jusqu'à ce qu'elle ait un bras rompu ou un œil crevé, comme vouloit l'ancienne Coutume; elles peuvent se plaindre pour des sévices moins grandes, les mauvais traitemens d'un mari sont plus ou moins supportables selon la qualité des personnes, ou selon qu'ils retombent souvent dans des emportemens fâcheux & atroces.

Mais il faut avouer que le caprice, la jalousie & l'ivrognerie causent souvent des desordres plus insupportables que les coups, & qu'ils rendent la condition des femmes tres-malheureuses; la jalousie est une maladie qui met à bout la patience des plus vertueuses, parce qu'elle explique mal les actions les plus innocentes; leur modestie, leur tristesse, leur joie donnent également du soupçon aux esprits blessés de cette fantaisie; ils convertissent en poison tout ce qui pouroit contribuer à leur guérison: Il n'est pas moins sensible à une femme de vivre avec un mari toujours plein de vin, & qui semble être né plutôt pour boire que pour vivre; ces défauts néanmoins ne suffiroient pas pour une séparation de corps, si le jaloux n'accompagnoit point sa défiance d'outrage & de sévices, & si l'excès du mari n'offensoit que les loix de la temperance, sans produire des actions dangereuses & terribles; mais un esprit possédé par ces deux passions en vient bien-tôt aux extrémités, il ne peut retenir sa langue ni ses mains, & il est presque impossible qu'une femme puisse trouver sûreté pour sa vie & pour sa liberté, que dans une séparation. M^r le Maître rapporte un Arrest donné contre un mari si furieux dans son intempérance, qu'il commettoit à sa femme les dernières inhumanités, ce qui donna lieu à la séparation de corps: Il a été jugé au Parlement de Provence, que les extravagances & les outrages d'un mari jaloux donnent lieu à la femme de demander la séparation de corps & de biens.

Si les maladies du mari peuvent donner lieu à la séparation de corps & d'habitation ?

J'ai parlé des vices & des défauts du mari qui donnent un juste sujet à la femme de demander la séparation de corps & d'habitation ; mais je ne mets pas en ce rang les maladies dont il peut être affligé : les disgrâces & les malheurs qui surviennent durant le mariage, ne doivent point altérer les affections des mariez, la bonne & mauvaise fortune doit se partager entr'eux également ; ils doivent ressembler aux deux mains, qui dans l'ordre de la nature se prêtent un secours mutuel. Silius Italicus fait dire ces belles paroles à Martia, femme de Regulus, qui le vouloit suivre à Carthage.

*Hoc unum, conjux, uteri per pignora nostri
Unum oro, liceat tecum quocumque ferentem
Terrarum pelagique pati cœlique labores.*

Et S. Augustin dans le Canon 18. c. 32. q. 16. *Si quis uxorem habeat sterilem, vel deformem corpore, si-
ve debilem membris, vel cœcam, vel surdam, vel clau-
dam, vel si quid aliud siue morbis & doloribus langu-
ribusque confectam, & quidquid exceptâ fornicatione
cogitari potest, vehementer horribile pro fide & socie-
tate sustineat.* Ce qui est dit du mari doit s'appliquer à la femme : on ne prescrit rien pour l'un touchant les devoirs du mariage, que l'autre ne soit pareillement obligé de garder, *quidquid juris iubetur, hoc conse-
quenter redundat ad fœminas.* Hieron. *Epist. ad Oceanum.* Benard étant tombé en foiblesse d'esprit, la

Si la foiblesse d'esprit est une cause légitime de séparation ?

femme obtint aussi-tôt des lettres de séparation, & aiant refusé d'accepter la curatelle de son mari, les parens furent obligés de nommer un curateur. Et cette femme en conséquence de sa séparation s'étant fait ajuger tous ses droits, sur l'appel du curateur, de Meherenc son Avocat disoit que le mauvais ménage du mari pouvoit bien donner lieu à la séparation de biens, mais qu'il étoit d'un pernicieux exemple qu'une femme se fit séparer de biens pour une foiblesse d'esprit arrivée à son mari : La loi *si cum dotem* 22. §. 7. *D. solut. matr.* décide en termes formels, que la fureur n'est point une cause valable de séparation ; *si morbus perpetuus est, qui tamen ferendus, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, quid enim tam humanum est quam in fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse ?* Puisqu'elle doit lui être en aide, & que les conjoints doivent participer à la bonne ou mauvaise fortune l'un de l'autre, & par ce principe au lieu de se séparer, elle doit employer ses soins & son bien pour assister son mari. Greatd répondoit que son mari étant en curatelle, il n'étoit pas juste qu'elle tombât en la curatelle d'autrui, & que son bien passât en d'autres mains que les siennes ; que les loix que l'on avoit rapportées pour prouver que la fureur n'étoit pas une cause légitime de séparation, avoient été abrogées par les Constitutions 111. & 112. de l'Empereur Leon, qui avoit estimé que la fureur étoit une cause suffisante pour dissoudre le mariage : Par Arrest du 14 de Mars 1673. la Sentence fut cassée, & on ajugea à la femme le tiers du bien seulement, & pour le surplus (parce que tous les biens consistoient en meubles) on renvoia les parties devant les Juges des lieux ; entre Thomas le Monnier curateur de Pierre Varin, apelant, & Madeleine Dehors, intimée.

Si l'épilepsie & la lépre sont des causes légitimes de séparation de corps & d'habitation ?

Dans la seconde partie du Journal des Audiences, l. 5. c. 17. on traite la question ; si l'épilepsie, autrement le mal caduc, étoit une cause légitime de séparation de corps & d'habitation ? Il y eut un Arrest interlocutoire qui apointa les parties en droit, & cependant que les transactions seroient exécutées, sans préjudice du droit des parties ; mais l'Auteur remarque, que bien que cet Arrest fût un préjugé contre un mari ataqué d'épilepsie, néanmoins que ce qui donna lieu à l'Arrest étoit qu'il paroissoit par une Enquête qu'il y avoit eu des violences de la part du mari ; d'ailleurs y aiant une transaction, il étoit dans l'ordre d'en ordonner l'exécution par provision ; ainsi l'on pouvoit dire, que quand il n'y avoit que le seul fait d'épilepsie, la question étoit encore indécidée.

Dans le même endroit, & dans M^r le Prestre, Centurie 1. c. 101. on traite la question, si la lépre est une cause légitime de séparation de corps & d'habitation. Par le titre *de conjugis leprosi*, dans le Droit Canonique il est décidé, que *lepra superveniens cum sit morbus contagiosus, non dissolvit matrimonium, nec impedit ejus effectum, & redditionem debiti, etiamsi valde immineat periculum contagionis*, & ces dernières paroles détruisent la distinction de quelques Docteurs entre les diverses especes de lépre, dont ils font une espece beaucoup plus dangereuse que l'autre ; car le Droit Canonique a décidé, qu'encore même que *periculum contagionis immineat, non impeditur effectus matrimonii ; sed quid de separatione ex causa luis venerea, vid. Alciatum, ad Rubricam solut. matr.* M^r le Prestre, Cent. 1. c. 101.

Bien que les séparations volontaires de corps & d'habitation soient réprouvées, il n'en est pas de même de la séparation de biens ; elle se fait par le contrat de mariage, ou en vertu des Lettres du Prince enterinées suivant les formes, ou par la seule faisie réelle de tous les biens du mari ou de la meilleure partie d'iceux : Pour empêcher qu'il ne se commette des abus & des tromperies par ces séparations, on y doit garder tant de solemnités qu'elles ne peuvent être clandestines ni inconnues ; & quoi que la dissipation de biens & le mauvais ménage du mari soit le sujet le plus ordinaire de la séparation de biens, elle se peut faire aussi volontairement par un contrat de mariage, ce qui n'offense point l'honnêteté publique, & ne détruit point le mariage ; car la communauté de biens entre les mariez n'est pas de l'essence du mariage, cette séparation n'est qu'une sage précaution pour ne s'engager pas aveuglément aux dettes l'un de l'autre ; & pour faire subsister cette séparation il n'est pas nécessaire d'obtenir des Lettres à la Chancellerie ni de les faire enteriner, comme a crû Godefroy ; il suffit que la femme fasse inventaire des meubles qu'elle apporte à son mari, & qu'elle fasse inscrire son nom au Tabellionage.

La séparation de biens se peut faire en deux manieres.

Lorsque la séparation de biens est stipulée par le contrat de mariage, le mari n'en peut empêcher l'exécution, bien que la femme ait vécu quelque tems avec lui sans s'en prévaloir, & même qu'elle lui ait laissé la jouissance de son bien : Il fut jugé de la sorte en l'Audience de la Grand'Chambre, l'onzième de Mai 1657. nonobstant l'opposition du mari, qui soutenoit que le silence de la femme equipoloit à une renonciation ; plaidans Maury & Herouët.

Il n'est point besoin de prendre des Lettres à la Chancellerie pour la séparation stipulée par le contrat de mariage, & le mari n'en peut empêcher l'exécution.

Si au contraire une femme avoit vécu comme séparée, qu'elle en eût fait tous les actes, & qu'elle eût soutenu cette qualité contre les créanciers de son mari, elle ne seroit pas recevable à alléguer par après qu'elle ne l'étoit point. Catherine Maunourry opposa contre une exécution faite à la requête d'un créancier, prétendant que les biens exécutés lui appartenoient en qualité de femme séparée : Le procès mû sur cette opposition dura long-tems devant les Juges de Caën & de Baieux, au Parlement & au Privé Conseil en règlement de Juges ; mais le mari de ladite Maunourry étant mort pendant le procès, elle renonça à sa succession, & déclara qu'elle n'entendoit pas reprendre le procès, son mari l'ayant entrepris sous son nom, bien qu'elle fût en sa puissance, & qu'elle ne fût point valablement séparée d'avec lui : Il est vrai que la séparation avoit été stipulée par son contrat de mariage, mais son nom n'avoit point été inscrit au Tabellionage. Saint Gilles qui representoit la nommée Racine, répondoit que les créanciers peuvent bien objecter le défaut de solemnités, mais non la femme qui a paru long-tems en cette qualité, qui a fait tous les actes de femme séparée avec d'autres personnes, prêté & emprunté de l'argent : Par Arrest au rapport de M^r de Touffreville-le-Roux, du premier de Juin 1655. ladite Maunourry fut déboutée de ses lettres de restitution contre tous les

actes qu'elle avoit passés, comme femme séparée de biens.

Séparation de biens faite en fraude des droits de la femme, ne peut lui nuire.

Mais puisque la mauvaise conduite du mari est la cause légitime de la séparation de biens, si au contraire un mari bon-ménager portoit sa femme à demander cette séparation, pour la frustrer de la part qu'elle pouvoit avoir en ses meubles & en ses acquêts, cette séparation comme faite en fraude des droits de la femme ne lui pouvoit nuire, bien que toutes les formes prescrites eussent été gardées : Il fut ainsi jugé le 21 de Mars 1638. en la Chambre de l'Edit, pour la Dame de Bourdeaux de Lespiney, contre les heritiers du sieur de Bourdeaux son mari.

Ce qu'elle est obligée de faire pour en empêcher l'effet.

En ce cas lorsque la femme prétend que la séparation a été pratiquée pour la frustrer de ses droits, elle doit faire sa protestation durant le mariage, ou incontinent après la dissolution d'icelui ; autrement sa plainte ne seroit plus écoutée, suivant l'Arrest donné le 19 de Juin 1622. entre Madeleine de la Place veuve de Me Jean Maillard Conseiller au Présidial de Roüen, & les heritiers dudit Maillard. Ladite Maillard avoit été séparée de biens constant son mariage, & en cette qualité elle avoit fait plusieurs contrats & obligations : Le mari de sa part avoit fait plusieurs acquêts, & par son testament il lui avoit donné tous ses meubles. Après la mort d'icelui elle apela de la Sentence qui entérinoit ses lettres de séparation, à l'effet de prendre part aux acquêts faits par son mari, alléguant qu'elle n'avoit eu aucune participation en cette procédure ; que son mari seul avoit obtenu les lettres, & fait juger l'entérinement d'icelles. On lui objectoit qu'elle ne pouvoit blâmer une séparation qu'elle avoit agréée, aiant fait tous les actes d'une femme séparée, & pris cette qualité jusqu'à la mort de son mari, *l. post mortem, de adopt. & emancip.* Par l'Arrest la Cour mit l'appellation au néant, & la femme fut déclarée non recevable à demander part aux acquêts.

Si toutes sortes de femmes peuvent demander la séparation de biens ?

On doutoit autrefois si toutes sortes de femmes pouvoient demander la séparation de biens ; par exemple, la femme d'un Receveur des Tailles ou d'une autre personne qui a manié les deniers publics ? La raison de douter étoit, que par l'Ordonnance de Rousillon on ne peut prendre par bénéfice d'inventaire la succession des personnes de cette qualité. Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand'Chambre, le premier d'Avril 1639. pour Jeanne de la Houffaye femme d'un Receveur des Tailles, qui fut reçue à se faire séparer de biens, plaidans Coquerel & le Boulanger. Le quatrième du même mois & an, la même chose fut jugée pour la femme du Couteux, Receveur Paieur des Gages des Officiers du Présidial de Roüen.

Si le mari est reçu à demander la séparation de biens ?

L'action en séparation de biens est intentée ordinairement par la femme ; mais pouvoit-on la refuser au mari s'il la demandoit ? De la Lande sur l'article 198. de la Coutume d'Orléans, est de ce sentiment, que si un mari avoit une femme prodigue & d'une excessive dépense, il pouvoit présenter Requête en Justice, à l'effet que la communauté fût résolue : Nous en trouvons un Arrest celebre dans la Bibliothèque du Droit François, *in verbo (separatio.)* Il étoit échû une succession à la femme de Me Barnabé le Vest Avocat au Parlement de Paris, mais ne voulant pas être diverti du Bureau où il s'occupoit dignement, comme il paroît par ses Ouvrages, pour vâquer à une multitude de procès & d'actions qui lui étoient faits par ses beaux-freres, il se fit séparer de biens d'avec la femme ; après les inventaires valablement faits, les sieurs de Poille ses beaux-freres apelerent des Sentences de séparation de biens, soutenans qu'elles étoient collusoires & sans cause, pour les vexer impunément sous le nom de sa femme, par le moien de cette séparation, & qu'ils avoient un interest notable de s'y opposer, afin que le mari étant responsable de l'évenement des mauvais procès, la femme ne les entreprît pas temerairement. Me le Vest alléguoit une juste occasion de craindre les pro-

cess, les apelans lui en aiant déjà fait un grand nombre ; que cette apprehension étoit raisonnable, aiant été aprouvée en un cas pareil par les Jurisconsultes, à l'égard de celui qui renonçoit à une succession par ce motif ; car Ulpian en la *l. qui poterat, ad S. C. Trebell.* parlant de celui qui *heres institutus noluit adire hereditatem, veritus ne damno afficeretur ; opinio, inquit, vel metus, vel color ejus qui noluit adire hereditatem inspicitur, non substantia hereditatis.* La Cour, pour bonnes causes & raisonnables considerations à cela mouvant, ordonna que ce dont étoit apelé sortiroit son effet.

Il est certain qu'en Normandie le mari peut stipuler valablement une séparation de biens, pour ne s'engager pas aux dettes de sa femme : Il pouvoit encore la demander si la femme se faisoit autoriser pour prendre une succession qu'il estimeroit onereuse ; parce que suivant nos maximes, la seule autorisation ne le mettroit pas à couvert des condamnations qui seroient jugées contr'elle : Mais la plainte qu'un mari feroit de la dépense & de la profusion de sa femme, paroîtroit ridicule, elle marqueroit sa foiblesse & son peu d'autorité ; car la nature & les loix lui donnant un si grand pouvoir sur les actions & sur la conduite de sa femme, il se doit imputer à lui seul son malheur s'il ne l'empêche pas de dissiper ses biens, puisqu'il peut si aisément lui en interdire le maniement & la dispensation.

Cas où le mari peut valablement stipuler une séparation de biens en Normandie.

Pour la séparation de corps, comme il est difficile de changer les mauvaises inclinations d'une femme, & de se rendre maître de ses volontés, la plainte du mari paroît plus recevable. Par le Droit Romain, *actio dabatur marito de moribus*, cette action pouvoit être formée pour plusieurs sujets dont il est fait mention en la loi *jubemus, §. 2. C. de repudiis* ; elle étoit même coupable pour avoir bû du vin, *si vinum bibit, si cum alio viro probri quid fecerit* ; Aulugelle, *l. 10, c. 23.* Et comme par la mauvaise conduite du mari la femme pouvoit répéter sa dot, le mari pouvoit pareillement retenir la dot selon la qualité de la faute dont il acusoit sa femme, ce que M^r Cujas a expliqué sur la loi *vir. uxor. l. 11. quest. Papiniani*, où il distingue *inter mores graviores & leviores uxoris*. Parmi nous le crime d'adultere donnoit ouverture à la séparation de corps ; mais l'on peut révoquer en doute si le mari la pouvoit demander pour quelques autres déreglemens commis par sa femme ? cela se décideroit selon la gravité des faits dont elle seroit aculée.

Si le mari est recevable à demander la séparation de corps ?

L'adultere donne lieu à la séparation de corps.

Les séparations de biens s'obtenant facilement, & la misere du siecle les aiant rendues tres-frequentes, il étoit nécessaire pour prévenir les fraudes & les tromperies d'y apporter beaucoup de précautions ; quoi que parmi les Romains les divorces se fissent aisément, néanmoins ils ne se pouvoient faire qu'en gardant plusieurs formes : le mari envoioit ordinairement la lettre de divorce par quelque Afranchi ; on y apeloit sept témoins ; il prononçoit certaines paroles, par lesquelles il remettoit sa femme en sa liberté, & lui permettoit de reprendre ce qu'elle avoit apporté, *l. 2. §. 1. l. 9. D. de divortio* ; mais quand il ne s'agissoit que de la répétition de la dot, (ce que la femme pouvoit faire lorsque le mari tomboit en pauvreté) on n'y gardoit pas tant de formes.

Des formalitez requises pour la validité des séparations.

On a requis un si grand nombre de solemnités par le Règlement de la Cour de l'année 1600. pour rendre notoires les séparations de biens, qu'il est presque impossible qu'elles demeurent secretes & inconnues ; la plus essentielle & la plus nécessaire, est celle qui oblige les femmes séparées de faire inscrire leurs noms au Tabellionage, en des Tableaux qui y sont affichés publiquement dans les villes, afin que toutes sortes de personnes puissent en avoir connoissance : Cette formalité est indispensable, & on observeroit inutilement toutes les autres, si elle manquoit.

La femme séparée est tenue de faire inscrire son nom au Tabellionage, à peine de nullité.

Cette solemnité, comme publique & perpetuelle, est aussi observée en d'autres lieux. Dans le Duché d'Orleans les Jugemens de separation sont proclamés à cri public, & signifiez au Syndic des Notaires, avec injonction d'en avertir ses Confreres, lesquels doivent inscrire dans une Charte posée dans leur Etude en lieu public, les noms des maris & des femmes séparées, afin qu'aucun ne contracte avec eux sans le savoir, & par la même raison les noms des personnes séparées de biens sont mis en un Tableau qui est exposé dans le Château d'Orleans: De la Lande sur l'art. 198. de la Coutume d'Orleans. Et par Arrest du Parlement de Paris rapporté par le Commentateur de M^r Loüet, l. S. n. 16. toutes Sentences d'interdiction doivent être publiées, & le nom de l'interdit écrit dans le Tableau qui est dans les Etudes des Notaires. Ce qui n'est pas seulement requis pour les separations qui se font en vertu de Lettres de Prince, mais aussi pour celles qui sont stipulées par le contrat de mariage, autrement les meubles de la femme peuvent être vendus pour les dettes du mari, comme il fut jugé par Arrest de la Grand' Chambre, le 7 d'Août 1637. contre la Demoiselle le Monnier femme du sieur de Vaudemont, qui prétendoit que cette formalité n'étoit point nécessaire pour les separations stipulées par le contrat de mariage.

Séparation stipulée par contrat de mariage, doit être insinuée aux Assises.

Cas où les créanciers du mari ne peuvent exécuter les meubles de la femme séparée, dont la séparation n'est point insinuée.

Il faut néanmoins remarquer que si en conséquence de la separation stipulée par le contrat de mariage, la femme a fait un inventaire des meubles qu'elle apportoit à son mari, bien qu'elle n'ait point fait inscrire son nom au Tabellionnage, ni insinuer la separation aux Assises, toutefois les créanciers du mari ne peuvent exécuter ces meubles comme appartenans à leur débiteur. La Demoiselle de Mont-Rosti étoit séparée de biens par son contrat de mariage, & elle avoit fait un inventaire de ses meubles, sans faire insinuer la separation aux Assises; la belle-mère créancière de son mari aiant fait saisir plusieurs meubles, dont une partie étoit comprise dans l'inventaire de la Demoiselle de Mont-Rosti, elle lui en contredit la main-levée, alléguant que la separation n'avoit point été publiée aux Assises: Elle répondoit que c'étoit assés qu'il demeurât constant qu'elle eût apporté ces meubles-là à son mari; que le défaut d'insinuation ne lui pouvoit nuire qu'en cas qu'elle prétendît quelques droits sur les meubles de son mari; que cette belle-mère ne pouvoit pas alléguer qu'elle eût ignoré les clauses de son contrat de mariage: Par Arrest du 17 de Novembre 1665. on lui ajugea main-levée de ses meubles, plaidans de Lépiney & Aubout.

Autre Arrest sur ce fait. Le contrat de mariage d'une femme contenoit une separation de biens & une declaration particulière des meubles qu'elle apportoit à son mari: Ces meubles furent saisis par les créanciers du mari, avant qu'elle eût fait inscrire son nom dans le Tableau des femmes séparées: Et aiant été deboutée de son opposition contre cette saisie, elle disoit pour moïens d'apel, que si en qualité de femme séparée elle demandoit ses droits sur les biens de son mari, elle ne pouvoit les avoir, si elle n'avoit observé toutes les formes requises pour la validité des separations, & notamment si elle n'avoit pas mis son nom au Tabellionnage; mais que l'observation de ces solemnités n'étoit pas nécessaire à l'effet de lui conserver ce qui lui appartenoit, & qu'elle avoit réservé par son contrat de mariage; car ces biens n'appartenans point à son mari, puisqu'elle ne les lui avoit point donnés, ses créanciers n'avoient pu les saisir: Ainsi le défaut d'avoir inscrit son nom au Tabellionnage, la privoit bien de prendre part aux biens de son mari, mais il ne lui étoit pas ce qui lui appartenoit en propriété. De Cahagnes pour le créancier, lui objectoit qu'elle ne pouvoit demander ce qui avoit été trouvé dans la maison de son mari, qu'en vertu d'une separation valable. C'est le seul moïen qui peut servir à la femme,

cessant quoi tout est présumé appartenir au mari: Par Arrest du 26 d'Octobre 1666. en la Chambre des Vacations la Sentence fut cassée, & main-levée des meubles accordée à la femme.

Les diligences requises pour la separation doivent être faites devant les Juges Roiaux & non devant l'Official, auquel les Lettres du Prince ne sont jamais adressées: A l'égard des Hauts-Justiciers, par Arrest du 23 de Février 1657. il a été jugé entre les Officiers Roiaux de Montvilliers & le Bailli de Longueville, que le Haut-Justicier pouvoit connoître des lettres de separation civile: mais l'on prétend que cela ne doit pas être tiré en conséquence pour les autres; & que quand il s'agiroit d'une separation de corps & d'habitation, le Juge d'Eglise n'en seroit pas compétent, parce qu'il ne connoît que de *foedere matrimonii*, suivant un Arrest rapporté dans la seconde partie du Journal des Audiences du Parlement de Paris, l. 2. c. 17. Dans la Bretagne la Jurisdiction Eclésiastique s'est maintenuë dans la possession de connoître de plusieurs matieres qui sont ailleurs de la compétence du Juge Roial; néanmoins M^r d'Argentré convient que *cognitio separationis bonorum est fori laici, etiamsi Canonistarum constitutiones de eo liberius disponant quam nunc; art. 429. gl. 5.*

Il est juste que les créanciers soient apelez à l'enterinement des lettres de separation pour y conserver leur intérêt, les femmes demandant souvent ces separations de biens sans aucun prétexte. Pour prévenir ces fraudes, la Cour a prudemment ordonné que les créanciers seroient apelez, pour consentir ou pour contredire l'enterinement des lettres de separation, parce qu'ils sont les seuls contradicteurs légitimes; ce ne seroit pas néanmoins une nullité de n'avoir pas apelé généralement tous les créanciers, il peut être que la femme ne les connoissoit pas; mais ce seroit une nullité de n'en avoir apelé aucun; suivant les Arrêts remarquez par M^r Josias Berault: Que si la femme étoit convaincue d'avoir soustrait les meubles de son mari, elle ne seroit pas recevable à demander la separation; & néanmoins une femme nommée de la Fosse, femme d'un surnommé Quinet, aiant été deboutée de ses lettres de separation à cause des soustractions qu'elle avoit commises, & depuis aiant obtenu de nouvelles lettres, on n'eut point d'égard à l'opposition de la belle-mère, parce qu'elle ne lui imputoit aucune soustraction, par Arrest en l'Audience de la Grand'Chambre, du 28 de Février 1631.

Pour donner effet à la separation en Normandie, suffira-t'il d'avoir gardé les solemnités prescrites en cette Province, ou s'il suffit d'avoir observé ce qui est prescrit par les Coutumes des lieux où les conjoints étoient domiciliés au tems de la separation? Le Gendre & Marie Boulais la femme demouroient à Paris; cette femme se fit separer de biens; depuis étant retournée à Caën, ils y demourerent sans faire paroître par aucune action qu'ils fussent separés. De Noyon & Penon créanciers du mari aiant fait saisir leurs meubles, la femme en qualité de femme séparée en demanda la main-levée, soutenant que nonobstant sa demeure en Normandie, la separation étoit valable; puisqu'elle avoit gardé toutes les formes requises suivant l'usage de Paris où elle avoit lors son domicile, & que lorsqu'il s'agit de solemnités, on n'est obligé de garder que celles du lieu où l'acte a été passé: au contraire, les créanciers prétendoient que l'on ne devoit y avoir aucun égard, cette separation n'ayant point été publiée à Caën; qu'ils avoient contracté de bonne foi avec le mari, le croians maître des meubles suivant la Coutume de cette Province; qu'en tout cas elle devoit rendre sa separation notoire, en mettant son nom au Tabellionnage: Le Juge de Caën avoit prononcé à bonne cause l'exécution faite, faute d'avoir fait enregistrer le Jugement de separation au Bailliage de Caën: Sur l'apel; on mit les parties hors de Cour, par Ar-

Quels Juges peuvent connoître des separations?

Les créanciers doivent être apelez à l'enterinement des lettres de separation.

La femme aiant soustrait les meubles de son mari, ne peut obtenir de lettres de separation.

Si les formalitez prescrites par une Coutume pour la separation étant observées, suffisent quand les conjoints changent de domicile & de Coutume?

rest donné en la Chambre de l'Edit, le 16 de Decembre 1658. On objectoit à la femme qu'elle n'avoit point fait d'inventaire suivant l'usage de Paris. Bien qu'il ne soit pas nécessaire lorsque la separation a été jugée dans une autre Coûtume où les conjoints avoient leur domicile, de réiterer les formalités requises par nos Réglemens lorsqu'ils viennent demeurer en Normandie, néanmoins il faut rendre la separation notoire en la faisant lire aux Assises, ou en mettant les noms au Tabellionage.

Des effets de la separation, & du bénéfice que la femme en reçoit.

La femme séparée aiant observé tout ce qui lui est ordonné par les Réglemens, il faut examiner quels sont les effets de la separation & le bénéfice qu'elle en reçoit. La separation lui donne ouverture pour demander la jouissance de sa dot & de son douaire, on lui ajuge même ses parafernaux; car nous donnons en ce cas le même effet à la mort civile qu'à la mort naturelle; & en ce point nôtre usage est contraire à celui où l'on fait difference entre la separation de biens & la separation de corps & d'habitation: au premier cas la femme peut redemander ce qu'elle a aporté, mais non son douaire ni son préciput, ni la communauté, ni le don de survie; mais quand il y a separation de corps & d'habitation, elle peut demander la restitution de ses droits matrimoniaux, élire la communauté, & en prendre sa part & y renoncer, & demander la restitution de ses conventions de mariage; M^r le Prestre, Cent. 1. c. 67. M^r Louët, l. D. n. 36. On jugea la même chose entre Pierre de Rouves, apelant de Sentence renduë par le Bailli de Roüen, ou son Lieutenant au lieu, & Marguerite de Caux sa femme, intimée. Il étoit ordonné par la Sentence que vû ce qui resuoltoit de l'information, pour les blasphèmes proferez par ledit de Rouves, il étoit condamné en deux cens livres d'amende, & que ladite de Caux demeureroit séparée de corps & d'habitation d'avec lui l'espace de cinq ans, pendant lesquels il la pourroit visiter, & qu'il lui paieroit annuellement neuf cens livres, & la somme de mille livres au lieu de ce qu'elle devoit remporter par son contrat de mariage: Par Arrest donné en la Chambre des Vacations, le 8 de Novembre 1660. la Sentence fut confirmée, ladite de Caux séparée de corps, & le mari condamné de lui paier la somme de quinze cens livres de pension, si mieux n'aimoit lui acorder dès à present ses droits & conventions de mariage: Les sévices du mari donnerent lieu à l'Arrest.

On donne tant d'avantage à la femme séparée de biens, que par Arrest au rapport de M^r d'Anviray, du 14 d'Août 1656. entre Marguerite du Hamel femme d'un surnommé Belet, & les creanciers dudit Belet, sur la question savoir si trois mille livres de meubles donnez par augmentation de dot à une Demoiselle, en cas que son mari la précédât, pouvoient être demandez en consequence de la separation civile, il fut jugé que la femme séparée jouiroit dès à present des interêts de cette somme.

Formalitez requises pour jouir des effets de la separation.

Pour jouir de l'effet de la separation, tant pour les meubles que les immeubles, la femme doit faire faire un inventaire des meubles du mari, & se faire ajuger sur iceux ses parafernaux, autrement tous les meubles sont réputez appartenir au mari; elle doit pareillement presenter aux creanciers des lots à douaire, & faire proceder à la choisie d'iceux; que si elle neglige de le faire, les fruits peuvent être faisis par les creanciers du mari: ce qui ne rend pas la separation nulle, mais elle perd la jouissance de son douaire durant le tems qu'elle neglige de faire des lots.

Si les quittances du mari, qui non obstant la separation reçoit les revenus de sa femme, sont valables?

Si non obstant la separation le mari reçoit les revenus de sa femme, on a révoqué en doute si ses quittances étoient valables, & si la femme étoit obligée de les aprouver? Lorsque la femme demeure avec son mari, & qu'il lui a fourni sa nourriture & son entretenement, elle n'est pas recevable à faire

paier une seconde fois ses fermiers ou ses debiteurs, mais si le mari avoit dissipé mal à propos les revenus de sa femme, sans les avoir emploiez à sa nourriture & à celle de sa famille, elle ne seroit pas tenue d'en aloüer les quittances.

La separation donne veritablement à la femme la jouissance de ses biens, mais on lui en interdit entierement l'alienation, & elle ne peut les hipotéquer, non pas même du consentement ou de l'autorité de son mari; car tant s'en faut que par la separation elle aquire une pleine liberté de disposer de son bien, qu'au contraire elle est liée plus étroitement qu'auparavant: lorsqu'elle n'étoit point séparée elle pouvoit vendre du consentement & par l'autorité de son mari; mais après la separation ses biens deviennent inalienables, & le consentement du mari ne peut rendre valable l'engagement ou la vente qu'elle en a faite: Nôtre Usage est fondé sur cette raison, que le mauvais ménage & la pauvreté du mari donnant lieu à la separation, & n'étant introduite que pour donner le moien à la femme de se nourrir & d'entretenir sa famille, ce secours de la loi lui deviendroit inutile, si le mari pouvoit l'engager à vendre son bien: Il est vrai que la Coûtume permet à la femme de vendre son bien du consentement de son mari; mais c'est à condition que les biens du mari soient suffisans pour le remplacer. Or quand la femme est forcée de se séparer, l'on présume que sa fortune est déplorée, & qu'il n'a point de quoi remplacer; de sorte que si la separation ne lioit pas les mains à la femme, elle lui deviendroit inutile. Suivant l'Usage de Paris la femme séparée peut aliener & s'obliger sans le consentement de son mari; la raison est que la vente des biens de la femme étant valable lorsqu'elle est faite du consentement du mari, quoi qu'elle n'en puisse avoir récompense sur ses biens, on conserve encore cette liberté à la femme après sa separation, pourvû qu'elle soit autorisée; mais nos principes étans contraires, & la vente des biens de la femme ne pouvant valoir qu'à condition du emploi, nous n'estimons pas raisonnable de permettre ces alienations, lorsque le mari n'est plus en état de bailler un emploi: Quoi qu'il en soit, puisque l'on ôte au mari la jouissance du bien de sa femme, on doit beaucoup plutôt lui en interdire l'alienation: Et c'est ce que la Cour a ordonné par le Règlement de 1600. Du Moulin sur la Coûtume de Bourbonnois, article 170. & 232. a soutenu que *facta separatione mulier non est amplius sub potestate viri*; d'où il s'ensuivroit qu'elle pouvoit s'obliger & disposer de ses biens, & quelques Coûtumes le disent expressement, Lorris, c. 8. article 6. Sedan, article 95. & 97. mais suivant plusieurs autres Coûtumes & par les Arrêts du Parlement de Paris, la femme non obstant la separation demeure en la puissance du mari.

La femme séparée ne peut aliéner ses biens, du consentement même de son mari.

Cas où la femme peut aliéner son bien du consentement de son mari.

Arrest en la seconde Chambre des Enquêtes, du 23 Août 1683. au rapport de M^r Petit, entre Marguerite Gourné veuve de Pierre le Teurtre apelant, & le sieur du Bourlabé intimé. Le Teurtre & ladite Gourné sa femme séparée de biens d'avec lui, avoient pris une ferme du sieur du Bourlabé, & s'étoient obligez solidairement au paiement du fermage: Après quatre années de jouissance le mari décéda, mais le propriétaire prétendit que sa veuve avoit perçu les levées de cette année-là; depuis ce propriétaire fait un autre bail à un Particulier, & y fait obliger solidairement ladite Gourné; elle obtient des lettres de restitution contre ses obligations, prétendant que c'étoient des cautionnemens dont elle devoit être déchargée: Par l'Arrest l'on jugea que comme femme séparée elle avoit pû obliger ses meubles par le bail fait avec son mari, & pour les fermages du second bail elle en fut déchargée, comme étant un pur cautionnement.

Que si la femme tire quelque avantage de sa separation, elle en reçoit aussi ce préjudice, qu'elle n'a

La femme séparée n'a point de part aux meubles & acquêts faits par le mari depuis la séparation.

point de part aux meubles & acquêts faits par son mari depuis la séparation, encore bien qu'elle soit stipulée par le contrat de mariage, suivant l'article 80. du Règlement de 1666. Autrefois plusieurs estimèrent que ces sortes de séparations ne détruisoient pas les effets ordinaires du mariage, & que nonobstant icelle lorsque la femme ne renonçoit point à la succession de son mari, elle prenoit part à ses meubles & acquêts : Cependant puisque par cette précaution elle veut mettre son bien à couvert, & en demeurer la maîtresse, il est juste qu'elle ne profite point du bon ménage & de l'industrie de son mari, & qu'elle ne participe point à des biens à l'acquisition desquels elle n'a point contribué. Cela fut jugé par Arrêt au rapport de M^r Damiens, en la Chambre des Enquêtes, le 23 Aoust 1656. entre Pinchon & de la Mort ; & par un autre au rapport de M^r Deshommets, du 19 de Mars 1664. le mari par la séparation est privé de la jouissance du bien de la femme qui auroit augmenté ses meubles & ses acquêts : Il n'est donc pas raisonnable d'y faire participer la femme, qui fait de son côté profiter son bien.

La femme séparée doit nourrir son mari en pauvreté.

Plusieurs femmes séparées s'imaginent que la séparation les exemte de l'assistance où elles sont tenues envers leurs maris ; mais si les maris sont pauvres, elles doivent leur fournir leurs alimens. Il est vrai que dans la Bibliothèque du Droit François, *in verbo (separatio)* on rapporte un Arrêt, par lequel sur la demande d'alimens faite par un mari à la femme séparée de biens, la Cour mit les parties hors de Cour ; mais le motif fut que la séparation avoit été faite pour les débauches & les sévices du mari. Suivant l'Usage de Bordeaux, les Jugemens qui autorisent la séparation, contiennent expressement que *la femme sera tenue de porter respect à son mari, & de le nourrir.* Il seroit à propos d'y ajouter ces mêmes conditions.

S'il'on peut dissoudre la séparation sans autorité de Justice ?

Nos Auteurs ont traité cette question, si lorsque les Jugemens de séparation ont été rendus dans toutes les formes, & qu'ils ont eu leur exécution, ils peuvent être dissous par un consentement tacite, ou par quelque contrat ou transaction, sans autorité de Justice ?

Par l'article 199. de la Coutume d'Orléans, *si après la séparation de biens d'entre homme & femme ils se rassemblent & mettent leurs biens ensemble, l'effet de la séparation cessera, & rentreront en communauté.* Labbé, sur la Coutume de Berry, *tit. 1. art. 48.* est de cette opinion, que le consentement tacite qui s'induit de la demeure & habitation, & des contrats passés par la femme sans prendre la qualité de femme séparée, les baux des revenus de son bien & autres actes de pareille nature, sont suffisans pour rompre la séparation & rétablir la société qui avoit été rompue. D'autres estiment que cela se peut, pourvu qu'il y en ait acte par écrit exprès & formel.

Cependant de la Lande sur cet article 199. de la Coutume d'Orléans, convient bien que si l'on s'arrêtoit aux termes seuls de cet article, l'on pourroit avoir cette pensée, que la seule habitation & le mélange des biens du mari & de la femme suffiroient pour rétablir la communauté ; mais que le Parlement de Paris a interprété la Coutume de cette manière, que *se rassembler après la séparation, est se remettre solennellement ensemble* : Ce n'est donc pas assés que les conjoints reviennent en même logis, qu'ils mêlent leurs biens ensemble, & passent d'autres actes où la femme ne prenne point la qualité de femme séparée, il est nécessaire pour rétablir la société dissoute, & anéantir la séparation, que les conjoints déclarent par acte formel devant un Notaire ou au Greffe, qu'ils renouvellent leur communauté. C'est aussi le sentiment de Brodeau sur M^r Louët, *l. C. n. 16.* que la communauté aiant été rompue par un acte parfait & légitime, elle ne peut être réintégrée que par un mutuel & nouveau consentement prêté par un acte formel & précis.

Mais en cette Province ni le consentement tacite ni l'acte par écrit n'anéantiroient pas la séparation, l'on présueroit que le mari auroit exigé ces consentemens par crainte ou par force, l'autorité du Juge seroit nécessaire pour faire valoir ces actes : Et puisque le consentement, soit tacite ou par écrit, ne suffit pas pour établir une séparation, & qu'elle doit être publiée & autorisée en Justice, il est nécessaire pour détruire ce qui a été fait, que l'autorité du Juge intervienne. Pour rompre la séparation faite avec connoissance de cause, les choses doivent être défaites avec la même solemnité qu'elles ont été établies : *Nam ferè eadem est ratio obligandi & liberandi, l. nihil tam naturale, D. de reg. jur.* Et puisqu'un Jugement a été nécessaire pour établir la séparation, elle ne peut être rompue ou rétractée que par la même voie.

Voions maintenant ce que deviennent les biens de la femme séparée, après son décès. Suivant cet article, ses meubles appartiennent à ses enfans : sous ce nom d'enfans il faut comprendre non seulement les enfans de la femme sortis de son dernier mariage, mais aussi ceux des mariages précédens ; la raison est qu'étans tous enfans d'une même mere, la condition des uns ne doit pas être plus avantageuse que celle des autres, & l'on doit présuumer que la mere a acquis tous ses meubles par son industrie, parce qu'elle n'a pu avoir que ses parafernaux sur les meubles de son défunt mari. Au défaut d'enfans la Coutume dispose que les meubles seront employez à la nourriture du mari & au raquit de ses dettes : M^e Jacques Godefroi a beaucoup raisonné pour savoir si le mari n'étant point nécessaire, & au contraire aiant de quoi vivre, & n'aiant point de créanciers, les meubles de la femme devoient être employez à sa nourriture, ou si les héritiers de la femme lui étoient préférables ? Mais cette question n'est point problématique, la séparation n'a pas éteint absolument tous les droits du mariage, & si les enfans ont été préférés au mari, il ne s'enfuit pas que des héritiers collatéraux doivent avoir le même avantage ; & la Coutume aiant destiné les meubles de la femme séparée pour la nourriture du mari quand elle n'a point d'enfans, il ne faut point distinguer si le mari est riche ou pauvre.

En donnant les meubles au mari, sera-t'il obligé d'aquiter toutes les dettes ? La raison de douter est que la femme est véritablement obligée aux dettes de son mari lorsqu'elle prend part en sa succession ; mais le mari n'a pas ses meubles comme héritier, *sed jure mariti* ; néanmoins à quelque titre qu'il les prenne il doit paier les dettes, ou pour mieux dire il n'y a rien que les dettes de la femme ne soient acquittées : ainsi jugé en la Chambre des Enquêtes, le 21 de Juin 1625. au rapport de M^r Buquet. Si toutefois il avoit fait inventaire, il n'en seroit tenu que jusqu'à concurrence de la valeur des meubles, car il n'est pas héritier, mais ces meubles lui sont donnez par la Coutume, à condition de les employer à sa nourriture, & à l'aquit de ses dettes.

Cet article ne parle point des immeubles de la femme séparée : A l'égard des immeubles qu'elle possédoit au tems de la séparation, j'ai remarqué sur l'art. CCCLXXXII. que le droit de viduité n'est point éteint par la séparation. Pour les acquêts faits par la femme durant sa séparation, puisque l'article CCCLXXXII. donne au mari la jouissance de tous les biens qui appartenoient à la femme lors de son décès, il n'y a pas d'apparence d'en excepter ces acquêts ; & comme l'on ne distingue point pour les meubles, s'ils appartenoient à la femme lors de la séparation, ou si elle les a acquis depuis, il ne faut point aussi mettre de différence entre les immeubles. Berault sur cet article a remarqué qu'un mari, quoi qu'il n'eût point eu d'enfant né vif, prétendoit néanmoins jouir à droit de viduité des acquêts faits par la femme depuis la séparation : La Cour le déclara mal fondé dans sa prétention ; & néan-

En Normandie l'autorité de Justice est nécessaire pour anéantir la séparation.

A qui appartient les meubles de la femme séparée après son décès.

Si le mari n'étant point nécessaire succède aux meubles de la femme séparée en préférence des collatéraux ?

Si le mari à qui appartient les meubles de la femme séparée au défaut d'enfans, est tenu de toutes ses dettes ?

A qui appartient les immeubles de la femme séparée, après son décès.

moins aiant égard à sa pauvreté, elle ordonna qu'il prendroit une provision sur ses aquêts : d'où l'on peut inferer, que le droit de viduité ne lui auroit point été contesté s'il avoit eu des enfans.

CCCXCII.

Part de la femme aux meubles du mari.

Après la mort du mari la femme a le tiers aux meubles, s'il y a enfans vivans de son mari, en contribuant aux dettes pour sa part, hormis les frais des funérailles & legs testamentaires; & s'il n'y en a point, elle y a la moitié aux charges que dessus.

Femme quelle part prend aux meubles, après le décès de son mari.

Et dans le cas qu'il n'ait laissé que des petits-enfans.

Suivant cet article la femme a le tiers aux meubles lorsqu'il y a des enfans, & la moitié lorsqu'il n'y en a point. Pour empêcher qu'elle n'ait la moitié, les enfans de son mari issus d'un mariage précédent, lui font obstacle aussi-bien que ses propres enfans; la Coutume s'en est nettement expliquée par ces paroles, *s'il y a enfans vivans de son mari*; de sorte que pour réduire au tiers sa portion aux meubles, il suffit que son mari laisse des enfans, ce qui comprend aussi les enfans des enfans.

Il est bien certain que quand le contrat de mariage a été passé en Normandie, & que le mari y étoit domicilié lors de son décès, sa femme ne peut avoir plus grande portion de ses meubles que celle qui lui est limitée par cet article; mais nous tombons dans la même difficulté que l'on fait pour les aquêts, lorsqu'il y a une communauté stipulée par le contrat, ou que le mari a donné à sa femme une plus grande part de ses meubles qu'il ne lui est permis par cet article; car d'un côté l'on prétend que les pactons de mariage ne peuvent être détruites par le fait volontaire de l'un des conjoints, & d'autre part nous soutenons qu'un homme peut changer de domicile, & que les meubles suivent la personne, & se régient selon la Coutume du lieu où il est décédé. On le jugea de cette sorte par l'Arrest de Jeanne de Laistre contre Marie le Grand sa mere, que j'ai rapporté sur l'article CCCXXX.

Quels biens sont censés meubles ou immeubles, après le décès du mari.

Lorsque l'on vient à procéder au partage des meubles, il arrive souvent de la contestation touchant la qualité de certains biens, pour savoir s'ils sont meubles ou immeubles. Il y a certains meubles précieux qui ne dévoient point être emportés par les femmes. Pithou, sur la Coutume de Troyes, tit. 2. art. 11. remarque un Arrest du Parlement de Paris; par lequel il fut dit que la veuve qui prenoit les meubles, n'auroit point les Ornaments de la Chapelle du Château; & par un autre Arrest il fut dit que quant à la grosse Artillerie apelée Canons & Pierriers, elle seroit remise au Château d'où ils avoient été tirés par la veuve, & que pour la menuë Artillerie & Engins à la main, ils seroient partagés comme meubles; Tronçon sur l'article 88. de la Coutume de Paris. Depuis on a jugé le contraire au Parlement de Paris, pour Madame de Montpensier, à qui M^r de Montpensier avoit donné tous ses meubles, les Ornaments des Chapelles lui furent ajugés: par Arrest de ce Parlement donné en l'Audience, le cinquième de Juin 1516. entre Dame Anne de Moüy & le sieur d'Enneval, il fut dit que les meubles précieux d'une maison ne pouvoient être donnés par testament par un mari à sa femme, *quia sunt immobilia & subjacent retrac-tui*; mais aujourd'hui l'on ne suit plus cette jurisprudence, & les meubles pour précieux qu'ils puissent être sont toujours considérés comme meubles: Il en est de même des Canons s'ils peuvent être enlevés sans les démonter. Nous avons un titre exprés touchant les choses qui sont censées meubles ou immeubles, il est plus à propos de remettre ces matières sur ce titre-là.

La femme en prenant part aux meubles est tenue de contribuer aux dettes de son mari.

La femme n'a de part aux meubles qu'à condition de contribuer aux charges & aux dettes de la succession de son mari. Il faut mettre au nombre des charges le remploi des propres aliénés, qui doit être fait sur les meubles au défaut d'aquêts. Chassanée, sur la Cou-

tume de Bourgogne, titre des droits appartenans à gens mariez, §. 2. *in verbo (aquest)* estime que si le mari a été condamné en quelqu'amende, & qu'il décède sans l'avoir payée, la veuve n'est point tenue d'en paier la part, parce qu'il ne faut point considérer le fisc comme un véritable creancier, *impropiè & abusivè ex generali vocabuli significatione ita appellatur*; Bartol. *in l. si tibi propriam, D. si cert. pet.* & par cette raison le mari pour l'amende à laquelle il a été condamné, ne peut être apelé proprement debiteur, *l. cum duobus, §. damna, D. pro socio*; mais cette distinction n'est pas véritable ni solide, celui qui commet une faute pour laquelle il est condamné en l'amende, contracte une dette, *delinquendo contrahimus*: Et c'est pourquoi, suivant l'usage & la maniere ordinaire de parler, les amendes sont comprises sous le mot de dettes: Or la femme ne pouvant prendre part aux meubles qui restent, qu'après les dettes acquittées, elle ne peut s'exempter de contribuer au paiement des amendes comme des autres dettes, & c'est aussi le sentiment de Pontanus sur l'article 178. de la Coutume de Blois; *sub debitorum generali appellatione & etiam ea que ex delicto sunt, venire certum est, prout cui ex delicto debetur creditoris vice habeatur, & qui debet, is pro debitore sit.*

Le remploi des propres aliénés, & les amendes, font du nombre des dettes auxquelles la femme doit contribuer.

Mais les frais des funérailles & les legs testamentaires ne sont point compris au nombre des dettes, chacun fait en quoi consistent les frais funéraires, *quidquid corporis causâ, antequam sepeliatur consumptum est, funeris impensam esse existimo, l. funeris sumptus, D. de relig. & sumpt.* mais dans ces frais funéraires l'on n'y comprend point les médicamens; ainsi jugé en la Chambre des Enquêtes, le mois de Mars 1657. au rapport de M^r Fermandel. C'est une dette privilégiée, mais qui ne fait point partie des frais des funérailles. Il est sans doute que la veuve ne fait point le deuil à ses dépens, *lugere non debet maritum suis sumptibus*, bien qu'elle soit son heritiere. M^r d'Argentré est d'un sentiment contraire sur l'article 416. gl. 3. & que l'heritier n'est tenu de donner les habits de deuil à la veuve que quand elle renonce à la succession, *nam heres lugere debet suis sumptibus*. Cependant puisque le devoir & la bienfaisance obligent une veuve à donner des marques publiques de sa douleur, & à témoigner le ressentiment qu'elle a de la mort de son mari par des habits lugubres, il est juste que la dépense en soit fournie par les heritiers du mari, *est consuetudo generalis toto Regno Francia*: ce qui se pratique même à l'égard de la femme qui étoit séparée de bien & d'habitation, ou qu'elle soit heritiere, ou qu'elle renonce à la succession, car en nul cas elle ne doit point porter le deuil à ses dépens; les loix n'obligent point les maris à ces tristes cérémonies, parce qu'ils doivent faire paroître plus de force & de fermeté d'esprit, *fœminis lugere honestum est, viris meminisse*; & par cette raison les heritiers de la femme ne doivent pas fournir au mari les habits de deuil. Sur cette matiere voyez Loüet, l. V. n. 11.

La femme ne contribue point aux frais funéraires & legs testamentaires.

Les heritiers sont obligés de fournir à la veuve ses habits de deuil.

Comme l'on ne fait cette gratification à la veuve que dans la croiance qu'elle est sensiblement touchée de sa perte, & qu'elle desire honorer la memoire du défunt par une marque visible de son déplaisir; si cette veuve dès les premiers jours de sa perte laisse tarir ses larmes, & ensevelir dans un même tombeau le

Cas où la veuve est privée de ses habits de deuil.

corps de son mari & tout le souvenir de l'amitié conjugale, elle devient indigne d'avoir & de porter les marques d'un deuil qu'elle ne ressent point dans son cœur. Charlotte de Cirefme veuve du sieur de saint Cir, Receveur des Tailles à Vallogne, se remaria trois mois après la mort de son mari; & quoi qu'elle ne fût grosse, & qu'elle eût épousé un Gentilhomme nommé Hervieu sieur de Montbofc; toutefois aiant demandé ses habits de deuil, on l'en jugea indigne par cette précipitation, n'étant pas raisonnable de lui donner des habits qu'elle ne porteroit point; & par Arrest en l'Audience de la Chambre des Vacations, du troisième de Novembre 1637. elle en fut privée. Les heritiers, à l'exemple de la veuve, ont prétendu que quand il y avoit un légataire universel des meubles, il étoit tenu de leur faire une pareille gratification, & de leur donner des habits de deuil; mais on a fait différence entre les heritiers collatéraux & les enfans.

Le légataire universel des meubles, n'est tenu de donner des habits de deuil aux heritiers collatéraux.

Pour les collatéraux, la question en fut décidée par Arrest en la Chambre de l'Edit, le 25 de Juin 1631. pour le sieur Bequet, aiant épousé la veuve d'un Tailleur nommé Piquet, quoi que sa femme fût légataire universelle des meubles de son premier mari, il fut déchargé de donner les habits de deuil aux heritiers collatéraux, mais seulement aux domestiques & serviteurs du défunt. Autre Arrest pour la Dame veuve de Bretel sieur de Nelete; elle avoit été condamnée de paier le deuil aux heritiers de son mari: Sur son apel, la Sentence fut cassée, & sur l'action des heritiers les parties hors de Cour, par Arrest du 22 de Février 1652. Autre Arrest en la Chambre de l'Edit, plaidant Lyout pour M^e Christophe Tassel Prêtre, & moi pour Me Jean Beliard Procureur à Arques; il fut dit qu'il en seroit délibéré, & le 9 de Décembre 1661. on donna l'Arrest qui déchargea ledit Beliard légataire. Autre Arrest au rapport de M^e Clement, du deuxième de Décembre 1655. entre une veuve nommée Maille tutrice des enfans de Guillain sieur de Conventant, heritiere aux propres & acquêts de M^e Nicolas Guillain, d'une part; & Bertelot & le Maréchal heritiers de Catherine Patin veuve & légataire universelle des meubles dudit feu Nicolas Guillain, par lequel en réformant la Sentence du Juge d'Evreux, qui avoit condamné ladite Patin à fournir les habits de deuil audit sieur de Conventant heritier dudit sieur Guillain son oncle, à sa femme & à son fils aîné, on déchargea les heritiers de ladite veuve de cette demande. Autre pour le Curé de saint Sauveur de Caën, du 6 de Juillet 1646.

Il est obligé de fournir ceux des enfans, & aux domestiques.

Pour les enfans, la question s'offrit entre la Dame veuve de feu M^e Dandasne Conseiller en la Cour, & Commissaire aux Requête du Palais, & légataire du tiers des meubles dudit défunt, & les enfans dudit sieur Dandasne; les avis aiant été partages en la Grand' Chambre, & départis en celle des Enquêtes, il passa presque tout d'une voix à donner le deuil aux enfans & aux domestiques, par Arrest du troisième d'Oobre 1647.

Autre Arrest sur ce fait. Guerin sieur de Tourville étant mort, Claude Guerin sieur d'Arcambourg son fils renonça à la succession; elle fut prise par Ten-

negui Guerin fils de l'aîné, qui avoit par préciput une terre de 10000 livres de rente; les meubles furent estimez entre l'aieule, l'oncle & le neveu, à 1700 livres, & laissez au sieur de Tourville, à la charge de paier les frais funeraux: Claude Guerin aiant été condamné à paier le deuil au Marchand qui l'avoit fourni, sauf son recours sur le sieur de Tourville, je soutenois pour lui qu'il avoit été mal jugé, & pour cet effet je traitai ces trois questions. 1^o. Si les habits de deuil étoient compris dans les frais funeraux? 2^o. A qui c'étoit de les paier? 3^o. Contre quelles personnes il falloit agir? Pour le premier point, suivant le Droit Romain les frais des funérailles étoient réglés *pro facultatibus & dignitate defuncti*: si la personne est riche on doit au moins le deuil aux enfans, suivant l'Arrest de la Dame Dandasne. Pour le second point, il est certain que *impensa funeris ex hereditate deducitur, qui etiam solet omne creditum antecedere; l. impensa, de relig. & sumpt. fieri*. Or le sieur Guerin aiant renoncé à la succession, il n'y étoit point obligé, les frais des funérailles doivent être paiez sur les meubles que le sieur de Tourville avoit eus à vil prix, à cette condition de paier les frais des funérailles: pour l'action il la falloit intenter contre l'heritier, *qui in funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere videtur; l. 1. eod.* & par une autre loi, *datur hac actio adversus eos ad quos funus pertinet, veluti heredes*. Heroüet pour le sieur de Tourville, prétendoit que les habits de deuil que le sieur d'Arcambourg avoit eus, ne devoient point être compris dans les frais funéraires, & qu'il étoit obligé de faire le deuil à ses dépens; que sa partie avoit païé beaucoup plus que la valeur des meubles: La Cour, à l'égard du Marchand confirma la Sentence, & condamna le sieur de Tourville à paier les deux cens cinquante livres qui étoient dûs par Claude Guerin pour les étofes qu'il avoit prises, par Arrest de l'onzième de Mars 1650.

La femme n'aïant part aux meubles que lorsque son mari la précédé, s'il est incertain lequel des deux est mort le premier, comment se fera le partage des meubles? Jean Adeline & sa femme retournans d'un Pelerinage tomberent avec leur cheval dans la Seine, où ils furent noiez tous deux: Jean le Coq heritier de la femme prétendit que le mari & la femme étant morts *eodem momento eodemque fato*, l'on devoit présumer que le mari étoit mort le premier, & que par conséquent sa femme avoit succédé pour une moitié aux meubles: Mais aiant été débouté de son action, il soutenoit qu'il auroit été mal jugé; que le mari étant plus âgé, la presumption de droit étoit qu'il avoit le premier succombé. Adeline frere du défunt, disoit au contraire qu'il avoit été bien jugé; que la femme étant plus foible à cause de son sexe, & moins capable de se sauver, elle avoit fait moins de résistance; & en effet, il étoit rapporté par une Information que le mari avoit été vû le dernier sur l'eau, criant *mon Dieu, sauvez-moi*; que d'ailleurs les heritiers du mari étant laïssés, & l'heritier de la femme étant demandeur, *incumbebat ei onus probandi*: Par Arrest du onzième de Mars 1655. la Cour mit sur l'apel les parties hors de Cour.

Comment se partagent les meubles, quand il est incertain lequel du mari ou de la femme est mort le premier.

CCCXCIII.

Néanmoins s'il n'y a que des filles qui aient été mariées du vivant de leur pere, elle a la moitié au meuble, pourvu que le mari soit quitte du meuble par lui promis à ses filles ou gendres, en faveur de mariage.

En quel cas la femme a la moitié aux meubles, encore qu'il y ait des enfans.

Il faut joindre à cet art. le CCCXCIX. si le mari n'a que des filles qui aient été mariées du vivant de leur pere, la femme a la moitié aux meubles, pourvu que le mari soit quitte du meuble promis à sa fille. L'article CCCXCIX. contient ces paroles, *neanmoins s'il n'a que des filles ja mariées, & qu'il soit quitte de leur mariage, il peut disposer de la moitié*: La différence de ces ter-

mes ne cause aucune contradiction entre ces deux articles: le sens du premier est que la femme a la moitié aux meubles, en cas que ses filles soient mariées, & que le pere soit quitte du meuble qu'il leur a promis; ainsi pour avoir la moitié des meubles, il n'est pas nécessaire que le mariage des filles soit païé & acquité, mais il suffit qu'il ne soit plus rien dû du meuble:

L'autre

L'autre article ne regarde point l'intérêt de la femme, mais celui du mari : pour avoir la liberté de disposer de la moitié de ses meubles, il doit être non seulement quitte du meuble, mais aussi du mariage de ses filles.

S'il père s'étant constitué en rente pour paier le don mobil de sa fille, il est censé en être quitte, à l'effet que sa veuve ait la moitié des meubles ?

Pour l'explication de cet article, je rapporterai un Arrest donné en l'Audience de la Grand'Chambre, le 29 de Janvier 1626. Le sieur de Parfontaines avoit marié une fille sortie de son premier mariage, au sieur Cantel Gréfier en la Chambre des Comptes, & lui avoit promis six mille livres pour don mobil, payables trois jours avant les épouailles; le 28 de Janvier 1617. il prit en rente six mille livres de la Demoiselle Dambray, & cinq jours après il paia les six mille livres promis : le père étant mort sans enfans de son second mariage, sa veuve demandoit la moitié aux meubles en vertu de cet article; elle lui fut ajugée par Sentence des Requêtes du Palais : Cantel en aiant apelé, Baudri disoit que le père n'étoit pas quitte du don mobil promis à sa fille, puisqu'il le devoit à la Demoiselle Dambray; que la proximité du contrat de constitution & du paiement, & la parité de la somme, montroient assez que les six mille livres avoient été employées au paiement du don mobil; ainsi le sieur de Parfontaines n'étoit point quitte; *solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem; l. solutione, de solut.* Quand la Coutume a donné aux femmes la moitié des meubles, ç'a été pour les récompenser du bon ménage qu'elles ont fait avec leurs maris, en aiant acquité les promesses de mariage; ce qui n'a pas été fait, les promesses étant encore dûes, & si la demande de la veuve avoit lieu, il s'ensuivroit que Cantel n'avoit point eu de don, & il lui seroit plus utile de ne l'avoir point eu, ou que ce qui lui avoit été promis fût encore dû; car en ce cas sa veuve ne demanderoit que le tiers; que ladite somme de six mille livres seroit levée auparavant sur les meubles, & que du surplus elle en auroit la moitié. Giot pour la veuve, répondoit que cet article parle si clairement qu'il ne souffre aucune interprétation; que le sieur de Parfontaines étoit quitte des six mille livres promises,

puisqu'il n'en étoit rien dû, & que le contrat de la Demoiselle Dambray n'en parloit point : La Cour mit sur l'apel hors de Cour; n'étant point dit que les six mille livres payées pour le don mobil provenoient de cette constitution, on présuma que le père avoit pu les employer en d'autres usages, & on s'attacha aux termes de cet article.

Si les créanciers pour dettes immobilières prétendent que les immeubles du défunt ne seront pas suffisans pour les paier, ils peuvent obliger la veuve à leur donner caution, suivant qu'il a été jugé par Arrest du 27 de Juin 1659.

Sur cette question si les deniers procédans du rachat d'une rente, fait trois jours avant le décès du mari, dont une partie se trouvoit en essence, & le reste en une obligation, étoient meuble ou immeuble? Les Juges se trouverent partis en opinions, M^r Asselin Rapporteur, M^r Bretel Compartiteur: Il passa en la Grand'Chambre à dire que c'étoit un meuble où la femme prendroit part, si le remploi pouvoit en être fait sur les acquêts.

Si les deniers provenans du rachat d'une rente fait quelques jours avant le décès du mari, est meuble ou immeuble ?

On jugea dans cette autre espèce que c'étoit un immeuble : Grasset en mariant son fils lui promit une somme de mille livres par avancement de succession, & à faute de la paier avant les épouailles il s'obligeoit d'en faire l'intérêt; le fils mourut, & ne laissa qu'une fille qui décéda incontinent après : Barbe de Lisle heritière aux meubles & acquêts de sa fille, prétendoit de son chef la moitié de cette somme, comme étant un meuble, & l'autre moitié comme heritière de sa fille aux meubles. Le père répondoit que les donations faites par un père à ses enfans, étoient un avancement d'hoirie, *prærogatio futura hereditatis*; & quoi que cela ne soit pas expressément déclaré par le contrat, *si tamen non apponatur causa vel qualitas repugnans, in dubio presumitur donatio facta in anticipationem futura successionis* : Du Moulin, de *feud. art. 26. ubi vide plura*; tout ce donc que la mere pouvoit prétendre étoit un tiers en douaire. Le Juge des lieux l'aiant ordonné de la sorte; sur l'apel, la Sentence fut confirmée en l'Audience de la Grand'Chambre, le cinquième de Juillet 1646. plaidans le Fèvre & Lefdos.

CCCXCIV.

Renonciation de la femme à la succession du mari.

Forme de la renonciation des femmes à la succession de leurs maris.

La femme peut renoncer à la succession de son mari dans les quarante jours après le décès d'icelui, pourvu qu'elle renonce en Justice, & qu'elle n'ait pris ne concelé aucune chose des meubles, dont elle est tenuë se purger par serment faisant ladite renonciation, auquel cas elle aura seulement ses biens parafernaux exemts de toutes dettes, & son douaire. Et où puis après il seroit trouvé qu'elle en auroit eu aucune chose directement ou indirectement, elle est tenuë contribuer aux dettes tout ainsi que si elle n'avoit point renoncé, lequel délai ne pourra être prorogé sans connoissance de cause, les heritiers & ceux qui y ont intérêt apelez : & où il seroit prorogé après, le délai de trois mois passez du jour du décès, les meubles pourront être vendus par Justice, sauf à faire droit à ladite veuve pour telle part & portion qui lui pourra appartenir sur les deniers de la vendue desdits biens.

Depuis quels tems les femmes ont la faculté de renoncer.

Dans l'ancien Droit François, les femmes n'avoient pas la faculté de renoncer à la succession de leurs maris : L'Auteur du grand Coutumier, l. 2. c. 41. Loyfel en ses Institutes Coutumieres, l. 1. t. 2. art. 10. Ce privilege ne fut acordé d'abord qu'aux femmes des Gentilshommes, qui mouroient dans les voies d'Outremer au tems des Croisades, sur ce prétexte que les femmes ne savoient pas l'état de leurs affaires. Il semble que du tems de cet ancien Praticien Bouteiller, les femmes des roturiers ne jouissoient pas encore de cette liberté; car en sa Somme Rurale, l. 2. c. 21. il parle seulement de la Dame & de la Demoiselle; néanmoins cet article est de l'ancienne Coutume, & cet usage aparemment est établi depuis long-tems en cette Province; car l'ancienne

Coutume parle en termes généraux, sans distinction de condition, *la femme peut renoncer*. L'ancienne Coutume de Paris, article 115. ne donnoit la faculté de renoncer qu'à la femme noble, atraité de noble lignée & vivant noblement. La nouvelle a aboli cette distinction : *Il est loisible à toute femme noble ou non noble de renoncer*, article 237. La Coutume d'Orleans dit la même chose, article 204. Celle de Bourgogne est plus rigoureuse, *la femme renonçant à la communauté ne prend aucun douaire préfix ou coutumier; titre des gens mariez*, article 19. En quelques lieux d'Allemagne la femme ne peut renoncer, & le mari peut rendre sa condition heureuse ou malheureuse après sa mort.

Nos loix sont plus humaines & plus raisonnables,

c'est assez que le mari durant sa vie la prive par son mauvais ménage d'avoir part en ses biens, sans l'engager encore indispensablement après sa mort à souffrir la peine de sa dissipation & de sa mauvaise conduite, & que ses biens demeurent affectés aux dettes qu'il a contractées sans son aveu, & sans avoir eu le pouvoir de l'en empêcher; *Argentr. art. 415. gl. 1.*

Puis donc que la Coutume donne cette faculté aux femmes de pouvoir renoncer à la succession de leurs maris, il faut examiner en quel tems elle est tenue de renoncer, quelle est la forme de cette renonciation, sous quelles conditions elle peut être faite, le profit & le bénéfice qui lui revient, & l'engagement qu'elle contracte à faute d'avoir renoncé, ou pour avoir pris ou concélé quelque chose de la succession de son mari.

Le tems préfix pour renoncer est de 40 jours.

Le tems préfix & fatal pour renoncer est de quarante jours; la femme peut renoncer dans les quarante jours. Plusieurs ont estimé que la Coutume avoit parlé fort improprement en usant de ce terme *peut*, puisqu'il suit l'usage certain de cette Province la femme est obligée nécessairement de renoncer, & qu'il ne lui suffit pas de s'abstenir; car ce terme *peut*, suivant la théorie de nos Jurisconsultes, lorsqu'il est mis affirmativement, *nullam importat necessitatem, sive proferatur à lege, sive ab homine, sed solum jus seu meram facultatem in persona, ad quam hoc verbum dirigitur; sed cum ponitur negativè, importat necessitatem seu vim præcisam, qua excludit omnem potentiam & juris & facti*; *Molin. de feud. art. 1. gl. 3.* De sorte que ce mot de *peut* étant mis affirmativement dans cet article, il n'imposeroit aucune nécessité à la femme de renoncer dans le tems préfix.

Outre que nos anciens Législateurs n'étoient pas de fort savans Grammairiens, ils ont eu apparemment égard à cet ancien usage de la France, suivant lequel les femmes ne pouvoient renoncer; de sorte que ce mot *peut* veut dire en cet endroit que la femme a la faculté de renoncer, & le sens de cet article est que la femme peut renoncer, pourvu toutefois qu'elle le fasse dans les quarante jours: C'est de cette manière que la Coutume réformée de Paris s'est expliquée en l'article 237. *Il est loisible à la femme de renoncer à la communauté, en faisant faire bon & loial inventaire, c'est-à-dire, pourvu qu'elle fasse faire inventaire.*

La renonciation doit être faite dans les quarante jours; plusieurs Coutumes sont conformes à la nôtre; Troyes, *tit. 2. art. 12.* Tours, *art. 209.* Perche, *art. 104.* Loudun, *tit. 27. art. 32. & 35.* *In omnibus ferè negotiis apud Francos solent quadraginta dies & 40. noctes prescribi. Otho Frising. l. 1. c. 34. de rebus gest. Frider. & leg. Sal. 3. c. 4. l. 49. c. 1. l. 52. c. 1.*

De quel tems commence à courir les quarante jours.

Le délai de quarante jours ne commence à courir que depuis que la mort du mari a été sûc communément; car s'il étoit décédé en voiage ou à la guerre, le tems ne doit courir que du jour que la mort a été certaine: *Subtrahi debet impedimentum necessarium, ut carceris, pestis, hostilitatis, ut si maritus decessit tempore pestis, quo suspecti contagii prohibiti erant conversari, & sic vidua non potuit accedere tempore pestis.* Du Moulin, sur l'article 245. de la Coutume de Bourbonnois. Par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 30 Juillet 1631. la Demoiselle veuve de Grimouville sieur de Durans, qui étoit mort en Piémont, fut déchargée de la qualité d'héritière de son mari, bien qu'elle n'eût point renoncé dans les quarante jours, & que même elle se fût obligée envers son beau-pere comme héritière de son mari: l'Arrest fondé sur cette considération, que son mari étant mort en Piémont, elle n'avoit pu avoir connoissance de l'état de ses affaires & de ses dettes: Et le grand Coutumier de France a remarqué que ce fut par cette raison que l'on permit aux veuves des Gentilshommes de renoncer, parce que leurs maris allans à la guerre, elles pouvoient ignorer les dettes

qu'ils avoient contractées pendant leur absence.

Le défaut de renonciation dans les quarante jours par une femme mineure ne la rend point héritière; & par Arrest donné en l'année 1671. en la Grand' Chambre, Marie Polet veuve du sieur Auvray, pour laquelle je plaïois, & qui étoit apelante d'une Sentence donnée aux Requête du Palais qui la déclaroit héritière de son mari, fut restituée contre ce défaut de renonciation; ce qui reçut si peu de difficulté, que les créanciers n'osèrent soutenir la Sentence. Les mineurs sont aisément restitués contre l'omission des formes; *Loüet, l. D. n. 68.* Boniface I. *to. 1. l. 4. t. 6. c. 3.* Ricard, des Donat. *part. 1. c. 3. gl. 3.* Tronçon, sur l'article 237. est d'avis que la femme ne peut être restituée sous prétexte de minorité, non plus que le mineur, des quarante jours introduits par la Coutume pour la foi & hommage, comme aussi du retrait lignager, mais ces exemples ne sont pas décisifs; car en ces cas le mineur a sa garantie contre son tuteur, au lieu que la veuve mineure seroit privée de tout secours.

Les femmes mineures peuvent être restituées contre le défaut de renonciation dans les 40 jours.

Nôtre Coutume aiant prévu qu'il pouvoit arriver de légitimes empêchemens, elle permet à la femme qui a des excuses valables, de demander un délai, & le Juge peut le lui accorder en connoissance de cause, en y apelant les héritiers & ceux qui ont intérêt d'y être presens; si toutefois ce délai est prorogé au delà des trois mois, les meubles peuvent être vendus, pour en éviter la perte & la diminution qu'un plus long délai pourroit causer.

La femme peut obtenir en justice un délai pour renoncer.

L'Ordonnance de 1667. semble avoir dérogré à nôtre Coutume; car en l'article 5. du titre *des Délais pour délibérer*, elle donne à la veuve qui sera assignée en qualité de commune, les mêmes délais pour faire inventaire & délibérer, que ceux accordés à l'héritier, & sous les mêmes conditions, savoir que l'héritier a trois mois depuis l'ouverture de la succession pour faire l'inventaire, & quarante jours pour délibérer; de sorte que cette Ordonnance étant générale, on doit croire que l'intention du Roi a été de déroger à toutes les Coutumes qui sont contraires. On peut néanmoins là-dessus faire cette réflexion, que cette Ordonnance est conforme à l'art. 241. de la Coutume de Paris, suivant lequel la femme pour la dissolution de la communauté a trois mois pour faire & clore l'inventaire, & la même Coutume ne limite à la femme aucun tems pour renoncer, elle peut faire sa renonciation lorsqu'elle est poursuivie par les créanciers de son défunt mari: mais la Coutume de Normandie n'ordonne point à la femme de faire aucun inventaire, il suffit qu'elle renonce dans les quarante jours judiciairement; & c'est pourquoi on lui donneroit inutilement trois mois de tems pour faire & pour clore un inventaire, puisque nôtre Coutume ne l'oblige point à cette formalité.

Cela peut être soutenu par les termes mêmes de l'Ordonnance; car par le même article qui donne trois mois pour faire l'inventaire, & quarante jours pour délibérer, il est ajouté que si l'inventaire a été fait avant les trois mois, le délai de quarante jours commencera du jour qu'il aura été parachevé: D'où il paroît évidemment que le délai de trois mois n'est donné que pour faire inventaire, puisque lorsqu'il a été fait avant les trois mois, le délai de quarante jours commence à courir du jour qu'il a été parachevé: Or puisqu'en Normandie la femme n'est point tenue de faire inventaire, il s'ensuit que les quarante jours limitez pour renoncer doivent courir du jour du décès; mais cette même Ordonnance défendant si étroitement d'interpréter les volontés du Prince, c'est à lui seul d'expliquer ses intentions.

Pour rendre cette renonciation solennelle, la Coutume ne prescrit point d'autres formes que de la faire judiciairement. Autrefois en France la veuve étoit tenue de venir en habit de veuve à l'enterrement de son mari, & étant à l'Eglise il faisoit qu'en la présence

La renonciation doit être faite judiciairement.

Des formalitez
anciennes pour la
renonciation.

du Juge des lieux, d'un Notaire Apostolique & du Doien Rural, elle déclarât qu'elle renonçoit à la communauté, & qu'elle jettât sa ceinture, sa bourse & ses clefs sur la fosse de son mari. Bouteiller en sa Somme Rurale, l. 2. c. 21. Et c'est de-là que vient le Proverbe, qu'il faut jeter les clefs sur la fosse, pour signifier que l'on abandonne toutes les affaires.

Il s'agit parmi nous que la femme vienne en Jugement, & déclare qu'elle renonce, & qu'elle se purge par serment de n'avoir pris ni conculé aucune chose. Il n'est pas néanmoins nécessaire qu'elle soit toujours présente en personne, on la dispense ordinairement de cette rigueur, en donnant une Procuration spéciale pour renoncer & prêter le serment, autrement il seroit au pouvoir de la femme d'é luder la disposition de la Coutume, & même de desavouer son Procureur; mais j'ai vû révoquer en doute si cette renonciation seroit nulle, faute de faire paroître de cette Procuration: Cela paroît nécessaire; si néanmoins cette renonciation se trouvoit consommée par la demande que la femme auroit faite de ses parafernaux & de ses conventions de mariage, & que la représentation de la Procuration ne fût demandée qu'après un long-tems, il y auroit lieu de présumer la vérité d'un acte qui auroit été exécuté si publiquement. Sous ce mot de Justice doit-on comprendre toutes sortes de Jurisdictions, comme celles de privilège, & une renonciation faite aux Requêtes du Palais seroit-elle valable? Ce mot de Justice ne doit, à mon avis, être étendu qu'à la Jurisdiction ordinaire, quoi que dans la troisième partie du Journal du Palais on ait rapporté un Arrêt qui confirme une renonciation faite aux Requêtes de l'Hôtel; cette renonciation néanmoins pourroit valoir, si la femme y étoit poursuivie par les créanciers pour y passer sa déclaration.

La renonciation
se peut faire par
procuration.

Si la renoncia-
tion se peut faire
en toutes sortes
de Jurisdictions.

Puisque la Coutume oblige la femme à renoncer judiciairement dans un tems préfix, & à se purger par serment de n'avoir rien conculé, on ne peut douter qu'elle a exclus toutes renonciations tacites: Elles peuvent valoir dans les Coutumes qui ne limitent aucun tems pour passer la renonciation. M^r d'Argentré sur l'article 415. de l'ancienne Coutume de Bretagne, approuve ces renonciations tacites, *quia non est fundata intentio heredum, aut alterius cujusquam in immixtione aut acceptatione, nisi probetur*; mais cet Auteur auroit assurément changé de sentiment après la réformation de la Coutume, qui oblige les femmes à renoncer dans les quarante jours, en ce cas *non sufficit abstinuisse*, & l'heritier n'est point tenu de prouver que la femme a fait acte d'heritière ou de commune.

Si la femme decédoit avant les quarante jours, l'heritier jouiroit-il de cette faculté? Plusieurs ont estimé que ce droit étoit personnel, & que par conséquent il n'étoit point transmissible aux héritiers. D'autres ont fait différence entre la renonciation stipulée par le contrat, & celle qui est permise par la Coutume; mais l'opinion la plus commune est, que dans les Coutumes mêmes où il n'est pas parlé des héritiers, comme en celle de Paris, article 257. la faculté de renoncer s'étend aux héritiers. Il est vrai que Ricard sur cet article assure, qu'ayant été stipulé par le contrat de mariage que la femme renonçant à la communauté, reprendra non seulement ce qui lui est permis par la Coutume, mais aussi tout ce qu'elle aura apporté, & ce qui étoit confondu en la communauté, cette clause ne s'étend point aux héritiers, d'autant qu'elle est considérée comme extraordinaire & personnelle, qui par conséquent ne comprend que ceux qui y sont dénommez, & que cela a été jugé contre les enfans mêmes.

La renoncia-
tion est transmis-
sible aux heri-
tiers.

La Coutume d'Orléans, article 204. & celle de Bretagne, article 415. de l'ancienne, & article 435. de la nouvelle, ont prévu cette difficulté, aiant expressément accordé la faculté de renoncer, non seulement à la femme, mais aussi à ses héritiers. M^r d'Argentré avoué que si la Coutume n'avoit pas fait men-

tion des héritiers, la question auroit été difficile, si ce bénéfice étoit personnel ou réel? Car en faveur du mariage les loix ont accordé aux maris & aux femmes beaucoup de prérogatives, qui ne passent point toutefois à leurs héritiers; §. *Præterea, Instit. de actionib. l. 1. C. de Privil. dot. l. rei judicata, solut. matrim.* Or ce privilège semble être personnel: Et Tronçon cite plusieurs Arrêts conformes à ce que j'ai rapporté de Ricard.

Nous ne doutons point en cette Province que l'heritier de la femme ne puisse jouir de ce bénéfice; & non seulement il a été jugé de la sorte, il a même été dit que l'heritier pouvoit demander les biens parafernaux que cet article accorde à la femme qui a renoncé. Les Arrêts en seront remarquez sur l'article suivant, bien que ces parafernaux ne soient donnez à la femme qui a renoncé, que par commiseration de sa mauvaise fortune.

Cette faculté de renoncer étant un privilège accordé à la femme par la Coutume, pour la mettre à couvert des créanciers de son mari, elle ne peut en être privée par une stipulation contraire, bien qu'elle fût employée dans son contrat de mariage: Chacun peut véritablement renoncer au droit introduit en sa faveur; mais comme il est de l'intérêt public que les femmes ne soient pas éternellement desolées par la mauvaise conduite de leurs maris, elles ne peuvent renoncer au droit public que la Coutume a établi en leur faveur: on ne leur peut retrancher cet asile qui les garantit & leur postérité d'un malheur, contre lequel elles ne pourroient plus trouver de remède; & l'on peut dire en ce cas que *pactis privatorum juri publico derogari non potest*. C'est le sentiment de Tronçon sur l'article 238. de la Coutume de Paris. La Coutume d'Orléans, article 204. approuve cette paction: mais de la Lande dit fort à propos qu'il étoit besoin que la Coutume donnât pouvoir de déroger à la faculté qu'elle-même avoit accordée à la femme & aux héritiers, de peur que l'on objectât contre cette convention la règle *pactis privatorum juri publico derogari non potest*. Il est vrai que les pactions dérogoratoires à la Coutume ne sont pas défendues, quand elles ne concernent point l'intérêt public, si la même Coutume ne défend expressément ces pactions, comme fait la nôtre aux art. CCCXXX. & CCCXXXI. mais l'on peut dire que la stipulation de ne pouvoir renoncer, regarde en quelque sorte l'intérêt public.

Et bien loin qu'une stipulation de cette qualité soit civile, que si la femme s'étoit déclarée héritière inconsidérément, ou par le dol ou par la surprise des créanciers, pourvu que les choses fussent entières, elle pourroit être restituée contre cet acte par un motif d'équité; Tronçon, article 237. de la Coutume de Paris.

Il est vrai néanmoins que la femme est moins favorable & moins admissible à demander cette restitution qu'un autre héritier, par ces deux raisons: La première, qu'elle est mieux informée des affaires de son mari, & par conséquent elle est moins excusable: Et la seconde, parce qu'elle a plus d'occasion & de facilité de soustraire les biens de son défunt mari, & qu'il seroit à craindre qu'elle ne voulût renoncer après avoir pris tout ce qu'elle auroit pû; & suivant cela par Arrêt du 14 de Mars 1662. la veuve d'Erbland Ferrand fut deboutée de ses lettres de restitution contre l'adition qu'elle avoit faite de l'hérédité de son mari. Elle avoit obtenu plusieurs delais après les quarante jours pour renoncer, & après avoir eu communication des écritures elle s'étoit déclarée héritière; & aiant contesté long-tems les dettes des créanciers, enfin après une condamnation jugée contre elle, elle s'étoit pourvûe par lettres de restitution, dont elle fut deboutée en l'Audience de la Grand' Chambre, plaidans de Sets & de Lépiney.

Si au contraire elle avoit renoncé par le dol des héritiers qui lui auroient caché l'état & les forces de la succession, elle seroit restituée contre cette re-

L'heritier de la
femme a la même
faculté de renon-
cer, & peut de-
mander les para-
fernaux.

La stipulation
portée par le con-
trat de mariage
de ne point renon-
cer, est nulle.

Cas où la fem-
me peut être res-
tituée contre son
adition d'hérédi-
té.

Cas où la fem-
me est restituée
contre la renon-
ciation.

nonciation, suivant le sentiment de M^r d'Argentré, article 415. *gl.* 33. qui est contraire à celui de du Moulin, en son apostille sur l'article 261. de la Coutume du Maine : mais pour concilier ces deux Auteurs, il faut dire que du Moulin décide la thèse générale, & d'Argentré parle dans le fait particulier, lorsqu'il y a de la fraude du côté des héritiers ; Tronçon sur ledit article 237.

Durant cet intervalle que la Coutume donne à la femme pour renoncer ou accepter la succession de son mari, il seroit injuste de la mettre hors de la maison, & d'ajouter un traitement si inhumain à la perte qu'elle viendroit de faire, la mort ne détruit pas si promptement tous les effets de la société conjugale ; & comme durant la vie du mari elle pouvoit disposer des provisions de la maison pour sa subsistance & celle de sa famille, il est raisonnable de lui en permettre l'usage pendant quelque tems ; ce qui est d'autant plus juste & plus nécessaire qu'alors elle ne jouit d'aucune chose, les droits n'étant point encore réglés, & cette demeure doit continuer au moins jusques à la confection des inventaires ; mais l'opinion de M^r d'Argentré me semble rigoureuse, il approuve bien que la femme se puisse nourrir & ses domestiques ordinaires & acoûtumez, de la dépense du lieu, c'est-à-dire des provisions qu'elle trouve dans la maison ; mais il ajoute cette condition, de déduire cette dépense sur les fruits de son douaire, parce qu'il ne seroit pas juste qu'elle vécût du bien d'autrui, lorsqu'elle peut subsister du sien, article 415. *gl.* 5. Cette déduction n'est pas raisonnable ; car les provisions qui se trouvent dans la maison étant un meuble, la femme y a part si elle se déclare héritière ; que si elle renonce, puisqu'elle ne remporte rien de la succession de son mari, c'est pour le moins qu'elle reprenne ces alimens sur les portions qui restent durant le tems que la Coutume lui donne pour délibérer.

Lorsque la femme a satisfait aux conditions qui lui sont ordonnées par cet article, qu'elle a renoncé judiciairement dans le tems préfix, & qu'elle n'a pris ni concelé aucune chose, elle en tire ces deux avantages, qu'elle n'est point tenuë aux dettes de son mari, & qu'on lui accorde les parafernaux.

Quelques-uns exceptent du nombre des dettes celles qui procèdent des alimens fournis constant le mariage ; & Brodeau sur Mr Loüet, *l. C. n. 29.* rapporte un Arrest du Parlement de Paris, par lequel il prétend avoir été jugé que la veuve nonobstant la renonciation par elle faite à la communauté, est tenuë des dettes d'alimens contractées par son mari pendant la communauté. Il se fonde sur ce que de disposition de Droit, la femme même séparée de biens est tenuë de nourrir son mari lorsqu'il est tombé en pauvreté : *l. ubi adhuc, de jure dot. C. Bartolus in Tract. de alimentis, in fine.* L'associé qui tombe malade peut passer en compte les frais de sa maladie : *socius qui occasione societatis incidit in infirmitatem, computare potest impensas in infirmitate factas ; l. Socim, qui in eo 60. §. 1. D. pro socio* : Aussi la femme aiant été nourrie de ce que les créanciers ont fourni durant la vie de son mari, elle est tenuë conséquemment de ses alimens nonobstant sa renonciation : Ce qui induit nécessairement que les Apoticairez, Chirurgiens & autres créanciers pour dettes d'alimens, sont préférables à la veuve pour ses conventions de mariage, puisque les fruits de ses immeubles sont affectez au paiement de telles dettes, avenant que les biens du mari ne soient suffisans. Dupineau, sur l'article 238. de la Coutume d'Anjou, combat fortement le sentiment de M^r Julien Brodeau, & il prétend qu'il n'a pas entendu l'Arrest qu'il a rapporté, quand il ajoute qu'il fut jugé que la femme, nonobstant la renonciation à la communauté, étoit tenuë des dettes d'alimens contractées pendant la communauté, & qu'elle y fut condamnée personnellement : Dupineau dit que cela ne peut être, puisqu'elle n'étoit pas partie au pro-

cess, & que quand Brodeau interprète ces mots de l'Arrest, *sur les fruits des immeubles de quelque qualité qu'ils soient*, pour comprendre les fruits de l'héritage de la veuve, cela se doit entendre des fruits séparés du fonds, lors du décès du mari, & non pour les fruits pendans lors par les racines. Quant aux raisons alléguées par Brodeau, que la femme même séparée de biens doit nourrir son mari lorsqu'il est tombé en pauvreté, il répond que le mari doit les alimens à sa femme, soit qu'elle soit riche ou pauvre, par la considération de l'affection maritale ; que si le mari est pauvre, la femme le doit nourrir de ses revenus, mais cela se doit entendre tant que le mariage dure, & sur les fruits recueillis pendant icelui : Et c'est la cause pour laquelle la Cour ordonna que les créanciers alimentaires du mari décédé, seroient paieés sur les fruits des héritages de la femme, qui étoient séparés du fonds & ameublis lors du décès du mari : mais il ne s'ensuit pas qu'encore que le mari de son vivant doive être nourri sur les biens de sa femme, il le doive être après sa mort, & que la femme qui a renoncé soit tenuë personnellement des dettes contractées par son mari pour les provisions alimentaires de lui & de sa famille, sous prétexte qu'elle en a vécu, parce que le mari se trouvant pauvre, & les revenus de la femme y aiant été les premiers employez, elle a satisfait à son devoir. De la Lande, sur l'article 204. de la Coutume d'Orléans, n'est pas aussi de cette opinion, que la femme qui renonce soit tenuë au paiement des dettes procédantes d'alimens : ce qui me paroît raisonnable, car l'on ne peut dire qu'elle a vécu aux dépens des créanciers, lorsque ses revenus ont été consummez durant le mariage.

Aussi la Coutume en cet article accorde à la femme les parafernaux en exemption de toutes dettes. On apprendra par l'article suivant en quoi consistent les parafernaux. On doutoit autrefois si la femme qui renonçoit à prendre part aux meubles de son mari, pouvoit avoir quelque droit aux acquêts : On alléguoit pour l'affirmative, que quand il y a des acquisitions en bourgeoisie, la femme précédant son mari sans enfans, les héritiers de la femme y succèdent, l'usufruit demeurant seulement au mari, & toutefois ces héritiers-là n'ont point de part aux meubles, & ne sont point tenus aux dettes mobilières ; d'où l'on conclut que la femme survivant son mari n'y peut être sujette, puisqu'elle est reçue à renoncer, & que la succession aux meubles peut être séparée suivant l'art. CCCLXVII. qui porte qu'en cas que la femme répète sa dot non consignée & reçue par son mari, elle soit prise sur les meubles auparavant que de se pourvoir sur les conquêts ; par cela l'on voit la séparation des meubles d'avec les conquêts, qui fait que la renonciation à l'un n'emporte pas la renonciation à l'autre. Outre l'Arrest rapporté par Terrien, titre de Clameur, entre David fils de Gauvain, d'une part, & Bouchard frere de la veuve en secondes nocces dudit Gauvain ; on opposoit au contraire, que la succession aux meubles & aux acquêts est tellement conjointe, qu'elle ne peut être séparée ni acceptée l'une sans l'autre ; que l'exemple des héritiers de la femme qui a précédé son mari, ne vient pas à propos, d'autant que les meubles demeurent au mari, ce qui l'oblige d'acquiescer les dettes & d'en décharger les héritiers, dont néanmoins la part des conquêts peut être saisie par les créanciers ; mais étant dit par cet article, que la femme qui renonce aura seulement ses parafernaux, cela décide nettement la question, & prive la femme de tout autre droit.

Il ne reste plus qu'à examiner quel est l'engagement que la femme contracte, lorsqu'elle ne renonce point dans le tems préfix, ou qu'elle a pris ou concelé quelque chose de la succession.

C'est un usage certain en Normandie, que les femmes qui n'ont point renoncé, sont tenuës des dettes de leur défunt mari, & qu'elles s'y engagent indéfini-

Si la femme qui renonce aux meubles, peut avoir droit aux acquêts ?

La femme ne renonçant point dans le tems pré-

Les alimens sont dus à la femme jusques au tems de la renonciation, ou acceptation de la succession de son mari.

Des avantages que la femme tire de la renonciation.

Si les dettes pour medicamens & alimens lui sont préférables ?

fix, est tenuë solidai-
rement des
dettes de son ma-
ri.

ment, quoi qu'elles excèdent la valeur des biens qu'elles ont recueillies de la succession, ce qui cause souvent leur ruine. La Coutume de Paris pour les mettre à couvert de cet acablement y apporte ce tempérament: Suivant l'article 228. le mari ne peut par contrat ni par obligation faite devant ou durant le mariage, obliger la femme sans son consentement, & plus avant que jusques à concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté, pourvu toutefois qu'après le décès de l'un des conjoints soit fait loial inventaire, & qu'il n'y ait faute ou fraude de la part de la femme ou de ses héritiers. Il seroit équitable d'en user ainsi parmi nous, pourvu que la femme eût fait un fidèle inventaire en la présence des héritiers. Il est certain que si la femme ne prenoit les meubles que *jure legati*, comme légataire universelle en faisant inventaire, elle ne seroit obligée aux dettes de son mari que jusques à concurrence de la valeur des meubles, n'étant pas d'une plus mauvaise condition qu'un autre légataire universel, qui n'est pas obligé à davantage.

La femme n'est pas seulement tenuë des dettes de son défunt mari pour sa part & portion héréditaire, elle peut être poursuivie solidaiement par les créanciers, comme le peuvent être en cette Province tous autres héritiers: On pouvoit dire en sa faveur que n'ayant que le tiers des meubles, & n'étant conséquemment chargée que du tiers des dettes, cela ne la rend pas proprement héritière, car elle prend cette part *jure suo, jure societatis & à lege*, & qu'ainsi elle ne doit être obligée que pour sa portion: On répond que cette division du tiers des meubles, à la charge du tiers des dettes, est bonne entre la femme & les héritiers du mari, mais non à l'égard des créanciers, auxquels tous les biens du mari, meubles & immeubles, sont obligés; & par l'addition d'hérédité, tous ceux qui partagent s'obligent solidaiement, *aditione hereditatis contraxisse videntur cum creditoribus hereditariis, l. apud Julianum 3. ex quib. caus. in poss. extr.* Par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 17 de Décembre 1602. le nommé Anfrie, comme ayant épousé la veuve, fut condamné solidaiement, sauf son recours contre les héritiers du mari.

L'addition d'hé-
rédité oblige so-
lidaiement les
héritiers, & le se-
cond mari de la
femme héritière.

Cas où la fem-
me ne renonçant
point n'est tenuë
des dettes de son
mari.

Mais en tout cas, cette faute de n'avoir point renoncé dans le tems préfix est-elle si grande, que lorsque la femme ne demande ni parafernaux ni douaire, elle puisse être néanmoins poursuivie pour les dettes de son mari? Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, le quinziesme de Novembre 1639. pour la veuve d'un nommé Bardolle: Caruë disoit pour une femme qui s'étoit simplement abstenuë, mais qui n'avoit rien pris ni concelé, que suivant cet article la femme est véritablement obligée de renoncer dans les quarante jours, mais qu'elle n'est tenuë de passer cette déclaration que quand elle prétend ses biens parafernaux; en ce cas, *non sufficit abstinuiffe*; que si elle abandonne généralement & son douaire & ses parafernaux, elle n'est plus obligée à passer une renonciation judiciaire: Coquerel répondoit pour le créancier, que la Coutume engage indispensablement la femme à renoncer dans les quarante jours, à faute de quoi elle devient obligée à toutes les dettes de son mari; que la Coutume ne faisoit aucune distinction, & que par conséquent il falloit s'attacher étroitement à sa disposition: La Cour, après une itérative déclaration de la veuve, qu'elle ne demandoit aucuns droits sur la succession de son mari, & qu'elle renonçoit à la succession, la déclara exemte des dettes. Cet Arrest mérite de la réflexion, & ne doit pas servir de règle.

La peine de la
soustraction faite
par la femme, se
règle différem-
ment.

La femme qui a pris ou concelé quelque chose de la succession est défavorable, & la Coutume en cet article la condamne avec raison à contribuer aux dettes, comme si elle n'avoit point renoncé.

La peine du recelé & de la soustraction est différente, selon les tems où elle a été faite: La soustraction faite après la renonciation, ne rend point la veuve hé-

ritière, elle est seulement tenuë à la restitution des choses recelées, & jusques à concurrence d'icelles; en ce cas elle est réputée comme étrangère, & on en use comme à l'égard de l'héritier, *qui postquam abstinuit amovet*: en ce cas, dit la loi *si servum*, §. ult. de *acquir. hered. furti potius actione tenetur creditoribus*, & *enim qui semel se abstinuit quemadmodum ex post delicto obligatur*, & pour cette raison l'un & l'autre peuvent être poursuivis extraordinairement.

Au contraire la renonciation faite par la femme après la soustraction & le recelé lui est inutile, & ne lui profite de rien, & nonobstant icelle elle est tenuë des dettes de son défunt mari; ce qui a lieu, bien que la veuve lors de la soustraction fût encore mineure; la minorité n'excuse point en matière de délit, *amotio delictum est furto proximum*; Cujac. *consultat. 11. in fine*, Brodeau sur M^r Louët, l. R. n. 1. C'est de cette manière que la Cour l'a décidé par l'art. 83. du Règlement de l'an 1666.

La veuve coupable de soustraction est aussi privée de la part qu'elle pouvoit avoir aux meubles recelez: C'est la jurisprudence certaine du Parlement de Paris, & qui a été suivie en ce Parlement par plusieurs Arrêts, & la Cour en a fait un Règlement par l'article 84. du Règlement de l'an 1666.

La veuve n'a
point de part aux
meubles qu'elle a
soustraits.

Ces articles du Règlement ne parlans que de la veuve, il étoit incertain si cette peine du recelé pouvoit être étenduë contre les héritiers, & s'ils devoient être privez de leur part aux choses recelées? Cette question s'offrit en la Chambre de la Tournelle, entre François le Porcher Ecuier, sieur de S. Christophe, demandeur en preuve de soustraction, d'une part; François le Porcher Ecuier, sieur de Lange, son frere; Antoine du Hamel Ecuier, & Demoiselle François le Porcher sa femme, acuzez d'avoir soustrait quantité d'or & d'argent provenant de la succession de la Demoiselle Evri leur mere: Le procès ayant été mis sur le Bureau en la Chambre de la Tournelle, le 2 de Juin 1678. les Juges se trouverent partis en opinions; M^r Louvet Rapporteur étoit d'avis que les cohéritiers fussent privez de leur part aux choses recelées; M^r le Roux d'Enneval Compartiteur, au contraire étoit d'avis que les héritiers eussent part aux meubles qu'ils avoient enlevés, en les rapportant avec intérêts.

Si cette peine
peut s'étendre
contre les héri-
tiers?

Mais avant que de procéder au jugement du partage, l'on fit un *Consultatur* en la Grand' Chambre, pour savoir si sur ce fait il pouvoit y avoir partage en la Tournelle, & si la question ne tomboit pas sur l'article du Livre Rouge, que *mitior sententia sequenda erat*; étant un usage dans tous les Parlemens de France qu'il n'y a point de partage en la Tournelle, & que par la disposition du Droit, *in poenalibus causis benignior sententia sequenda est*. On répondoit que la cause étoit plus civile que criminelle; qu'il ne s'agissoit point de savoir *an major sive minor sit poena*? mais seulement de priver ou de ne priver pas un cohéritier de sa part aux choses recelées; que *mitior sententia* ne se pouvoit entendre que quand *in poenalibus humanitatis ratione*, l'on inclinoit à de moindres peines; qu'en ce fait l'on pouvoit dire la même chose, puisque l'avis le moins rigoureux n'étoit pas fondé sur la commisération, mais sur des raisons purement civiles. Il passa à dire qu'il y avoit partage, quoi que quelques-uns soutinssent que par l'ancien usage de la Tournelle l'on n'admettoit point de partage aux procès qui avoient été instruits criminellement.

S'il peut y a-
voir partage en
la Tournelle?

Pour la question principale, le fait étoit que Marie-Françoise le Porcher femme d'Antoine du Hamel, sieur de Fontaine, avoit été réservée à partage par la Demoiselle Evri sa mere: Durant la maladie de sa mere conjointement avec François le Porcher son frere, elle avoit pris dix livres d'une part, & dix-neuf écus d'argent dans les poches de sa mere; & lorsque sa mere agonisoit, elle avoit fait découdre par une

servante qui étoit auprès de la malade, le dossier du lit, dans lequel sa mere avoit serré son argent. Cette soustraction aiant été prouvée, M^r le Rapporteur étoit d'avis de faire perdre aux acuzez leur part aux choses soustraites, & disoit que la soustraction étoit un larcin, qui devenoit d'autant plus criminel en la personne d'un coheritier, qu'il avoit plus de facilité à le commettre & à mettre la main à la chose; & c'est par cette raison que le vol domestique est puni plus rigoureusement, parce que toutes les portes étant ouvertes à un domestique, & aiant en ses mains la disposition du bien de son maître, il est plus punissable lorsqu'il viole la fidelité que l'on atendoit de lui. Si les soustractions demeuroident impunies, ce seroit rendre les hommes plus hardis à les commettre, *impunitatis spe fierent audaciores; & spe lucri invitarentur ad peccandum*. Le legataire n'a pas moins de droit en la chose qui avoit été léguée, que le coheritier, & néanmoins s'il ne prend pas son legs de la main de l'heritier, il perd sa part en la chose soustraite, *non est dubium denegari actionem ei proportionem competenti, in his rebus quas substraxisse eum de hereditate apparuerit*. L'heritier ne peut déduire la calcidie aux choses qu'il a soustraites, *l. rescriptum, de his quibus ut indign.* mais pour la question dont il s'agit, on en trouve une décision formelle en la loi *Paulus respondit 48. ad S. C. Trebellian. Si quasdam res hereditarias heres furatus est, in rebus quas substraxit petitio ei denegatur*; que c'étoit aussi la jurisprudence du Parlement de Paris, comme on l'apprend de Mr Loüet, *L. R. n. 48*. Mr le Compartiteur répondoit, que cette question avoit été traitée & décidée diversément par plusieurs Docteurs; que du tems de Mr Loüet elle étoit encore douteuse & indécidée au Palais; qu'en France on n'avoit point suivi la disposition du Droit écrit, mais celle du Droit Canonique, au chap. *suam ad nos, versiculo qui igitur, de penis, apud Gregorium*: Et nos Docteurs François ont pareillement suivi l'opinion des Canonistes; Benedictus sur le C. de Rainutius, *in verbo (si absque) n. 147. de testam.* Boërius, *Decis. 191.* Rebuffe, sur les Ordonnances, *in proœmio, gl. 6. n. 76.* Il passa à l'avis de Mr le Rapporteur, que l'heritier condamné par Justice de rapporter les choses par lui soustraites, y perd sa part, laquelle accroît aux autres heritiers, par Arrest du 6 de Juillet 1678.

L'action en soustraction contre la veuve, est civile.

Pour prouver la soustraction, l'on procède différemment contre la veuve & contre l'heritier. On ne poursuit point criminellement la veuve acuzée de soustractions, *sed actione rerum amotarum*, par la voie civile; & quand elle en est convaincue, on la condamne de rapporter ce qu'elle a pris dans un certain tems, à faute de quoi l'on ordonne qu'elle y sera contrainte par corps; ainsi jugé en la Chambre de la Tournelle, le 7 de Février 1650. entre Marguerite Gossel veuve d'Adrien de la Motte, apelante de tout ce qui fait avoit été par le Bailli de Roüen ou son Lieutenant Criminel au lieu; & Jean & Jacques Benard freres, heritiers de Marie Benard, intimez: La Cour mit l'appellation au neant, ladite Gossel condamnée en trente livres d'amende, & à restituer sept mille livres dans quatre mois, autrement condamnée & par corps.

On punit fort sévèrement une femme dans cette espèce: Une femme méditant sa séparation avoit secrètement enlevé les meubles de son mari, & s'étoit retirée de sa maison pour poursuivre une séparation de biens; & quoi qu'elle eût été deboutée de ses lettres de séparation, néanmoins à cause des soustractions par elle commises lorsqu'elle avoit abandonné son mari, il fut déchargé de la restitution de la dot qui étoit demandée par les heritiers de cette femme: Par Arrest du 25 de Février 1636. au raport de Mr d'Anviray; entre Jean Lorée d'une part, & Pierre Petit, d'autre.

Mais bien que la femme ne puisse être poursuivie

que civilement, l'on peut agir extraordinairement contre les complices, comme il fut jugé en l'Audience de la Grand' Chambre, le 30 d'Octobre 1636. pour le Saunier Huissier en la Cour qui acuzoit sa femme de soustraction; car à l'égard de la femme la procédure fut civilisée, mais on ordonna qu'elle seroit continuée extraordinairement contre les complices. On peut aussi procéder extraordinairement contre les heritiers, suivant l'Arrest que j'en ai raporté sur l'art. CXLIII. quoi que par la disposition du Droit l'on ne pût agir par la voie extraordinaire contre un coheritier; *expilata hereditatis crimen frustra coheredi intenditur. cum judicio familiae exciscunda indemnitate ejus prospiciatur, l. 3. C. Familiae excisc.* Pour la preuve de la soustraction, l'on a demandé si l'on devoit recevoir le témoignage des parens? Ce fut le sujet d'un *Consulatur* qui fut fait en la Grand' Chambre, par la Chambre des Enquêtes, le 26 de Février 1675. il s'agissoit au procès de prétendues soustractions faites par une veuve, & l'on vouloit faire entendre quelques parens. L'Ordonnance nouvelle dit expressément que les parens ne seront point admis en matière civile: qu'en matière de soustractions l'on traite la veuve civilement, & non pas criminellement. Il passa à dire que l'on entendroit les témoins, parens & autres, parce qu'ordinairement en ces occasions les femmes se servent de parens, & en rejetant les parens des informations, il seroit tres-difficile d'avoir la connoissance des soustractions: Il peut même arriver que par les dépositions des parens, il se trouvera des charges contre des complices.

Il est sans doute que l'action en soustraction peut être intentée civilement ou criminellement contre les coheritiers, les associez & les légataires; de sorte que pour régler la compétence des Juges, il faut considérer la manière dont elle a été instruite. Ce fut le sujet d'un procès entre le Lieutenant Civil & le Lieutenant Criminel de Roüen. La Dame de Montigni avoit donné par son testament ses meubles à la Demoiselle de Lisle sa domestique; cette fille aiant demandé la délivrance de son legs, l'exécutrice testamentaire fit assigner les sieurs de Croismare heritiers de la Dame de Montigni, devant le Lieutenant Civil pour y donner leur consentement. Sur leur opposition il se fit plusieurs procédures, & ensuite ils donnerent Requête pour être permis de prouver, tant par témoins de certain que par Censures d'Eglise, que l'on avoit enlevé & soustrait plusieurs meubles & papiers; ce qui leur aiant été permis, & aiant fait entendre des témoins, le Lieutenant Civil ordonna que la Demoiselle de Lisle & un autre particulier seroient entendus: Le Lieutenant Criminel crût que par ce Jugement l'action avoit changé de nature, & qu'elle étoit devenue de sa compétence; & dans cette pensée il presenta Requête en la Chambre de la Tournelle, tendante à ce que défenses fussent faites aux parties de procéder ailleurs que devant lui: Le Lieutenant Civil se pourvût en la Grand' Chambre, & la premiere contestation fut pour la compétence des Chambres. Messieurs les Gens du Roi arrêterent que ne s'agissant que d'un règlement de Charges, l'affaire devoit être portée en la Grand' Chambre. Durant pour M^e Pierre du Monstier Lieutenant Criminel, disoit qu'il n'est point au pouvoir des parties de régler la compétence des Juges; que l'action étoit devenue criminelle par la plainte des heritiers, par les Censures Eclésiastiques, par l'information & par le decret de comparence personnel; que le Juge Civil avoit changé la nature de l'action, en permettant d'informer sur une Requête; que pour continuer la procédure civile, il auroit dû ordonner la preuve par un apointement contradictoire entre les parties; mais au lieu de le faire, il avoit pris la voie extraordinaire, comme s'agissant d'une expilation d'herédité, ce qui faisoit qu'il n'étoit plus compétent du negot; que cela avoit été jugé par deux Arrêts; par le

Cette action peut être poursuivie criminellement contre les complices & les heritiers.

En fait de preuves de soustractions le témoignage des parens est reçu.

Quand le Juge Civil peut connoître de l'action en soustraction.

premier quoi qu'il se fût deffaisi d'une action en soustraction, après l'avoir civilisée, & l'eût renvoyée devant le Juge Civil, néanmoins sur l'oposition des Conseillers du Bailliage, la Cour l'avoit renvoyée devant lui : Par le second Arrest le Lieutenant Civil avoit été debouté d'avoir connoissance de l'action en soustraction que Philipès Chapelier avoit formée contre ses coheritiers ; & qu'enfin l'action *rerum amotarum* n'étoit introduite qu'en faveur de la femme, & qu'à l'égard de toutes autres personnes c'étoit un larcin, pour la punition duquel Messieurs les Gens du Roi étoient obligez d'en poursuivre la preuve ; ce qui ne se pouvoit faire que devant le Lieutenant Criminel.

Je répondois pour le sieur de Bredent Lieutenant Général Civil au Bailliage de Rouën, qu'il étoit vrai que les particuliers ne pouvoient pas changer l'ordre de Jurisdiction, ni poursuivre la preuve d'un crime devant un autre Juge que le Lieutenant Criminel ; mais que cela n'avoit lieu que pour les actions purement criminelles, où le public & Messieurs les Gens du Roi avoient interest d'en poursuivre la vengeance : Or par la disposition du Droit, *crimen expilatae hereditatis erat privatum, non publicum. Cujac. in Paratl. ad hunc titulum, C.* que non seulement à l'égard de la veuve, mais encore à l'égard de plusieurs autres personnes, il pouvoit être poursuivi ordinairement ou extraordinairement, *crimen expilatae hereditatis extra ordinem agere, aut hereditatem à possessoribus jure ordinario vindicare : l. Divus, de crimine expil. her. D.* & cette action étoit si peu criminelle, que par la loi dernière du même titre, au Code, *expilatae hereditatis crimen loco deficientis actionis intendi consuevisse, non est juris ambigui* : On ne prenoit la voie extraordinaire que lorsque l'on ne pouvoit agir autrement ; & c'est pourquoi on ne la pouvoit traiter criminellement, non seulement contre la veuve, mais aussi contre plusieurs autres personnes : *Non datur privigno in novercam, qua expilavit hereditatem mariti, puto nec in vitricum qui expilavit hereditatem uxoris. Cujac. ibidem.* Le coheritier ne pouvoit poursuivre criminellement son coheritier, *l. adversus, C. famil.erc. Expilatae hereditatis crimen frustra coheredi intenditur, cum judicio familiae eriscunda ejus indemnitati prospiciatur* : On en usoit de

même à l'égard de l'associé, dont le Jurisconsulte rend cette raison, que *eum qui partis Dominus est, jure suo potius uti quam consilium furti inire ; l. merito, D. pro socio* ; & pour le legataire qui se saisit de son legs sans le consentement de l'heritier, on le punit seulement par la perte d'icelui ; *l. non dubium, C. de leg.* Puis donc que cette action étoit *utriusque fori*, les parties avoient pû procéder devant le Lieutenant Civil ; que la Requête pour être permis de prouver les soustractions, l'Information & l'Ordonnance pour être ouï, n'altéroient point la nature de l'action, & il falloit attendre ce qui seroit ordonné après l'interrogatoire ; qu'après icelui le Juge Civil pouvoit dire que les parties auroient communication des noms & surnoms des témoins ; pour dire aux reproches & régler les parties en procès ordinaire, & que pour cette raison la Requête du demandeur étoit prématurée ; que les Arrêts ne faisoient rien à la question ; que dans le premier, le Juge Criminel avoit été saisi par une plainte ; & qu'encore qu'il eût civilisé l'instance, l'affaire ne laissoit pas d'être de sa compétence ; pour le second Arrest il étoit dans l'ordre. Philipès Chapelier avoit saisi la Jurisdiction du Lieutenant Criminel par la plainte qu'il avoit rendue, non seulement contre ses coheritiers, mais aussi contre plusieurs autres, qui s'étant trouvez chargez par les informations, avoient été decretez en comparance personnel ; mais en cette cause on avoit saisi le Lieutenant Civil par une action purement civile, pour consentir ou contredire la délivrance du legs ; que les parties en conséquence de leur information, concludoient seulement à faire déclarer la légataire indigne de son legs, & qu'il étoit étrange que le Lieutenant Criminel voulût persuader que l'affaire étoit criminelle, vû qu'aucune des parties ne reclamoit sa Jurisdiction ; que cela seroit un préjudice notable aux parties, parce qu'il faudroit procéder sur les soustractions devant le Lieutenant Criminel, & sur le testament devant le Juge Civil : Les sieurs de Croismare demanderent d'être renvoyez devant le Juge Civil. La Cour, suivant les conclusions de Monsieur l'Avocat Général le Guerchois, renvoia les parties devant le Lieutenant Civil, par Arrest du 15 de Juillet 1678.

CCCXCV.

Biens parafernaux.

Biens parafernaux en quoi consistent.

Les biens parafernaux se doivent entendre des meubles servans à l'usage de la femme, comme seroient lits, robes, linge, & autres de pareille nature, desquels le Juge fera honnête distribution à la veuve en essence, eu égard à la qualité d'elle & de son mari, apelé néanmoins l'heritier & creancier, pourvû que lesdits biens n'excèdent la moitié du tiers des meubles ; & néanmoins où le meuble seroit si petit, elle aura son lit, sa robe & son coffre.

L'article précédent donne à la femme qui renonce ses biens parafernaux. On explique en celui-ci la qualité & la quantité de cette espèce de biens : Cette explication étoit nécessaire, parce que nous donnons à ce terme de *parafernal* un sens particulier, signifiant parmi nous tout autre chose qu'il ne fait ailleurs.

Ce que c'étoit que les parafernaux parmi les Romains.

M^e Josias Berault s'est trompé, lorsqu'il a dit que dans le Droit Romain les parafernaux étoient les meubles que la femme retenoit pardevers elle sans les bailler en dot, & que l'on apeloit *bona receptitia*, dont on faisoit un mémoire qui étoit signé du mari, & qui ne consistoient qu'en bagues, robes & joiaux, dont elle vouloit se servir.

Les femmes parmi les Romains avoient trois sortes de biens, *rei uxoria nomine tria rerum genera comprehendebant, alia dotales, alia praterdotales, alia receptitia. Dotales sunt quorum possessio & dominium*

in maritum transfertur : praterdotales quas Graeci παραδοτεια vocant, quae in possessione mariti tantum erant : receptitia vero quae extra mariti dominium & possessionem etiam naturalem mulier sibi reservabat. Hottoman. de dotib. in princ. Loysseau, du Déguerp. l. 2. c. 4. n. 4.

Il paroît que la femme ne donnoit pas toujours tous ses biens en dot ; ce qu'elle vouloit retenir lui appartenoit, & non à son mari, & cela s'apeloit comme il fait encore aujourd'hui dans les pais de Droit écrit, *ses biens parafernaux* ; si le mari en avoit la jouissance, il étoit tenu d'en rendre compte, s'il n'y avoit une convention contraire par le contrat de mariage, *l. hac lege, de pact. convent. & paraphernis. Hac lege decernimus, ut vir in his rebus quas extra dotem mulier habet, quas Graeci παραδοτεια vocant, nullam uxore prohibente habeat communionem.* Et c'est peut-être cette loi mal entendue qui a fait confon-

dre à Berault les *parafernaux* avec ces autres biens dont la femme retenoit la jouissance & la propriété.

Mais la nature de ces biens, *que res receptitia vocabantur*, étoit fort différente des *parafernaux*; & pour comprendre parfaitement ces diverses espèces de biens, l'on ne peut citer rien de plus singulier que ce qui est rapporté par Aulugelle, l. 17. c. 6. de ses Nuits Attiques. En expliquant le raisonnement de Caton, pour faire recevoir la loi *Voconia* qui contenoit ces paroles; *Principio nobis mulier magnam dotem attulit, cum magnam pecuniam recipit quam in viri potestatem non committit, eam pecuniam viro in mutuum dat, postea ubi irata facta est, servum receptitium sectari atque flagitare virum jubet.*

Nous découvrons par ce discours que les Dames Romaines n'étoient pas moins fieres que leurs maris; que le joug de leurs maris leur étoit insupportable; que pour s'en exempter, ou au moins pour se le rendre plus aisé, & se conserver un pouvoir & une défense contr'eux, elles ne leur donnoient en dot qu'une partie de leur bien, & qu'elles retenoient la propriété & la pleine disposition du reste, qu'elles leur prêtoient lorsqu'elles étoient de belle humeur; mais qu'elles le leur redemandoient quand elles en étoient mal satisfaites, ou qu'elles étoient en colere, & pour cet effet elles se servoient d'un esclave qu'elles retenoient pour cet usage-là, *quem cum pecunia receperat nec dederat doti*, qui ne manquoit pas d'exécuter avec rigueur les ordres & les emportemens de sa maîtresse, & de vendre les biens du mari.

Cette malice des femmes donna lieu à Caton de remontrer que la loi *Voconia* qui rendoit les femmes incapables de succéder, étoit juste, & qu'il étoit utile pour le bien public que les femmes ne fussent pas si opulentes, puisqu'elles abusoient de leurs richesses pour maltraiter leurs maris. Nous ne manquons pas d'exemples de femmes de pareille humeur, qui se réservent par leurs contrats de mariage la disposition de leurs biens, sans en permettre l'usage à leurs maris, pour les tenir dans leur dépendance, & conserver un empire sur eux par la nécessité où elles les réduisent, de n'en tirer du secours que par leur congé.

Nous aprenons par ce même passage d'Aulugelle, que ces biens dont les femmes se réservoient la disposition & la jouissance, ne consistoient pas, comme Berault a crû, en leurs robes, linges, ou autres meubles à leur usage; mais qu'elles retenoient leur argent, leurs esclaves, & tout ce que bon leur sembloit: ces biens s'apeloient *parafernaux*.

De l'usage des
parafernaux dans
les Gaules.

Cet usage n'étoit pas particulier aux Romains; on en usoit aussi en quelque façon dans les Gaules, où les femmes possédoient en leur particulier certains biens qu'on apeloit leur *pecule*; l. si ego, §. dotis, de jur. dot. D. Et M^r Cujas a remarqué sur la l. 31. §. species, l. 12. Respons. Papiniani, que hoc vocabulo etiam Aquitani hodie utuntur.

C'étoit une Coûtume à Rome, que des choses que la femme destinoit pour son usage particulier, quoi qu'elle les apportât à son mari, elle en dressoit un mémoire qu'elle lui faisoit signer, pour les reprendre en cas de divorce & de séparation. Cela se pratique encore aujourd'hui parmi nous: dans les contrats de mariage l'on stipule presque toujours, *que la future épouse remportera ses bagues & joyaux, hardes & linges, ou une certaine somme*; & en vertu de cette stipulation, la femme en cas de mort ou de séparation reprend les meubles qu'elle a stipulés de pouvoir remporter, s'ils se trouvent encore en essence, & même au préjudice des créanciers antérieurs de son mariage; que s'ils ont été dissipés, elle en a récompense sur les biens de son mari, mais non pas au préjudice des créanciers antérieurs de son contrat de mariage: ainsi à parler proprement, les *parafernaux* sont ces biens que la femme se réserve de remporter; mais

lorsqu'elle n'a pas eu cette prévoiance, la loi supplée à ce défaut, & lui fait en cas de renonciation une distribution honnête des choses qui sont à son usage, proportionnée à la valeur des meubles que son mari a laissés: Par le grand Coûtumier de France elle ne doit remporter que ses habits communs, & non autre chose.

Dans plusieurs Coûtumes la femme qui ne se porte pas commune, ne laisse pas de prendre les habits à son usage; *mulier renuncians non debet exire nuda, sed debet habere sua vestimenta, ut vestes ordinarias secundum statum, non autem qua cadunt in modum peculii, vel de Cabinet. Molin. in Consuet. Paris. art. 115.* De la Lande sur l'art. 206. de la Coûtume d'Orléans, dit qu'ordinairement on lui laisse une robe & autres vêtements, de chacune espèce un, avec le menu linge, & même en beaucoup de lieux on observe de lui donner un lit garni. La Coûtume de Bretagne est la plus libérale, elle veut que *la femme prenne de toutes choses qui lui suffisent environ elle, tant de joyaux que d'autres choses*, art. 416. Notre Coûtume n'étend pas si loin les *parafernaux*, elle les fait consister aux meubles servans à l'usage de la femme, comme sont lits, robes, linges & autres de pareille nature; & comme cela ne lui est accordé que par grace & commisération, c'est avec raison que Loysel dit que le *parafernal* des femmes en Normandie est leur *infernal*, parce que ce n'est qu'un effet de leur misère & de leur mauvaise fortune.

En Normandie
les parafernaux
consistent aux
meubles servans
à l'usage de la
femme.

La Coûtume a prudemment ordonné, que cette distribution doit être proportionnée à la qualité du mari & de la femme, *neque enim omnibus una taxatio sufficere poterat, ut nec eadem omnibus dignitas, nec eadem facultates, & omnino alia fortuna media, alia Principi femina, alia opifici statuenda erat proportio; Argent. ad articul. 416. gl. 1.* Il faut aussi que le Juge y procède avec modération, *parce tamen, neque enim liberalitas necessitati congruit.* Pour empêcher l'abus & la fraude, suivant cet article cette distribution se doit faire en la présence des héritiers & des créanciers pour la conservation de leurs intérêts; & quoi que cette libéralité se fasse à leurs dépens, ils ne s'y peuvent opposer par une raison de commisération, à l'exemple de celui qui a fait cession de biens, à qui l'on ne pourroit ôter ses habits sans inhumanité; *Bald. ad l. uti. qui bon. adq. poss.* On n'en refuse pas même quelque petite portion à ceux qui sont condamnés pour crime, l. divus, D. de bon. damnat.

La distribution
des parafernaux
se doit faire en la
présence des hé-
ritiers & créan-
ciers.

Ces *parafernaux* ne sont dûs à la veuve qu'en cas qu'elle renonce à la succession de son mari, & qu'elle n'ait stipulé aucun remport par son contrat de mariage, ou qu'elle ne le puisse avoir tel qu'elle l'a stipulé; mais elle ne peut avoir ces deux causes lucratives, suivant qu'il a été jugé par les Arrêts remarqués par Berault, & depuis encore par Arrêt du 18. Août 1618. pour Jean le Courtois, contre la veuve de son frere. Autre Arrêt en la Chambre des Vacations, du 17 Octobre 1654. entre la nommée le Prestre & Cecile, plaidans Maurry & Lyout; on cassa la Sentence qui avoit ajugé à ladite le Prestre ses *parafernaux*, outre son remport.

Quand les para-
fernaux sont dûs
à la femme.

Il y eut plus de difficulté sur cette question, si le legs fait par le mari à sa femme, la privoit de ses *parafernaux*? Elle s'offrit en la Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r Fermanel, le 18 de Mars 1655. En procédant au jugement du procès d'entre les Sieurs & Dame de Poitricourt, & Daniel sieur de Boisdanemets, les Juges furent partis en opinions. Le fait étoit que Dame N. de Lépinay avoit épousé en premières noces le sieur de Boisdanemets, & par son contrat de mariage elle n'avoit point stipulé qu'elle remporteroit ses habits, bagues & joyaux, ni aucuns autres meubles: Aiant renoncé à la succession de son mari, elle demanda ses *parafernaux*, pour lesquels on lui ajugea le sixième denier de la valeur des meub-

Si le legs fait
par le mari à sa
femme, la prive
de ses parafer-
naux?

bles ; mais dans le compte qu'elle rendit à son fils de la gestion qu'elle avoit eue de son bien comme tutrice, il lui contredit cette demande, se fondant sur ce que le sieur de Boisdanemets son mari lui avoit legué par son testament ses bagues & joiaux, les linges & hardes à son usage, avec son carosse & ses chevaux ; & par cette raison il soutenoit qu'elle devoit se contenter à son legs, ou prendre seulement ses parafernaux, ne pouvant avoir l'un & l'autre : Le sieur de Poitrincourt son second mari, prétendoit qu'elle pouvoit avoir le legs à elle fait par son mari, puisqu'il l'avoit pu faire comme il auroit fait à un étranger ; mais que cette liberalité ne pouvoit pas lui faire perdre ce qui lui étoit acquis par la Coutume : & bien que les choses qu'elle pouvoit demander pour son parafernal, fussent comprises dans son legs, néanmoins elle pouvoit les prendre en essence en vertu de son legs, & avoir encore le sixième denier de la valeur des meubles par le bénéfice de la loi ; les Arbitres qui avoient procédé à l'examen du compte l'avoient jugé de la sorte, dont la mere & le fils avoient apelé respectivement : La mere, en ce qu'on lui avoit ajugé mille livres seulement pour son parafernal, outre son legs, encore que le prix des meubles montât à dix ou douze mille livres, & les cédules, bestiaux & grains à vingt mille livres, de tous lesquels biens elle prétendoit avoir le sixième denier : Le fils se plaignoit de ce qu'on ne l'avoit pas deboutée de sa demande des parafernaux, à cause du legs qui lui avoit été fait. L'avis de M^r le Rapporteur étoit qu'il avoit été bien jugé, tant à l'égard du fils qu'à l'égard de la mere, quoi que l'on n'eût estimé son parafernal qu'à la somme de mille livres, en considération du legs qui lui avoit été fait ; & d'ailleurs que le parafernal que la Coutume évalué au sixième denier, ne s'entend pas de tous les effets mobiliers d'une succession, mais seulement des meubles servans dans une maison : Pour l'apel du fils, M^r Clement Compartiteur dit qu'il étoit du même avis que M^r le Rapporteur à l'égard de l'apel de la veuve, & qu'en effet tous les biens mobiliers d'une succession ne devoient pas entrer dans l'évaluation du parafernal d'une veuve ; mais en tant que l'apel du sieur de Boisdanemets, il estimoit que la veuve ne pouvoit avoir que le legs ou le parafernal, la Coutume ne donnant les parafernaux que par commiseration, & en l'honneur du mariage, l'honnêteté publique ne permettant pas qu'une femme sorte de la maison de son mari comme une gueuse, sans avoir de quoi se vêtir & se coucher ; mais lorsque la femme par son contrat de mariage a stipulé un préciput & un remport de ses joiaux, habits, linges & lit, en ce cas si elle renonce à la succession de son mari, & qu'elle remporte les meubles qu'elle a stipulés, elle ne peut plus prétendre aucune chose pour son parafernal, parce qu'il ne lui est donné par la Coutume que lorsqu'elle ne remporte rien ; Il faut dire la même chose lorsque son mari y a pourvu par son testament, & que prévoyant le besoin de sa femme il a voulu lui donner à peu près les mêmes choses que la Coutume lui auroit accordées ; & c'est en cette rencontre que l'on peut faire valoir la maxime, que *provisio hominis facit cessare provisionem legis* : il passa presque tout d'une voix en la Grand' Chambre, à dire que la veuve ne pouvoit avoir que le legs ou le parafernal.

Si la demande des parafernaux est transmissible aux héritiers ?

Il semble que les parafernaux n'étant acordez à la femme que par grace & commiseration, & même cette liberalité se faisant aux dépens des créanciers, elle n'est dûe qu'à sa personne, & ses héritiers n'ont aucun prétexte de les prétendre, lorsque la femme de son vivant n'en a pas formé la demande, autrement il auroit été mal jugé par l'Arrest du sieur de Boisdanemets ; car si les héritiers ont action pour les demander, il faut que le droit en soit pleinement acquis à la femme par sa seule qualité de femme, &

Tome II.

par conséquent le legs que le feu sieur de Boisdanemets avoit fait à sa femme, ne devoit pas lui faire perdre ses parafernaux : Aussi Berault est de ce sentiment, que la demande des parafernaux est personnelle, & qu'elle ne passe point aux héritiers, ce qu'il confirme par l'autorité d'un Arrest qui l'avoit jugé de la sorte ; & Godefroy est aussi de ce même avis.

Cependant cette question a été décidée en faveur des héritiers de la femme par plusieurs Arrêts ; le premier fut donné en la Chambre de l'Edit, le 26 d'Août 1626. entre Simon de S. Germain Ecuier, sieur d'Ivôy, & de Piane sieur de Briqueville ; il fut jugé par cet Arrest qu'un second mari étoit admissible à demander les parafernaux qui eussent appartenu à sa défunte femme, quoi que de son vivant elle n'en eût formé aucune demande.

Jugé que le second mari étoit admissible à demander les parafernaux dûs à sa femme décédée, &c.

Cette même question fut plaidée solennellement par M^r de Touffreville-le-Roux, depuis Conseiller en la Cour, & par M^o Jacques Coquerel, Claude Noël sieur des Prez, & Demoiselle Elisabeth Mesnage sa femme furent ataqués en même tems de la maladie contagieuse ; le mari mourut, & sa femme ne le survécut que de trois jours. Philipès Mesnage Ecuier, sieur de Cagny, frere de cette femme, mit en action les héritiers du mari pour lui donner les parafernaux qui étoient dûs à sa sœur, en renonçant à la succession de son mari, ce qu'il déclaroit faire pour elle ; l'héritier y aiant été condamné, le Roux son Avocat disoit pour ses causes d'apel, que la demande des parafernaux étoit personnelle, & qu'elle ne passoit point à ses héritiers, si elle n'en avoit formé la demande ; ce qui se prouve par la définition des parafernaux que la Coutume en donne en cet article, *les parafernaux sont les meubles servans à l'usage de la femme* ; c'est donc à elle seule qu'ils sont dûs, puisqu'on ne lui accorde que ce qui est propre à son usage ; c'est un droit singulier, & un tort que l'on fait aux créanciers & aux héritiers, *jus autem singulare quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum est, non est trahendum ad consequentiam* : Il n'est pas raisonnable que la femme qui renonce à la succession de son mari, emporte une partie de ses meubles à un titre purement lucratif, au préjudice des legitimes créanciers ; & cependant la Coutume par un mouvement d'humanité & de commiseration aiant estimé qu'il seroit honteux de chasser une veuve sans son lit & ses habits, elle lui a donné ses petits meubles ; mais quand elle n'a pas voulu en faire la demande, l'intention de la Coutume n'a pas été de les donner à son héritier : ce qui se prouve encore par les termes de cet article, que *le Juge en fera une honnête distribution à la veuve* ; car tous les termes de cet article marquent que cette grace n'est accordée qu'à la seule personne de la veuve. Coquerel répondoit pour les intimés, que les parafernaux n'étoient pas un simple usufruit qui s'éteignit par la mort de la veuve ; que c'étoit un bien propre qui passoit à son héritier, & que lui étant donné par la Coutume, son héritier avoit droit de les demander : La cause aiant été apointée au Conseil, par Arrest du 30 de Juillet 1627. au rapport de M^r Pigny, la Sentence fut confirmée ; ce qu'il y avoit de particulier étoit, que la femme étoit morte trois jours seulement après son mari de la maladie contagieuse, ainsi elle n'avoit point été en état de renoncer ni de demander ses parafernaux, ce qui rendoit son héritier favorable.

Pour obtenir la délivrance des parafernaux, il n'est pas nécessaire que le contrat de mariage ait été reconnu ; car bien qu'il n'eût point d'hipotèque, une femme n'est point privée de remporter ses bagues & joiaux, ou la somme limitée par son contrat de mariage, au préjudice des créanciers, d'autant que c'est plutôt une rétention de ce que la Coutume & la disposition ordinaire des contrats de mariage lui donne, qu'une créance, & l'Arrest de 1630. est plutôt pour

La femme a la délivrance de ses parafernaux ; soit que le contrat ait été reconnu ou non.

N

la dot que pour le douaire & les parafernaux ; & pour les bagues de la femme, il fut jugé de la sorte le 7 d'Avril 1633. Nonobstant cet Arrest, pour éviter les fraudes & les suppositions, il me semble qu'il faut distinguer entre les meubles dont la femme auroit stipulé le remport, & les parafernaux : Pour les premiers, quoi que son contrat de mariage fût sous signature privée, si toutefois ils se trouvoient encore en essence, il seroit juste de les lui laisser ; que s'ils n'étoient pas en essence, & qu'au lieu d'iceux la veuve demandât une somme, elle n'y seroit pas recevable, parce qu'il seroit fort aisé de supposer un autre contrat ; mais pour les parafernaux ils sont dûs à la femme, soit que le contrat ait été reconnu ou non.

La séparation civile donne aussi lieu à la demande de la femme pour ses parafernaux.

Le prédecès du mari n'est pas le seul cas où la femme a délivrance de ses parafernaux, ou des meubles dont elle a stipulé le remport ; la séparation civile a le même effet : mais on a demandé si lorsqu'elle n'est point encore séparée, & que les meubles du mari sont entièrement saisis, elle a qualité pour demander ce remport ? Elle peut alléguer qu'elle a une action pour les conserver ; que si elle laissoit vendre tous les meubles de son mari sans s'y opposer, sa stipulation lui deviendroit inutile. On oppose au contraire que la femme n'étant point séparée, elle n'a pas d'action ; que ce remport n'est que conditionnel, en cas qu'elle survive à son mari ; que si elle redoute son mauvais ménage, & qu'il ne lui reste aucuns meubles pour fournir à ses conventions matrimoniales, elle peut avoir recours au remède ordinaire de la séparation ; mais ne le faisant pas, les créanciers ont droit de contredire sa demande, le mari pouvant aliéner ses meubles, & en racheter d'autres dès le lendemain ; mais puisque les biens que la femme se réserve de pouvoir remporter, n'appartiennent au mari que conditionnellement, en cas que la femme précède, & qu'elle peut les réclamer au préjudice des créanciers antérieurs de son contrat de mariage, pourvu qu'ils soient encore en essence, la femme bien que non séparée a une qualité pour les retenir & pour les conserver, ce qui n'auroit pas lieu pour les parafernaux qu'elle ne peut demander qu'en cas de mort ou de séparation.

La femme n'ayant stipulé de choix pour ses remports, ne peut demander une somme

C'est une stipulation ordinaire dans les contrats de mariage, que la femme remportera ses bagues & bijoux, sa chambre, son carrosse, & autres meubles servans à son usage, ou une certaine somme ; lorsque cette alternative n'y est point employée, on

La femme prend son douaire déchargé des rentes amorties constant son mariage, & elle n'a droit de conquest sur le rachat desdites rentes.

Dans les Coutumes qui admettent la communauté, le rachat desdites rentes est réputé aquest.

Cet article nous fait comprendre deux choses ; la première, que la Coutume a perpétuellement cette intention de convertir en propres toutes sortes d'immeubles ; & la seconde, de diminuer les avantages des femmes : C'est dans cette vue qu'elle dispose que l'extinction des rentes constituées ou foncières dont l'héritage du mari étoit chargé, ne passe point pour un aquest ou une augmentation qu'il fasse de son bien pour y donner part à la femme ; dans les lieux où la communauté est admise, le rachat fait par le mari des rentes qu'il devoit, est réputé aquest ; Paris, art. 244. & *ibid.* Tronçon & Ricard. Du Moulin avoit été de ce sentiment sur le 57. article de l'ancienne Coutume de Paris, quant au partage de la communauté entre les héritiers du mari & de la

a douté si ne se trouvant au tems du décès du mari, de chambre meublée, de carrosse & de chevaux, la veuve pouvoit demander une somme d'argent ? Dame Jacqueline de Bechevel, veuve de Bechevel Ecuier, sieur de la Motte, forma cette demande devant le Juge de Baieux, contre le sieur de Bechevel, tuteur du fils dudit sieur de la Motte, en conséquence de la stipulation employée dans son contrat de mariage, qu'elle remporteroit son carrosse : son mariage n'avoit duré que six mois ; & comme les mariez demeuroient chés le pere de ladite Dame, elle n'avoit point eu de carrosse ; elle vouloit néanmoins en avoir ; & quoi qu'on lui eût offert la meilleure chambre du logis de son mari, elle prétendoit encore qu'on lui en devoit fournir une selon sa condition, son mari ne lui en ayant point acheté ; elle fut deboutée de ses prétentions : Greard sur son apel, ne disconvenoit point de la maxime, que quand une femme n'avoit point stipulé qu'elle auroit sa chambre & son carrosse, ou une certaine somme, elle n'en pouvoit demander s'il ne s'en trouvoit point au tems de la mort de son mari ; mais il disoit que ce mariage n'avoit duré que six mois, & que son mari n'avoit pu lui en acheter ; & pour sa chambre, qu'ayant donné trois mille livres pour don mobil, elle devoit au moins avoir une chambre honnête. Je répondois pour le tuteur, qu'il faisoit s'attacher aux termes du contrat ; que son mari ne lui avoit pas promis un carrosse, mais il avoit consenti qu'elle eût celui qui se trouveroit ; elle devoit prévoir ce cas, s'il n'y en avoit point, & stipuler une somme : Pour la chambre, qu'elle devoit se contenter de celle de son mari, & qu'il étoit incivil de prétendre qu'on étoit obligé de lui en acheter une autre pour la lui donner ; la cause ayant été appointée, elle fut jugée au rapport de M^r Ferrare ; & par Arrest, la Cour mit sur l'apel hors de Cour, en la Chambre de l'Edit, le 6 de Mars 1663.

me d'argent, quand les remports stipulez ne se trouvent au tems du décès de son mari.

Lorsqu'il est stipulé que la femme remportera ses bagues & autres meubles, ou une certaine somme, sans ajouter qu'il sera à son choix de prendre l'un ou l'autre, l'on peut douter si l'héritier a la faculté de choisir en conséquence de cette maxime, que *electio est debitoris* ? Il faut tenir que ce choix demeure à la femme par ces deux raisons, que ce sont ses meubles qu'elle apporte, & que cette alternative n'est employée par elle que pour son avantage.

La femme a seule le choix des remports stipulez dans son contrat de mariage.

CCCXCVI.

Décharge des hipotèques & charges réelles n'est réputée conquest.

Si le mari constant le mariage décharge les héritages à lui appartenans lors de ses épousailles, ou bien à lui échûs en ligne directe constant son mariage, de rentes hipotèques & foncières, ou autres charges réelles, la femme a le tiers entier pour son douaire déchargé desdites rentes raquitées, comme s'ils n'eussent point été chargez lors & avant les épousailles ; & ne sont lesdits raquits & décharges réputées conquests, pour y prendre droit par la femme ou ses héritiers.

femme ; & M^r d'Argentré sur l'art. 418. de la Coutume, *gl. 3. n. 11.* répute cette décharge un aquest, & que l'héritier doit rendre la moitié des deniers déboutez pour cette libération ; car encore que le mari soit le maître des meubles, & qu'il en puisse disposer à sa volonté, toutefois la femme n'est privée d'y prendre part que quand il les a consumez, & non pas lorsqu'il les a utilement employez pour la décharge de ses héritages. Il n'en est pas de même des dettes mobilières, *quæ si dissolvuntur de communiōne nulla est repetitio, quia confunduntur in communiōne, in quâ quisque cepit suum & consumit.* Voiez Chassanée, *tit. des Gens Mariez, §. 3. v. ou pour elle.* Et non seulement l'héritier du mari doit rendre la moitié des deniers paieez pour le rachat des rentes,

mais aussi la moitié des augmentations faites sur le bien du mari ; comme aussi la femme ou les héritiers sont tenus de faire la même chose. C'est encore par cette raison que l'on a jugé au Parlement de Paris, que si le mari avant son mariage avoit acquis un fonds sans en avoir payé le prix, & que depuis constant le mariage il s'en acquitât, la femme véritablement ne prendroit pas part au fonds comme à un aqest, parce que le mari en étoit saisi avant son mariage, & qu'en matière de contrats de rachat ou de vente, *maximè inspicitur tempus contractus, l. Rutilia Poli. ff. de contrah. empt.* mais elle auroit part aux deniers déboursés par le mari ; Loüet, l. A. n. 3.

Nôtre Coutume est contraire à toutes ces maximes, elle ne donne aucune part à la femme, ni au fonds, ni aux rentes rachetées ; mais son douaire en augmente, aiant le tiers entier pour son douaire déchargé des rentes rachetées.

Si la femme a son douaire exempt des rentes rachetées de ses deniers dotaux, quand elle a été subrogée à l'hipotéque des créanciers ?

Nicolas Blondel sieur de Coquetot en mariant sa fille à Bertout sieur de Tiberville, stipula une consignation actuelle de la dot de ladite fille sur tous les biens du mari, & avec cette condition néanmoins, que pour une plus grande assurance les deniers dotaux seroient employez à l'aquit des dettes du mari, & que sa fille demeureroit subrogée aux hipotéques des créanciers. Après la mort du sieur Bertout, ladite Dame Blondel sa veuve demanda sa dot & son douaire exempt des rentes que l'on avoit rachetées de ses deniers dotaux ; pour cet effet elle s'aïdoit de cet article, soutenant que sa dot étant consignée, elle devoit avoir tous ses droits sans diminution, suivant l'art. CCCLXV. que toutes les rentes aiant été rachetées, son douaire en devoit être déchargé ; que la subrogation à l'hipotéque des créanciers ne lui pouvoit nuire, puisqu'il y avoit une consignation actuelle. On répondoit que lorsque la Coutume donnoit le douaire entier & déchargé des rentes que le mari avoit rachetées, cela s'entendoit d'une libération effective & parfaite, ce qui n'étoit pas en cette espèce, où la femme avoit stipulé la subrogation à l'hipotéque des créanciers, & par ce moyen elle étoit devenue créancière, d'où il s'ensuivoit que les rentes n'étoient point rachetées, puisqu'elles subsistoient encore par le moyen de cette subrogation : ainsi jugé au rapport de M^r d'Anviray, le 5 de Juillet 1662. en la Grand' Chambre. Il est certain que quand le mari a consigné la dot sur tous ses biens, quoi que par après il emploie ces deniers-là au rachat des rentes qu'il devoit, la femme a son douaire exempt de contribution aux rentes rachetées, parce que l'on présume qu'il peut avoir fait ce rachat de son épargne, & qu'il peut avoir employé en d'autres choses les deniers dotaux.

Si le mari en rachetant ses rentes se constitue en de nouvelles, le douaire de la femme qui renonce est exempt des rentes rachetées sans contribuer aux nouvelles ?

Il est bien raisonnable que le douaire de la femme soit augmenté lorsque le mari décharge son héritage des rentes qu'il devoit, sur tout lorsqu'il fait cette libération de son épargne & de son ménage ; mais cette raison cesse lorsqu'en même tems qu'il se libère, il s'engage & se constitue en d'autres rentes qu'il emprunte, & en ce cas on demande si la femme qui renonce à la succession de son mari, peut avoir son douaire déchargé des rentes que son mari devoit lors du mariage, sans contribuer à ces nouvelles rentes, lorsqu'il n'y a point de déclaration que les deniers en aient été employez à faire ces rachats ? Cette question fut décidée au rapport de M^r de Fermant, en la Chambre des Enquêtes, le 18 de Mars 1655. entre Daniel Ecuier, sieur de Boisdanemets, & la Dame de Poirincourt sa mere, & il fut dit qu'elle prendroit son douaire sur tous les héritages dont elle avoit trouvé son mari saisi, sans contribuer aux rentes qu'il avoit rachetées constant leur mariage, & qu'elle ne contribueroit point aux rentes qu'il avoit constituées durant icelui, vû qu'elle avoit renoncé à sa succession, quoi qu'on soutint que ce n'étoit pas libérer son fonds en rachetant les rentes dont il étoit chargé, si on l'hi-

potéquoit en même tems à d'autres rentes, & que c'étoit une ouverture pour faire un avantage indirect aux femmes contre l'intention de la Coutume ; & vrai-semblablement ce n'a pas été l'intention de nos Réformateurs de faire de si grands avantages aux femmes : il étoit juste que les rentes étant rachetées des deniers où la femme auroit eu part, elle eût au moins son douaire exempt de ces rentes ; mais il n'y a pas lieu de faire passer ce rachat-là pour une extinction, lorsque le mari fait de nouvelles constitutions pour cet effet, quoi qu'il n'ait pas fait de déclaration d'emploi, n'étant pas nécessaire, parce qu'il ne s'agit pas d'hipotéques ; ce que l'on peut confirmer par la disposition de l'article suivant ; car n'est-ce pas vendre son propre, que de l'hipotéquer ?

Aussi cette question s'étant présentée à l'égard du tiers coutumier, l'on jugea le contraire en la première Chambre des Enquêtes, le 4 de Mai 1682. au rapport de M^r de Bernieres-Louvigni, & l'on confirma une Sentence du Bailli de Caën au Siege de Vire, donnée entre le sieur Sonnet & les acquereurs du bien de son pere, par laquelle il avoit été dit que ledit Sonnet qui avoit renoncé à la succession de son pere, ne pouvoit avoir son tiers coutumier sur les biens que son pere possédoit lors de son mariage exempt des rentes qu'il devoit, quoi que depuis il les eût acquitées, & que dans plusieurs contrats de ventes qu'il avoit faites de ses héritages, l'on n'eût point fait mention que ce fût pour acquiter ses dettes, & que dans les paiemens de plusieurs rentes par lui rachetées, il ne fût point employé que les deniers provenoient de la vente de son bien : l'Arrest de Boisdanemets fut lû sur le Bureau avant que d'opiner, mais il ne fit aucune impression sur l'esprit des Juges.

Le tiers coutumier sur le bien du pere, n'est point exempt des rentes rachetées.

On a depuis agité cette question, si le pere aiant libéré les héritages de la mere des rentes dont il étoit chargé, les enfans pouvoient avoir leur tiers coutumier sur les biens de la mere en exemption des rentes rachetées, lorsqu'il paroïssoit avoir reçu le rachat des rentes qu'il possédoit au tems de son mariage, ou qu'il s'étoit constitué en de nouvelles rentes ? Le procès étoit entre M^e Guillaume Regnout Prêtre, apelant de Sentence donnée au Siege du Pontlevêque, & François-Paul le Vavasseur sieur de Siglas, tant pour lui que pour ses freres, intimés. Regnout créancier du pere & de la mere desdits sieurs le Vavasseur, avoit fait saisir réellement tous leurs immeubles ; les enfans aiant renoncé aux successions de leurs pere & mere, avoient demandé leur tiers coutumier, & en procedant à la liquidation d'icelui, l'on jugea qu'ils le prendroient en exemption des dettes anciennes que le pere avoit rachetées, & sans contribuer au remploi des propres alienez, ni aux rentes qu'il avoit constituées depuis son mariage ; on leur avoit pareillement ajugé leur tiers coutumier sur le bien de la mere en exemption des rentes antérieures du mariage, que le pere avoit rachetées, & sans contribuer au remploi des rentes dont le mari étoit saisi, & dont il avoit reçu le rachat constant son mariage, ni aux rentes qu'il avoit nouvellement constituées sur lui : Ledit Regnout n'étoit pas apelant du premier chef de la Sentence qui déchargeoit le tiers coutumier sur le bien du pere, de la contribution au remploi des rentes rachetées, & de celles que le pere avoit nouvellement constituées, parce que cela étoit de peu de consequence ; il posoit néanmoins pour une maxime certaine, que le tiers n'étoit point déchargé qu'en contribuant, & il en concluait que les enfans ne pouvoient avoir leur tiers libéré des anciennes dettes, qu'en contribuant & au remploi des rentes rachetées, & à l'aquit des nouvelles constitutions : lorsque le mari libère le bien de sa femme des dettes dont il étoit chargé, ni lui ni ses héritiers n'en peuvent demander récompense à la

Si le tiers coutumier sur le bien de la mere, est exempt des rentes rachetées par le pere, & pour lesquelles il s'est constitué ?

S'il est dû récompense au mari ou à ses héritiers, pour avoir acquité les dettes des héritages de sa femme ?

100 DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCXCVI. &c.

femme ni à ses heritiers ; car jouissant des biens de sa femme, il est réputé avoir fait ces raquits des fruits qu'il en avoit perçus, ou de leur bon ménage, & de leur mutuelle collaboration ; mais cette présumption cessoit lorsqu'il se trouve que le mari a consommé les propres, ou qu'il a contracté des dettes : en ce cas la femme est obligée d'en faire raison, & ses enfans ne peuvent avoir leur tiers coutumier, qu'en contribuant & au emploi des propres alienez, & à l'aquit des dettes qu'il a contractées. Ce seroit un moien fort aisé à un mari de faire à sa femme un avantage indirect contre la disposition de la Coutume, s'il lui étoit permis d'aliéner ou de dissiper les propres, en contractant de nouvelles dettes pour acquiter celles de sa femme. C'est une illusion de soutenir que le mari a fait ces rachats de son épargne & de son bon ménage, lorsqu'il a dissipé son propre bien, & l'on ne peut présumer qu'il ait pu décharger les heritages de sa femme qu'aux dépens de son propre, & en ce cas il faut suivre la disposition de l'art. CCCXCVII. suivant laquelle si le mari a vendu de son propre bien pour faire ledit raquit, la femme prenant douaire sur les heritages déchargez, ne peut prétendre douaire sur l'heritage vendu : ce seroit mal comprendre le sens & l'intention de l'art. CCCXCVI. la Coutume n'a fait cette disposition qu'au desavantage des femmes, elle n'a pas voulu que le rachat & l'extinction que le mari faisoit des rentes qu'il devoit, passât pour un aquest où la femme prît part ; elle veut que cela ne lui produise qu'un simple usufruit : si le mari pouvoit aliéner ou engager les propres pour en employer les deniers à l'aquit des dettes de sa femme, sans en pouvoir demander récompense, ce seroit une voie fort aisée de faire passer le

bien paternel au côté maternel. Il est donc vrai de dire que la femme ne peut reprendre son bien, ni les enfans leur tiers coutumier déchargé de dettes, que quand il paroît qu'elles ont été acquittées par l'épargne & par le bon ménage du mari. Les enfans répondoient que ledit Regnout n'étoit point apelant de la Sentence, en ce qu'elle décharge le tiers coutumier sur le bien du pere de la contribution aux dettes raquitées ; c'étoit acquiescer au chef de la Sentence qui jugeoit la même chose pour le tiers coutumier sur le bien de la mere, les mêmes raisons qui servent pour la décharge du tiers coutumier sur le bien du pere étant également décisives pour le tiers sur le bien de la mere ; car il y a lieu de présumer que les uns & les autres ont été faits par le bon ménage de l'un & de l'autre, & par leur commune collaboration. Les creanciers doivent s'imputer la faute de n'avoir pas stipulé l'emploi de leurs deniers, & une subrogation aux droits des créanciers dont les dettes étoient acquittées : La Cour ne prononça pas sur la question, savoir si le tiers sur le bien du pere devoit être exempt du emploi des propres & des dettes contractées par le pere, pour autant qu'il y avoit d'anciennes rentes rachetées entre les mains du pere & de nouvelles constitutions, parce que Regnout ne le demandoit pas à cause que c'étoit peu de chose ; mais si la question eût été à décider, la Cour l'auroit jugée conformément à l'Arrest de Sonnet rapporté ci-dessus ; & à l'égard du tiers sur le bien de la mere, la Sentence fut cassée, & les enfans furent condamnés de contribuer aux rentes rachetées & aux rentes nouvelles que le pere avoit constituées sur lui ; par Arrest du 19 Mars 1685. au rapport de M^r du Basset-Baudouin, en la seconde Chambre des Enquêtes.

CCCXCVII.

Douaire n'a lieu sur l'heritage baillé pour ladite décharge.

Si le mari a vendu de son propre pour faire ledit raquit, la femme prenant douaire sur les heritages déchargez, ne pourra prétendre douaire sur ledit héritage vendu.

Femme n'a douaire sur l'heritage vendu pour amortir les rentes.

Cet article est fort juste, la femme aiant son douaire exempt des rentes rachetées ; si ce rachat ne s'est point fait par le bon ménage des conjoints, mais par le moien de la vente des propres du mari,

elle ne doit pas prendre douaire sur ces heritages vendus, parce qu'elle auroit un double avantage, & que ce seroient deux causes lucratives qui ne peuvent valoir.

CCCXCVIII.

Donation n'est sujette à douaire.

La femme ne peut avoir douaire ne conquest sur les biens donnez à son mari.

La femme n'a douaire ni conquest sur les biens donnez au mari depuis les épousailles.

La premiere partie de cet article est inutile, la Coutume s'en étant expliquée fort nettement en l'art. CCCLXXX. Elle est même mal conçue ; car il ne falloit pas dire en termes generaux, que la femme n'a point de douaire sur les biens donnez à son mari ; non seulement elle le peut avoir sur les immeubles qu'elle lui a donnez en don mobil, mais aussi il lui appartient sur les biens donnez à son mari par le contrat de mariage. Coquille sur l'article premier du Titre du Douaire de la Coutume de Nivernois, en propose la question ; *S'il avient, dit-il, qu'un parent qui n'est ascendant donne en faveur de mariage, on demande si cet heritage est sujet à douaire ?* Car il se trouve qu'en même tems le mariage a éfet & le douaire aussi, toutes les conditions faites en faveur de mariage aiant cette condition inhérente ; si les nôtices s'enlèvent, *l. plerumque, de jure dot.* Et dans les contrats toutes les conditions étant purifiées, elles ont un éfet retroactif au jour du contrat, *l. filiusfamil. de verb. oblig.* d'où il résulte que la donation a un éfet plus ancien que la celebration du mariage, & par consequent les biens donnez sont sujets au douaire ; cela doit avoir lieu pour les autres donations, comme pour celle qui est faite pour le don mobil, comme je

l'ai déjà remarqué sur l'art. CCCLXVII. & c'est pourquoi pour éviter toute ambiguïté, il falloit dire comme en l'art. CCCLXXX. que la femme n'a point de douaire sur les donations faites depuis les épousailles.

C'est perpétuellement l'esprit de la Coutume, d'affoiblir & de rétreindre les droits des femmes, & de ne leur donner aucune part aux biens de leurs maris, qui leur sont échus constant leur mariage, s'ils ne proviennent de leur mutuelle collaboration. Il ne s'enfuit pas toutefois que quand l'heritage a été acheté, pour y donner part à la femme il faille examiner *cujus respectu, aut labore, aut pecunia res acquisita sit, aut si sibi quis nominatim stipulatus sit* ; il suffit que l'achat soit fait constant le mariage, pour produire un droit de conquest à la femme, *nam, inquit Argentr. art. 418. gl. 1. n. 3. & si certum sit plus industria in viris esse, tamen mulieris est assertio partorum*, mais pour les choses données depuis le mariage, n'y aiant point de communauté entre les gens mariez, elle ne peut y prétendre part à ce titre-là ; elle est encore excluse par ce même article de tout droit de conquest : de sorte qu'il n'est point nécessaire de discuter si la donation a été faite en contemplation du mari ou de la femme, ni de distinguer si elle

Efets de la communauté non admise entre mariez, à l'égard des donations faites au mari.

a été faite à l'heritier en ligne directe, ou à l'heritier en ligne collaterale, comme en la Coûtume de Paris, art. 146. ou si cette différence d'heritiers est considerable ou non, ce que M^r d'Argentré a traité sur l'art. 418. de la Coûtume de Bretagne, *gl. 1.* de quelque qualité que soit le donataire, & quel que soit le motif de la donation, pourvu qu'elle soit faite au mari, elle lui appartient toute entiere.

Cet article n'a pas lieu seulement pour les donations entre-vifs, mais aussi pour les testamentaires, la raison de l'exclusion étant égale pour l'un & pour l'autre; & c'est pourquoi par la Coûtume de Paris les choses données entrant dans la communauté, la disposition pour les donations entre-vifs a été étendue aux legs testamentaires; Ricard, art. 246. ce que j'ai déjà remarqué sur l'article CCCXXIV.

M^e Josias Berault aporte deux limitations à cet article; la premiere, pour les donations remuneratoires, suivant un ancien Arrest de l'année 1592. ce qui semble contraire à l'intention de la Coûtume, qui ne veut en aucune maniere étendre ni augmenter les droits des femmes; la donation faite en termes generaux pour récompense de services, ne laisse pas de passer pour une liberalité; & bien que le donateur fût en quelque façon obligé à quelque bienfait, si toutefois le donataire n'avoit point d'action pour la demander, & le donateur ne pouvant être forcé à donner, ce seroit toujours une pure liberalité qui ne

Donation pour récompense de services, réputée liberalité.

changerait pas la nature & la qualité ordinaire de la donation, *est enim donatio id quod nullo jure cogente conceditur; l. donari, D. de donat.*

La deuxième limitation raportée par Berault, est pour la donation faite par la femme à son mari pour son don mobil; il n'y avoit pas d'apparence de la réputer un conquest, car elle auroit repris par cette voie ce qu'elle avoit donné; d'autre part elle ne pouvoit y demander douaire, son mari n'en étant pas saisi lors du contrat de mariage; cependant comme il suffit que ce bien appartienne au mari lors des épousailles, pour aquerir douaire à la femme, on a jugé suivant l'Arrest remarqué par Berault, que le douaire étoit dû; & néanmoins l'on y a apporté cette restriction, que la femme & les enfans n'y avoient droit que quand la chose donnée en don mobil, se trouvoit en la succession du mari; que s'il l'avoit vendue, la femme ni les enfans ne pouvoient troubler les aquereurs, & cette distinction entre les heritiers & les aquereurs est fondée sur cette raison, que le don mobil étant fait au mari pour supporter les frais du mariage, il pouvoit être que le mari l'avoit aliéné pour fournir aux frais du mariage: Ainsi jugé en la Grand'Chambre, le 26 de Juin 1646. pour M^e Marin le Febvre Avocat en la Cour, contre le sieur Laudassé, plaidans Maurry & Lyout. Autre Arrest du 14 de Janvier 1647. pour du Toupin, au raport de M^e de Vignerai.

CCCXCIX.

Douaire propre aux enfans.

La propriété du tiers de l'immeuble destiné par la Coûtume pour le douaire de la femme, est aquis aux enfans du jour des épousailles, & ce pour les contrats de mariage qui se passeront par ci-après; & néanmoins la jouissance en demeure au mari sa vie durant, sans toutefois qu'il le puisse vendre, engager ni hipotéquer; comme en pareil, les enfans ne pourront vendre, hipotéquer ou disposer dudit tiers avant la mort du pere, & qu'ils aient tous renoncé à sa succession.

Tiers de l'immeuble destiné pour le douaire de la femme, est la légitime des enfans, qui leur est aquis du jour des épousailles.

Voici sans doute un des articles de la Coûtume qui est le plus en usage: Le nombre des peres mauvais ménagers étant fort grand, la demande du tiers coutumier est aussi le sujet le plus ordinaire des procès; & quoi que la Coûtume ait défini fort exactement que la légitime des enfans consiste au tiers des biens que le pere possedoit au tems des épousailles, & qu'elle ne peut être aliénée, engagée ni hipotéquée du vivant d'icelui, il s'est trouvé néanmoins des gens assez ingénieux pour former un nombre presque infini de difficultés sur les paroles de cet article & sur l'explication d'icelui.

Les peres ne suivans pas toujours les sentimens de la nature, & trompans souvent cette esperance que les loix avoient de leur pieté & de leur affection envers leurs enfans, en négligeant le soin de leur éducation & de leur subsistance, il a falu établir des loix pour leur conservation, en contraignant les peres de s'aquiter de ces devoirs où leur qualité les obligeoit indispensablement: Ainsi depuis qu'un homme a eu la volonté de devenir mari & pere, il cesse d'être le maître absolu de tous ses biens, & la loi lui commande d'en conserver quelque portion pour sa femme & pour les enfans qu'il a mis au monde: C'est pour cette raison que l'on appelle cette portion une légitime, parce qu'elle est donnée aux enfans par la loi, *sic dicitur quod à sola lege sine ullo hominis facto & dispositione deferatur.*

Par les loix Romaines il étoit défendu de disposer à sa volonté de tous ses biens.

Ce fut par ce même motif que les Romains jugerent à propos de donner quelques bornes à cette liberté démesurée, que par la loi des douze Tables chacun avoit de disposer de tous ses biens à sa volonté. La loi *Furia* défendit de léguer plus de mille asses, *plus mille assibus legatarium capere vetabat*; mais cette loi étoit fort imparfaite, & elle ne remédioit pas à tous les abus; on la rendoit inutile en faisant divers legs, & en si grand nombre, qu'il ne restoit rien aux

légitimes heritiers. La loi *Voconia* qui défendoit de léguer au de-là de ce qui restoit à l'heritier, ne fut pas encore un remede assez fort; par la pluralité des légataires il demouroit si peu de chose aux heritiers, qu'ils refusoient d'accepter la succession. Enfin la loi *Falcidie* interdit de léguer *ultra dodrantem*, c'est-à-dire que la quatrième partie demeura réservée aux heritiers.

La plupart des Coûtumes de France ont imité ces exemples pour les successions directes, & ont constitué une légitime aux enfans, soit du tiers ou de la moitié: Notre Coûtume la limitant toujours au tiers, n'a pas été assez liberale, sur tout lorsqu'il reste un grand nombre d'enfans; mais c'étoit beaucoup faire que d'obtenir ce tiers pour les enfans, & d'adoucir la dureté de l'ancienne Coûtume, qui ne leur conservoit aucune part dans les biens de leur pere.

Par l'ancienne Coûtume les enfans n'avoient aucune part dans les biens de leur pere.

Justinien aiant remarqué que cette quatrième portion qui étoit destinée pour les enfans, n'étoit pas suffisante lorsqu'ils étoient en grand nombre, estima qu'il étoit raisonnable de l'augmenter; de sorte que quand le pere laissoit quatre enfans, ou au dessous, la légitime étoit le tiers; & quand le nombre excédoit celui de quatre, il leur appartenoit la moitié de tout le bien de leur pere: *Authent. de Triente & Semisse, §. 1.*

Les enfans sont récompensez par notre Coûtume en ce point, que si la légitime n'est pas augmentée selon le nombre d'enfans, ce tiers néanmoins leur est souvent plus avantageux que la légitime du Droit Romain, parce qu'elle ne se prenoit que sur les biens que le pere laissoit au tems de sa mort, ce qui n'empêchoit pas le pere d'aliéner son bien, ou d'en disposer entre-vifs: au contraire, le tiers est inviolablement assuré aux enfans dès le jour du mariage de leur pere; dès ce moment le pere cesse d'être le maître de cette partie de son bien: mais nonobstant cette sage

Le tiers coutumier n'augmente point par le nombre d'enfans.

102 DU DOUAIRE DE FEMME, ART. CCCXCIX.

précaution, il eût été beaucoup plus juste d'augmenter le tiers selon le nombre des enfans; *Nam*, dit du Moulin, *multitudo nepotum aggravat avi conscientiam, ut minus debeat extraneis relinquere, & bonum judicem posse & debere ad hoc attendere. Molin. in not. ad lib. 7. Confil. Alex. c. 36.*

De la légitime des enfans dans la Coutume de Paris.

Et quel est leur douaire coutumier, quand il y en a de divers lits ?

La Coutume de Paris semble avoir pourvu à tous ces inconveniens ; la légitime des enfans consiste en la moitié de telle part & portion que chacun enfant eût eu en la succession de ses pere & mere, s'ils n'en eussent disposé par donation entre-vifs ou de dernière volonté, article 298. & le douaire coutumier consiste en la moitié des immeubles, & est le propre heritage des enfans, en telle sorte que les peres & meres ne le peuvent vendre, engager ni hipotéquer au préjudice de leurs enfans, article 249. & lorsque le pere a été marié plusieurs fois, le douaire coutumier des enfans du premier lit est la moitié des immeubles que le pere possédoit lors dudit premier mariage, ou qui lui sont venus durant icelui en ligne directe ; & le douaire coutumier des enfans du second lit est le quart desdits immeubles, & le quart des conquêts appartenans au mari, faits constant le premier mariage, jusqu'au jour de la consommation du second, & la moitié des immeubles qui lui échéent en ligne directe pendant ce second mariage, & ainsi conséquemment des autres, article 253. de la Coutume de Paris.

Comme il étoit raisonnable d'assurer la condition des enfans, & de les mettre en quelque façon à couvert du préjudice qu'ils pouvoient recevoir par le mauvais ménage de leurs peres, il étoit pareillement juste de donner aux peres quelque portion des biens de leurs enfans, lorsque par un ordre renversé & contre le vœu de la nature ils mouroient avant leurs peres. La loi Romaine a fort bien observé cette règle, elle a même voulu que les freres eussent quelque égard pour leurs freres, leur aiant conservé une légitime. Nôtre Coutume est fort différente, bien loin que les peres & meres aient une espece de légitime sur les biens de leurs enfans, au contraire elle leur ôte entierement leur succession pour la donner à leurs autres enfans. Il faut remarquer qu'en Normandie ce que nous apelons *légitime*, est le tiers coutumier, parce que nous n'avons point d'autre légitime ; mais dans la Coutume de Paris, la légitime est différente du douaire coutumier.

Les peres & meres ne succèdent au tiers coutumier de leurs enfans, mais bien leurs autres enfans.

Lors de la réformation de la Coutume de Normandie, les trois Etats du Comté d'Eu furent apelez ; & aiant comparu par un Procureur, ils déclarerent qu'ils ne reconnoissoient autre Cour ni Jurisdiction par ressort que le Parlement de Paris, & que les Seigneurs Comtes d'Eu & leurs sujets avoient toujours eu leurs Coutumes particulieres & locales, suivant lesquelles ils avoient vécu, & leurs affaires avoient été réglées & gouvernées, sans avoir jamais été atteints à la Coutume de Normandie. M^r Thomas Procureur General aiant prouvé le contraire par son plaidoié, inseré dans le Procès verbal de la réformation de la Coutume, il fut fait défenses à toutes personnes dudit Comté d'Eu d'aléguer d'autres Coutumes que celle de Normandie : Cependant comme les Officiers du Comté d'Eu ne sont point du ressort de ce Parlement, & que par l'ancienne Coutume de Normandie les enfans n'avoient point de tiers Coutumier, les Juges de ce pais-là s'étoient donné la liberté de juger tantôt suivant la nouvelle Coutume & tantôt suivant l'ancienne, ce qui caufoit plusieurs plaintes & plusieurs procès ; car encore que depuis l'érection du Comté d'Eu en Parie il ait cessé d'être du ressort du Parlement de Normandie, il est certain toutefois que le changement de ressort n'aporta point de changement pour les Loix & pour les Coutumes, & la Coutume de Normandie ne cessa point d'y être gardée ; & en éfet ils n'avoient jamais eu d'autre loi, de sorte que sans préjudice du ressort

ils ne pouvoient se dispenser de recevoir & de suivre la Coutume qui avoit été réformée, puisqu'ils ne pratiquent & n'observent ni celle de Paris ni celle de Normandie. Et c'est aussi ce que le Parlement de Paris a trouvé raisonnable sur la question qui s'ofrit, savoir si les enfans pouvoient avoir un tiers coutumier sur les biens situez dans le Comté d'Eu. François des Cloîtres aiant les droits cedez de Gaston le Fournier, demandoit un tiers coutumier sur les biens de François le Fournier son pere, tant sur ceux qui étoient situez en Normandie que dans le Comté d'Eu. Laurent Cautel sieur de la Mauduitiere, chargé du fait d'Antoine & Jean Poirier aquereurs des biens dudit François le Fournier, maintenoit que des Cloîtres étoit non recevable à sa demande, & qu'il n'appartenoit point de tiers coutumier aux enfans dans le Comté d'Eu ; par Sentence du Bailli d'Eu, du 27 Novembre 1670. l'on donna un tiers coutumier sur les biens situez en Normandie, suivant l'article CCCXCIX. de la Coutume réformée, ledit des Cloîtres déclaré non recevable à prétendre aucun tiers douairier sur les heritages situez sur les fiefs relevans du Comté d'Eu. Des Cloîtres aiant apelé de cette Sentence, par Arrest du neuvième Mai 1676. au raport de M^r le Févre, la Cour sans s'arrêter à la fin de non recevoir, condamna ledit Antoine Poirier à se desister au profit dudit des Cloîtres, du tiers des biens qui appartenoient à François le Fournier lors de son contrat de mariage, situez sur les fiefs relevans du Comté d'Eu.

Si les enfans peuvent demander un tiers coutumier sur les biens situez dans le Comté d'Eu ?

La même chose a été jugée en ce Parlement, en la seconde Chambre des Enquêtes, le 31 Aoust 1683. au raport de M^r de Tiremois-d'Herqueville, entre Demoiselle Marie le Bailli, femme civilement séparée d'avec David de la Ruë, apelante de Sentence rendue par le Juge du Neufchâtel, d'une part ; & Dame Marie de Boissel, veuve de Messire Louis de Manneville sieur de Caudecotte, intimée ; par l'Arrest la Cour faisant droit sur le premier grief de ladite le Bailli, concernant le tiers coutumier par elle prétendu sur les Fermes de Dufencourt & de S. Riquier, mit l'appellation & ce dont, & en reformant lui ajugea son tiers coutumier sur lesdites Fermes, en tant qu'il en pouvoit appartenir à son pere : L'Arrest ci-dessus du Parlement de Paris fut vû lors du jugement du procès.

Cet article peut être divisé en six parties ; dans la premiere l'on apprend quelles sont les personnes qui peuvent demander ce tiers coutumier ; dans la seconde, en quels biens il consiste ; dans la troisième, sur quelle nature de biens il peut être demandé, & sous quelles conditions ; dans la quatrième, de quel tems le tiers leur est aquis ; dans la cinquième, en quel tems ils en ont la propriété & la jouissance ; & dans la sixième, s'ils peuvent le vendre ou engager durant la vie de leurs peres & meres.

Les enfans légitimes ou les petits-enfans, en cas que leur pere soit prédécédé, sont les seules personnes qui peuvent demander ce tiers coutumier.

Les fils & petits-fils sont les seuls qui peuvent demander un tiers coutumier.

L'ingratitude peut les rendre indignes de cette grace : On a douté si l'exhérédation prononcée par le pere les en pouvoit exclure ; car puisque ce tiers est un bienfait que les enfans tiennent purement de la loi, & qu'ils n'en sont point redevables à leur pere, comment leur pouroit-il ôter ce qu'il ne leur a point donné ? *Beneficium est legis non parentis; quomodo pater eripere potest quod non potest dare ? non potest eripi à filio quod à lege accepit* : Le tiers appartient tellement aux enfans de leur chef, qu'il est *extra causam bonorum*, il le peut prendre sans être heritier de son pere, *filii etiam non heredes patris, dominus est doarii* : Il leur tient lieu d'alimens, qui ne sont point déniez aux exhérédés. Au contraire, l'on aléque que l'exhérédation a cet éfet d'exclure & de retrancher entierement de la famille l'enfant exhérédé. L'ingratitude est si détestable, qu'elle éface les droits de légitime ; & bien

Cas où ils en peuvent être exclus.

que les enfans ne prennent pas la légitime immédiatement des mains de leur pere, il est toujours vrai qu'elle procède de lui, & qu'elle est prise sur ses biens; mais il ne peut tomber dans la pensée que la Coutume ait eu cette intention de la conserver pour des enfans ingrats, qui violent les droits les plus sacrez de la nature: quand la Coutume a eu soin des enfans, elle n'a travaillé que pour les enfans qui s'aquient du devoir & de l'obéissance où ce titre les engage.

Tronçon sur l'article 255. de la Coutume de Paris, dit que cette question n'a point été jugée, on la peut résoudre par un argument tiré de la loi *cum apertissime, C. de secund. Nupt.* Justinien par la loi *Hoc edicto, l. C. eod.* aiant interdit aux peres & aux meres qui contractoient de secondes nocés, de donner à leurs maris ou à leurs femmes une plus grande portion de leurs biens, que celle d'un de leurs enfans qui en auroit le moins, il reconnut à la fin que cette nécessité qu'il imposoit aux peres & aux meres rendoit les enfans moins respectueux & obéissans; *maxima ex hac Constitutione iniquitas contra genitores efficiebatur, liberi etenim scientes quod aliquid omnino à genitoribus etiam nolentibus relinquendum est, omni licentiâ & lasciviâ suos genitores injuriis afficiebant.* Cela le porta à y chercher du remede, & pour cet effet il publia une autre loi, par laquelle les enfans ingrats ne participoient point à ce benefice, *sed quasi ingratos ab omni hujusmodi beneficio repelli, D. l. cum apertissime.* On peut dire de même, que quand un pere a sujet de prononcer une exhérédation, le fils ingrat est indigne du tiers coutumier, parce qu'il faut présumer que la loi n'a point travaillé pour ceux qui ont violé la premiere & la plus sacrée des loix de la nature: en tout cas, en faisant passer ce benefice aux enfans de l'exhérédé, il seroit juste de le réduire aux simples alimens.

Le tiers coutumier n'est point transmissible aux héritiers collatéraux, & on ne l'obtient qu'en renonçant.

Le tiers coutumier étant une grace que la Coutume accorde aux enfans, elle est purement personnelle, & n'est point transmissible à des héritiers collatéraux; & pour empêcher cette transmission l'on se sert de cette raison, qu'il n'est pas acquis de plein droit aux enfans, au contraire pour l'obtenir la Coutume leur impose la nécessité de renoncer; & quoi que l'on ne puisse plus douter de cette maxime après l'Arrest rapporté par Berault sur l'art. CCCIII. néanmoins la question en fut encore agitée en l'Audience de la Grand'Chambre, le 17 de Juillet 1653. François Pienouvel avoit laissé une fille mineure, à laquelle Pierre Lestiboudois fut institué tuteur par l'avis des parens; ce tuteur accepta la succession du pere sauf à cette mineure à renoncer après sa majorité: Elle decéda peu de tems après avoir atteint l'âge de vingt ans: Robert Lestiboudois s'en porta héritier, & en cette qualité déclara renoncer à la succession de François Pienouvel; & en conséquence aiant demandé le tiers coutumier qui auroit appartenu à cette fille, André le Peley creancier de Pienouvel, soutint que ce droit d'option n'étoit point transmissible aux héritiers collatéraux, & que d'ailleurs la mineure aiant accepté la succession, & ne l'aiant point répudiée après sa majorité, il ne pouvoit prétendre de tiers coutumier à son droit; que par la Nouvelle 91. de *duabus dot. debet.* l'enfant a bien le même privilège que sa mere pour répéter sa dot quand il en est héritier, mais un autre héritier n'a pas ce privilège: Le Viconte avoit jugé la question en faveur du creancier, & déclaré l'héritier sujet aux dettes; le Bailli l'avoit cassée: Par l'Arrest les Sentences du Viconte & du Bailli furent cassées, & en réformant, Lestiboudois fut déclaré non recevable à la demande, sauf à lui à se porter héritier par benefice d'inventaire; plaidans Nallot & Vallognes.

Il a même été jugé au Parlement de Paris, que les enfans héritiers d'une femme qui avoit stipulé par son contrat de mariage, qu'elle pouvoit reprendre

tout ce qu'elle avoit apporté dans la communauté, en cas qu'elle y renonçât, ne pouvoient user de cette faculté, leur mere aiant précédé son mari, *quia hoc erat personale, nec fiebat extensio ad liberos;* Monthelon, Arrest 66.

Nous faisons néanmoins différence entre les freres & les autres parens collatéraux, suivant l'Arrest donné au raport de M^r Fermièl, en la Grand'Chambre, le 15 de Decembre 1670. entre N. Osmont Ecuier, sieur d'Aubri, le sieur de Belhôtel, la Dame de Montmorency, le S^r de Sacy-Tiremois & le S^r de Beauguerard; il fut jugé que la succession d'un pere étant échûe, & l'un de ses enfans étant depuis decédé sans avoir renoncé à la succession, ni avoir fait aucun acte d'héritier, les freres aiant depuis renoncé à la succession du pere & pris celle du frere, ils étoient admissibles à demander sa part au tiers coutumier, & que l'Arrest de 1618. rapporté par Berault, n'avoit point lieu entre freres; mais entre collatéraux plus éloignés; & que quand même le frere seroit réputé avoir renoncé au tiers coutumier, sa part accroîtroit aux autres freres, ce tiers coutumier étant un droit acquis aux enfans à l'exclusion des creanciers. Je parlerai sur l'art. CCCCI. de ce droit d'accroissement. La même chose avoit été jugée au profit d'une sœur, bien que son frere n'eût point renoncé à la succession du pere, elle fut déclarée admissible à renoncer de son chef, & à demander la part que son frere auroit eue au tiers coutumier, *jure accrescendi;* par Arrest du 9 d'Aoust 1658.

Le tiers coutumier est transmissible aux freres & sœurs.

Il ne pouvoit pas y avoir de difficulté en l'espece de l'Arrest de Lestiboudois, dont j'ai parlé ci-devant, parce que le tuteur de la mineure avoit accepté la succession, sous condition toutefois de pouvoir renoncer après sa majorité, ce qu'elle n'avoit point fait; & dans l'espece de l'Arrest rapporté par Berault, les mineures étoient entrées en jouissance; de sorte que cette question reste entiere, savoir si le mineur ou son tuteur n'aient point renoncé ni fait aucun acte d'héritier, les choses étant entieres, son héritier seroit admissible en renonçant à la succession, à demander son tiers coutumier? Pour la résoudre, il faut suivre une distinction que les Arrêts ont faite entre les freres & sœurs, & les autres parens collatéraux; à l'égard des premiers, puisque le tiers coutumier est donné en faveur des enfans, il leur appartient de plein droit, & pour le faire passer à leurs freres & sœurs, il n'est point nécessaire qu'ils en aient fait l'option; mais pour les collatéraux, le tiers coutumier est réputé un privilège personnel, qui n'appartient aux enfans qu'après avoir renoncé.

Le tiers coutumier n'est transmissible aux parens collatéraux, qu'après la renonciation.

Pour prouver que ce droit n'est point transmissible aux héritiers collatéraux autres que les freres & sœurs, je rapporterai l'exemple de l'action pour faire déclarer inofficieux le testament du pere, *querela inofficiosi testamenti non datur cognatis, l. 1. de inoffic. testament.* Ainsi comme la demande du tiers fait une espece d'injure au pere, parce qu'on lui reproche son mauvais ménage, par une renonciation nécessaire à sa succession, l'action n'en doit être permise qu'aux enfans: Suivant la même jurisprudence un pere pouvoit exercer toutes les actions qui appartenoient à son fils, lorsqu'il l'avoit en sa puissance, & toutefois il ne pouvoit intenter l'action d'inofficiosité contre la volonté de son fils, *quia pecunia est propria patris, sed querela inofficiosi testamenti magis injuria quam pecunia persecutionem habet, quod nomen querela etiam demonstrat, l. filius, D. de inoffic. testament.* Que si le pere ne pouvoit former cette action, la demande du tiers appartient beaucoup moins aux collatéraux; si elle n'avoit été faite par les enfans, *ut si parata sit querela à filio, quia indignatio est propria filii,* & lui seul a droit de reprocher à son pere qu'il a fait mauvais ménage.

Un particulier avoit contracté des dettes durant la vie de son pere, & en un tems qu'il ne pouvoit en-

De la préférence entre les créanciers des enfans antérieurs & postérieurs au décès du pere, sur leur tiers coutumier.

gager son tiers coutumier, & depuis le décès du pere il contracta d'autres dettes, & ensuite il ratifia les contrats qu'il avoit passés auparavant que le tiers coutumier lui fût acquis : il se mit question sur la préférence entre le créancier antérieur au décès du pere, & le créancier qui avoit contracté depuis que leur débiteur étoit devenu maître de son tiers coutumier : Ce dernier soutenoit que le fils né pouvant du vivant de son pere engager son tiers coutumier, l'obligation étoit nulle, & ne pouvoit produire aucun effet que du jour de la ratification, laquelle étant postérieure à leur créance la préférence ne leur pouvoit être disputée : le premier créancier répondoit que la ratification avoit un effet retroactif ; qu'elle avoit effacé le défaut qu'on lui reprochoit, le contrat étant d'ailleurs légitime & valable ; qu'il en étoit de même comme du contrat fait par le mineur, & qu'il ratifia après sa majorité, auquel on donne hypothèque du jour de la ratification, comme il a été jugé en ce Parlement & en celui de Paris, suivant les Arrêts que j'en ai rapportez dans mon Traité des hypothèques de la dernière Edition ; que l'exception que le fils pouvoit proposer n'appartenoit point à ses créanciers, & que c'étoit un privilège personnel que lui seul pouvoit exercer, & qu'il n'étoit point transmissible à d'autres, ce qui me paroît raisonnable.

L'héritier bénéficiaire peut abandonner son bénéfice d'inventaire, & demander son tiers coutumier.

C'est aussi un usage certain en cette Province, nonobstant les Arrêts du Parlement de Paris dont j'ai parlé sur l'article XCIV. qu'un héritier bénéficiaire peut abandonner son bénéfice d'inventaire, tant à l'égard de ses cohéritiers qu'à l'égard des créanciers, & qu'en rendant compte de ce qu'il a reçu il peut demander son tiers coutumier, comme s'il n'avoit jamais été héritier.

En Normandie la légitime des enfans est le tiers de l'immeuble possédé par le pere lors des épousailles.

Puisque nous savons quelles sont les personnes qui peuvent demander le tiers coutumier, il faut examiner en quoi il consiste. En Normandie la légitime des enfans est le tiers de l'immeuble que le pere possédoit lors des épousailles. Comme l'on a révoqué en doute si l'hypothèque du douaire doit commencer du jour de la reconnaissance du contrat, ou du jour des épousailles, on a fait aussi cette question pour le tiers des enfans. Je toucherai ces questions sur l'article DXCIII. Pour régler la légitime suivant le Droit Civil, *attenditur tempus mortis patris, nec curatur an aliis temporibus habuerit ampliores facultates, l. cum quaritur, D. de inoffic. testament.*

Le tiers destiné pour le douaire de la femme n'est pas toujours égal au tiers des enfans.

Les premières paroles de cet article, que la propriété du tiers destiné pour le douaire de la femme est acquise aux enfans, ont fait naître une erreur, en se persuadant que le douaire doit toujours être égal au tiers des enfans, ce qui n'est pas véritable ; car lorsqu'il y a des enfans de divers lits, ils ont le choix de prendre ce tiers selon les biens que le pere possédoit au tems des premières, secondes ou troisièmes nœces ; mais il ne s'ensuit pas que si les enfans prennent ce tiers sur les biens que le pere possédoit au tems de son premier mariage, une femme puisse avoir ce tiers entier pour son douaire, si lorsqu'il épousa cette seconde ou troisième femme il avoit déjà dissipé son bien, & si il ne lui restoit plus que fort peu de chose : Il est certain que la femme ne peut prendre douaire que sur les biens dont elle a trouvé son mari saisi, sans considérer ce qu'il avoit au tems d'un premier mariage ; la Cour l'a décidé de la sorte par l'article 87. du Règlement de 1666. suivant lequel la seconde femme ne peut avoir douaire que sur les biens dont elle a trouvé son mari saisi lors de leur mariage, ou qui lui sont depuis échus en ligne directe ; d'où il s'ensuit que la prérogative accordée aux enfans de divers lits, ne s'étend point à la seconde ou troisième femme, & que si au tems du second mariage le mari ne possédoit plus les biens qui lui appartenoient lors de son premier mariage, bien que le tiers des enfans se trouve plus grand, la seconde femme ne le prendra pas entièrement, mais son douaire

sera réglé seulement sur les biens dont il étoit saisi.

Cependant les paroles & le sens de cet article furent fort mal expliqués au Parlement de Paris, au procès jugé au rapport de M^r de Refuge, le septième de Septembre 1672. entre Dame Anne de Chourfes, veuve de Messire Jean Thomas sieur de Verdun, Lieutenant Criminel à Rouën ; & Jean Thomas sieur de Nestanville, fils issu d'un premier mariage.

Il étoit question de savoir en quoi consistoit le douaire d'une seconde femme, quand les enfans du premier lit renoncèrent à la succession de leur pere, & prennent le tiers des biens qu'il possédoit au tems de son premier mariage. La seconde femme prétendoit que tout ce qui seroit adjugé aux enfans lui appartenoit pour son douaire ; on argumentoit en sa faveur de cette manière, par l'art. CCCXCIX. la propriété du tiers destiné pour le douaire de la femme est acquise aux enfans, d'où il s'ensuit que le douaire consiste en l'usufruit de ce tiers, dont la propriété est acquise aux enfans : La Coutume ne distingue point si c'est la femme & les enfans d'un même lit, ou de mariages différens ; ainsi ces termes de femmes & d'enfans s'entendent généralement de la femme & des enfans survivans, puisque la Coutume n'use point du terme de mere, ni du terme ses enfans, mais elle se sert indifféremment des mots de femme & d'enfans, ce qui se peut confirmer par les paroles de l'article suivant ; *s'il y a enfans de divers lits, tous ensemble n'auront qu'un tiers.* On ajoutoit qu'en Normandie il n'y a jamais qu'un douaire, & que les biens d'un mari ne peuvent être diminués que d'un tiers, bien qu'il ait été marié plusieurs fois, & qu'il y ait des enfans de différens mariages ; car puisque la femme & les enfans de différens mariages s'entendent des survivans, il s'ensuit que la Coutume ne réserve qu'un seul tiers, & que ces différens mariages n'ont produit qu'un seul douaire ; tellement que le même fonds, la même partie, le même tiers produit l'usufruit appartenant à la femme, & la propriété réservée aux enfans, sans que la propriété puisse être séparée ni prise sur différentes portions.

Ce raisonnement paroîtroit foible en Normandie, ce n'est point par l'art. CCCXCIX. que l'on décide en quoi consiste le douaire, ce n'est pas le sujet & la matière de cet article ; il s'y agit seulement de savoir en quoi consiste la légitime des enfans ; pour le douaire il est réglé par l'art. CCCLXVII. suivant lequel la femme ne peut jamais avoir en douaire plus que le tiers des biens dont son mari est saisi lors des épousailles, c'est le point préfix & inalterable où se doit faire la liquidation du douaire ; il n'importe à la femme que le mari ait des enfans d'un ou de différens mariages, ou qu'il n'y en ait que d'un, ou enfin qu'il n'y en ait point du tout, son douaire lui est toujours infailliblement acquis sur les biens que son mari possédoit lorsqu'il l'épousa.

C'est une erreur de croire que le douaire & le tiers des enfans soient toujours nécessairement une même chose ; la Coutume dit véritablement que la propriété du tiers de l'immeuble destiné pour le douaire de la femme est acquise aux enfans ; en effet, le tiers des biens que le pere possède au tems de son mariage, est destiné pour la légitime des enfans ; mais il ne s'ensuit pas que la femme doive toujours avoir pour son douaire ce qui est baillé aux enfans pour leur tiers, ou que la femme ne puisse avoir un douaire plus grand que le tiers des enfans, ce que la Coutume déclare nettement dans l'article suivant, en ces termes ; *S'il y a enfans de divers lits, tous ensemble n'auront qu'un tiers ; demeurant à leur option de le prendre en regard aux biens que leur pere possédoit au tems des premières, secondes ou autres nœces, & sans que ledit tiers diminue le douaire de la seconde ou troisième femme, lesquelles auront plein douaire sur le total du bien que le mari avoit lors des épousailles ;* d'où il résulte que puisque le tiers des enfans ne diminue point le douai-

En quoi consiste le douaire d'une seconde femme, quand les enfans d'un premier lit prennent leur tiers coutumier sur les biens que possédoit le pere lors de ses épousailles.

Le douaire & le tiers des enfans ne sont pas toujours nécessairement une même chose.

re de la seconde, troisième ou autre femme, ce douaire-là peut être plus grand que le tiers des enfans : Pour le faire mieux comprendre j'en proposerai des exemples.

Un pere possédoit peu de biens lors de son premier mariage, dont il a eu des enfans ; il en possédoit davantage au tems de son second mariage, dont il n'a point eu d'enfans ; lorsque les enfans demanderont leur tiers, & la seconde femme son douaire, les enfans ne l'auront que sur les biens dont leur pere étoit saisi au tems de son premier mariage, & non pas sur ceux qu'il possédoit lorsqu'il se maria la seconde fois, parce que la Coutume ne leur donne cette option de le prendre, eu égard aux premières & secondes nocces, que lorsqu'il y a enfans de divers lits, & les creanciers du pere sont bien fondez à soutenir qu'on le doit régler selon cette proportion-là ; mais pour la veuve elle aura son douaire sur le bien dont son mari étoit saisi, & c'est en ce cas que suivant l'art. CCCC. le tiers des enfans ne diminue point le douaire de la seconde ou troisième femme, lequel est pris sur le total du bien dont le mari étoit saisi lors des épouailles ; ainsi voila un cas où le tiers des enfans peut être moindre que le tiers.

Cas où le tiers des enfans peut être moindre que le douaire.

Autre cas où le douaire peut être moindre que le tiers des enfans.

Au contraire, en cette espece le douaire peut être moindre que le tiers des enfans. Si un homme depuis son premier mariage, dont il avoit des enfans, aliéne son bien & contracte des dettes, & qu'ensuite il se remarie sans laisser néanmoins aucuns enfans de ce second mariage, il est sans doute que les enfans auront leur tiers sur les biens que leur pere possédoit lorsqu'il épousa leur mere, & toutefois cette seconde femme n'aura douaire qu'à proportion des biens qui restoit à son mari lorsqu'il l'épousa : Il est donc manifeste que bien que la femme ait ordinairement l'usufruit du tiers destiné pour la légitime des enfans, toutefois le douaire est réduit au tiers des biens que le mari possédoit au tems de son dernier mariage, & les enfans jouissent du surplus, dont leur tiers se trouve plus grand.

Et où le douaire & le tiers des enfans sont une même chose.

Il faut entendre cet article en cette maniere, que quand la Coutume dispose que la propriété du tiers destiné pour le douaire, est acquise aux enfans, elle parle suivant ce qui arrive le plus souvent ; savoir que quand le pere n'a été marié qu'une fois, le douaire & le tiers des enfans sont une même chose ; mais quand il a contracté divers mariages, le douaire de la femme & le tiers des enfans peuvent être différens : cependant par Arrest du Parlement de Paris, quoi que la femme ne pût avoir douaire que sur les biens que son mari possédoit lors de son mariage, on lui ajugea douaire entier sur le tiers qui appartenoit au fils du premier lit ; mais cet Arrest ne fait point de loi.

La légitime des enfans ne se prend que sur les immeubles, & sous le terme d'immeubles sont comprises les rentes constituées & les Offices.

Ce tiers que la Coutume destine pour la légitime des enfans, ne se prend pas généralement sur toutes sortes de biens, il ne leur appartient que sur les immeubles, & non point sur les meubles : Par ce terme d'immeubles l'on n'entend pas seulement le fonds & les heritages, mais aussi tous les autres immeubles fictifs & impropres ; comme les rentes constituées, & les Offices ; bien que ces sortes de biens n'aient point de situation certaine & perpetuelle, & qu'au contraire ils soient d'une condition incertaine & changeante ; ce qui a fait naître plusieurs difficultés ; car pour les rentes constituées l'on doutoit si le rachat que le debiteur en faisoit entre les mains du creancier, lui aqueroit une liberation parfaite, au préjudice des enfans pour leur tiers coutumier : Les rentes sont un immeuble, & par conséquent affectées au tiers des enfans : or ce tiers étant inaliénable, il s'ensuivoit que le debiteur ne pouvoit racheter seulement ce tiers, au préjudice de la femme ou des enfans ; de sorte que quand un creancier devenoit pere ou mari, quelque faculté que le debiteur eût auparavant pour se liberer, il ne l'avoit plus qu'en prenant ses précautions & cherchant la sûreté ; & quoi que cela parût contre la nature

des rentes constituées, il étoit juste d'introduire cette maxime contre le droit commun en faveur des enfans.

On a fait néanmoins prévaloir la faveur de la liberation, par cette raison que les rentes constituées n'étant légitimes qu'à cette condition, que le rachat en soit perpétuellement libre au debiteur, il ne pouvoit perdre cette faculté par le mariage du créancier, & qu'il n'étoit pas raisonnable de lui imposer cette sujétion de stipuler ou de chercher un emploi de ses deniers ; & après plusieurs Arrêts qui l'avoient jugé de la sorte, la Cour en a fait un Règlement, article 76. du Règlement de 1666. non seulement pour les rentes constituées à prix d'argent, mais aussi pour les rentes foncières & seigneuriales ; voici les termes : *Celui qui a fait le rachat d'une rente constituée par argent, foncière ou seigneuriale, ne peut être poursuivi par le créancier de celui auquel elle étoit due, ni inquiété pour le douaire de sa femme ou le tiers de ses enfans, s'il n'y a eu saisie, ou défenses de paier avant ledit rachat, & néanmoins la femme & les enfans en auront récompense sur les autres biens affectez audit douaire & tiers desdits enfans ; & par ce moien les enfans n'en reçoivent du préjudice, que quand tout le bien de leur pere consistoit en des rentes qui ont été rachetées.*

La difficulté étoit encore plus grande pour les Offices, leur qualité a été long-tems incertaine, pour savoir s'il falloit les placer entre les immeubles ; mais enfin leur prix excessif leur aiant fait tenir rang entre les biens les plus importans des familles, on les a réglés à l'égard de la femme & des enfans par les mêmes loix que les autres immeubles ; & hors le cas de perte par une force majeure, lorsqu'ils sont aliénés, la récompense en est donnée aux enfans de la même maniere que d'un fonds qui auroit été aliéné : j'en ai rapporté les Arrêts pour le douaire, sur l'article CCCLXVII. Si dans un cas opposé le pere avoit racheté les rentes qu'il devoit, & que pour cet effet il eût aliéné quelque partie des biens qu'il possédoit au tems de son mariage, les enfans pourroient-ils demander leur tiers coutumier sur ces biens-là ? Voiez cette question sur l'article CCCXCVI.

Cas où la perte des Offices emporte la privation du tiers coutumier sur iceux.

Pour les immeubles réels & véritables, comme ils ne sont pas tous de même nature & de même qualité, quoi que cet article donne en propriété le tiers de tous les immeubles, & que par conséquent il semble que les enfans le doivent toujours avoir en essence, il y a eu beaucoup de contestation touchant les fiefs, lorsqu'ils avoient été aliénés par le pere, ou qu'ils étoient saisis réellement ; car les fiefs étant indivisibles, & ne pouvans être séparés sans en diminuer notablement la valeur & la dignité, les créanciers ne manquent pas de s'y opposer, & de soutenir que les enfans sont tenus de prendre leur tiers en deniers ; cela a été jugé par plusieurs Arrêts en faveur des créanciers. Par Arrest du 30 de Mars 1643. entre Gillette du Burel fille de Charles du Burel, & femme de Pierre David, demanderesse ; & M^e Gilles Guerin sieur de la Conterie, & autres parties, défendeurs ; l'on confirma la Sentence rendue au Siège de Periers, le 3 de Mars 1625. par laquelle il avoit été jugé qu'il seroit passé outre à l'ajudication du fief & terre d'Agon, & dépendances d'icelle, en intégrité ; à la charge du tiers de ladite Demoiselle du Burel, dont l'ajudicataire seroit tenu lui paier la juste évaluation suivant l'estimation des Experts, si mieux elle n'aimoit se contenter de la troisième partie de l'ajudication. Autre Arrest du 19 de Mai 1648. en la Chambre de l'Edit, entre Daché Baron de Larrey, apelant, & demandeur en Requête pour être fait droit au principal ; Raoul du Bois intimé ; en la présence de Dame Jeanne Daché son épouse, aussi intimée : La Cour aiant égard aux offres, ordonna que du Bois de son consentement baille caution dans le mois de faire valoir la terre de Larrey jusqu'à la somme de cent mille livres, pour être le tiers de ladite somme délivré audit Daché pour son tiers cou-

Les enfans ne peuvent demander leur tiers en essence sur le fief detreté.

tumier, en exemption de treizième, droits & de tous frais de decret, & en ce faisant qu'il seroit passé outre à l'ajudication de la terre de Larrey au plus offrant & dernier encherisseur, & sans que par les encheres, si aucunes étoient mises, ledit du Bois pût être déchargé de son offre de cent mille livres; & à faute par du Bois d'y satisfaire, la Cour dès à présent acorde la délivrance du tiers en essence audit Daché, en tenant par lui état dudit tiers du prix auquel la terre sera estimée en son intégrité, si mieux il n'aime être subrogé à tenir état des cent mille livres, suivant les offres de du Bois.

Cet Arrest ne pouvoit pas servir de Règlement, aiant été donné sur des offres dont les parties étoient d'accord; mais la même chose fut jugée au rapport de Monsieur du Houley, le 14 de Juin 1671. entre Jean le Cour & autres parties: tout le bien du pere consistoit en un fief qui étoit saisi & decreté; les enfans s'étoient opposés pour avoir leur tiers en essence, ils en furent deboutés & renvoiez à l'état pour avoir le tiers du prix de l'ajudication, si mieux ils n'aimeoient prendre le tiers de la valeur du fief suivant l'estimation qui en seroit faite. Autre Arrest au rapport de M^r Salet, du premier de Février 1672. entre le sieur de la Rocques Marquis de Gravelines; le sieur de Cologon, & la Dame de Croismare, par lequel le tiers coutumier sur la terre des Rotours, proche Gaillon, fut ajugé en deniers & non point en essence. Et en l'année 1664. les creanciers du sieur de Bellefosse soutenant au Parlement de Bretagne, où la Cause avoit été évoquée, que les enfans du decreté devoient se contenter de prendre leur tiers en deniers, c'est-à-dire le tiers du prix que la terre seroit ajugée, en exemption du treizième & frais de consignation, il leur fut donné un Certificat & un Acte de notoriété par Messieurs les Avocats Généraux de ce Parlement, & par plusieurs Avocats, qui contenoit que la Coutume répute les fiefs tellement indivisibles, qu'il n'y a qu'un seul cas où la division en soit permise, à savoir lorsqu'il n'y a que des filles heritieres, articles CCCXXXV. & CCCXXXVI. mais entre freres, lorsqu'il n'y a qu'un seul fief en la succession du pere, il appartient entierement à l'aîné, qui ne doit à ses puînés qu'une simple provision, article CCCXLVI. Et dans les cas où la Coutume ne donne aucun préciput à l'aîné, mais appelle tous les freres également à la succession, comme en la succession collaterale des meubles & acquêts, l'art. CCCXXI. dispose que si les partages ne peuvent être faits également à raison des fiefs, qui de leur nature sont indivisibles, estimation d'iceux doit être faite au denier vingt; demeurant au choix des representans l'aîné, de prendre le fief en payant aux autres leur part de l'estimation: Or s'agissant de diviser deux fiefs entre les creanciers & les enfans d'un decreté, les enfans qui n'ont que le tiers, ne doivent être considérez que comme puînés à l'égard des creanciers qui ont deux tiers, & par conséquent le droit de choisir les lots tenant lieu de l'aîné; de sorte que ne pouvans partager les fiefs qui sont individus, les enfans sont hors d'intérêt, puisqu'on leur paie leur part de l'estimation, non seulement au denier vingt suivant l'art. CCCXXI. mais au denier vingt-cinq & trente, s'il est autant estimé, parce que la terre étant vendue en son intégrité, elle monte à un prix bien plus haut, ce qui donne moien aux creanciers d'être payés de leurs dettes.

Enfin cette jurisprudence a encore été confirmée par un dernier Arrest donné sur ce fait. Le fief de Sacy étant saisi réellement sur le sieur de Carvoisin, ses enfans demanderent leur tiers en essence; les creanciers consentirent qu'ils l'eussent en deniers sur le prix de l'ajudication, ou sur le prix de l'estimation qui en seroit faite par les Experts dont on conviendrait, ce qu'ils mettoient au choix des enfans; il fut ordonné de la sorte par le Juge d'Evreux: Sur l'apel

de Georges de Carvoisin & des autres enfans du decreté, de Cahaignes son Avocat remontra que le tiers des enfans étant si favorable, il étoit plus juste de l'étendre & de l'augmenter, que de le diminuer; que l'objection que les fiefs sont indivisibles, n'étoit point considérable en cette rencontre, parce que sans diviser le fief on pouvoit faire trois lots; le domaine non fiéfé étant de grande étendue; & quand cela ne seroit pas, la Coutume donnant le tiers en propriété & non en deniers, on ne pouvoit le refuser en essence, qu'il n'y a que le tiers détenteur à qui cette faculté soit accordée par la Coutume; qu'après tout le sieur de Langlade adjudicataire n'étoit point favorable, aiant acheté des dettes pour faire decretter cette Terre. Greard pour François de Loubert Ecuier, sieur de Dardez, répondoit que la Coutume n'aient permis la division des fiefs qu'entre filles, on ne la peut faire en aucun autre cas; que si les enfans pour leur tiers pouvoient démembrer les fiefs, les creanciers en souffriroient un préjudice notable, on ne trouveroit aucun adjudicataire pour encherir une portion du fief, & pour avoir des querelles avec ceux qui posséderoient le reste du fief; que cela avoit été jugé par plusieurs Arrêts: Par Arrest du 24 de Mars 1672. la Sentence fut confirmée.

Cet avantage néanmoins devient souvent onereux aux creanciers, lorsque l'ajudication est faite à un prix beaucoup moindre que sa juste valeur; car le tiers étant payé suivant la vraie valeur du fief, en exemption des droits de treizième, de consignation & des frais du decret, les creanciers qui ont demandé que le fief fût decreté en son intégrité, sont tenus de porter les frais, comme il fut jugé par un autre Arrest donné en execution du précédent, dont voici la teneur.

L OUIS par la grace de Dieu Roi de France & de Navarre, à tous ceux qui ces presentes Lettres verront, salut: Savoir faisons qu'en la Cause dévolutive en notre Cour de Parlement, entre Georges de Carvoisin sieur de Sacy, fils & non heritier de Louis de Carvoisin sieur dudit lieu, apelant de Sentence rendue par le Bailli d'Evreux, ou son Lieutenant Particulier au Siege dudit lieu, le 9 Aoust 1674. & incidemment aussi apelant d'autre Sentence donnée par ledit Juge, le 16 de Juillet audit an, d'une part: M^e Pierre de Langlade sieur de Sireil, Lieutenant General audit Bailliage d'Evreux; decretant & adjudicataire par decret du fief & terre de Sacy, aiant appartenu audit Louis de Carvoisin, intimé, d'autre: En la presence de Jean-Charles le Maréchal sieur du Manoir & des Aulnez; Nicolas le Maréchal Maître des Requêtes ordinaire de la Reine; & M^e Gabriel le Page sieur de Pinterville, notre ancien Procureur General en notre Cour des Aides en Normandie, creanciers oposans audit decret, parties en Cause, & d'autres parties. Vû par notre Cour l'Arrest d'icelle du 19 de Mars dernier, portant apointement au Conseil de produire & écrire, & produire par les parties pour leur être fait droit; Actes exercez devant ledit Lieutenant Particulier au Bailliage d'Evreux, le 26 de Mai, 7 de Juin 1674. entre ledit Georges de Carvoisin & ledit de Langlade, & les creanciers oposans audit decret; ensuite desquelles est ladite Sentence du 16 de Juillet ensuivant, portant les Jugemens rendus sur les défalcations demandées par ledit de Langlade, sur le prix de son adjudication, & la liquidation du tiers coutumier dudit de Carvoisin fils, ensemble de la somme de vingt mille deux cens onze livres quatorze sols; ladite Sentence du 9 Aoust audit an, portant que les frais dudit decret, défalcations de treizième, de rentes foncieres, seroient prises par privilège & avant toutes choses; que les dettes antérieures du mariage dudit de Carvoisin pere seroient portées ensuite, & les demandeurs en tiers de leurdit tiers, dont ledit Georges de Carvoisin au-

Le tiers des enfans sur le fief decreté est payé suivant la vraie valeur, & est exempt du treizième & autres frais de decret.

Arrest qui a jugé que le tiers des enfans ajugé en deniers sur le fief decreté, ne contribue point au treizième ni aux autres frais du decret.

roité déclaré apeler. Copie d'aveu & dénombrement à Nous rendu le 12 Juillet 1620. par Charles de Carvoisin, dudit fief, terre & Seigneurie de Sacy, relevante de la Comté d'Evreux. Procès verbal de l'arpentage fait le 8 Juillet 1673. de ladite terre, trouvée contenir le nombre de deux cens soixante & dix-huit acres de terre & dix perches. Arrêts de nôtre Cour, des 21 Aoust 1670. & 23 Juillet 1671. Sentence rendue audit Bailliage d'Evreux le 15 Septembre audit an 1671. portant que ledit fief & terre de Sacy saisis en decret seroient vendus & ajugez en circonstances & dépendances, sauf la question du tiers coutumier des enfans dudit Louïs de Carvoisin, qui seroit pris en deniers sur le prix de l'ajudication ou estimation de personnes à ce connoissant, à leur choix. Arrest de la Cour du 24 de Mars 1672. par lequel ladite Sentence précédente auroit été confirmée, sur l'apel dudit de Carvoisin fils. Concordat fait le 4 de Mai audit an, entre ledit de Langlade & François de Loubert sieur de Dardez, cedé aux droits de Mre Adrien de Chaminel sieur de Manneville, qui avoit requis la saisie par decret dudit fief & terre de Sacy. Acte d'ajudication faite audit de Langlade ledit jour, dudit fief & terre, par le prix de quarante-cinq mille livres au commun, & dix mille livres au particulier. Copie de Récépissés baillez audit de Langlade par Maître le Fèvre Receveur des Consignations audit Evreux, du prix de l'ajudication, des 9 dudit mois de Mai & 6 de Novembre 1672. Sentence du 10 de Mai, portant l'envoi en possession dudit de Langlade dudit fief & Terre de Sacy. Procès verbaux d'estimation faite le 9 de Decembre 1673. & 17 Avril 1674. dudit fief & terre, par les Experts, dont les parties seroient convenus, à la somme de soixante & quinze mille trois cens livres. Arrest de nôtre Cour, des 20 Juillet & 5 Aoust 1672. & 18 Mai 1673. Acte exercé audit Bailliage d'Evreux, le 24 Juillet 1674. Acte de sommation faite audit de Langlade, instance dudit de Carvoisin, le 19 de Mars, en presence de communiquer les pieces, sur lesquelles lesdites défalcations auroient été jugées, & autres pareilles sommations faites depuis. Exploit fait audit le Fèvre Receveur des Consignations, requête de Claude de Carel sieur de Mericey, le 29 Avril ensuivant, avec la réponse de son Commis. Acte de déclaration faite par ledit de Carvoisin, le 27 de Mai dernier, qu'il n'entendoit soutenir ladite Sentence du 16 de Juillet 1674. en tant que par icelle on lui auroit ajugé la défalcation des rentes seigneuriales & foncieres, dont ladite terre de Sacy se seroit trouvée chargée, au dernier vingt-cinq, consentant ladite défalcation être jugée au denier vingt, & Exploits de signification dudit jour. Autre Exploit fait audit le Fèvre, instance dudit de Langlade, le 16 Juillet ensuivant. Autre executoire exercé audit Bailliage d'Evreux le lendemain. Autres pieces produites par ledit de Langlade, pour justifier les sommes payées des deniers par lui garnis es mains dudit le Fèvre. Ecrit de Grieffs dudit de Carvoisin. Autres Ecrits de réponses d'iceux. Requête présentée à nôtre dite Cour par ledit de Carvoisin, le deuxième de ce mois, pour faire rejeter du procès ledit Acte du 17 de Juillet dernier, comme une piece supposée; ordonné être montrée à partie pour y donner réponse, signifiée ledit jour. Réponse à ladite Requête & Exploit de signification du 3 de ce mois d'Avril. Requête présentée par ledit de Carvoisin le 7 dudit mois, pour faire recevoir au procès la piece y mentionnée, ordonné être montrée à partie. Signification ledit jour, avec la piece induite en ladite Requête. Autre Requête baillée par ledit de Langlade, pour servir de réponse. Autre Piece produite par ledit Maréchal & le Page creanciers dudit Louïs de Carvoisin, pour justifier leurs créances; & tout ce que les parties ont mis pardevant nôtre dite Cour. Oûi le Conseiller-Commisnaire en son rapport, tout considéré: Nôtre Cour par son Jugement & Arrest, a

mis l'apellation de ladite Sentence du 9 Aoust 1674. & ce dont étoit apelé, au néant, & en réformant, ordonné que sur la somme de quarante-sept mille cinq cens livres, prix de l'ajudication au commun de ladite terre de Sacy, compris le quart du particulier, ledit Georges de Carvoisin sera païé de la somme de vingt-cinq mille cent livres pour son tiers, les défalcations jugées pour les rentes Seigneuriales & foncieres, & tiers des dettes, pour les dettes aînées du mariage dudit de Carvoisin pere, & des deux autres tiers sur le restant du prix de l'ajudication; ensemble les autres défalcations ajugées audit de Langlade, & les frais du decret & treizièmes; parce qu'en cas que le surplus du prix de ladite adjudication ne seroit suffisant pour paier les deux autres tiers des dettes aînées, elles seront païées sur ladite somme de vingt-cinq mille cent livres ajugez audit de Carvoisin; en sorte que ladite somme de vingt-cinq mille cent livres ne puisse être diminuée, ni qu'elle contribue en aucune façon aux frais de consignations & treizièmes, qui seront païez par les creanciers qui ont soutenu le tiers devoir être decreté au sol la livre de leurs créances. Donné à Rouen en Parlement, le 9 Aoust 1675.

Il peut naître une pareille difficulté pour le partage des maisons, lorsqu'elles ne se peuvent diviser; s'il n'y avoit qu'une seule maison en la succession du pere qui fût indivisible, & que l'on ne pût bailler aux enfans leur tiers en essence sans une grande incommodité, il faudroit en user en ce cas comme entre coheritiers, que l'on force d'en venir à la licitation

Il n'est pas aussi nécessaire que les enfans aient toujours leur tiers sur le même bien que leur pere possédoit au tems de son mariage, il suffit de le leur donner en fonds de pareille valeur: Par exemple, s'il avoit vendu son bien pour en acheter un autre, les enfans seroient tenus de le prendre; car si la veuve a été condamnée de prendre son douaire sur les heritages que son mari avoit eus en contr'échange, l'aquereur est beaucoup plus favorable à demander la même chose contre les enfans, puisque par l'art. CCCIII. les aquereurs peuvent bailler l'estimation du fonds ajugé aux enfans pour leur tiers. Il a même été jugé par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 15 Juin 1666. qu'un pere aiant fait un bail à rente de tous ses heritages depuis son mariage, ses enfans ne pouvoient déposséder le preneur, & qu'ils étoient tenus de se contenter de la rente fonciere, comme tenant nature de fonds; mais il fut dit aussi que ce preneur n'étoit pas recevable à bailler de l'argent pour le tiers, l'art. CCCIII. n'ayant point lieu en ce cas, & que la rente étant irraquitable il devoit la continuer aux enfans, en cas qu'il y en eût assés, & que le surplus seroit fourni en fonds, avec option de rembourser en deniers, parce qu'ayant racheté une partie de la rente fonciere entre les mains du pere, il tenoit lieu d'aquereur à cet égard.

Comme il peut arriver que le pere depuis son mariage aura fait des bâtimens & des plants sur ses terres qui augmentent la valeur, ou qu'au contraire il aura ruiné ses maisons & dégradé ses heritages, ce qui en aura diminué le prix, il est nécessaire d'examiner ces deux points; à savoir si ces augmentations tournent au profit des enfans, & s'ils peuvent demander récompense des ruines & des deteriorations faites par le pere.

La question pour les augmentations fut décidée en la Chambre de l'Edit, le 10 de Janvier 1652. Fourneaux aiant été decreté, les enfans opposerent pour leur tiers: le pere avoit fait plusieurs bâtimens qui en augmentoient la valeur, cela donna occasion aux creanciers de soutenir, que les enfans en prenant leur tiers devoient déduire le prix des bâtimens faits par leur pere depuis son mariage, qu'autrement ils profiteroient du bien des creanciers, leur pere aiant employé leur argent pour augmenter leur tiers. Les

Lorsque le tiers des enfans ne se peut bailler en essence, il faut user de licitation.

Les enfans sont tenus de prendre leur tiers sur les biens échangez.

Si les améliorations faites par le pere depuis son mariage sur les heritages, augmentent le tiers des enfans.

enfans répondoient que leur tiers leur étant ajugé selon la valeur des heritages de leur pere, au tems de sa mort, il ne faisoit point considérer l'état où ils étoient lors de son mariage; que s'il est permis au mari de faire avantage à la femme en bâtissant sur son fonds, quoi qu'il soit défendu si étroitement au mari de donner à la femme, on ne doit pas priver les enfans de ce petit benefice; puisqu'ils sont réduits à se contenter au tiers des biens de leur pere: Par l'Arrest les enfans furent déchargés de la demande des creanciers; Cardel plaidant pour lesdits de Fourneaux, & le Fèvre pour le sieur Osmont Secretaire. On trouve un Arrest pareil dans Tronçon, sur l'article 255. de la Coutume de Paris, pour les impenses & meliorations, où les raisons sont déduites de part & d'autre; mais il ajoute que si l'on avoit bâti une maison sur le fonds sujet au douaire, on eût jugé le contraire. Voyez la Bibliothèque du Droit François, *in verbo* (Douaire,) page 1052. Bacquet, c. 15. n. 44. des droits de Justice. Bouguier, l. D. n. 18. Du Fresne, sur l'article 112. de la Coutume d'Amiens, titre du Douaire, est aussi de ce sentiment, que les meliorations faites sur l'heritage sujet au douaire, suivent la nature de l'heritage, & tournent au profit de la femme & des enfans; sans que les creanciers du mari en puissent demander la distraction ou l'estimation, & ce par droit d'accession, *quidquid enim solo aedificatur, solo cedit, l. adeo, §. cum ex suo, de acquir. rer. dom. D.*

Si la douairiere & les enfans peuvent demander récompense pour les dégradations faites par le pere?

Pour les dégrademens, la question en fut traitée en la Chambre de l'Edit, sur ce fait. Charles de Carménil lorsqu'il épousa Demoiselle Ester du Moucel possédoit une Terre, sur laquelle il y avoit un bois de haute-fûtaie d'une valeur considérable; son mauvais ménage & la vente d'une partie de ses biens, & particulièrement la vente de ce bois de haute-fûtaie, donnerent lieu à sa femme de se séparer de biens: Par les lots qu'elle presenta aux creanciers, elle prétendit avoir récompense de tous les plants que son mari avoit dégradés & vendus: Le sieur Baillet Maître des Comptes, & Dame Anne Pitreson veuve du sieur de Beusevillette, contredirent cette prétention: Par Sentence du Viconte de Caudebec, le douaire fut ajugé sur les biens non decretez, pour le tiers de la valeur des bois vendus, compensation faite des bâtimens & autres augmentations faites par le mari. Sur l'appel des creanciers, Pilastré leur Avocat disoit que par la loi *Divortio, D. solut. matrim.* l'usufruitier n'avoit rien aux grans bois, qu'ils n'étoient point en fruit, & qu'en tout cas elle ne pouvoit demander qu'une jouissance: mais tant s'en faut que par la vente des bois de haute-fûtaie son douaire fût diminué, que le fonds lequel étoit auparavant inutile & infructueux, étoit maintenant cultivé. Il s'aïdoit aussi par un argument à *contrario*, de l'Arrest ci-dessus; car, disoit-il, si les creanciers ne peuvent demander récompense des bâtimens faits sur le tiers des enfans, les enfans ne doivent pas avoir récompense des bois que le pere a coupés; que si cela avoit lieu, les creanciers pour s'assurer seroient tenus de savoir le nombre & la quantité des arbres qui seroient sur les biens de leurs debiteurs, & de veiller continuellement pour les empêcher de les abatte. Caruë pour la Demoiselle du Moucel, s'aïdoit des raisons mêmes des apelans; qu'il demuroit d'accord que par la loi *Divortio*, l'usufruitier n'avoit que les bois taillis, & non les bois de haute-fûtaie, l. *grandes, D. de usufr.* que cela décidoit la question, le pere n'étant qu'usufruitier du tiers; que l'Arrest de Fourneaux étoit à son avantage, les creanciers ne pouvant demander récompense des bâtimens faits sur le tiers, quoi que peut-être leur argent y eût été employé; il y avoit beaucoup plus de sujet de conserver aux enfans ce qui leur appartient; que cette question avoit été décidée par plusieurs Arrêts: La Cause fut appointée au Conseil, & depuis évoquée au Parlement de Paris: Par Arrest, au rapport de M^r Tronçon, la De-

moiselle de Carménil obtint gain de cause.

La Cause de la douairiere est beaucoup moins favorable que celle des enfans, elle n'a intérêt que pour son usufruit, de sorte que l'on doit considérer seulement s'il est diminué par la vente des bois; mais la Coutume ne donnant pas seulement aux enfans le revenu du tiers, mais aussi la propriété, la superficie excédant souvent en valeur le fonds même, la récompense en est dûe aux enfans en cas d'alienation: Cependant les Arrêts n'y ont point fait de distinction; outre les Arrêts ci-dessus, & celui de la Cervelle, que Berault n'a pas rapporté conformément au Register, comme je le remarquerai sur l'art. CCCIII. il y en a plusieurs autres: Le premier fut donné par rapport au profit d'Heleine Bouté veuve de Philippes Jouiën, & de ses enfans; ladite Bouté avoit mis son opposition au decret des heritages de son mari pour avoir délivrance de son douaire, & en faire ajuger la propriété à ses enfans, ce qui lui fut accordé par Sentence du Viconte d'Orbec, du 13 de Decembre 1631. & qu'estimation seroit faite de tous les immeubles que son mari possédoit au tems de son mariage, en l'état qu'ils étoient: Dans l'estimation qui fut faite l'on comprit quinze cens chesnes, & plusieurs autres arbres que le mari avoit fait couper; on y comprit aussi les dégrademens qu'il avoit faits: Les creanciers aiant apelé, tant des Sentences que de l'estimation, elles furent confirmées par le Bailli, & depuis par Arrest du premier d'Aoult 1644. Autre Arrest pour la Dame Marquise de Toussi, du deuxième d'Aoult 1646. par lequel le douaire fut ajugé à ladite Dame en l'état que les biens de son mari étoient lors du mariage; & pour la liquidation d'icelui les parties aiant été renvoyées devant le Juge de Caudebec, l'on comprit dans l'estimation les bois que le mari avoit abatus.

Il faut néanmoins remarquer que pour les bois de haute-fûtaie, l'on a fait cette distinction par un Arrest donné au rapport de M^r du Houley, le 9 d'Aoult 1659. au procès de la Dame Abesse de Vignats, que les bois de haute-fûtaie vendus par le mari, entroient dans l'estimation du douaire, & du tiers des enfans; mais que ceux qu'il avoit abatus & consumés pour son usage, ne devoient point être compris. On a jugé par plusieurs Arrêts que quand les biens étoient alienez, sans venir à des partages, l'on procederoit directement à l'estimation de tous les biens, pour bailler aux enfans leur tiers en argent.

Après avoir expliqué en quoi consiste le tiers, & sur quels biens on peut l'obtenir, il faut y ajouter les conditions sous lesquelles il est accordé; savoir qu'il faut renoncer, qu'il faut rapporter & contribuer aux dettes: les deux premieres conditions étant contenues dans l'article CCCCI. elles seront examinées en ce lieu-là.

Pour la dernière, qui est la contribution aux charges de droit, on entend par ces termes les dettes contractées avant le mariage; mais comme nous distinguons les dettes en mobilières & immobilières, nous mettons aussi de la différence entre ces dettes, en tant que pour la contribution où la femme & les enfans sont tenus; car pour les dettes mobilières, les enfans n'y contribuent point à cause de leur tiers, elles se prennent sur les deux autres tiers, s'ils sont suffisans pour les aquiter: & dans le rang des dettes mobilières nous comprenons les arrerages mêmes des rentes antérieures du mariage, par cette raison que si l'on en usoit autrement, il seroit en la puissance du pere de faire perdre à ses enfans leur légitime, en ne payant point les arrerages des rentes antérieures du mariage, ce qui n'afait point le droit des creanciers; car à leur égard non seulement les arrerages des dettes anciennes, mais aussi toutes les dettes mobilières créées avant le mariage sont payées sur le tiers, en cas que les deux autres ne fussent pas pour les aquiter; ainsi jugé pour la Demoiselle de

Les bois de haute-fûtaie abatus & consumés pour l'usage du mari, n'entrent point dans l'estimation du douaire.

Des dettes auxquelles le tiers coutumier des enfans doit contribuer.

Rassan femme du sieur de la Ferté-Oinville : Et par autre Arrest donné en la Grand' Chambre, l'onzième de Mars 1664. pour le sieur Chevalot President au Presidial d'Evreux ; plaidans de Cahaignes & le Févre.

Si la femme & les enfans doivent contribuer aux nouvelles rentes auxquelles le mari s'est constitué pour acquiter les anciennes ?

Si le pere avoit acquité les dettes auxquelles il étoit obligé lors de son mariage, & qu'il en eût constitué de nouvelles, qui n'excédassent pas néanmoins celles qu'il devoit, on demande si la femme ou les enfans seroient tenus de contribuer aux nouvelles dettes ? Il n'y auroit pas de difficulté, si les creanciers avoient stipulé que leurs deniers seroient employez à l'aquit des dettes anciennes, avec subrogation aux hipotéques ; mais quand cela ne seroit pas, il semble juste d'assujétir la femme & les enfans à cette contribution, parce que ce n'est pas un mauvais ménage, ce n'est qu'un changement de nom, la condition des enfans n'en est point rendue plus mauvaise ; & vraisemblablement le rachat des anciennes dettes a été fait des deniers empruntez, sur tout lorsque d'ailleurs il n'en paroît point de remploi ni de dissipation, autrement ce seroit un moien fort aisé de tromper le monde ; néanmoins comme le pere peut avoir acquité les anciennes dettes par son épargne, cette décharge & cette extinction doit tourner au profit des enfans, & les creanciers se doivent imputer, ou d'avoir eu trop de confiance en la solvabilité de leur debiteur, ou de n'avoir pas stipulé une subrogation aux hipotéques des autres creanciers. Par l'Arrest de Boisdanemets, du 18 de Mars 1655. que j'ai rapporté sur l'art. CCCXCVI. il fut jugé que la veuve ne contribueroit point aux rentes constituées depuis son mariage, bien que son mari en eût acquité d'antérieures ; mais depuis on a jugé le contraire suivant les Arrêts que j'ai rapportez sur l'article CCCXCVI. où j'ai aussi remarqué celui de la Dame de Boisdanemets.

On ne peut obliger les enfans à recevoir leur légitime en argent.

Que si les enfans n'ont leur légitime qu'en exécutant les conditions qui leur sont imposées par la Coûtume, le pere ne peut aussi leur en imposer de nouvelles ; cette légitime est si parfaitement acquise aux enfans, qu'il ne peut la diminuer en quelque manière que ce soit, ni ajouter des clauses qui puissent y donner atteinte, suivant la l. *quoniam*, Cod. de inoffic. testament. *Censemus ut si conditionibus quibusdam vel dilationibus vel aliquâ dispositione moram vel modum, vel aliquod onus induxerit, tollatur, & itâ procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset; sic non rumpitur testamentum, sed gravamen conditionis subducitur à medio, & en ce cas utile per inutile non vitiatur.* On le jugea de cette manière en une cause évoquée du Parlement de Bretagne, entre les sieurs du Breuil-Pontbriant, & le sieur de Pontbriant leur frere aîné. Par la Coûtume de Bretagne les peres peuvent partager leurs enfans qui n'ont pas d'action pour s'en plaindre, s'ils ne sont lésez d'une sixième partie. Le sieur de Pontbriant pere en partageant les puînez y avoit ajouté cette condition, que dans cinq ans après leur majorité, l'aîné pourroit retirer les terres qu'il leur bailloit, en payant vingt mille livres. Je soutenois pour les puînez, que le pere pouvoit bien partager les enfans, mais qu'il n'étoit pas en son pouvoir de les forcer à recevoir leur légitime en argent ; que la Coûtume de Bretagne ne lui donnoit point ce pouvoir, & que cette condition dont il avoit chargé ses enfans étoit inutile ; & que le surplus de la volonté du pere ne laissoit pas de subsister : Il y avoit cela de particulier, que le frere n'avoit pas offert le remboursement dans le tems limité par le pere, mais il s'en défendoit par deux raisons ; l'une, qu'il n'en avoit pas eu connoissance ; l'autre, qu'il ne pouvoit faire ce remboursement son pere étant vivant : c'étoient les raisons dont il apuioit sa prétention ; il en fut débouté par Arrest en la Grand' Chambre, le 27 d'Août 1666. Greard plaidoit pour lui.

Pour le tems auquel cette légitime est acquise aux

enfans sur les biens du pere, il est sans doute que c'est du tems des épousailles, & cela ne fait pas de difficulté lorsque les enfans demandent leur tiers en la succession de leur pere ; mais il s'est formé plusieurs questions, & sur tout celle de savoir si la veuve ou femme du fils qui a survécu son pere, & qui s'est porté son heritier, doit avoir son douaire qui est aussi le tiers coûtumier des enfans réduit au tiers de la part héréditaire de leur pere, considéré en l'état qu'il est lorsque la succession de leur aieul échet ; ou si elle l'aura en l'état qu'elle étoit lorsque le pere avoit consenti au mariage de son fils ? Mais cette question a été décidée par Arrest du Conseil que j'ai remarqué sur l'art. CCCLXIX.

La légitime des enfans leur est acquise du jour des épousailles de leur pere.

La clause de cet article par laquelle la propriété du tiers est acquise aux enfans du jour des épousailles, & néanmoins que la jouissance en appartient au mari durant sa vie, a eu besoin d'explication : Bien que ces paroles donnent apparemment au pere la jouissance de ce tiers durant sa vie ; cependant il n'eût pas été juste qu'un pere mauvais ménager après avoir dissipé tous ses biens, eût encore joui de cette portion que la loi avoit réservée pour ses enfans, & qu'elle destinoit pour leurs alimens ; il a falu prévenir ce désordre, & par une fiction favorable, sans attendre la mort naturelle, introduire une mort civile qui eût le même effet, & par ce moien ôter au pere la jouissance du tiers pour la faire passer à ses enfans, même durant sa vie.

Quand le pere perd la jouissance du tiers coûtumier de ses enfans ?

Outre la faveur & l'utilité de cette fiction, on peut l'autoriser par un exemple du Droit ; il est tiré de la loi 50. ff. ad Senat. Consult. Trebell. dont l'espece, dit M^r Cujas, est fort élégante & singulière : Un pere fut institué heritier, à charge de restituer la succession à son fils lorsqu'il cesseroit d'être en sa puissance, *cum sui juris esset* ; cependant pour frustrer son fils du fideicommis, il dissipa la meilleure partie des biens sujets au fideicommis ; on étoit en peine comment l'on pourroit pourvoir à la sûreté du fils ; *Deerat*, dit M^r Cujas, in Comment. ad Leg. ii. *Quest. Papin. juris auxilium filio, sed in hac specie pater non restituit hareditatem fideicommissariam in diem conditionis, sed interim dissipante omnia, Imperator decrevit ut pater restitueret filio statim, etiamsi esset in potestate suâ ante conditionem, itâ ut in hereditate pater nihil juris haberet vivo filio, & cette loi dit élégamment que l'Empereur *damnum conditionis infligit patri propter fraudem.**

Il est vrai que la Coûtume institue heritiers tous ceux qui doivent succéder par le droit de sang, & par une succession légitime ; mais elle impose particulièrement cette condition à tous les peres de conserver une portion de leur bien à leurs enfans ; c'est un fideicommis & un dépôt sacré dont ils ne peuvent disposer, ni en priver leurs enfans ; & bien que la jouissance leur en appartienne durant leur vie, si toutefois ils en usent mal, les enfans ne demeurent pas sans secours ; mais le Magistrat qui est la loi vivante, punit le mauvais ménage du pere, *damnum conditionis infligit*, & lui ôte l'usage de ce fideicommis pour en avoir abusé.

On ne manque pas d'autres exemples dans le Droit, où la mort civile a le même effet que la naturelle, quoi qu'en d'autres cas cela n'ait pas lieu : Les loix 121. §. *insulam*, ff. de verb. oblig. l. 1. §. *ult.* ff. de honor. possess. contra tabulas ; l. *intercidit*, ff. de cond. l. cum pater, §. *hereditatem*, ff. de leg. nous fournissent des preuves de l'un & de l'autre cas ; mais il faut remarquer que les loix qui ne s'entendent que de la mort naturelle, n'ont lieu que quand celui qui doit faire ou restituer quelque chose, ne le veut point avant que la condition soit avenue, *tunc enim invito non auferitur*, dit la Glose sur cette loi *cum pater*, ce qui n'est point contraire à la décision que je viens de rapporter ; car quand les termes de cet article ne pourroient même s'entendre que de la mort naturelle,

toutefois on pouroit arracher au pere cet usufruit par une espece de peine, pour ne l'avoir pas conservé pour la subsistance de sa famille.

Et pour connoître comment, & en quelles rencontres on doit donner à la mort civile le même effet qu'à la naturelle, on peut suivre assurément cette règle parmi nous, que cette fiction s'étend ou se rétreint selon la faveur ou la haine du sujet : Or comme nous favorisons extrêmement la condition de la femme & des enfans, toutes les fois qu'il s'agit de leur avantage, nous inclinons aisément à faire valoir cette fiction de la mort civile : Et bien qu'il soit véritable que dans les contrats de mariage toutes les clauses qui ne doivent avoir leur execution qu'en cas de mort, ne s'entendent que de la mort naturelle, *qui in eâ conventionione, si quis prius decefferit, mors naturalis non civilis venit*, n'étant pas à presumer que dans cette sorte de contrats l'on ait entendu parler d'évenemens funestes ou extraordinaires, *casum enim & adversam fortunam expectare, neque civile est, neque naturale* : néanmoins lorsque le mari par sa faute donne sujet à la femme & aux enfans d'implorer le secours des loix, l'on ne fait point de difficulté de leur permettre d'exercer toutes les actions que la mort naturelle du mari ou du pere leur pouroit donner, & nous ne suivons point la loi *Statius Florus, §. Cornelio*, *De jure fisci*, suivant laquelle par la condamnation de l'heritier, il n'y avoit point d'ouverture à la demande du fideicommiss, *nondum diem fideicommissi venisse, quia fideicommissarius posset ipse prius mori* : Mais nôtre usage peut être soutenu par cette raison, que le tiers coutumier appartient aux enfans *provisio ne legis*, & le fideicommiss n'est dû que par la disposition du testateur : or la loi ne conservant la jouissance de ce tiers que pour la subsistance du pere & de la famille, cette précaution seroit inutile, si ce revenu tournoit au profit du fisc & des creanciers du pere.

Nôtre usage est encore contraire à celui de Paris ; par l'art. 255. de la Coutume de Paris, *le douaire constitué par le mari est le propre heritage aux enfans issus dudit mariage, pour d'icelui jouir après les trépas du pere & mere*. Le terme de *trépas* n'est entendu que de la mort naturelle, & c'est pourquoi la mort civile du mari ne donne point ouverture à la demande du douaire coutumier pour la femme & pour les enfans. Dans la cause du sieur Abé de Thou, contre les creanciers de M^r le President de Thou, M^e Louïs Greard son Avocat prétendoit que ledit sieur Abé de Thou devoit jouir du douaire coutumier, vû l'abandonnement que son pere avoit fait de tous ses biens à ses creanciers, & il argumentoit de cet article & de nôtre usage. Je representai au contraire pour les Directeurs des creanciers de M^r le President de Thou, que la Coutume de Paris ne donnoit le douaire coutumier aux enfans que par le trépas du pere ; & que par la jurisprudence du Parlement de Paris, l'on avoit toujours entendu le terme de *trépas* de la mort naturelle ; que la Coutume de Normandie avoit usé de paroles que l'on pouvoit expliquer favorablement, en donnant au mari la jouissance sa vie durant ; & comme parmi nous par la separation de biens, ou par le decret des biens du mari, il y avoit ouverture au douaire, on n'avoit pas eu de peine à faire passer aux enfans la jouissance du tiers coutumier, puisque le pere en étoit dépossédé par sa femme lorsqu'elle étoit vivante : La cause aiant été apointée au Conseil sur plusieurs autres questions, par Arrest de l'an 1676. au raport de M^r Fauvel, le sieur Abé de Thou fut debouté de sa demande. En Normandie pour donner la jouissance du tiers aux enfans du vivant même de leur pere, on s'est fondé sur cette raison, que quand la Coutume la conservoit au pere, ce n'étoit qu'à condition qu'il en pût jouir, & non point ses creanciers, car en ce cas ses enfans lui étoient préférables.

De l'usage de Paris à l'égard de la jouissance du douaire accordé aux enfans.

Le pere ne peut faire passer à ses creanciers la jouissance du tiers coutumier de ses enfans.

Par la mort civile nous n'entendons pas seulement la peine qui emporte le bannissement ou la confiscation de biens, soit par contumace ou autrement, mais même l'entrée en Religion, la separation de biens, ou le decret des biens du mari en integrité, ou de la meilleure partie.

Nous favorisons si fort la demande du tiers coutumier, que par Arrest donné en l'Audiencé de la Grand' Chambre, le 10 d'Avril 1631. un pere aiant fait cession, les enfans furent reçus à demander leur tiers, bien que leur mere fût morte ; leur action avoit commencé par une saisie réelle des biens de leur pere ; & bien que l'aquereur voulût faire cesser le decret en payant la dette du creancier qui avoit saisi, on donna néanmoins le tiers aux enfans. Pareil Arrest, au raport de M^r Romé, en la Grand' Chambre, du 11 de Février 1667.

Lorsque la mere a eu la délivrance de son douaire, soit en vertu d'une separation de biens ou du decret des biens du mari, il y a beaucoup moins de difficulté à ne rétablir pas le mari dans la jouissance qu'il a perdue, ni les creanciers ou les aquereurs à son droit après le decés de la femme ; & c'est l'esperce de l'Arrest de Desobeaux raporté par Berault sur cet article.

On fait encore prévaloir la cause des enfans lorsque le pere renonce volontairement à la jouissance du tiers, comme il a été jugé par plusieurs Arrêts, & notamment par celui donné en la Chambre de l'Edit, au raport de M^r Romé, le 18 de Mai 1639. entre de Lauberie, Guillebert & Couillard, sur cette question ; si ledit de Lauberie auroit l'effet de l'avancement de succession, en tant que le tiers ajugé à Ester Damours sa mere, separée de biens d'avec Jacques de Lauberie son pere, fait en la presence du pere, qui de sa part avoit quitte l'usufruit de ce tiers à ses enfans, & ce au préjudice des creanciers qui avoient saisi le tiers ? Par l'Arrest il fut dit à tort l'exécution faite par les creanciers ; & les meubles & fruits, & même le droit de viduité fut ajugé au fils, au préjudice des creanciers.

Il a été jugé toutefois que le pere ne pouvoit remettre à ses enfans son droit de viduité sur la dot de leur mere, dont il leur étoit débiteur, au préjudice de la caution de ladite dot. Le fait étoit que Charles le Chevalier Ecuier, étoit intervenu caution de la dot de la femme de Louïs le Chevalier Ecuier, sieur de Turetôt son fils ; les biens de Louïs le Chevalier aiant été decretez, pour faire avantage à ses enfans, il leur remit la jouissance du tiers de la dot de leur mere, & en vertu de cette cession ils se firent colloquer & mettre en ordre pour les arrerages de ce tiers de la dot, sur les biens tant de leur pere que de leur aieul, parce qu'il étoit intervenu caution de la dot : Sur l'apel de cet ordre par M^r François le Cornier Seigneur de Sainte Heleine, & des autres creanciers, ils disoient que leur défense peremtoire contre cette collocation, étoit que ledit sieur de Turetôt pere étoit lui-même le debiteur de cette dot ; que le principal & les interêts en devoient être repris sur lui, & par consequent ses enfans n'avoient pas lieu d'en faire la demande sur les biens de Charles le Chevalier leur aieul, quoi qu'il fût caution dudit Louïs le Chevalier son fils qui étoit le principal obligé ; mais le sieur de Turetôt au lieu d'en user avec la bonne foi qu'il devoit à ses creanciers, il prétendoit être recevable à donner à ses enfans l'usufruit de la dot de leur mere, au préjudice de ses creanciers, sans considerer qu'en même tems il donnoit ouverture de le reprendre sur lui-même & sur sa caution, quoi que le recours en retournât sur lui.

Il est bien vrai que par la jurisprudence des Arrêts, le pere peut remettre son usufruit à ses enfans, parce qu'il se consolide aisément avec la propriété ; mais lorsque le mari est debiteur de la dot à la caution d'un autre, il n'y a pas d'apparence de lui permettre

Autres cas où le pere est privé de la jouissance du tiers coutumier.

Le douaire de la femme dont elle a eu délivrance étant éteint, retourne aux enfans, au préjudice du mari & de ses creanciers.

Des effets de la cession faite par le pere à ses enfans, de son droit de viduité sur la dot de leur mere, dont l'aieul est caution.

de faire naître une action sur lui-même par une cession frauduleuse, pour la rejeter sur la caution, & sur les creanciers de la caution: Les enfans répondoient que le decret des biens de leur pere leur donnoit ouverture pour demander la dot de leur mere, & que par ce moien en aians la propriété, quoi que leur pere leur en fût debiteur, cela n'empêchoit pas qu'il ne pût leur en remettre l'usufruit, mais puisque l'on tenoit l'ordre des deniers de la vente des héritages de leur pere & de leur aieul la caution, & que par ce moien le principal de la dot rentroit en leurs mains, ce n'étoit plus leur pere qui en étoit le debiteur, au contraire ils lui en devoient eux-mêmes l'usufruit; ainsi dans cette espece, comme dans les autres pareilles, il auroit été bien jugé par le Bailli; en colloquant les intimés pour les arrerages de la dot de leur mere, du jour que leur pere leur en avoit fait la remise: mais à cela l'on repliquoit que ces arrerages étoient échûs lorsque le pere étoit encore debiteur de la dot, & qu'il n'étoit pas juste de faire paier les arrerages à la caution: Par Arrest du 17 Août 1679. au raport de M^r Costé, la Sentence fut cassée, & ordonné qu'il seroit tenu état tant du principal que des arrerages échûs.

Autre Arrest pareil en l'Audience de la Grand' Chambre, du 28 Avril 1682. entre Jean Taquet Ecuier, aiant épousé Demoiselle Geneviève Rosce, fille du sieur Rosce Secretaire du Roi, apelant; & M^r Jacques Genevrai Procureur du Roi en l' Election, Barbe du Mesnil veuve du sieur le François; & Elisabeth du Mesnil creanciers dudit Rosce, intimés. Le sieur Rosce avoit remis audit sieur Taquet son gendre son droit de viduité sur les biens de la femme, en tant que pour un tiers dont il jouissoit, le pere dudit sieur Rosce étoit intervenu caution de cette dot, & ledit sieur Taquet au decret des immeubles desdits sieurs Rosce pere & fils, avoit été colloqué du principal & des interêts des deux tiers; mais il avoit été évincé de la jouissance de l'autre tiers, les creanciers de l'aieul aiant prétendu que ledit Rosce pere n'avoit pû remettre la jouissance de ce tiers à leur préjudice, suivant l'Arrest du Chevalier. Le sieur Taquet aiant apelé des Sentences du Viconte & du Bailli qui l'avoient jugé de la sorte, Vion son Avocat s'aidoit de l'art. 77. du Règlement de l'an 1666. suivant lequel le pere peut céder son droit de viduité à ses enfans au préjudice de ses creanciers; que cette cession & consolidation de l'usufruit à la propriété étoit d'autant plus naturelle & plus favorable, que par le decret des biens de leur pere qui étoit une mort civile, ils avoient action pour en demander la propriété. On répondoit pour les intimés, que cet usufruit appartenant au pere au préjudice de ses enfans, ils ne pouvoient le demander qu'en vertu de la cession qu'il leur en avoit faite; qu'il étoit vrai que le pere le pouvoit remettre en faveur de ses enfans, mais que cette cession ne pouvoit valoir que quand les biens de la mere étoient en essence, ou que les enfans le pouvoient prendre sur ceux de leur pere: Il n'en étoit pas de même lorsqu'il ne pouvoit être exigé que sur la caution, en ce cas comme l'on ne peut céder que les droits & les actions que l'on peut exercer soi-même, & que le pere n'auroit pas pû demander la jouissance de cette dot à son pere, parce qu'il en étoit caution, aussi les enfans ne le pouvoient pas, puisqu'un cessionnaire ne pouvoit pas avoir plus de droit que son cedant; ainsi le pere debiteur de la dot ne pouvoit pas faire naître une action sur lui-même par une cession frauduleuse, pour la rejeter sur sa caution; & c'est la même chose que si le debiteur d'une somme cedoit une action pour la demander à sa caution; que cette question avoit été décidée en termes si formels par l'Arrest du Chevalier, qu'il n'y avoit plus lieu d'en douter: Par l'Arrest la Sentence fut confirmée, plaidans de Freville, le Bourgeois & moi.

Différence entre la cession faite par le pere de son usufruit, quand le bien de la femme est en essence, & la cession qu'il en fait dans le cas qu'il faille se faire paier sur la caution de la dot.

Autre Arrest sur ce fait. Cavalier après la mort de sa femme contracta plusieurs dettes, & son bien consistoit en une maison située à Roüen, où pendoit pour enseigne la Fontaine-Bouillante; elle fut saisie réellement, & Cavalier s'étant absenté, l'on institua un tuteur à ses enfans; il s'oposa au decret pour faire distraire le tiers, & pour en avoir la jouissance; le sieur du Mesnil-Pernelle adjudicataire de cette maison & creancier, prétendit que le pere étant vivant, la jouissance du tiers devoit tourner au profit de ses creanciers: nonobstant son contredit, la propriété & l'usufruit en fut ajugée aux enfans par Sentence du Viconte de Roüen, ce qui fut confirmé par le Bailli: Sur l'apel du sieur du Mesnil-Pernelle, Lesdos son Avocat faisoit valoir les termes de cet article; il ajoûtoit que les enfans ne pouvoient avoir ce tiers qu'en renonçant, ce qu'ils ne peuvent faire qu'après le décès de leur pere, dont les affaires peuvent devenir meilleures; & qui peut parvenir à une meilleure fortune; ainsi durant sa vie ils n'ont que la simple & nue propriété du tiers: La loi *Statius Florus, §. Cornelio, de jure Fisci, D.* y est expresse, suivant laquelle le fideicommissaire ne peut demander le fideicommis qu'après la mort du pere. Le tiers coutumier est une espece de fideicommis que le pere peut retenir jusqu'à son décès, avant lequel il est vrai de dire que *fideicommissi dies nondum venit*; que cette espece étoit fort diferente de celle de l'Arrest donné pour le Breton contre Desobeaux; la femme avoit été separée de biens, & par sa mort l'usufruit avoit été consolidé à la propriété: Asselin pour le tuteur, s'aidoit de l'Arrest du Breton, & en citoit un autre donné au raport de M^r de Touffreville. La cause fut apointée au Conseil, & les Juges aiant été partis en opinions, le procès fut jugé, les Chambres assemblées, le 23 de Mars 1626. & par l'Arrest intervenu sur le partage, la Sentence fut confirmée. Autre Arrest en la Chambre de l'Edit, du 12 de Février 1659. entre Aubourg & Baudry: Aubourg avoit saisi l'usufruit du tiers, prétendant que Baudry son debiteur en avoit la jouissance; les enfans en avoient obtenu la main-lévée par Sentence des Requêtes du Palais, ce qui fut confirmé par l'Arrest.

Dans les Arrêts précédens le pere avoit pris le parti des enfans, & leur abandonnoit l'usufruit du tiers; de sorte que cette difficulté restoit encore, savoir si les enfans pouvoient avoir cette jouissance contre le consentement de leur pere; car en l'Arrest du Breton, le pere poursuivoit conjointement avec ses enfans; & *sic invito non auferebatur*; & dans celui du Mesnil-Pernelle, Cavalier étoit fugitif. Or quand le pere est en possession du tiers, il semble rigoureux de l'en dépouiller contre les termes exprés de cet article, & néanmoins les enfans ont été jugés préférables; on a considéré son opposition plutôt comme un effet de sa malignité contre ses enfans, que d'un louable motif de la conscience pour s'aquiter envers ses creanciers. Cette cause fut plaidée pour les nommez de la Ruë; & depuis jugée au raport de M^r du Houley, le 23 d'Août 1666: la jouissance du tiers dont ils avoient eu distraction au decret des biens de leur pere leur fut ajugée, & nonobstant que le pere fût joint avec ses creanciers.

C'est donc une maxime certaine par la jurisprudence des Arrêts, que les enfans du vivant de leur pere ont l'usufruit du tiers coutumier, soit qu'ils le prennent de la main de leur mere, soit qu'ils en aient eux-mêmes demandé la distraction au decret des biens de leur pere; mais en même tems il a falu pourvoir à la condition du pere, & lui donner pour sa subsistance quelque portion honnête de ce tiers, son mauvais ménage ne dispensant point les enfans du devoir & de l'assistance où ils sont tenus envers lui. Les biens de Jacques de Horot Ecuier, sieur de Beaumont, aiant été vendus par decret, la Dame sa femme eut distraction de mille écus de rente pour son

Les enfans sont préférables au pere & à ses creanciers, pour la jouissance de leur tiers, dont ils ont eu distraction au decret de ses biens.

Les enfans sont obligés de donner pension à leur pere decreté, sur leur tiers coutumier.

douaire ; après la mort, Gedeon de Hotot son fils s'en mit en possession, & refusa d'en faire part à son pere ; mais par Sentence du Juge de Baieux il fut condamné à lui paier une pension de huit cens livres ; Le fils en aiant apelé, le Févrie son Avocat disoit, que par la mort de sa mere qui jouïssoit par usufruit de ce tiers coutumier dont la propriété lui appartenoit, cet usufruit avoit été consolidé à la propriété, & que n'appartenant plus à son pere, mais à sa mere, dont il étoit seul heritier, & non son pere, il n'avoit plus aucun droit sur icelui. Je défendis pour le pere, & remontrai que l'ingratitude de son fils n'étoit pas excusable, déniait les alimens à son pere ; qu'il auroit pu lui disputer la jouïssance entiere du tiers, neanmoins il se contentoit d'une pension si médiocre, qu'elle étoit au dessous du tiers coutumier : Par Arrest du mois de Mars 1641. la Sentence fut confirmée.

On règle cette pension selon la valeur du bien & la qualité des parties. Par un Arrest donné au raport de M^r de sainte Helene, du 18 de Février 1660. entre Vallée & ses enfans, on laissa les deux tiers aux enfans : Il est vrai que le pere jouïssoit de quelque bien à cause de sa seconde femme.

Que si cette jouïssance du tiers coutumier étoit si médiocre qu'elle ne pût fournir à la subsistance du pere & des enfans, il seroit juste d'avoir égard principalement à la condition du pere, sur tout s'il étoit vieil & impuissant de gagner sa vie, & il fut jugé de la sorte le 19 Octobre 1660. l'usufruit du tiers coutumier n'étoit que de soixante livres, on l'ajugea entierement au pere, au préjudice des enfans.

Au contraire quand la pension du pere seroit grande, & au de-là de ce qui seroit raisonnablement nécessaire pour sa subsistance, les creanciers ne seroient pas recevables à vouloir retrancher une partie de la pension. Les creanciers du sieur de Beaumont eurent cette prétention, ils entreprirent de faire réduire la pension de huit cens livres qui lui avoit été ajugée, nonobstant le contredit de son fils, comme je viens de le remarquer, soutenant qu'elle étoit plus forte que ce qu'il lui falloit pour sa subsistance, n'étant pas raisonnable que leur debiteur vécût grassement, & qu'ils souffrirent la perte de leurs creances. Je défendis pour le pere, & representai que si la pension étoit excessive, la réduction tourneroit au profit de son fils, & non point des creanciers ; il pouroit même remettre sa pension entiere à son fils, puisqu'il pouvoit remettre son droit de viduité, *l. parrem cum l. seq. D. qua in fraud. credit. l. post mortem, C. de fideicommiss. Alciat. ad l. post contractum. Si sponsus, §. si maritus, D. de Donat. inter vir. & uxor.* Le fils se presenta en Cause, & soutint que si la pension étoit trop grande il la falloit moderer : Par Arrest en la Chambre de l'Edit, du huitième de Juillet 1645. les creanciers furent deboutez de leur demande ; Lesd'os. plaidoit pour eux.

Monthelon en son Arrest 55. est d'avis que la renonciation à la légitime ne peut valoir au préjudice des creanciers de celui qui renonce, les loix ci-dessus aléguées ne s'entendant que de ce qui a été donné au pere ou au mari, à charge de restitution, ce qui se peut faire sans distraction de la Falcidie ou de la Trebellianique ; mais la légitime n'est point donnée au fils par le pere, il la lui doit, & il est obligé de la lui conserver.

C'est ce que la Coutume ordonne prudemment en cet article, défendant au pere de vendre, engager ni hypothéquer, & cette prohibition est pareillement faite aux enfans ; c'est la dernière partie de cet article qui reste à expliquer.

Les Docteurs ont traité cette question, si les enfans du vivant de leur pere pouvoient demander leur legitime, & si le pere étoit tenu de la leur donner ? On cite pour l'affirmative l'Evangile de S. Luc, c. 15. où un fils fait cette demande à son pere ; *Pater da*

mihî partem substantia qua me contingit. On opose au contraire la l. 1. §. *si impuberi, de collat. bon. D.* & que le fils durant la vie de son pere, *solum habet spem succedendi. Barr. in l. 15. potest. D. de acquir. heredit.* Chassanée sur le Titre des Successions, §. 2. *verbo (du trépassé,)* conyient que quand le pere est mauvais ménager, les enfans peuvent demander *id quod eis pro legitima assignatur pro alimentis.*

L'exemple de l'Enfant prodigue fait connoître qu'il seroit fort désavantageux aux enfans de leur donner cette liberté ; il suffit que leur pere leur fournisse leurs alimens selon ses facultés, & s'il ne le faisoit pas, il pouroit y être contraint par le Magistrat : Ils ne peuvent donc demander leur tiers coutumier qu'en cas de decret des biens de leur pere ; mais au surplus, ils ne peuvent disposer en aucune maniere de la propriété.

Les enfans, dit cet article, *ne pourront disposer du tiers avant la mort du pere.* En cet endroit le terme de *mort* ne s'entend que de la mort naturelle, parce qu'à parler proprement, ils n'en sont & n'en deviennent les véritables propriétaires qu'après avoir renoncé, ce qu'ils ne peuvent faire qu'après la mort naturelle du pere ; & cet article dispose expressément, qu'ils ne pourroient avoir leur tiers qu'ils n'aient renoncé à la succession : Ainsi, quoi que par une explication favorable, pour ôter la jouïssance du tiers coutumier au pere decreté, ou mauvais ménager, on ait donné à la mort civile le même effet qu'à la naturelle, il n'en est pas de même lorsqu'il est question d'ôter aux enfans le pouvoir d'en mal user durant la vie de leur pere ; on n'entend en ce cas par ce terme de *mort*, que la mort naturelle : Nonobstant la prohibition si expresse d'aliéner ou d'hypothéquer le tiers du vivant du pere, on a tenté d'y contrevenir par une infinité de moïens ; mais tous les artifices que l'on a pratiqués ont eu si peu de succès, que pour empêcher que cette interdiction fût violée, on l'a peut-être maintenue avec trop de rigueur, comme on le remarquera dans la suite.

Premierement, c'est une maxime certaine qu'ils ne le peuvent perdre par la confiscation, ni même pour des amendes criminelles. Il a été jugé neanmoins par Arrest du 8 de Mai 1662. au raport de M^r Sallet, que le tiers des enfans pouvoit être decreté pour des interêts & dépens résultans d'un crime commis par le pere & par les enfans, qui furent deboutez de l'apel qu'ils avoient interjeté du decret ; entre Artus Castel apelant, & Jacques des Mouriers sieur de Neumesnil.

En second lieu, bien que les obligations qu'ils contractent soient valables ; comme faites par personnes libres & capables de contracter, elles ne peuvent être executées sur le tiers, mais seulement sur les autres biens. Le fils, quoi que majeur, marié & pourvu d'une Charge, ne peut engager ce tiers du vivant de son pere ; ainsi jugé en l'Audience de la Grand'Chambre, le 14 de Mai 1655. sur ce fait. Bardou Conseiller au Presidial de Caën, s'obligea solidairement avec son pere en une partie de rente, & le lendemain il en bailla une indemnité à son pere, reconnoissant qu'il avoit touché seul les deniers provenans de cette constitution : Après la mort de son pere il renonça à la succession, & demanda le tiers coutumier ; ce qui lui fut contesté par le creancier, qui lui objectoit son fait personnel ; qu'il étoit majeur, marié & Officier ; & qu'il demouroit constant par l'indemnité qu'il avoit baillée, que les deniers avoient tourné à son seul profit : La Cour déclara le fils personnellement obligé à la rente pour ses biens autres que le tiers coutumier, qu'il n'avoit pu hypothéquer du vivant du pere.

On a pareillement entrepris d'engager le tiers des enfans, en les faisant intervenir cautions de leur pere, ou en les faisant obliger conjointement & solidairement avec lui : Le cautionnement d'un fils majeur

Les enfans ne peuvent disposer de leur tiers avant la mort du pere.

Le tiers des enfans ne peut être confisqué du vivant du pere.

Les obligations contractées par les enfans ne peuvent être executées sur leur tiers du vivant du pere.

Les cautionnements des enfans pour le pere, n'engagent point leur tiers.

Les créanciers ne peuvent retrancher la pension du pere decreté qui lui est accordée sur le tiers coutumier, & en faire passer la réduction à leur profit.

Le pere ne peut vendre ni hypothéquer la légitime de ses enfans.

leur pour son pere est valable, mais on ne peut en étendre l'exécution sur le tiers coutumier; cela a été jugé par une infinité d'Arrêts, & ces Arrêts ont été confirmés par l'art. 85. du Règlement de 1666.

Un frere cautionnant la dot de sa sœur du vivant du pere, n'engage point son tiers.

Ce cautionnement des enfans pour leur pere à l'égard du tiers, fut déclaré de nul effet en une espèce fort singulière. Deux freres, dont l'un étoit Curé, & l'autre chef de famille, avoient reçu leur pere avec eux; le Curé avoit marié une de ses sœurs, & dans le contrat de mariage le pere étoit dénommé, & les promesses étoient conçues en son nom; mais les freres seuls avoient reconnu ce contrat, & étoient intervenus cautions de la dot sur la succession de leur pere, à condition toutefois que les biens qu'ils avoient d'ailleurs y feroient pareillement obligés: Après la mort du pere les enfans renoncèrent à la succession, mais nonobstant cette renonciation l'on prétendoit les faire paier; leur défense fut qu'ils n'étoient tenus de paier la dot que jusqu'à concurrence de la légitime de leur sœur; & quoi que la cause de leur obligation fût favorable, étant faite par un contrat de mariage, la Cour debouta la sœur de son action, & ne fit valoir la promesse des freres que jusqu'à concurrence de la légitime qui lui pouvoit appartenir, par Arrest donné en l'Audience de la Grand'Chambre, le 22 d'Avril 1660. plaidans Maurry & Heroüet.

Il a été jugé par Arrest du 9 d'Avril 1655. que le fils étant intervenu caution pour son pere, du remploi de la dot de sa mere que son pere avoit aliénée, n'étoit point recevable à ses lettres de récision contre ce cautionnement, pour s'ataquer au Sergent qui avoit reçu la caution, & pour prétendre contre lui qu'il devoit indiquer des biens suffisans pour fournir le remploi de la dot, aiant renoncé à la succession de son pere, nonobstant sa défense qu'il n'avoit pu aliéner le bien de sa mere qui étoit vivante, ni disposer de sa succession qu'après sa mort: Par l'Arrest la Sentence qui entérinoit les lettres de récision, fut cassée; plaidans Maurry, Theroulde & Lyout.

Si le fils qui a cautionné son pere par force, peut être restitué?

Bien que par la doctrine des Arrêts les enfans majeurs puissent cautionner leurs peres, néanmoins pour faire subsister ce cautionnement, il doit être volontaire & libre, sans avoir été exigé par force & par mauvais traitement; mais pour prouver la violence, ce n'est pas assez d'alléguer des menaces ou de la contrainte de la part du pere, à l'effet de s'en prévaloir contre le creancier, il est nécessaire qu'il en ait eu connoissance, ou que cela se soit passé en sa présence, autrement un fils pour se dégager d'un cautionnement, pourroit par intelligence se faire mal-traiter par son pere en la présence de témoins, pour se préparer un moiën de restitution, quoi que ces menaces & ces violences n'eussent été qu'un jeu entre le pere & le fils. Il est vrai que par la loi *Item 14. D. quod metus causa; in hac actione non quaritur utrum is, qui convincitur, aut alius metum intulerit, & qu'il suffit de prouver que l'acte dont on demande la récision, a été exigé par force; car encore que celui contre lequel on agit, ne soit pas coupable ou complice de la violence, il est néanmoins obligé de rendre ce qui a tourné à son profit.*

On répond que cela est véritable lorsqu'il s'agit de *lucro captando*; mais quand le creancier a contracté de bonne foi, on ne peut lui imputer ce qui s'est passé en son absence, & c'est pourquoi le Jurisconsulte résout en la même loi, que si Titius avoit enlevé quelque chose, & qu'il en eût saisi un tiers, quoi que la chose vint à perir entre les mains de ce tiers, il n'en seroit pas responsable, pourvu qu'il ne fût point complice de la violence: *Si metum intulit Titius me non conscio, & res in rebus humanis esse desit sine dolo malo, absolvi debebo, §. 5. eod.* c'est aussi la disposition de la loi *5. C. de his qua vi, & c.* Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand'Chambre, le 10 de Décembre 1677. René du Hamel Ecuier, sieur de

Villechien, étoit venu trouver Charles Meurdrac Ecuier, sieur de Boissef, pour s'obliger pour son pere, avec lequel il avoit fait des accommodemens; il obtint depuis des lettres de récision, fondées sur les menaces & intimidations de son pere; les Juges des lieux lui avoient permis d'en faire la preuve: Sur l'appel du sieur de Boissef, de Lépiney soutenoit que les faits n'étoient point pertinens, mais qu'en tout cas il faudroit prouver que ces violences eussent été commises en sa présence, & qu'il en eût eu connoissance, autrement que cela ne lui pouvoit être imputé; mais il paroissoit par toutes les circonstances qu'il avoit contracté volontairement; étant venu lui-même prier le sieur de Boissef de passer le contrat. Le Febvre pour le sieur de Villechien, disoit que pour obtenir l'effet de ses lettres de récision, il suffisoit de faire voir que son consentement n'étoit pas volontaire, & que son pere ne l'avoit exigé que par ses menaces; & bien qu'elles n'eussent pas été faites en la présence du creancier, il étoit toujours vrai qu'il n'avoit signé au contrat que par contrainte: Par l'Arrest, en cassant la Sentence, le demandeur fut debouté de ses lettres de récision.

Pour faire fraude à cet article, on faisoit obliger les enfans par corps, afin que par la nécessité de conserver ou de recouvrer leur liberté, ils fussent forcés de vendre leur tiers, lorsqu'ils en seroient devenus les maîtres; mais ces obligations ont été déclarées nulles & de nul effet. Arrest pour le Blanc contre Donnest; la Cour confirma la Sentence du Bailly de Rouën, par laquelle le Blanc qui avoit renoncé à la succession de son pere, avoit été déchargé de l'obligation par corps qu'il avoit contractée pour une somme de sept mille livres du vivant de son pere. On jugea la même chose en une espèce fort favorable pour le creancier, lors de la visite des Prisonniers qui se fait au Palais. De la Mare étant prisonnier, fut mis hors des prisons à la caution de ses enfans, qui s'obligerent & par corps de le représenter: après les termes du paiement expirés, ils obtinrent des lettres de récision, & par l'Arrest donné en l'Audience de la Grand'Chambre, le 30 de Juillet 1637. elles furent entérinées, & le tiers fut déclaré exempt de ce cautionnement, & les enfans déchargés de l'obligation par corps, plaidans le Boulanger & de Cahaignes.

Les obligations par corps des enfans pour leur pere sont nulles.

Suivant l'Ordonnance de l'année 1681. touchant la Marine, art. 14. l. 3. t. 6. les mineurs peuvent par l'avis de leurs parens s'obliger pour tirer leur pere d'esclavage, sans qu'ils puissent être restitués. Si un fils s'étoit obligé pour une cause si favorable, pourroit-il objecter que son tiers est inaliénable durant la vie de son pere, puisqu'il est mineur ne peut être restitué contre ces sortes d'obligations? Elles ont un principe & une cause si juste & si naturelle, qu'un fils ne peut & ne doit jamais y contrevenir; & bien que l'on ait jugé que le cautionnement d'un fils pour retirer son pere de prison, ne peut valoir sur le tiers coutumier, il n'en est pas de même pour l'obligation contractée pour le rachat de son pere esclavé; car cet esclavage est un effet de la mauvaise fortune du pere qu'il n'a pu éviter, ce qui le rend digne de compassion, & son fils par le devoir du sang & de la nature est indispensablement obligé de procurer sa liberté, même aux dépens de son bien; & c'est pourquoi l'Ordonnance autorise les contrats faits par les mineurs pour un sujet si légitime, mais les obligations qu'un pere a contractées par corps, sont le plus souvent un effet de sa mauvaise conduite & de ses débauches; & c'est pourquoi l'on ne souffre pas qu'il prive son fils de la légitime qui lui appartient sur ses biens, par des engagements pour une dette si peu favorable, & d'ailleurs la conséquence en seroit trop importante, parce que tous les peres mauvais ménagers par ces cautionnemens rendroient inutile & illusoire ce que la loi a si sagement établi en faveur des enfans; mais l'on ne doit

Les mineurs peuvent s'obliger pour tirer leur pere d'esclavage, sans espérance de restitution.

pas appréhender ces mauvais effets de l'obligation que le fils contracte pour le rachat de son pere esclave, parce que cela n'arrive que rarement, & que chacun est naturellement trop amoureux de sa liberté pour la hazarder mal à propos.

Quoi qu'un fils après la mort de sa mere eût vendu le tiers qui lui avoit été délivré pour son douaire, étant mort avant son pere, ce contrat fut déclaré nul, & l'on jugea qu'il ne privoit pas la sœur de le demander entier, par Arrest du 26 de Novembre 1647. plaidans Maurry & le Febvre : Et par un autre Arrest donné en la Chambre de l'Edit, après en avoir consulté la Grand' Chambre, l'onzième d'Août 1655. il fut jugé que le frere aiant contracté des dettes du vivant de son pere, n'avoit pu y engager son tiers, & que venant à mourir, la sœur avoit le tiers entier, sans être obligée aux dettes du frere.

Il y a eu plus de difficulté, pour savoir si la vente des heritages affectez au tiers coutumier, faite par le pere & le fils, étoit valable ? Elle fut décidée en la Grand' Chambre, le 19 d'Août 1634. sur le procès partagé en la Chambre des Enquêtes, Mr Dambrey Rapporteur, Mr du Fay Compartiteur. Pierre Belargent pere, Jean & Richard Belargent ses enfans, âgés de vingt-huit & trente ans, vendirent un héritage au sieur de Bonfosley, moiennant quatre mille six cens livres ; après la mort du pere les enfans renoncèrent à sa succession, & obtinrent des lettres de restitution, prétendans révoquer le tiers de l'heritage vendu, s'aidans de deux moiens, l'un de fait, l'autre de droit ; le moien de droit étoit que le contrat étoit nul, leur tiers coutumier étant inaliénable du vivant de leur pere ; le moien de fait consistoit en ce qu'ils ofroient prouver qu'ils avoient été forcez d'intervenir au contrat ; par Sentence du Juge de Baieux ils avoient été deboutez de leurs lettres : Sur leur apel, l'avis de Mr le Rapporteur qui réputoit le contrat nul, alloit à casser la Sentence ; & aiant égard aux lettres de rescision, d'envoyer les demandeurs en possession du tiers de l'heritage : L'avis de Mr le Compartiteur qui tenoit le contrat valable de droit, alloit à recevoir les demandeurs à faire preuve de leurs faits.

On disoit pour les enfans, que les Réformateurs de la Coutume avoient introduit en leur faveur un droit, qui est fondé sur les Constitutions des Empereurs, qui établissent une légitime contre les testaments inoficieus. D'Aviron a tenu que le pere ne pouvoit vendre le tiers, parce qu'il n'en avoit que l'usufruit, & que les enfans ne le peuvent aliéner avant la mort de leur pere, & qu'ils aient tous renoncé à sa succession. Il est sans apparence que l'aliénation en fût interdite au pere, & qu'elle fût permise aux enfans, en faveur desquels le pere avoit les mains liées ; ils n'y ont qu'un simple droit en cas qu'ils renoncent, ce qui marque que l'intention de la Coutume est de le leur conserver, puisqu'elle le leur assure auparavant même qu'ils soient nez. En leur donnant cette liberté, ils tomberoient dans le même malheur que la Coutume a voulu prévenir ; car il n'est point d'enfant bien né qui se laissant vaincre aux prières & aux douces sollicitations d'un pere, n'engageât aisément un bien, duquel pour ne lui être encore présent, il ne sentiroit point la perte ; la volonté est le fondement des contrats, & cette volonté doit avoir nécessairement ces deux conditions essentielles, la puissance & la liberté : Or ne pouvant se rencontrer en la personne du fils, tout ce qu'il fait par la suggestion du pere, ne peut valoir ; *velle non creditur, qui obsequitur imperio patris.*

L'aquereur disoit pour sa défense, que le propriétaire peut disposer de la chose par le consentement de l'usufruitier ; qu'un fils majeur du vivant de son pere peut se constituer en rente, & contracter des obligations ; quand la Coutume ne lui donneroit pas la propriété, la vente ne laisseroit pas d'être bonne,

quia rei aliena venditio valet ; & lorsque la Coutume défend aux enfans d'aliéner leur tiers coutumier, ce n'est qu'en faveur du pere, afin qu'il ne soit pas privé de son bien si son fils le précédait ; mais lorsque tous deux ont vendu, rien n'empêche que la vente ne soit valable : Il passa de beaucoup de voix à l'avis de Mr le Rapporteur.

Mais il me semble que l'on étendit bien loin dans cette espèce la prohibition d'engager le tiers coutumier. Les nommez de la Mare vendirent quelques heritages à Messire Jacques de Chaumont Marquis de Leques ; le fils aiant renoncé à la succession de son pere, il eut délivrance de son tiers coutumier, sauf la récompense du sieur de Leques sur ses autres biens. Dans la suite de l'instance pour la liquidation du tiers coutumier, de la Mare avoit obtenu condamnation de quelques dépens contre le sieur de Leques ; depuis étant décédé, son fils aîné renonça à sa succession, mais la mere continua le procès comme tutrice de ses enfans qui n'avoient pas renoncé ; Sur la demande faite par ce fils des dépens ajugez à son pere, le sieur de Leques oposa en compensation les sommes, dont récompense lui avoit été ajugée pour l'éviction qu'il avoit soufferte, tant contre les deux tiers du tiers coutumier, que contre les dépens ajugez au pere. La question fut de savoir si cette compensation pouvoit être faite ? Il n'y eut pas beaucoup de difficulté à l'égard des deux tiers, parce que les mineurs n'avoient pas renoncé ; toute la contestation tomba sur ce point, si le fils caution de son pere aiant obtenu des dépens sur la poursuite de son tiers coutumier, l'aquereur pouvoit en demander la compensation contre la récompense que ce demandeur en tiers coutumier lui devoit sur ses autres biens ? Le sieur de Leques soutenoit que ces dépens ne faisoient point partie du tiers coutumier, que c'étoit un pur meuble qui étoit affecté à sa garantie, comme tous les autres biens de son obligé, & que les dépens n'avoient rien de privilégié. De la Mare répondoit que si cette compensation étoit admise, ce seroit un moien pour le frustrer de son tiers coutumier ; car aiant à le demander à une personne puissante, & par conséquent se trouvant engagé à faire de grans frais, en compensant les dépens qu'il auroit obtenus, contre la dette où il seroit intervenu pour son pere, il seroit forcé de vendre son tiers pour restituer l'argent qu'il auroit emprunté, & qu'il auroit employé à la poursuite de son tiers : Par Arrest, au raport de Mr Salet, du 4 d'Avril 1675. il fut dit à tort la compensation : ces dépens n'étoient pas plus privilégiés que tous les autres biens de l'obligé ; & puisque l'obligation du fils avec son pere est valable, il y avoit bien plus de raison d'en permettre l'exécution sur des meubles que sur des heritages ; cette raison (que s'il est contraint d'emprunter de l'argent pour obtenir la délivrance de son tiers coutumier, & qu'il ne puisse le rembourser que par les dépens qui lui seront ajugez, il seroit forcé d'aliéner son tiers) est trop éloignée, & n'est pas considérable ; autrement il y auroit plus de sujet de déclarer le cautionnement ou l'obligation du fils avec son pere entièrement nulle, sans en permettre l'exécution sur tous les immeubles.

Cependant il est si mal-aisé d'hipotéquer ce tiers coutumier aux dettes contractées par le fils du vivant de son pere, que le fils succédant à ce tiers, & ne pouvant dans les règles le posséder *citra nomen heredis*, & sans s'engager aux dettes de son pere : néanmoins ce tiers aiant été une fois déchargé de l'hipotéque de ces sortes de dettes, cette hipotéque ne peut renaître, ou pour mieux dire commencer en quelques mains que le tiers passe, non pas même de l'heritier du fils, suivant l'article 85. du Règlement de 1666.

Par Arrest du 6 de Juin 1671. au raport de Mr Buquet, en la Grand' Chambre, il fut jugé que les cau-

La sœur herite du tiers coutumier du frere en exemption des dettes qu'il a contractées du vivant du pere.

Si la vente des heritages affectez au tiers coutumier, faite par le pere & les fils majeurs, est valable ?

Si le fils caution du pere aiant obtenu des dépens sur la poursuite de son tiers coutumier, l'aquereur pouvoit les compenser contre la récompense que ce fils lui devoit sur ses autres biens ?

Conditions essentielles pour la validité des contrats.

Les cautions du douaire qui excèdent le tiers des biens du mari, ne sont tenus d'en fournir la propriété aux enfans.

tions du douaire de la femme, jusqu'à un certain revenu qui excédoit le tiers des biens du mari, n'étoient pas tenus d'en fournir la propriété aux enfans. Par le contrat de mariage de Routier, Salebry & les autres beaux-freres intervinrent cautions; Routier avoit mille livres de rente, & ils s'obligerent d'en faire valoir le tiers pour le douaire : après la mort de Routier ses enfans renoncèrent à sa succession, & poursuivirent les cautions pour leur fournir en propriété le tiers de mille livres de rente, se fondans sur leur promesse de fournir pareille somme pour le douaire, qui est le tiers des enfans : La défense des cautions fut qu'ils ne s'étoient obligez que pour le douaire, qui n'est qu'un usufruit qui s'éteignoit par la mort; que leur obligation ne pouvoit être étendue plus loin; & lorsque la Coutume a dit en cet article, que *la propriété du tiers destiné pour le douaire est propre aux enfans*, cela s'entend de l'immeuble que le pere possédoit lors de son mariage; mais il ne s'ensuit pas que si les cautions ont promis de fournir un douaire, ils soient tenus d'en bailler la propriété aux enfans : Par l'Arrest les cautions furent déchargées.

L'action des enfans pour leur tiers, ne commence qu'après la mort du pere.

Quoi que les enfans fussent majeurs lors du decés de leur mere; ils n'ont point d'actions pour leur tiers coutumier; elle ne commence à naître que par la mort naturelle ou civile du pere, étant incertain s'ils survivront à leur pere, ou s'ils renoncèrent à sa succession. Voiez Louët, l. D. n. 20.

Il n'y a point de prescription pour le tiers coutumier durant la vie du pere.

Enfin c'est une maxime véritable, que l'action pour demander le tiers ne se prescrit point durant la vie du pere; & comme c'est un droit réel, le decret des biens du pere ne le purge point : il ne peut y avoir de prescription par cette autre raison qu'il est incertain si le douaire coutumier aura lieu, les enfans pouvans mourir avant leur pere, ou s'ils re-

nonceront à la succession.

L'on a agité cette question au Parlement de Paris, si un homme aiant plusieurs terres en diverses Provinces, & celles qu'il avoit en Normandie aiant été saisies réellement sur lui, & vendues pour dettes antérieures du mariage, les enfans pouvoient demander récompense du tiers coutumier sur les autres biens dans les Coutumes où le douaire coutumier n'est point propre? Cette question s'étant présentée entre les enfans du sieur de Langan Marquis de Boisfévrier, & les creanciers de sa succession dans les Coutumes d'Anjou, du Maine & du Perche, où le douaire n'est point propre aux enfans; Sentence seroit intervenue, qui colloqua la veuve & les enfans sur le prix des biens situez dans le Perche & au Maine pour le douaire, en récompense & au prorata du tiers coutumier porté par la Coutume de Normandie, où les terres appartenantes au sieur de Boisfévrier avoient été sur lui vendues de son vivant: Sur l'appel, elle fut infirmée, & il fut jugé que le tiers coutumier dû pour le douaire en Normandie, ne peut être remplacé sur les biens des Coutumes qui n'ont point une pareille disposition que celle de Normandie. Le motif de l'Arrest fut que la disposition que la Coutume fait de ses immeubles étant réelle, il est impossible de lui donner effet au de-là des limites de son territoire; mais si par la Coutume des lieux où les autres biens étoient situez, le douaire de la femme étoit propre aux enfans, il seroit juste d'en acorder récompense au prorata: cela seroit aussi raisonnable, si par le contrat de mariage il avoit été stipulé, que le douaire de la mere seroit propre aux enfans; car cette stipulation produiroit une obligation personnelle contre le mari, à laquelle tous les biens auroient été affectez & hipotéquez en quelque pais qu'ils eussent pû être. Journal du Palais, part. 10.

Des effets de la réalité de la Coutume de Normandie.

CCCC.

Douaire coutumier entre enfans de divers lits.

Les enfans de divers lits n'ont tous ensemble qu'un tiers, avec option de le prendre sur les premières ou secondes noces.

S'il y a enfans de divers lits, tous ensemble n'auront qu'un tiers, demeurant à leur option de le prendre au regard des biens que leur pere possédoit lors des premières, secondes ou autres noces, & sans que ledit tiers diminuë le douaire de la seconde, tierce ou autre femme, lesquelles auront plein douaire sur le total bien que le mari avoit lors de ses épousailles, si autrement n'est convenu.

Cet article a deux parties; la première contient, que *s'il y a enfans de divers lits, ils n'ont tous ensemble qu'un tiers; mais qu'il demeure en leur option de le prendre, en égard aux biens que le pere possédoit lors des premières, secondes ou autres noces.* Il est dit dans la seconde partie, que *ce tiers coutumier ne diminuë point le douaire de la seconde, tierce ou autre femme, lesquelles auront plein douaire sur le total bien que le mari possédoit lors des épousailles, si autrement n'estoit convenu.*

Coutume de Paris pour le douaire coutumier des enfans de divers lits.

La Coutume de Paris, art. 253. est fort différente, elle ne rend pas égale la condition des enfans de divers lits: lorsque le pere a été marié plusieurs fois, le douaire coutumier des enfans du premier lit consiste en la moitié des immeubles qu'il avoit lors dudit premier mariage, & qui lui sont venus pendant icelui en ligne directe; & le douaire coutumier des enfans du second lit, est le quart desdits immeubles, ensemble moitié tant de la portion des conquêts appartenans au mari faits pendant le premier mariage, que des conquêts par lui faits depuis la dissolution dudit premier mariage jusqu'au jour de la conformation du second, & la moitié des meubles qui lui échéent en ligne directe pendant ledit second mariage.

Ce tiers se partage également entre tous les en-

Plusieurs autres Coutumes ont pareillement fait de la différence entre les enfans des premières, secon-

des ou autres noces; mais la Coutume en cet article les appelle tous également au partage du tiers coutumier, à la réserve du préciput qui peut être choisi par l'aîné, suivant l'art. CCCCII.

Une des principales questions qui s'est formée en explication de cet article, a été de savoir si pour acquérir le droit d'option aux enfans des secondes ou troisièmes noces, il étoit nécessaire qu'il restât des enfans vivans issus de ce premier mariage au tems du decés du pere, ou si c'étoit assez qu'il y eût eu des enfans nez d'icelui, bien qu'ils fussent decédez avant le second, ou qu'au moins ils eussent vécu jusqu'au jour que le second ou troisieme mariage fût contracté?

Cette question a été fort long-tems indécise au Palais: si on s'atache aux paroles de cet article, on en pourra conclure qu'il faut qu'il y ait des enfans du premier mariage qui soient vivans au tems de la mort du pere; car la Coutume s'explique en ces termes, *s'il y a*, qui est un tems présent, & elle ne dit pas, *s'il y a eu*; d'où il s'ensuit que s'il n'y en a point, les enfans des secondes ou autres noces, ne peuvent avoir ce droit d'option, mais ils sont tenus de s'arrêter au tiers des biens que leur pere possédoit lors du mariage dont ils sont issus. Il semble raisonnable que quand il reste des enfans du premier lit, ils puissent avoir leur tiers coutumier sur les biens dont leur pere étoit saisi lors de ses épousailles; & bien que leurs freres

fans, à la réserve du préciput qui peut être choisi par l'aîné.

Si pour acquérir ce droit d'option aux enfans des secondes noces, il suffit qu'il y ait eu des enfans nez du premier lit?

& sœurs sortis du second lit, en tirent quelqu'avantage, ils n'ont point lieu de s'en plaindre, puisque la Coutume leur fait le même parti; si leur condition est plus avantageuse de prendre leur legitime sur les biens que leur pere possédoit au tems des secondes ou troisiemes noces, les creanciers ou les aquerurs de leur côté n'y peuvent trouver à redire, aiant contracté depuis le mariage du pere: Ce n'étoit pas la même chose lorsqu'il n'étoit point issu d'enfans du premier mariage, ou qu'ils étoient décédés avant la naissance des enfans du second lit, en ce cas l'hypothèque du premier mariage celloit, & ne pouvoit être transmise aux enfans du second mariage; & la Coutume de Paris a passé plus avant en l'art. 254. car si les enfans du premier mariage décèdent avant leur pere pendant le second mariage, la veuve & les enfans dudit second mariage les survivans, n'ont que tel douaire qu'ils eussent eu si les enfans dudit premier mariage étoient vivans; de sorte, dit Tronçon sur cet article, que le droit d'accroissement par la mort des enfans, n'a point lieu en douaire.

Nous favorisons davantage la condition des enfans tant des premières que des dernières noces, pourvu que les enfans du premier lit puissent vivre jusqu'à la naissance des enfans du second mariage, cela suffit pour aquerir ce droit d'option aux enfans des secondes noces. Il est vrai que cette jurisprudence a été quelque tems incertaine: Par un Arrest du 23 de Janvier 1625. entre Langlois, Desdos, & autres; comme il n'étoit pas constant si lors du second mariage il y avoit encore des enfans sortis du premier lit, on ordonna qu'il en seroit fait aparoir, ce qui préjugeoit la question en faveur des enfans du second mariage; mais on étendit cette maxime trop loin, par un autre Arrest donné en la Chambre des Enquêtes, le 23 de Février 1645. entre Toustain & Guerout; car bien que l'enfant du premier mariage fût mort avant la célébration du second, on ne laissa point de donner aux enfans de ce second lit le tiers coutumier, comme du jour du premier mariage.

Cet Arrest étant contraire à l'esprit de la Coutume, & à la jurisprudence du Palais, il n'a point été suivi, & l'on tint une maxime fort opposée, par un Arrest donné au rapport de M^r de Bonissent, le 13 de Novembre 1647. François Manant avoit épousé en premières noces Marie Hebert, & de ce mariage il nâquit une fille; il épousa en secondes noces Geneviève Godebin, dont il eut un fils; la fille du premier lit vécut un an après la naissance de son frere, & elle mourut en 1626. & en 1646. Aubert fit saisir réellement les heritages de François Manant pere; Pierre Manant son fils s'oposa pour avoir la distraction de son tiers coutumier: Aubert le lui acordoit sur les biens dont son pere étoit saisi lors de son second mariage, ce qui fut jugé de la sorte par cet Arrest. Ainsi l'on tint conformément à l'art. 254. de la Coutume de Paris, qu'il ne suffisoit pas qu'il y eût eu un enfant sorti du premier mariage, & qu'il fût vivant lors de la naissance des enfans du second, mais qu'il falloit qu'il vécut encore lors du décès du pere. Dans l'espèce d'un autre Arrest du 16 de Janvier 1648. entre Houïé & Maunourry, le fils du premier lit avoit survécu le pere, & par cette raison il ne pouvoit y avoir de problème, mais tous les Juges convinrent de cette maxime, que c'étoit assés que les enfans du second lit eussent vû ceux du premier, & qu'il y avoit lieu *juri accressendi*, lorsqu'il y avoit eu des enfans de divers lits, soit qu'ils vécutent ou qu'ils fussent morts, soit que le pere eût précédé, ou que les enfans fussent morts avant le pere. Autre Arrest du 22 de Février 1649. entre Bouillon & autres, plaidans Heroïet & Lyout, par lequel il fut jugé que les enfans du premier lit aiant vécu pendant le second, & après la naissance des enfans du second lit, bien qu'ils fussent morts avant le pere, le tiers coutumier pouvoit être demandé du jour des premières noces. Au-

tre Arrest en la Grand'Chambre, au raport de M^r le Cogneux, entre Elifabeth de Bauquemare, & Demoiselle Marie Echard veuve de Richard de Bauquemare: C'est conformément à ces Arrêts que l'on a fait l'art. 86. du Règlement de 1666. suivant lequel les enfans sortis des dernières noces peuvent prendre leur tiers, eu égard au tems des premières noces; encore qu'il n'en reste aucuns enfans, pourvu qu'ils soient nez avant la mort des enfans des précédentes noces.

Bien que l'on ait décidé par cet article que les enfans du second lit peuvent demander leur tiers comme du jour des premières noces, pourvu qu'ils fussent nez au tems du décès des enfans du premier lit, on a fait encore une nouvelle difficulté en consequence de ces paroles, *pourvu qu'ils fussent nez*. Guillaume Dupont eut un fils de sa première femme, & s'étant remarié, le fils du premier lit mourut trois semaines avant que cette seconde femme acouchât d'une fille: Sur la demande faite par cette fille de son tiers coutumier, comme du jour du premier mariage, on lui opposa cet art. 86. du Règlement de 1666. & l'on soutint que le fils du premier lit étant mort trois semaines avant qu'elle fût née, son tiers coutumier ne lui étoit dû que du jour du mariage de son pere, ce qui fut trouvé juste par le Viconte & par le Bailli. Sur l'apel de la fille, l'on disoit que ces deux Juges s'étoient atachez mal à propos à la lettre, que *conceptus pro nato habetur, cum de commodis ejus agitur*; & par la loi *antiqui, D. si pars hered. per. Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia juraintegra servarent*, & cette maxime étant généralement reçûe, cet enfant devoit être présumé né, à l'effet de jouir de la grace de la loi. On répondoit que l'art. 86. du Règlement parloit au tems présent, *si l'y a*; il falloit donc que les enfans fussent vivans; que la Cour avoit expliqué nettement son intention par ces autres paroles, *pourvu qu'ils fussent nez*, ce qui marquoit que ce n'étoit pas assés qu'ils fussent conçûs, autrement elle l'auroit dit. Les dispositions du Droit Civil ne pouvoient servir à la décision de la cause; car encore que suivant icelles les enfans étans au ventre de leur mere soient présumez nez dans les cas favorables, il ne s'ensuit pas que la même chose doive être pratiquée dans cette espèce, où la Cour s'étant si nettement expliquée par son Règlement, il ne faut point étendre ces paroles contre son intention dans un cas qu'elle a suffisamment rejeté, n'ayant parlé que des enfans nez, & non de ceux qui étoient conçûs: Par Arrest en l'Audience de la Grand'Chambre, du 10 de Mars 1673. en infirmant les Sentences dont étoit apelé, l'on ajugea à la fille du second lit le tiers coutumier du jour des premières noces, plaidant Malherbe pour Thomas Harel tuteur de la fille de Guillaume Dupont, contre Marguerite Pertel.

Pour donner lieu à ce droit d'option, l'on présume que les enfans de divers lits renoncent à la succession de leurs pere & mere; mais il peut arriver que les enfans du premier lit survivans leur pere, se tiendront aux avantages qui leur ont été faits, ou se porteront heritiers de leur pere, en ce cas l'on demande si les enfans du premier lit ne prenans point de tiers, ce droit d'option restera encore aux enfans des autres lits, à l'effet de demander le tiers, eu égard aux biens que le pere possédoit au tems de son premier mariage? On peut induire de l'art. 84. du Règlement de 1666. que n'étant point nécessaire pour avoir sa part au tiers coutumier, que tous les enfans renoncent, l'acceptation de la succession par les enfans du premier lit, ne priveroit point les enfans du second d'opter leur tiers du jour du second mariage; car ce droit d'option étant acordé lorsqu'il y a des enfans de divers lits, il suffit qu'il y en ait pour leur conserver ce droit, nonobstant que les enfans du premier lit se déclarent heritiers.

La seconde partie de cet article fait de la peine,

Cas auquel les enfans sortis des dernières noces, peuvent prendre leur tiers du jour des premières.

Ce droit d'option n'est dû aux enfans de divers lits, qu'en renonçant.

Si les enfans du premier lit acceptans la succession du pere, ce droit d'option reste aux enfans des autres lits?

& cause de l'ambiguïté ; mais , à mon avis , en voici le véritable sens. Par l'article précédent la propriété du tiers est acquise aux enfans du jour des épousailles , & le pere n'en a plus que l'usufruit : Il s'ensuivoit de cet article , que quand le pere avoit des enfans d'un premier mariage , & qu'il se remarioit , cette seconde femme après sa mort ne pouvoit prétendre aucun douaire sur ses biens ; car suivant l'article CCCLXVII. la femme n'ayant douaire que sur les biens dont elle a trouvé son mari saisi , il ne lui en appartenoit aucun , puisque la propriété du tiers étoit acquise aux enfans du premier lit , & que l'usufruit qui restoit à son mari , finissoit par sa mort.

Le tiers coutumier que les enfans prennent par option, ne diminue point le douaire de la seconde femme.

Pour éviter cet inconvenient , la Coutume après avoir donné cette option aux enfans de prendre leur tiers coutumier du jour des premières ou secondes noces , elle ajoute que ce tiers des enfans ne diminue point le douaire de la seconde femme , ou pour mieux dire , elle n'est point privée de son plein douaire sur l'intégrité des biens que son mari possédoit au tems de son mariage : Cela a été jugé par un Arrest donné sur ce fait. Gilles Halard épousa en premières noces Jacqueline le Cacheux , laquelle obtint quelque tems après des lettres de séparation qui furent entérinées ; mais elle ne fit point de lots à douaire , & ne mit point son nom au Tabellionage ; elle mourut , & Halard contracta un second mariage avec Perrette Desplanches. Halard étant mort , elle demanda son douaire , qui lui fut contesté par Gilles Halard sorti du premier mariage , par cette raison que Jacqueline sa mere s'étant fait séparer de biens , dès ce moment la propriété du tiers lui étoit acquise , le pere n'ayant plus qu'un usufruit , qui par sa mort étoit consolidé à la propriété , & que partant il n'avoit pu constituer sur ce tiers un douaire à la seconde femme : Le Viconte de Valogne avoit ajugé douaire ; le Bailli avoit cassé la Sentence : Sur l'apel de Desplanches , M^e Gedeon le Lou disoit pour elle , que la demande de l'apelante étoit fondée sur la disposition de la Coutume ; car étant femme légitime , son douaire lui étoit dû sur les biens dont elle avoit trouvé son mari saisi : que l'intimé ne lui oposoit que la séparation civile de sa mere qui equipoloit à une mort civile , & que partant la propriété du tiers étant acquise aux enfans , il n'avoit pu l'hipotéquer au douaire d'une seconde femme : A quoi on répondoit que cette séparation étoit nulle , n'y ayant point eu de lots à douaire , & les noms n'ayant point été mis au Tabellionage ; qu'après tout la simple séparation de biens sans decret n'ôtoit point au mari la propriété de son bien , qu'elle ne le privoit pas même de l'usufruit du bien de sa femme après la mort d'icelle ; qu'au surplus la prétention de ce fils étoit contraire à cet article , qui ne veut point que le tiers des enfans diminue le douaire de la seconde ou autre femme ; car si lors que les enfans prennent leur tiers , eu égard aux biens que le pere possédoit lors des premières noces , cela ne diminue point le douaire de la seconde ou troisième femme , il s'ensuivoit que ce tiers n'étoit pas si absolument acquis aux enfans du premier lit , que le pere ne le pût affecter au douaire d'une seconde femme : Et en effet , il seroit extravagant que les enfans du second lit eussent part à ce tiers , & que la mere qui les avoit engendrez , n'y pût prendre douaire ; & quand l'article précédent interdit au pere d'aliéner ou hipotéquer ce tiers , cela ne s'entend pas du douaire qui n'est pas réputé une aliénation , mais une cause favorable , *nam studium nuptiarum totius est humanae sobolis , ex quo renovatur genus humanum.* Auth. de Nupt. Coll. 4. in princip. que cela se prouvoit fort bien par le Droit Romain , dont l'autorité est d'autant plus forte , que nôtre tiers coutumier semble en avoir pris son origine ; car encore que la Falcidie ou la Légitime , & la Trebellianique , *nullo onere gravari possent , tamen gravari poterant restitutione dotis & donationis propter nuptias* , cette do-

Défauts dans la séparation qui en emportent la nullité.

nation à cause de noces est une espèce de douaire , sur tout si on la considère telle qu'elle a été réglée par les derniers Empereurs : Or suivant les Nouvelles 39. c. 10. & 108. c. 1. la Falcidie & la Trebellianique pouvoient être chargées de la restitution de la dot & de la donation à cause des noces , il faut dire la même chose du douaire , & on le prouve par un exemple qui est incontestable : Quand le pere a promis de garder sa succession , il ne peut plus l'aliéner ni l'hipotéquer , & cependant cette promesse n'empêche point que si le pere se remarie sa veuve ne puisse avoir douaire ; que si nonobstant un contrat solennel & une promesse portée par un contrat de mariage , un pere peut encore charger son bien d'un douaire , seroit-il pas ridicule qu'une simple séparation pût l'empêcher ? Par Arrest en la Grand'Chambre , du 18 de Juin 1657. on cassa la Sentence du Bailli , & celle du Viconte fut confirmée.

Ce que je viens de dire que la promesse faite par le pere de garder sa succession à ses enfans , n'empêche point le douaire de la seconde femme , a été décidé par Arrest donné au raport de M^r Marette , en la seconde Chambre des Enquêtes , le 16 de Mars 1690. entre Jacques de Livet Ecuier , sieur de Barville , & Dame Marié de Changy sa belle-mere. Le sieur de Fresne pere dudit sieur de Barville lui avoit fait un avancement par son traité de mariage de la Terre de Barville & autres Terres , & avoit promis de lui garder le surplus de la succession ; il passa depuis en secondes noces avec ladite Dame de Changy , laquelle après son décès demanda son douaire sur les biens de ladite succession , autres que ceux dont ledit de Fresne avoit fait un avancement à son fils ; ce qui lui fut contesté par ledit sieur de Barville , attendu la promesse faite par son pere de lui garder sa succession , ce qui lui ôtoit la faculté d'en pouvoir aliéner la propriété ; ce qui arriveroit si la seconde femme pouvoit prétendre un douaire , c'est-à-dire un usufruit , lequel par nôtre Coutume est réputé un immeuble. Le Juge des lieux avoit ajugé le douaire à ladite Dame de Changy.

La promesse faite par le pere de garder sa succession à ses enfans , n'empêche point le douaire de la seconde femme.

Cette question fut agitée comme fort douteuse , mais elle fut décidée suivant mon avis , par lequel on confirma la Sentence , par laquelle on avoit ajugé le douaire à la veuve sur les biens qui n'étoient point compris dans l'avancement de succession : Le Quesne avoit écrit au procès pour la Dame de Changy.

L'avancement de succession fait aux enfans avant le second mariage , n'est sujet au douaire.

Si le douaire de la femme n'est point diminué par le tiers des enfans , il faut dire au contraire qu'il ne peut être augmenté , quoi que le tiers des enfans soit de plus grande valeur : Il arrive souvent qu'un homme durant son premier mariage aliéne une partie de son bien , & contracte des dettes ; cette seconde femme qu'il épouse ensuite ne prend pas douaire sur les biens aliénez , & d'ailleurs elle contribue aux dettes , quoi que les propres enfans (au cas de cet article & de l'article 86. du Règlement de 1666.) prennent leur tiers sur tous les biens dont le pere étoit saisi lors de son premier mariage , & en exemption des dettes qu'il a contractées depuis : Et la raison de la différence est , comme je l'ai déjà remarqué sur l'art. précédent , que suivant l'art. CCCLXVII. la femme ne peut jamais avoir plus que le tiers des biens dont son mari étoit saisi lors des épousailles , ou qui lui sont échûs en ligne directe ; mais pour les enfans , en vertu de cet article ils se rapellent les uns les autres , la Coutume aiant voulu conserver l'égalité entr'eux , qui sont même en quelque façon *reconjuncti*. Toutes ces raisons cessent pour le douaire de la femme , qui ne lui est donné qu'à vie & pour ses alimens : la difficulté procède de ce que par l'article précédent la propriété du tiers de l'immeuble destiné pour le douaire de la femme , appartient aux enfans ; d'où l'on conclut que si la légitime des enfans est réglée par le douaire , il semble aussi que la douairière doive être réglée par la lé-

Cas où le tiers des enfans peut être d'une plus grande valeur que le douaire.

gitime des enfans, & que par conséquent elle doit aussi jouir de ce droit d'option qui est accordé aux enfans. On répond que dans l'article précédent la Coutume ne parle que du douaire de la première femme, à l'égard de laquelle on peut dire assurément que le douaire est égal à la légitime des enfans; & comme il est plus ordinaire que les hommes ne se marient qu'une fois, la Coutume a parlé généralement, & n'a point mis de différence entre ce douaire & le tiers des enfans; mais en même tems en cet article elle y apporte cette exception, en accordant un droit d'option, quand il y a des enfans de divers lits; elle déclare que si les enfans usent de leur droit d'option; ce n'étoit pas néanmoins à l'effet qu'elle demeurât sans douaire, ou qu'il fût diminué par ce tiers, mais en même tems elle explique son intention, qu'elle ne prend ce douaire que sur le total du bien dont son mari étoit saisi lors de ses épousailles, ce qui l'exclut de le prendre sur les biens qu'il avoit aliénés auparavant: Et c'est aussi ce que la Cour a décidé par l'article 86. du Règlement de 1666. que la femme ne peut avoir douaire que sur les biens dont elle a trouvé son mari saisi lors de leur mariage; d'où il est manifeste que son douaire ne se règle que sur le bien possédé par son mari lors de leur mariage, & non pas sur celui qui lui appartenoit lors du premier: Ainsi il ne faut pas douter que la seconde ou troisième femme n'ait douaire sur le tiers, au préjudice même des enfans du premier lit, & que même elle n'en jouisse entièrement, quand les biens de son mari sont suffisans pour le fournir, & que le tiers coutumier des enfans du premier lit ne se trouve pas de meilleure valeur que son douaire, & c'est proprement ce que la Coutume a voulu dire, que ce tiers coutumier ne diminue point le douaire, c'est-à-dire, que les enfans au cas de l'option sont tenus de le souffrir, si le douaire est égal au tiers coutumier, comme il a été jugé en la première Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r de Languedor, le 10 de Mars 1689. entre le sieur Susanne créancier de la Demoiselle le Courtois troisième femme du sieur le Baier, & la Demoiselle le Baier sa fille; il fut jugé que ladite le Courtois avoit son douaire sur le bien dont elle avoit trouvé son mari saisi, quoi que ce bien ne fût suffisant pour remplir le tiers coutumier de ladite le Baier, qui prenoit son tiers eu égard au bien que son pere possédoit lors de son premier mariage: elle prétendoit que sa mere ne pouvoit avoir douaire, l'hipotéque de son tiers commençant du jour du cours du premier mariage; mais il n'y avoit point de créanciers, ainsi le mari étoit saisi de tout son bien: mais s'il arrive au contraire que le tiers coutumier soit plus grand que le douaire, en ce cas la veuve ne jouira de ce tiers coutumier que jusqu'à concurrence du douaire qui lui appartient, cessant l'option des enfans, & le surplus leur retournera.

Si dans le cas de l'option du tiers coutumier du jour des premières noces, & que la jouissance en appartienne à la seconde femme pour son douaire, les créanciers intermédiaires des deux mariages sont préférables aux enfans, tant que ledit douaire a lieu?

Il peut arriver une chose fort embarrassante, lorsque le mari depuis son premier mariage, mais avant le second, contracte plusieurs dettes qui épuisent son bien en tout ou en partie, les enfans au cas d'option du tiers coutumier, eu égard au tems des premières noces, sont exemts de contribuer à ces dettes; & au contraire la seconde femme y est obligée, & en ce faisant elle n'aura que peu ou point de douaire; cependant si son douaire n'est point diminué par le tiers coutumier, & qu'elle s'opiniâtre à le demander nonobstant les dettes contractées avant son mariage, il arrivera que les enfans seront privés de la jouissance de leur tiers, & que la femme n'en profitera point, mais les créanciers qu'elle sera obligée de paier.

On répond que l'intention de la Coutume a été, que les femmes fussent préférées aux enfans, *favore nuptiarum*, mais elle n'a pas entendu que des créanciers profitassent de cette prérogative; & c'est pourquoi lorsque le bien du mari se trouve épuisé par ses dettes, auxquelles la veuve est contribuable, il faut

dire qu'en ce cas elle n'a trouvé son mari saisi d'aucun bien, & que par conséquent elle ne peut avoir aucun douaire; mais en ce faisant, le tiers des enfans se trouvant déchargé de douaire, il retourne aux enfans en exemption de toutes les dettes contractées depuis le premier mariage, ce que la veuve ne peut pas empêcher, puisque les créanciers seuls en souffrent du préjudice; que s'il lui reste quelque petite portion de douaire les charges acquittées, elle pourra en jouir, mais le surplus du tiers retournera aux enfans.

Cela fut jugé de la sorte entre François de Gourfalleur sieur de Carantilli, fils d'Alexandre de Gourfalleur, apellant de Jugement rendu en procédant à l'ordre des deniers du décret des héritages de François de Gourfalleur, en tant que le douaire de Demoiselle Madeleine d'Estoupeville seconde femme dudit François de Gourfalleur, & ladite Demoiselle d'Estoupeville intimée; par l'Arrêt du premier Mars 1660. la Cour en réformant la Sentence, ordonna que ladite Demoiselle d'Estoupeville auroit douaire seulement sur les biens dont elle avoit trouvé ledit François de Gourfalleur son mari saisi lors de ses épousailles, en contribuant à toutes les dettes contractées auparavant son mariage, & sans qu'elle puisse rien prétendre sur le tiers des enfans dudit François à eux adjudé du jour des premières noces, sinon que ledit François se trouvât avoir plus de biens, y compris le tiers de ses enfans, que de dettes lors de son dernier mariage.

Cette question s'offrit encore en l'Audience de la Grand'Chambre, le vingtième de Juillet 1683. Le sieur de Saffey avoit des enfans du premier lit, & en secondes noces il épousa une fille nommée Portepain, & aussi-tôt après tous les biens furent saisis réellement, & les deniers adjugés aux créanciers antérieurs au second mariage, à la réserve d'une somme de vingt mille livres qui fut adjudée aux enfans du premier & second lit pour leur tiers coutumier. La seconde femme soutint qu'elle devoit jouir d'une partie du tiers coutumier des enfans pour son douaire, ou plutôt pour une pension alimentaire: mais ayant été rebutée de sa prétention, elle en apela; Blouët son Avocat disoit que par l'art. CCCXCIX. de la Coutume, *le tiers qui appartient en propriété aux enfans, est destiné pour le douaire de la femme; & par conséquent elle pouvoit prétendre la jouissance du tiers entier.* Mais quand la disposition de la Coutume ne lui seroit pas favorable, les enfans de son mari ne pouvoient pas refuser les alimens à leur belle-mere; que le pere les pouvoit demander, quoi qu'on lui pût reprocher qu'il étoit la seule cause de son malheur, la veuve devoit être traitée aussi favorablement, puisqu'elle devoit être regardée comme une même personne avec lui, & il falloit inspirer aux enfans ces sentimens d'humanité que la loi a eus pour eux, lorsqu'elle leur a conservé ce petit reste du débris de la fortune de leur pere pour la subsistance de toute la famille; qu'au reste les devoirs qu'elle avoit rendus à leur pere méritoient cette grace, & qu'enfin ils feroient injure à la mémoire de leur pere s'ils la laissoient sans aucun secours. Le Manicier répondoit que la femme ne pouvoit avoir douaire que sur les biens dont elle avoit trouvé son mari saisi lors de ses épousailles; qu'il arrivoit souvent que les enfans d'un premier lit avoient un tiers considérable, sur lequel néanmoins une seconde femme ne pouvoit avoir douaire: Il est vrai qu'il n'y a point de loi plus forte que celle qui engage les enfans à nourrir leurs peres & meres, & à soulager leur misere & leur pauvreté; l'on avoit même condamné des gendres à nourrir leur belle-mere, mais il y a différence entre celle dont on a épousé la fille, & la femme de son pere: Pour la première, comme le gendre lui est obligé de la bonne éducation qu'elle a donnée à sa fille, il lui en doit de la reconnaissance; Pour celle que l'on appelle *Noverca*, elle est l'ennemie des enfans du premier lit, ils ne sont pas tenus aux

mêmes soins envers elle ; quoi qu'il en soit, il s'en faut tenir aux termes de cet article, qui ne donne le douaire à la première, seconde ou troisième femme, que sur les biens dont le mari étoit saisi lors de ses épousailles ; or n'en aiant aucuns lorsqu'il épousa l'a-

pelante, elle ne pouvoit prétendre aucun douaire. La Cour ordonna qu'il en seroit délibéré ; & depuis par Arrest du 4 de Juillet 1684. en la seconde Chambre des Enquêtes, au raport de M^r de saint Paul-Voisin, la Sentence fut confirmée.

C C C C I.

Ne peuvent accepter ledit tiers sans renoncer & rapporter.

Et ne pourront les enfans accepter ledit tiers, si tous ensemble ne renoncent à la succession paternelle, & rapportent toutes donations & autres avantages qu'ils pourroient avoir de lui.

Les enfans de divers lits ne peuvent accepter leur tiers, si tous ensemble ne renoncent.

Cette disposition nouvelle de la Coutume réformée, contenuë dans l'art. CCCXCIX. qui conserve aux enfans le tiers des biens dont leur pere étoit saisi lors de son mariage, étant trop générale, a fait naître plusieurs dificultez ; car ce n'étoit pas assez d'avoir dit en termes généraux que les enfans auroient le tiers, il pouroit arriver que la succession seroit acceptée par une partie des enfans, & répudiée par l'autre ; il pouroit encore arriver que ceux qui auroient été avancez par leurs peres ou meres, prétendroient ne le rapporter point, & qu'ils aimeroient mieux se tenir à leur don, & renoncer à leur tiers coutumier ; en tous ces cas il étoit incertain ce que les enfans devoient avoir, & ce qui pouvoit leur être contredit par les creanciers.

Pour faire cesser cet embaras l'on ajoûte cet article, suivant lequel les enfans ne peuvent accepter ce tiers coutumier, si tous ne renoncent à la succession, & ne rapportent toutes donations & avantages qu'ils pourroient avoir eu de leurs peres : ainsi l'on impose aux enfans deux conditions pour avoir la délivrance de leur tiers ; la première, que tous les enfans renoncent à la succession ; & la seconde, qu'ils rapportent tout ce qui leur a été donné.

Mais cet article de la manière qu'il est conçu, a produit de nouveaux inconveniens, tant à l'égard des enfans qu'à l'égard des creanciers. Pour les enfans, il paroissoit rigoureux qu'ils fussent privez de la grace qui leur étoit accordée par cette nouvelle loi, lorsque quelques-uns d'entr'eux, ou par malice, ou par imprudence, se portoient heritiers de leur pere, ou lorsque pour éviter le raport de ce qui leur avoit été donné, ils se tenoient à leurs avancemens ; qu'en tous ces cas on ne pouvoit leur ôter ou diminuer leur tiers coutumier, qui devoit demeurer tout entier à ceux qui consentoient de rapporter ce qu'ils avoient reçu : les creanciers soutenoient que cette prétention étoit combatuë par la disposition expresse de cet article, qui ne donne aux enfans ce tiers coutumier qu'à ces deux conditions ; que tous ensemble renoncent, & qu'ils rapportent tout ce qui leur a été donné.

Toutes ces dificultez ont été terminées par les Arrêts & les Réglemens que la Cour a faits ; car à l'égard de la première partie de cet article qui semble requérir une renonciation générale de tous les enfans, on lui a donné un sens équitable, comme il paroît par l'Arrest rapporté par Berault ; car des enfans aiant demandé leur tiers entier au decret des biens de leur pere, & les creanciers les en aiant fait debouter à cause que l'un des freres s'étoit rendu heritier : sur l'appel de cette Sentence par les enfans, elle fut cassée ; mais on leur ajugea seulement leurs portions au tiers coutumier, qu'ils auroient eue si tous les enfans avoient renoncé : ainsi quoi que tous les enfans n'eussent pas renoncé, on ne laissa point de recevoir ceux qui avoient répudié la succession à demander leur légitime, mais on ne leur accorda que la part qui leur auroit appartenu si tous avoient renoncé : La même chose fut jugée par Arrest du mois de Décembre 1646. & conformément à ces Arrêts, par l'article 89. du Règlement de 1666. les enfans n'ont pas le tiers entier si tous n'ont re-

L'acceptation de succession par un des freres, n'empêche les autres qui ont renoncé d'avoir leur part au tiers coutumier.

noncé, mais celui qui aura renoncé aura la part audit tiers qu'il auroit eue si tous avoient renoncé ; d'où il résulte qu'en ce cas le droit d'accroissement n'a point lieu pour le tiers coutumier, & que celui qui renonce ne peut avoir que sa part, & que par conséquent la portion de ceux qui se portent heritiers, ou qui renoncent au tiers coutumier pour ne rapporter pas les immeubles dont ils ont été avancez, demeure en la masse de la succession pour tourner au profit des creanciers.

Cette jurisprudence n'est pas singuliere en cette Province, elle est conforme au Droit Civil, à la Coutume & aux Arrêts du Parlement de Paris : on en allègue cette raison, que le douaire coutumier tenant lieu d'alimens, *non est locus juri accrescendi*, parce que les alimens finissent par la mort de l'alimentaire, ou par la renonciation qui equipole à la mort, & ceux qui restent ne doivent pas avoir de plus grans alimens qu'ils avoient auparavant ; c'est la disposition de la loi *Dominus*, §. 1. ff. de usufructu. *Fructu prediorum ob alimenta relicto partium emolumentum ex persona vitæ decedentium, ad dominum proprietatis revertitur* : Sur quoi la Glose ajoûte ces mots, *sic non est locus juri accrescendi* : C'est encore une maxime de Droit, que *portio repudiantis accrescit portioni, non persona, l. si tota, q. 2. ff. de acquirenda hereditate*, c'est-à-dire, comme l'expliquent les Interprètes, que la portion de celui qui renonce demeure en la masse de la succession.

Les Commentateurs de la Coutume de Paris, sur l'article 254. & Brodeau sur M^r Loüet, l. D. n. 44. disent la même chose, que *si unus sit hares, non accrescit non succedenti* : De sorte que si de quatre enfans l'un se porte heritier, & les autres sont douairiers, ou qu'aient tous renoncé à la succession, l'un renonce pareillement au douaire coutumier ; ou ne l'accepte point, pour ne pas rapporter les avantages qu'il auroit reçus de son pere, la part de celui qui renonce ou qui se tient à son don, n'appartiendra pas aux trois autres, mais tournera au profit de la succession du pere, ce qu'il confirme par les Arrêts du Parlement de Paris : En effet, les enfans ne prennent pas le douaire ou le tiers coutumier à titre successif & universel, mais par un titre particulier & en vertu d'un contrat légal, & en ce cas il n'y a point lieu d'accroissement, parce que chacun ne peut demander que la part qui lui est assignée par la loi ; de sorte que le reste demeure en la succession, *jure potius non decrescendi quam jure accrescendi*, ces portions n'aient jamais été détachées de la succession du pere.

C'est donc une maxime certaine qu'il n'est pas nécessaire que tous les enfans renoncent à l'effet d'avoir délivrance du tiers coutumier ; mais que lorsque quelques-uns d'entr'eux se déclarent heritiers, leurs portions demeurent en la masse de la succession, & ceux qui ont renoncé n'ont que la part qui leur auroit appartenu si tous avoient répudié la succession : cela fut décidé par l'Arrest du Chevalier & Boutevillain rapporté par Berault sur cet article, par lequel l'on ajugea aux freres qui avoient renoncé, leurs parts sur le tiers. On jugea le contraire à l'égard d'une

La portion du tiers d'un des freres qui a accepté la succession, n'accroit point aux autres qui ont renoncé.

mêmes soins envers elle ; quoi qu'il en soit, il s'en faut tenir aux termes de cet article, qui ne donne le douaire à la première, seconde ou troisième femme, que sur les biens dont le mari étoit saisi lors de ses épousailles ; or n'en aiant aucuns lorsqu'il épousa l'a-

pelante, elle ne pouvoit prétendre aucun douaire. La Cour ordonna qu'il en seroit délibéré ; & depuis par Arrest du 4 de Juillet 1684. en la seconde Chambre des Enquêtes, au raport de M^r de saint Paul-Voisin, la Sentence fut confirmée.

CCC C I.

Ne peuvent accepter ledit tiers sans renoncer & rapporter.

Les enfans de divers lits ne peuvent accepter leur tiers, si tous ensemble ne renoncent.

Et ne pourront les enfans accepter ledit tiers, si tous ensemble ne renoncent à la succession paternelle, & rapportent toutes donations & autres avantages qu'ils pourroient avoir de lui.

Cette disposition nouvelle de la Coutume réformée, contenuë dans l'art. CCCXCIX. qui conserve aux enfans le tiers des biens dont leur pere étoit saisi lors de son mariage, étant trop générale, a fait naître plusieurs dificultez ; car ce n'étoit pas assez d'avoir dit en termes généraux que les enfans auroient le tiers, il pouroit arriver que la succession seroit acceptée par une partie des enfans, & répudiée par l'autre ; il pouroit encore arriver que ceux qui auroient été avancez par leurs peres ou meres, prétendroient ne le rapporter point, & qu'ils aimeroient mieux se tenir à leur don, & renoncer à leur tiers coutumier ; en tous ces cas il étoit incertain ce que les enfans devoient avoir, & ce qui pouvoit leur être contredit par les creanciers.

Pour faire cesser cet embaras l'on ajoute cet article, suivant lequel les enfans ne peuvent accepter ce tiers coutumier, si tous ne renoncent à la succession, & ne rapportent toutes donations & avantages qu'ils pourroient avoir eu de leurs peres : ainsi l'on impose aux enfans deux conditions pour avoir la délivrance de leur tiers ; la première, que tous les enfans renoncent à la succession ; & la seconde, qu'ils rapportent tout ce qui leur a été donné.

Mais cet article de la manière qu'il est conçu, a produit de nouveaux inconveniens, tant à l'égard des enfans qu'à l'égard des creanciers. Pour les enfans, il paroissoit rigoureux qu'ils fussent privez de la grace qui leur étoit accordée par cette nouvelle loi, lorsque quelques-uns d'entr'eux, ou par malice, ou par imprudence, se portoit heritiers de leur pere, ou lorsque pour éviter le raport de ce qui leur avoit été donné, ils se tenoient à leurs avances ; qu'en tous ces cas on ne pouvoit leur ôter ou diminuer leur tiers coutumier, qui devoit demeurer tout entier à ceux qui consentoient de rapporter ce qu'ils avoient reçu : les creanciers soutenoient que cette prétention étoit combatuë par la disposition expresse de cet article, qui ne donne aux enfans ce tiers coutumier qu'à ces deux conditions ; que tous ensemble renoncent, & qu'ils rapportent tout ce qui leur a été donné.

Toutes ces dificultez ont été terminées par les Arrêts & les Réglemens que la Cour a faits ; car à l'égard de la première partie de cet article qui semble requérir une renonciation générale de tous les enfans, on lui a donné un sens équitable, comme il paroît par l'Arrest rapporté par Berault ; car des enfans aiant demandé leur tiers entier au decret des biens de leur pere, & les creanciers les en aiant fait debouter à cause que l'un des freres s'étoit rendu heritier : sur l'appel de cette Sentence par les enfans, elle fut cassée ; mais on leur ajugea seulement leurs portions au tiers coutumier, qu'ils auroient eue si tous les enfans avoient renoncé : ainsi quoi que tous les enfans n'eussent pas renoncé, on ne laissa point de recevoir ceux qui avoient répudié la succession à demander leur légitime, mais on ne leur accorda que la part qui leur auroit appartenu si tous avoient renoncé : La même chose fut jugée par Arrest du mois de Décembre 1646. & conformément à ces Arrêts, par l'article 89. du Règlement de 1666. les enfans n'ont pas le tiers entier si tous n'ont re-

noncé, mais celui qui aura renoncé aura la part audit tiers qu'il auroit eue si tous avoient renoncé ; d'où il résulte qu'en ce cas le droit d'accroissement n'a point lieu pour le tiers coutumier, & que celui qui renonce ne peut avoir que sa part, & que par conséquent la portion de ceux qui se portent heritiers, ou qui renoncent au tiers coutumier pour ne rapporter pas les immeubles dont ils ont été avancez, demeure en la masse de la succession pour tourner au profit des creanciers.

Cette jurisprudence n'est pas singuliere en cette Province, elle est conforme au Droit Civil, à la Coutume & aux Arrêts du Parlement de Paris : on en allègue cette raison, que le douaire coutumier tenant lieu d'alimens, *non est locus juri accrescendi*, parce que les alimens finissent par la mort de l'alimentaire, ou par la renonciation qui equipole à la mort, & ceux qui restent ne doivent pas avoir de plus grans alimens qu'ils avoient auparavant ; c'est la disposition de la loi *Dominus*, §. 1. ff. de usufructu. *Fructu prediorum ob alimenta relicto partium emolumentum ex persona vitæ decedentium, ad dominum proprietatis revertitur* : Sur quoi la Glose ajoute ces mots, *sic non est locus juri accrescendi* : C'est encore une maxime de Droit, que *portio repudiantis accrescit portioni, non persona, l. si tota, q. 2. ff. de acquirenda hereditate*, c'est-à-dire, comme l'expliquent les Interprètes, que la portion de celui qui renonce demeure en la masse de la succession.

Les Commentateurs de la Coutume de Paris, sur l'article 254. & Brodeau sur M^r Loüet, l. D. n. 44. disent la même chose, que *si unus sit haeres, non accrescit non succedenti* : De sorte que si de quatre enfans l'un se porte heritier, & les autres sont douairiers, ou qu'aient tous renoncé à la succession, l'un renonce pareillement au douaire coutumier ; ou ne l'accepte point, pour ne pas rapporter les avantages qu'il auroit reçus de son pere, la part de celui qui renonce ou qui se tient à son don, n'appartiendra pas aux trois autres, mais tournera au profit de la succession du pere, ce qu'il confirme par les Arrêts du Parlement de Paris : En effet, les enfans ne prennent pas le douaire ou le tiers coutumier à titre successif & universel, mais par un titre particulier & en vertu d'un contrat légal, & en ce cas il n'y a point lieu d'accroissement, parce que chacun ne peut demander que la part qui lui est assignée par la loi ; de sorte que le reste demeure en la succession, *jure potius non decrescendi quam jure accrescendi*, ces portions n'aient jamais été détachées de la succession du pere.

C'est donc une maxime certaine qu'il n'est pas nécessaire que tous les enfans renoncent à l'effet d'avoir délivrance du tiers coutumier ; mais que lorsque quelques-uns d'entr'eux se déclarent heritiers, leurs portions demeurent en la masse de la succession, & ceux qui ont renoncé n'ont que la part qui leur auroit appartenu si tous avoient répudié la succession : cela fut décidé par l'Arrest du Chevalier & Boutevillain rapporté par Berault sur cet article, par lequel l'on ajugea aux freres qui avoient renoncé, leurs parts sur le tiers. On jugea le contraire à l'égard d'une

La portion du tiers d'un des freres qui a accepté la succession, n'accroit point aux autres qui ont renoncé.

L'acceptation de succession par un des freres, n'empêche les autres qui ont renoncé d'avoir leur part au tiers coutumier.

Jugé qu'en-
core que la sœur ait
accepté la succes-
sion du pere, son
mariage avenant
sur le tiers cou-
tumier après son
décès sans être
mariée, retourne
au frere au préju-
dice des crean-
ciers.

filles qui étoit morte sans être mariée : Michel des Mares n'ayant laissé qu'un fils & une fille, le fils après sa majorité renonça à la succession de son pere ; elle fut prise par la fille, & elle s'en fit rendre compte par son tuteur, qui lui paia soixante livres, & ensuite elle vendit tous ses droits à de la Roque, qui acheta pareillement du fils tout le tiers coutumier, & par ce moien il se rendit maître de toute cette succession. Jean Haley creancier du pere ayant saisi réellement les heritages, sur la distraction du tiers qui lui avoit été demandé par de la Roque, il soutint qu'il en faisoit lever la part de la sœur qui s'étoit rendue heritiere, & qui par conséquent avoit confondu sa part audit tiers. Le Viconte de Bayeux avoit ordonné qu'il seroit fait trois lots de ce tiers, dont de la Roque en choisiroit deux, & l'autre tiers seroit decreté avec le surplus des heritages. Haley en ayant apelé, le Bailli cassa la Sentence, & jugea qu'il n'appartenoit point de part à la sœur, si elle n'étoit réservée ou reçûe à partage par le frere. Il avoit été dit que le tiers entier demeureroit à de la Roque, sauf à Haley à se pourvoir pour le mariage avenant de ladite Judith des Mares sur le tiers coutumier. De la Roque ayant aussi apelé de cette Sentence, il disoit que la fille s'étant portée heritiere de son pere, elle ne pouvoit demander aucune part sur le tiers, nul ne pouvant être heritier & douairier en une succession; qu'il n'est pas des filles comme des mâles, qui ont quelque part au tiers, mais les filles n'y ont qu'un droit en usufruit, jusqu'à ce qu'elles soient mariées : or cette fille étant morte sans être mariée, un creancier ne peut demander mariage avenant pour une fille morte & heritiere de son pere. Haley répondoit que ce fait étoit tout à fait semblable à celui rapporté par Berault, entre le Chevalier & Boutevilain; il n'y a que cette différence, que dans cet Arrest il s'agissoit d'un fils, & dans cette espèce c'est une fille. Par Arrest donné en la Chambre de l'Edit, le 26 Juin 1636. au raport de M^r Damiens, la Sentence fut cassée, & ordonné que de la Roque auroit distraction du tiers entier. L'Arrest fondé sur ce que la sœur étoit morte sans avoir été mariée, & n'ayant qu'un simple usufruit, & la propriété étant toujours demeurée au frere, on ne pouvoit demander de part à son droit.

Il faut néanmoins remarquer que lorsque nous disons que le droit d'accroissement n'a point lieu en douaire ou tiers coutumier, cette maxime ne s'entend que lorsqu'il y a des enfans qui se portent heritiers, ou qui se tiennent aux avancements d'immeubles qui leur ont été faits, & qui par ce moien ne peuvent avoir part au tiers coutumier; en ce cas étant partagez des biens de la succession, ceux qui renoncent ne peuvent avoir le tiers entier, parce que la Coutume ne le donne qu'à tous les enfans ensemble : Il n'en est pas de même lorsqu'après la mort du pere un des enfans vient à mourir; soit qu'il ait formé la demande du tiers, ou qu'il n'en ait point passé de déclaration; car encore que le droit de tiers coutumier ne soit point transmissible aux parens collatéraux, quand il n'a point été demandé, toutefois quand l'un des enfans décède sans avoir renoncé ni demandé sa legitime, sa part passe aux autres enfans à double droit, *jure accrescendi*, comme si le défunt n'eût point été au monde lors du décès du pere, & *jure hereditario*, comme heritier de son frere ou de sa sœur : ainsi jugé en la Grand' Chambre, au raport de M^r Fermanel, le 13 de Décembre 1670. entre Guillaume Osmont Ecuyer, sieur d'Aubry & de la Motte, oposant au decret de la terre de Belhôtel; & Charles & Antoine du Bois sieur de Belhôtel, & Dame Marie de Montmorency femme dudit Charles de Belhôtel; l'on confirma la Sentence au chef, qui jugeoit que Louis du Bois, l'un des freres, étant mort sans avoir accepté ni répudié la succession du pere, il avoit transmis à ses autres freres sa part au

Cas où la part
d'un des freres
accroît aux au-
tres,

tiers coutumier : La même chose avoit été jugée au profit d'une sœur, par Arrest du 9 d'Aoult 1658. que j'ai raporté sur l'art. CCCXCIX. En matière de successions, le droit & la part de celui qui s'abstient accroît aux autres heritiers, *ubi enim noluit hereditatem adire, jam cœpit ad alios pertinere.*

La seconde partie de cet article, par laquelle les enfans qui renoncent à la succession de leur pere, sont tenus de rapporter les dons & avancements qui leur ont été faits, n'a pas produit moins d'embaras touchant la qualité des personnes qui sont tenues de rapporter, la nature des choses sujettes à raport, & pour savoir si les portions de ceux qui s'abstiennent pour éviter le raport, doivent accroître aux légitimaires, ou tourner au profit des creanciers ?

Chacun convient que les enfans qui demandent leur tiers, ne peuvent s'exempter de rapporter les avancements qui leur ont été faits par leurs peres & meres. On a douté long-tems si les petits-enfans renonçans à la succession de leur pere, & venans de leur chef à celle de leur aieul, étoient tenus de rapporter ce qui avoit été donné à leur pere; car il ne sembloit pas juste qu'ils fussent assujettis à ce raport, puisqu'ils ne profitoient en aucune façon de la succession de leur pere, & qu'ils venoient de leur chef à celle de leur aieul; mais cette difficulté a été terminée par l'article 88. du Règlement de 1666. suivant lequel les petits-enfans qui ont renoncé à la succession de leur pere, venans à la succession de leur aieul, doivent rapporter ce qui a été donné à leur pere, ou païé pour lui.

Les choses que l'on doit rapporter consistent en immeubles ou meubles; pour les immeubles ils sont toujours sujets à raport, tant à l'égard des creanciers que des légitimaires ou demandeurs en tiers coutumier. Les enfans & les petits-enfans y sont également tenus, & c'est en cette manière qu'il faut entendre l'article 88. du Règlement que je viens de citer : Pour les meubles, les enfans ou les petits-enfans qui demandent leur tiers coutumier, ne les rapportent point au profit des creanciers; cela est fondé sur ces deux raisons, que le pere étoit le maître de ses meubles, & qu'ils n'ont point de suite par hypothèque; de sorte que les creanciers doivent s'imputer la faute de ne les avoir pas choisis, & de n'avoir pas empêché que leur debiteur ne les dissipât : la raison est que si les enfans qui renoncent, étoient obligez de rapporter les meubles au profit des creanciers, ce seroit une voie pour leur faire perdre leur tiers coutumier durant la vie de leur pere, ce qu'ils ne peuvent jamais faire.

Mais la question la plus difficile est de savoir si les portions des sœurs mariées, ou de ceux qui se tiennent à leurs dons pour ne rapporter point, doivent céder au profit des creanciers ou des demandeurs en tiers coutumier ? Il faut faire distinction entre les immeubles & les meubles. Si quelques-uns des enfans, fils ou filles, ont été avâncés par leurs peres ou meres de quelques immeubles, s'ils ne veulent point rapporter, en ce cas leur portion n'accroît point aux demandeurs en tiers coutumier, mais elle est distraite du tiers pour tourner au profit des creanciers; s'ils n'ont eu que des meubles, comme ils ne sont point sujets à raport à l'égard des creanciers, ils ne diminuent point le tiers coutumier, mais la part de celui qui n'y veut rien prendre accroît aux autres enfans.

La Cour a fait cette distinction par un Arrest donné sur ce fait, entre Mathieu Bruchant & les aquareurs des heritages de Vincent Buiffon. Ledit Buiffon avoit eu deux filles d'un premier mariage, en les mariant il donna cinquante livres en argent à l'une, & deux vergées de terre à l'autre : De son second mariage il eut un fils, qui demanda son tiers coutumier aux aquareurs des biens de son pere. Une des questions jugée par l'Arrest, fut de savoir si sur ce tiers coutumier de Mathieu Buiffon il falloit déduire le mariage des sœurs ? On tint cette maxime en jugeant le procès,

Les enfans & petits-enfans qui demandent leur tiers coutumier, sont tenus de rapporter les avancements faits par leurs peres ou meres.

Quelles choses sont sujettes à raport.

Les enfans ou petits-enfans ne rapportent point les meubles au profit des creanciers.

Si les portions de ceux qui se tiennent à leurs dons, passent aux creanciers ?

procès, qu'il falloit distinguer si le pere avoit donné de l'heritage à sa fille, ou s'il lui avoit donné des meubles seulement; & suivant cette distinction, par Arrêt donné en la Chambre des Enquêtes, le 14 d'Avril 1644. au raport de Monsieur de Touffreville-le-Roux, on fit déduction sur le tiers, des deux vergées de terre; mais pour les meubles ils ne furent point déduits.

On donna un pareil Arrêt en l'Audience de la Grand'Chambre, le 8 de Janvier 1655. Huilard avoit six filles, trois sorties d'un premier mariage, & les trois autres d'un second: les trois filles du premier lit avoient été mariées par le pere, les autres qui restoient à marier renoncèrent à la succession, & demandoient leur tiers entier, parce que leurs autres sœurs mariées se tenoient à ce qui leur avoit été donné. Les créanciers prétendoient que les demandereses en tiers ne pouvoient avoir que les trois sixièmes de ce tiers, si mieux elles n'aimoient rapporter les dons faits à leurs sœurs mariées, ce qui leur fut accordé par le Juge de Gaillefontaine: Sur l'apel des filles, Pilastre leur Avocat disoit que le raport dont il est fait mention dans cet article, ne s'entendoit que des immeubles, & non des meubles, parce que les meubles donnez par un pere ne pouvoient remplir le tiers, autrement les enfans le pouvoient dissiper durant la vie de leur pere; que le tiers coutumier ne pouvoit être divisé qu'avec ceux qui le demandoient, ou qui avoient droit de le demander, & qu'il seroit étrange que des créanciers fussent admis à partager le tiers avec les enfans. Maurry pour les créanciers répondoit, que suivant cet article les enfans ne pouvoient avoir tous ensemble que le tiers des biens de leur pere, & que même ils ne l'avoient qu'à cette condition de rapporter tout ce qui leur avoit été donné, & que sous ces paroles generales, *les meubles comme les immeubles* étoient compris; par l'Arrêt le tiers entier fut ajugé aux filles.

Jugé que de deux sœurs dont l'une avoit été mariée par le pere, l'autre aiant renoncé à la succession, n'auroit que la moitié du tiers coutumier.

On jugea le contraire en la Grand'Chambre, au raport de M^r du Houley, le treizième de Février 1662. sur ce fait. Le nommé le Prevost Labourer, n'avoit que deux filles, en mariant l'aînée à Pierre Farin il lui donna quinze cens livres avec plusieurs hardes: Le Prevost étant tombé dans le delordre de ses affaires, ses biens furent saisis réellement. Louise le Prevost sa fille aînée se contenta à ce qui lui avoit été donné; mais la puînée aiant demandé le tiers coutumier entier, les créanciers lui consentirent la distraction de la moitié d'icelui, soutenant que l'autre moitié leur devoit revenir, comme representans l'autre sœur qui avoit été mariée des deniers du pere: Le Bailli de Roüen l'aiant jugé de la sorte; sur l'apel de la fille, elle remontoit que le tiers coutumier n'étoit dû que sur les immeubles, & que ceux de leur pere n'aient point été diminuez par le mariage de sa sœur, il devoit lui rester tout entier, sans être tenu de rapporter les meubles qui lui avoient été donnez; le pere en aiant pu disposer à sa volonté, & les aiant donnez ou dissipez, les créanciers n'avoient rien à y demander; que lorsqu'ils avoient contracté avec lui, ils n'ignoroient pas qu'il étoit marié, & que du jour de son mariage le tiers de ses immeubles étoit aquis à ses enfans, sans le pouvoir engager ni hipotéquer en aucune manière, & que c'étoit ce tiers qu'elle demandoit; que cette question avoit déjà été jugée en termes beaucoup plus forts en la Cause de Miré, lequel aiant renoncé à la succession de son pere on lui ajugea le tiers entier, nonobstant le contredit des créanciers, fondé sur ce qu'il y avoit un frere & plusieurs sœurs que le pere avoit avancé de plusieurs sommes de deniers; que les créanciers étoient mal fondez en leur prétention, à moins que de justifier que leurs deniers eussent été employez au paiement du mariage de sa sœur. Il fut répondu par les créanciers, que ces deux sœurs n'aient point de frere, la sœur mariée étoit capable de prendre part au

tiers avec sa sœur; que si elle s'en abstenoit pour éviter le raport de ce qui lui avoit été donné, elle devoit être considérée comme heritière de son pere, parce que toutes donations faites par les pere & mere sont réputées avancement d'hoirie, *quod fuit donatio fit hereditas*, or l'on ne peut être heritier & douairier; de sorte que suivant cet article & l'article 89. du Règlement de 1666. la part de cette sœur, ne voulant point rapporter, demouroit en la masse de la succession, & les créanciers pour en profiter n'avoient point besoin d'une hipotéque privilégiée, ni de justifier que leurs deniers eussent été employez au mariage de la sœur, la présomption de Droit étant que le pere qui avoit emprunté ces deniers avant le mariage de sa fille, les avoit employez à cet usage; par Arrêt la Sentence fut confirmée: L'Arrêt fondé sur cette raison, que l'intention de la Coutume n'étoit pas de donner à tous les enfans plus que le tiers du bien de leur pere, & quoi que le Prevost n'eût donné à sa fille que de l'argent & des meubles, neanmoins cela lui tenoit lieu de légitime; autrement que les peres s'engageoient au de-là de leur bien, pour donner des mariages avantageux à leurs filles, qui ne laisseroient pas de demander le tiers des immeubles, quoi qu'elles eussent les mains pleines de l'argent des créanciers; les Parties de l'Arrêt étoient le Prevost, le sieur Baillard & autres.

Depuis cet Arrêt on avoit tenu au Palais, que les sœurs mariées qui se tenoient à leurs avancements pour ne rapporter point ce qui leur avoit été donné, faisoient part au profit des créanciers; mais on a donné atteinte à cette maxime par un autre Arrêt, donné au raport de M^r Giot, le 13 de Février 1676. dont voici le fait. Denis Petit avoit un fils & quatre filles; il avoit marié ses filles & païé leur dot avant que d'avoir contracté aucune dette: après sa mort son fils aiant renoncé à la succession, sur la demande du tiers coutumier les créanciers s'oposèrent, pour avoir la distraction de la part de ce tiers, qui auroit appartenu à ses sœurs pour leur mariage avenant; mais ils furent deboutez de leur prétention, & le tiers entier fut ajugé au fils.

Cet Arrêt a été donné dans une espèce en quelque sorte différente du précédent, les filles avoient un frere, & par conséquent elles n'étoient point heritières; mais ce qui étoit de plus considérable, étoit que le pere les avoit mariées & païé leur dot avant qu'il eût contracté aucune dettes; de sorte que les créanciers ne pouvoient alléguer que leurs deniers eussent été employez au mariage des sœurs.

Aussi par un Arrêt rendu en la seconde Chambre des Enquêtes, le 29 Avril 1684. au raport de M^r le Pesant de Boisguilbert, on a suivi l'Arrêt de Baillard, & il a été jugé que la part de la fille mariée qui renonçoit à la succession de son pere, & qui ne vouloit prendre part au tiers coutumier pour ne point rapporter ce qui lui avoit été donné, accroissoit aux créanciers, & non aux autres filles qui demandoient le tiers en intégrité; voici l'espèce. Eustache Onfroi n'avoit eu que trois filles, Marguerite, Leonor & Catherine; il maria son aînée & lui donna 3500 liv. Après la mort du sieur Onfroi ses créanciers firent decreter ses immeubles, Catherine & Leonor demandoient le tiers coutumier en intégrité, les créanciers soutinrent que la part de Marguerite leur sœur aînée leur devoit accroître; l'on n'ajugea que les deux tiers à ces deux filles, & l'autre tiers qui auroit appartenu à Marguerite, demeura aux créanciers: Catherine & Leonor reçurent leurs parts sans aucune protestation de se pourvoir contre la Sentence; mais après leur décès le sieur Dasséville qui avoit épousé ladite Marguerite, aiant accepté leur succession au nom de sa femme, il interjeta apel de la Sentence, qui ne leur avoit accordé que les deux tiers du tiers coutumier: Il fonda son apel sur ces raisons, que le tiers coutumier n'est que sur les immeubles; qu'il ne peut être

Arrêt qui a jugé le contraire, en ajugeant le tiers entier au frere, dont les sœurs avoient été mariées par le pere, avant qu'il eût contracté aucune dette.

Autre Arrêt qui ajuge au profit des créanciers la part que la fille mariée auroit eue au tiers coutumier.

rempli que par des immeubles, & que les meubles ne le peuvent fournir; que dans le fait particulier les immeubles du pere n'avoient point été diminués par le mariage de Marguerite sa fille, & par cette raison le tiers de ce tiers lui devoit être ajugé, sans être obligée de rapporter les meubles qui lui avoient été donnez, le pere aiant pû en disposer à sa volonté, & les aiant donnez les creanciers n'avoient rien à y demander; il s'audoit aussi des Arrêts raportez ci-devant: Au contraire les creanciers s'audoient de cet article, suivant lequel toutes donations & autres avantages doivent être rapportées par les enfans qui demandent leur tiers coutumier, parce que ces donations sont réputées avancement d'hoirie, & par conséquent sujettes à raport, & que dans l'espèce de l'Arrêt de Petit il y avoit un frere; par l'Arrêt la Sentence fut confirmée.

De la jurisprudence du Parlement de Normandie, à l'égard des rapports de meubles par les demandeurs en tiers coutumier.

Cependant l'opinion la plus commune & la plus suivie au Palais, est qu'à l'égard des creanciers les meubles donnez par le pere à ses enfans ne sont point sujets à raport, & que tant s'en faut que la part de ceux qui s'abstiennent tourne au profit des creanciers, que ceux-mêmes qui prennent le tiers coutumier, ne sont point obligés de rapporter les meubles qui leur ont été donnez, & que le tiers entier leur appartient sans aucune diminution; ce qui est fondé sur les deux raisons que j'ai marquées ci-devant: La première, que les enfans ne peuvent engager ni hypothéquer leur tiers coutumier du vivant de leur pere, ce qui arriveroit néanmoins fort souvent si les meubles qui leur seroient donnez, diminueoient la portion qui leur apartiendrait sur les immeubles: La seconde, que le pere est le maître des meubles, & qu'ils n'ont point de suite par hypothèque, & c'est pourquoi celui qui contracte avec un homme marié, ne doit considérer pour l'assurance de sa dette que les immeubles que son debiteur possède, ou en tout cas il doit user de précaution, & stipuler que les deniers seront employez au mariage des filles, pour avoir une subrogation à leurs droits; cela a été jugé par les Arrêts de Brunehaut & d'Huilard, que j'ai remarquez, & par celui de Miré, que je rapporterai sur la fin de cet article.

L'article 88. du Règlement disant en termes généraux, que les petits-enfans venans à la succession de leur aieul, sont tenus de rapporter ce qui a été donné à leur pere, quoi qu'ils renoncent à la succession, a pû rendre cette matière douteuse; il eût été nécessaire d'exprimer particulièrement que ce raport n'avoit lieu qu'entre coheritiers, pour éviter l'inégalité entre les enfans, & ç'a été sans doute l'intention de la Coutume.

Quand les petits-enfans venans à la succession de leur aieul, sont tenus de rapporter?

Mais si l'argent donné par le pere à ses enfans, avoit été utilement employé pour eux, seroient-ils pas obligés de le rapporter? Il a été jugé au raport de M^r Busquet, en la Grand' Chambre, le 21 Aoust 1681. entre François Deschamps & Jean Haquelon, d'une part, & Marie Bellebarbe heritière de Jacques Philippe, d'autre; qu'une fille nommée Jeanne Gy aiant été mariée par son pere, feroit diminution sur la part qui lui avoit été ajugée au tiers coutumier, d'une somme de 600 livres que le pere avoit donnée pour don mobil à Nicolas Philippe mari de ladite Jeanne Gy; par son contrat de mariage: l'Arrêt fondé sur la disposition de cet article, suivant lequel les enfans ne peuvent avoir leur tiers coutumier qu'en rapportant les dons & les avantages qui leur ont été faits.

Pour concilier cet Arrêt avec celui de Miré qui sera raporté sur la fin de cet article, & faire subsister cette maxime, que les meubles donnez aux enfans ne se rapportent point à l'effet de diminuer le tiers coutumier, l'on doit faire cette distinction, que quand les meubles donnez par le pere à ses enfans, ont été dissipés, & qu'ils n'ont point tourné à leur profit, & qu'ils n'en sont point devenus plus riches, les enfans prenans leur tiers coutumier ne sont point tenus de

les rapporter au profit des creanciers; mais quand ils en sont faits plus riches, il est juste, suivant cet article, qu'ils en fassent le raport, ou que déduction en soit faite sur la part qui leur appartient au tiers coutumier, & c'est l'espèce de l'Arrêt que je viens de rapporter; car quoi que le mari seul profite du don mobil, & que par cette donation la dot soit diminuée, l'on peut dire néanmoins qu'il y a toujours de l'avantage pour la fille, parce que par ce moien on lui procure un mariage qui ne se feroit pas, suivant l'usage de la Province, sans un don mobil.

De là peut naître cette difficulté, si l'on sera tenu de rapporter la somme entière donnée pour don mobil, ou si le raport ou la diminution se fera seulement jusqu'à concurrence de la part au tiers coutumier? Si la question s'ofroit avec le mari ou avec ses enfans heritières de leur pere, ou avec la femme heritière de son mari, il faudroit rapporter le tout, puisque le mari a profité du tout; mais si la femme avoit renoncé, quoi que le pere puisse donner plus que le tiers en don mobil, parce qu'il est maître de sa liberalité, je n'estime pas toutefois que la femme fût obligée de rapporter que jusqu'à concurrence du tiers du tiers coutumier.

Suivant l'article 334. de la Coutume d'Anjou, si le pere ou autre roturier donne à aucun de ses enfans ou autre heritier présomptif, soit en avancement successif ou autrement, & après sa mort un autre heritier vetuille renoncer, il y sera reçu en rendant à l'Ordonnance de Justice tout ce que son pere ou autre lui a donné. Dans cette Coutume qui est conforme à la nôtre, on a pareillement agité cette question, si le raport doit s'étendre au profit des creanciers? Chopin, sur la Coutume d'Anjou, l. 3. tit. 3. n. 4. estime que cet article 334. de la Coutume d'Anjou n'a point de lieu au profit des creanciers; *Censeo*, inquit, *patria legis contextum, qua tuenda aequalitatis gratia inter suos heredes speque presumptos, jussit donata in commune redigi, exteris applicari non debet, emergentibus puta defuncti creditoribus*; & suivant son opinion il intervint Arrêt au Parlement de Paris, raporté dans la troisième partie du Journal du Palais.

Quand il s'agit de rapporter entre coheritiers, non seulement les enfans, mais aussi les petits-enfans sont tenus de rapporter, comme Berault l'a fort bien remarqué, suivant l'Arrêt de Brice qu'il a raporté sur l'art. CCCLXII. ce qui est expressément décidé par l'art. 308. de la Coutume de Paris; & Ricard sur cet article ajoute que l'enfant, quoi qu'il ait renoncé à la succession de ses pere & mere, est obligé à ce raport; & que maintenant on juge au Parlement de Paris, que si l'aieul donne à l'un des enfans de son fils, lequel s'abstient, les freres & les sœurs de ce donataire rapporteront le don fait à leur frere.

Si l'on est tenu de rapporter la somme entière donnée pour don mobil?

Entre coheritiers les enfans & petits-enfans sont tenus de rapporter.

Cet usage est fort ancien en cette Province, comme on l'apprend d'un Arrêt du huitième de Février 1526. entre M^r Jean Faiseu Curateur de Claude de Ligni, & Antoine de Cleri Chevalier; & par un autre Arrêt donné en la Grand' Chambre, du 13 de Mars 1622. entre la veuve de Trabouillet, & Thomas Bourgeois de Roüen, il fut jugé que le petit-fils venant à la succession de l'aieul par la renonciation ou par le décès de son pere, devoit rapporter tout ce que l'aieul avoit donné à son pere, encore qu'il l'eût dissipé, & que le petit-fils eût renoncé à la succession de son pere, quoi que le partage de la succession de l'aieul eût été fait, & que les coheritiers n'eussent point demandé ce raport au petit-fils, à quoi il fut néanmoins condamné, avec restitution de fruits du jour de la succession échüe; & ce raport a paru si favorable pour conserver l'égalité entre les freres, que l'article 88. du Règlement de 1666. n'oblige pas seulement les petits-enfans à rapporter ce qui a été donné à leur pere, mais aussi ce qui a été païé pour lui, comme il fut jugé par l'Arrêt de Brice raporté par Berault sur l'art. CCCLXII. & par un autre Arrêt du 16 de Mars 1658.

Cas où les petits-enfans ne sont tenus de rapporter.

Mais il n'en est pas de même lorsque ce raport est demandé aux petits-enfans par les creanciers ; car alors ils en sont dispensés , comme il fut jugé par l'Arrest de Miré. Nicolas Miré avoit deux fils , André & Antoine : en mariant André il lui donna trois mille livres ; André dissipa son bien , & mourut avant son pere , lequel étant mort par après , Antoine & les enfans d'André renoncèrent à la succession , & lesdits enfans renoncèrent aussi à la succession de leur pere , & à sa représentation ils demandèrent leur part au tiers coutumier ; les creanciers , suivant cet article , soutenoient qu'ils devoient rapporter les trois mille livres que leur pere avoit eus : les enfans s'en défendirent , vû leur renonciation à la succession de leur pere , & que venans directement à celle de leur aïeul , ils n'étoient tenus à aucun raport s'ils n'étoient point héritiers de leur pere , & ne profitoient point de sa succession : Le Bailli avoit debouté les creanciers de leur demande ; par Arrest en la Grand' Chambre , du 10 de Septembre 1642. la Sentence fut confirmée.

Non seulement les petits-enfans renonçans à la succession de leur pere , & succédans à leur aïeul , sont déchargés de ce raport de meubles , mais les en-

fans même succédans à leur pere qui leur avoit donné , n'y sont pas sujets , comme il fut tenu pour une maxime certaine lors de l'Arrest de Miré , & on le jugea encore de la sorte en l'Audience de la Grand' Chambre , par Arrest du 9 de Janvier 1660. plaidans Herouët pour Busquet , apelant de ce qu'on l'avoit condamné à rapporter cent livres au lieu des meubles promis par son contrat de mariage : Morlet pour Martin intimé ; Baudri pour Mr le Duc de Longueville creancier , qui vouloit faire diminuer le tiers.

En un mot, il est si véritable que les enfans ne peuvent engager leurs tiers du vivant de leur pere , que s'il avoit donné non seulement des meubles , mais aussi des rentes dont il eût reçu le rachat , & qu'il en eût dissipé les deniers , on ne pourroit lui en faire déduction sur son tiers ; ce qui auroit beaucoup plutôt lieu , si les enfans de celui qui auroit consumé ces rentes , demandoient leur tiers en la succession de l'aïeul.

On n'a pas besoin d'avertir le lecteur que quand cet article oblige les enfans à rapporter , il ne s'entend que des choses qui sont sujettes à raport ; & je réserve à expliquer les choses sujettes à raport sur l'article CCCCXXXIV.

Autre cas où les enfans ne sont même tenus de rapporter des rentes.

CCCCII.

Partage dudit tiers.

Les enfans partagent le tiers selon la Coutume des lieux.

Les enfans partageront ledit tiers selon la Coutume des lieux où les heritages sont assis , à laquelle n'est en rien dérogé pour le regard des partages ; & sans préjudicier au droit des aînés , & n'y pourront avoir les filles que mariage avenant.

Par la Coutume de Paris, art. 250. le douaire se partage entre les enfans sans droit d'aînesse ou prérogative, & cette disposition est fondée sur cette raison, que les enfans prennent le douaire *jure contractus*, non *jure successionis*, & qu'il tient lieu d'alimens & de légitime, en laquelle les enfans ne peuvent prétendre l'un plus que l'autre; le droit de préciput & d'aînesse n'est acquis à l'aîné que *jure hereditatis*, il est conjoint avec la qualité d'héritier; *non potest igitur obtineri, nisi mediante hereditatis aditione, & ab eo qui se pro herede gerit, quo sublato ad jus primogenitura perveniri non potest.*

Pour trouver la raison de la différence de cette Coutume d'avec la nôtre, il suffira de remarquer que la nôtre est favorable aux aînés en toute rencontre ; & c'est pourquoi soit que l'aîné soit héritier ou douairier, il a les mêmes avantages lorsqu'il y a lieu de prendre un préciput. La Coutume de Paris, qui conserve davantage l'égalité entre les enfans, n'a pas trouvé raisonnable de lui donner des avantages sur cette portion du bien paternel, qu'elle a destiné &

qu'elle réserve pour la subsistance des enfans, & il faut avouer que cette disposition est plus équitable; car n'est-ce pas priver entièrement les puînez de leur part au tiers coutumier, que d'accorder un préciput à l'aîné, puisqu'il arrive souvent que le tiers n'est composé que d'un fief, & l'aîné le prenant par préciput, les puînez sont réduits à l'aumône, le tiers coutumier étant comme un débris que la loi sauve en faveur des enfans, & cette libéralité leur étant faite à tous ensemble, elle doit être partagée également entr'eux.

Cet article n'a pourtant lieu que quand le tiers est pris en essence ; car s'il a été aliéné, & que les acquereurs veulent le rembourser, suivant la liberté qui leur en est donnée par l'article suivant, quoique ce soient fiefs-nobles, l'estimation se partagera également, art. CCCCIII.

Bien que cet article ne parle que des enfans, les enfans de l'aîné à la représentation de leur pere ont le même avantage.

Cas où l'aîné n'a point de préciput dans le partage du tiers coutumier.

CCCCIII.

Pourvoi des enfans quand ledit tiers ne se trouve en essence.

Quand le tiers des enfans ne se trouve en essence, il se prend sur les dernières aliénations.

Et où le pere auroit fait telle aliénation de ses biens que ledit tiers ne se pourroit prendre en essence, ses enfans pourront révoquer les dernières aliénations, jusques à la concurrence dudit tiers, si mieux les acquereurs ne veulent payer l'estimation du fonds dudit tiers en roture au denier vingt, & en fief-noble au denier vingt-cinq, laquelle estimation sera partagée également entre lesdits enfans.

Les acquereurs peuvent payer l'estimation de leurs acquisitions pour le tiers coutumier des enfans.

En conséquence de cette faculté que cet article donne aux acquereurs de pouvoir payer l'estimation de leurs acquisitions, on a formé ces deux questions ; la première, de quel tems on doit faire cette estimation ; & la seconde, si dans cette estimation on doit considérer seulement le revenu ou la valeur intrinsèque de la chose qu'il faut estimer.

De quel tems se doit faire cette estimation.

On a long-tems douté de quel tems il faloit faire cette estimation, ou du jour de la vente, ou du jour de la mort, ou du jour de l'action ? Les acquereurs soutenoient que l'estimation devoit être faite selon la

valeur de la chose au tems de la vente ; que le tiers étoit une grace & une libéralité de la loi ; & comme elle rétreignoit cette liberté que tous les hommes ont naturellement de pouvoir disposer de leurs biens, on ne devoit point l'étendre au préjudice des acquereurs ; que ce tiers coutumier n'avoit pas plus de privilège que les biens dotaux de la femme, lesquels étant aliénez elle n'en a récompense que sur le prix des contrats, & que le remploi des propres si favorable en cette Province se fait de la même manière : au contraire, on répondoit que puisque le droit du

tiers coutumier n'est pleinement aquis aux enfans que par la mort de leur pere, on ne peut en fixer le prix & l'estimation qu'au tems de son decés; car auparavant le pere a pû vendre, & les aliénations ne sont révoquées qu'en cas qu'il ne laisse pas assez de bien pour fournir le tiers.

Pour le tems de l'action les enfans y étoient mal fondez, car ils devoient s'imputer s'ils n'avoient pas poursuivi plûtôt; ainsi on s'est réduit à estimer le tiers du tems de la mort du pere, & ce fut un des points jugez par l'Arrest de Mathieu Bruchaut; donné en la Chambre des Enquêtes, le 14 d'Avril 1644. dont il a été parlé sur l'art. CCCC. qui fut donné au raport de M^r de Touffreville-le-Roux, entre Laurent Routier, & Nicolas Bruchaut apelant de Sentence renduë par le Bailli d'Estouteville, le 23 de Mars 1643. & Mathieu Buiffon, fils de Vincent & de Marguerite Turin, intimé: Par cette Sentence on lui avoit ajugé le tiers des heritages vendus & aliénez par son pere, & de ceux qui étoient encore en essence; il avoit été dit que l'estimation en seroit faite du jour de la mort du pere: Par l'Arrest la Sentence fut confirmée. Autre Arrest en la Grand'Chambre, du 18 de Juin 1663. au raport de M^r Secart, entre Gabriel Huet, aiant épousé en premières nôces Marie Marion, apelant du Juge d'Orbec; & Maître Pierre le Doré Elû à Lisieux, apelant de sa part. Autre Arrest du 30 de Juin 1638. au raport de Monsieur de la Champagne, entre Agnès Aveaux femme de Nicolas Boudery, d'avec lui séparée de biens; & Nicolas de la Motte, Tresorier de la Paroisse de Valleville.

Mais au procès d'entre les sieurs Daniel & Samuel Congnard, aquereurs des heritages de Nicolas de Caux, apelant de Sentence renduë aux Requetes du Palais, & Nicolas de Caux demandeur pour avoir son tiers coutumier, intimé; les aquereurs & ledit de Caux ne tenoient pas ce langage; car les aquereurs soutenoient que l'estimation devoit être faite selon la valeur des heritages au tems du decés du pere, & au contraire le fils prétendoit que sans faire estimation ils devoient le rembourser sur le pié de leurs contrats. Le pere desdits sieurs Congnard avoit aquis de Nicolas de Caux des heritages, dont le prix étoit de 36750 livres; & quoi qu'ils y eussent fait des augmentations fort considérables, neanmoins (par le malheur du tems) ces heritages étoient beaucoup diminuez de prix. Nicolas de Caux fils du vendeur troubla les aquereurs pour deux choses: Il demanda premièrement que le bien de son pere non aliéné lui fût delassé à due estimation pour la dot de sa mere, suivant l'article 121. du Règlement de 1666. En second lieu, que si le surplus du bien non aliéné ne suffisoit pas pour lui fournir son tiers coutumier, il fût renvoié sur les derniers aquereurs, lesquels en cas qu'ils voulussent lui en paier l'estimation, suivant cet article, il ne falloit point faire d'autre estimation que sur le prix de leurs contrats. L'on avoit jugé aux Requetes du Palais que les heritages non aliénez que ledit de Caux vouloit retenir & s'appliquer pour le paiement de la dot de sa mere, lui demeureroient pour son tiers coutumier & jusqu'à concurrence d'ice-lui, sauf en cas qu'il s'en trouvât davantage que pour composer ce tiers, à prendre le surplus en déduction de la dot; il fut aussi jugé que les heritages aliénez par le pere entrentoient dans les lots, sans en faire d'autre estimation que celle du prix des contrats d'aliénation: sur l'apel de Nicolas de Caux, il fut dit que la dot seroit prise sur le non aliéné, & ensuite le tiers coutumier sur le surplus, & s'il ne suffisoit, sur les dernières aliénations; & sur l'apel desdits Congnard en ce qu'il avoit été dit qu'il ne seroit fait d'autre estimation que celle du prix des contrats, la Sentence fut cassée, & en émendant ordonné que l'estimation seroit faite sur le prix que les heritages valoient au tems du decés du pere; par Arrest en la seconde

Chambre des Enquêtes, du 29 Janvier 1685. au raport de M^r de S. Paul-Voisin. Autrefois que les biens haussent en valeur au lieu de diminuer, & que par ce moien il arrivoit souvent que le prix des contrats étoit de moindre valeur lors de l'aliénation, qu'au tems du decés du pere; l'on doutoit si les creanciers pouvoient obliger les enfans à s'arrêter au prix de leurs contrats, ou s'il falloit estimer les biens selon leur valeur au tems du decés du pere, & c'étoit la maxime d'estimer le tiers sur la valeur lors du decés du pere, ce qui étoit fondé sur cette raison; que les enfans n'ayant droit de tiers coutumier ni d'action pour le demander, que du jour de la mort de leur pere, il seroit injuste que les enfans eussent la liberté de s'arrêter au prix des contrats lorsque cela leur seroit avantageux, ou de se faire rembourser suivant la valeur au tems du decés du pere; puisqu'ils n'avoient rien à demander auparavant, il falloit régler leur tiers coutumier suivant la valeur des biens lors de la mort du pere; les aquereurs ne pouvoient être obligez en vertu de leurs contrats, puisqu'ils n'avoient point contracté avec les enfans, ils avoient pû acheter à tel prix qu'il leur avoit plû, ce qui ne les obligeoit pas à rembourser le tiers coutumier sur le même pié: il suffit que les enfans aient leur tiers suivant le prix qu'il vaut lorsqu'ils ont droit de le demander.

Mais quoi que nous aions dit qu'il n'étoit pas juste de faire cette estimation selon la valeur des choses au tems de l'action, on a neanmoins jugé que lorsque l'aquereur avoit empêché par ses refuites que les enfans ne fissent procéder à la liquidation de leur tiers, & qu'ils n'en obtinssent la délivrance, il ne falloit pas en ce cas qu'il profitât de sa mauvaise foi, & qu'ainsi on devoit laisser aux enfans le choix de prendre leur tiers, eu égard au tems du decés ou de la condamnation que les enfans avoient obtenuë, suivant l'Arrest donné au raport de M^r Deshommets, en 1663. & plus solennellement encore au raport de M^r de Vignéral, en la Grand'Chambre, le 14 d'Aoust 1663. entre M^c Gilles Guerin sieur d'Agon, Lieutenant General Criminel à Coûtances, apelant de Sentence renduë le 21 de Janvier 1661. par le Juge de Saint-Lo, & de tout ce qui fait avoit été en conséquence, tant en l'estimation des immeubles aiant appartenu à Charles du Burel sieur d'Agon, qu'au partage d'iceux, que d'autre Sentence du 13 de Juillet 1661. & Pierre David sieur de Boisdavi, pour lui, & comme aiant les droits cédez de sa femme avancée en la succession de Gillette du Burel leur mere, fille dudit Charles, intimé, & de son chef apelant de la Sentence du 13 de Juillet: Par la Sentence du 21 de Janvier on avoit ajugé audit David le tiers coutumier sur les biens de Charles du Burel, comme d'un mois après le 16 d'Aoust 1575. jour du contrat de mariage, parce qu'on ne représentoit point l'extrait de la célébration du mariage dudit Charles du Burel avec Demoiselle Marie Cadot, avec restitution de fruits du jour de son action, à prendre sur les derniers aquereurs, & qu'à cette fin la liquidation du tiers coutumier seroit faite en déduction des dettes aînées, présumées avoir été contractées ledit mois après le contrat de mariage & l'accomplissement des cérémonies de l'Eglise, & par ladite Sentence du 13 de Juillet ledit Guerin avoit été condamné de paier audit Boisdavi la somme de mille livres pour son tiers coutumier après l'estimation faite; la Cour en infirmant les Sentences, en tant qu'on auroit ajugé audit Boisdavi l'interest au denier vingt de l'estimation dudit tiers, & audit Guerin l'interest des augmentations par lui faites; le tout à commencer du jour de l'ajudication faite en 1628. condamna ledit Guerin à la restitution des interêts du jour de l'ajudication par decret sur la vraie valeur du tiers, sur le prix des baux faits sans fraude: Il faut remarquer que l'estimation avoit été faite par le Juge des lieux, eu égard au tems de la condamnation; ce qui fut confirmé: En second

Cas où il a été jugé que les enfans ont l'option de demander cette estimation eu égard au tems du decés ou de la condamnation par eux obtenuë.

Arrest qui a ordonné l'estimation des heritages sujets au tiers coutumier, sur le pié de leur valeur au tems du decés du pere.

lieu, qu'encore que le tems de la célébration ne fût point constant, on présuma qu'elle avoit été faite peu de tems après le contrat de mariage, & le Juge l'avoit réglé à un mois: En troisième lieu, l'ajudicataire fut condamné aux intérêts du jour de son adjudication: En quatrième lieu, on lui ajugea l'intérêt des augmentations du jour qu'il les avoit faites: En cinquième lieu, que le tiers est dû aux enfans du jour de l'ajudication par decret des biens du pere aussi-bien que par sa mort, & qu'ainsi au cas du decret la valeur doit être considérée au tems de l'ajudication, parce que le tiers est acquis aux enfans de ce jour-là, le pere étant réputé mort civilement.

L'estimation qui se paie au lieu du tiers en essence, se fait au tems du décès du pere, suivant le Règlement de 1666.

C'est suivant les Arrêts ci-dessus remarquez que la Cour a fait l'article 90. du Règlement de 1666. par lequel l'estimation que l'aquereur peut paier au lieu du tiers en essence, sera faite eu égard au tems du décès du pere; & au cas que l'aquereur en ait tenu procès, il sera au choix des enfans de prendre ladite estimation eu égard au tems du décès ou de la condamnation qu'ils auront obtenuë.

Après avoir expliqué de quel tems on fait cette estimation, il reste à savoir comment elle se doit faire. Il semble d'abord que cet article y a pourvû suffisamment par ces termes, *si mieux l'aquereur ne veut paier l'estimation du tiers en roture au denier vingt, & en sief au denier vingt-cinq*, & qu'ainsi il suffit de considérer le revenu des heritages, pour en donner l'estimation aux enfans suivant la différence des biens: Il est néanmoins véritable que l'estimation du tiers coutumier ne se fait pas seulement sur le revenu annuel des heritages, mais aussi sur leur valeur intrinsèque, & que les bois de haute-futaie, les bâtimens, les dignitez & les autres prérogatives d'une Terre doivent être mises en considération, & que les aquereurs sont tenus de les rembourser aux enfans, suivant leur estimation.

J'ai remarqué sur l'article CCCXCIX. que les bois de haute-futaie font partie du bien, & que si le mari ou le pere les ont abatus, on en fait une estimation pour augmenter le douaire ou le tiers coutumier; & on conclut par ces mêmes Arrêts, que quand on procède à l'estimation on ne considère pas simplement le revenu, mais aussi la valeur intrinsèque, autrement on ne feroit pas une estimation particulière des bois abatus.

Cette estimation se fait selon la valeur intrinsèque.

L'Arrest de Guichard & de la Cervelle, rapporté par Berault sur l'art. CCCXCIX. paroîtroit en quelque façon contraire, mais il est mal rapporté, & il n'y est parlé que des bâtimens; & c'est une jurisprudence certaine au Palais, que l'estimation se fait selon la valeur intrinsèque; & c'est encore un des points jugés par l'Arrest de Bruchaut, dont j'ai parlé ci-dessus, que l'estimation doit être faite selon la juste valeur du fonds: On n'accorde cette faculté aux aquereurs de paier l'estimation, que pour les desintéresser en quelque maniere de leur dépossession; mais cette grace ne doit pas tourner à la perte des enfans, qui sont toujours les plus favorables.

En la sief le fils peut être forcé de prendre son tiers coutumier sur la rente de sief.

Ce privilège a été refusé à celui qui avoit pris un heritage à sief, suivant l'Arrest de Bigot, du 15 de Janvier 1666. Par cet Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, ces deux questions furent décidées; la premiere, que le pere avoit pu faire un bail à rente, ou une sief de son bien, & que le fils étoit tenu de prendre son tiers coutumier sur la rente de la sief; & la seconde, qu'en cas qu'elle ne remplît pas le tiers, il ne pouvoit être forcé de prendre de l'argent, & qu'il falloit lui bailler du fonds par estimation.

Le douaire de la veuve doit être fourni en essence.

Les aquereurs ne seroient pas aussi reçûs à bailler à la veuve son douaire en argent, car il lui doit être fourni en essence, suivant l'Arrest de Braques, rapporté par Berault sur l'art. CCCLXXIX.

Il a été pareillement jugé par Arrest, au raport de

Mr du Moucel, en la Chambre des Enquêtes, le 16 de Mai 1637. que les adjudicataires par decret ne peuvent jouir de la faculté accordée par cet article aux aquereurs, & qu'ils sont tenus de fournir le tiers coutumier en essence: Cette faveur est faite aux aquereurs à cause de la perte qu'ils souffrent, étant dépossédés le plus souvent après avoir beaucoup dépensé pour mélïorer le fonds qu'ils avoient aquis; & c'est pourquoi la Coutume ne leur donne pas seulement le privilège dont il est fait mention par cet article, elle leur accorde aussi une action pour retirer à droit de lettre-luë l'heritage dont il a été dépossédé par une saisie réelle & par la vente judiciaire; il suffit à l'égard des aquereurs, que les enfans aient la vraie valeur de leur fonds. Or toutes ces considérations ne se rencontrent pas en la personne d'un adjudicataire par decret, & l'on ne peut faire conséquence des Arrêts par lesquels il a été jugé que le sief seroit decreté en son intégrité, & que les enfans prendroient leur tiers coutumier en deniers: cette jurisprudence est fondée sur des raisons particulières que j'ai remarquées sur l'art. CCCXCIX.

Les adjudicataires par decret sont tenus de fournir le tiers coutumier en essence.

Bien que le tiers doive être pris sur les dernières aliénations, il ne laisse pas de naître souvent des difficultés entre les aquereurs; par exemple, si les derniers aquereurs ont fait contrôler leurs contrats, seront-ils préférables aux premiers aquereurs qui n'ont point gardé cette solemnité? Les enfans de Deshayes aiant demandé leur tiers coutumier aux aquereurs des biens de leur pere, le Juge de Gournay avoit jugé que le contrôle donnant l'hipotèque, les premiers aquereurs dont les contrats n'étoient point contrôlez fourniroient le tiers coutumier aux enfans: Sur leur apel, le Page disoit que le vendeur aiant aliéné son bien, & n'y aiant plus rien, les derniers aquereurs n'avoient pu par le moien du contrôle s'aquerir une hipotèque sur des biens qui n'appartenoient plus à leur vendeur; ils ne pouvoient le prétendre que sur les biens dont il étoit encore en possession lorsqu'ils avoient contracté avec lui; que cela avoit été jugé de cette maniere en 1633. Martin avoit vendu des heritages à de Caux, & depuis il se constitua en rente envers Morin qui fit contrôler son contrat, & depuis en vertu d'icelui aiant saisi réellement ses heritages, & compris dans cette saisie ceux aquis par de Caux, prétendant que son contrôle lui donnoit hipotèque sur iceux: De Caux alégua pour défense, que le bien n'appartenoit plus à Martin lorsque Morin avoit contracté avec lui, & par Arrest de Caux eut la distraction de son aquest. Autre Arrest en la Chambre de l'Edit, pour le sieur Dalençon pour lequel je plaïois, aiant remontré qu'il falloit faire différence entre les aquereurs & les creanciers; pour ceux-ci l'on considère le contrôle, parce que le débiteur qui demeure toujours possesseur de ses heritages, peut donner une hipotèque, & en ce cas c'est le contrôle qui régle la préférence; mais pour les aquereurs, ce qui est une fois sorti des mains du vendeur ne lui appartenant plus, il ne peut être hipotéqué par lui: Par Arrest du 18 de Janvier 1654. la Sentence fut cassée, & la distraction ajugée au premier aquereur. Il en seroit autrement si ce premier aquereur demandoit une garantie contre son vendeur, car en ce cas il n'auroit hipotèque que du jour du contrôle.

De l'hipotèque entre divers aquereurs, pour le paiement du tiers coutumier.

Le contrôle régle la préférence entre les creanciers.

Il arrive souvent que le prix de la dernière acquisition est employé au paiement des dettes anciennes du vendeur. On demande s'il sera préférable aux anciens aquereurs, dont les deniers n'ont point servi à l'aquit des dettes de leur vendeur, & si ce dernier aquereur sera tenu d'agir par la voie hipotécaire? Il est juste en ce cas de faire une estimation de tout le bien, pour en donner au dernier aquereur jusqu'à concurrence des dettes antérieures qu'il a acquitées.

Cas où le dernier aquereur est préféré aux anciens aquereurs.

C C C C I V.

Tiers des biens appartenant à la femme aquis aux enfans.

Les enfans ont pareil droit aux biens de leur mere pour leur tiers, qu'à ceux du pere.

Parcillement la propriété du tiers des biens que la femme a lors du mariage, ou qui lui écherront constant le mariage, ou lui apartiendront à droit de conquest, apartiendra à ses enfans, aux mêmes charges & conditions que le tiers du mari.

En cet article la Coûtume donne une légitime, ou comme on parle ailleurs, un douaire propre aux enfans sur les biens de leur mere: Cette seule disposition la pourra rendre digne de ce glorieux éloge de sage Coûtume qui lui est attribué par plusieurs Auteurs; car l'on peut dire véritablement que par cette disposition elle a surpassé la sagesse des loix Romaines & des Coûtumes de France, en ce qu'elle n'a assuré pas seulement la subsistance des enfans sur les biens du pere, mais aussi sur ceux de la mere. Par l'ancien Droit Romain les enfans avoient une légitime sur les biens du pere; mais la mere ni l'aieul maternel n'étoient point obligés d'instituer heritiers leurs enfans ou petits-enfans: *Mater vel avus necesse non habent liberos suos aut heredes instituire, aut exheredare, sed possunt eos silentio omittere.* On permettoit toutefois aux enfans d'acuser leur testament comme inoficieux, & le §. *Mater* fut depuis corrigé par une Nouvelle de Justinien.

Mais tout cela n'empêchoit point les peres & meres de confumer tous leurs biens, & leurs enfans n'avoient aucun droit de troubler ceux qui les avoient aquis.

En la Coûtume de Paris les enfans n'ont point de douaire coutumier sur la succession de leur mere; & non seulement ils n'ont aucun douaire coutumier sur le bien maternel, mais même il peut arriver qu'ils perdent leur douaire coutumier sur la succession de leur pere, suivant la jurisprudence que l'on a établie par l'Arrest de la Demoiselle Gallard, donné au rapport de M^r Bigot de Monville, le 5 Avril 1677. car la femme doit être colloquée avant son douaire, de sa dot & de ses reprises, & du nombre de ces reprises sont les deniers dotaux stipulez propres, mais non employez par le mari en acquisitions d'immeubles; ensemble les deniers mis par la femme en la communauté, soit qu'elle signe ou non les quittances des remboursemens, les deniers provenans, soit du rachat des rentes, soit d'heritages vendus par les coheritiers d'une succession commune, avant que de pro-

céder au partage, supposé qu'il soit dit par le contrat de mariage, que tout ce qui écherra par succession directe ou collaterale, soit propre à la femme: Sur quoi M^r Charles Blondeau dans la cinquième partie du Journal du Palais, a remarqué qu'il en peut arriver un tres-grand inconvenient pour le douaire propre aux enfans; car il se peut faire que la reprise des deniers dotaux stipulez propres ou ameublis, qui vont avant le douaire, absorbe tous les biens du mari, en sorte que cette portion sacrée que nos Coûtumes semblent vouloir assurer aux enfans indépendamment de la mauvaise conduite des peres, sera sujette à tous les changemens de la fortune, & que c'est en cela que l'on ne sauroit assez estimer la sage prévoyance de la Coûtume de Normandie, qui donne le tiers tant sur les biens du pere que de la mere.

Il y a lieu de s'étonner que dans les Coûtumes où la communauté de biens est admise, l'on n'ait point assuré aux enfans quelque portion des biens de leur mere, vû que les déreglemens où elles tombent par leurs folles amours & par leur mauvaise conduite, ne sont pas moins excessifs ni moins ordinaires que ceux des peres: C'est par cette connoissance que notre Coûtume a encore étendu plus loin sa sage prévoyance; elle n'assure pas seulement aux enfans un tiers sur les biens que leur mere possédoit au tems de son mariage, ou qui lui sont échûs en ligne directe, comme elle a fait pour les biens du pere, elle y comprend encore le tiers de tout ce qui lui est échû à droit de conquest, & par ce moien le tiers coutumier des enfans sur les biens de la mere, peut être plus grand que celui qui leur appartient sur les biens de leur pere. Par Arrest du 23 Mars 1679. il a été jugé, au rapport de M^r Voisin de S. Paul, en la seconde Chambre des Enquêtes, entre le sieur de Bombanville & les autres creanciers des sieurs Bihorel, & les électeurs de la nommée Marest mere & tutrice desdits Bihorel, que les enfans ont tiers coutumier sur la moitié appartenant à la mere, des conquêts faits par le pere constant leur mariage.

Les enfans ont tiers coutumier sur la moitié appartenant à la mere, des conquêts faits par le pere durant leur mariage.

C C C C V.

Femme que peut donner à son second mari.

La femme convolant en secondes noces, ne peut donner de ses biens à son mari en plus avant que ce qui en peut échoir à celui de ses enfans qui en aura le moins.

Chacun fait que cet article est tiré de l'Edit, communément apelé *des secondes Noces*, du Roi François II. de l'année 1560. Auparavant on n'observoit point en la plupart des Coûtumes la loi *hac editali*; & M^r d'Argentré dit qu'elle étoit inconnue dans la Bretagne; aussi par l'art. 220. de l'ancienne Coûtume de Bretagne, la femme pouvoit donner à son mari le tiers de ses heritages, sans distinguer s'il y avoit des enfans ou non; mais la Coûtume réformée a suivi l'Ordonnance en l'art. CCCCIV. comme aussi celle de Paris en l'art. 279. Cet Edit des secondes Noces contient une prohibition de donner, qui a plus d'étendue que par cet article; car elle fait distinction entre les biens des veuves qui se remarient; les veuves quand elles passent à de nouvelles noces, ne peuvent en quelque façon que ce soit donner de leurs biens meubles, aquis, ou provenans d'ailleurs que de leurs premiers maris, ni moins leurs propres à leurs nouveaux maris, pere, mere, ou enfans de

leursdits maris, ou autres personnes que l'on puisse présumer être interposées, plus qu'à l'un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans; & à l'égard des biens aquis à icelles veuves par dons & liberalitez de leurs défunts maris, elles ne peuvent en faire part à leurs nouveaux maris, mais elles sont tenuës les réserver aux enfans communs d'entr'elles & leurs maris, de la liberalité desquels iceux biens seront venus; ce sont les termes de l'Ordonnance de 1560. On ne comprend pas le douaire entre les conquêts, parce que ce n'est pas un gain qui procède de la liberalité du mari.

Suivant l'Ordonnance, la femme qui passe à de nouvelles noces, ne peut comprendre dans la donation qu'elle fait à son nouveau mari, le tiers des meubles dont le premier lui auroit fait don, ni la moitié des conquêts faits durant son premier mariage: cependant comme en Normandie la femme n'a pas grand avantage sur les meubles de son mari lorsqu'il

Par la Coûtume de Paris les enfans n'ont point de douaire coutumier sur les biens de leur mere.

Cas où par la Coûtume de Paris les enfans perdent leur douaire coutumier sur le bien paternel.

Femme que peut donner à son second mari.

De l'Edit des secondes noces, touchant les donations qui peuvent être faites par les veuves à leurs seconds maris & autres.

Y a des enfans, & qu'elle n'a point de part en propriété aux conquêts; nos Réformateurs ont estimé qu'il n'étoit pas de conséquence de faire la distinction de biens dont il est parlé dans l'Ordonnance & dans la Coutume de Paris, art. 279. mais sans cette considération il seroit juste de garder entièrement l'Ordonnance; car cette part que la Coutume donne à la femme aux conquêts faits constant son mariage, ne lui appartient que par une pure grace, la femme ne contribuant ordinairement que fort peu à l'augmentation des biens de son mari; aussi par l'ancien usage de la France, les femmes ne prenoient que le tiers aux conquêts: si quelques Coutumes se sont relâchées en faveur des femmes, elles l'ont fait dans l'esperance qu'elles les conserveroient à leurs enfans; mais quand les veuves trompent l'esperance & les desirs de la nature & de la loi, l'on ne doit pas souffrir qu'elles enrichissent leurs nouveaux maris des dépouilles des défunts.

Dans les Coutumes où les femmes peuvent donner à leurs maris, on a pratiqué l'Ordonnance contre les maris pour les choses qu'ils possédoient par la liberalité de leurs femmes; bien qu'elle ne fasse mention que des femmes, néanmoins on y a compris les mâles, contre cette règle de Droit, que *exemplo pessimum est femineo vocabulo etiam masculos contineri, l. si ita sit scriptum 45. ff. de leg.* L'on a présumé que l'Ordonnance n'avoit parlé que des femmes, parce que l'abus & le desordre où elle vouloit apporter du remede, étoit plus grand & plus ordinaire de leur part que de celle des hommes; mais on n'a pas interdit au mari la donation des conquêts faits durant son premier mariage, parce qu'en étant le maître & le seigneur, & étant provenus de son travail & de son industrie, il ne blesse point l'honneur du premier mariage, pour en disposer en faveur d'un second; cette difficulté ne peut arriver en Normandie, où le mari ne peut donner de ses immeubles à sa femme.

En Normandie le mari ne peut donner de ses immeubles à sa femme.

L'Ordonnance de Blois en l'art. 182. a passé plus avant contre des veuves qui se remarient à des valets, ou autres personnes indignes de leur condition.

L'explication de cet article se réduit à trois points principaux: Le premier, si pour régler la donation du mari, on doit considérer le nombre d'enfans au tems du contrat, ou au tems de la mort de la femme? Le second, comment on doit entendre ces paroles, *celui de ses enfans qui en aura le moins*? Et enfin comment on baille cette part au mari?

On a douté si pour régler la donation faite au mari, il falloit compter seulement les enfans sortis du premier lit, ou tous les enfans généralement, tant des premières que des secondes ou troisièmes noces? Pour prouver que la donation faite par la femme à son second mari, devoit être réglée selon le nombre des enfans du premier lit, qui lui restoit vivans au tems de son second mariage, on se fondeoit sur les paroles de cet article, *ses enfans*, & l'on prétendoit qu'ils ne pouvoient s'entendre que des enfans vivans lors de la donation, & par conséquent de ceux du premier mariage; & que ces autres mots, *qui en aura le moins*, se rapportoient à la succession, qui ne peut être qu'après la mort de la femme, les enfans n'ayant rien à la succession de leur mere qu'après sa mort; cela fut jugé de la sorte par deux Arrêts, l'un du 20 de Juillet 1630. au rapport de M^r du Moucel, entre Petit & autres; l'autre du 22 de Juin 1635. au rapport de M^r Boivin, entre Gendron & Folio: Mais l'Ordonnance parlant indéfiniment, elle a voulu comprendre tous les enfans qui restoit en vie lors de son décès, de quelque lit qu'ils en fussent nez; de sorte que si une femme épousoit un troisième mari dont elle eût des enfans, la donation faite à un second mari ne se régleroit pas seulement selon le nombre d'enfans qui étoient vivans au tems du décès de ce second mari, mais selon le nombre d'enfans que la

La donation de la femme au second ou troisième mari, se règle selon le nombre des enfans

femme laisseroit au tems de sa mort, bien qu'une partie d'iceux fussent nez d'un troisième mariage: Cela se prouve par ces paroles, *que la femme ne peut donner à son second mari en plus avant que ce qui en peut échoir à celui de ses enfans qui en aura le moins*: Par ce terme, *échoir*, la Coutume marque évidemment un tems futur, c'est-à-dire une succession à venir, n'étant pas possible de savoir quelle sera la portion des enfans que la succession ne soit échüe; c'est donc nécessairement en ce tems qu'il faut considérer le nombre d'enfans, ce qui est nettement décidé par l'art. 91. du Règlement de 1666. *La donation faite par la femme à son second mari, doit être réduite en regard au nombre des enfans qui la survivent, & non de ceux qu'elle avoit lors de son second mariage*; c'est donc au tems de la mort du donateur, qu'il faut réduire la donation. Justinien l'a réglé de la sorte par la Novelle 22. c. 28. *de nupt. Optimum visum est mortis binubi parentis observari tempus*; c'est la jurisprudence du Parlement de Paris. Ricard sur l'art. 279. de la Coutume de Paris. Louët, l. N. n. 2. De la Lande, art. 203. de la Coutume d'Orléans; Cujas, Consult. 33. l'Auteur des Institutes du Droit François, l. 1. t. de nupt.

qui sont vivans lors du décès de la mere.

La portion du second ou troisième mari est égale à celle d'un des enfans survivans à leur mere.

L'on objecte que si cette opinion est suivie, il faut observer la même chose pour la donation faite au premier mari, & en conséquence il faudra tenir que la femme ne pourra donner à son premier mari en plus avant que la part qui écherra à l'un des enfans de la femme; mais cette objection ne fait point de peine, cet article n'a été fait qu'en haine des secondes noces, & la femme qui n'a point d'enfans peut donner à son mari le tiers de ses biens.

Pour le second point, ces paroles *que celui de ses enfans qui en aura le moins*, ont paru difficiles en Normandie. Les filles, quelque nombre qu'elles soient ne peuvent avoir que le tiers; d'où il s'ensuivroit que le mari ne pourroit avoir que la septième partie du tiers, puisqu'il n'en peut avoir qu'autant que celui de ses enfans qui en aura le moins, & c'est le sentiment de Berault sur cet article. Il faudroit donc réduire la part du mari au mariage avenant des filles, qui ne peuvent avoir que le tiers quelque nombre qu'elles soient; mais cette difficulté a été décidée par un Arrêt donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 27 de Mai 1666. Marie Mulot avoit épousé en premières noces le nommé Cabot, dont elle eut un fils & deux filles, & d'un second mariage avec de Lépée elle eut une fille; par son contrat de mariage avec de Lépée, elle lui donnoit tout ce que la Coutume lui permettoit de donner: Après la mort de cette femme, du Quesne tuteur des enfans de Cabot, contesta la donation faite d'insinuation; le Juge du Ponteaudemer l'avoit déclarée nulle sur les immeubles: Sur l'appel de de Lépée, les Avocats avoient consenti la cassation de la Sentence, en tant que l'on déclaroit la donation nulle faute d'insinuation; mais n'ayant pu convenir de la manière que la donation devoit être réglée, ils avoient renvoyé les Parties en la Cour. De Lépéney pour le second mari, demandoit la réduction selon le nombre des enfans, & puisqu'ils étoient au nombre de quatre, il lui appartenoit un cinquième tant du meuble que de l'immeuble. Clouët répondoit que le mot d'*enfans* comprenoit les filles aussi-bien que les mâles, quoi qu'elles ne prennent point une part égale; que c'étoit la disposition de la loi *hac edictali*; que la cause des enfans étoit favorable, & que la Coutume n'ayant pas dit simplement que le mari ne pourroit avoir qu'autant qu'un des enfans, mais s'étant expliquée plus expressément en ajoutant ces mots, *qui en aura le moins*, il falloit expliquer ces paroles à la rigueur contre le mari; par l'Arrêt l'on ajugea au mari la cinquième partie des biens de la femme. Cette question étoit plus difficile en Normandie où les filles ne succèdent point; car l'on pouvoit dire que le mari ne pouvoit avoir

Cette portion du mari ne se règle point par celle des filles,

d'avantage que celui des enfans qui en auroit le moins, ainsi sa part ne devoit excéder celle d'une fille, & c'étoit le sentiment de Godefroy.

Mais si la portion du mari étoit réductible à celle d'une fille, on l'engageroit dans un étrange embarras; car avant que d'en être saisi, il seroit obligé de faire arbitrer leur mariage avenant, ce qui seroit si mal-aisé, qu'il lui seroit souvent plus avantageux d'abandonner la donation: ce qui peut servir de réponse à la loi *hac edictali, C. de secund. nupt.* en ces mots, *sin autem non ex æquis portionibus ad liberostransferint facultates, tunc non liceat vitrico plus donare quàm filius vel filia habet, cum minor portio ultimâ voluntate relicta, vel data fuerit*; car la portion de chaque heritier étant certaine & réglée par le testateur, & le mari étant déchargé de la peine de la faire liquider, il n'y avoit pas d'inconvénient de ne lui donner pas davantage qu'à celui des enfans qui en avoit le moins par le testament de son pere, mais le mariage avenant des filles n'est pas liquidé ni certain, & l'arbitration dépend en quelque sorte des parens. Il semble même que la Coûtume n'ait entendu parler que des mâles, aiant usé de ces mots, *autant qu'il en peut échoir*, ce mot *échoir* signifiant une succession, & les mâles succédans seuls en Normandie; néanmoins par un Arrest donné en la Chambre des Enquêtes, le 20 de Mars 1638: l'on a jugé que sous le mot d'*enfans*, les mâles & les filles étoient comprises, & nous les y comprenons aussi; mais la donation faite au mari est réglée selon le nombre, & non point selon leurs portions.

Cette difficulté peut arriver souvent dans les pais de Droit écrit, & dans les Coûtumes où les peres & meres peuvent avantager leurs enfans les uns plus que les autres, sur quoi nos Docteurs ont fait plusieurs questions; mais comme elles sont inutiles en Normandie après l'Arrest qui a décidé, que pour régler la donation faite au mari, l'on considère seulement leur nombre, & non la portion à laquelle ils succèdent, je les passerai sous silence.

Pour le dernier point, savoir comment on baille cette part au mari, les sentimens ont été différens pour savoir si la donation de la femme à son second mari, doit égaler la portion hereditaire de l'un des enfans, en sorte que le mari partage avec eux comme un heritier supernuméraire, ou bien s'il doit lever sa part avant que les heritiers partagent le surplus? Mais en ce cas le mari auroit plus que l'un des enfans, ce qui seroit contraire à la disposition de la Coûtume en cet article: Il doit donc partager avec les enfans, suivant l'Arrest du 23 d'Avril 1625, donné en l'Audience de la Grand'Chambre, entre Guillaume le Cornu Ecuier, sieur du Coudray, heritier de François le Cornu, aiant épousé Catherine Dorée, auparavant veuve de Robert de Lisle, apelante du Bailli Haut-Justicier d'Aisi, qui avoit dit à bonne cause les blâmes baillez par Robert Dorée, contre les lots faits par ledit le Cornu de la succession de ladite Catherine Dorée, & ordonné que sept lots seroient faits par ledit le Cornu pour en posséder un, & les six autres demeurer aux enfans de Robert de Lisle, & ladite Dorée intimée: Par l'Arrest la Sentence fut confirmée.

En explication de ces mots, *qui peut échoir*, par Arrest donné en la Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r Duval-Coupeauville, au mois de Novembre 1637, entre Frontin & les Cavalier, sur le procès parti en la Chambre des Enquêtes, & départi en la Grand'Chambre, il fut dit que l'estimation des biens seroit faite sur le prix des contrats, & non sur la valeur lors du décès de la femme: ce qui ne paroît pas juste; car la portion du mari ne se réglant qu'au tems du décès de la femme, il la doit avoir en essence, ou selon sa valeur lors du décès de la donatrice.

La Coûtume ne permettant point à la femme de

donner tous ses meubles à son second mari, & ne pouvant en avoir qu'autant que l'un des enfans, il sembloit juste de ne lui en laisser la saisine, à moins que de bailler caution de les rapporter. Cette question fut agitée entre le tuteur de Jean & Pierre le Canu, enfans de Jean le Canu, & Jacques Bonnefoy Procureur au Bailliage de Caën, qui avoit épousé Anne Macé leur mere, apelant de Sentence rendue par le Bailli de Caën, par laquelle il avoit été dit à bonne cause l'arrest dudit tuteur sur la somme de cent livres, & à lui permis de saisir les biens de ladite Macé, pour l'obliger & ledit Bonnefoy son mari de bailler caution de rapporter les meubles & les deniers arrêtez: Le tuteur soutenoit que Bonnefoy devoit rapporter les meubles, en tant qu'ils excédoient la part que sa femme avoit pû lui donner: Bonnefoy se défendoit de bailler caution, disant que sa femme ni lui n'y étoient point tenus, parce que les meubles lui appartenoient; qu'elle en étoit la maîtresse, & qu'elle en pouvoit disposer dissolution avenant de son mariage; que la Coûtume ne lui en avoit pas ôté la propriété en cas d'un second mariage, & elle lui défendoit seulement de les donner entièrement à son second mari; que cette demande étoit sans exemple; & la loi *hac edictali* ne parle point du bien de la femme; au contraire, quand elle en parle dans le commencement, elle ne dit rien de la caution: Par le §. *his illud*, la femme perd la propriété des choses qui lui ont été données, & qui procèdent de son premier mari; on ne lui en laisse que l'usufruit, duquel même elle est tenue de bailler caution, mais elle ne la donne point de ce qui lui appartient en propriété: Les enfans faisoient valoir l'intérêt qu'ils avoient d'empêcher que les meubles ne fussent consumez par ce second mari, & que par cette voie ils n'en fussent privez; qu'il est vrai que ces meubles appartenoient à leur mere, & que cessant son second mariage, elle auroit pû en disposer à sa volonté; mais que dès le moment de ses secondes nôces la propriété en est acquise à ses enfans, à la réserve de la part qu'elle a pû donner à ce second mari; que régulièrement les enfans ne peuvent demander caution à leurs pere & mere, parce que cela choque la reverence qui leur est due; que *res sua nemini servit*; qu'un propriétaire ne baille point caution; que d'ailleurs ce second mari n'y avoit point d'intérêt à cause de la séparation portée par son contrat de mariage; mais en cette rencontre on a trouvé un remède pour assurer aux enfans ce que la Coûtume leur donne, en obligeant le mari de bailler caution, suivant la loi *hac edictali*: Par Arrest donné en l'Audience de la Grand'Chambre, le 6 de Mai 1631, la Sentence fut cassée, & le mari déchargé de bailler caution, plaidans Coquerel, Caruc & Bloüet. Il seroit néanmoins fort juste lorsque le second mari est notoirement insolvable & mauvais ménager, d'assurer l'intérêt des enfans, & de garder la disposition de la loi *hac edictali*.

On peut encore douter si la femme peut toujours donner à son second mari? Berault a fort bien remarqué, que lorsque la femme a usé de tout le pouvoir qui lui étoit donné par la Coûtume, qu'elle s'est épuisée par la donation qu'elle a faite à son premier mari, elle ne peut plus donner au second; que si la femme a été mariée par son pere, qui ait converti en don mobil la meilleure partie de ce qu'il lui donnoit; & constitué le reste en dot, si depuis elle contracte un second mariage, aura-t-elle la faculté de donner à son second mari le tiers de sa dot, ou si le don fait par le pere au premier mari, doit être réputé fait par elle, de telle maniere que pour régler la part qu'elle peut lui donner, on doit comprendre la somme donnée par le pere, & en ce faisant si ce premier don excède ou remplit le tiers de la somme entiere donnée par le pere, elle ne puisse plus rien donner, ou si le don fait par le pere n'entre point en considéra-

De la caution à quoi est tenu le second mari donataire des meubles de la femme, pour le rapport des parts qui en appartiennent à ses enfans.

Si la donation de la femme au second mari doit être levée avant que les enfans partagent le surplus?

Le mari n'est tenu de bailler caution pour la donation de meubles faite par sa femme où les enfans ont part.

Quelle donation la femme peut faire au second mari, aiant donné au premier?

La portion du mari se règle au tems du décès de la femme.

tation, elle ne peut pas donner le tiers de ce qui lui reste ? Sur cette question l'opinion commune du Palais, est que ce qui a été donné par le pere n'est point réputé donné par la fille, c'est un bien dont il étoit le maître, & dont il a pu disposer à sa volonté ; ce qui est si véritable, que bien que les freres ou la fille même ne puissent donner que le tiers de son mariage, néanmoins le pere pouvoit tout donner, parce que c'est une pure libéralité de sa part, & la fille en ce cas est réputée n'avoir eu d'autre bien que ce qui lui a été constitué en dot ; si toutefois elle revenoit à partage, elle seroit obligée de rapporter le tout, ainsi n'ayant rien donné, elle n'est pas privée de pouvoir donner, suivant cet article.

Si la fille mariée par la mere & les freres aiant donné au premier mari le tiers en don mobil, peut encore faire une donation au second mari ?

On a fait cette autre question, si la fille qui avoit été mariée par sa mere & par ses freres, & qui avoit donné le tiers en don mobil, pouvoit encore faire une donation à son second mari ? Le fait étoit que Marie Barbot épousa en premieres nôces Richard Juhel : Par le contrat de mariage sa mere & ses freres lui donnerent pour la part qu'elle pouvoit esperer aux successions de ses pere & mere, la somme de quatre cens livres, dont on en constitua une partie en dix-huit livres de rente pour tenir lieu de dot, & le surplus fut laissé au mari pour son don mobil. Cette femme épousa en secondes nôces Jean Hubin ; elle lui donna le tiers de ce qui lui restoit de bien, mais aiant laissé trois enfans, tant de son premier lit que du second, son second mari ne pouvoit avoir que le quart ; mais l'on agita cette question, savoir si la femme avoit pu lui donner quelque part pour son don mobil, vû qu'elle avoit donné le tiers de son bien à son premier mari ? Pour prouver que cette dernière donation étoit nulle, l'on disoit que par l'art. XLIII. de la Coûtume, l'on ne pouvoit donner que le tiers de son bien. Or cette femme par son premier contrat de mariage aiant consommé tout le pouvoir que la loi lui donnoit, elle avoit les mains liées, & ne pouvoit plus disposer du surplus ; qu'il est vrai que par l'art. CCCC V. la femme convolant

en secondes nôces, peut donner à son second mari autant que l'un de ses enfans peut avoir en sa succession ; mais la Coûtume y ajoute cette condition, en cas qu'elle n'ait point disposé auparavant du tiers de son bien ; car si elle a déjà fait cette disposition, elle n'est plus capable de donner : L'on convenoit encore de cette maxime, que quand la fille a été mariée par son pere qui a donné le tiers en don mobil, en ce cas la fille n'est point privée de donner à son second mari, parce que l'on présume en ce cas que le don mobil a été fait par le pere qui étoit le maître de sa libéralité ; mais cette raison cesse lorsque la fille a été mariée par ses freres & par sa mere, parce qu'il étoit en sa liberté de donner ou de ne donner pas.

On répondoit que cette fille ne s'étoit pas mariée d'elle-même, que sa mere & ses freres avoient disposé de sa légitime comme ils avoient voulu, aiant été obligée de déferer à leurs sentimens, de sorte qu'elle n'avoit eu aucune part en cette première donation, & par conséquent étant devenue libre, elle avoit pu user du pouvoir que la Coûtume lui donne. Par la Sentence dont étoit apelé, l'on avoit jugé que la femme n'avoit pu faire un don mobil : Par Arrest en la seconde Chambre des Enquêtes, du 11 Mai 1682. la Sentence fut infirmée ; & vû que la fille avoit été mariée par la mere, tant pour elle que stipulant pour les freres, on ajugea un second don mobil réduit au quart, entre Jean Hubin apelant, & Gilles Hubin aiant épousé Marie Juhel, intimé.

La prohibition de donner portée par cet article, a lieu pour les immeubles & les meubles ; ce n'est pas toutefois l'intention de la Coûtume, d'étendre la liberté de donner au de-là du tiers de l'immeuble ; car encore que la femme n'ait qu'un enfant, elle ne peut pas donner à son second mari la moitié de son immeuble ; mais elle peut bien lui donner la moitié de ses meubles, parce que cessant cet article, ils apartiendroient de droit au mari ; & quelque excessive que soit la donation, la réduction en doit être demandée dans les dix ans du jour du décès de la femme.

La réduction de la donation faite par la femme au second mari, se doit faire dans les dix ans de son décès.

C C C C V I.

Remplacement de rentes pour le douaire.

Si le mari a reçu constant le mariage le raquit de rentes hipotèques qui lui appartenoient lors des épousailles, la femme aura récompense de son douaire entier sur les autres biens de son mari, jusques à la concurrence de la valeur desdites rentes, si elles n'ont été remplacées.

Les rentes constituées étant rachetées, la femme pour son douaire en a récompense sur les autres biens.

Puisque le douaire & le tiers coûtumier peuvent être demandez sur les rentes constituées comme sur les heritages, quoi que leur subsistance ne soit pas certaine, & que la faculté de les racheter soit perpetuelle, la Coûtume a sagement ordonné que si le mari en reçoit le raquit, la femme a récompense de son douaire entier sur les autres biens de son mari, si elles n'ont été remplacées.

Cette disposition néanmoins est imparfaite en deux manieres ; premièrement, en ce qu'il n'y est fait mention que du douaire, & qu'il n'est rien dit du tiers des enfans ; & quoi que régulièrement ce qui est ordonné pour le douaire s'observe aussi pour le tiers des enfans, on pouroit en douter en cette rencontre avec beaucoup d'aparence ; parce qu'encre que les articles précédens traitent plutôt du tiers coûtumier que du douaire, néanmoins en celui-ci l'on passe sous silence le tiers des enfans ; d'où l'on pouvoit conclure que la Coûtume n'ayant donné la récompense des rentes rachetées que pour le douaire, elle en a exclus tacitement les enfans, qu'elle n'auroit pas oublié si son intention avoit été de leur donner le même avantage : Il est certain toutefois que quand les rentes ont été rachetées, les enfans aussi-bien que la femme en ont récompense sur les autres biens de leur pere.

Dans le rachat des rentes, les enfans pour leur tiers coûtumier sont récompensez sur les autres biens du pere.

Mais comme il arrive souvent que les biens du mari

ne sont pas suffisans de porter cette récompense, il eût été fort à propos de décider en même tems si les enfans par le rachat qui s'étoit fait de ces rentes, étoient exclus d'y demander leur tiers coûtumier, ou si les debiteurs de ces rentes en pouvoient être chargez, nonobstant le rachat qu'ils en avoient fait ?

M^e Josias Berault & M^e Jacques Godefroy ont traité cette question, & ce dernier auroit été de ce sentiment, que les debiteurs des rentes constituées n'avoient pu se liberer au préjudice de la femme, si la Cour n'avoit pas préjugé la question par l'Arrest rapporté par Berault : Sa raison étoit que n'ignorans pas le mariage de leur créancier, & que par consequent son bien étoit devenu hipotéqué au douaire de la femme, il avoit dû prendre les précautions, en obligeant le mari de donner caution, ou en consignat les deniers. On répondoit que la condition d'un debiteur ne doit point devenir plus mauvaise par le fait de son créancier, & par le changement de sa condition, & qu'ayant une pleine & entiere liberté de se pouvoir liberer sans aucune condition, il n'a point été obligé de chercher d'autres sûretés que la quittance & la liberation de la dette : En éfet, la Coûtume dit bien que la femme a sa récompense sur les autres biens du mari, mais elle ne la donne pas sur les debiteurs qui ont racheté ; la faveur de la liberation a paru si grande, que la

Tout debiteur peut racheter en tout tems les rentes sur lui constituées.

femme & les enfans n'ont point été reçus à troubler ceux qui avoient racheté les rentes dont ils étoient redevables, & après plusieurs Arrêts la Cour en a fait une loi generale par l'art. 76. du Règlement de 1666.

Et parce que la liberation sembloit n'être pas si favorable pour les rentes foncieres & Seigneuriales, comme pour les rentes constituées à prix d'argent, celles-ci étant perpetuellement rachetables de leur nature, & celles-là ne l'étant que par le consentement du créancier, la question en étoit plus douteuse; elle s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, pour une rente fonciere qui avoit été rachetée; les enfans néanmoins y demandoient leur tiers, par Arrest du 14 Mars 1647. ils en furent deboutez, plaidans le Petit, Lyout & Heroüet. Pour faire cesser la difficulté qui pouvoit naître à cause du rachat de ces rentes, la Cour a décidé generalement par le même article, que celui qui a fait le rachat d'une rente constituée à prix d'argent, fonciere ou Seigneuriale, ne peut être inquieté par le créancier de celui à qui elle étoit dûe, ni pour le douaire de sa femme, ni pour le tiers de ses enfans.

Cet article du Règlement a été confirmé en la Grand' Chambre, par Arrest du 21 Janvier 1687. entre Bachelet apelant, & Petit intimé, plaidans Gobbe & le Breton, par lequel il fut jugé que celui qui avoit racheté une rente en blé, ne pouvoit être inquieté pour le douaire; & la Sentence qui jugeoit le contraire, fut infirmée.

Après cela, l'on ne peut plus douter que ceux qui ont fait le rachat entre les mains du pere ou du mari, des rentes constituées, foncieres & Seigneuriales, dont ils leur étoient redevables, ne peuvent être inquiétés par la femme ou par les enfans, quoi qu'il ne reste aucun bien pour leur en donner récompense: le rachat même de la rente dotale entre les mains de la mere étant veuve est valable, suivant l'Arrest donné au raport de M^r Labbé, le 24 de Novembre 1624. entre Fermelhuis, Senecal, & autres; sur ce fait. Un frere en vendant son bien chargea l'aquereur d'acquitter une rente dotale qu'il devoit à sa sœur, qui pour lors étoit veuve; après sa mort sans aucuns biens ses enfans troublerent l'aquereur, lui reprochant qu'il n'avoit pas ignoré la qualité de la rente, & que par consequent il n'avoit pu ni dû la racheter sans prendre sa sûreté; & quoi que l'on eût jugé que le debiteur d'une rente constituée pouvoit se liberer

sans être recherché par la femme ou par les enfans; qu'il n'en étoit pas de même d'une rente dotale qu'un frere devoit à sa sœur, parce qu'il demouroit garand lorsqu'il avoit païé mal à propos: L'aquereur avoit apelé le frere en garantie, & tous deux soutenoient qu'un frere comme un étranger pouvoit se liberer; que le frere étoit veritablement garand lorsqu'il paioit entre les mains du mari, mais non pas lorsque la sœur étoit de condition libre, sa sœur étant alors maîtresse de son bien & de ses actions; il étoit au pouvoir du frere de s'acquiter avec sûreté, n'étant pas juste qu'il demourât toujours chargé d'une rente qui pouvoit même devenir fonciere par le laps du tems; le tiers coutumier est favorable, & on le doit conserver aux enfans autant qu'on le peut, mais la liberation n'a pas moins de faveur; que cet article y étoit formel, donnant la récompense des rentes rachetées sur les autres biens, & non point sur ceux qui ont racheté: ce qui fut jugé par l'Arrest.

Ces Arrêts & le Règlement de la Cour ne peuvent avoir lieu que pour les rentes qui appartiennent au mari; car en étant le propriétaire, l'on peut bien lui en faire le rachat; mais le debiteur qui raquiteroit entre les mains du mari les rentes dûes à la femme, ne seroit pas valablement liberé, parce que la propriété ne lui appartient pas. Ce fut une question fort contestée, si une femme aiant donné à son mari pour don mobil une rente qui excédoit la part qu'elle pouvoit donner, & le debiteur en aiant fait le rachat, il pouvoit être inquieté pour la portion que le mari avoit trop reçue: La Demoiselle de Manneville étant veuve, & aiant une fille, se remaria avec le sieur de Chaumont, à qui elle donna pour don mobil une rente de sept cens livres en quoi consistoit tout son bien, ne lui restant que huit cens livres de douaire, & une terre de deux cens livres chargée de dettes au de-là de sa valeur; le debiteur des sept cens livres de rente en fit le rachat au sieur de Chaumont constant le mariage; après sa mort sa veuve révoqua cette donation comme excessive, & ensuite elle ataquâ le debiteur qui soutint le rachat valable: L'affaire aiant été portée en la Grand' Chambre sur un partage de la Chambre des Enquêtes, par Arrest du 2 Mai 1614. il fut dit que les debiteurs avoient bien raquiré, parce que la donation aiant été faite par une personne capable de donner, la révocation avoit dû être faite les choses étant entières.

La rente dûe à la femme rachetée entre les mains du mari, ne libere pas les debiteurs.

C C C C V I I.

Et si les deniers desdites rentes ont été remploiez en autres rentes ou heritages, elle y aura douaire jusques à la concurrence de ce qui avoit été raquité, bien que l'acquisition soit faite depuis les épousailles.

On peut connoître par cet article, que la Coutume a perpetuellement cette intention de moderer les droits des femmes, & particulièrement de réduire exactement le douaire au tiers des biens dont son mari étoit saisi lors des épousailles, sans pouvoir être augmenté par quelque voie que ce puisse être.

Il n'auroit pas été juste que la femme eût été privée du douaire qui lui eût appartenu sur les rentes constituées, si le rachat n'en eût point été fait; & c'est pourquoi dans l'article précédent, elle lui en donne récompense sur les autres biens de son mari. En cet article la Coutume ordonne encore, que si les deniers provenans du rachat des rentes ont été remploiez en autres rentes ou heritages, elle y aura pareillement douaire, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qui a été raquité. Le sens de cet article paroît difficile; car il semble d'abord que la Coutume ne donne le douaire sur le emploi fait des rentes rachetées qu'à cette condition, que si les rentes ou les heritages aquis du emploi de ces deniers excédent en revenu lesdites rentes, elle n'y aura douaire que

jusqu'à concurrence du douaire qu'elle auroit eu sur les rentes rachetées.

En expliquant cet article de cette maniere, la condition de la femme seroit bien desavantageuse; car si au contraire le mari lors de ses épousailles ne possédoit que des rentes constituées, & que depuis le rachat lui en étant fait, il les remplaçât en autres rentes à un plus haut prix, ou qu'il les emploïât en heritages qui produiroient un revenu beaucoup moindre que celui des rentes rachetées, nos deux Commentateurs sont de ce sentiment, qu'elle ne pouvoit avoir pour son douaire que le tiers de ces rentes ou de ces heritages: Par exemple, si le mari possédoit trois cens livres de rente au denier quatorze lors de son mariage, & qu'après le rachat qui lui en seroit fait, il en constituât les deniers au denier vingt, ou en aquît des heritages qui ne valussent annuellement que cent cinquante livres, il est sans difficulté que la femme ne pouvoit avoir que cinquante livres de douaire, & non cent livres, bien que son mari lorsqu'il l'épousa possédât trois cens livres de rente; la raison est, que le mari ne pouvant refuser en aucun

La rente fonciere & Seigneuriale se peut racheter au préjudice du douaire & du tiers coutumier.

Le rachat de la rente dotale se peut faire à la veuve, au préjudice du tiers des enfans.

La femme a douaire sur les conquêts faits des deniers des rentes amorties.

La veuve n'a que le tiers pour son douaire sur les conquêts faits des deniers des rentes amorties dont le mari étoit saisi lors des épouailles.

tems le rachat de ses rentes constituées à prix d'argent, la femme a dû prévoir que si le mari ne les pouvoit remployer au même prix, elle ne pouvoit avoir en douaire que le tiers du revenu qui en proviendrait, autrement elle auroit plus que le tiers en douaire : Et c'est une jurisprudence certaine, que si le mari reçoit le raquit de ses rentes constituées au dernier dix ou au denier quatorze, & qu'il constitue de nouveau ces deniers au prix du Roi, & même à un plus grand prix, la femme n'a que le tiers de ces nouvelles constitutions.

Cependant suivant ces mêmes Commentateurs, & suivant un Arrest remarqué par Berault, si le mari vend une terre dont le revenu n'étoit que de trois cens livres, & qu'il en achete une rente ou une terre qui lui produise six cens livres de rente, la femme aura part à cette augmentation, & ne jouira pas seulement de cent livres pour son douaire, mais de deux

cens livres; ce qui paroît entierement contraire aux paroles de cet article, qui ne donne le douaire que jusqu'à concurrence de ce qui a été raquité.

Il n'est pas mal-aisé néanmoins de découvrir le sens, & de pénétrer dans la véritable intention de la Coutume; car elle ne dit pas que la femme n'aura douaire sur le remploi fait des rentes rachetées, que jusqu'à concurrence du revenu de ces rentes, mais elle présuppose que si le mari n'a pas seulement fait remploi des deniers des rentes rachetées, mais qu'il y ait encore employé d'autres deniers, en ce cas le douaire ne s'étendra pas sur toutes les choses acquises, il sera seulement pris sur icelles jusqu'à concurrence de ce qui a été raquité; la raison est qu'encore que les rentes ou héritages acquis des deniers provenans du rachat des rentes, ne doivent pas être censés une acquisition, néanmoins s'il y a entré d'autres deniers, ce surplus doit être réputé aquesit.

CCCCVIII.

Remplacement du propre quand est réputé conquest?

Remploi des propres, quand est réputé conquest?

Les remplois de deniers provenus de la vente des propres, ne sont censés conquêts, sinon d'autant qu'il en est acru au mari, outre ce qu'il en avoit lors des épouailles; comme aussi les acquisitions faites par le mari ne sont réputées conquêts, si pendant le mariage il a aliéné de son propre, jusques à ce que ledit propre soit remplacé.

De la Loi Mosaique pour le retrait lignager, & du Jubilé des Juifs pour le recouvrement de la possession de leurs héritages.

C'est honorer en quelque façon la mémoire de nos Ancêtres, que de conserver avec soin les biens qu'ils nous ont laissés : Toutes les personnes sages s'en font volontairement un devoir & une obligation, & les dissipateurs de leurs patrimoines ont toujours été des objets de mépris; c'est par ce principe que la loi Mosaique, la plus sage & la plus ancienne de toutes les loix, avoit permis le retrait lignager pour retenir les biens dans les familles, & pour rétablir celles qui étoient tombées en décadence; elle avoit introduit un Jubilé qui faisoit rentrer après cinquante années les terres dans les familles, d'où elles étoient sorties par le mauvais ménage, ou par la nécessité des propriétaires.

Ce n'étoit pas seulement dans Lacedemone qu'il étoit défendu de vendre ses propres : Aristote, *l. 2. c. 5. & l. 6. c. 4. Politic.* remarque que plusieurs autres Villes avoient fait une Ordonnance pareille. Les peuples mêmes les plus éloignés de la politesse ne souffroient point l'aliénation des propres sans l'autorité du Juge, & sans le consentement des proches parens, *Rheinardus, lib. 1. c. 5. Different. juris Saxonici & Romani.* Et n'est-ce pas par ce même principe que notre ancien Droit François a introduit cette fameuse règle *Paterna paternis, Materna maternis* : Car nous ne sommes pas, dit Platon, les Seigneurs absolus de notre patrimoine, il appartient à notre famille, à notre posterité, & encore plus à la République; *heredia antiqua sunt affecta linea seu gentilitari, Molin. Conf. 7. n. 48.*

Voici sans doute une des plus sages dispositions de la Coutume : En effet, l'on ne pouvoit faire une loi plus prudente ni plus nécessaire pour conserver les biens dans les familles, que celle du remploi que cet article ordonne avec tant de précaution & d'exactitude; si les propres une fois aliénés étoient perdus à jamais pour la famille, ce seroit anéantir le retrait lignager; la règle *Paterna paternis, &c.* deviendrait inutile, & l'on défendrait en vain aux maris de donner à leurs femmes directement ou indirectement, puisqu'ils pouvoient convertir tous leurs propres en meubles, pour leur en faire une donation.

Les Romains n'avoient point de biens qui fussent affectés à une certaine ligne,

Les Romains qui ne connoissoient point de biens qui fussent propres & affectés à une certaine ligne, *qui nullam agnoscebant gentem prædiorum*, n'avoient d'autres égards que de se conserver la liberté de disposer absolument de leurs biens. Autrefois dans

toute la France le remploi des propres n'étoit point nécessaire, & encore aujourd'hui plusieurs Coutumes ne l'ordonnent point, s'il n'a été expressément stipulé. Tel étoit l'usage ancien de la Coutume de Paris, qui donna lieu à ce Proverbe, que *le mari ne se levoit jamais assés-tôt pour vendre le propre de sa femme*; de sorte qu'au défaut de stipulation, non seulement les propres volontairement aliénés, mais aussi les rentes, bien que le rachat en fût nécessaire, n'étoient point sujétés à remploi; cela causa tant d'abus & d'inconveniens, qu'enfin par la Coutume Reformée de Paris, art. 232: le remploi des propres fut introduit, bien qu'il n'eût pas été stipulé par le contrat de mariage.

La nécessité du remploi a été jugée si raisonnable, que par les derniers Arrêts du Parlement de Paris, cet article de la Coutume de Paris touchant le remploi a été étendu aux Coutumes qui ne dispoient point au contraire, parce qu'il paroisoit que l'usage du remploi comme très-juste, s'y étoit établi par un consentement tacite, non seulement à l'égard de la femme ou de ses héritiers, mais aussi du mari, l'avantage indirect étant également prohibé entre l'un & l'autre, & cette nouvelle jurisprudence est fondée sur une très-grande raison; car il ne doit entrer en la communauté que ce qui procède *ex communi collaboratione* des deux conjoints, comme les meubles & les conquêts, & non point ce qui provient de la vente, soit nécessaire ou volontaire, des biens de l'un ou de l'autre des conjoints; si cela n'étoit pas, ce seroit ruiner toutes les dispositions qui défendent si expressément aux gens mariez de s'avantager l'un l'autre; la femme consentiroit à l'aliénation de ses propres, dont la moitié demeureroit confusée en la communauté, & le mari vendant son propre par les inductions de sa femme, lui en feroit avoir la moitié du prix.

Cependant ce remploi introduit par la Coutume & par les Arrêts du Parlement de Paris, n'a pas retranché tous les abus, ni donné remède à tous les inconveniens qui naissent de l'aliénation des propres; on n'a point atteint le but & la fin principale que l'on devoit se proposer, à savoir la conservation des biens dans les familles. Tout l'effet de ce remploi se termine à empêcher que les conjoints par mariage ne profitent point des biens l'un de l'autre; il n'a lieu que quand il s'agit du droit de communauté, & non du droit de succéder, *cum agitur de jure communione*,

Du remploi des propres selon la Coutume de Paris.

non de jure succedendi, Bouquier, l. R. n. 1. Et quand un homme auroit aliéné tous ses propres, l'heritier aux propres n'en auroit aucune récompense, l'action de remploi étant inconnue entre divers heritiers, comme l'heritier au propre & l'heritier aux acquêts & aux meubles; & l'on a si peu d'égard à la conservation ou au remploi des propres alienez, qu'il est permis de vendre tous ses propres; & quoi que les deniers en aient été employez en acquisition d'heritages, cesheritages sont réputez acquêts, & non sujets à remploi. On a passé encore plus loin, il a été jugé par un Arrest rapporté dans la seconde partie du Journal du Palais, qu'un particulier aiant vendu ses propres maternels, & des deniers qui en provenoient aquis d'autres immeubles, avec déclaration expresse qu'il vouloit qu'ils tinssent lieu de propres maternels à lui & aux siens de son estoc & ligne, neanmoins cette déclaration ne pouvoit produire son effet au profit de ses heritiers maternels dans le partage de la succession, & lesdits heritages furent jugez acquêts. Quand la stipulation du remploi seroit portée par le contrat, si les deniers se trouvoient encore en la succession, cette stipulation ne pouvoit operer contre la vérité, & ces deniers apartiendroient comme meubles à l'heritier aux meubles, *non inspecta origine*; & bien qu'ils fussent provenus d'un ancien propre vendu, ou d'une rente rachetée, le prix ne s'en reprendroit point au profit des heritiers immobiliers, ce qui s'observeroit à plus forte raison, s'il n'y avoit point eu de stipulation de remploi; & c'est pourquoi les actions pour le remploi des heritages vendus ou des rentes remboursées, ont été jugées appartenir à l'heritier aux meubles & acquêts comme mobilières, & elles ne peuvent retourner comme immobilières aux parens du côté & ligne dont les heritages & rentes sont procedez; Brodeau sur Mr Louiet, l. R. n. 30. Du Fresne, Journal des Audiences, l. 6. c. 19. & 20.

Jugé que la déclaration de l'auteur que les deniers proviennent de la vente de ses propres, n'y operoit rien pour le remploi des propres sur les acquêts.

De l'usage de Normandie touchant le remploi des propres.

Nos maximes en Normandie sont tout à fait opposées à celles du Parlement de Paris; & bien loin de convertir nos propres en acquêts, nous rendons propre tout ce qui a quelque aptitude à le devenir; & quelque alienation qu'un homme ait faite de ses propres, il faut qu'ils se retrouvent dans la succession, pourvu qu'il laisse des acquêts & des meubles; & afin de rendre nos maximes certaines & notoires, il est nécessaire pour déchiffrer cette matiere, d'expliquer ces quatre points: Le premier, en faveur de quelles personnes la Coutume a introduit le remploi des propres, & quelles personnes sont tenuës de faire & de fournir ce remploi? 2°. Ce que l'on doit comprendre sous ces paroles *alienation de propre*? 3°. Comment & sur quelle nature de biens on fait ce remploi? Et enfin, si cette action est mobilière pour appartenir à l'heritier aux meubles & acquêts, ou si étant immobilière, elle doit retourner à ceux d'où procedoient les heritages vendus, ou les rentes rachetées dont l'on demande le remploi?

Il n'y a point de conquest que le propre ne soit remplacé.

Quoi que cet article semble contenir deux parties, neanmoins toutes deux ne disent qu'une même chose, & le sens est, que non seulement à l'égard de la veuve, mais aussi des heritiers, il n'y a point de conquest ni d'aquest que le propre aliéné ne soit remplacé. La nouvelle Coutume de Bretagne, article 440. dit la même chose: *Si le mari constant le mariage vend son heritage, & durant le mariage fait acquêts, il sera récompensé de son heritage aliéné sur lesdits acquêts, auparavant que la femme y prenne aucune chose*: Sur quoi M^r d'Argentré fait cette observation, que cet article fut arrêté sur la requisiion de tous les Etats, comme étant fort raisonnable, pour éviter que les maris ne vendissent leurs propres, pour en convertir les deniers en acquêts où les femmes prendroient une moitié.

Le remploi des propres établi en faveur des lignagers.

L'on ne doute pas que ce remploi des propres ne soit établi en faveur de ceux de la ligne, & du côté

desquels procedoient les choses vendues, & que l'action de remploi n'appartienne aux heritiers au propre, non seulement contre la femme, mais aussi contre les heritiers aux acquêts & aux meubles. Il est vrai que cet article ne le décide pas expressément, & cela a donné lieu quelquefois d'en douter, lorsque ces questions ont été évoquées en d'autres Parlements; mais cette jurisprudence est établie par tant d'Arrêts & par un si long usage, qu'il n'y a pas lieu de la révoquer en doute.

Cette action de remploi n'est pas introduite en faveur seulement des heritiers du mari; si le propre de la femme a été aliéné, il doit être remplacé aussi bien que celui du mari, & c'est le sujet du Titre du *Mariage Encombré*, où la Coutume donne aux femmes toutes les sûretés nécessaires pour la récompense de leurs propres alienez par leurs maris: Aussi l'art. 107. du Règlement de 1666. contient en termes généraux, que *les propres alienez doivent être remplacés au profit des heritiers au propre*: Ainsi tout heritier au propre, soit du mari ou de la femme, a droit de demander tout le propre qui ne se trouve plus en la succession de celui dont il est heritier.

Les propres alienez de la femme doivent être remplacés aussi bien que ceux du mari.

Les personnes qui sont tenuës de souffrir ou de faire le remploi, sont la femme, les heritiers aux meubles & acquêts, & les legataires: cette obligation de remplacer étoit fort nécessaire à l'égard des femmes; l'empire qu'elles s'acquierenent sur les volontés de leurs maris les rendant maîtresses de leurs biens, il a falu trouver des moïens pour empêcher qu'elles n'en abusent; de sorte qu'elles sollicitent inutilement leurs maris à vendre leurs propres, pour augmenter leurs acquêts & leurs meubles. Cet article forme un obstacle insurmontable à leurs desseins; car ce n'est point acquerir parmi nous, si l'on ne retrouve premièrement dans les acquêts ou dans les meubles, la valeur des propres que le mari possédoit lors de son mariage.

Quelles personnes sont tenuës de souffrir ou de faire le remploi?

Cet article ordonnant principalement le remploi à l'égard de la femme, afin que l'on ne s'imaginât pas qu'il ne fût nécessaire qu'à son égard, & pour diminuer seulement ses avantages, l'art. 107. du Règlement de 1666. décide en termes généraux, que *les propres alienez doivent être remplacés au profit des heritiers au propre*. Or comme nous n'avons que deux sortes d'heritiers, les uns au propre, & les autres aux meubles & acquêts, il est évident que le remploi des propres doit être fait par les heritiers aux acquêts & aux meubles; car quoi que l'on alléguât en faveur des heritiers aux meubles & acquêts, que les heritiers en ligne collatérale n'étoient point plus favorables qu'eux, qu'il ne leur est point dû de legitime, & par consequent point de nécessité de leur conserver du bien, & que par le Droit Romain *non fit collatio bonorum*, & que souvent les heritiers aux acquêts sont les plus proches parens du défunt, on ne pouvoit desapprouver la prédilection que le défunt avoit eue pour eux, en diminuant les propres pour augmenter les acquêts: on répondoit au contraire, que si cela étoit permis, on renverseroit toute la loi des propres, qui n'est même établie que pour les collatéraux, car il n'y a nullé distinction en ligne directe entre les propres & les acquêts; aussi par l'ancien usage de la France, on ne faisoit aucune distinction des enfans & des collatéraux.

Le remploi des propres se fait par les heritiers aux meubles & acquêts.

On n'aura pas de peine à charger du remploi des propres les legataires universels & particuliers; les premiers sont considerez comme heritiers, *sunt heredis loco*, ainsi sujets & obligez aux mêmes conditions que les heritiers; & on peut dire en general contre ces deux especes de legataires, que la disposition des propres étant interdite par testament, on ne peut leur donner que ce qui excède la valeur du remploi des propres, ce qui les empêche de rien prétendre que ce remploi ne soit fait. Cette question du remploi des propres au préjudice des legataires univer-

Les legataires universels sont chargez du remploi des propres.

sels, fut autrefois décidée par un Arrest du 12 de Décembre 1594. entre Marie le Galois, veuve de Pierre le Gros apelant, & Thomas le Sauvage tuteur de la fille dudit le Gros & de ladite le Galois; cette veuve demandoit son douaire, tant sur les maisons & heritages, que sur plusieurs rentes foncieres & constituées contenues en son contrat de mariage, & qui appartenoient à son mari: ce qui étoit contredit par le tuteur pour les rentes dont le mari avoit reçu le rachat; car n'ayant été remplacées, & les meubles desquels la veuve avoit eu la meilleure partie en étant augmentez, elle n'y pouvoit demander un douaire: par la Sentence on avoit acordé douaire seulement sur les maisons, heritages & rentes qui subsistoient encore, & la veuve avoit baillé memoire des meubles qu'elle prétendoit lui appartenir à cause du legs qui lui avoit été fait par son mari; par l'Arrest on cassa la Sentence, & on ajugea douaire sur les maisons, heritages & rentes dont le mari étoit saisi lors du mariage; & neanmoins avant que de prendre part aux meubles, on ordonna que sur les meubles autres que ceux qu'elle avoit aporrez, & qui étoient déclarez par le contrat de mariage, on prendroit le remploi des rentes rachetées, sauf à la veuve à renoncer en rapportant ce qu'elle avoit pris. Cet Arrest décide deux questions, le remploi de l'immeuble sur les meubles avant que la femme y prenne part; & la seconde, qu'elle ne peut prétendre les meubles en qualité de legataire universelle, qu'à la charge du remploi des rentes rachetées. Autre Arrest du 7 de Mars 1634. par lequel il fut dit que des legataires seroient paiezz sur les fruits de la premiere année, & que les meubles seroient délivrez à la veuve legataire universelle des meubles jusqu'à la somme de 10000 livres, à cause du remploi du propre aliéné prétendu par les heritiers au propre sur les meubles. Autre Arrest du 7 de Mai 1644. au raport de M^e le Brun, entre Louïs Fremont heritier au propre paternel de Lanfranc Fremont son neveu, demandeur pour faire liquider les droits de Marie Valet, veuve & legataire de son mari, & ladite Valet intimée; & les heritiers au propre maternel dudit Lanfranc Fremont, demandeurs en saisie par eux faite sur les effets mobiliers du défunt, & pour faire condamner ladite Valet à leur mettre entre les mains toutes les lettres de la succession: on jugea par cet Arrest que le remploi des propres tant paternels que maternels alienez, ensemble la dot de ladite Valet, seroit fait sur le prix porté par les contrats de vente, sur ce qui se trouveroit de conquest, & le surplus sur les meubles, si mieux ladite Valet ne vouloit renoncer à son legs.

Il en est de même des legataires particuliers, qui ne peuvent demander les legs à eux faits de partie des aquêts & des meubles, qu'après le remploi des propres, suivant l'Arrest de l'année 1614. raporté par Berault. Autre Arrest du 16 de Mars 1665. au raport de M^e Salet, entre François de S. Aignen, tuteur de Tanneguy de S. Aignen son fils, heritier de Leon Coustelier son oncle, apelant; & Demoiselle Gabrielle le Roy, veuve dudit Coustelier, & Jean Saumur son serviteur, intimés: par la Sentence le sieur de S. Aignen avoit été debouté de son action contre cette veuve, pour l'obliger à représenter les meubles, & en ce faisant qu'elle jouïroit du legs que son mari lui avoit laissé par son testament; on cassa la Sentence, & on condamna la veuve à rapporter les meubles légués ou la vraie valeur, quoi qu'il n'y eût pas divers heritiers.

Il ne faut donc pas douter que les legataires particuliers, aussi-bien que les universels, ne soient tenus au remploi des propres, puisque les meubles y sont affectez, & qu'ils ne peuvent en être exemtez en les donnant de l'une ou de l'autre maniere: Il est vrai que quand il y a un heritier aux aquêts, il est tenu à ce remploi aussi-bien que le legataire universel; mais si les meubles laissez à l'heritier aux meubles ou au lé-

gataire universel, ne fussent pas, le remploi se prend sur les legs particuliers. Cette distinction mal entendue a fait croire à quelques-uns que les legataires particuliers n'étoient point sujets au remploi des propres; mais si cette opinion étoit suivie, on commettrait aisément une fraude pour empêcher ce remploi, en faisant si grand nombre de legs que tous les meubles seroient absorbez.

C'est donc une jurisprudence certaine & incontestable que le remploi des propres alienez doit être fait sur les aquêts; & s'ils sont situez en des lieux où les Coûtumes sont diferentes, comme en Bourgage, en Caux & dans la Coûtume generale, le remploi s'en fait au sol la livre.

Mais l'heritier aux aquêts pour se les conserver, peut-il contraindre l'heritier au propre à recevoir son remploi en deniers, afin de retenir les aquêts? M^e le President d'Hocqueville à cause de Madame sa femme étoit heritier avec le sieur de Ribouville Secretaire du Roi, & le sieur de Moy Chanoine en l'Eglise de Nôtre-Dame de Rouen, du feu sieur de Moy Auditeur, tant aux propres qu'aux aquêts: Le feu sieur de Moy avoit aliéné une partie de ses propres, mais il avoit fait plusieurs aquêts, dont la plupart étoient assis dans la Coûtume de Caux; & parce que ce remploi des propres se devoit faire en la meilleure partie sur ces aquêts de Caux, & que le sieur de Ribouville succedoit seul aux propres qui étoient en Caux, M^e le President d'Hocqueville & le sieur de Moy Chanoine ofroient de paier en deniers le remploi des propres alienez, & en ce faisant ils auroient partagé également les deniers qu'ils ofroient de rembourser au lieu des propres en essence. Pour soutenir leur offre ils disoient que le sieur de Ribouville n'avoit qu'une action pour demander le remploi des propres alienez, & pour les obliger à le mettre hors d'interest, & que cette action se terminoit du moment qu'on l'indemnisoit de l'alienation des propres, en le remboursant du prix d'iceux. Et puisque par la Coûtume *le mort saisit le vis*, les heritiers aux aquêts ont été saisis de la propriété d'iceux, dès le moment que l'hérédité du sieur de Moy a été ouverte: Le sieur de Ribouville répondoit que c'étoit une erreur de soutenir que l'heritier au propre n'avoit qu'une action pour demander le remploi des propres alienez, que l'on consommoit toute son action, & qu'on l'indemnisoit suffisamment en lui remboursant le prix de la vente d'iceux; il n'est pas veritable que l'heritier aux propres n'ait qu'une action pour se faire rendre la valeur des propres alienez, ni que l'heritier qui doit ce remploi, s'en puisse liberer qu'en paiant le prix de la vente; cela ne peut avoir lieu que quand il n'y a que des meubles, mais quand il n'y a que des aquêts, le remplacement s'en fait si naturellement & si réellement sur lesdits aquêts, que la propriété en appartient de plein droit à l'heritier au propre, jusqu'à concurrence de la valeur des propres alienez.

Pour établir cette jurisprudence, il est important de poser d'abord ces trois principes, qui sont incontestables & certains en Normandie; le premier, qu'il est en la liberté d'un chacun de changer la nature de son bien, & que les biens du défunt se partagent selon la Coûtume des lieux où ils se trouvent situez lors de sa succession ouverte, & non selon la Coûtume des lieux où étoient assis ceux auxquels ils sont subrogez; c'est la disposition de l'article 67. du Règlement de 1666. Le second principe est, qu'il n'y a point d'aquêt que le propre ne soit remplacé, la Coûtume l'ordonne de la sorte en l'art. CCCCVIII. Le troisième principe est, que le remploi des propres alienez se fait sur l'immeuble; c'est la disposition de l'article 66. du Règlement de 1666.

Suivant la premiere maxime le feu sieur de Moy a pu changer la naturelle situation de ses propres, & remplacer dans la Coûtume de Caux ceux qu'il avoit dans la Coûtume generale, & qu'il avoit alienez;

Le remploi des propres doit être fait sur les aquêts.

Si l'heritier aux aquêts peut contraindre l'heritier au propre à recevoir son remploi en deniers?

La femme legataire universelle ne peut rien prétendre sur les meubles qu'après le remploi des rentes rachetées.

Les legataires particuliers sont tenus du remploi des propres.

Trois principes certains en Normandie pour le remploi des propres.

En Normandie il est en la liberté de changer la nature de ses propres.

d'où il s'ensuit que M^r d'Hocqueville ni le sieur de Moy Chanoine ne peuvent rien prétendre aux biens remplacez en Caux, quoi qu'ils soient subrogez à ceux qui étoient dans la Coutume generale.

Suivant la seconde maxime il n'est point d'aquêt que le propre ne soit remplacé. Ce terme de *remplacer* est décisif en cette matiere; la Coutume en ordonnant le remplacement des propres sur les aquêts, a eu dessein de conserver les propres dans les familles, & d'y remettre ceux qui en étoient sortis, en leur substituant d'autres biens de même essence, c'est-à-dire des heritages & des fonds en la place de ceux qui avoient été vendus; la liberté qu'elle a donnée aux particuliers de disposer de leurs propres, est à cette condition, qu'ils ne puissent pas enrichir ni faire avantage à leurs heritiers aux aquêts aux dépens de leurs propres, & c'est pour cette raison qu'elle les oblige à les remplacer: or en disant qu'ils seront remplacez sur les aquêts, elle fait bien connoître que le remplacement doit être réel, & que pour cet effet elle y affecte les aquêts, & les destine à cette fin-là, les subrogeant aux propres pour tenir même nature, & demeurer en propriété à l'heritier au propre, qui en est saisi de plein droit par l'autorité de la loi, qui les applique & destine à cet usage-là; ce que l'on confirme par ces deux raisons: la premiere, que si l'heritier au propre étoit obligé de recevoir son remplacement en deniers, l'on ne suivroit pas l'intention de la Coutume, qui a voulu maintenir les familles par la conservation des anciens biens de leurs prédécesseurs; & c'est aussi par ce motif qu'en cas d'alienation le remploi s'en fit sur les immeubles & non sur les meubles; & ce ne seroit pas indemniser suffisamment l'heritier, s'il étoit forcé de prendre de l'argent au lieu de son fonds qui a été vendu, & ce ne seroit pas faire un remplacement, comme la Coutume l'ordonne, puisqu'il ne se doit faire régulièrement que sur une chose de pareille nature que celle qui doit être remplacée, lorsqu'il se trouve de quoi dans la succession, & il ne se fait sur les meubles qu'à faute d'aquêts.

Mais voici une seconde raison qui confirme parfaitement ce qui vient d'être dit, & qui marque encore plus expressément l'intention de la Coutume: Si la Coutume avoit voulu donner ce privilège à l'heritier aux aquêts, de pouvoir les retenir en rendant en deniers la valeur des propres alienez, elle ne se seroit pas servie du terme de *remplacement*; & elle se seroit expliquée de cette maniere, que l'heritier aux aquêts seroit tenu de rembourser le prix des propres vendus, ou de récompenser l'heritier au propre; ou bien elle auroit donné cette alternative à l'heritier aux aquêts, ou de retenir les aquêts en remboursant le prix des propres, ou d'abandonner les aquêts à l'heritier au propre; mais elle n'a point parlé en ces termes, elle s'est servie du mot de *remplacement*; & que signifie remplacer, sinon substituer & subroger un immeuble au lieu d'un autre immeuble?

Et pour ne laisser aucun doute, on se servira de cette troisième maxime, que le remploi des propres se fait sur les aquêts, s'il y en a, & au défaut d'aquêts sur les meubles. Les Arrêts qui ont établi le remploi des propres sur les aquêts plutôt que sur les meubles, ont eu sans doute ces motifs: Premierement, qu'il est plus naturel que le remploi d'un immeuble se fasse sur un immeuble. En second lieu, puisqu'il falloit un remploi à l'heritier au propre, il étoit plus juste de lui donner une chose de pareille nature que celle qui avoit été vendue, & que la Coutume a voulu lui être conservée: or si l'heritier aux aquêts, qui l'est aussi aux meubles, avoit la faculté de se liberer de ce remploi en baillant de l'argent, il étoit inutile de faire une loi pour assujétir les aquêts plutôt que les meubles à ce remploi: Mais quand par les Arrêts l'on y a affecté particulièrement les aquêts, ç'a été parce qu'il devoit être actuellement réel, & en effet il ne se fait sur

les meubles que lorsqu'il n'y a point d'aquêts. En un mot, puisqu'en toutes rencontres la Coutume favorise si fort l'heritier aux propres au préjudice de l'heritier aux aquêts: si elle a pris tant de soin de conserver les biens dans les familles, & de condamner pour cet effet l'heritier aux aquêts à les rétablir, lorsqu'ils en sont sortis; ce seroit choquer & combattre ses intentions, si lorsqu'il y a des aquêts, l'heritier au propre étoit forcé de prendre de l'argent. Sur ces raisons intervint Sentence aux Requetes du Palais de Rouen, par laquelle il fut dit sans avoir égard aux offres des sieurs de Moy & de Becdeliévre, à bonne cause les blâmes dudit sieur de Ribouville, auquel distraction fut ajugée des parties de rente étant en Caux, employées dans les lots des deux tiers des propres dudit feu Louis de Moy, pour demeurer à son seul & singulier profit, & servir de remplacement des propres alienez, en tant qu'il s'en trouvera devoir être remplacez, au marc la livre des aquêts faits par ledit défunt de Moy, tant en la Coutume de Caux qu'en la Coutume generale. M^r Pierre de Moy Chanoine en l'Eglise de Nôtre-Dame de Rouen, Messire Pierre de Becdeliévre Premier Président en la Cour des Aides de Rouen, & Messire Charles de Becdeliévre Président au Parlement aiant apelé de cette Sentence, & fait renvoyer le procès au Parlement de Bretagne; par Arrêt du 4 de Juillet 1685, la Sentence fut confirmée.

Il faut néanmoins observer qu'un heritier paternel ou maternel peut bien demander à l'heritier aux aquêts & aux meubles le remploi du propre aliéné, mais au défaut de meubles & d'aquêts les heritiers paternels & maternels ne se peuvent pas entr'eux demander un remploi de ce qui a été vendu par le défunt provenant de leur ligne; car ces deux heritiers ne se doivent rien l'un à l'autre, ils prennent la succession en l'état qu'ils la trouvent, parce que le défunt étoit le maître de son bien, & que le remploi ne se donne que sur les meubles & aquêts.

Le bien maternel d'un particulier consistoit en la rente dotale de sa mere. Etant mort sans enfans les heritiers maternels demanderent aux paternels cette rente que le défunt avoit vendue, parce qu'il n'y avoit point d'aquêts, & les meubles avoient été employez à l'aquit des dettes mobilières; ils aléguoient pour fondement de leur action, qu'en alienant le bien maternel il avoit conservé le paternel; qu'il étoit donc raisonnable qu'il contribuât au remploi d'icelui: Les paternels au contraire representoient que par cette vente du bien maternel le paternel n'en étoit point acru, au contraire il l'avoit beaucoup diminué par les alienations qu'il en avoit faites; le remploi d'un propre sur un propre est sans exemple dans la Coutume, & c'est une règle generale que les successions doivent être prises en l'état qu'on les trouve au tems de l'échéance, *in successionibus semper inspici debet tempus delata hereditatis*; le remploi des propres est introduit par la Coutume sur les aquêts, parce que l'on présume qu'ils ont été faits des deniers provenus de la vente des propres, & que d'ailleurs un homme pouvant avoir divers heritiers aux propres & aux aquêts, elle ne permet point qu'il puisse vendre ses propres, pour enrichir son heritier aux aquêts; or celui qui n'a point d'aquêts, mais des propres de différente nature, peut en disposer à sa volonté, & ses heritiers sont non recevables à contredire ses actions, les paternels & maternels ne sont pas coheritiers, *tales heredes sibi invicem sunt extranei, nec familia eriscunda judicium inter eos exercetur, l. heredes ejus, §. 1. ff. famil. erisc.* Ils n'ont rien de commun, & le Seigneur du fief succéderoit plutôt qu'un paternel à un maternel, & *uno repudiante hereditatem ex latere suo, nihil accrescit alteri*, on ne peut faire passer les biens d'une ligne à l'autre: or pour faire ce remploi d'un maternel sur le paternel, il faudroit les faire changer de ligne; si les paternels étoient obli-

Il n'est point d'aquêt que le propre ne soit remplacé.

Le remploi des propres se fait sur les aquêts, & au défaut d'aquêts sur les meubles.

Entre heritiers paternels & maternels, au défaut de meubles & d'aquêts, ils ne se peuvent demander entr'eux de remploi.

Il ne se fait point de remploi d'un propre sur un propre, dans la Coutume de Normandie.

L'heritier au paternel ne succède point au maternel.

gez à ce réemploi, il s'enfuivroit qu e le défunt en disposant de son bien, comme il le pouvoit faire, auroit neanmoins contract e sur lui-même une obligation de réemploi, comme s'il avoit vendu le bien d'autrui: les maternels sont heritiers du défunt comme les paternels, & par cette raison également obligez d'entretenir les faits: Aussi la Coûtume s'en est expliqu e nettement en cet article, elle ne répute point conquêt que ce qui est acr u au mari: or par la vente du bien maternel il n'en est rien acr u au bien paternel, & puisqu'ils n'en ont point profité & que leur condition n'en est point devenuë meilleure, ils ne sont obligez à aucun réemploi: & la défense des paternels étoit d'autant plus favorable, qu'ils étoient en hazard de perdre ce qui restoit de bien paternel par les dettes du défunt, dont ils n'avoient pris la succession que par benefice d'inventaire: Par Arrest du 18 Aoust 1627. au raport de M^r de Brevedent, entre Jean le F evre heritier au propre paternel de Louïs le F evre, & Jean de Savigni heritier au propre maternel, la Cour r forma la Sentence qui jugeoit le réemploi au profit d es heritiers maternels, & les paternels en furent d echarg ez. J'ai remarqué deux pareils Arrêts sur l'article CCCCXLI.

Les réemplois des deniers provenans de la vente des propres, ne sont cens ez conquêts.

Nous donnons une grande  tendn e à ce terme d'*aliénation de propre*, & l'explication de cet article est d'autant plus necessaire, que dans la premiere partie de cet article il n'est fait mention que de vente, les réemplois des deniers provenans de la vente des propres ne sont cens ez conquêts: D'où l'on pouroit induire que cet article ne parlant que de la vente des propres, le réemploi n'est necessaire qu'en ce seul cas de vente, & que l'on ne doit pas y comprendre toutes les autres especes d'aliénations; mais dans la derniere partie de cet article la Coûtume fait cesser cette ambiguité, lorsqu'elle ajoute que *les aquisitions faites par le mari ne sont réputées conquêts, si pendant le mariage il a ali n e son propre, jusques à ce que ledit propre soit remplac e.*

L'aliénation des propres ne se fait pas seulement par la vente des immeubles ou par le rachat des rentes, on y comprend aussi les Offices, & les dettes. Lorsqu'il étoit encore incertain sous quelle espece de biens on devoit placer les Offices, on doutoit si la vente que le mari en faisoit, ou la perte qu'il en souffroit étoit sujette au réemploi? La question en fut m e en 1593. pour un Office de Grenetier: Estienne Petit l'avoit achet e pendant son mariage, mais pour en faire le paiement, il avoit vendu pour mille livres de son propre, & ensuite il avoit fait quelques acquisitions; étant mort en perte de sa Charge la veuve demanda sa part aux aquêts, les heritiers lui opposerent qu'auparavant il faloit remplacer le propre, ils en furent deboutez devant le premier Juge; sur l'apel la Cause aiant été partagée, elle fut départie en la Grand' Chambre le neuvième d'Aoust 1593. la Sentence fut cassée, & on ordonna que les propres seroient remplacez. Cette même question fut encore plus nettement décidée en l'Audience de la Grand' Chambre, le 17 de Juin 1633. Hammon Procureur en la Cour avoit vendu sa Charge, & du prix d'icelle en avoit constitu e quelques rentes; après la mort de sa femme les nommez Turgis freres & heritiers d'icelle, demandoient part ausdites rentes comme d'un aquêt, elle leur fut ajugée par Sentence des Requêtes du Palais: par l'Arrest la Sentence fut cassée, & jug e qu'ils ne pouvoient avoir part   la rente qu'il avoit constituée du prix de son Office, parce qu'il en étoit pourvû lors de son mariage, & que les deniers qui en provenoient, étoient réputez de même nature.

Les deniers d'un Office vendu dont le mari étoit saisi lors de son mariage, & constitu ez, ne sont point cens ez aquêts.

De la récompense dûe à la femme pour son douaire sur l'Office perdu par la négligence de son mari.

Suivant la doctrine des Arrêts, lorsque l'Office est perdu par la faute du mari, pour n'avoir pa e le droit annuel, la femme ne laisse pas d'avoir r compens e sur les autres biens pour son douaire; en cons equen- ce de quoi l'on peut former cette question, si l'heritier au propre peut demander à l'heritier aux aquêts

le réemploi de l'Office qui a été perdu par la négligence du défunt? On peut dire qu'il y a grande d iference entre la femme & les heritiers, celle-là a un droit aquis que le mari ne lui peut ôter par sa négligence; mais   l'égard de ses heritiers il n'est point oblig e de leur conserver de bien, il peut le perdre & l'abandonner; & de ce qu'il perd par malheur ou par négligence, il n'en est point dû de réemploi: lorsque l'on donne à l'heritier au propre la r compens e du bien ali n e, on se fonde sur cette présomption, que des deniers provenans des propres les acquisitions en ont été faites; & c'est pourquoi l'heritier aux aquêts n'a pas sujet d'empêcher le rétablissement de l'ancien propre, puisqu'il a un droit general en cette Province il n'y a point d'aquêt que le propre ne soit remplac e. Cette question fut m e au procès d'entre Dame Jacqueline Peurel veuve de M^r M^c Adrien Secart sieur d'Auzouville, Conseiller en la Cour, & M^c François de Bailleul; M^r M^c Abraham de Rouën S^c de Bermonville, Conseiller en la Cour, ses gendres: L'Office de Conseiller en la Cour que possédoit M^r Secart avoit été perdu à faute d'avoir pa e le droit annuel, les S^{rs} de Bailleul & de Bermonville demandoerent que le prix en f t remplac e sur les aquêts, avant que ladite Dame d'Auzouville y pût prendre aucune part: Messieurs des Requêtes du Palais leur aiant ajug e leurs demandes; sur l'apel de la Dame d'Auzouville, elle disoit qu'aiant trouv e son mari saisi de cet Office, elle y avoit douaire, & aiant été perdu elle en avoit r compens e sur les autres biens, mais qu'il n'étoit pas juste de prendre cette r compens e sur les aquêts; le douaire & les conquêts sont deux droits d iferens, qui ont chacun leur cause & leur principe s epar e, le droit de l'un n'est point diminu e par le droit de l'autre, quoi que le mari dissipe & même confisque son bien, il ne peut priver sa femme de son douaire; le droit de conquêt appartient à la femme à un autre titre, qui est celui de la collaboration, & qui n'a rien de commun avec le douaire qui se gagne au coucher, tous deux doivent subsister au profit de la femme, & l'un ne peut être port e ni fourni sur l'autre: Quand le mari a vendu de ses propres, & qu'il a fait des acquisitions, en ce cas la femme ne participe aux conquêts que sur ce qui reste après le réemploi des propres, parce que l'on présume que le prix de ces rentes a été employ e au paiement des acquisitions; que si la femme avoit un douaire entier & encore une part entiere aux acquisitions, elle auroit deux profits d'une même chose; les intim es ne pouvoient pas dire que le prix de la Charge ait été employ e aux acquisitions, puisqu'elle a été perdu e; c'est donc une distinction qu'il faut apporter quand le mari a vendu de ses propres & qu'il en a reçu les deniers, le réemploi doit en être fait sur les aquêts, comme réputez faits de ces mêmes deniers; mais quand il les a perdus par sa faute sans en tirer aucun profit, les conquêts qui n'en ont été faits & qui n'ont p u en être augmentez, n'en doivent point porter le réemploi au préjudice des droits de la femme, à qui la faute du mari ne doit point nuire, ni la priver des droits que la Coûtume lui donne. Par l'article CCCLXXXI. *si le mari renonce à une succession directe, sa femme nonobstant sa renonciation peut demander douaire, & sans diminution de sa part aux conquêts;* le mari a bien voulu par sa faute perdre la Charge dont il étoit saisi lors des épousailles, & toutefois le douaire ne laisse pas d'être dû, par la même raison la faute du mari ne peut lui faire perdre sa part aux conquêts. Les intim es répondoient que veritablement le douaire est si bien aquis à la femme, que le mari ne l'en peut priver par sa faute ou par son mauvais ménage, & c'est pourquoi l'on a jugé qu'il  roit raisonnable de donner à la femme la r compens e sur les autres biens, de l'Office que le mari avoit laiss e perdre par sa négligence; mais le droit de conquêt est incertain, & la femme n'a point d'action pour forcer son mari à aquerir, il est en sa liberté

Si l'heritier au propre peut demander à l'heritier aux aquêts le réemploi de l'Office perdu par la faute du défunt?

Par la renonciation du mari à une succession directe, la femme n'est point priv e d'y demander douaire, sans que sa part aux conquêts en soit diminue e.

Le mari ne peut être forc e à faire des aquêts.

d'augmenter son bien ou de ne l'augmenter pas, & ce droit est si peu avantageux à la femme, qu'il ne peut jamais y avoir d'aquêt que le propre ne soit remplacé; & puisque la Coutume ordonne si expressément d'en faire le emploi, il n'importe d'où procède la diminution des propres, puisqu'en tout cas le emploi en doit être fait; c'est une règle générale & qui ne souffre point d'exception ni de distinction, qu'il n'y a point d'aquêt que le propre ne soit remplacé, les présomptions ne peuvent détruire une loi si favorable & si ancienne; & comme on ne pouvoit empêcher le emploi, quand il seroit vrai que le mari en auroit joié les deniers, il faut dire la même chose du propre qu'il a laissé perdre par sa négligence; en tous ces cas on considère la fin & le but de la Coutume, qui se propose uniquement la conservation des propres dans les familles; par Arrest du 22 de Juin 1673. au rapport de M^r Haley d'Orgeville, il fut dit que le prix de l'Office que les parties avoient estimé à quatre-vingt-cinq mille livres, seroit remplacé sur les conquêts faits par le sieur d'Auzouville, avant que ladite Dame veuve y pût prendre part. Cela avoit été jugé par un Arrest du 7 de Juillet 1664. au rapport de M^r Côté, entre Servain & Jacques; la femme aiant pris le tiers aux meubles, non seulement fut condamnée de contribuer au emploi des propres alienez, mais aussi au emploi d'une Charge dont elle avoit trouvé son mari failli, laquelle avoit été perdue faute d'avoir payé le droit annuel, & l'on ne voulut point en faire de distinction, quoi qu'il parût rigoureux que la négligence du mari fit perdre à une veuve cette petite portion que la Coutume lui donne dans les conquêts.

Sous ce mot d'*aliénation* nous comprenons encore tous les engagements & toutes les dettes contractées par le défunt, *alienationis verbo continetur pignoris obligatio, gl. 2. in c. 1. de alienatione feudi, in usibus feud.* Ce seroit inutilement que l'aliénation seroit prohibée qu'à charge de emploi, si d'ailleurs on pouvoit hypothéquer les propres sans en avoir récompense sur les meubles, *quia per hypothecam facile per-venitur ad alienationem.*

Il est vrai que dans une Cause plaidée en l'Audience de la Grand' Chambre, le troisième d'Août 1645. le contraire fut jugé sur ce fait. Un frere avoit légué tous ses meubles à sa sœur uterine, qui étoit aussi héritière aux acquêts, elle renonça aux acquêts, & se contenta de prendre seulement le legs universel des meubles qui lui avoit été fait; ce frere avoit constitué sur lui plusieurs rentes, ce qui obligea les héritiers aux propres de demander que puisque les acquêts n'étoient pas suffisans, les meubles fussent employez au rachat des rentes; que ces constitutions de rente étoient de véritables aliénations du propre; car n'y aiant point allés d'aquêts, & les meubles n'y étant point employez, il faudroit vendre nécessairement le propre: La légataire répondoit, que le emploi n'étoit dû qu'au cas d'une réelle & véritable aliénation du propre, qu'on ne pouvoit mettre en ce nombre de simples constitutions de rente; par l'Arrest la légataire fut déchargée: mais cet Arrest n'a point été suivi, étant contraire aux anciennes maximes & à plusieurs Arrêts. Par un Arrest du huitième de Juillet 1659. entre les nommez Marmion, il fut jugé en faveur de l'héritier au propre, que le légataire universel aux meubles devoit se charger des rentes constituées, vû qu'il n'y avoit point d'aquêts, & qu'aparemment les meubles avoient été augmentez des deniers provenans de la constitution de ces rentes, nonobstant que l'on se prévalût de l'Arrest ci-dessus. Autre Arrest du vingtième d'Août 1646. entre Marguerite le Normand & Saint Maurice. Autre du 27 de Mars 1655. entre les nommez de Vaux.

On a si peu douté que les dettes contractées par le défunt ne fussent une véritable aliénation du propre, que l'on a même prétendu qu'une dette payée par la caution du mari, devoit être remboursée par la veuve

& héritière de son mari: Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, le septième d'Avril 1672. entre Demoiselle François Duménil veuve de François Boutelet; apelante, & Gaspar Boutelet intimé. François Boutelet avoit cautionné son beau-frere de deux parties de rente; le principal obligé étant insolvable, Gaspar Boutelet héritier de la caution fut obligé de payer, & pour sa récompense il fit assigner la veuve de François Boutelet pour y contribuer d'une moitié, aiant eu la moitié des meubles de son mari; elle y fut condamnée par le Juge d'Exmes; dont aiant apelé, de Lépiney son Avocat disoit que l'intimé fondoit mal à propos sa demande sur cet article, puisqu'il ne parloit que de vente de propres; que la Coutume n'avoit eu pour but que d'empêcher les avantages entre gens mariez, qu'ils eussent pû se faire aisément, si les acquêts ou les meubles eussent été déchargez du emploi des propres; mais comme l'on présumoit que les deniers provenans de la vente des propres, avoient augmenté la masse des acquêts & des meubles où la femme prenoit part, il étoit juste d'empêcher cette fraude, & de remplacer les propres sur les acquêts & sur les meubles, que l'on ne présumoit point en ce cas procéder de la mutuelle collaboration des conjoints; mais pour les dettes contractées par le mari, il n'y avoit pas d'apparence de les comprendre sous le terme de vente; en tout cas quand on les réputeroit une aliénation de propre sujete à emploi, que l'on ne pouvoit étendre cela jusqu'à un cautionnement fait par le mari, toutes les raisons sur lesquelles l'on établissoit cette obligation du emploi des propres manquant en cette rencontre; car l'on ne pouvoit présumer que les deniers eussent entré en la masse des meubles, puisque le mari n'en avoit rien reçu, & qu'il n'étoit que simple caution, & par conséquent la femme n'en pouvoit avoir profité en aucune manière, ce qui rendoit très-injuste la condamnation prononcée contre elle; & pour montrer que toutes sortes d'aliénations de propres n'étoient pas sujettes à emploi, l'on ne pouvoit contester qu'il n'y avoit point d'obligation de remplacer ce qui avoit été donné.

Je répondois pour Boutelet, que la Coutume dans toutes ses dispositions faisant paroître tant de soin & d'inclination à conserver les propres, on devoit en toutes rencontres favoriser son intention; & lui donner toute l'étendue possible; & c'est pourquoi l'on répute & l'on fait passer pour aliénation tout ce qui en peut causer la perte ou la diminution; & puisqu'en vertu des dettes contractées par le défunt l'on parvient aisément à la vente volontaire ou forcée de ses propres, il est juste de mettre les dettes au nombre des aliénations: or le cautionnement que le défunt avoit fait mal à propos d'une personne insolvable, étoit une véritable dette, à laquelle son bien étoit hypothéqué; qu'il ne fût pas que les acquêts ou les meubles n'aient point été augmentez par ce cautionnement, que c'est allés qu'il en produise & qu'il en résulte une obligation sur les propres, en vertu de laquelle on les puisse faire vendre, & c'est pourquoi bien que la femme n'en tire aucun profit, elle ne doit pas être exemte d'y contribuer à proportion de ce qu'elle profite des meubles, puisque par l'usage certain de cette Province, il n'y a point de meubles ni d'aquêts non seulement que les propres alienez ne soient remplacés, mais aussi qu'ils ne soient rendus libres & exemts de toutes dettes & hypothèques: que si les veuves héritières de leurs maris n'étoient pas tentées à décharger les propres d'un cautionnement qu'il auroit fait, ce seroit donner ouverture aux fraudes; un mari emprunteroit le nom d'un homme insolvable, & toucheroit les deniers pour les donner à sa femme: Pour la donation l'on convient que le emploi ne peut en être demandé, mais c'est par cette raison que la Coutume permet de donner; que si les choses données étoient sujettes à emploi, la faculté de donner

En Normandie il n'y a ni meubles ni acquêts que les propres ne soient remplacés, & libérez de toutes dettes & hypothèques.

Arrest qui ordonne que le prix de l'Office perdu par la négligence du mari, sera remplacé sur les conquêts, avant que la veuve y puisse prendre part.

Le légataire universel aux meubles doit se charger des rentes constituées, s'il n'y a point d'aquêts.

Les dettes contractées par le mari sont une aliénation de propre.

Le cautionnement fait par le mari est une aliénation.

ner de ses propres seroit rendu inutile, puisque la chose donnée seroit reprise sur les acquêts & sur les meubles. La Cause fut apointée au Conseil sur quelques faits particuliers, mais sur la question generale le sentiment du Barreau étoit qu'il avoit été bien jugé.

L'on apprendra par l'espèce d'un Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 17 d'Aouft 1634. combien l'on est prévenu dans cette Province de la necessité du emploi des propres, puisqu'on le prétendit si mal à propos sur ce fait. Le procès étoit entre François Asselin heritier de Claude Emo fils de Roger Emo, & Tabouret & ses consors, heritiers de la femme de Claude Emo; & il s'agissoit de savoir si un fils succédant à son pere, auquel il devoit trois cens livres de rente, dont par ce moien il demouroit quite, & depuis ce fils étant mort sans enfans, ses heritiers au propre pouvoient demander le emploi de cette rente? Leur raisonnement étoit que le fils avoit reçu de son pere le capital de cette rente, à laquelle il s'étoit constitué envers lui, & qu'il y avoit lieu de présumer qu'il l'avoit employé en acquisitions; que si le pere avoit survécu le fils, les heritiers aux acquêts eussent été tenus d'aquiter cette rente, mais le fils aiant succédé à son pere, cette rente étoit devenue propre; & quoi qu'il la dût lui-même, qu'elle n'étoit point éteinte par confusion, les droits réels & hipotéquaires ne se confondans point par extinction, *l. ex sextante largus, de except. rei jud. l. debitor sub pignore 59. ad Senat. Consult. Trebell. qui res suas, §. aream, de Solut. D.* de sorte que l'obligation & l'hipotéque de cette rente renaissoit en faveur de l'heritier au propre. L'heritier aux acquêts répondoit que le emploi n'est dû que du propre aliéné, dont les deniers ont été reçus, qu'en tout cas *confusio tollit obligationem, cum jus creditoris & debitoris cadit in eandem personam, l. Stichum, §. aditio, de solut. l. verborum, D. eodem*, qu'il est incompatible qu'un homme soit debiteur à soi-même *in actu & potentia*, que *res sua nemini servit, & obligatio semel extincta non renascitur*; que le fils n'avoit rien aquis, & il s'étoit seulement libéré de son obligation; par l'Arrest les heritiers aux acquêts furent déchargez de la rente.

Les droits réels & hipotéquaires ne se confondent point par extinction.

La femme est tenuë au emploi des acquêts faits par le mari avant son mariage, & qu'il a aliénez constant icelui.

Le emploi ne se fait pas seulement des véritables propres, c'est-à-dire des biens que celui de la succession duquel il s'agit a eus à droit successif, mais on va jusqu'à ce point que la femme peut être obligée au emploi des acquêts faits par son mari avant son mariage, & qu'il a aliénez constant icelui; car ces acquêts sont réputez propres à l'égard de la femme, bien qu'ils tiennent nature d'acquêts entre les heritiers du mari; la raison est que la femme doit le emploi de tous les biens de son mari qu'il possédoit lors de son mariage, & qu'il a aliénez constant icelui, quand elle prend part aux meubles & aux acquêts: Par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 24 de Juillet 1665. il fut jugé que les acquêts dont le mari étoit saisi lors de son mariage, & qu'il avoit depuis aliénez, devoient être remplacez sur les acquêts, & à ce défaut sur les meubles, & ce à l'égard de la femme & du fils de la femme donataire des meubles; voici le fait. Barbot durant son premier mariage avoit fait quelques acquisitions, il épousa en secondes nœces la nommée Moultier, à laquelle il donna tous ses meubles qu'il laisseroit après sa mort, & en mariant Mahaut fils de sa femme, il ratifia cette donation; & en cas que sa femme le précédât, il donnoit tous ses meubles audit Mahaut: le cas étant arrivé, & Mahaut aiant demandé tous les meubles de Barbot, la sœur dudit Barbot & son héritière, soutint qu'il ne les pouvoit avoir qu'en remplaçant les acquêts que Barbot avoit faits durant son premier mariage, & qu'il avoit aliénez durant le second, ces acquêts à l'égard de la femme devant être considérez comme des propres. La question principale fut de savoir si ce emploi se feroit sur les acquêts seulement faits constant le mariage, ou generalement sur tous les acquêts, tant ceux qui avoient

été faits avant le mariage, que durant icelui? Mahaut disoit qu'il n'avoit pas les meubles au droit de sa mere, mais en vertu de la donation qui lui en avoit été faite par Barbot, & qu'ainsi à son égard les acquêts faits constant le premier mariage ne devoient pas être considérez comme propres, pour l'obliger au emploi d'iceux; que cela eût pû être soutenu contre la femme, mais non contre lui; qu'il devoit être considéré comme une personne étrangere à qui on n'auroit pû demander le emploi de ces acquêts en quelque tems qu'ils eussent été faits; qu'en tout cas il falloit que tous les acquêts portassent ce emploi; car bien qu'à l'égard de la femme les acquêts faits avant le mariage fussent censez propres, ils étoient néanmoins acquêts à l'égard de toute autre personne, & la donation faite au fils n'étoit pas la donation de la mere, laquelle étoit devenue caduque par son décès, & ainsi étant une donation différente, elle devoit être considérée différemment, & il ne devoit le emploi sur les meubles qu'en cas qu'il n'y eût aucuns acquêts: On répondoit pour ladite Barbot, que la même raison de prohibition qui étoit en la personne de la mere, se rencontroit en celle du fils; le mari ne pouvant donner à sa femme ni à ses parens, & ainsi les acquêts faits avant le mariage étans un véritable propre à l'égard de la femme, ils l'étoient à l'égard du fils, autrement un mari qui n'auroit que des acquêts en se mariant, pouroit les faire passer aux enfans de sa femme: Par l'Arrest on ordonna que les acquêts faits avant le mariage seroient remplacez sur ceux faits durant icelui, & au défaut sur les meubles.

Les acquêts faits avant le mariage, ne sont censez propres qu'à l'égard de la femme.

Si au contraire un homme avant son mariage avoit aliéné de ses propres, & que durant icelui il fit des acquisitions en bourgagè, ou qu'au défaut d'acquêts la femme prît part aux meubles, seroit-elle obligée de contribuer sur sa part des meubles ou des acquêts, au emploi de ces propres aliénez avant son mariage? On peut dire que la disposition de cet article est generale, & que la Coûtume ne distingue point si les propres ont été vendus devant ou depuis les épousailles; qu'il en pouroit arriver de grans desordres, un homme à la veille de son mariage vendroit & ameublieroit tous ses propres pour enrichir sa femme, qui auroit la moitié de ses meubles, sans être chargée du emploi des propres vendus.

D'autre côté il ne semble pas juste d'assujettir la femme à un emploi de propre qui a été vendu avant son mariage, il suffit qu'elle ne s'enrichisse pas des biens de son mari, mais elle ne doit pas porter la peine de son mauvais ménage, ni réparer les dissipations qu'il a faites de son bien avant que de l'avoir épousée; & puisque la Coûtume a trouvé juste de récompenser ses soins, & de lui faire part de l'accroissement de la fortune de son mari, lorsqu'elle y a contribué par sa collaboration, il n'y a pas d'apparence de lui demander le emploi d'un bien que son mari ne possédoit plus lorsqu'il l'épousa. Il est certain que dans cet article la Coûtume a eu principalement en vûe d'empêcher que le mari ne fit avantage à sa femme, il ne faut donc pas lui donner un autre sens & une autre étendue; & comme les emplois des deniers provenus de la vente des propres, ne sont censez conquêts sinon d'autant qu'il en est acru au mari, outre ce qu'il en avoit lors des épousailles, il faut conclure par un argument propre, que la femme n'est tenuë au emploi des propres, sinon d'autant que le propre de son mari est diminué depuis leurs épousailles.

La femme n'est tenuë au emploi des propres, qu'autant que le propre du mari est diminué depuis les épousailles.

Et bien que la Coûtume rende ce emploi necessaire en toutes occasions, & qu'il puisse arriver que le mari ait conservé les deniers provenans de la vente de ses propres, & que par ce moien la femme en ait profité, soit qu'ils se trouvent après son décès, ou qu'il en ait fait des acquisitions en bourgagè, & que les heritiers au propre aient raison de demander ce emploi; on répond que s'il y a des meubles ou des conquêts en bourgagè où la femme prenne moitié, l'autre moitié

reste toujours pour la récompense des heritiers au propre, & quand elle ne suffiroit pas il seroit rigoureux de priver la femme d'un droit que la Coûtume lui donne pour une cause où la même Coûtume ne l'assujétit point : C'est aussi le sentiment de Berault ; Si, dit-il, le mari avoit aliéné avant le mariage, l'aquêt qu'il fera constant icelui jusqu'à la concurrence de l'aliénation, ne sera point estimé remplacement pour le regard de la femme, ains conquêt, parce qu'il est aquis depuis les épousailles ; mais on ne fait point cette distinction à l'égard de divers heritiers, les uns au propre & les autres aux aquêts, il semble que cette question ne doive plus être problématique après l'art. 65. du Règlement de 1666. dont voici les termes : *Le emploi des immeubles que le mari ou la femme possédoient lors de son mariage, doit être fait sur les immeubles qu'ils ont aquis depuis ledit mariage, & n'aura la femme part ausdits meubles & aquêts, qu'après que ledit emploi aura été fait.* Il résulte évidemment de ces paroles, les immeubles que la femme ou le mari possédoient lors de leurs épousailles, que la femme n'est pas tenuë au emploi des heritages que son mari ne possédoit point lors de ses épousailles, puisque la Coûtume ne l'assujétit expressément au emploi que de ce qu'il possédoit en ce tems-là. Nonobstant ces raisons, le penchant que nous avons à conserver les propres & à diminuer les avantages des femmes est si grand, que l'on a de la peine à souffrir que la part que la femme prend aux aquêts & aux meubles, soit exemte du emploi des propres en quelque tems qu'ils aient été aliénés.

La femme n'a que douaire sur l'heritage en Caux, vendu & remplacé en bourgagne.

Et pour la question que Berault propose comme douteuse touchant un homme, lequel avant son mariage auroit aquis un heritage en Caux, & qu'il auroit revendu depuis son mariage & remplacé en bourgagne, savoir si la femme y auroit part comme à un aquêt fait en bourgagne, ou si elle y auroit douaire seulement, elle n'est pas plus problématique aujourd'hui, & c'est une maxime certaine qu'elle n'y auroit que douaire.

La consignation des deniers dotaux de la femme faite par le mari sur ses biens, est une aliénation du propre.

La consignation que le mari fait sur ses biens des deniers dotaux de sa femme, est aussi réputée une aliénation du propre, dont les heritiers aux meubles & aquêts sont obligés de décharger les propres, comme on le verra dans la suite.

La donation est une aliénation non sujete à emploi.

Bien que la donation soit une espece d'aliénation, il est certain néanmoins que les choses données ne sont point sujètes à emploi ; Arrest en 1654. sur ce fait. Une femme nommée Racine fit une donation entre-vifs de cinquante livres de rente à prendre sur ses propres, pour une Fondation, avec cette clause que ses heritiers aux aquêts n'en seroient aucunement chargez ; après son décès son heritier au propre prétendoit que c'étoit une donation à cause de mort, ou en tout cas qu'elle devoit être prise sur les aquêts, n'y ayant point d'aquêts que le propre ne soit remplacé : On répondoit pour Massieu heritière aux aquêts, que la donation n'étoit point sujette au emploi ; par l'Arrest l'on confirma la Sentence qui deboutoit l'heritier au propre de sa demande. Autre Arrest du 5 de Decembre 1661. au rapport de M^r Auber, entre le sieur Fosse & Marie Ferrand, par lequel il fut jugé que l'heritier au propre ne pouvoit demander de emploi à l'heritier aux aquêts, du tiers d'une rente dotale donnée par une femme à son second mari, mais seulement des deux autres tiers. Autre Arrest du 5 d'Avril 1639. par lequel il fut dit, que des rentes foncieres assignées sur un ancien propre en faisant une Fondation, ne doivent point être remployées sur les aquêts, quoi qu'il y eût clause d'hipotèque generale sur tous les biens.

Il fut jugé en cette espece qu'il n'étoit dû aucun emploi. Une femme avoit porté à son mari treize cens livres, tant en argent qu'en meubles ; de cette somme le mari en avoit constitué quatre cens livres en trente livres de rente pour tenir nature de dot : le mari n'ayant laissé que des meubles, la femme reprit cette rente & ses autres droits sur ses meubles ; elle fit

ensuite un Testament, par lequel elle donna tous ses meubles à divers légataires ; son heritier prétendit que les quatre cens livres qui avoient été constitués en trente livres de rente dotale, devoient être repris sur les meubles, à quoi il fit condamner les légataires ; mais en aiant apelé, ils représenterent que cette somme que la femme s'étoit constituée en dot sur son mari, étoit un véritable aquêt, ne paroissant point que les deniers ou les meubles qu'elle avoit portés à son mari, procédaient de ses pere, mere ou freres, car en ce cas cette dot eût été un propre ; mais cela n'étant pas, c'étoit un aquêt dont elle avoit pû recevoir le rachat, & étant devenu un meuble elle avoit eu droit d'en disposer : L'heritier de la femme apuioit sa prétention sur cette raison, que le emploi de la dot avoit été véritablement pris sur les meubles, parce que le mari n'avoit point laissé d'immeubles, mais que cela n'en empêchoit pas le emploi, puisque c'étoit un immeuble : Par Arrest du 13 de Mars 1664. la Sentence fut cassée, & ordonné que le Testament seroit executé.

Après avoir parlé des personnes qui peuvent demander le emploi des propres, de celles qui sont tenuës de le fournir, & pour quelles sortes d'aliénations il est dû, il est de l'ordre de discuter comment & sur quels biens il doit être fait.

Comment & sur quels biens le emploi des propres doit être fait.

Les aquêts sont le premier sujet du emploi des propres, & l'on ne le fait porter sur les meubles qu'au défaut d'iceux ; cet article le décide expressément, & c'est sur icelui que l'on a fondé cette maxime, qu'il n'y a point d'aquêts que le propre ne soit remplacé : Et quoi qu'il semble que cet article ne parle que de la femme, & qu'il ne donne point d'action aux heritiers au propre contre les heritiers aux meubles & aquêts, il est sans difficulté néanmoins, comme je l'ai déjà remarqué ci-dessus, que l'action en emploi peut être exercée contre les heritiers aux meubles & aquêts, par les heritiers au propre ; cela fut jugé par l'Arrest de Cherville, rapporté par Berault sur cet article.

L'action en emploi peut être exercée par les heritiers au propre, contre les heritiers aux meubles & aquêts.

Il y eut plus de difficulté pour étendre ce même emploi sur les meubles, mais elle fut terminée par le même Arrest de Cherville, & par un autre donné en la Chambre des Enquêtes, le 2 d'Aoust 1634. au rapport de M^r de Vignerai, entre le Mesle & Despernon.

La Coûtume d'Auvergne, chap. 12. art. 17. & suivans, & celle de la Marche, depuis l'art. 234. jusqu'au 238. semblent avoir quelque rapport à la nôtre, en ce qu'elles ordonnent que l'heritier aux meubles & aquêts paiera les dettes de la succession, à la décharge du propre.

Les meubles sont tellement affectés à la décharge ou au emploi du propre, que quoi qu'il y ait consignation actuelle de la dot, si toutefois la veuve est légataire universelle des meubles de son mari, elle doit au défaut d'aquêts décharger les propres de la rente dotale, sur la moitié des meubles qui lui ont été légués. Guillaume de Sainte Mereglise avoit assigné quinze cens livres pour la dot de Demoiselle Renée du Châtel sa femme, & n'ayant point d'enfans il lui léga tous ses meubles : Depuis Philippe de Pierrepont qui l'avoit épousée en secondes nocés, ceda à Charles Branche ces quinze cens livres, qui étoient constitués en cent sept livres de rente ; Branche aiant demandé cette rente à Henri le Coq mari de Louïse de Sainte Mereglise, & à ses autres sœurs, le Coq apela de Pierrepont en garantie pour l'en décharger, ce qui fut contredit par de Pierrepont, qui disoit que la dot aiant été assignée, elle ne pouvoit être prise sur les meubles : Le Coq répondit que les propres ne pouvoient être chargez de cette rente, parce que ce seroit une aliénation, & abandonnant les aquêts elle devoit être payée nécessairement sur la part des meubles légués ; ce qui fut jugé de la sorte, par Arrest donné en l'Audience de la Grand'Chambre, le 23 de Mai 1662. plaidans Theroulde & de Lépiney.

Nonobstant qu'il y ait consignation actuelle de la dot, la veuve légataire universelle des meubles doit porter sur iceux au défaut d'aquêts, le emploi de la rente dotale, à la décharge des propres.

Autre Arrest pareil, du 11 de Mars 1677. entre M^r

François Sallinguant Procureur au Bailliage & Siege Presidial de Roüen, heritier au propre de M^e David Sallinguant son frere, apelant de Sentence rendue par le Bailli dudit Roüen ou son Lieutenant, le 13 Octobre 1676. par laquelle sur l'apel de la Sentence du Viconte dudit Roüen, du 22 d'Aoust 1676. qui portoit après la déclaration dudit Sallinguant qu'il abandonnoit les aquêts faits par ledit défunt Sallinguant son frere, à Madeleine Hardoüin sa veuve, heritiere & légataire universelle des meubles d'icelui, qu'il étoit déchargé de la faisance & continuation de la partie de deux cens livres de rente dotale, à laquelle fin icelle Hardoüin seroit tenuë de représenter son traité de mariage pour être dossé, autrement & à faute par elle de ce faire, ladite Sentence lui vaudroit de décharge, & ledit Sallinguant permis de bailler memoire des propres aliénez dudit défunt son frere, pour par ladite Hardoüin se charger du remplacement d'iceux, en quoi faisant le transport fait à M^e Philipés Néel Avocat en la Cour, de ladite partie de 200 liv. de rente dotale par ladite veuve, déclaré résolu : Il avoit été dit par ledit Bailli, qu'il avoit été mal jugé, en corrigeant & réformant, icelui Sallinguant condamné de paier & continuer la dot en question audit Néel, avec dépens. De Lépiney sur l'apel de Sallinguant, disoit que la veuve étoit légataire universelle des biens-meubles de son mari, & que n'ayant point fait faire d'inventaire, la Sentence devoit être cassée; & du Hequet aiant défendu pour ladite veuve Sallinguant, par l'Arrest la Sentence du Bailli fut cassée, & celle du Viconte confirmée.

Si les charges dont les propres auroient été liberez tiennent lieu de remploi pour ceux qui auroient été aliénez ?

Pour exemter les heritiers aux meubles & aux aquêts du remploi des propres, l'on a souvent agité cette question, si les charges & les dettes que le défunt avoit acquitées, & dont il avoit libéré ses propres, devoient tenir lieu de remploi pour ceux qu'il avoit aliénez, lorsque par le contrat de rachat il n'en étoit point fait mention ? Outre l'Arrest de Boisdanemets, dont j'ai parlé sur l'art. CCCXCVI. la question a été jugée sur ce fait. Michel Gohon sieur de Corval, avoit reçu dix-huit cens soixante-six livres pour sa part de deux cens livres de rente rachetées par le sieur de Panneville, le 26 de Novembre 1653. Le 4 de Decembre ensuivant il fit le rachat de cent cinquante livres de rente, qui étoit dûë tant par ledit sieur de Corval que ses coheritiers, mais dont il devoit pour sa part quatorze cens livres; après sa mort Charlotte du Hamel sa veuve employa dans les lots qu'elle fit, tant pour son douaire que pour sa part aux conquêts, une rente de cent cinquante livres acquise par son mari constant leur mariage; les lots aiant été blâmez par Marguerite de Corval, & les enfans de Michel Gohon fils aîné dudit sieur de Corval, qui demandoit que les dix-huit cens soixante-six livres reçus par ledit feu sieur de Corval pour le rachat d'une rente qui faisoit partie de ses propres, fussent remplacez sur cette rente de cent cinquante livres qu'il avoit acquise, la veuve dudit sieur de Corval y avoit consenti; depuis elle crût qu'elle s'étoit trompée, & s'étant pourvüe par Lettres de récision, elle soutenoit que son mari aiant païé quatorze cens livres pour le rachat d'une rente dont son propre étoit chargé, cela tenoit lieu de remploi de pareille somme du nombre des dix-huit cens soixante-six livres qu'il avoit reçus, & que par conséquent il ne restoit plus à remplacer que quatre cens soixante-six livres; neanmoins par Arrest du 13 Juillet 1665. elle fut deboutée de ses Lettres, & il fut ordonné que sur la partie de cent cinquante livres de rente qui tenoit nature d'aquêt, il en seroit pris dix-huit cens soixante-six livres pour servir de remploi de la rente raquitée par le sieur de Panneville, & que les deux cens trente-quatre livres restans du principal desdits cent cinquante livres de rente, seroient employez dans les lots des aquêts. Cet Arrest marque que l'on tâche en toutes manières d'augmenter les propres, & d'en favori-

ser le remploi; car quoi qu'il semble que c'est assez les remplacer lorsqu'on les libere des dettes dont ils sont chargez, toutefois cette liberation n'étant qu'une extinction, elle n'équipole point à un remploi, s'il n'y a déclaration d'emploi expresse pour cet effet.

Ce qui marque une différence extrême de nôtre Coûtume d'avec celle de Paris, qui tend perpétuellement à diminuer les propres pour accroître les aquêts; & bien loin de pratiquer le remploi des propres, elle permet de réduire en aquêts tous les propres par la seule vente qui en est faite; & par l'article 334. de la même Coûtume, les heritiers aux propres sont si maltraitez, qu'on les fait contribuer aux dettes du défunt avec les heritiers aux meubles & aquêts, pour telle part & portion qu'ils amendent de ses propres.

Cette différence de la Coûtume de Paris, qui fait contribuer l'heritier au propre avec l'heritier aux meubles & aquêts aux dettes du défunt, d'avec celle de Normandie qui les en décharge entièrement, fit naître une grande question pour savoir si les propres d'un homme étans en Normandie, & ses aquêts & ses meubles à Paris, les heritiers au propre pouvoient obliger l'heritier aux meubles & aquêts à paier toutes les dettes ? Le fait étoit que feu Messire Nicolas Jean Seigneur de Breteville, étoit originaire de Normandie, & tous ses biens y étoient situez : en l'année 1633. il traita d'un Office de Conseiller au Grand-Conseil qu'il exerça jusqu'à sa mort, & durant ce tems il fit acquisition de plusieurs maisons à Paris, & y faisoit sa demeure la plupart du tems; étant mort sans enfans, Maître Nicolas Vallognes devint heritier pour une moitié aux propres, & Monsieur d'Anviray Conseiller en la Cour pour une autre moitié; & Jean de Lintot Ecuier, sieur de Boshulin, aiant épousé Demoiselle Françoisse Cavelier, & Demoiselle Marguerite Cavelier veuve de Charles Bosquet, heritiers aux meubles & aquêts.

Grande différence entre la Coûtume de Normandie & celle de Paris, à l'égard des propres & aquêts, & dans le cas qu'il y ait différens heritiers.

Il se mût d'abord trois questions entre ces trois heritiers; la première, si les heritiers aux meubles & aquêts dudit sieur de Breteville ne seroient pas obligez de remplacer les propres qu'il avoit aliénez en la Coûtume de Normandie, sur les aquêts par lui faits tant en Normandie qu'en la Coûtume de Paris ?

Si les heritiers aux meubles & aquêts sont tenus de remplacer les propres aliénez en la Coûtume de Normandie, sur les aquêts faits tant en Normandie qu'en la Coûtume de Paris.

La seconde, si les deniers qui provenoient d'un remboursement de rentes que le sieur de Breteville possédoit de son propre sur la Recette generale des Gabelles de Roüen, & que le Roi avoit supprimées, seroient réputez mobiliers ou immobiliers, & s'ils appartiendroient aux heritiers aux propres ou aux heritiers aux aquêts ?

Et la troisième, si les heritiers des meubles & aquêts pouvoient obliger les heritiers aux propres qui étoient tous situez en Normandie, de contribuer au paiement des dettes de la succession du sieur de Breteville à proportion de ce qu'ils en amendoient ?

Pour la première question, les heritiers au propre furent obligez de l'abandonner; car quoi que l'on soutint en leur faveur que par la jurisprudence des Arrêts du Parlement de Roüen, donnez en interprétation de l'art. CCCCVIII. de la Coûtume de Normandie, les heritiers aux meubles & aquêts sont condamnés au remplacement des propres aliénez, même au de-là des forces & de la valeur des meubles & aquêts, ce qui affecte plutôt la personne que les heritages, & est plus personnel que réel; & que par conséquent les heritiers aux meubles & aquêts du sieur de Breteville, étoient obligez au remplacement sur les aquêts de Normandie & de Paris; parce que dès le moment que les heritiers aux meubles & aquêts apprehendent la succession d'un défunt, ils contractent une obligation personnelle de remplacer, laquelle obligation produit en conséquence une hypothèque generale sur tous leurs biens en quelques lieux qu'ils soient situez; neanmoins comme suivant nos propres maximes, il n'y a point de remplacement

Suivant l'usage de Normandie, il ne se fait point de remplacement de Coûtume à Coûtume.

de Coûtume à Coûtume, il n'y avoit pas lieu de demander un remploi des biens de Normandie, sur des biens situés à Paris, les héritiers aux acquêts consentans le remploi des propres sur les acquêts de Normandie.

Pour la seconde question j'en parlerai sur l'article suivant: Mais toute la contestation tomba sur ce point, à savoir si les héritiers aux meubles & acquêts pouvoient obliger les héritiers aux propres qui étoient tous situés en Normandie, à la contribution aux dettes? Comme il étoit important pour la décision de ce différent de régler le domicile du feu sieur de Breteville, les parties n'en convinrent pas; mais il étoit constant que son véritable domicile étoit à Paris.

Les héritiers au propre disoient que par la Coûtume de Normandie les propres étant exemts de contribuer aux dettes, la Coûtume de Paris ne peut les y obliger; que l'action pour décharger les propres du défunt du paiement de ses dettes, est purement réelle, & ne se doit régler que par l'usage & la Coûtume de leur situation; que rien ne peut être mis en parallèle contre la Coûtume des propres, quand il s'agit de leur imposer une charge, & que le paiement des dettes n'est pas une action personnelle, mais une action de partage, d'autant qu'en demandant la contribution il n'y a rien que de réel, la personnalité ne s'y trouvant nullement; que l'action d'un héritier aux acquêts contre un héritier au propre est partant une action réelle; qu'il y a bien de la différence de l'action du créancier contre l'héritier, & de celle de l'héritier aux acquêts contre l'héritier aux propres, qui n'est qu'une action réelle pour fait de succession, qui n'a point d'obligation ni de contrainte acquise *in personam* de l'héritier au propre, mais seulement *in rem*; que c'est une erreur de dire que les actions personnelles d'un défunt se régulent par la Coûtume de son domicile, & qu'il y a grande différence entre l'actif & le passif d'une succession; que véritablement les actions personnelles d'un défunt pour le recouvrement de ce qui lui est dû, suivent la Coûtume de son domicile, mais autre chose est pour les dettes passives, qui est de rejeter les dettes sur les propres, il n'y a rien que de réel & non sujet aux règles du domicile; que vouloir transmettre l'obligation personnelle d'un défunt à ses héritiers, est chose captieuse; il y a toute différence, le créancier a son hypothèque par tout, & les héritiers entr'eux doivent suivre l'usage & la Coûtume de la situation, il s'agit donc entr'eux *de modo succedendi*; & de plus, que quand le domicile de M^r de Breteville seroit à Paris, ce seroit une conséquence fautive que de dire que celui de l'héritier y est aussi: & sur ce si les héritiers aux acquêts alléguent que les Coûtumes sont réelles en ce qui dépend de la simple disposition de la Coûtume, & non lorsqu'il y a de la disposition de l'homme qui attire l'hypothèque & la réelle, l'on répond qu'il n'y avoit point de disposition de l'homme, n'y ayant eu aucune convention par contrat que les héritiers aux acquêts feroient contribuer aux dettes ceux aux propres, & ainsi la disposition de l'homme manquant, il faut de nécessité suivre la réalité de la Coûtume, & s'agissant de rejeter les dettes sur les propres, c'est le vrai cas de la réalité de la Coûtume; qu'ils tâchent de bailler le change quand ils disent que s'agissant du paiement des dettes, il s'agit de savoir si l'héritier des propres a une action en vertu de l'usage de Normandie contre les héritiers des acquêts, & si cette action s'exercera dans la Coûtume de Paris, en la soumettant à cet usage de Normandie; mais que ce n'est pas là le fait de la Cause, que lesdits héritiers aux acquêts sont demandeurs, & ledit Vallognes défendeur, & ainsi que ce n'est pas lui qui fera sortir la Coûtume de Normandie hors de son territoire, mais les demandeurs qui veulent faire sortir la Coûtume de Paris hors ses limites; & sur ce que les demandeurs objectent que les rentes constituées sont dettes personnelles, & que le créancier se peut venger

sur tous les biens de la succession, le défendeur dit qu'il a été répondu que l'action du créancier n'a point de rapport avec les divers héritiers; l'héritier aux propres de Normandie a son indemnité des dettes sur les héritiers aux meubles & acquêts, non seulement pour ce qu'il profite de la succession, mais encore au delà des forces d'icelle s'il s'est porté héritier pur & simple, & quand il n'est qu'héritier bénéficiaire il faut que tous les meubles & acquêts soient épuisés pour la garantie des propres; que quand le défendeur viendra prendre des propres à Paris, il faudra qu'il contribue aux dettes à proportion desdits propres de Paris seulement, mais que pour ceux de Normandie il est ridicule aux héritiers des acquêts de prétendre exercer un recours sur eux pour les rendre contribuables aux dettes; qu'il n'est pas permis d'abandonner les acquêts de Normandie, & se tenir à ceux de Paris, sous prétexte de la succession ouverte à Paris; & comme en Normandie les meubles & acquêts sont sujets à l'indemnité des propres, il faut que l'héritier des meubles & acquêts acquitte toutes les dettes en libérant les propres; répondant à l'objection qui lui est faite, que Godefroi, l'un des Commentateurs de la Coûtume de Normandie, dit qu'entre divers héritiers ils contribuent au paiement des dettes; le défendeur répond que cela se pratique entre les héritiers paternels & maternels du défunt, & non entre des héritiers les uns aux acquêts & les autres au propre; que par l'article 106. du Règlement de 1666. les propres doivent être remplacés sur tous les acquêts, pour montrer qu'ils y sont tous sujets, que la décharge des propres de contribuer aux dettes se trouvera d'autant plus juste, que la plupart d'icelles sont dûes à cause desdits acquêts; or cela est certain dans les Coûtumes mêmes qui veulent la contribution entre divers héritiers, & où il n'y a point de remplacement, comme en Normandie, que les héritiers des meubles & acquêts sont seuls tenus des dettes pour raison des mêmes acquêts, suivant l'opinion de M^e Gui Coquille sur l'article 4. de la Coûtume de Nivernois, qui le confirme par plusieurs Textes de Droit, parce que les dettes de la chose faites & privilégiées sur icelles doivent être préférablement acquittées par la chose même; que si cela a lieu dans la Coûtume où il y a contribution, à plus forte raison doit-il avoir lieu dans les Coûtumes dont la réalité doit être suivie, comme celle de Normandie pour l'indemnité des propres. A quoi il fut répondu par les demandeurs, que dans toute la Coûtume de Normandie il n'y a pas un mot qui dise que les propres ne contribuent point aux dettes: les Commentateurs ont bien dit qu'il se fait un remplacement des propres aliénés sur les acquêts, au moien duquel les propres sont exemts des dettes; mais supposé que cela fût constant, ce remplacement ne pouroit être fait que sur les biens acquis en Normandie, car autrement ce seroit une action de recours que les héritiers au propre exerceroient en vertu de la Coûtume de Normandie, sur des acquêts situés en celle de Paris, ce qui ne se peut, attendu la réalité des Coûtumes, & que le pouvoir de chacune est borné par ses limites; & ce que le défendeur dit, que quand l'héritier des acquêts fait une action contre celui des propres pour le faire contribuer aux dettes, est leur vouloir imposer une charge, n'est pas vrai, parce qu'elle étoit imposée par l'obligation de Monsieur de Breteville, qui en contractant affecta tous ses biens au paiement de ses dettes; & quand l'héritier des propres allégué qu'il en doit être exempt au moien du remplacement qui se fait des propres aliénés sur les acquêts, ce n'est qu'une action en recours qu'on ne peut exercer en vertu de la Coûtume de Normandie hors ses limites.

Les héritiers des meubles & acquêts prétendent aussi que l'art. CCCCVIII. de la Coûtume de Normandie étant sous le titre *du Douaire*, n'a relation qu'entre le mari & la femme; mais l'explication des Arrêts est contraire, de forte qu'il est vrai de dire qu'il n'y a

Si les héritiers aux meubles & acquêts situés en la Coûtume de Paris, peuvent obliger les héritiers aux propres situés en Normandie à contribuer aux dettes?

Les meubles & acquêts sont sujets à l'indemnité des propres en Normandie.

S'il est fait mention dans aucun endroit de la Coûtume de Normandie, que les propres ne contribuent point aux dettes?

Il n'y a point d'aquêts qu'après le remploi des propres.

Les meubles & les aquêts se régulent selon le domicile.

point d'aquêts qu'après le remplacement des propres; mais il ne faut pas prétendre que cela s'étende sur les aquêts faits hors la Normandie, ni même sur les meubles quand la succession n'y est point ouverte, & que celui de la succession duquel il s'agit n'y étoit point domicilié. La maxime qui veut que les meubles & les aquêts se régulent suivant la Coutume du domicile, fait encore contre les héritiers du propre, parce que ces deux choses sont certaines; la première, que M^r de Breteville avoit son domicile à Paris; la seconde, que la Coutume de Paris n'ordonne point ce remplacement, & partant les héritiers des meubles & aquêts abandonnant les immeubles sis en Normandie, doivent être déchargés de cette action: Les mêmes raisons ont encore une conséquence plus forte pour décider la question du paiement des dettes, d'autant qu'il n'y a point d'article dans la Coutume de Normandie qui fonde la prétention de l'héritier au propre, mais seulement un usage qu'il est bien plus aisé de renfermer dans les limites de la Province, que l'on ne feroit un article précis; en tout cas l'on ne peut donner plus à la Coutume de Normandie, que de lui prêter les articles des autres qui ont un usage pareil, comme sont Mantes, Senlis, Bourbonnois, Amiens; mais la disposition de ces Coutumes est conçue en termes affirmatifs, en sorte qu'il n'y en a aucune qui ne dise que les propres ne peuvent être tenus des dettes, point d'article négatif, comme celui qui dit que les héritages ne peuvent être chargés du douaire au-delà du tiers, ainsi rien qui se puisse appeler réel, rien qui fasse partie de l'immeuble, rien qui fasse dire que le propre est exempt du paiement des dettes; ces Coutumes disent que l'héritier des meubles doit les dettes, & de là l'on induit que l'héritier des propres ne les doit point, & cela *per accidens*, que le propre en est exempt, & non pas *primariè* & *per se*, donc le propre sis en Normandie n'a point en soi de privilège, point de réel qui soit attaché à la situation, mais seulement il s'en trouve exempt quand l'héritier des meubles & des aquêts y est obligé; ce qui est toujours vrai quand le domicile de celui de la succession duquel il s'agit est en Normandie; car alors la succession se réglant suivant cette Coutume, l'héritier aux aquêts doit les dettes, & au contraire cela ne doit point être vrai quand le domicile est dans une Coutume qui en dispose autrement, comme celle de Paris; car alors comme dans cette Coutume l'héritier aux meubles n'est assujéti aux dettes qu'à proportion de son émolument, cette présupposition qui fait l'exemption des propres de Normandie ne se trouve plus, il n'y a plus de lieu de les dire exempts des dettes, puisqu'il n'y a point de personnes que la Coutume ait eu droit d'assujétir à les paier; il y a bien un héritier des meubles, mais la Coutume de Normandie n'a pas lieu de lui rien ordonner, parce que le domicile du défunt n'est pas dans son détroit; l'héritier des propres de Normandie n'a pas droit de se servir contre lui de l'usage du pais, parce que ce n'est pas une loi écrite pour les propres sis en Normandie, c'est une loi écrite pour des meubles qui n'ont point de situation & point d'autre règle que celle du domicile.

De la contribution aux dettes, lorsqu'il y a des propres ou des aquêts situés à Paris & en Normandie.

Le défendeur convient que s'il y avoit des propres à Paris & en Normandie, il ne seroit tenu de contribuer aux dettes que pour les propres de Paris; la même conséquence se tire pour les héritiers aux aquêts, que s'il y en avoit à Paris & en Normandie, il n'y auroit que les aquêts qui y sont situés sujets au remplacement; puis donc qu'il seroit bien permis aux héritiers des propres de n'abandonner que ceux situés à Paris à la contribution, sans que ceux de Normandie y puissent être sujets à cause de la réalité des Coutumes, par la même raison les héritiers des aquêts ne pouvoient pas être obligés de soumettre audit remplacement d'autres aquêts que ceux de Normandie.

Que si ces mots de l'art. 107. du Règlement de 1666. *seront remplacez sur tous les aquêts immeubles*, s'entendoient sur ceux situés en la Coutume de Paris, elle auroit un pouvoir bien ample, & les autres ne seroient plus réelles; mais les demandeurs se servent de ce même art. 107. quand il admet le remploi des propres sur les aquêts; ce n'est que quand les uns & les autres sont situés en la Coutume de Normandie, laquelle ne peut porter sa disposition ailleurs. L'art. 67. du même Règlement est conçu en ces termes; *Les héritages se partagent selon la Coutume des lieux où ils sont situés lors de la succession échüe, & non selon la Coutume des lieux où étoient situés ceux auxquels ils sont subrogés*: D'où il résulte que la Coutume prohibe ledit remplacement, quand les propres & les aquêts sont situés hors le détroit de la Coutume de Normandie. Aussi suivant l'avis des plus célèbres Avocats de Normandie, attesté par M^r le Procureur General dudit Parlement, c'est une maxime & un usage certain en ladite Province, que quand il y a différens héritiers, les uns aux propres, & les autres aux meubles & aquêts, le remplacement des propres se fait sur les aquêts, quand les uns & les autres sont situés en la même Province & sous la même Coutume; mais quand les uns & les autres sont sous d'autres Coutumes cet ordre cesse, & l'on y tient pour pareille maxime & usage non contesté, qu'il n'y a point de remplacement de propre sur aquêts de Coutume à Coutume, & qu'en ce cas les biens sont partagés entre les héritiers au propre & ceux des aquêts selon la Coutume des lieux où ils sont situés; & de même que les propres aliénés en la Coutume de Normandie ne peuvent être remplacés sur les aquêts situés hors de son détroit, l'on n'y reçoit point aussi l'action de remplacement desdits propres aliénés hors ladite Province sur les aquêts faits en icelle: Par Arrest du 7 de Décembre 1673. en la Grand' Chambre du Parlement de Paris, au rapport de M^r du Laurens, ledit Vallognes fut condamné de contribuer au paiement tant du principal que des arerages des dettes dont la succession dudit feu sieur de Breteville se trouvoit chargée; & ce pour telle part & portion que ledit Vallognes profitoit desdits propres; & pour connoître ce que chacun des héritiers au propre & des héritiers aux aquêts devoit porter desdites dettes, on ordonna qu'estimation & ventilation seroit faite des propres, meublés & aquêts. Il est certain que les héritiers aux meubles & aquêts tiroient avantage fort mal à propos de la Consultation des Avocats de Normandie; ils atestoient seulement que l'usage étoit qu'il n'y a point de subrogation de Coutume à Coutume, & que l'on ne pouvoit pas demander le remploi d'un propre sis en Normandie, sur les aquêts sis à Paris; mais il ne s'enfuiroit pas de cette maxime, que les propres de Normandie dussent contribuer aux dettes avec les aquêts situés à Paris; car rien n'est plus contraire à l'esprit de notre Coutume & à nos Usages, suivant lesquels les propres sont entièrement déchargés des dettes contractées par celui de la succession duquel il s'agit: Il est vrai que par l'art. 234. de la Coutume de Paris, les héritiers aux propres contribuent avec ceux des aquêts au paiement des dettes, mais il ne doit avoir lieu que quand tous les biens généralement, meubles, aquêts & propres se trouvent situés sous la Coutume de Paris; tous les Commentateurs de cette Coutume demeurans d'accord qu'il n'a point d'extension dans les autres Coutumes qui ont des dispositions ou des usages contraires: Donc la Coutume de Paris ne pouvant sortir hors de ses limites, & les propres de Normandie devant être déchargés des dettes par les meubles & aquêts, elle ne peut jamais s'appliquer ni faire règle pour les biens de Normandie.

Ce fondement posé, que la Coutume de Paris ne peut avoir d'empire ni de pouvoir sur les propres situés en Normandie, l'Arrest est tout à fait contraire

Diférence des Coutumes de Paris & de Normandie pour les propres & aquêts.

Entre différens héritiers en Normandie, le remploi des propres se fait sur les aquêts.

Hors Normandie, on suit la Coutume des lieux pour le remploi des propres.

La Coutume de Paris ne règle point les biens de Normandie.

à la Coutume de Normandie ; car on objecteroit inutilement que la Coutume de Normandie ne peut pas faire loi pour les meubles & les acquêts qui sont à Paris. On convient de ce point ; mais on répond que ce n'étoient pas les heritiers aux propres qui ataquoient les heritiers aux meubles & acquêts, ils étoient en une paisible possession de leurs propres, & les creanciers du sieur de Breteville ne leur demandoient rien ; c'étoient donc les heritiers aux meubles & acquêts qui les ataquoient, & qui demandoient la contribution aux dettes par les propres, & qui par conséquent vouloient que la Coutume de Paris fit loi sur des propres de Normandie : Ils ne pouvoient donc être traduits hors leur Jurisdiction pour leur faire changer de Loix & de Coutumes, puisque ce n'étoit qu'à raison des propres de Normandie que l'on avoit action contr'eux, & que ces propres ne pouvoient être reglez par d'autre loi que par celle de leur situation. Ils venoient donc ataquier la Coutume de Normandie dans son propre détroit, & ils vouloient porter celle de Paris hors de son territoire, pour la faire regner en Normandie.

Il est impossible dans les règles qu'en fait de réalité de Coutumes l'on puisse se dispenser de suivre la Coutume de la situation des biens, quand ce n'est qu'à raison des mêmes biens que la demande est fondée ; & c'est pourquoi l'on disputoit en vain laquelle des deux Coutumes doit être la plus forte, parce qu'il ne se doit jamais faire de combat de Coutume, que pour les actions purement personnelles & mobilières, mais non pas pour les actions réelles : ainsi dans les règles il ne falloit suivre la Coutume de Paris, qu'en cas qu'il y eût des propres dans son territoire ; mais n'y en ayant point, il n'étoit pas juste d'étendre sa disposition sur des propres qui avoient tous leur situation en Normandie.

Quoi qu'il soit vrai que les dettes doivent être acquittées sur les meubles & sur les acquêts, néanmoins lorsqu'il y a de differens heritiers, chaque succession doit porter sa charge, c'est-à-dire que si la succession des propres est chargée de quelques dettes, l'heritier aux acquêts n'est point tenu de l'acquiter ; ainsi jugé en la Grand' Chambre, le 19 d'Août 1659, entre les heritiers au propre de feu M^r Veron Conseiller en la Cour, & les heritiers aux acquêts : La succession des propres étoit chargée de vingt livres de rente, les heritiers des propres soutenoient que les heritiers des acquêts les devoient décharger, n'y ayant point d'acquêts que les propres ne soient en leur entier ; que si l'on avoit vendu des propres pour acquiter cette rente, le prix en seroit repris sur les acquêts ; mais l'on jugea que les successions devoient se partager en l'état qu'elles se trouvoient ; que chaque succession devoit porter sa charge, & que n'y ayant point d'aliénation il ne falloit point de remploi, plaidans Dehors & de Cahagnes.

Que s'il étoit question de reprendre le propre maternel sur la masse de la succession, en ce cas les heritiers paternels & ceux des acquêts contribueroient au marc la livre, pourvu que ce ne fût pas une dot qui eût été reçue & constituée par celui de la succession duquel il s'agit, car cette dot seroit entièrement levée sur les acquêts & sur les meubles.

L'art. 65. du Règlement de 1666. qui contient que le remploi des propres doit être fait au sol la livre sur les immeubles acquis constant le mariage, a terminé la question agitée par M^c Josias Berault & par M^c Jacques Godefroy, savoir sur quels conquêts le remploi des propres doit être fait, lorsqu'il y en a en bourgage & hors bourgage ? Elle s'offrit en l'année 1651. en la Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r de la Place-Ronfeugeres, & les Juges s'étant trouvez partis en opinions, l'affaire fut encore partagée en la Grand' Chambre ; & enfin aux Chambres assemblées il passa à dire que le remploi des propres seroit pris au sol la livre sur les acquêts tant en bour-

gage que hors bourgage, entre le Cauchois & Godebin ; & sur cet Arrest l'on a formé ledit art. 65. du Règlement de 1666.

Il reste à expliquer sur quelle valeur le remploi doit être fait, si c'est sur le prix des contrats d'aliénation ; ou sur la juste estimation du propre au tems du décès de celui de la succession duquel il s'agit ? La question en fut plaidée en l'Audience de la Grand' Chambre, le 23 de Mai 1636. entre le sieur Morel Tresorier de France à Caën, heritier aux meubles & acquêts du sieur de Janville Conseiller au Presidial de Caën, & les heritiers au propre : On disoit pour l'heritier aux acquêts que le remploi ne doit être fait que sur le prix des contrats qui ont été faits sans fraude, d'autant que chacun étant le maître de son bien il peut en disposer à sa volonté ; l'heritier doit prendre les choses en l'état qu'elles se trouvent lorsque la succession est ouverte ; qu'il n'a point d'action réelle pour demander les conquêts, mais une action simple pour demander le remploi qui ne consiste qu'en deniers, & pour être remboursé du prix que le défunt même a mis à la chose par son contrat ; qu'au tems de la vente il étoit incertain si le défunt auroit des enfans ou non ; il ne savoit s'il auroit divers heritiers ; que les dispositions de Droit au titre de *legatis & fideicom. & de restit. hered.* qui obligent ceux qui aliènent à rétablir les choses vendues, sont fondées sur ce que ces choses-là sont sujettes à restitution, & que l'on n'est pas le véritable seigneur & propriétaire de la chose que l'on est obligé de restituer, *qua restitutioni subjacent non alienantur. Authent. Restitutioni, C. Communia de leg. & fideicom.* mais celui qui est le maître absolu de son bien, en peut disposer à sa volonté.

L'heritier au propre répondoit que la Coutume a voulu que les acquisitions ne fussent réputées conquêts, que le propre aliéné ne fût remplacé ; que cet article étant conçu en ces termes négatifs *ne font*, il semble que ce remploi doit être fait en même substance, en fonds & non en deniers, *qui de pretio rerum venditarum alias comparat, diminuisse non videtur, sed inde quod comparatum est vice permutati domini restituitur, & illud non absumentur quod in corpore patrimonii retinetur, l. Imperator, §. ult. & l. seq. de leg. 2. l. sed & si 25. de petit. hered.* Si l'on remplaceoit en deniers, l'heritier aux acquêts auroit un grand avantage ; ce qui auroit été vendu à vil prix vingt ou trente ans auparavant, s'il étoit encore en essence vaudroit la moitié davantage ; les conquêts peuvent avoir aussi augmenté de valeur, ainsi l'heritier au propre perdrait, & l'heritier aux acquêts y profiteroit ; ce qui seroit contre l'intention de la Coutume, qui a voulu conserver les anciens biens dans les familles ; & celui qui voudroit faire avantage à son heritier aux acquêts, vendroit ses propres à bon marché afin de rendre moindre l'obligation du remploi, & par ce moien les heritiers au propre qui sont du nom & de la famille seroient préjudiciez. La cause fut appointée au Conseil, & depuis par Arrest du 28 de Février 1637. au rapport de M^r Huë, il fut dit que le remploi seroit fait sur le prix de la vente seulement.

On avoit jugé le contraire par un Arrest du 22 de Février 1630. & depuis il a été jugé de même par un autre Arrest du 28 d'Avril 1654. au rapport de M^r Aubert, mais aparemment la Cour se fonda sur quelques raisons particulières ; car puisque les acquêts ou les meubles n'ont pu être augmentez que du produit de la vente des propres, il n'est pas juste que l'heritier aux meubles & acquêts restitué davantage, ce n'est pas lui qui a profité du bon marché que le défunt a fait de ses propres, c'est l'acquerer seul ; & il est très-vrai que l'heritier au propre n'a d'action que pour demander à l'heritier aux acquêts le prix dont la masse des meubles ou des acquêts est acruë : Aussi par Arrest du mois de Mai de l'année 1644. il fut jugé que le remploi des propres paternels & maternels alié-

Sur quelle valeur leur doit être réglé le remploi des propres.

Les Coutumes ne peuvent jamais combattre l'une contre l'autre, que pour actions purement personnelles & mobilières.

Les successions se prennent en l'état qu'elles sont, & s'il n'y a point d'aliénation, il ne se fait point de remploi.

Sur quels conquêts se fait le remploi des propres, lorsqu'il y en a en bourgage & hors bourgage ?

Le remploi des propres se fait sur le prix des contrats d'aliénation.

Comment se fait le remploi des biens de la femme vendus par le mari.

nez par le défunt, seroit fait suivant les prix portez par les contrats de vente, sur ce qui se trouveroit d'aquêts, & le surplus sur les meubles que le mari avoit légués à sa femme, si elle ne vouloit renoncer à son legs, & à ce que la Coutume & son contrat de mariage lui donnoient, auquel cas elle étoit déchargée du remploi, tant du propre que de la dot, en contribuant à la moitié des dettes mobilières, à la reserve des frais funéraires: Sa dot étoit consignée par son contrat de mariage.

Pour le remploi des biens de la femme vendus par le mari, il se doit faire suivant l'art. 125. du Règlement de 1666. & il est au choix de la femme de se contenter du prix de la vente, ou de demander le juste prix de ses heritages. Il est tres-juste de lui donner cette option; car son mari n'étant pas le maître de son bien, on doit lui en rendre la juste valeur au tems du décès du mari; l'heritier au propre n'a pas la même faveur, car celui qui a vendu étoit le maître de la chose.

Bien que les heritiers aux aquêts ne soient tenus qu'au remploi du prix des contrats de vente, ils sont néanmoins obligés de les remplacer, quoi que cela excède la valeur des aquêts, comme aussi les legataires universels lorsqu'ils n'ont point fait d'inventaire; cela a été jugé plusieurs fois. Arrest du 12 de Decembre 1614. en la Grand' Chambre, contre Marie le Gras. Autre Arrest au raport de M^r de Vignerai, du 22 d'Août 1634. Autre Arrest au raport de M^r de Galentine, entre Cabetuil & Baudouin, du 18 de Decembre 1638.

Des actions mobilières & immobilières, suivant l'usage du Parlement de Paris.

Suivant la jurisprudence commune du Parlement de Paris, l'action pour le remploi des propres aliénez, même au cas qu'il échet de la prendre sur les immeubles, est néanmoins censée mobilière, & en cette qualité appartient aux heritiers aux meubles; par cette raison que pour juger de la nature de ce qui peut revenir d'une action, l'on ne considère pas sur quelle sorte de bien elle est à prendre, mais seulement ce qui en peut revenir, de sorte que si elle va à évincer des mains de quelqu'un un heritage, elle est censée immobilière; si au contraire l'on demande une somme d'argent, quoi qu'on la prétende sur un immeuble, elle ne laisse pas d'être réputée mobilière, *jus ad mobile inter mobilia computatur*, Loüet & Brodeau, l. R. n. 30. Bouguier, l. R. n. 1. Le Prestre, Cent. 2. c. 49. Ricard sur l'art. 232. de la Coutume de Paris, & du Fresne en son Journal d'Audiences, l. 6. c. 19. & 20. raportent un Arrest par lequel il a été jugé que les actions pour le remploi des rentes propres remboursées pendant la communauté d'une mere mineure, étant depuis sa majorité dévoluës à son fils son heritier, étoient mobilières, & ne retournoient point aux parens du côté & ligne dont les rentes étoient procédées.

En Normandie l'action pour le remploi des propres est immobilière, & appartient aux heritiers aux propres.

Mais comme parmi nous le remploi des propres aliénez doit toujours être fait nécessairement, *non solum jure societatis, sed jure hereditario*, & que la fin pour laquelle ce remploi est ordonné, est la conservation du bien dans les familles, cette action est toujours immobilière, & appartient aux heritiers aux propres. Aussi cette action ne tend pas à demander la restitution du prix du propre aliéné, mais pour avoir un fonds & une pareille substance.

Le remploi des propres n'a lieu qu'entre divers heritiers, & lors du partage de la succession de celui qui a aliéné.

Quoi que nous favorisons si fort le remploi des propres, il ne se fait pas néanmoins à l'infini; c'est seulement dans la succession qui est ouverte, & qui se partage entre divers heritiers, & l'on ne remplace point les propres aliénez par celui auquel celui de la succession duquel il s'agit, avoit succédé; comme il

fut jugé entre M^r Roque sieur de Varengeville, Conseiller en la Cour, & le sieur Voisin, sur ce fait. Le sieur Voisin étoit heritier de la Demoiselle Voisin sa nièce, femme du sieur de Vanicroq: Le sieur Voisin disoit qu'avant le mariage du pere de sa nièce avec la Demoiselle Deshayes, que son pere avoit épousée depuis, il y avoit pour huit cens livres de conquêts où ladite Deshayes avoit pris part, & que par conséquent elle devoit contribuer au remploi de trois cens livres de propres aliénez par son premier mari; mais il fut jugé que ce remploi n'étoit point dû, vû la confusion qui s'étoit faite en la personne de ladite Voisin, lorsqu'elle étoit devenue heritière de ses pere & mere, ce qui avoit éteint l'action qu'elle auroit eue contre sa mere, si elle l'avoit exercée avant qu'elle fût devenue son heritière, ce qui rendoit l'heritier de cette fille non recevable à prétendre un droit qui ne subsistoit plus.

Autre Arrest pareil, sur ce fait. Il étoit question de la succession mobilière & immobilière d'Elisabeth des Marests, entre Jacques des Marests oncle de ladite Elisabeth des Marests, & seul heritier aux meubles, & Richard des Marests & ses freres cousins germains de ladite Elisabeth, & heritiers aux propres avec Jacques des Marests.

Jacques soutenoit que la dot d'Elisabeth Varin, & mere d'Elisabeth des Marests, laquelle avoit été constituée par le pere de ladite des Marests sur tous ses biens, & qui étoit demandée par les heritiers de ladite Varin, devoit être prise sur la succession immobilière de ladite des Marests, parce que la dot étoit une dette immobilière, qui par conséquent devoit être acquittée sur les immeubles, comme les dettes mobilières étoient reprises & payées sur les meubles; que s'il étoit question de partager la succession du pere de ladite des Marests, qui avoit fait une aliénation de ses propres, en constituant sur ses biens cette rente dotale, en ce cas le remploi s'en feroit sur les meubles: mais quand celui qui a fait l'aliénation laisse un heritier qui confond en sa personne l'une & l'autre succession, il faut prendre l'herité en l'état qu'elle se trouve, & l'action en remploi est éteinte, autrement le remploi iroit à l'infini.

Au contraire Richard des Marests & ses freres, soutenoient que suivant l'art. 107. du Règlement de 1666. le remploi des propres aliénez, quand il n'y a point d'aquêts, se fait sur les meubles sans distinction de celui qui a aliéné ou de son heritier; que les successions du pere & de la mere d'Elisabeth des Marests n'avoient jamais été confuses, parce qu'il y avoit diversité d'heritiers, & par conséquent l'action en remploi n'avoit pu être éteinte en la personne de ladite Elisabeth, & même ne le pouvoit être tant que l'action des heritiers maternels durerait: Par Arrest en la seconde Chambre des Enquêtes, du Mars 1683. au raport de M^r Bloüet de Camilli, il fut jugé que la rente dotale d'Elisabeth Varin seroit prise sur les immeubles de la succession d'Elisabeth des Marests, sans diminution des meubles & des aquêts. Le Viconte & le Bailli avoient jugé le contraire; mais il n'est pas juste d'étendre cette action en remploi au de-là de celui qui a fait l'aliénation, autrement cela iroit à l'infini.

Enfin il faut remarquer que cette action n'a point lieu en ligne directe; de sorte que si le mari avoit vendu le bien de sa femme, le remploi s'en feroit sur tous ses biens généralement; ainsi jugé, au raport de Monsieur de Brinon, au mois de Juillet 1656. entre le sieur de Villarsfeaux & autres.

L'action en remploi ne s'étend point au de-là de celui qui a fait l'aliénation.

L'action en remploi n'a point lieu en ligne directe.

CCCCIX.

Deniers provenans de raquits de rente, de quelle nature, meubles ou immeubles.

Deniers provenans du raquit des rentes non remploiez, tiennent nature d'immeuble.

Et où les deniers provenans du raquit desdites rentes n'auront été remploiez lors du décès, ils ne sont censez meuble, mais immeuble, jusques à la concurrence des propres qui appartenoient au mari lors dudit mariage.

Cet article est contraire à la jurisprudence du Parlement de Paris, où suivant le témoignage de Monsieur Bouguier, *l. R. n. 1.* l'on tient pour une règle très-véritable, que *quoties agitur de jure succedendi, non de jure societatis*, étant la chose trouvée en nature de meuble, ou n'ayant jamais été employée, les successions se doivent régler selon la nature mobilière ou immobilière qui se rencontre aux choses dont il s'agit.

Cette jurisprudence du Parlement de Paris contraire à cet article, fit naître une contestation entre les heritiers aux propres, & ceux des meubles & acquets de feu Monsieur de Breteville Conseiller au Grand Conseil, sur laquelle Messieurs du Parlement de Paris se trouverent partis en opinions.

Si les deniers provenans du remboursement de rentes d'ancien propre, sont réputez mobiliers ?

Monsieur de Breteville avoit douze cens trente-une livres dix sols de rente, qui lui appartenoient d'ancien propre sur les Gabelles de Normandie; elles furent supprimées par Déclarations du Roi, des mois de Janvier & Février mil six cens soixante-neuf, & Monsieur de Breteville mourut le trentième de Mai de la même année; mais la liquidation du remboursement ne fut faite qu'au mois de Février 1670. Les heritiers aux meubles & acquets prétendirent que la somme de six mille cinq cens livres à laquelle le remboursement desdits douze cens trente-une livres dix sols de rente avoit été liquidé, leur appartenoit comme purement mobilière; ils disoient pour le prouver que cet article se devoit expliquer par l'article DXIII. de la même Coutume, & qu'il ne devoit avoir lieu qu'à l'égard des deniers remboursez pour des immeubles appartenans à des mineurs, ou destinez pour le douaire d'une veuve, à l'égard desquels & de leurs heritiers tels deniers gardent toujours leur qualité d'immeuble, & non entre majeurs heritiers d'un défunt, qui partagent la succession en l'état qu'elle se trouve; ainsi c'est assez de justifier que ceux dont il s'agit, sont purement mobiliers. Pour cet effet il faut considerer qu'au jour du décès de feu Monsieur de Breteville, ces rentes ne subsistoient plus par l'extinction qui en avoit été faite par la volonté du Roi, au moien de laquelle extinction il ne restoit plus audit sieur de Breteville que l'espérance, ou si l'on veut l'action pour recevoir son remboursement; cette espérance ou cette action, quoi qu'il n'y en ait pas contre le Roi, ne pouvoit être réputée qu'un effet mobilier qui suivoit le domicile, & qui par conséquent appartenoit à l'heritier des meubles; & bien que le remboursement n'ait été fait qu'après le décès du sieur de Breteville, les rentes ne laissoient pas d'être éteintes dès le moment qu'il a plu au Roi de les supprimer, parce que l'on n'observe pas la même chose à l'égard du Roi qu'à l'égard d'un particulier: lorsqu'un particulier doit une rente, elle subsiste toujours jusqu'à ce qu'elle soit remboursée, les particuliers n'ayant pas la même puissance que Sa Majesté d'éteindre un droit ou une rente par leur seule volonté; si bien que quand le Roi a prononcé la suppression d'un droit ou d'une rente, cette suppression éteint tellement la rente ou le droit, qu'il n'en reste plus de vestige: l'on peut dire en cette rencontre qu'il en

est de même comme lorsqu'un particulier vend son heritage; car encore que le prix n'en eût point été reçu, & que l'acheteur eût promis seulement de le paier, la vente ne laisse pas d'être parfaite, & le vendeur qui auparavant étoit propriétaire de l'heritage, n'a plus qu'une action mobilière contre l'acheteur pour le paiement du prix: A cela l'on oppose l'article CCCCIX. de la Coutume de Normandie, mais l'application n'en est pas juste, parce qu'il ne s'agit que de l'assurance du douaire des femmes, comme on le peut induire des articles précédens; & d'ailleurs il faudroit que le remboursement de la rente dût être fait dans la Coutume de Normandie, parce que quand elle répute les deniers du remboursement des rentes un immeuble, ce n'est que par une disposition particulière, qui ne peut avoir lieu dans une autre Coutume, dont la disposition ne sera pas semblable: Or outre que les parties ne se rencontrent pas toutes dans la Coutume de Normandie, parce que les heritiers aux meubles suivent la loi du domicile du défunt, les deniers du remboursement de la rente ne se trouvent pas aussi en Normandie, puisque ledit remboursement est assigné sur le Tresor Roial qui est à Paris, dont la Coutume ne répute point le rachat des rentes, ni ces sortes de remboursemens pour une chose immeuble, non pas même à l'égard de la femme; il s'ensuit que la Coutume de Normandie, quand même elle seroit indéfinie, ne peut pas rendre immeuble ce qui est meuble dans la Coutume de Paris.

Il y a plus, quand les deniers du remboursement dont il s'agit, se seroient trouvez en Normandie lors du décès du sieur de Breteville, toutefois étant domicilié à Paris le remboursement seroit considéré comme un effet mobilier, sans avoir égard à sa source; la raison est que la succession est ouverte dans une Coutume en laquelle ces sortes de deniers sont mobiliers: cette disposition a son étendue dans toutes les autres Coutumes; d'autant que ce que la Coutume du domicile peut rendre mobilier, ne sauroit être rendu d'une autre nature par les autres Coutumes, ne pouvant y avoir qu'une seule & unique succession de meubles, & une sorte de meubles sans distinction.

Les heritiers confirmoient ces raisonnemens par l'autorité des choses jugées: ils s'aideroient de l'Arrêt rapporté par Berauld sur l'article DXIV. de la Coutume, par lequel les deniers provenus de la vente d'un Office furent déclarés meubles; de deux Arrêts du Parlement de Bretagne rapportez par Frain, Plaidoyer 21. par lequel les deniers en succession collaterale ont été jugez devoir être partagez comme meubles, bien qu'ils fussent procédez d'heritage & de tronc commun; l'autre Arrêt, par lequel il a été jugé que les deniers procédez de la vente des biens du pere en la succession du fils étoient meubles; & de plusieurs Arrêts du Parlement de Paris rapportez par M^r Louët, *l. D. n. 30.*

Au contraire l'heritier au propre répondoit que les rentes sur les Gabelles étant propres au feu sieur de Breteville, elles devoient être réglées dans la succession

Les heritiers aux meubles suivent la loi du domicile du défunt.

Il n'y a qu'une seule succession de meubles, qui ne sont que d'une sorte.

son suivant la Coûtume de Normandie où elles ont leur situation, & qu'elles ne peuvent appartenir qu'à ses héritiers aux propres, puisque quand le rachat en auroit été fait au défunt de son vivant, si les deniers de ce rachat se trouvoient en essence au jour de sa mort ils seroient réputés propres dans la succession, comme les rentes mêmes dont ils sont provenus, le rachat même qui en auroit été fait aux mains du sieur de Breteville n'en auroit point changé la nature de propres; les héritiers aux meubles sont obligés de convenir de cette vérité, que si lesdites rentes étoient en nature lors du décès du sieur de Breteville, ils n'y auroient pu rien prétendre; mais ils disent qu'elles n'étoient plus en nature de rente, à cause que le Roi en avoit ordonné le remboursement, & que cette Ordonnance doit opérer le même effet que si elles avoient été rachetées: Il y a grande différence entre ordonner qu'un rachat de rente sera fait, & faire actuellement le rachat, la simple volonté de racheter n'est pas réputée pour l'effet, & jusques à ce que le rachat ait été actuellement fait, la rente subsiste & ne change point de nature; mais supposé que par l'autorité du Prince le cours des arrerages eût été arrêté, & qu'il ait été converti en intérêt au denier vingt jusques au 8 de Février 1670. que la liquidation du remboursement a été faite, cette Ordonnance du Roi ne change point la nature des rentes; & la fiction que veulent faire les demandeurs en disant que l'intention du Roi de faire le rachat doit tenir lieu de remboursement actuel, est une fiction contraire à la volonté du Roi, qui bien loin de faire passer son Ordonnance de rachat pour un rachat actuel, a tellement reconnu que cela ne pouvoit être, que Sa Majesté a ordonné le paiement des intérêts, qui n'auroient pas été payés, si la destination du remboursement eût tenu lieu de remboursement actuel.

La rente subsiste jusqu'au rachat actuel.

Les deniers provenus du rachat d'une rente propre, sont de la même nature que la rente.

Mais l'article CCCCIX. de la Coûtume de Normandie, décide cette question en termes formels; cette sage Coûtume répute les deniers provenus du rachat d'une rente propre, de la même nature que la rente, pour retourner aux mêmes héritiers à qui la rente auroit appartenu, si le rachat n'en étoit pas fait; & l'on ne peut pas dire que cette disposition de la Coûtume de Normandie n'ait lieu qu'à l'égard de la femme, pour l'exclusion de rien prendre au propre de son mari, ni aux deniers qui en sont provenus, puisque Berault assure que cela se pratique aussi entr'autres héritiers; de manière que les deniers provenus de l'acquisition des rentes ou de la vente des propres trouvent en essence lors du décès du vendeur, seront réputés de la même nature que les choses d'où ils sont provenus: supposé donc que l'Ordonnance du Roi pour rembourser, tienne lieu de remboursement actuel, & que les deniers en soient demeurés entre les mains du Roi depuis le décès du sieur de Breteville, il est constant que les deniers sont de la nature des propres ou des immeubles comme seroient les rentes, si le rachat n'avoit point été ordonné; soit donc que lesdites rentes soient considérées comme rentes existantes & non rachetées, soit qu'elles soient considérées comme rachetées par fiction, à cause de l'Ordonnance du remboursement, dont les deniers se sont encore trouvés en essence entre les mains du Roi lors du décès du sieur de Breteville, il est impossible que les héritiers aux acquêts y puissent rien demander. Sur cette question les Juges se trouverent partis en opinions le sept de Décembre 1673. en procédant au jugement des autres questions d'entré les parties, dont il a été parlé dans l'article précédent, au rapport de Monsieur du Laurens, dont l'avis étoit que les deniers dudit remboursement étoient un

propre, qui devoient être ajugés aux héritiers au propre.

Si les Juges n'eussent été prévenus de leurs maximes, cette question ne pouvoit être douteuse en faveur de l'héritier aux propres; les rentes étant assignées sur les Gabelles de Normandie, & par conséquent y aiant une situation réelle, le domicile du créancier ne pouvoit faire la règle du droit de succéder à l'égard des rentes, comme il ne la faisoit pas à l'égard des autres immeubles; & l'on disputoit en vain si l'Ordonnance de rembourser opéroit un remboursement actuel, puisque quand le sieur de Breteville auroit actuellement de son vivant reçu les deniers, néanmoins pourvu qu'ils se trouvaient encore en essence, ils ne devoient être censés meubles: Il est vrai que ces deniers-là ne se trouvoient pas en Normandie, & que par conséquent l'on peut dire qu'ils n'étoient pas sous l'empire & sous le pouvoir de la Coûtume de cette Province: On répond que l'assignation du paiement sur le Trésor Royal ne faisoit pas sortir la rente de Normandie; & comme cessant l'autorité du Prince on auroit pu demander le remboursement en Normandie, puisque la rente étoit dûe sur les Gabelles de la Province, le fait du Prince ne changeoit point la nature des choses entre les particuliers, de sorte qu'il falloit supposer que ce remboursement se faisoit en Normandie, parce qu'il devoit y être fait; mais après tout, l'on ne pouvoit supposer que le remboursement fût actuellement fait au jour du décès du sieur de Breteville, & l'on ne doit le présumer fait que lorsque les deniers ont été actuellement payés & reçus; ce qui faisoit la décision de la question.

Deniers provenus du rachat de rente, trouvez en essence après le décès, ne sont censés meubles.

Bien que cet article ne parle que des rentes, il s'entend néanmoins aussi des héritages. Berault a dit qu'il n'a été employé qu'à l'égard de la femme, afin que son mari ne la pût avantager au préjudice des autres héritiers, en gardant les deniers provenus du rachat de ses rentes; mais il étoit superflu à l'égard de l'héritier aux propres, puisque les propres au défaut d'acquêts sont remplacés sur les meubles; de sorte qu'il est indifférent à l'héritier aux propres que ces deniers provenus du rachat des rentes, soient réputés un effet mobilier ou immobilier, puisqu'en toutes manières ils sont affectés & sujets au emploi des propres; ce qui peut faire présumer que lors de la Réformation de la Coûtume, il n'étoit pas encore certain si le emploi des propres pouvoit être pris sur les meubles; car cela n'étant pas, cet article étoit fort nécessaire pour empêcher les avantages que le mari pouvoit faire à sa femme; mais maintenant que cette maxime, que les meubles au défaut d'acquêts sont sujets au emploi des propres, est confirmée par tant d'Arrêts, cet article à l'égard de la femme est inutile.

Les meubles au défaut d'acquêts sont sujets au emploi des propres.

Il ne peut avoir d'usage qu'entre l'héritier aux acquêts, la veuve ou les légataires; car le emploi se faisant premièrement sur les acquêts, ceux qui succèdent à cette nature de biens ont intérêt de faire valoir cet article, & que les deniers provenus du rachat des rentes qui se trouvent encore en essence, soient réputés de même nature que les rentes, c'est-à-dire immeubles, & que par conséquent la veuve ou les légataires ne les emportent pas à leur préjudice.

Cependant il semble que l'on n'ait réputé immeubles les deniers provenus du rachat d'une rente, qu'en faveur de l'héritier au propre seulement, & non lorsque la contestation arrive entre l'héritier aux acquêts, & la veuve ou les légataires: Cette question a été décidée en la Grand'Chambre, où l'affaire avoit été portée sur un partage des Enquêtes, l'onzième d'Août mil six cens soixante-cinq, Monsieur Asselin Rapporteur, Monsieur Bretel Com-

Les deniers provenans du rachat de rentes, après le remploi fait des propres sont réputés meubles.

partiteur, entre M^{re} Jacques de Harcour, aiant épousé la veuve du sieur de Parfourru, & les héritiers dudit sieur de Parfourru. Le Sr de Parfourru trois jours avant sa mort avoit reçu le rachat d'une rente, une partie des deniers se trouva encore en essence, & pour le reste il avoit pris une obligation; les deniers furent déclarés meubles au profit de la femme, après que le remploi auroit été fait sur les acquêts de la même rente dont elle l'avoit trouvé saisi lors de son mariage: Les termes de cet article

semblent appuyer cet Arrest, ne sont censés immeubles que jusques à la concurrence des propres qui appartenoient au mari, de sorte que s'il restoit des deniers après le remploi fait, ils seroient censés meubles; en effet, ils sont un véritable meuble. Or puisque les acquêts sont le premier & le plus propre sujet du remploi des propres, il ne faut donner lieu à la fiction & réputer ces deniers immeubles qu'en tant qu'il est nécessaire pour fournir le remploi des propres.

Acquêts, le premier objet du remploi des propres.

CCCCX.

Mariez ne se peuvent avantager.

Donations & avancements prohibez entre gens mariez.

Gens mariez ne se peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou confessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou partie, directement ou indirectement.

Cette prohibition si générale & si absolue que la Coutume fait au mari & à la femme de s'avantager l'un l'autre en quelque manière que ce puisse être, paroît rigoureuse. Bien qu'un amour pur & désintéressé doive être le principe & la cause de leur union, il ne faisoit pas néanmoins leur interdire si absolument tous les moyens d'exercer la remunération & la gratitude; les raisons qui ont servi de prétexte & de fondement à ces défenses générales ne sont pas assez solides pour être suivies, & pour y avoir eu de si grands égards: Il étoit véritablement juste de ne leur permettre pas de se dépouiller de tous leurs biens par des donations universelles, de crainte que par un amour excessif & aveugle ils ne fussent réduits dans la nécessité, sur tout le mariage venant à être dissous par un divorce; mais outre que l'on ne doit plus appréhender les inconvéniens qui pouvoient procéder d'un divorce, les mariages étans indissolubles que par la mort, il étoit aisé d'y apporter le même tempérament que l'on a fait pour les autres personnes, en leur accordant seulement la liberté de disposer d'une certaine portion de leurs biens; ou si l'on craignoit que celui des conjoints qui seroit le plus amoureux ou le plus libéral, ne se vît dépouillé par les artifices, les flateries & les importunités de l'autre qui n'auroit qu'une amitié mercenaire, on pouvoit n'approuver que les donations à cause de mort & testamentaires, qui n'auroient fait préjudice qu'à des héritiers, pour lesquels l'on ne doit pas avoir des sentimens si tendres que pour une femme ou pour un mari.

Donations entre vifs & testamentaires admises parmi les Romains.

Les loix Romaines ont suivi cette équité, quoi qu'elles eussent interdit les donations entre-vifs entre les conjoints par mariage, afin que l'excès d'un amour réciproque ne les portât pas à se faire des donations immenses, & à se dépouiller de leurs biens sans mettre aucunes bornes à leurs libéralités; néanmoins elles approuvoient les donations à cause de mort & testamentaires, parce qu'elles n'avoient leur exécution qu'en un tems où la nécessité n'étoit plus à craindre, & où la qualité de mari & de femme venant à cesser, la cause de la prohibition n'avoit plus de lieu; & comme ces mêmes loix avoient principalement pour but que l'un ne s'enrichît pas aux dépens de l'autre, elles ne desapprouvoient pas même entre vifs ces espèces de donations qui ne rendoient pas le donataire plus riche: *qua & donantem pauperiorem, & accipientem non facit locupletiore*, l. 5. §. 8. de donat. inter vir. & uxor. D. ce qui étoit même donné pour aider à obtenir quelque dignité, ne passoit pas pour donation, l. 40. eod.

Des Coutumes qui admettent entre gens ma-

Quelques Coutumes de France ont imité cet exemple; elles ont permis aux gens mariez de se

donner par testament; Amiens, article 106. Mantres, article 16. Rheims, article 291. Noyon, article 9. Lodunois, ch. 25. art. 8. Les autres prohibent toutes donations entre le mari & la femme, soit entre-vifs ou testamentaires; Paris, 282. Orleans, 285. Clermont, 124. Celle de Bourgogne, tit. des Droits appartenans à gens mariez, article 7. les approuve, pourvu qu'elles soient faites du consentement des héritiers; mais la plupart ont autorisé les donations mutuelles: Nôtre Coutume plus rigoureuse les condamne toutes sans distinction: Il est vrai que dans cet article, elle ne fait point mention de la donation testamentaire, mais elle s'en est expliquée nettement dans l'article CCCCXXII.

riez les donations entre vifs & testamentaires.

Pour l'éclaircissement de cet article, il faut distinguer trois sortes de donations, qui se font ordinairement pour éluder la disposition de la Coutume; la première, auparavant les épousailles; la seconde, par le contrat de mariage; & la troisième, constant le mariage par des voies indirectes & obliques, & par interposition de personnes.

La Coutume de Normandie n'admet aucune sorte de donations entre gens mariez.

La prohibition faite aux conjoints de se donner, n'est pas fondée seulement sur les principes du Droit Romain que les Jurisconsultes ont rapportés dans les Loix 1. 2. & 3. du titre de donat. inter vir. & uxor. D. Le Droit François a eu particulièrement cette vue de conserver les biens dans les familles, & c'est pourquoi il n'est pas permis, comme par le Droit Romain, de rendre cette prohibition illusoire par une infinité de manières; la donation entre-vifs ne seroit pas confirmée par le mort, si le donataire ne l'avoit pas révoquée, puisqu'il est défendu de donner par testament, & l'on n'examine point si la donation est profitable au donataire, & s'il en est devenu plus riche, il suffit que les biens du donateur en soient diminués; & c'est pourquoi la Coutume emploie tant de clauses & de termes différens pour empêcher les fraudes, & pour condamner tous les déguisemens & les voies obliques dont l'on pourroit se servir: *Gens mariez ne se peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, & faire contrats ou confessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou partie, directement ou indirectement.*

Des trois sortes de donations entre gens mariez, faites pour éluder la Coutume.

Mais quoi que les témoignages & les marques du véritable amour conjugal doivent consister uniquement en une amitié pure & désintéressée, néanmoins l'avarice a trouvé des moyens si subtils & si ingénieux pour éluder les loix, que nonobstant toutes leurs précautions, il est souvent fort mal-aisé de découvrir la fraude & l'obliquité des contrats.

Premièrement, on a douté si la Coutume défend

Si les contrats faits contre la disposition de la Coutume, peuvent subsister ?

dant simplement de donner sans prononcer la nullité des contrats faits contre la prohibition, ils ne laissent pas de subsister ? Mais cette difficulté est facile à résoudre ; car la disposition étant conçue en termes négatifs, suffit-elle pas pour annuler tout ce qui est fait contre la prohibition, *licet consuetudo non procedat ulterius, annullando tamen actus est nullus*, Boërius sur la Coutume de Berry, tit. 8. §. 1.

On a tâché de confirmer ces donations en imposant une peine à l'héritier qui les contrediroit ; mais la cause & le fondement de cette peine n'étant pas légitime, l'héritier peut y contrevenir impunément ; Chassanée, titre des Droits appartenans à Gens Mariez, §. 7. *verbo (ne peuvent) n. 6. sicut non valet, ita nec pœna apposta.*

Le consentement que l'on exigeroit de l'héritier ne les rendroit pas valables ; car ce n'est pas son seul intérêt, mais celui de toute la famille, que les biens soient conservés, & qu'ils ne passent pas d'une ligne à une autre ; le Grand sur la Coutume de Troies, art. 104. *gl.* La Coutume de Bourgogne approuve ces donations, lorsqu'elles ont été faites du consentement de l'héritier ; mais cessant une disposition expresse son consentement seroit inutile, non seulement parce que l'on présueroit qu'il n'auroit pas été volontaire ; mais principalement à cause que la Coutume défend expressément les donations entre Gens Mariez : Je parlerai sur l'art. CCCCXXXI. de l'effet que le consentement de l'héritier peut produire.

On n'attend pas toujours l'accomplissement du mariage pour se faire avantage ; comme il est difficile en ce tems-là de faire fraude à la loi, on tâche à s'assurer en deux manières, ou avant les fiançailles & avant que les pactons du mariage soient arrêtés & signés, ou dans l'intervalle des fiançailles & du mariage. Il est certain que les donations qui ne sont point faites dans la vûe du mariage, ne sont point défendues ; mais si les recherches étoient déjà faites, & les conventions arrêtées en quelque sorte, bien qu'elles ne fussent point encore rédigées par écrit, les mêmes raisons pour lesquelles les donations faites entre les fiancés pouvoient être improuvées, se rencontreroient aussi à l'égard de celles-là.

Des donations avant les fiançailles ou le mariage.

On pourroit induire de ces paroles *gens mariez*, que la Coutume n'a réprouvé que les donations qui se font constant le mariage, de sorte que l'on ne doit pas étendre plus loin la prohibition, ni présuérer qu'elle ait ôté la liberté de donner à ceux qui ne sont encore conjoints que par espérance ; car si plusieurs ont estimé que la prohibition de donner entre-vifs ne comprend point la donation testamentaire, d'autant que la Coutume aint introduit les donations & les testamens par une disposition générale, en laquelle toutes sortes de personnes sont aussi généralement comprises, il faut dire aussi qu'il n'y a que ceux que la même Coutume, l'Ordonnance & les Loix en ont exclues qui en soient interdits ; & sur ce principe l'on peut conclure que la Coutume n'ayant défendu les donations qu'entre gens mariez, elle les a permises entre ceux qui ne sont point encore parfaitement engagés dans cette condition.

Des donations avant les nocces parmi les Romains.

Le Droit Romain n'a point improuvé ces donations, *l. si sponsus §. l. cum hic status 32. §. si servus, D. de donat. inter vir. & uxor.* Il est vrai que si l'on y mettoit cette condition que la donation ne seroit parfaite qu'après le mariage contracté, elle n'étoit point valable, *si ea lege donabatur ut post contractas nuptias perficeretur, donatio non valebat, D. l. si sponsus* ; mais elle ne laisse pas de subsister, bien qu'elle eût été faite le jour même des nocces, pourvu que la femme n'eût point encore été conduite en la maison du mari ; *si die nuptiarum facta sit donatio, cum in ambiguum venire pos-*

sit utrum à sponso vel à marito donatum sit, distinguendum est, ut si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur facta esse donatio ; l. cum in te, C. de donat. ante nupt.

Ricard en son Traité des Donat. part. 1. c. 3. sect. 6. dit que ces loix ne distinguent pas si les donations dont elles parlent, avoient été faites séparément du contrat de mariage ; & hors la présence des parens qui y avoient assisté, de sorte qu'elles ne peuvent pas régler la question ; mais parmi les Romains il ne se pratiquoit guères que les parens fussent presens ou apelles à la signature des contrats de mariage, ou que les pactons en fussent arrêtés en leur présence, & c'est pourquoi cet Auteur n'a pu douter que par le Droit Romain les donations ne fussent permises entre fiancés, puisqu'elles pouvoient être faites le jour même du mariage, pourvu seulement que la femme fût encore en sa maison, *quod si penes se dedit sponsus retrahere potest, uxor enim fuit, D. l. cum in te* ; ce qui montre évidemment que l'on ne faisoit aucune distinction, si la donation étoit faite dans le contrat de mariage ou séparément ; & par quelque acte qu'elle eût été faite, elle subsistoit toujours, pourvu que la femme fût encore chés elle.

Il est vrai que Monsieur de Cambolas témoigne que sur cette question les Juges furent partis en opinions au Parlement de Toulouse, & que l'Arrêt ne termina pas la difficulté, les Juges s'étant arrêtés particulièrement à cette circonstance, que le donateur étoit décédé sans révoquer la donation, au moien de quoi, supposé même qu'elle eût été faite durant le mariage, elle auroit toujours été confirmée par la mort.

Quelques Docteurs François font distinction entre les fiançailles par paroles de présent, ou par paroles de futur ; au premier cas, la donation est nulle, parce que les fiançailles par paroles de présent sont un véritable mariage, mais en l'autre cas la donation est bonne ; Chassan. tit. des Droits appartenans à gens mariez, §. 7.

Cette difficulté ne peut naître parmi nous qu'à l'égard de la fiancée ; car pour le fiancé il ne peut en quelque tems que ce soit donner de ses immeubles à sa fiancée, elle peut seulement avoir douaire qui lui appartient sans stipulation ; mais à l'égard de la fiancée elle peut véritablement donner à son futur époux ses meubles & le tiers de ses immeubles, & toutefois cette donation ne peut valoir si elle n'est faite par le contrat de mariage ; de sorte que celle qui seroit faite séparément, soit avant la signature du contrat ou après, seroit considérée comme une contre-lettre qui est improuvée par la Coutume ; ainsi quoi que la fiancée eût pu donner à son fiancé par le contrat de mariage le tiers de ses immeubles, si elle ne l'a point fait, elle n'est plus capable de le faire par un acte postérieur & séparé ; & pour le faire valoir, il seroit nécessaire que les mêmes personnes qui auroient assisté au contrat de mariage fussent apelles à cette donation, & qu'ils y fussent presens ; en ce cas on la considéreroit comme un apendice & une adition du contrat de mariage, pour réparer l'omission d'une pacton légitime, favorable & ordinaire ; & la femme ne faisant que ce qui est permis, on ne considéreroit point cette donation comme l'effet d'un amour déréglé ou comme une contre-lettre, n'ayant point été fait en secret & au préjudice des conventions solennellement arrêtées par le contrat de mariage ; mais cessant ces conditions toutes donations entre fiancés seroient nulles, bien qu'ils n'eussent donné que les choses que la Coutume leur permettoit de donner par un contrat de mariage.

En Normandie la fiancée peut donner à son futur époux ses meubles & le tiers de ses immeubles ; & cette donation est nulle si elle n'est faite par le contrat de mariage.

Formalitez essentielles pour la validité des donations faites par acte postérieur au contrat de mariage.

La Coutume nouvelle de Bretagne, article 205. s'en est expliquée fort nettement en ces termes : *Homme peut donner à sa future épouse, ou la femme*

à son futur époux au traité de leur mariage faisant leurs fiançailles, & par le contrat d'icelles la tierce partie de son héritage : Ce n'est donc que lors des fiançailles & par le contrat de mariage que ces donations sont permises ; & quoi que cet article semble ne parler que des donations faites par gens mariez, on l'a néanmoins étendu avec beaucoup de raison aux fiancez & à ceux qui ont déjà quelque engagement pour le mariage, les mêmes considérations se rencontrant pour les fiancez que pour les gens mariez ; & l'on peut même dire qu'elles sont encore plus fortes, l'amour pour les choses que nous désirons ardemment, & que nous ne possédons pas encore, étant incomparablement plus violent que pour celles dont la jouissance a pu ralentir nos desirs.

Cas où la donation entre fiancez peut être détruite.

Pour faire fraude à la Coutume, & pour donner plus qu'il n'est permis, on pratique des contrats de vente, & l'on use d'autres déguisemens avant les promesses & le contrat de mariage ; lorsqu'il paroît qu'ils ont été faits dans la vûe du mariage, & dans un tems où les parties s'étoient déjà engagées par des promesses secrètes, si jam fides futuri matrimonii intervenisset, il est sans difficulté que ces actes sont d'autant moins valables que l'on y a employé la fraude pour les soutenir. La décision de ces questions dépend ordinairement des circonstances particulières du fait ; si la donation peut avoir quelque autre motif ou quelque autre cause que le mariage, elle ne sera pas détruite par le mariage qui s'en suivra, l. 1. l. si filii. l. si tibi, C. de donat. ante nupt. le peu d'intervale entre la donation ou quelque autre contrat & le mariage, fait présumer la donation, ex brevitare temporis inter matrimonium & donationem, dijudicandum est an ex ea causa factum sit ; Argent. arr. 2. 20. gl. 5. n. 11. Une femme nommée Brigeant, deux jours avant son mariage vendit son héritage pour en donner les deniers à son mari ; depuis aiant poursuivi contre l'aquereur pour rentrer en possession de son bien, elle obtint Sentence à son bénéfice, par Arrest en la Chambre de l'Edit, du premier de Juillet mil six cens trente-neuf, si mieux l'aquereur ne vouloit paier encore une fois la valeur de l'héritage ; mais il faut suposer que cet aquereur étoit participant de la fraude, & que le contrat de mariage étoit signé, autrement cette femme aiant vendu dans un tems où elle étoit capable de contracter, elle n'auroit pu dépouiller un aquereur de bonne foi. Autre Arrest du mois de Mars mil six cens vingt, au raport de Monsieur Duval-Coupeauville, par lequel une femme aiant cédé & vendu une rente à son mari le jour de son mariage, après sa mort elle se pourvût par lettres de récision qui furent enterinées.

Quand la donation testamentaire d'une femme est nulle ?

Une donation testamentaire faite par une femme à celui qu'elle épouserait quelque tems après deviendroit nulle, car le testament n'aiant effet que par la mort, la donation arriveroit dans un tems où la femme seroit incapable de donner ; Ricard, des Donat. 1. p. c. 3. sect. 6.

Quant aux donations faites par le contrat de mariage, j'ai déjà remarqué que le mari ne peut donner de ses immeubles ; mais pour éluder cette prohibition on se sert ordinairement de ces deux moyens.

Le premier, que le mari confesse avoir reçu des sommes considérables pour la dot de sa femme ; cette fraude est la plus ordinaire & la plus difficile à découvrir ; & l'on a souvent agité cette question, si la confession & la quittance baillée par le mari, étoient suffisantes pour obliger les héritiers à la restitution de la dot que le mari déclaroit avoir reçu ? La Coutume n'a pas seulement défendu les donations, mais aussi tous les contrats qui produisent quelque utilité à l'un des conjoints ; d'où l'on

Si la quittance baillée par le mari suffit pour obliger les héritiers à restituer la dot qu'il déclaroit avoir reçue ?

conclut que quand la liberté n'est pas entière de disposer en faveur d'un autre, la confession seule ou la déclaration ne suffisent pas, si d'ailleurs la vérité n'en est établie par d'autres voies, leg. qui testamentum, de probat. D. c'est en vain que pour faire valoir un legs fait à un incapable on le colore d'une cause onéreuse ; toutes ces déclarations passent pour des illusions qu'on veut faire à la loi ; par la même raison la seule quittance du mari ne fait point de foi, si la vérité n'est d'ailleurs justifiée par les héritiers ; c'est le sentiment des anciens Auteurs, de Paul de Castre, de Balde, de Bartole, que ejusmodi confessio facta inter personas, inter quas prohibita est donatio, ut titulus lucrativus, presumitur facta in fraudem legis, & sic animo donandi ; sur tout quand les deniers se trouvent paiez par la femme, & non point par pere, mere, frere, ou autre parent, Coquil. quest. 120. Néanmoins comme il seroit injuste d'obliger une femme à vérifier qu'elle ou ses parens ont actuellement paiez les deniers dont son mari a baillé la quittance, sur tout lorsqu'elle a été passée devant des personnes publiques ; non seulement on dispense les femmes de faire ces preuves, mais même on ne reçoit pas la preuve des faits contraires : Cette question a été plaidée plusieurs fois en des espèces où toutes les circonstances fournissoient de grandes présomptions de la fraude, & de l'impossibilité que les deniers eussent été paiez. Odo Blancart aiant quatre filles d'un premier mariage, épousa en secondes noces Jeanne Miseray, qui promit de lui porter lors de la célébration du mariage tous ses meubles & utensiles de ménage, avec toutes les levées étant sur ses héritages non encore ameublies, & pour récompense de ces meubles estimez entr'eux à huit cens livres en la présence des parens, il s'obligea de paier les dettes de cette femme, & de remplacer en rente ou héritage huit cens livres pour tenir son nom, côté & ligne, à faute de quoi il la remplaçoit dès à présent sur ses héritages : ce mariage ne dura que deux ans, & il n'en resta aucuns enfans ; la veuve par la Coutume d'Evreux prit la moitié aux meubles : les filles héritières de leur pere soutinrent que les huit cens livres n'avoient point été paiez par la femme ; que ses meubles ne valoient pas la somme de deux cens livres, dos tanta, sed non numerata ; qu'il n'avoit point été fait d'inventaire ni d'estimation des meubles ; qu'il seroit aisé par cette voie de faire avantage à la femme ; qu'après tout cette constitution de huit cens livres n'avoit pu être faite des utensiles de ménage, de levées étant encore en herbes qu'on n'avoit pu estimer, & qui depuis le mariage avoient été consumées dans le ménage, & prenant la moitié aux meubles elle reprenoit la moitié de ce qu'elle avoit apporté, & la plupart étant encore en essence elle devoit les reprendre, & le surplus être partagé ; que si elle emportoit la moitié des meubles & huit cens livres sur le bien, elle auroit presque tout le bien de son mari, qui ne valoit pas cinquante livres de rente, pour avoir passé deux ans avec un vieillard âgé de soixante-dix ans. La veuve répondoit qu'elle avoit porté tous ses meubles ; que le mari s'étoit contenté de la livraison & de l'estimation, & son contrat de mariage aiant été passé en présence de deux des gendres, ils n'étoient pas recevables à le contester ; que la consignation aiant été faite suivant la Coutume, à faute par son mari d'avoir remplacé les huit cens livres, elle pouvoit reprendre sa dot sur les immeubles : Le Bailli Haut-Justicier de Garentieres avoit jugé que les huit cens livres seroient levées sur les meubles avant le partage ; dont la veuve aiant apelé devant le Bailli de Gisors, il avoit cassé la Sentence, & ordonné que les huit cens livres comme consignées seroient prises sur les immeubles, ce qui fut confirmé par Arrest du 4 de Mars 1634.

J'ai plaidé deux fois une pareille question pour

La femme n'est pas tenuë de prouver qu'elle a paiez les deniers dont son mari a baillé quittance.

une même femme : En 1637. Bon Thomas Ecuier, sieur d'Auberville, épousa Demoiselle Marie Senot, fille du sieur de la Peinterie, qui lui promit pour sa dot trente-une mille livres, dont il y en avoit dix mille pour don mobil, & le surplus constitué en quinze cens livres de rente : En 1652. le sieur de la Peinterie frere de cette Dame, fit le rachat de cette rente devant les Tabellions ; le sieur d'Auberville étant mort en 1657. Catherine Thomas veuve du sieur de Creteville, sa sœur & son heritiere, s'imaginant que le contrat étoit simulé, elle se fit permettre de publier des Censures Eclésiastiques pour en faire la preuve, & elle déclara former inscription contre la numeration des deniers, à quoi le Juge l'ayant reçû, le sieur de la Peinterie en apela ; & je disois pour lui & pour la Dame sa sœur, que la Dame de Creteville n'étoit pas recevable à faire une preuve par témoins contre un contrat passé devant des personnes publiques, ni à former inscription contre la numeration des deniers, suivant le Droit Romain & François ; que l'Empereur en la loi *in contractibus*, au §. *sed quoniam*, *Cod. de non numer. pecun.* aiant remarqué que les chicaneurs ne manquoient jamais à opposer cette exception *de non numeratâ pecuniâ*, avoit trouvé juste de retrancher en certains cas cette exception, & particulièrement pour la dot, lorsqu'avec le contrat de mariage il se trouvoit encore une quittance de la dot ; de sorte que suivant cette loi, & l'explication de Mr Cujas, *erat quidem locus exceptioni non numeratâ pecuniâ, aut non tradita dotis, cum tabula nuptiales confecta sunt, quibus dicitur dotem datam, l. 3. t. de dote cautâ non numer. sed si prater ea apochâ caveat maritus se dotem accepisse, contra eum hæc exceptio non opponitur dotium favore*; ils estimoient que *hæc geminata confessio plus operabatur quàm una*, & que *in geminata confessione non presumitur animus donandi*, & en la loi dernière, *de dote cautâ*; *in dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum, liceat non numerata pecuniâ exceptionem opponere: sententiâ Imperatoris*, dit Fachinæus, l. 8. *Controver. c. 81. exceptioni non numerata pecuniâ dotis locum non esse, si prater instrumentum dotale etiam apochâ caveat maritus se dotem accepisse, atque hinc nostri colligunt receptionem dotis à marito factam constante matrimonio omni suspitione carere. Et Covarr. l. 1. c. 7. num. 6. variar. resolut. non existimat esse locum exceptioni non numerata pecuniâ, si confessionem præcesserit dotale instrumentum* : Or quand on s'attacheroit à cette jurisprudence, elle seroit avantageuse au sieur de la Peinterie, puisque la dot avoit été promise par le contrat de mariage, & qu'il n'en avoit fait le rachat que quatorze ans après le mariage ; ce qui détruisoit toute la présomption que le mari eût voulu faire un avantage à la femme.

Mais j'ajoutois que par un usage general de la France on ne faisoit point cette distinction ; Masuer, tit. 9. *de except.* dit que l'exception de dot non payée, & de deniers non nombrez, n'est point recevable, si on ne fait paroître du contraire par des actes authentiques ; & Bacquet, des Droits de Just. c. 15. num. 65. dit que le titre *de dote cautâ & non numer.* n'est point gardé en France, non plus que l'exception *de non numeratâ pecuniâ, quia statur instrumento & ei creditur* : Toutes les circonstances du fait faisoient la preuve de la verité de ce rachat ; on n'avoit payé aucun argent comptant par le contrat de mariage ; le rachat n'avoit été fait que quatorze ans après, & on ne pouvoit pas présumer que le sieur de la Peinterie n'eût pu faire ce rachat, puisque l'on confessoit qu'il étoit fort riche. Theroulde pour la Dame de Creteville, n'aportoit d'autre preuve de la fraude que l'âge du sieur d'Auberville : Par Arrest en la Grand'Chambre, du 10 de Decembre 1660. on cassa la Sentence, & on permit à la Dame de Creteville de publier des Censures Eclésiastiques, à la réserve de ce qui con-

cernoit la numeration de la dot & le contrat de rachat.

Cette Dame avoit dès-lors épousé Messire Antoine de la Luzerne Seigneur de Brevant, & par le contrat de mariage il avoit reconnu avoir reçu en argent la somme de quatre-vingt mille livres, & en même tems le fils du sieur de Brevant épousa la fille du sieur de la Peinterie nièce de cette Dame, à laquelle elle donna cinquante mille livres comptant. Après la mort du sieur de Brevant, ses enfans firent une transaction avec la Dame leur belle-mere pour tous les droits ; mais quelque tems après ils prirent des lettres de récision, alégers qu'ils avoient été déçûs, ne sachans pas l'état des choses, & remontroient qu'il étoit absolument impossible que cette Dame eût pu apporter cette somme au sieur de Brevant leur pere ; & pour le prouver ils aléguoient qu'elle n'avoit eu en dot que quinze cens livres de rente ; qu'elle avoit renoncé à la succession de son mari ; que son douaire étoit de cinq mille livres de rente, mais qu'elle n'étoit demeurée en viduité que pendant dix-huit mois : d'où il résultoit qu'il étoit contre toute vraisemblance qu'elle eût pu apporter cette somme ; que c'étoit pour cette raison qu'elle avoit été passer son contrat de mariage en la Viconté de Baieux, quoi qu'elle fût domiciliée dans le Bailliage de Côtentin, devant des Tabellions qui étoient à la dévotion ; & qu'enfin elle s'étoit épuisée par la donation de cinquante mille livres qu'elle avoit actuellement payée à sa nièce. Je disois pour cette Dame que si l'on avoit égard à cette prétendue impossibilité, elle prouveroit plus que l'on ne prétendoit ; car suivant leur discours elle n'auroit pu donner à sa nièce cinquante mille livres, & cependant ils convenoient que le paiement en avoit été fait : Or il n'étoit pas vraisemblable que cette Dame étant sur le point de contracter un second mariage, eût fait un présent si considérable à sa nièce, & qu'elle se fût dépotillée de tout son bien, au lieu de le conserver aux enfans qui pouvoient naître de son mariage : Le Bailli de Carentan avoit debouté les sieurs de Brevant de leurs lettres de récision, & par Arrest donné en la Chambre des Enquêtes, au raport de Mr Voisin, le mois de Mars 1671. la Sentence fut confirmée.

Un des Arrêts les plus considérables est celui de la Biche. Un Gentilhomme âgé de soixante-douze ans épousa une jeune fille, & reconnut avoir reçu une grosse somme ; il mourut quinze jours après, & on ne lui trouva aucuns deniers ; les heritiers vouloient prouver qu'il n'avoit rien reçu, & que la fraude étoit aparente, vû qu'un vieillard épouloit une jeune Demoiselle dont le pere n'avoit point de biens, & qui n'avoit pu donner une somme si considérable ; les heritiers furent déclarez non recevables.

Autre Arrest en la premiere Chambre des Enquêtes, au raport de Mr de Chalons, le 17 de Juin 1689. Par le contrat de mariage de Charles Martin avec Madeleine de la Haie, ledit Martin reconnoissoit avoir reçu la somme de trois mille six cens livres, qu'il consignoît & constituoit sur ses biens en deux cens livres, à condition que si elle décédoit auparavant lui, cette rente demeurerait à son profit : après la mort de Charles Martin ses heritiers transigerent avec la veuve, qui se contenta de cent livres de rente pour sa dot, & de deux cens livres de rente pour son douaire ; huit ou neuf ans après Jean le Malleur qui l'avoit épousée en secondes noces, obtint des lettres de récision, prétendant qu'elle avoit été surprise, en ce qu'elle s'étoit contentée de cent livres de rente pour sa dot, quoi qu'elle se montât à deux cens. Pierre Amelin heritier de Charles Martin, soutenoit que cette veuve n'avoit rien apporté à son mari ; que la confession qu'il avoit faite d'avoir reçu trois mille six cens livres étoit frauduleuse, & que c'étoit un avantage indirect qu'il avoit voulu lui faire, & que la preuve en étoit constante par la qualité de cette fille, qui n'avoit aucun

La quittance du mari portée par le contrat de mariage, luit seule contre toutes présomptions contraires.

Cas où les présomptions ont prévalu contre la quittance de la dot donnée par le mari.

Si l'on peut accorder Censures Eclésiastiques pour faire preuve contre la numeration des deniers de la dot, & si on peut former inscription contre ?

bien du côté de son pere & de sa mere ; que le contrat avoit été reconnu depuis le mariage, & dix-huit jours seulement avant la mort du mari, & qu'il n'y avoit aucun parent du mari qui eût signé au contrat ; que cette stipulation, qu'en cas de prédécès de ladite de la Haie ledit Martin demeureroit déchargé de la rente, marquoit visiblement que le mari n'avoit reçu aucun argent, & qu'il ne vouloit donner qu'au préjudice de ses heritiers ; après tout que cette femme aiant transigé sur ses prétentions, & sa conscience l'ayant forcée à relâcher une partie de ses prétentions, elle n'étoit pas recevable à se pourvoir contre cette transaction que son second mari & elle avoient exécutée pendant huit ou neuf années ; nonobstant ces raisons, le Bailli de Rouën aiant enteriné les lettres de récision, sur l'appel de cette Sentence par Amelin, elle fut confirmée : Les présomptions étoient violentes que cette fille n'avoit rien apporté à son mari, & si la femme n'eût pas fait une transaction, par laquelle elle remettoit la moitié de la somme qui lui avoit été constituée en dot, les heritiers du mari n'auroient pas été recevables à contester la confession du mari & la quittance qu'il avoit baillée, après tant d'Arrêts qui l'ont jugé de la sorte ; mais quand il y a lieu de présumer un avantage indirect de la part du mari ; & sur tout lorsque le contrat de mariage a été reconnu long-tems après le mariage & en l'absence de tous les parens du mari, & que la femme transigé & se contente à une certaine somme, en ce cas il me paroîtroit raisonnable de confirmer la transaction, parce qu'apparemment elle n'a fait cette remise que par un motif de conscience, sur tout lorsqu'il n'y a point de dol ni de surprise de la part des heritiers du mari.

Autre Arrêt sur ce fait. Le sieur le Noble âgé de soixante ans épousa la fille du sieur Forestier Ecuier, sieur des Roques ; il donna quittance de quatre mille livres, du nombre de six constituées pour la dot : Depuis la célébration du mariage cette jeune femme mourut avant son mari, lequel étant prest de mourir passa un Acte devant les Notaires, où il jura & protesta de n'avoir point reçu les quatre mille livres, & s'en rapporta au serment du sieur des Roques : après la mort du sieur le Noble, son heritier contesta les quatre mille livres, qui étoient demandées par une autre fille du sieur des Roques heritiere de sa sœur, & il fit juger que le sieur des Roques seroit oüi ; sur l'appel, la Demoiselle le Forestier soutenoit qu'il avoit été mal jugé d'avoir ordonné que son pere seroit oüi en une Cause où il n'avoit point d'intérêt ; que le feu sieur le Noble aiant donné sa quittance, il n'étoit pas recevable à prouver le contraire ; que l'exception *non numerata pecunia* par le Droit Civil se prescrivait au commencement par dix ans, depuis par cinq, & enfin par deux, d'où il s'ensuivoit qu'après douze ans cette exception n'étoit point admissible, *in quibus non permittitur exceptionem non numerata pecunia opponere, vel ab initio, vel post tempus elapsum, in his nec jusjurandum offerre licet, l. 14. C. de non numer. pecun.* que d'ailleurs la déclaration de son pere ne devoit point être reçüe à cause de la haine qu'il lui portoit pour avoir changé de Religion. L'heritier répondoit qu'il falloit toujours reconnoître la vérité, & qu'il s'en rapportoit au serment du pere pour récision ; qu'il ne s'agissoit plus de la dot d'une femme laquelle est toujours favorable, c'étoit un heritier qui vouloit profiter d'une fraude : Par Arrêt du 26 de Janvier 1655. la Cour ordonna qu'il en seroit délibéré, & depuis la Sentence fut cassée, & exécutoire accordé pour les quatre mille livres ; mais alors il y avoit une cédulle évocatoire signifiée.

On a jugé par un autre Arrêt du mois de Janvier 1658. entre Nicole Droüet veuve d'Antoine Saquepée, contre Jacques Saquepée tuteur des enfans d'Antoine, qu'une quittance de deniers dotaux baillée par le mari moiennant une vente de levées, étoit suffisante pour avoir remplacement sur les biens du

mari, nonobstant les alégations de confiance.

Autre Arrêt en la Chambre des Enquêtes, au rapport de Mr de Touffreville, du 12 de Juin 1646. sur ce fait. Il étoit dû à un Officier de la Maison du Roi de Navarre des pensions & des appointemens montans à mille livres, il épousa en 1602. la nièce du Tresorier de cette Maison, à laquelle il constitua quatre cens livres pour sa dot, en cas que son oncle le fit paier dedites mille livres ; quelque tems après le Tresorier les fit paier à l'Officier : Quarante ans après son mariage, & un an avant sa mort il doissa son contrat de mariage de la reception des mille livres, & constitua les quatre cens livres en dot, qu'il assigna sur une sienne maison sise à Alençon ; la femme prétendoit avoir cette maison pour sa dot, ou du moins se faire paier des quatre cens livres ; le Juge lui avoit accordé sa demande, mais par l'Arrêt la Sentence fut cassée, & l'on jugea que c'étoit un avancement indirect, d'autant que cette somme de mille livres appartenoit au mari ; & bien qu'elle eût été païée par le crédit de l'oncle de la femme, elle ne laissoit pas d'être dûe au mari.

Dos confessa à marito quando presumatur numerata in ejus & suorum heredum detrimentum, Consule Menochium, l. 3. de presumpt. presumpt. 12. quando autem presumatur numerata in prejudicium creditorum: idem presumpt. 13.

Pour faire valoir la confession & la quittance du mari, il sembleroit nécessaire que le contrat de mariage fût reconnu avant le mariage, comme il a été jugé sur ce fait, en la Chambre des Enquêtes, le cinquième de Juillet 1677. au rapport de Mr. Auber de Tremauville, entre Thomas Bloüet sieur des Vallées, apelant, & Barbe Roussin intimée : M^e Marguerin Bloüet Avocat, par son contrat de mariage avec Barbe Roussin veuve d'un nommé Cartier, en date sous signature privée de l'année 1652. reconnu seulement en 1662. dix ans après la célébration de ce mariage, confessa qu'il avoit reçu de cette veuve plusieurs meubles d'une valeur considérable, pour lesquels il se constitua envers elle en cent cinquante livres de rente pour lui tenir nature de dot, & pour en jouir sa vie durant, & en cas que ses heritiers lui contestassent cette rente, qu'elle en auroit la propriété. Après la mort dudit Bloüet, Thomas Bloüet son frere & son heritier beneficiaire, prétendit que cette femme n'avoit rien apporté à son frere ; la veuve fut reçüe par le Juge de Coutances à faire preuve que son mari avoit été laisi par elle de tous ses meubles, qu'elle déclara particulièrement par une Requête ; dont ledit Bloüet aiant apelé, il aléguoit pour moïens d'appel que l'intimée ne pouvoit demander la dot qu'elle avoit stipulée par son contrat de mariage, n'ayant rien apporté à son mari, étant veuve d'un miserable, dont le métier & l'emploi consistoit à chanter des chansons par les carfours ; que de son côté elle n'avoit que douze livres de rente, & son mari étoit mort si pauvre que l'on n'avoit fait aucun inventaire de ses meubles ; que par l'art. CCCCX. toutes donations & contrats par lesquels les biens de l'un passent à l'autre directement ou indirectement sont nuls, & ce dessein se prouve par les circonstances particulieres du fait, *l. si stipulatus, D. de verb. obligat.* que ce dessein de faire avantage à l'intimée, paroïssoit visiblement par la pauvreté notoire de son premier mari, & par le miserable état où il avoit laissé la femme, & qu'il n'étoit pas vraisemblable que la veuve d'un chanteur de chansons par les carfours, eût pu avoir le capital de cent cinquante livres de rente que ledit Bloüet lui avoit constituées en dot ; aussi la preuve de la fraude se faisoit par les termes mêmes du contrat de mariage ; car son mari ne lui donnoit que l'usufruit de cette rente, & la propriété ne lui en étoit laissée qu'en cas que les heritiers du mari lui contestassent ses droits ; or après des présomptions si fortes l'on ne pouvoit avoir égard à la déclaration du mari, &

Cas où la reconnaissance du contrat de mariage après les épousailles, ne rendit pas valable la quittance de la dot.

La quittance des deniers dotaux, pour vente de levées, jugée suffisante pour valoir de remplacement.

la preuve qu'elle ofroit de faire n'étoit pas admissible : Au contraire cette veuve disoit que son mari tenoit une maison garnie, dans laquelle il y avoit plusieurs meubles, qu'il y logeoit plusieurs personnes de condition avec lesquels il faisoit un profit considérable ; que pour cet effet il lui étoit nécessaire de se fournir de plusieurs provisions, ce qui ne se pouvoit faire sans biens ; aussi elle ofroit de prouver qu'elle avoit apporté des meubles à son second mari, dont la valeur excédoit le prix de la rente qu'il avoit constituée. Quelque notoire que fût la pauvreté de cette femme, si son contrat de mariage avoit été reconnu avant la célébration du mariage, on auroit tenu la déclaration du mari suffisante ; mais n'ayant été reconnu que depuis, l'on n'eut point d'égard à la déclaration du mari, & elle fut deboutée de la preuve qu'elle vouloit faire, en quoi faisant la Sentence qui l'y admettoit fut cassée : Toutes les circonstances particulières du fait étoient fort défavantageuses à cette veuve ; elle n'avoit aucuns biens ; la reconnoissance du contrat de mariage étoit postérieure de dix années à la célébration du mariage, & les clauses de ce contrat marquoient visiblement le dessein du mari de faire avantage à sa femme : c'est pourquoi l'on ne peut pas induire de cet Arrest, que pour faire valoir la confession de la réception de la dot, il soit nécessaire que le contrat de mariage ait été reconnu avant la célébration d'icelui ; car s'il étoit signé des parens, quoi qu'il fût sous signature privée, il faudroit y ajouter foi.

Il en est autrement à l'égard de la femme, la donation qu'elle feroit à son mari de ce que la Coutume lui permet de donner, ne seroit pas nulle, bien que le contrat de mariage n'eût été reconnu que depuis la célébration du mariage, & même qu'il n'y eût point de parens de la femme qui y eussent signé. La nommée Turgis donna à Saquepée son mari le tiers de ses immeubles pour son don mobil : ce contrat de mariage ne fut reconnu que depuis les épousailles en l'absence des parens de ladite Turgis, laquelle même ne savoit faire qu'une marque ; après sa mort ses héritiers contestèrent cette donation, prétendans que le contrat n'ayant été reconnu que depuis le mariage, *res devenerat ad eum casum, à quo incipere non poterat*, & qu'il seroit fort aisé d'exiger de pareilles donations en faisant un nouveau contrat de mariage, & d'obtenir d'une femme durant le mariage ce qu'elle n'auroit pas voulu consentir auparavant, sur tout n'y apelant aucun parent de son côté, ce qui seroit anéantir cet article ; que la surprise avoit été d'autant plus aisée, que cette femme ne savoit écrire & ne faisoit qu'une marque, & le record ne pouvant être fait par les parens presens, parce qu'ils n'étoient point parens de la femme : On représentait pour le mari que cette donation ne pouvoit être suspecte, d'autant qu'elle est ordinaire dans les contrats de mariage qui se passent en Normandie, & qu'elle étoit conforme à la Coutume, en quoi elle étoit différente de celle qui se fait par le mari à la femme ; car n'étant pas permise on n'a point d'égard aux déclarations que le mari passe pour faire un avantage indirect à sa femme, si elles ne sont portées par un Acte authentique ; que la reconnoissance du contrat de mariage n'étoit nécessaire que pour l'hipotèque, & bien que la femme n'eût fait qu'une marque, cela étoit suffisant, puisque l'on ne défavoit pas que ce ne fût son fait ; que s'il étoit nécessaire d'apeler les parens de la femme, ce seroit la réduire à la condition des mineurs, & les parens ne voudroient jamais consentir à une donation qui se feroit à leur préjudice ; par Sentence du Juge de Caudebec la donation avoit été confirmée ; la Cour sur l'apel mit les parties hors de Cour, par Arrest donné en la Grand' Chambre, le 12 de Janvier 1651. plaidans Ledsos & Maurry. Cette question avoit été déjà décidée le 13 de Mai 1648. au profit de Bucaille, quoi que le contrat de mariage

n'eût été reconnu que quatre mois après le mariage. Autre Arrest pareil du 27 de Juillet 1658. Par le contrat de mariage de Delauney avec la nommée Durand, fait sous signature privée en l'absence de tous leurs parens & amis, & où l'on n'avoit apelé pour témoins que deux païsans, dont l'un ne savoit signer ; cette femme lui donna en faveur de mariage tous ses meubles, & l'usufruit de la moitié de ses immeubles sa vie durant ; huit jours après le mariage fut célébré, mais le contrat ne fut reconnu qu'un mois après, & l'insinuation n'en fut faite qu'après la mort de la femme : Nonobstant le contredit de l'héritier de la donatrice, la donation aiant été jugée valable par le Juge du Pontlevêque ; sur l'apel, le Court son Avocat fondeoit la nullité de la donation sur ce que le contrat de mariage étoit sous signature privée ; qu'il avoit été fait en l'absence des parens, & reconnu un mois après le mariage, & par conséquent dans un tems où le mari & la femme ne pouvoient plus se faire aucun avantage ; que si ces donations étoient valables il n'y avoit point de mari qui par autorité ou par complaisance n'exigeât quelque don de sa femme : D'ailleurs toutes les suspensions d'un antedate se rencontroient en ce contrat, il étoit sous signature privée, l'on n'y avoit apelé aucuns parens, il n'étoit pas même signé d'aucuns témoins qui fussent dignes de foi : Aussi sur ces considérations la Cour avoit improuvé une pareille donation par un Arrest célèbre du 9 de Septembre 1629. qui fut confirmé par un autre Arrest du Parlement de Paris, au profit du sieur de Mathan, contre le sieur du Tronc, qui par un contrat de mariage sous signature privée avec la Demoiselle de Bapaulme, reconnu depuis le mariage, s'étoit fait donner une somme de vingt mille livres ; le sieur du Tronc s'étant pourvu contre cet Arrest par Lettres de Requête civile, il en fut debouté par Arrest du Parlement de Paris ; l'apelante ajoïtoit que quand même la donation seroit valable, elle étoit réductible, la femme n'ayant pu donner que le tiers de l'usufruit de ses immeubles. Cavelande défendoit pour le mari, disant que la femme n'avoit donné que ce que la Coutume lui permettoit de donner, & ce qui se donnoit ordinairement par la femme en se mariant ; que le défaut de reconnoissance n'étoit considérable que pour l'hipotèque ; pour la réduction il n'y avoit pas lieu de la demander, ni pour les meubles ni pour les immeubles ; car pour les meubles la femme n'ayant qu'une fille qu'elle avoit mariée & dont elle avoit payé le mariage, elle étoit en pouvoir de disposer de tous ses meubles ; il n'y avoit point aussi d'excès en la donation de la moitié de l'usufruit de ses immeubles, parce que la Coutume permettant de donner la propriété du tiers, cette moitié de l'usufruit étoit moindre, consentant de prendre le tiers en propriété, si l'apelante vouloit le lui abandonner : Par l'Arrest l'on mit sur l'apel les parties hors de Cour.

Le second moyen dont l'on se sert pour faire avantage à la femme, est de lui acorder qu'elle remporte ses bagues & bijoux, ou une somme qui excède beaucoup la valeur de ses bagues & bijoux, & celle des meubles que l'on reconnoît qu'elle a apportez : lorsque ce report n'est à prendre que sur les meubles, il ne peut être disputé ; mais la jurisprudence a été longtemps incertaine, pour savoir si l'on pouvoit l'étendre aussi sur les immeubles.

Cette question s'ofrit entre le Forestier Ecuier, sieur d'Ozeville, & la Demoiselle d'Arreville, & Dame le Hericy veuve du sieur de saint Germain-Grosparmi. Par le contrat de mariage, de Hericy sieur de Creulet donnoit à ladite Dame de saint Germain la fille la somme de 17000 livres en attendant sa succession ; il ne fut rien donné au mari pour don mobil, & par le contrat de mariage il n'étoit point dit qu'elle apportât aucuns meubles ; il fut néanmoins stipulé qu'en cas que son mari la précédât, elle remporte-

Si la somme stipulée au lieu de bagues & bijoux se peut étendre sur les immeubles ?

S'il est nécessaire que la reconnoissance du contrat de mariage soit faite avant les épousailles, pour faire preuve suffisante pour la dot ?

Le contrat de mariage signé des parens, quoi que sous signature privée, fait valoir la quittance du mari.

Le contrat de mariage qui excède la donation qu'il est permis de faire par la femme au mari, ne requiert point de reconnoissance avant les épousailles pour sa validité.

roit son carosse, les bagues & bijoux, ou la somme de 15000 livres à son choix: Après la mort de son mari cette somme ne pouvant être payée sur les meubles, elle la demanda sur les immeubles: les sœurs ou leurs enfans héritiers du sieur de saint Germain y formèrent opposition; soutenant que ces stipulations n'étoient point valables, autrement on donneroit ouverture à faire fraude à la Coutume; que le dessein de faire un avantage à la Dame de saint Germain étoit apparent, car quoi que ce remport ne soit dû que quand la femme apporte des meubles à son mari, néanmoins on lui acorderoit un remport de 15000 livres, nonobstant que son mari n'eût reçu d'elle aucuns meubles, & que même elle ne lui eût fait aucun don mobil; qu'en tout cas cette somme ne pouvoit être prise que sur les meubles, après le paiement des dettes: La Dame de saint Germain prétendoit que cette somme n'étoit pas excessive, vu la condition des parties & la valeur de son bien; qu'on ne pouvoit lui rendre cette stipulation inutile; que c'étoit une dette à laquelle tout le bien du mari, meuble & immeuble étoit obligé; qu'il falloit présumer que le mari avoit reçu des meubles, bien que le contrat de mariage n'en fit point mention, puisqu'il avoit consenti que sa femme les pût remporter, n'étant pas vrai-semblable qu'une fille de qualité n'eût aucuns meubles; que si les héritiers ne sont point admis à contredire la quittance de la dot baillée par le mari, à plus forte raison on ne les doit pas écouter, quand ils veulent empêcher le remport que la femme a stipulé. Le Juge de Carentan avoit ordonné que la Dame de saint Germain seroit payée sur les meubles seulement; dont aiant apelé, par Arrest du dixième de Juin 1654. au rapport de Mr de Vignerai, en la Grand' Chambre, la Sentence fut cassée, & il fut ordonné qu'au défaut de meubles la somme de 15000 livres seroit payée sur les immeubles. J'avois écrit au procès pour les héritiers.

On se seroit assurément écarté de l'esprit de notre Coutume, si cet Arrest avoit servi de Règlement; car cette femme n'ayant fait aucun don mobil à son mari, ne paroissant pas même qu'elle lui eût apporté aucuns meubles, & ne laissant pas néanmoins de prendre 15000 livres sur les immeubles, n'étoit-ce pas une pure libéralité de la part du mari, & une véritable donation, quoi qu'elle soit si étroitement défendue par la Coutume?

Aussi depuis l'on a établi cette maxime au Palais, que quand la femme n'a fait aucun don mobil à son mari, elle ne peut être payée du remport qu'elle a stipulé que sur les meubles, & non sur les immeubles, autrement le mari pouvoit donner à sa femme de ses meubles; Arrest du 13 de Janvier 1667. entre Dame Anne de Thiessé veuve de Charles-Philippe de la Barre sieur de Bonneville, apelante, d'une part; & Messire Claude de la Barre Président en la Chambre des Comptes, intimé, d'autre part.

La question fut nettement décidée en l'Audience de la Grand' Chambre, le 8 d'Aoust 1675. Dame Catherine de Paris, par son contrat de mariage avec Jean de la Voué Ecuier, sieur de Bosroger, avoit stipulé un remport de six mille livres; son mari aiant fait mauvais ménage, & s'étant fait séparer de biens d'avec lui, il lui céda tout son bien pour son douaire, pour ses deniers dotaux & pour trois mille cinq cents livres qui lui restoit dûs de son remport, le surplus aiant été payé sur les meubles: Jean de la Varde Ecuier, Receveur des Tailles à Bernay, créancier postérieur du mariage du sieur de Bosroger, lui contredit ce remploi de trois mille cinq cents livres, prétendant qu'elle n'avoit pu le prendre sur les immeubles de son mari, ni même sur les meubles, à cause qu'elle n'avoit rien donné à son mari: De Cahagnes pour la Dame de Bosroger, soutenoit que cette stipulation n'étoit point contraire à la Coutume; qu'il est vrai qu'il n'y avoit point de don mobil, mais elle lui avoit

apporté plusieurs meubles; que c'étoit une stipulation de son contrat de mariage, que le mari par son mauvais ménage & par la dissipation de ses meubles n'avoit pu rendre inutile: Par l'Arrest ladite Dame de Bosroger fut condamnée de rapporter les trois mille cinq cents livres au profit des créanciers avec les intérêts, & pour les deux mille cinq cents livres dont elle avoit été payée sur les immeubles, ils lui furent adjugés. Durand plaidoit pour le sieur de la Varde.

Autre Arrest en la seconde Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r de Crosville, du 17 Aoust 1684. Une femme avoit apporté plusieurs obligations à son mari, sans néanmoins exprimer à quelles sommes elles se montoient, & ne lui avoit fait aucun don mobil; il étoit question de savoir si elle pouvoit prendre sur les immeubles les rapports qu'elle avoit stipulés: Par la Sentence qui fut confirmée par l'Arrest, il fut dit qu'elle en seroit payée sur les meubles seulement.

Quoi que la femme ait fait un don mobil à son mari, le remport qu'elle a stipulé ne peut être pris sur les immeubles de son mari, que jusqu'à concurrence de la valeur du don mobil; cela a été jugé de cette manière en la Grand' Chambre, au rapport de M^r du Pleffis-Puchot, le 27 de Janvier 1677. sur ce fait. En l'année 1661. Demoiselle Charlotte de Normanville contracta mariage avec Robert Capelet, & lui apporta une somme de six mille livres, dont elle donna à son mari deux mille livres pour son don mobil, & le surplus fut constitué en dot, avec stipulation qu'elle remporteroit sa chambre garnie, meubles à son usage, les bagues & bijoux, ou la somme de trois mille livres en cas que son mari la précédât sans enfans; & s'il y avoit des enfans, qu'elle remporteroit seulement mille livres: En l'année 1675. le mari étant mort sans enfans, elle demanda à Marin Capelet frere & héritier de son mari lesdits trois mille livres: il lui offrit la somme de deux mille livres qu'elle avoit données à son mari; sur le refus de la veuve, les parties aiant procédé devant le Juge de Caudebec, il intervint Sentence, par laquelle les offres furent déclarées insuffisantes, & l'héritier fut condamné au paiement des trois mille livres; dont aiant apelé, il soutenoit ses offres raisonnables, & que n'ayant donné que deux mille livres à son mari, les meubles étant absorbés par les dettes, elle ne pouvoit avoir sur les immeubles qu'une pareille somme de deux mille livres, le mari n'ayant pu lui donner de ses immeubles: La femme prétendoit que son mari avoit pu lui faire cet avantage; que le mariage n'avoit été fait qu'à cette condition, & qu'au défaut des meubles les 3000 livres devoient être payés sur les immeubles; qu'elle n'avoit pas donné à son mari deux mille livres seulement, elle lui avoit encore apporté plusieurs meubles: Par l'Arrest la Sentence fut cassée; & en réformant ledit Capelet fut déchargé de la demande de ladite de Normanville, en lui payant les deux mille livres qu'il lui avoit offerts.

C'est donc maintenant une jurisprudence établie par les Arrêts, que quand la femme n'a rien donné à son mari, le remport qu'elle a stipulé ne peut être pris sur les immeubles, & lorsqu'elle lui a fait un don mobil, elle ne peut être payée de son remport sur les immeubles que jusqu'à concurrence de la somme qu'elle a donnée à son mari.

L'amour conjugal devenant souvent plus fort par le mariage, & redoublant l'union des conjoints, ils tâchent à se faire des avantages & des graces, à quoi ils n'auroient pas consenti avant leurs épousailles; mais les loix ont retranché les moyens de le faire, quelque favorable qu'en soit la cause ou le prétexte: L'on se moqueroit aujourd'hui de l'opinion de ces Auteurs qui estimoient valable la donation faite par un mari de basse extraction à une fille de qualité, pour la récompenser de l'honneur qu'elle lui auroit fait: On ne permettroit pas non plus ouvertement à un vieil-

Quand la femme a fait un don mobil à son mari, le remport ne peut être pris sur les immeubles que jusqu'à concurrence de la valeur du don mobil.

Quand la femme n'a fait aucun don mobil à son mari, elle ne peut être payée de ses remports que sur les meubles.

S'il n'y a point de don mobil, il n'y a point de remport sur les immeubles du mari.

lard languissant d'adoucir les ennuis & les dégoûts d'une belle & jeune personne qui l'auroit accepté pour mari, par les libéralitez dont il useroit envers elle, quoi que plusieurs Auteurs aient approuvé ces rémunérations : Ricard en son traité des Donat. p. 1. c. 3. sect. 6. assure néanmoins qu'il y a des exemples par lesquels le Parlement de Paris a quelquefois approuvé ces donations comme rémunératoires, mais parmi nous il est inouï que l'on ait autorisé des donations de cette nature ; & toute la grace que l'on pourroit faire dans un sujet fort favorable, seroit de dissimuler & de fermer en quelque sorte les yeux, lorsque la fraude ne paroîtroit pas trop grossière.

De la donation rémunératoire.

La donation rémunératoire a beaucoup plus de faveur & d'apparence, & c'est pourquoi l'on a douté avec raison s'il falloit la comprendre sous la prohibition générale. Chassanée sur l'article 7. *in verbo (donat.)* du titre des droits appartenans à gens mariez, de la Coutume de Bourgogne, qui est conforme à la nôtre, a traité cette question ; pour la faire valoir l'on dit qu'elle n'est point défendue par le droit commun, & qu'au contraire elle est approuvée par plusieurs Coutumes, de sorte qu'il ne la faut rejeter que dans les Coutumes qui la défendent expressément ; Chassanée qui la répute valable, se fonde sur cette raison, que la Coutume permet les donations entre gens mariez, pourvu qu'elles soient faites du consentement de l'héritier ; d'où il conclut que la Coutume aiant plus d'égard à l'intérêt d'un tiers qu'aux raisons exprimées par les loix Romaines, elles doivent subsister, si elles ne sont expressément défendues. Nous disons au contraire, que le but principal de nôtre Coutume étant de conserver le droit des héritiers, on ne peut révoquer en doute qu'elle n'ait défendu tout ce qui leur fait préjudice, & c'est inutilement qu'on leur donne pour motif la gratitude & la reconnoissance des offices extraordinaires que l'on prétend avoir été reçus : car quelle récompense le mari ou la femme se peuvent-ils devoir l'un à l'autre, puisque ce sacré lien du mariage les oblige si étroitement à se rendre réciproquement tout le service & le secours dont ils ont besoin ?

Jugé qu'une donation onéreuse faite par le mari à la nièce de sa femme, étoit valable.

Il a été jugé qu'une donation onéreuse faite par un mari à la nièce de sa femme, n'étoit point contre la disposition de la Coutume, voici le fait. Anne le Noble par son contrat de mariage avec Pierre Blascher, lui donna le tiers de deux cens livres de rente, que le mari avoit constituée & consignée sur ses biens, & par le contrat le mari remettoit à la Demoiselle de Beaussein nièce de sa femme ce tiers qu'elle lui avoit donné pour don mobil, à charge de leur continuer pendant la vie de l'un & de l'autre la rente entière de deux cens livres, sans la pouvoir racheter de leur vivant sans leur consentement, & d'en paier les arrerages de six mois en six mois par avance ; & à faute de paiement, six mois après chaque terme échû la donation demeureroit nulle & révoquée. Le sieur de Beaussein & sa veuve paierent cette rente pendant seize années ; mais en étant échû quelques années, Blascher intenta action pour faire révoquer la donation : cette action aiant été discontinuée, Blascher reçut quelques arrerages ; & depuis étant décédé, Marie & Anne Blascher ses sœurs continuèrent à demander la révocation de la donation pour le défaut de paiement des arrerages ; il fut dit par Sentence du Juge de Caën, que la Demoiselle veuve du sieur de Beaussein paieroit les arrerages dans le jour de saint Michel, & que le Registre de Blascher seroit représenté pour compter ; dont ledit Blascher aiant apelé, le Court le jeune soutint que cette donation étoit contraire à la Coutume, art. CCCCX. mais que ce secours qu'il empruntoit des termes formels de cet article, lui devenoit inutile, puisque par le contrat de donation elle étoit révoquée, si la donataire ne paioit pas dans les termes qui lui étoient préfix. Mauduit pour la Demoiselle de Beaussein, répondoit que les apelantes avoient tort de se plaindre qu'on leur avoit conservé

un bien auquel elles n'auroient rien eu si l'on avoit païé dans les termes préfix ; que cette donation étoit plus onéreuse que profitable à la donataire, & que tout l'avantage étoit du côté de Blascher ; car l'on s'obligeoit de lui continuer après le décès de la femme la rente entière de deux cens livres pendant sa vie, dont il ne lui pouvoit appartenir que le tiers, le surplus revenant à la Demoiselle de Beaussein & à ses enfans ; qu'il avoit survécu la femme pendant cinq années ; de sorte que les arrerages se montoient à un prix plus grand qu'il n'eût falu pour son tiers ; que la femme auroit pu vivre plusieurs années, pendant lesquelles on eût été obligé de lui paier la rente entière ; ainsi ce n'étoit pas une donation simple, mais une donation onéreuse ; *ejusmodi donatio non est donatio, sed sine nomine conventio, & idem donationis lege non tenetur* ; que les donations onéreuses étoient opposées aux véritables libéralitez, *donatio quæ ob causam vocatur, definitionem vera donationis ita corrumpit & immutat, ut adjeltione causa onerosa aliud esse incipiat, quam quod dicitur* ; que pour la clause qui contenoit la révocation à faute de paiement, c'étoit une clause comminatoire qui ne pouvoit avoir d'effet, *non potius comminantis quam contrahentis* ; que Blascher y avoit renoncé, aiant reçu des arrerages depuis son action ; par Arrest du sixième de Juillet 1677. la Sentence fut confirmée, entre Marie & Anne Blascher apelantes, & Anne le Noble veuve du sieur de Beaussein intimée.

C'est une maxime certaine & une jurisprudence établie par les Arrêts, que les donations mutuelles n'ont point lieu en Normandie.

Les donations mutuelles n'ont point de lieu en Normandie.

Et cela même a été jugé au Parlement de Paris en explication de cet article, entre M^r des Hameaux ; d'une part, & la veuve de M^r de Miroménil Maître des Requêtes. Le mariage avoit été contracté à Paris, & durant icelui ils s'étoient fait une donation mutuelle, la question étoit de savoir sur quels biens la donation mutuelle auroit son effet : Il y avoit en Normandié des conquêts d'heritages, des rentes foncières & des rentes constituées : La Dame de Miroménil soutenoit que suivant l'article 280. de la Coutume de Paris, elle devoit avoir l'usufruit de tous les conquêts en quelque lieu qu'ils fussent assis, la donation aiant été faite à Paris : Au contraire M^r des Hameaux répondoit que les donations mutuelles entre le mari & la femme étoient nulles suivant la Coutume de Normandie en cet article, & que c'étoit la jurisprudence des Arrêts qui étoient rapportez par Berault, de c'est pourquoi l'on ne pouvoit étendre la Coutume & Paris en Normandie. Il fut dit par un Arrest rapporté dans la seconde partie du Journal des Audiences, l. 5. c. 4. que la donation mutuelle n'auroit aucun effet sur les immeubles situez en Normandie, mais seulement sur les rentes qui se trouveroient constituées à prix d'argent sur des particuliers de la Province de Normandie.

On confirma néanmoins une espèce de donation mutuelle, par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 10 Mai 1642. sur ces circonstances particulières. Par le contrat de mariage du S^r de Launey-Villarmois sa femme lui donnoit 7000 liv. & le sixième d'une Terre qui lui appartenoit, & le mari de son côté lui donnoit 200 livres de rente en cas qu'il mourût sans enfans ; il n'eut point d'enfans de ce premier mariage, mais il en eut d'une seconde femme : Les héritiers de la première femme aiant demandé les 200 livres de rente, les enfans du sieur de Villarmois refuserent de la leur paier, comme étant contre la Coutume, & la femme ne pouvant avoir que son douaire ; que d'ailleurs la condition n'étoit point avenue, le sieur de Villarmois aiant laissé des enfans. On leur répondoit que prenans à leur profit les avantages faits à leur père, ils avoient mauvaise grace de contester ce qu'il avoit donné : que ce n'étoit pas une donation, mais une rémunération, & il falloit présu-

Cas où une donation mutuelle fut jugée valable.

mer qu'elle auroit moins donné si son mari ne l'avoit récompensée ; ce qui fut jugé par l'Arrest, plaidans Coquerel & Heroüet.

Si la femme se réservant de donner à son mari, cette réserve est nulle après le mariage ?

Nos Docteurs ont traité cette question, si la femme se réservant de donner à son mari, cette réserve deviendra nulle après le mariage ? Pour montrer que cette faculté qu'elle a retenue lui est inutile, l'on dit que la réserve de donner n'est pas une donation, & qu'étant différée en un tems prohibé elle est nulle, *nam paria sunt aliquid fieri tempore prohibitionis, aut conferri in tempus prohibitum*. La loi *quod sponsus, C. de donat. ante nupt.* le décide expressément de la sorte, *quod sponsa eâ lege donatur, ut tunc dominium ejus adipiscatur, cum nuptia fuerint secuta, sine effectu est*. A quoi la loi *donationes quas parentes, C. de donat. inter vir. & uxor.* n'est point contraire, car cela se faisoit entre les Romains, par cette raison qu'encore que les donations entre-vifs faites entre gens mariez ne fussent pas valables, néanmoins elles étoient confirmées par la mort, si elles n'avoient pas été révoquées : voyez Boërius sur la Coutume de Berry, titre 8. §. 1. Le Grand sur la Coutume de Troyes, art. 84.

Il est certain que dans les Coutumes qui défendent aux conjoints de se donner, ils ne pouvoient pas valablement se réserver la liberté de contrevenir à cette prohibition, & de se faire avantage durant le mariage, parce que les particuliers ne peuvent pas déroger au droit public ; mais quand une femme a la faculté & le pouvoir de donner à son mari par son contrat de mariage, cette réserve de lui pouvoir donner durant icelui ce que la Coutume lui permettoit de donner avant les épousailles, n'est pas une convention qui soit contraire à la prohibition de la Coutume, parce qu'elle ne défend que les donations qui se font durant le mariage, & sans s'en être réservées la liberté de les pouvoir faire ; mais lorsque la donation est faite en vertu d'une stipulation qui ne fait que différer & réserver ce que l'on pouvoit faire alors, bien que la chose soit venue en un point où elle ne pouvoit plus valablement commencer, cessant la stipulation, elle peut valoir par la force de la convention : la réserve n'est pas une donation, mais elle donne & conserve une aptitude de la pouvoir faire, ce que l'on n'auroit pu autrement ; de sorte que cette réserve ne peut être inutile & de nul effet que dans les Coutumes qui défendent absolument toutes donations entre conjoints, & même par le contrat de mariage. Par la Coutume de Bourgogne, au titre des droits appartenans à gens mariez, article 7. il est dit que *gens mariez ne peuvent durant leur mariage faire aucune donation au profit l'un de l'autre, si autrement par le mariage n'étoit entr'eux convenu* : En effet, cette stipulation n'a rien de mauvais. Une femme est loüable de n'user pas sans connoissance de cause de la faculté qui lui est donnée par la loi ; elle peut avec prudence se la réserver pour s'en servir durant son mariage, si son mari se rend digne de cette faveur : Ce que du Moulin dit en son Apostille, sur cet article de la Coutume de Bourgogne, n'est point considérable, *hoc esse valde captiosum ad excludendam dispositionem juris communis* ; car en vertu de cette convention la femme ne fait que ce qu'elle auroit pu faire par son contrat de mariage.

La séparation de corps & de biens, n'est point un moyen qui rende valables les donations entre mariez,

Ce seroit un moyen inutile aux conjoints de se séparer de corps & de biens pour pouvoir se donner, car cette séparation ne feroit pas que les conjoints pussent se donner avec plus d'effet, & elle ne rompt pas le nœud du mariage ; il y a beaucoup de différence entre ces séparations & les divorces des Romains, qui emportoient la dissolution du mariage, & c'est pourquoi ils pouvoient valablement se donner après le divorce, *l. Sed in crim. cum seq. D. de donat. inter vir. & uxor.*

Bien que la Coutume ait employé plusieurs clauses en cet article pour empêcher les conjoints de se faire avantage l'un à l'autre, & qu'elle ait rendu la prohi-

biton générale en défendant de céder, donner ou transporter, ni faire aucuns contrats, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou en partie, directement ou indirectement, néanmoins il semble que sa disposition n'est point parfaite, & qu'elle laisse indécises deux grandes questions ; la première, si elle a interdit aux conjoints l'usage des donations entre-vifs seulement, ou si elle est censée leur avoir aussi défendu les donations testamentaires ; & la seconde, si elle a prohibé de donner aux parens de la femme ?

La première question reçoit plus de difficulté dans les Coutumes qui prohibent expressément les donations entre-vifs, mais qui ne parlent point des donations testamentaires ; car encore qu'il semble que la raison soit pareille en un cas comme en l'autre, néanmoins chacun fait la différence que le Droit Civil y avoit établie ; il défendoit étroitement les donations entre vifs, mais il permettoit les testamentaires ; quoi qu'il y eût plus de danger par la raison que les Jurisconsultes Romains en rendent, que nous donnons plus volontiers ce que la mort nous force d'abandonner dans peu de tems, *facilius morientes donamus*, & que d'ailleurs nous nous aimons davantage que nos héritiers : Et dans les Coutumes qui défendent expressément les donations entre-vifs, sans parler des testamentaires, l'on présume que n'ayant excepté que celles-là, & n'y ayant point compris celles-ci, elle a voulu les laisser dans la disposition du Droit commun, qui est le Droit Romain.

On peut dire que dans nôtre Coutume l'on ne pouvoit faire cette difficulté, parce que sa disposition est générale, & qu'elle défend indistinctement aux conjoints de s'avantager l'un l'autre, sans parler des donations entre-vifs ni des testamentaires, de sorte que sa prohibition comprend les unes & les autres ; mais nos Réformateurs ont éclairci cette ambiguïté, lorsque par l'art. CCCCXXII. ils ont défendu au mari de donner à sa femme par testament.

La seconde question reçoit plus de difficulté ; car encore que sous ces paroles *directement ou indirectement*, l'on pût comprendre les donations faites sous le nom de personnes interposées, on pouvoit encore rétreindre ces paroles aux donations faites pour tourner au profit de la femme, mais cela n'emportoit pas une prohibition de donner à ses parens, quand elle n'en profitoit point ; & l'article CCCCXXII. qui défend au mari de donner à sa femme ni à ses parens, ne décide pas la difficulté, parce que la prohibition n'est faite que pour les testamens ; de sorte qu'on pouvoit en tirer cette conséquence, que la Coutume ne l'ayant défendu que pour les testamens, il y a apparence qu'elle l'a permis pour les donations entre-vifs.

Le Droit Civil après avoir prohibé les donations entre conjoints, comme on ne laissoit pas d'é luder cette prohibition par l'interposition de personnes, on fut obligé d'ajouter une autre disposition, *ut quod conjux iis qui in potestate conjugis sunt, si ve quorum conjux in potestate est donarit, non valeat, quippe cum earum donationum vel lucrum vel damnum in alterutrum redundet* ; Hotoman. in tractatu de donat. & cet Auteur en ce même lieu explique particulièrement toutes les personnes auxquelles il est défendu de donner.

Cette jurisprudence Romaine étoit néanmoins imparfaite en ce point, qu'il étoit bien défendu *ab uxoris nurus-ve patre donari viro vel genero, l. 3. §. 3. D. de donat. inter vir. & uxor.* ou pour parler plus clairement, comme Hotoman a remarqué, *prohibitum est ne vel uxor viro det, vel socer genero*, & par parité de raison le gendre ne devoit pas avoir la liberté d'instituer son beau-pere héritier, *quia sola institutio soceri justa erat presumptio taciti fideicommissi à socero uxori relictis* ; cependant Papinien répond au contraire en la loi pénultième, *de his qua ut indig. D.* que si le gendre institue son beau-pere héritier, la seule raison de l'affection paternelle ne suffit point pour en induire un tacite fideicommissi, *si gener socerum heredem reliquerit*.

Si la Coutume interdit aux mariez l'usage des donations entre-vifs seulement ?

Les donations testamentaires sont défendues entre gens mariez.

S'il est défendu de faire des donations de quelque nature qu'elles soient, aux parens de la femme ?

De la jurisprudence Romaine à l'égard des différentes sortes de donations entre conjoints & à leurs parens,

taciti fideicommissi suspicionem sola ratio affectionis paterna non admittit; & la Glose sur les paroles de cette loi *Taciti fideicommissi*, dit qu'en ce cas le fideicommissis doit être prouvé *apertissimis probationibus*, alléguant pour ce sujet la l. 3. de jure *Fisci*, dans laquelle cette matière est amplement traitée, *natura difficile est tacitum fideicommissum probare*, dit Quintil. *Declam.* 375. Si toutefois il y a des présomptions fortes d'un fideicommissis au profit de la personne qui étoit d'ailleurs incapable de la libéralité qui lui a été faite, il est juste d'admettre la preuve par témoins de la confiance; or en cette loi *figener*, le soupçon étoit très-violent, le mari ne pouvoit pas instituer sa femme héritière contre la disposition de la loi *Julia & Papia; uxorem ex testamento viri, & contra virum ex testamento uxoris solidum capere vetat*; mais pour faire fraude à la loi il avoit choisi la personne de son beau-pere; que si cette présomption que l'on fondeoit sur la personne du beau-pere, ne suffisoit pas, il n'étoit rien plus aisé que de faire illusion à la loi; car n'étoit-il pas vraisemblable que l'affection du pere pour sa fille l'avoit porté à prêter son nom & à engager sa foi de restituer la succession à sa fille? M^r Cujas en son Commentaire sur cette loi, lib. 14. *Respons. Papiniani*, dit que *si probaretur manifestis rationibus socerem tacitam fidem interposuisse, fiscus hereditatem auferret, verum rectè ait Papinianus, ex eo solo non duci justam presumptionem fideicommissi*: mais il faut remarquer que la raison pour laquelle en cette occasion-là il falloit des preuves certaines, étoit que s'il y avoit un tacite fideicommissis la succession apartenoit au fisc; & c'est pourquoi lorsqu'il s'agit de punir & de confisquer, on doit se fonder sur des preuves liquides & manifestes; mais comme par nos Usages la fraude commise en la donation, n'emporteroit pas la perte & la confiscation de la chose donnée, & qu'au contraire l'héritier profiteroit de la nullité, on fait valoir en sa faveur les présomptions & les preuves qui sont apparentes.

Parmi les Romains le fideicommissis tacite étant prouvé, la succession apartenoit au fisc.

Jusqu'ou s'étend la prohibition de donner à la femme,

Pour éviter toutes les difficultés & les questions pour savoir jusqu'ou peut s'étendre la prohibition de donner à la femme, il eût été fort à propos d'ajouter les paroles de l'art. CCCCXXII. *et aux parens d'icelle*, par ces deux considérations; la première, d'autant que l'on a révoqué en doute si la disposition de l'article CCCCXXII. devoit être appliquée à cet article; car il ne s'en suit pas, comme je l'ai déjà remarqué, que ce qui est défendu pour les donations testamentaires, le soit pareillement pour les donations entre-vifs; la raison de douter est que la Coutume en cet article défendant aux gens mariés de se donner, n'étend point sa prohibition plus loin qu'aux personnes des conjoints, & non à leurs parens, autrement si c'eût été son intention elle n'auroit pas manqué de s'en expliquer, comme elle a fait dans l'art. CCCCXXII.

Il étoit encore nécessaire d'employer ces paroles, *ni aux parens d'icelle*, par cette autre considération, qu'en plusieurs lieux où les donations sont prohibées entre les conjoints, le mari peut donner aux parens de sa femme, & la seule raison de la proximité n'est pas suffisante, comme il fut jugé en l'Audience de la Grand' Chambre du Parlement de Paris, le 19 de Février 1641. & par l'Arrest l'on confirma une donation entre-vifs, faite par un mari conjointement avec sa femme de tous ses biens au pere de ladite femme, quoi que l'héritier du mari qui contesloit la donation, alléguât que c'étoit un fideicommissis tacite fait en faveur de la femme par l'interposition d'une personne, s'étant servi pour cet effet du nom du frere de ladite femme; ce qu'il osoit prouver. Le donataire répondoit que ce ne pouvoit être un fideicommissis tacite, puisque la femme avoit donné conjointement avec son mari; que la seule proximité, & particulièrement en ligne collaterale, n'est pas une présomption assez forte pour l'établir, & qu'il étoit inouï jusqu'alors de vouloir avoir la preuve d'un fideicom-

missis par témoins, sur quoi intervint l'Arrest ci-dessus.

C'est une jurisprudence certaine en Normandie, & qui est établie par plusieurs Arrêts, que la prohibition de donner aux parens de la femme a lieu pour les donations entre-vifs, comme pour les testamentaires. Le sieur de Crux en mariant la nièce de sa femme lui donna deux mille livres à prendre sur son bien; après sa mort ses héritiers firent juger par Sentence que cette donation ne pouvoit valoir que sur les meubles, qui n'étoient pas suffisans de la paier: Sur l'appel de la donataire, Lyout son Avocat, pour soutenir cette donation prétendoit que par ce terme de *parens* il ne falloit entendre que les héritiers présomptifs de la femme, & non pas toute la parenté; que d'ailleurs l'art. CCCCXXII. étant sous le titre *des testaments*, on ne pouvoit l'entendre des donations entre-vifs, qui se régloient par l'art. CCCCXXXI. qui permet de donner le tiers de son bien, pourvu que le donataire ne soit point héritier immédiat du donateur, ou descendant de lui en droite ligne. Morlet pour les héritiers répondoit, que lorsque la Coutume veut étendre sa prohibition plus loin qu'à la personne de l'héritier, elle ne se sert jamais du mot de *parens*, & quand elle use du mot de *parentelle*, elle comprend tous ceux qui apartiennent à la femme, & la même raison se rencontre pour les uns comme pour les autres, bien qu'il puisse arriver que l'empressement & les inductions d'une femme envers son mari seront plus fortes pour son héritier que pour un parent plus éloigné. Il n'y avoit pas aussi d'apparence de n'entendre l'art. CCCCXXII. que des donations testamentaires, & que la Coutume s'en étoit assez nettement expliquée par ces paroles, *directement ou indirectement*, qui comprennent tous les moïens dont un mari pouvoit faire avantage à sa femme, soit en sa personne ou en celle de ses parens: cette Cause aiant été plaidée en l'Audience de la Grand' Chambre, le quatrième d'Aoust 1643. la Cour ordonna qu'il en seroit délibéré, & le lendemain il y eut Arrest par lequel la Sentence fut confirmée; les Parties étoient les héritiers du sieur de Crux, & Guenon sieur de Marivaut. Autre Arrest du 26 de Novembre 1665. par lequel il fut jugé qu'un mari n'avoit pu donner entre vifs un immeuble au fils de sa femme, ni lui remettre une rente dont il lui étoit redevable. Pau aiant épousé en secondes noces Jeanne Anquetil veuve de Jean Lagnel, bailla à Lagnel fils de sa femme trois cens cinquante livres, constituées en vingt-cinq livres de rente, & depuis par le contrat de mariage dudit Lagnel il lui remit cette rente, & lui rendit le contrat: après sa mort ses enfans aiant obtenu des lettres de rescision, soutinrent que la remise de cette rente étoit une donation, puisqu'il n'y avoit point d'argent déboursé. Lagnel répondoit que la quittance de cette rente n'étoit pas une donation, mais une libération & une extinction de dette, & que l'héritier même avoit donné son consentement à la donation, & qu'il l'avoit confirmée: La Cour mit l'appellation & ce dont de la Sentence qui jugeoit la donation bonne, & aiant égard aux lettres de restitution obtenues par l'héritier, le maintint en la possession de la rente sans restitution des arrerages.

La prohibition de donner aux parens de la femme a lieu pour les donations entre-vifs comme pour les testamentaires.

Autre Arrest sur ce fait. Claude Bertout durant son mariage avec Geneviève Breant sa femme, aquit durant son mariage par contrat de mariage douze ou quinze acres de terre, moiennant cent cinquante livres de rente; pendant trente-deux années de jouissance il augmenta considérablement la valeur de cet héritage, & depuis il en fit vente au neveu de sa femme, à charge de lui paier cent cinquante livres de rente, s'en retenant la jouissance durant sa vie, & laquelle rente de cent cinquante livres ne commenceroit à avoir cours que du jour de son décès: Après la mort du sieur Bertout, son héritier soutint que ce contrat étoit nul; néanmoins par Sentence des Requêtes il fut confirmé: Sur l'appel de l'héritier, Du-

rand son Avocat soutint que les donations étoient défendues de la part du mari aux parens de sa femme, non seulement par testament, mais aussi par donation entre-vifs, la raison de la prohibition étant égale; que ce qui ne peut être fait directement, ne peut être aussi indirectement par aucun contrat déguisé, comme on a fait en cette rencontre par un contrat de fief à vil prix, l'héritage valant moitié plus, & on ofroit de le prendre sur ce pié-là. Greard pour l'intimé répondoit, que les donations aux parens de la femme n'étoient défendues que par testament; qu'il y avoit bien de la différence entre les donations testamentaires & les donations entre-vifs, celles-là étant faites ordinairement par des gens malades, elles étoient extorquées par induction: Par Arrest du 26 de Mars 1666. la Cour cassa la Sentence & le contrat; & vû l'offre de l'héritier de prendre l'héritage à trois cens livres, il en fut envoyé en possession.

Après tant d'Arrêts l'on ne peut plus douter que la donation entre-vifs faite par le mari aux parens de sa femme est prohibée, & que pour annuler ces donations la seule qualité de parent est suffisante, sans être obligé d'en alléguer d'autre preuve ni d'autre raison; & quoi qu'il ne soit pas ajouté que la femme ne peut donner aux parens de son mari, la même prohibition a lieu, cet article défendant aux gens mariez de se donner directement ou indirectement.

L'on confirma néanmoins une donation faite par un mari à la nièce de sa femme, sur ces considérations particulières. Adrien Gosset n'ayant point d'enfans, donna à Catherine Hermel nièce de sa femme, en la mariant, cinq cens livres à prendre sur ses immeubles après son décès, & sans en pouvoir rien prendre sur ses meubles, & à condition que cette somme retourneroit à ses héritiers en cas que ladite Hermel mourût sans enfans. Le donateur avoit ratifié cette donation durant la vie de sa première femme; s'étant remarié avec une autre femme, il avoit vécu dix années sans faire aucune déclaration contraire à cette donation, & par son testament il donna tous ses meubles à sa seconde femme: Barbé son héritier contredit la donation sur les immeubles, elle fut déclarée valable par le Viconte & par le Bailli; sur l'appel de Barbé, Dorville son Avocat s'aidoit de l'Arrest de de Crux rapporté ci-dessus, & consentoit que la donation fût prise sur les meubles. De Fréville pour la femme, représentoit que l'intention du donateur étoit expresse, & que la donation de de Crux étoit sur les meubles & immeubles: Everard pour le Pelé, disoit aussi que la raison de la prohibition celloit en ce cas; ces donations n'étant défendues qu'afin qu'elles ne tournent point au bénéfice de la femme; or la femme ni ses héritiers n'en pouvoient profiter, puisqu'en cas de mort sans enfans de la donataire, la donation retourneroit aux héritiers du donateur, lequel aiant vécu dix ans depuis la mort de sa première femme sans révoquer la donation, son héritier n'y étoit point recevable: Par Arrest du septième de Mai 1665. la donation fut confirmée; l'Arrest fondé sur ces motifs, que le donateur avoit stipulé le retour de la chose donnée, en cas que la donataire mourût sans enfans, & qu'ayant vécu long-tems depuis le décès de sa femme, il n'avoit point révoqué ni protesté contre cette donation.

C'est en vain qu'on colore ces donations par des prétextes & des motifs de récompense & de rémunération, comme il fut jugé sur ce fait. Dame Marguerite de Briroy femme de René de Hennot Ecuier, sieur de Teville, n'ayant point d'enfans fit une donation à la Demoiselle Laillier nièce de son mari; & pour la faire valoir, elle déclara que c'étoit pour la récompenser des services qu'elle lui avoit rendus: Les héritiers présomptifs de la donatrice s'oposèrent à l'insinuation; & après son décès, Marguerite sieur de Colleville, qui avoit épousé la Demoiselle Laillier,

ayant voulu prendre possession des choses données, sur le contredit des héritiers la donation fut cassée: Sur l'appel de Marguerite, Greard son Avocat disoit qu'il y avoit deux questions à décider; la première, si une femme étant en la puissance de son mari pouvoit donner étant autorisée par lui; & la seconde, si une femme avoit pu donner à la nièce de son mari: Pour la première question, il soutenoit que les femmes n'étoient pas naturellement incapables de donner; que le mariage seul leur pouvoit ôter cette liberté, parce que les maris étant les maîtres de leurs actions, elles ne pouvoient contracter sans leur aveu; mais quand cet obstacle étoit levé par le consentement du mari, & que la femme retournoit en sa première liberté, en ce cas la donation étoit bonne, suivant l'Arrest de Hennot rapporté par Berault sur l'article CCCCXXXI. Pour la seconde question, que la Coutume en cet article défendoit bien aux conjoints de se donner directement ou indirectement, mais que cela n'avoit lieu que lorsque la donation étoit faite sous des noms interposés, pour retourner au profit de l'un ou de l'autre, ce qui n'étoit pas en cette rencontre, & qu'enfin cette donation étant rémunératoire & causée pour récompense de services, elle devoit subsister. Maurry pour M^{re} Jacques de Harcour Baron d'Olonde, intimé, & pour la Demoiselle de Valun héritière de la Dame de Teville, répondoit que la première question avoit été décidée par l'Arrest de Ruette, par lequel on avoit déclaré nulle une donation de propres faite par une femme du consentement de son mari, que l'Arrest de Hennot n'étoit que pour des acquêts, qu'il n'y avoit nulle cause, nulle nécessité d'approuver ces donations, & qu'au contraire la conséquence en étoit périlleuse, tous les maris qui n'avoient point d'enfans, obtiendroient aisément de leurs femmes des donations en faveur de leurs parens: & à l'égard de la seconde question, que la Coutume y étoit si formelle, & la Cour l'avoit jugé tant de fois, qu'il n'y avoit pas d'apparence de révoquer en doute que les donations entre-vifs faites par les conjoints aux parens de l'un ou de l'autre, ne fussent entièrement nulles; car si la Coutume ne permet pas seulement au mari de donner à sa femme le tiers de ses acquêts, elle lui permet beaucoup moins de donner de ses propres qu'elle prend tant de soin de conserver dans les familles. Pour les services dont on avoit tâché de colorer cette donation, ils n'étoient point prouvez; la Cause fut appointée au Conseil, & depuis par Arrest donné au rapport de M^r d'Anviray, le 29 de Mars 1659. la Sentence fut confirmée.

Cette prohibition faite au mari de donner aux parens de sa femme ne seroit plus considérable, si le mari après la mort de sa femme confirmoit la donation, *nam res deveniret ad eum casum à quo incipere poterat*. Le sieur de Tontuit se voiant sans enfans, donna à la nièce de sa femme, qui demouroit chez lui, quatorze cens livres à prendre après sa mort sur tous ses biens; & où ses héritiers dans l'année de son décès ne paieroient pas cette somme, il ordonna qu'elle demeureroit constituée en rente; cette donation étoit causée pour récompense de services, après le décès de sa femme il ratifia cette donation; & la fit insinuer: le sieur de Tontuit étant décédé, & ses héritiers n'étant point connus, les Officiers de Mademoiselle d'Orleans firent saisir tous ses biens meubles & immeubles à droit de deshérence; mais les héritiers s'étant présentés ils contestèrent la donation en vertu de cet article & de l'art. CCCCXXII. que la clause de récompense de services ne pouvoit faire subsister cet Acte, puisque ces services n'étoient point constans: la donataire prétendoit que ses services étoient justifiés par les attestations de la maladie du donateur qu'elle avoit assisté jusques à son décès, & qu'après tout le donateur l'ayant ratifiée après le décès de sa femme, en un tems où la cause de la prohibition avoit cessé, elle ne tomboit plus dans le cas de cet article.

La donation rémunératoire envers un parent de la femme ratifiée depuis la mort d'icelle par le mari, jugée bonne.

Les donations entre-vifs faites par la femme aux parens de son mari, sont prohibées.

Si le prétexte de récompense de services employé dans une donation faite par la femme à la nièce de son mari, la peut rendre plus valable?

Par Arrest du 9 de Janvier 1664. la donation fut confirmée, plaidans Caruë & Greard.

La donation par personne interposée est prohibée.

On se sert encore d'un moien oblique & indirect, en empruntant le nom de quelque confident, qui engage la foide restituer les choses données; ce moien n'est pas moins défendu que les autres, *quippè interdium est conjugibus sibi donare, tam per se, quam per interpositas personas, l. hæc ratio 3. §. 9. & l. si sponsus, §. generaliter, ff. de donat. inter vir. & uxor.* mais la difficulté consiste ordinairement dans la preuve, étant mal-aisé de découvrir ces tacites fideicommiss, dont le plus souvent il n'y a que des présomptions & des conjectures.

Si les deniers déboursez par le mari pour maintenir la possession de la femme, peuvent être repetez par les héritiers du mari?

Il y a néanmoins quelques cas qui sont remarquez par Berault, où le mari peut faire avantage à sa femme; il n'est pas réputé lui donner lorsqu'il rachete les rentes qui sont dûes sur son bien, car il en tire du profit, la jouissance qui lui en appartient étant augmentée par cette libération: Mais sur cette question, si un mari aiant déboursé des deniers pour maintenir sa femme en la possession du fief de Lisore qui lui appartenoit, ce supplément pouvoit être répété par les héritiers du mari? Par Arrest du 27 de Mars 1630. donné en l'Audience de la Grand' Chambre, au profit du tuteur des enfans du sieur de Marefcot, les héritiers de la femme furent condamnés à rendre ce supplément.

Si les impenses faites par le mari sur le bien de sa femme, peuvent se répéter?

La question si les impenses faites sur les heritages de la femme par le mari, peuvent être répétées, est décidée fort différemment? Par le Droit Romain elles se peuvent répéter, *l. sed si vir uxori a team donat, ff. de donat. inter vir. & uxor.* Et par la Coutume de Bretagne, article 602. *si le mari fait maisons & édifices sur l'heritage de sa femme, le mari ou ses hoirs n'y prendront rien.*

Il semble que le mari pouvoit répéter ces impenses-là; car si le mari retire des heritages au nom de sa femme, le mari ou ses héritiers peuvent répéter la moitié des deniers déboursez; si donc il a fait des bâtimens, par le moien desquels le revenu des heritages soit augmenté, pourquoi n'aura-t'il point le même droit que s'il les avoit employez à un retrait d'heritages? Les gens mariez ne se peuvent donner ni faire en sorte que les biens des uns passent aux autres directement ou indirectement; ce seroit toutefois une espèce de donation & un avancement de conquêts, de faire de grans bâtimens sur le fonds de la femme, sans en pouvoir demander aucune récompense.

Nôtre Usage est certain au contraire, comme Berault l'a remarqué, & outre Chassanée qu'il cite, Bœ-

rius sur la Coutume de Berri, titre des Mariages, §. 2. témoigne que nonobstant la décision du Droit Romain, *contrarium de consuetudine servatur.* La Coutume de Nivernois, titre des Communautés, article 6. y est expresse; voiez Coquille en ses Questions, question 9. Nous sommes fondez sur cette raison, que le mari jouit du revenu du bien de sa femme, les meubles lui appartiennent, quand il lui échet une succession mobilière, il n'est sujet au remploi d'iceux que quand ils excèdent la moitié du don mobil; il n'est pas juste de donner une répétition au mari ou à ses héritiers des bâtimens qu'il a faits, sur tout puisque la Coutume ne l'ordonne point: ce qui a été dépensé constant le mariage procède de l'industrie & du bon ménage de l'un & de l'autre; & comme si le mari avoit bâti sur son fonds, la femme ne pouvoit demander part aux deniers que l'on auroit employez; aussi le mari ne peut demander l'augmentation qu'il a faite sur le bien de sa femme, elle le reprend en l'état qu'elle le trouve, & *quidquid adificatum est solo cedit,* & le mari est d'autant moins favorable en cette répétition, qu'il a cet avantage de jouir encore du bien de sa femme après sa mort s'il en a eu des enfans.

Par le Droit Civil le mari pouvoit demander *impensas in res dotales factas*, mais en ce cas il falloit qu'elles fussent considérables; *omnino & in adificandis adibus & propagandis vineis modicas impensas non debet Arbiter curare, l. Omnino, D. de impens. in reb. dotal. fact.* *Quod enim maritus facit propter tutelam necessariam in res dotales quas suo sumptu tueri debet, modicam adificiorum refectioem non repetit, & non tam impendisse quam ex his rebus minus percepisse videtur, ista enim ex genere & magnitudine impendiorum estimari debere; l. quod dicitur, D. eod.*

Du Droit Romain à l'égard des impenses faites par le mari sur le bien de sa femme.

Pour les frais du procès que le mari auroit soutenu pour la conservation du bien de sa femme; on peut douter s'il peut les répéter; car on peut dire d'un côté que ce seroit un avancement s'il avoit plus coûté au mari que le revenu du bien de la femme ne lui auroit produit, les frais d'un procès pour la défense de la propriété du fonds, *ad perpetuam agri utilitatem pertinent, non ad presentem temporis fructum, l. 3. de impens. in res dotal. factis.* On allègue au contraire, que le mari est obligé à la conservation du bien de sa femme, qu'il ne peut le diminuer pour des frais de procès qu'il pouvoit entreprendre mal à propos, *nam tueri res dotales vir suo sumptu debet, l. quod dicitur, Cod. eodem;* & par la loi dernière du même titre, *Si impensa non solum ad percipiendos fructus, sed etiam ad conservandam ipsam rem speciemque ejus necessaria sint, eas vir ex suo facit, nullam habet eo nomine ex dote deductionem.*

Si les frais des procès entrepris par le mari pour le bien de sa femme, se répètent?

CCCCXI.

Récompense de bien de la femme aliéné n'est avancement.

Toutefois le mari aiant aliéné l'heritage de sa femme, lui peut transporter du sien, pour récompense, pourvu que ce soit sans fraude ou déguisement; & que la valeur des heritages soit pareille, & qu'il apparaisse de l'aliénation du mari par contrat authentique.

La Coutume avoit parlé trop généralement en l'article précédent, lorsqu'elle avoit défendu aux gens mariez de faire aucuns contrats entr'eux, par lesquels les biens de l'un vinssent à l'autre; car l'on pouvoit induire de cette disposition générale, qu'un mari n'auroit pu bailler de ses biens à sa femme pour le remploi de ses heritages qu'il auroit aliénez; mais elle n'avoit intention que de défendre les contrats qui seroient faits en fraude, & pour se faire avantage l'un à l'autre; & c'est pourquoi dans cet article elle apporte cette exception, que si le mari a aliéné l'heritage de sa femme, il peut lui transférer du sien pour récompense, pourvu que ce soit sans fraude & sans déguisement.

Le mari aiant aliéné du bien de sa femme, peut lui fournir du sien.

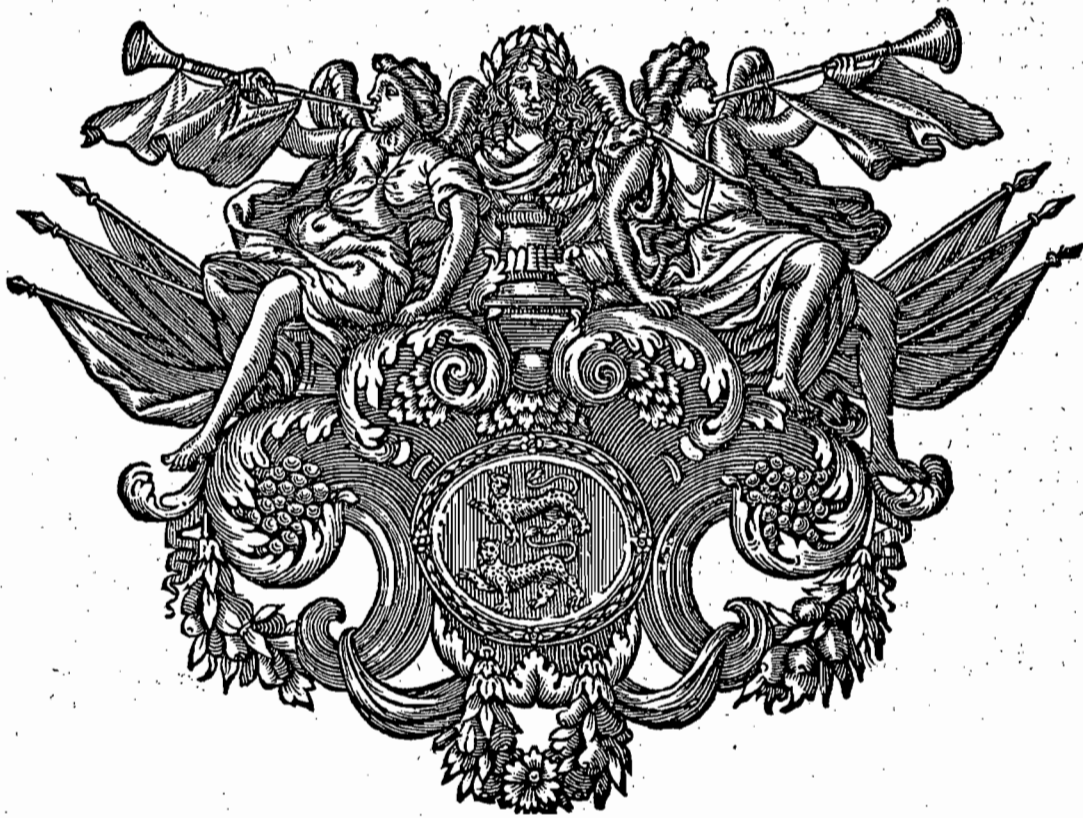
L'on souffre si peu que le mari baille à sa femme

un remplacement plus avantageux qu'il ne lui est dû, que non seulement les héritiers & les créanciers antérieurs de ces contrats, mais même ceux qui ont contracté depuis avec le mari, ont été jugez recevables à en demander l'estimation. Un mari depuis le remploi qu'il avoit donné à sa femme aiant contracté des dettes, les créanciers l'aient fait saisir comme étant de plus grande valeur, la femme leur objecta qu'ils ne pouvoient lui reprocher que ce remplacement lui eût été donné en fraude de leurs droits, puisqu'il étoit antérieur de leur créance; qu'ils ne pouvoient avoir d'hipotèque que sur les biens dont leur débiteur étoit saisi, & non sur ceux qui n'étoient plus en sa possession; néanmoins par Arrest donné en la Chambre des Enquêtes, le 7 de Mai 1655. il fut ju-

Le remploi du bien de la femme ne doit être plus grand qu'il ne lui est dû.

gé qu'estimation seroit faite de ce remplacement. Autre pareil Arrest : En 1662. Jean Feugeret pour faire avantage à sa femme, engagea son bien au nomme Adam parent de sa femme; & par un autre contrat de l'année 1663. Feugeret feignant de retirer cet heritage, ledit Adam déclara qu'il ne demandoit pour son remboursement que deux cens livres, pour le paiement desquels Jourdain pere de ladite femme, pour demeurer quite de quinze livres de rente dotale qu'il avoit données à sa fille, engagea une maison audit Adam, au moien de quoi il rendit l'heritage à Feugeret son gendre, qui le bailla à sa femme pour remplacement de sa rente dotale; mais en 1662. Feugeret s'étant constitué en vingt-unè livres de rente envers Savigni, cette femme prétendant que tout le bien de son mari lui appartenoit, oposa contre la saisie réelle que Savigni en avoit faite; le Viconte lui en aiant accordé la distraction, & l'affaire aiant été portée à la Cour sur un incident, elle soutenoit que Savigni n'étoit point recevable à lui contester son remplacement, d'autant qu'il n'étoit devenu

creancier de son mari que neuf ans après la vente de son bien. Je répondois pour Savigni, que le mari avoit pû lui donner un remplacement, pourvû qu'il fût sans fraude & d'égale valeur; mais que l'inégalité en étoit si considérable, qu'encore que sa dot ne fût que de deux cens livres, le fonds baillé en remplacement valoit deux mille livres; ce qui étoit si certain, que même depuis le procès elle l'avoit vendu par ce prix-là; & bien qu'il fût creancier depuis le remplacement, néanmoins comme le mari, s'il avoit survécu sa femme, auroit pû faire annuler ce contrat, les creanciers avoient le même droit; que ce contrat étoit contraire à la Coutume; que les creanciers seroient trompez à la bonne foi, car le mari demeurant toujours en possession, on pouroit ignorer qu'il en eût disposé en faveur de sa femme: Par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 8 de Mars 1667. on permit à Savigni de faire decreter, en baillant caution à la femme de la faire porter de sa dot, si mieux elle n'aimoit paier la dette. Theroulde plaidoit pour la femme.





DES TESTAMENS.

L'institution d'héritier n'a point de lieu en Normandie.



LES Testamens qui sont le chef-d'œuvre de la Jurisprudence Romaine; ne tiennent lieu parmi nous que de codicilles, parce que nous n'avons point d'institution d'héritier, qui est leur fondement & leur objet principal: *Institutio heredis caput & fundamentum testamenti.*

La Coutume a réduit les testamens à leur premier usage; ils n'étoient dans leur origine que de simples dispositions des peres envers leurs enfans, ou au défaut d'enfans on ne prenoit la liberté de tester que pour reconnoître quelque bienfait ou quelque service: Solon ne les aprouva par ses loix qu'à ces conditions; & si Platon & Aristote qui ont tant crié contre ce dérèglement que les hommes faisoient paroître en leurs dernières volontez, avoient connu la modération de nôtre Coutume, & le peu d'étendue qu'elle donne aux testamens, ils l'auroient sans doute reçûe dans leurs Républiques.

L'ambition, la haine, la vengeance à qui nous devons attribuer la source & l'invention de toutes ces dispositions que le Droit Romain a si fort favorisées, n'ont plus de part dans nos testamens; car la Coutume ne laissant aux hommes la puissance de disposer de leurs biens que pour un tiers des acquêts, il ne leur reste plus de moiens de flâter leur ambition en dominant après leur mort, ni d'exercer leurs passions, leurs vengeances & leurs haines, en privant de leurs successions leurs légitimes héritiers.

Et l'on ne peut y disposer que d'un tiers des acquêts.

C'est par cette raison qu'il n'a pas été nécessaire d'apporter tant de solemnitez pour la confection de nos testamens: Il seroit fort superflu d'en tenir les dispositions cachées & secrètes, & nous ne connoissons point ces testamens mistiques qui sont encore en usage en quelques Provinces de France.

Des testamens mistiques.

L'avarice des Gens d'Eglise avoit introduit un étrange abus, qui étoit de forcer les mourans à faire des testamens. Bodin en sa Rep. l. 5. c. 2. écrit que de son tems il n'y avoit pas cent ans que dans ce Roiaume on auroit refusé la sépulture en lieu Saint, si le défunt n'eût laissé quelque chose à l'Eglise par son testament; de sorte qu'on prenoit une Commission de l'Official adressée au premier Prêtre, lequel selon l'état des biens du défunt décédé *intestât*, laissoit à l'Eglise ce qu'il vouloit au nom du défunt, ce qui fut enfin défendu par les Arrêts du Parlement de Paris; cela est aussi remarqué par du Luc en ses Arrêts, l. r. c. 5.

Nos Législateurs ont commencé la matière des testamens en traitant de leurs formes & de leurs solemnitez; ils déclarent ensuite quelles personnes sont capables de tester, & enfin ils marquent & limitent les choses dont ils permettent la disposition par testament. Les Jurisconsultes Romains commencent par les personnes, & cet ordre eût été meilleur; car une personne incapable de tester seroit inutilement un testament solemnnel, *qui testamentum facere possunt, & quemadmodum testamenta fiunt, l. 28. s. 1. ff.*

C C C C X I I.

Forme & solemnité du testament.

Tout testament doit être passé pardevant le Curé ou Vicaire, Notaire ou Tabellion, en la présence de deux témoins idoines, âgez de vingt ans accomplis, & non légataires, présence desquels le testateur doit déclarer sa volonté, & s'il est possible le dicter; & après lui doit être lû le testament présence de tous les dessusdits, signé du testateur, s'il le peut faire; & si faire ne le peut, sera fait mention de l'occasion pourquoi il ne l'a pû signer; même sera signé desdits Curé ou Vicaire, Notaire ou Tabellion, & témoins.

Des formes & solemnitez prescrites pour les testamens, suivant la Coutume.

Les solemnitez prescrites pour les testamens sont en petit nombre; il suffit qu'un testament soit passé devant le Curé ou Vicaire, Notaire ou Tabellion, en la présence de deux témoins, pourvu qu'ils soient idoines, âgez de vingt ans accomplis, & non légataires, & que le testateur déclare sa volonté en leur présence, & qu'il la dicte s'il est possible; il faut ensuite que le testament lui soit lû en la présence de tous les dessusdits; qu'il le signe, s'il le peut faire, & s'il ne le peut faire, il sera fait mention pourquoi il ne l'a pû signer; mais il doit être signé desdits Curé ou Vicaire, Notaire ou Tabellion, & témoins.

Toutes ces solemnitez doivent être observées dans le testament, & l'on ne seroit pas recevable à les vérifier par témoins; Louët, l. T. n. 12. Argent. des Test. art. 570. gl. 2. n. ult.

L'Ordonnance de 1681. touchant la Marine, l. 3. t. 11. a introduit une nouvelle forme pour les testamens faits sur la mer; elle dispose en l'article 1. que les testamens faits sur mer par ceux qui décéderont dans les voiajes, seront réputés valables s'ils sont écrits & signez de la main du testateur, ou reçûs par l'Ecrivain du Vaisseau, en présence de trois témoins qui signeront avec le testateur; & si le testateur ne peut ou ne fait signer, il sera fait mention de

Des testamens faits sur mer & dans les voiajes.

la cause pour laquelle il n'a pu signer ; & par l'art. 2. il est dit qu'aucun ne pourra par testament reçu par l'Ecrivain, disposer que des effets qu'il aura dans le Vaisseau, & des gages qui lui sont dûs.

L'on peut inférer de ces paroles, *par ceux qui dé-céderont dans les voïages*, que ces sortes de testamens ne subsistent & n'ont lieu qu'en cas que les testateurs décèdent dans le voïage ; que si le testateur décède après son retour, ils sont de nul effet : Mais puisque le testament holographe qui se fait sur la mer, est aussi bon que celui qui se fait sur la terre, & que l'on n'emploie point plus de formalitez en l'un qu'en l'autre, il semble qu'il doit subsister lorsqu'il n'a point été révoqué par le testateur. Il n'en est pas de même du testament qui a été reçu par l'Ecrivain, car les formes que l'on y doit garder, n'étant pas pareilles à celles qui sont requises pour la validité des testamens qui se font sur la terre, ils deviennent nuls si le testateur ne décède pas dans son voïage. Par la disposition du Droit Romain, *l. 21. D. de testam. Testamentum militia factum etiam intra annum post militiam valebat.*

Cette même Ordonnance donne beaucoup plus de force & de liberté au testament holographe qu'à celui qui est reçu par l'Ecrivain ; par ce dernier le testateur ne peut disposer que de ce qu'il a dans le Vaisseau, & des gages qui lui sont dûs : Mais l'Ordonnance n'ayant point fait mention du testament holographe, elle a laissé au testateur la liberté de disposer de tout ce que l'on peut donner par un testament holographe fait sur la terre, *exceptio enim firmat regulam.*

Si un testament fait par un François en une autre langue que la François, est valable ?

Avant que d'expliquer les paroles de cet article, je proposerai cette question, si un testament fait en France par un François en une autre langue que la François, seroit bon ? Ce fut un des points traités en la Cause renvoyée en ce Parlement, entre Messires Gabriel & Jacques-Auguste de Thou, apelans de Sentence renduë au Châtelet, & pour lesquels plaidoit le Quesne ; & Messire Etienne d'Aligre Chancelier de France ; Messire Henry de Fourcy Chevalier, President aux Enquêtes du Parlement de Paris ; Messire Denis Feydeau Maître des Requêtes de son Hôtel ; & Messire Louis-Henry Faye d'Espesses Abé de S. Pierre de Vienne, creanciers & Directeurs des autres creanciers de M^{re} Jacques-Auguste de Thou, President au Parlement de Paris : il s'agissoit de savoir si la Bibliothèque de feu M^r le President de Thou pouvoit être vendue ? Les enfans de M^r de Thou étoient apelans de la Sentence du Châtelet de Paris qui en ordonnoit la vente, prétendans que par le testament en Latin de feu M^r le President de Thou leur aïeul, il y avoit une substitution de cette Bibliothèque faite à leur profit. Les creanciers pour lesquels je plaidois, soutenoient qu'on ne pouvoit induire aucune substitution des termes du testament ; ils contestoient même la vérité & la validité d'icelui, & objectoient comme un défaut qu'il étoit conçu en langue Latine, cette manière de tester aiant été justement réprouvée par les Ordonnances ; il importe à la gloire & à la grandeur d'un Etat, que dans tous les actes publics on ne se serve que de la langue naturelle, c'est une marque de sujétion que d'emprunter le langage d'un autre pais. Les Grecs si délicats sur le point de la gloire, ont dit fort à propos que leur Apollon refusoit de rendre ses Oracles en Latin, quoi que ce fût alors le langage d'un Peuple qui commandoit à tous les Dieux comme à tous les Peuples du monde ; aussi les Romains sûrent bien leur rendre la pareille : *Græcis nunquam nisi Latinè respondebant, Valerius Max. l. 2. c. 2. quo scilicet Latina vocis honos per omnes gentes venerabilior efficeretur.* Rome qui vouloit remplir toute la terre de la grandeur de son nom & de sa langue, ne souffroit point que dans toute l'étendue de sa domination on usât d'une autre langue que de la sienne dans tous les actes publics,

non pas même dans les testamens, *l. Decreta 48. D. de re judic.* Et Ulpian en ses Instit. *l. 25. §. 9.* Tibère ce grand Politique ne permit point qu'un soldat que l'on interrogeoit, répondit en Grec ; & il savoit si bien maintenir la majesté de l'Empire, qu'il s'excusa dans le Senat pour s'être servi du mot Grec *μονοπῶλον*.

Il est vrai que cet Empire étant devenu en quelque sorte Grec par la translation du Siege de l'Empire de Rome à Constantinople, & la langue Grecque étant aussi presque devenue la langue de l'Etat, Justinien aprouva que les institutions d'heritier pussent être faites en Grec ; mais outre que l'on favorisoit extraordinairement la liberté de tester, on peut dire qu'en ce tems-là les Romains avoient beaucoup perdu de leur ancienne générosité. Les anciens Romains, quoi qu'ils connussent fort bien la délicatesse & les graces de la langue Grèque, n'en permirent point néanmoins l'usage public, *nulla non in re pallium toga subijci non arbitrabantur indignum esse, existimantes illecebris, & suavitate linguarum Imperii pondus & autoritatem domari. Valer. Max. ibid.*

Il est mal-aisé de comprendre comment ce mauvais usage d'expédier en Latin tous les actes publics ait pu durer si long-tems parmi nous : On pouvoit avoir ce respect pour la langue Latine lorsqu'elle conservoit encore ses charmes & ses beautés ; mais il étoit ridicule de la préférer à la sienne quand elle n'avoit plus rien que de barbare : On se détrompa enfin de cette erreur, & François I. pour la raison que chacun fait, ordonna d'abolir ce mauvais usage : voici les termes de l'art. 111. de l'Ordonnance de 1539.

Et parce qu'incertitude & ambiguïté sont souvent venues sur l'intelligence des mots Latins conçus aux Arrêts & autres Actes, nous voulons dorénavant que tous Arrêts, ensemble toutes autres procédures, soit de nos Cours souveraines ou inférieures, soit des Registres, Enquêtes, Contrats, Commissions, Testamens, & autres quelconques, Actes & Exploits de Justice qui en dépendent, soient prononcés, registrez & délivrez aux parties en langage maternel, François, & non autrement.

Si l'observation de cette Ordonnance est raisonnable & nécessaire pour tous Actes publics, elle l'est beaucoup davantage pour les testamens qui sont de droit public ; & dont la forme & la solemnité ne dépend pas de la seule volonté de celui qui les fait ; de sorte que comme il y a des solemnitez qui consistent précisément en l'expression de certains mots solennels & misterieux, il n'est pas possible de changer ces termes, ni de les suppléer par aucune équipolence, parce qu'étant desirés pour la forme spécifique de l'acte, ils doivent nécessairement s'y rencontrer. Par exemple, dans la Coutume de Poitou un testament pour être valable doit contenir qu'il a été dicté, nommé & relû sans suggestion d'aucune personne : On avoit employé dans un testament sans induction, au lieu de ces paroles sans suggestion ; & on soutint que c'étoit une nullité, & cela fut jugé de la sorte par Arrêt du Parlement de Paris. La Coutume d'Orleans desiré spécifiquement ces mots de dicté & nommé, au lieu d'iceux, les mots de proferé de sa bouche, aiant été employés dans un testament, il fut déclaré nul ; ce qui prouve qu'il est impossible de tester en une autre langue dans des Coutumes qui disposent que l'on emploie certains termes, qui ne peuvent être suppléés par aucune équipolence ou identité.

La Cause ne fut pas jugée sur ce point ; mais pour décider cette question, il me semble que dans les Coutumes qui ordonnent précisément de se servir de certains mots solennels, un testament conçu en langue Latine ne seroit point valable ; cessant quoi, la question seroit douteuse, si l'on pouvoit arguer un testament de nullité pour être composé en Latin, pourvu que les formes y fussent gardées ? Mais en tout cas dans les testamens passés devant Notaires, il faudroit qu'ils entendissent la langue en laquelle

Par l'Ordonnance de 1539. l'usage d'expédier les Actes publics en Latin, fut aboli.

Forme de testament dans la Coutume de Poitou.

Et dans la Coutume d'Orleans.

Le testament holographe fait en une langue étrangère, peut être valable.

le testateur dicteroit son testament, & les témoins pareillement, ce qui se rencontreroit difficilement en France, de sorte que la question ne pourroit guères arriver que pour les testamens holographes; mais comme pour leur validité il suffit qu'ils soient écrits de la main du testateur, on doit laisser en la liberté du testateur d'expliquer ses intentions en telle langue qu'il lui plaira. Suivant le sentiment de Ricard, des Don. p. 1. t. 5. sect. 7. le testament peut être fait en une langue étrangère.

Les personnes que la Coutume établit pour recevoir les testamens, sont le Curé ou Vicaire, Notaire ou Tabellion: Cette forme de tester en la présence du Curé ou du Vicaire est imitée du Droit Canonique, *C. cum esset, extrav. de testament.* & cet usage fut introduit apparemment en France depuis que les Juges d'Eglise eurent entrepris de connoître des testamens.

Quelles personnes peuvent recevoir les testamens?

L'origine de cette Coutume nous est enseignée par Loyseau, des Seigneuries, c. 15. n. 64. Les Eclésiastiques maintenoient autrefois que la connoissance des testamens leur appartenoit, & qu'ils en étoient les naturels & légitimes exécuteurs, parce que le corps du testateur étant laissé à l'Eglise pour lui donner la sépulture, l'Eglise aussi devoit être saisie de ses meubles pour acquiescer sa conscience & exécuter son testament: Ce qui s'est observé long-tems en Angleterre, où l'Evêque & les Officiers se faisoient des meubles, si les héritiers ne composoient avec eux; & j'ai remarqué ci-devant qu'en France les Eclésiastiques en usoient de cette manière, & qu'ils contraignoient les héritiers à convenir de preud'hommes pour estimer ce que le défunt avoit dû léguer; & quoi que ces abus aient été retranchés; néanmoins, dit Loyseau, cette entreprise des Eclésiastiques est demeurée jusqu'à nôtre tems, & les Curés & Vicaires par la disposition de plusieurs Coutumes sont déclarés capables de recevoir les testamens.

Par la Coutume de Bretagne la connoissance des testamens appartient aux Juges d'Eglise.

C'est tout ce qu'il reste aux Eclésiastiques en cette Province de leurs anciennes usurpations touchant la connoissance des testamens; mais par la Coutume de Bretagne ils se sont conservés en cette possession: Par l'art. 614. de la Coutume Réformée de Bretagne lorsqu'il s'agit de la solemnité d'un testament, la connoissance en appartient au Juge d'Eglise; Argentré sur l'art. 2. de l'ancienne Coutume de Bretagne; Févret en son Traité de l'Abus, l. 4. c. 6.

Cas où les Curés sont exclus de recevoir les testamens.

Mais d'autant que les Curés, lorsque leur ministère devoit nécessaire, soit à faute de Notaires ou autrement, profitoient souvent de l'occasion pour exiger des legs & des presens de ceux qui les apeloient pour faire leurs testamens, il leur fut défendu par l'art. 27. de l'Ordonnance d'Orléans, de recevoir aucuns testamens ou dispositions de dernière volonté, par lesquels il leur seroit fait quelque legs ou don.

En conséquence de cette Ordonnance l'on révoqua en doute, si les Curés pouvoient recevoir des testamens par lesquels l'on faisoit des legs à leurs Eglises ou Paroisses? Cette difficulté fut décidée par l'art. 63. de l'Ordonnance de Blois, qui contient ces termes: *Pourront les Curés ou Vicaires recevoir les testamens & dispositions de dernière volonté, encore que par iceux il y ait legs à œuvres pies, pourvu que les legs ne soient faits en faveur d'eux ou de leurs parens.*

Le Vicaire en l'absence du Curé peut recevoir les testamens.

En l'absence ou au défaut du Curé, le pouvoir de recevoir un testament est donné au Vicaire; & bien que la Coutume de Paris en l'art. 290. ordonne que le Vicaire ait des lettres de Vicariat qui soient enregistrées au Greffe de la Justice ordinaire, cela n'est pas nécessaire dans les Coutumes qui ne prescrivent point cette formalité; il suffit que celui qui a reçu le testament, ait été établi par le Curé pour en faire les fonctions, & qu'il en ait fait notoirement l'exercice; de la Lande, art. 289. de la Coutume d'Orléans. Ricard est aussi de ce sentiment; & qu'encore bien que ceux auxquels la Coutume permet de recevoir

les testamens, n'aient pas les véritables qualités qu'elle desire en eux, mais seulement en apparence & dans la croyance publique, les testamens faits devant eux ne laissent pas de sortir leur effet, d'autant que l'on ne peut pas demander plus de circonspection & de reconnaissance en un particulier qu'il ne s'en rencontre en tout un public; & suivant cette maxime Ricard rapporte un Arrest du Parlement de Paris, par lequel un testament fait pardevant un Prêtre de la Paroisse de S. Severin, qui y faisoit les fonctions de Vicaire il y avoit dix ans, fut déclaré valable, bien que par la Coutume de Paris les Curés soient tenus de bailler des lettres de Vicariat; Ricard des Donat. p. 1. c. 5. sect. 8. Nous n'avons pas néanmoins entièrement suivi cette maxime, comme on le remarquera par l'Arrest donné pour le testament du Curé de Couterne, dont je parlerai dans la suite.

Il faut que le Vicaire ait été installé par le Curé pour en faire toutes les fonctions, autrement il ne seroit pas au pouvoir d'un Curé d'instituer un Vicaire à l'effet de cet acte seulement, suivant un Arrest du Parlement de Paris rapporté par Ricard en ce même lieu.

Pour pouvoir recevoir un testament en qualité de Vicaire, il faut avoir droit d'en faire toutes les fonctions.

Cette puissance de recevoir un testament est tellement attachée au Curé ou Vicaire, que toute autre personne Eclésiastique n'en pouvoit user; les accidens extraordinaires de peste, de guerre ou d'absence ne la pouvoient donner à ceux auxquels la Coutume ne l'a attribué point. Un Gentilhomme malade voulant faire son testament, pria le Vicaire déportuaire de permettre à un Curé voisin de l'assister, ce qu'il lui permit, & ce Curé après lui avoir administré les Sacremens reçut son testament: On soutint que ce testament étoit nul, n'ayant pas été reçu par le Curé du lieu; on disoit au contraire, qu'il n'étoit pas juste qu'un testament ne pût être reçu que par le Curé du lieu; il pouvoit en être empêché par plusieurs causes légitimes; comme en un tems de peste ou de guerre, ou parce qu'il sera malade, ou absent, ou ennemi; la Coutume le permettant au Vicaire, elle sembla le permettre à ceux qui sont approuvés du Curé; comme celui-ci à qui l'on en avoit donné la permission: On repliquoit que les formes prescrites par la Coutume doivent être gardées exactement, la Coutume donnant particulièrement ce pouvoir au Curé, il ne pouvoit commettre d'autres personnes que son Vicaire qui lui est désigné par la Coutume; il n'en est pas de même comme des Sacremens, dont il peut permettre l'administration à un autre; il semble même que le Vicaire n'en est capable, & qu'il n'y doit être appelé qu'au défaut du Curé: Ce même Curé qui avoit reçu le testament étoit Notaire Apostolique; mais on tint pour constant, qu'en cette qualité il étoit incapable de recevoir un testament: Par un Arrest donné sur un partage le testament fut déclaré nul.

Le Curé ne peut commettre d'autre personne que son Vicaire pour recevoir les testamens.

Ricard, des Donat. n. 1. c. 5. sect. 8. n. 1588. traite la question, si le Prêtre commis par l'Archidiacre pour faire les fonctions de la Cure pendant qu'elle demeure vacante, peut recevoir un Testament? Et son sentiment est qu'il doit être du moins considéré comme un Vicaire, & qu'en cette qualité il peut valablement recevoir les testamens qui se font durant le tems de son exercice. Dans l'espece de l'Arrest précédent l'on ne révoquoit pas en doute que le Vicaire déportuaire n'eût pu recevoir le testament.

Le Vicaire déportuaire, & le Prêtre commis par l'Archidiacre pour faire les fonctions d'une Cure pendant qu'elle est vacante, peut recevoir les testamens.

Les Curés ou Vicaires n'ont pas ce pouvoir de recevoir des testamens par un droit primitif, & qui soit attaché à leur caractère, mais en vertu de la Coutume, cessant laquelle ils n'auroient aucune qualité non plus que les Notaires Apostoliques, d'autant que les testamens ne dépendent point de la Jurisdiction Eclésiastique, comme le prouve fort bien le Commentateur de M^r Loüët, l. N. n. 5. de sorte que ce pouvoir étant attaché à la personne du Curé ou

Vicaire, leur expression speciale est une exclusion de toute autre personne Eclésiastique.

Par ce même principe que les accidens extraordinaires ne peuvent attribuer de qualité à ceux qui ne l'ont point. Le testament d'une femme nommée Pinchon malade de la peste, reçu par un Capucin commis à la garde des malades, & signé de quelques Marqueurs, avec quelque apparence de la signature de cette femme, fut déclaré nul par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 18 de Juin 1638. Arrest pareil rapporté par Brodeau sur M^r Louët, l. T. n. 8. Un testament reçu en tems de peste par un Prêtre de l'Hôtel-Dieu, fut déclaré nul.

Il n'y avoit pas de difficulté à annuler ce testament de la nommée Pinchon, d'autant qu'il en paroïssoit un autre qu'elle avoit fait en pleine santé; mais la question generale fut décidée par un autre Arrest, du 17 de Février 1650. Le testament de Basire Procureur en la Cour fut déclaré nul, aiant été reçu par le Capucin de la Santé; l'on disoit qu'aiant été commis par les Echevins de la ville de Roïen, il étoit comme le Curé. Les parties étoient Me Clement le Tanneur Procureur en la Cour, Jacques Basire, & Marie Perrot veuve de Thomas Basire. Autre Arrest du 4 d'Août 1650. au profit de la tante les nommez Lagenois, lesquels par un testament reçu par un Capucin, avoient légué cinq cens livres à l'Hôpital, & aux Capucins de Gournay une autre somme; le testament fut déclaré nul, & néanmoins l'on ajugea quatre cens livres à l'Hôpital, parce qu'il avoit assisté les testateurs; la nécessité publique porta la Cour à faire cette aumône.

La même chose a été jugée par plusieurs Arrêts du Parlement de Paris; raportez dans le Journal des Audiences, de l'impression de 1652. l. 3. c. 1. & l. 4. c. 46.

Car quoi qu'il soit mal-aisé à ceux qui sont atteints de la peste, ou de quelqu'autre mal contagieux, d'assembler des Notaires & des témoins, & d'observer toutes les autres solemnités requises pour la validité des testamens, cette nécessité néanmoins ne peut servir d'excuse, parce que l'on a pû prévoir tous ces accidens pour ne tomber pas dans ces extrémités, *non subvenitur ei qui in necessitate se posuit, & se arctavit*; & comme a dit Tertullien, *exhort. ad castit. Nulla necessitas excusatur que potuit esse non necessitas.*

La seconde espece de personnes auxquelles la Coutume donne le pouvoir de recevoir les testamens, sont les Notaires ou Tabellions; sous ce mot de *Notaires* il ne faut pas comprendre les Notaires de Cour d'Eglise, quoi que Berault soit de sentiment contraire: Il s'est fondé sur l'autorité de deux Arrêts du Parlement de Paris raportez par Papon & par M^r Louët, l. N. n. 5. mais il n'a pas pris garde que ces Arrêts furent donnez avant l'Ordonnance de 1539. qui retrancha si heureusement toutes les entreprises de la Jurisdiction Eclésiastique, de sorte que depuis ce tems la Jurisdiction a changé, & le Parlement de Paris a donné des Arrêts contraires; & le public (dit Ricard, des Donat. p. 1. c. 15. sect. 8. n. 1576.) s'étant desabusé de la superstition qui avoit fait souffrir l'entreprise des Eclésiastiques sur la Jurisdiction Laïque, l'on n'a plus douté que les Coutumes parlant indéfiniment des Notaires, comprennoient seulement ceux qui leur sont soumis, & qui sont les executeurs de leurs dispositions.

C'est aussi la doctrine des Arrêts de ce Parlement; la question s'en offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, le 19 de Janvier 1657. Le testament du Curé de S. Leonard de Fécamp avoit été reçu par un autre Curé qui étoit Notaire Apostolique, & par ce testament il léguoit tous ses meubles & ses immeubles au Tresor de sa Paroisse pour faire quelques Fondations; ce testament aiant été jugé valable nonobstant le contredit de l'heritier; sur son apel, le

testament fut déclaré nul; & faisant droit sur les Conclusions de M^r le Procureur General, défenses furent faites aux Notaires Apostoliques de recevoir aucuns testamens; & néanmoins la Cour ordonna qu'il seroit pris sur les meubles une somme de trois cens livres pour faire une Fondation, en acquitant auparavant toutes les charges de droit, plaidant Maurry pour Pierre Martin apelant, & Lyout pour les Tresoriers de S. Leonard. La même chose avoit été jugée par un Arrest du 6 de Juillet 1632. mais l'Arrest contre les Tresoriers de S. Leonard décide ces deux questions; la premiere, que les Notaires de Cour d'Eglise sont incapables de recevoir des testamens; & la seconde, qu'ils ne le peuvent pas même, bien que le testateur fût une personne Eclésiastique.

L'omission d'un mot en cet article a donné lieu à plusieurs procès: La Coutume aiant dit en termes generaux, que *le testament doit être passé devant le Curé ou Vicaire, le Notaire ou Tabellion*, l'on a douté si ce Curé ou Notaire devoit être celui du lieu où le testament étoit passé, ou si c'étoit assés que ce fût un Curé ou Notaire sans distinction du lieu: La Coutume de Paris, art. 289. a sagement prévu cette difficulté, aiant disposé que le testament doit être passé devant Notaires, ou pardevant le Curé de la Paroisse du testateur.

Mais ces paroles, *le Curé ou Notaires*, marquent évidemment que ce doit être le Curé ou le Notaire du lieu du domicile du testateur. *Argum. l. extra territorium, D. de Jurisdic.* Nous aprenons de Mornac sur cette Loi, que *testamenta prorsus nulla sunt atque irrita, nisi intra presinitos muneris sui limites Tabellio conscripserit, non enim versatur in iis jus gentium, sed mera ex jure sive Civili, sive Gallico formularum necessitas*, ce qu'il confirme par l'autorité de plusieurs Arrêts du Parlement de Paris. C'est aussi le sentiment de Ricard, que les Notaires de la Cour-Laye, comme ils empruntent leur pouvoir des Puissances supérieures, les Roiaux du Roi, les Subalternes des Seigneurs qui les ont commis, & qui en ont le pouvoir, il s'ensuit que leur autorité est bornée, suivant les termes de leurs Commissions, lesquelles étant ordinairement limitées au dedans de certains territoires, ils ne sont hors de ces limites que personnes pures privées. Ricard, des Donat. p. 1. c. 8. sect. 8. n. 578.

Suivant ces maximes l'on a donné Arrest sur ce fait. De Guillaume Curé de Couterne, qui est une Paroisse de Normandie située sur les confins du Maine, fit recevoir son testament par un Notaire du Mans, qui instrumentoit ordinairement en cette Paroisse, comme s'il eût été le Tabellion du lieu. Les heritiers aiant fait juger la nullité du testament; sur l'apel des légataires, on le soutenoit valable par cette raison, que la Coutume ne prescrivait pas expressément que le testament fût reçu par le Curé ou Notaire du lieu; elle dispoit simplement qu'il devoit être passé devant le Curé ou Notaire, & que par consequent on avoit executé sa disposition, lorsque l'on s'étoit servi d'un Curé ou d'un Tabellion; qu'après tout le Tabellion qui avoit reçu ce testament, devoit être réputé le Tabellion du lieu, puisqu'il y exerçoit publiquement comme en aiant le pouvoir, & sans aucun contredit de personne ni même du Tabellion du lieu; *sic agebat; sic munere fungebatur, & ille publicus error jus facit, l. Barbarius Philippus, D. de Offic. Prat.* de sorte que tout ce que ce Tabellion avoit geré en cette qualité devoit valoir, quoi qu'il n'eût pas la veritable qualité, mais seulement en apparence, & dans la croiance publique.

Le Commentateur de M^r Louët, l. T. n. 11. raporte un Arrest du Parlement de Paris, par lequel l'on ordonna l'execution d'un testament, nonobstant que l'on alégât que le Notaire qui avoit reçu le testament, n'étoit point Notaire en la Paroisse du testateur, mais seulement en une Paroisse voisine; l'Arrest fondé sur ce que l'on avoit toujours crû qu'à

Le Curé ou Notaire qui reçoit le testament, doit être celui du lieu où le testament est passé.

Il n'y a point de cas qui exemptent des formalitez requises dans les testamens,

Les Notaires & Tabellions peuvent recevoir les testamens.

Les Notaires Apostoliques n'ont point cette faculté.

cause de la vicinité des Paroisses, que celui qui avoit reçu le testament, étoit Notaire en l'une & l'autre Paroisse.

Lyout pour les heritiers répondoit, que les termes de la Coutume étoient clairs; que le testament devoit être passé devant le Curé ou Tabellion; & que comme l'on ne revoquoit point en doute que par ces paroles le Curé, il falloit entendre le Curé du lieu, suivant le sens & la signification naturelle de l'article, l'on ne pouvoit faire de différence entre le Curé & le Tabellion; que la croiance publique n'étoit point la nullité à l'égard des testamens, qui ne subsistent que quand les formalités prescrites par la Coutume ont été exactement gardées, & en ce cas l'erreur publique est un mauvais gârand: Par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 15 de Mars 1652. la Cour mit sur l'apel les parties hors de Cour. La nullité de ce testament étoit d'autant plus essentielle, que ce Notaire étoit d'une autre Province, ce qui, vrai-semblablement ne pouvoit être ignoré par le testateur qui étoit le Curé de la Paroisse. La même chose avoit été jugée en l'Audience de la Grand' Chambre; le testament de Boulard fait en l'Abbaye de Bonport, Viconté du Pontdelarche, fut cassé pour avoir été reçu par Denis Tabellion à Roïen, qui pour cet effet s'étoit transporté dans cette Abaie.

Différence entre les Notaires & Sergens, & les Juges, à l'égard de la connoissance de leur pouvoir par leurs fonctions publiques.

Brodeau au lieu sus-alégué, dit qu'il y a plus de difficulté à l'égard des Notaires & Sergens qu'à l'égard d'un Juge; ceux-là sont en grand nombre, de sorte que ceux qui les ont employez aiant la liberté du choix, doivent imputer à leur négligence de ne s'être pas exactement informez de leur pouvoir; mais le Juge, comme en l'espece de la loi *Barbarius, de Ofic. Prat.* qui est le siege de la matiere, est une personne unique & nécessaire, que l'on est obligé de reconnoître quand il en fait les fonctions publiques.

Il y eut néanmoins Arrest en la Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r de Fermanel, le 17 de Juillet 1656. entre Richard Granduit, Catherine le Verdier, & Pierre Marie, qui avoit épousé Catherine, & Anne le Verdier, par lequel l'on confirma le testament de M^r Pierre le Verdier Curé de Maisongelles, nonobstant qu'il eût été passé devant d'autres Tabellions que ceux de Maisongelles; l'Arrest fondé sur ce que les Tabellions qui avoient reçu ce testament étoient Tabellions Roiaux: Cette raison n'est pas considérable lorsqu'il s'agit de testamens, car leur validité ne consiste pas en la seule volonté du testateur, mais en l'observation des formes requises, en quoi ils différent des contrats qui ne laissent pas de valoir, bien qu'ils aient été passez devant un autre Notaire que celui des parties contractantes, parce que leur consentement seul les oblige: Ce n'est donc pas assés pour la validité d'un testament que le Notaire soit Roial, comme il fut jugé par l'Arrest de Boulard, dont le testament fut déclaré nul, quoi que Denis qui l'avoit reçu fût un Tabellion Roial, mais il faut que ce soit le Tabellion du domicile du testateur.

Distinction entre les contrats & les testamens, à l'égard des Notaires.

Il n'est pas nécessaire toutefois que le testament soit toujours reçu par le Curé ou par le Notaire du domicile du testateur, il suffit qu'il le soit par le Curé ou Notaire du lieu où il a été passé; de sorte que si quelqu'un étant en voyage ou hors de sa maison, fait son testament en quelque lieu où il se seroit arrêté, pourvu que ce testament fût fait selon les solemnités requises par la Coutume du lieu où il auroit été reçu, les heritiers ne pouvoient en empêcher l'exécution, quoi que le testateur fût depuis retourné dans le lieu de son domicile; cela fut jugé de cette manière, le 9 d'Août 1635. entre les Canivet, heritiers de feu Canivet, veuve de Pitreson leur tante, & les neveux de cette femme: Par l'Arrest l'on confirma le testament qu'elle avoit fait à Paris devant deux Notaires sans témoins, lorsqu'elle y étoit à la poursuite d'un procès, & depuis elle étoit morte à Roïen qui étoit le lieu de son domicile: L'heritier aléguoit

Le testateur étant en voyage doit suivre la Coutume du lieu où il est, à l'égard de son testament.

pour moiens de nullité qu'il n'y avoit point de témoins, ce qui étoit nécessaire par la Coutume de Normandie: Les légataires répondoient que cette solemnité n'étoit point requise par la Coutume de Paris, où ce testament avoit été passé, étant une maxime generale que pour la forme des testamens, il faut suivre la Coutume du lieu où ils ont été reçus, *licet ibi testator larem fixum non haberet*, Brodeau sur M^r Louët, l. C. n. 42. C'est l'opinion commune des Docteurs fondée sur la l. *Si fundus, D. de evict. l. ult. de testament. milit. D.* Et Bartole sur la l. *Cunctos populos, C. de summa trin.* dit que *semper inspiciunt locum ubi res agitur, tam circa contractus quam circa ultimas voluntates*. Et c'est enfin la jurisprudence du Parlement de Paris, Henry, vol. 2. l. 5. q. 32. Journal des Audiences, l. 1. c. 81. De la Lande, tit. des Testamens de la Coutume d'Orleans. Ainsi les paroles de cet article, *le Curé ou Tabellion*, se doivent entendre du Curé ou Notaire du lieu où le testament a été reçu, quoi que le testateur n'y fût point domicilié.

C'étoit une question diversément jugée au Parlement de Paris, comme M^r Jean Ricard l'a remarqué, des Donat. p. 1. c. 5. f. 8. n. 1579. pour les Notaires Subalternes, de savoir s'ils ont puissance d'instrumenter dans leurs ressorts entre personnes qui n'y ont pas leurs domiciles ordinaires, & pour des biens qui n'y sont pas situés? Les différens Arrêts qui sont intervenus sur cette matiere, sont rapportez par M^r Louët & par son Commentateur, l. N. n. 10. mais enfin le Parlement de Paris en a fait un Règlement general, par lequel il a été jugé que les actes passez pardevant les Notaires non Roiaux dans l'étendue de leur Jurisdiction, entre parties demeurantes hors leur ressort, ne laissent pas d'avoir effet, & d'emporter hypothèque sur les biens des parties en quelque lieu du Roïaume qu'ils soient situés; ce qui termine la question pour les testamens, & fait qu'ils peuvent être valablement passez par qui que ce soit pardevant les Notaires Subalternes ou Roiaux, pourvu que ce soit dans les limites de leur ressort: En effet, la Coutume n'oblige pas les testateurs à passer nécessairement leurs testamens devant le Curé ou le Notaire de leur domicile, ils ont la liberté de tester en quelque lieu qu'ils se trouvent, & par tout où il leur plaît; & ils peuvent même être faits en pais étrangers, & quand ils testent en la Province de Normandie, il suffit que leur volonté soit reçue par le Curé ou le Notaire du lieu qui l'a redigée par écrit.

Le Notaire Subalterne ou Roial peut recevoir les testamens en son district.

Il a même été jugé le 21 de Mai 1647. entre Jacques de Roquigni apelant, & Pierre & Jacques de Roquigni freres, intimés, qu'un testament passé pardevant les Tabellions de la Sergenterie d'Ofraïnville, encore que le testateur fût domicilié dans la Sergenterie du Bourdun, étoit valable, parce que ces deux Sergenteries étoient dans le détroit d'une même Viconté. Baudry Avocat de l'apelant, disoit que le testament aiant été reçu par le Tabellion d'une autre Sergenterie, il n'étoit pas fait suivant les formes prescrites par la Coutume, & il demandoit à prouver que l'Ajoint ne l'avoit signé que six jours après la mort du testateur, & en conséquence il concluoit que les intimés devoient rapporter les meubles du défunt qu'ils avoient emportez. Le Febvre soutenoit que c'étoit une donation entre-vifs, laquelle avoit été acceptée; & que quand ce seroit une donation testamentaire, le Tabellion qui l'avoit reçue étant de la même Viconté du domicile du testateur, il avoit eu qualité pour cet effet; la Cour sur l'apel de la Sentence qui confirmoit le testament, mit les parties hors de Cour.

Le testament reçu par un Tabellion de la Viconté du domicile du testateur, est valable.

C'est par cette distinction que l'on concilie l'Arrest donné pour le testament du Curé de Maisongelles avec celui de Boulard; car quoi que ce ne fût pas le Tabellion du lieu, il étoit de la même Viconté; mais le testament de Boulard avoit été reçu par un Tabellion d'une autre Viconté.

Si un testament
reçu par un Ta-
bellion Roial
dans une Haute-
Justice, est va-
lable ?

C'est encore une question, si un testament passé par un Tabellion Roial dans l'étendue d'une Haute-Justice, peut être bon ? Le testament d'un homme demeurant dans la Haute-Justice de Briône fut reçu par un Tabellion du Pontautou, que l'on prétendoit même être interdit, & par ce testament le testateur léguoit tous les meubles à sa femme : l'heritier concluoit à la nullité par plusieurs moïens ; il accusoit la veuve de l'avoir suggéré à son mari qui étoit grabataire ; qu'il avoit été reçu par un Tabellion interdit & hors de son territoire ; un Tabellion Roial ne pouvant exercer dans une Haute-Justice ; enfin il demandoit à prouver qu'elle avoit vécu impudiquement dans l'an de deuil, avec un homme que depuis elle avoit épousé : La femme se justifioit par ces raisons, que la suggestion ne pouvoit être présumée, la donation étant la moindre récompense qu'elle pouvoit espérer de son mari après les assistances qu'elle lui avoit rendues ; pour l'interdiction du Tabellion, que ce n'étoit pas une chose assez notoire pour rendre nuls les actes qu'il avoit passés entre des personnes qui l'ignoroient ; & bien que les Tabellions subalternes ne pussent exercer hors de leur territoire, on ne peut dire la même chose à l'égard des Tabellions Roiaux qui peuvent exercer par tout, sauf à restituer les émolvens aux Tabellions du lieu ; pour l'incontinence la preuve n'en étoit pas admissible par témoins ; car il seroit perilleux d'exposer l'honneur d'une femme à la discretion de témoins mercenaires. Le Juge avoit reçu l'heritier à faire preuve des faits d'incontinence, & cependant que les meubles seroient partagés également : Par Arrest donné en l'Audience de la Grand' Chambre, le 3 de Decembre 1652. en reformant la Sentence, l'on déclara l'heritier non recevable à sa preuve, & le testament fut confirmé.

Cet Arrest ne doit point être tiré en conséquence, quand même un Tabellion Roial pourroit exercer dans le territoire d'un Haut-Justicier, il ne pourroit pas y recevoir un testament ; car suivant cet article il ne peut être reçu que par le Curé ou Tabellion du lieu où il est passé, la Coutume aiant expressément établi ces personnes ; l'on ne peut en employer d'autres.

Le droit de pouvoir tester étant un benefice de la Coutume, il faut suivre exactement ce qu'elle ordonne pour ne déchoir pas de la grace qu'elle fait, *facilio testamenti est juris publici, non privati*, dit le grand Papinien en la l. 3. *D. de testament.* & c'est pourquoi la Coutume nous aiant désigné & nommé certaines personnes pour les recevoir, il n'est pas permis d'en choisir d'autres, quoi qu'en apparence ils aient autant ou plus de pouvoir ; quoi que les Secretaires du Roi donnent une foi publique à tous les actes qui sont signés d'eux, & qu'ils surpassent les Notaires en dignité, ils ne sont pas néanmoins capables de recevoir un testament en une Coutume qui donne seulement ce pouvoir à un Notaire ; ce qui a été jugé par un Arrest du Parlement de Paris, sur une Requête Civile obtenue contre un Arrest du Parlement de Bourgogne qui avoit décidé la même chose, Ricard des Donat. p. 1. c. 5. sect. 8.

Les Juges mêmes, soit Subalternes, soit Roiaux, n'en sont point capables, & n'ont point cette autorité. Olivier Nicole avoit donné par son testament tous les meubles à une fille qui le servoit & qui étoit sa parente ; Marguerite Paulmier sa nièce sur le soupçon qu'elle eut que le Curé de S. Martin de Caën qui avoit reçu le testament, n'avoit pas écrit fidèlement l'intention de son oncle, fit venir un Tabellion pour lui faire déclarer précisément sa volonté ; mais cette fille & ses freres qui étoient les maîtres de la maison, leur aiant refusé la porte, cette nièce fut aussitôt présenter sa Requête au Viconte de Caën, à ce qu'il lui plût se transporter en la maison de son oncle, sur quoi le Viconte ordonna que le Tabellion iroit acompagné d'un Huissier ; mais l'entrée leur

ayant été refusée, le Juge & le Procureur du Roi y étant venus en personne, ils s'informerent du malade quelle étoit sa volonté, sa réponse fut que son intention étoit que sa servante eût tous ses meubles durant sa vie seulement ; le Juge en dressa son procès verbal signé de lui, du Procureur du Roi, & de deux Prêtres qui étoient dans la Chambre ; le testateur étant décédé quelques jours après, cette servante demanda l'exécution du testament, sans avoir égard à la déclaration reçue par le Juge ; le Viconte & le Bailli avoient ordonné qu'elle jouïroit de son legs conformément à cette déclaration : Sur l'appel, du Quésne soutenoit qu'un testament parfait ne pouvoit être révoqué par un testament imparfait ; que cette déclaration reçue par le Juge étoit nulle, les Juges n'étans point des personnes capables pour recevoir un testament, & la Coutume aiant marqué les personnes qu'elle autorise pour cet effet, les particuliers n'avoient pas le pouvoir d'en choisir d'autres ; que si l'on prétendoit que le testateur n'étoit pas en liberté, le Juge pouvoit faire cesser les empêchemens qui lui étoient donnez, & le mettre en état de pouvoir déclarer librement ses intentions ; mais il n'avoit pas l'autorité de recevoir une déclaration qui révoquoit un premier testament parfait, & si le Juge avoit su son devoir il auroit appelé un Tabellion pour recevoir cette déclaration. Greard pour ladite le Paulmier, répondoit qu'il ne falloit pas considérer cette déclaration comme un nouveau testament, mais comme une simple explication de sa véritable intention ; que le Juge avoit pu la recevoir en conséquence du refus que l'on avoit fait au Tabellion de lui ouvrir la porte ; & même que par la disposition du Droit un testament imparfait étoit bon en faveur des héritiers *ab intestat*, au préjudice d'un testament parfait où des étrangers étoient instituez héritiers : Par Arrest en la Grand' Chambre, du 13 de Mars 1673. les Sentences furent cassées, & sans avoir égard à la déclaration, il fut dit que le testament seroit exécuté : Cet Arrest jugea favorablement pour la légataire. Il est sans doute que les Juges n'ont pas le pouvoir de recevoir un testament ; aussi le Viconte de Caën ne s'étoit pas ingéré de le faire, mais d'autre part il étoit constant que la légataire avoit tenu la maison fermée, & que par conséquent elle tomboit dans la peine du Droit, *si quis aliquem testari prohibuerit*, aiant empêché que le Notaire que l'heritier avoit amené ne lui parlât, & ce n'étoit pas une raison considérable de dire que le Juge avoit manqué, & qu'il devoit appeler un Notaire ; car la légataire ne devoit pas profiter de l'empêchement qu'elle avoit apporté, ni sa violence demeurer impunie ; il ne falloit pas regarder à ce que le Juge pouvoit faire, il demeurait toujours constant que la légataire avoit tenu la maison fermée, & qu'elle en avoit empêché l'entrée à l'heritier *ab intestat* ; & paroissant par la réponse que le testateur avoit faite devant le Juge, que son intention n'étoit pas conforme à ce qui étoit écrit dans le testament, on ne pouvoit au plus faire valoir le legs que conformément à la déclaration du testateur.

Par le Droit Romain la peine de ceux qui avoient empêché aux défunts la liberté de tester, étoit la privation entière de ce qu'ils eussent pu espérer aux biens du défunt, qui étoient déferrez au fisc jusqu'à cette concurrence ; ce qui s'observe encore au Parlement de Toulouse, Maynard, l. 8. c. 74. mais dans les pais Coutumiers cette peine est remise à l'arbitrage du Juge ; & si l'empêchement est formé à la révocation d'un testament par un légataire, il doit être privé de tout ce que le testateur avoit disposé en sa faveur ; que si au contraire l'heritier *ab intestat* s'est opposé au dessein que le défunt avoit de faire un testament, comme il est incertain au profit de qui le défunt auroit disposé, s'il avoit eu la liberté de faire son testament, & quelles choses il auroit voulu donner, on ne peut châtier la violence de l'heritier *ab intestat*

De la peine
contre les légat-
naires ou hérit-
iers qui empê-
chent la liberté
de tester.

Les Secretaires
du Roi ne peu-
vent recevoir les
testamens.

Les Juges Su-
balternes ou
Roiaux, n'ont
point aussi cet-
te faculté.

que par une peine qu'il seroit juste d'appliquer aux pauvres parens ; car vrai-semblablement le testateur ne les auroit pas oubliez.

Le testament reçu par le Clerc d'un Tabellion, quoi que le Vicaire y ait signé comme témoin, jugé nul.

Un testament reçu par le Clerc d'un Tabellion, bien que le tuteur de l'heritier & le Vicaire de la Paroisse y eussent signé comme témoins, fut déclaré nul par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 22 de Novembre 1667. en confirmant la Sentence du Bailli de Caën qui avoit jugé nul le legs fait par François Angot à Marie Duval de tous ses meubles ; pour récompense de services, & qui ordonnoit qu'elle apporteroit memoire du salaire qu'elle prétendoit. Le Fevre disoit pour l'apelant que c'étoit l'usage commun en la ville de Caën, que tous les contrats & les testamens fussent reçus par un ancien Clerc du Tabellionnage ; qu'on vivoit dans cette erreur, & que les actes étoient bons, & pour preuve de cette croiance publique, le tuteur même avoit apelé ce Clerc, & avoit signé au testament qu'il avoit reçu ; qu'en tout cas la presence & la signature du Vicaire réparent ce défaut, & rendoient ce testament valable. On répondoit que les solemnités prescrites pour les testamens devoient s'accomplir exactement ; qu'il y avoit nullité en ce testament, aiant été reçu par une personne qui n'avoit aucune qualité, & que le Vicaire n'y avoit signé que comme témoin, & non point en qualité de personne publique ; la signature du tuteur de l'heritier ne bleissoit point les droits de celui qui n'étoit point encore heritier.

Le testament écrit en la presence d'un Notaire par son Clerc, est valable.

On a jugé au Parlement de Paris, suivant l'Arrest rapporté dans le Journal des Audiences, l. 2. c. 81. de l'impression de 1652. qu'un testament écrit de la main du Clerc d'un Notaire en la presence dudit Notaire, & par icelui lu à la testatrice, & en le relisant corrigé & augmenté de la main du Notaire, étoit bon, quoi qu'on remontrât que la Coutume désirant que les testamens fussent dictés aux Notaires, & que cette formalité étant de l'essence des testamens, devoit être accomplie *in formâ specificâ* ; mais on répondoit que la Coutume ne rétreignoit point le Notaire à écrire le testament de sa main, qu'il suffisoit qu'il y fût present.

Dans les testamens qui sont reçus par le Curé ou Notaire, il faut marquer la qualité, le lieu & la demeure des testateurs.

Puisque le testament doit être reçu par le Curé ou Notaire du lieu, il semble nécessaire que le lieu où le testament a été fait doit être marqué, afin que l'on puisse connoître s'il a été reçu par le Curé ou Notaire du lieu : Par l'art. 67. de l'Ordonnance de 1539. tous Notaires & Tabellions sont tenus de mettre dans les contrats qu'ils passent les lieux des demeures des contractans ; & par l'art. 107. de l'Ordonnance de Blois, tous Notaires sont tenus de déclarer par les contrats, testamens & actes la qualité, demeure & Paroisses des parties. M^r Boyer dans sa Quest. 33. t. 23. en rend cette raison, *quia circumscriptio loci & temporis res longè certior efficitur, aliàs enim & nisi hoc fiat, nulla unquam patebunt via, quibus vitium, nullitatem, aut etiam falsitatem deprehendere possimus* ; que s'il est nécessaire en tous actes de marquer le lieu où ils ont été passés, il y a une nécessité précise de le pratiquer de la sorte pour les testamens faits en Normandie, parce que toutes personnes ne sont pas capables de les recevoir, & que l'on ne peut se servir que du Curé ou Notaire du lieu où est le testateur, lorsqu'il veut déclarer sa dernière volonté. Cela ne peut avoir lieu pour les testamens holographes, puisque pour les faire valoir il ne faut point d'autre solemnité, sinon d'être écrits & signés par les testateurs ; on peut néanmoins objecter que les testamens holographes pouvant avoir été faits en des lieux où les Loix & les Coutumes prescrivent d'autres formalités que d'être écrits & signés par les testateurs, comme aux Provinces qui se gouvernent par le Droit écrit, il ne seroit pas moins nécessaire pour leur validité que le lieu fût désigné, pour connoître si ce testament seroit valable, parce que tous testamens doivent être faits selon les solemnités prescrites par la loi du pais où ils ont été passés.

On répond que le défaut de la designation du lieu seroit considerable, s'il y avoit aparence que le testament holographe eût été fait & écrit dans un lieu où il ne suffiroit pas pour sa validité qu'il eût été écrit & signé de la main du testateur ; mais cela n'étant pas prouvé, l'on doit présumer qu'il a été fait au domicile ordinaire du testateur, & juger de sa validité par la Coutume qui y est gardée.

Outre la presence du Curé ou Vicaire, Notaire ou Tabellion, la Coutume requiert encore celle de deux témoins idoines âgés de vingt ans accomplis, & non légataires. Le nombre de deux témoins ne peut être diminué, quoi que le testament ait été fait en tems de peste ; on en peut voir les raisons & les autorités dans le Commentateur de M^r Loüet, l. T. n. 8. Les témoins qu'il faut apeler pour faire foi dans un testament, doivent être sans reproche. Le §. *testes*, Instit. de testament. ordin. fait une énumération des personnes qui ont été rejettées, & dont les témoignages ne sont point reçus en cette occasion. Nous excluons en general tous ceux qui ne peuvent pas être témoins en Jugement, & auxquels l'on peut reprocher non seulement l'infamie de droit, mais aussi celle de fait, & generalement tous ceux que les loix pour leur mauvaise vie déclarent intestables ; les Religieux en sont aussi incapables, le Parlement de Paris l'a jugé par plusieurs Arrêts rapportez par Ricard, des Donat. p. r. c. 5. sect. 8. La jurisprudence du Parlement de Toulouse est contraire ; Cambolas, l. 5. c. 37.

Mais lorsque les Religieux sont faits Curés, suivant le sentiment de Ricard au lieu préalegué, cette nouvelle qualité les rend habiles, comme les autres Curés à recevoir les testamens, parce que les Loix de l'Etat souffrant qu'ils possèdent des Benefices, ils doivent être admis à faire toutes les fonctions qui en dépendent : En effet, il suffit qu'ils aient la qualité de Curés, pour être mis au nombre des personnes auxquelles la Coutume donne ce pouvoir, & en consequence l'on peut les réputer capables d'être témoins en un testament. Les proches parens des légataires ne peuvent être employez pour témoins, parce qu'ils ne pourroient déposer en Jugement en leur faveur ; mais rien n'empêche que plusieurs témoins ne soient pris d'une même famille.

* La Coutume de Bretagne, art. 573. de l'ancienne Coutume est contraire ; & par l'art. 618. de la nouvelle, des choses, dit cet article, *qui sont faites par testament ou dernière volonté, tous peud'hommes doivent être reçus témoins, nonobstant le lignage du légataire*, car il n'importe pas que les témoins soient parens du testateur, lorsqu'ils ne sont point legataires.

Mais si un témoin desavouoit sa signature, sa déclaration seroit-elle valable ? Par Arrest du Parlement de Paris l'on n'a point admis la preuve de ce fait, qu'un des témoins avoit dit qu'il n'avoit point signé, & que l'autre avoit signé en l'absence du testateur ; mais les Experts aiant rapporté que c'étoit le fait du témoin, on ajouta plus de foi à ce que les Experts avoient dit qu'à la déposition du premier témoin ; & pour le second qui avoit dit n'y avoir point été present, on n'y eut point d'égard à cause de la consequence, & qu'il dépendroit d'un témoin de ruiner un testament, 2. part. du Journal des Audiences, l. 12. c. 9. on peut bien être reçu inscrivant en faux contre la signature du testateur, mais l'on n'est pas recevable à prouver que les témoins qui ont signé étoient absens, les faits même de suggestion ne sont pas recevables ordinairement, que pour les testamens faits *in extremis*. *Qui prohibentur testes esse in testamento, latissime in Cau. 44. q. 2. & 3. & per Bartolum, Tract. 3. de testib.*

La seconde condition que la Coutume requiert pour la qualité des témoins, est qu'ils soient âgés de vingt ans accomplis, outre cet âge de vingt ans accomplis, il est requis par quelques Coutumes que les témoins soient des mâles ; Paris, article 289. Orleans, article 289. en quoi elles sont conformes à la dispo-

Pour la validité des testamens ; outre le Curé ou Notaire, il faut deux témoins âgés de vingt ans.

Quelles personnes ne peuvent servir de témoins dans les testamens ?

Les Religieux Curez peuvent recevoir les testamens.

Les parens des légataires ne peuvent être témoins.

Les parens du testateur peuvent y être admis.

Si un témoin desavoué sa signature, sa déclaration peut être valable ?

Si les femmes n'y sont point reçues ?

sition du Droit Civil, *l. qui testamento, §. mulier, D. de testament.* M^e d'Argentré sur l'article 573. de la Coutume, approuve que les femmes y soient reçues; & Ricard, des Donat. p. 1. c. 5. sect. 8. n. 1596. fait difficulté de les en exclure dans les Coutumes qui n'en disposent point; mais il est sans exemple que les femmes soient apelées pour témoins dans les testamens; & cet article parlant des témoins âgés de vingt ans, fait assez connoître que ces témoins doivent être des mâles, & non des femelles. L'exécuteur testamentaire peut être témoin, pourvu qu'il ne lui soit laissé aucune chose par le testament.

Pour juger de la capacité des témoins, l'on considère seulement le tems auquel le testament a été fait, *l. ad testium 22. §. 1. D. de testament. & l. 1. C. eod.*

Ce n'est pas assez que les témoins soient sans reproche & exemts de tout soupçon, la Coutume desire encore cette autre condition, qu'ils ne soient point légataires. Le Droit Romain permettoit de léguer aux témoins, & même par l'ancien Droit Romain, l'heritier institué pouvoit être témoin, ce qui fut changé par Justinien, §. *Sed neque heres institutus, de testament. ordinand.* mais à l'égard des légataires & des fideicommissaires, il leur a toujours été permis de pouvoir servir de témoins dans les testamens qui contenoient des dispositions en leur faveur, §. *Legatariis, Institut. eod.* mais de la maniere que les Romains composoient leurs testamens, il n'y avoit pas d'inconvenient de leur donner cette liberté; car dans leurs testamens solennels & mystiques le corps du testament demouroit secret, & les témoins n'avoient aucune connoissance de ce qu'il contenoit.

Mais c'est un ancien usage en France que les témoins ne peuvent être légataires, plusieurs autres Coutumes sont conformes à la nôtre; Senlis, article 173. Troyes, article 97. Nivernois, chapitre 33. article 12. Orleans, article 289. Vitri, article 102.

Il est vrai que Ricard en son Traité des Donations, p. 1. c. 3. sect. 10. n. 550. a écrit que M^e Charles du Moulin en son Commentaire sur la Coutume de Paris, article 96. y apporte une exception; à savoir, que la foi d'un témoin ne doit point être suspecte, lorsque le legs n'est que d'une somme modique, & qui n'a aucune proportion avec les biens & la fortune du légataire, & que suivant cette doctrine il a été jugé au Parlement de Paris qu'un testament dont les témoins étoient légataires de sommes modiques, ne laissoit pas d'être valable dans une Coutume qui prohiboit expressément que les témoins fussent légataires; mais la prohibition portée par cet article étant generale & sans aucune restriction, il n'y a pas d'apparence d'y donner atteinte: ainsi le testament où l'un des témoins légataires auroit signé, ne seroit pas nul seulement à l'égard de leur legs; mais en toute sa substance, ne pouvant pas être réputé solennel lorsqu'il n'y a que des témoins reprochables qui ne peuvent faire foi: Godefroi a proposé cette difficulté sans la résoudre.

J'ai remarqué ci-devant que suivant l'Ordonnance d'Orleans, le Curé ne pouvoit recevoir un testament qui contiendroit quelque disposition en sa faveur.

Une veuve nommée Déloges après avoir reçu l'Extrême-Onction, manda M^e Avice Vicaire de saint Godard, son Confesseur, & quelque tems après aiant aussi apelé le Curé de saint Godard, elle lui déclara qu'elle vouloit faire un testament, & donner quatorze cens livres pour une Fondation, & une robe audit Avice: son testament fut reçu par le Curé, où elle ne fit que marquer, & on y employa pour témoins ledit Avice, Arnaud valet du Curé, & Tilais qui ne vint qu'après le testament écrit & signé; en même tems cette malade s'étant levée entra dans une autre chambre, où elle faisoit le Curé d'une caissette, qu'il emporta sans en rien dire aux deux sœurs de la testatrice, quoi qu'en sortant il eût parlé à elles: cette femme étant morte quelques heures après, les deux

sœurs demanderent cette caissette. M^e Ameline Curé de saint Godard s'en défendit, il y fut condamné par Sentence des Requêtes du Palais: sur l'apel, Morlet pour le Curé, & Castel pour les Treforiers de saint Godard, disoient que la testatrice avoit exécuté les intentions de son défunt mari, & pour marque qu'elle n'avoit point testé par suggestion, quand le Vicaire avoit été mandé par elle il n'avoit usé d'aucune induction, quoi que cela ne fût pas défendu, l'induction étant bien différente de la suggestion; l'induction n'est qu'une simple exhortation, & par cette raison le mari qui sollicite & persuade à la femme de lui donner quelque chose n'est point coupable; *judicium uxoris in se provocare maritali sermone, non est criminofum, l. Finali, C. si quis aliquem testari prohib.* l'exhortation d'un Curé à sa Paroissienne pour faire des legs pieux à son Eglise n'est point blâmable, la seule suggestion seroit criminelle: on apelé suggestion quand les dispositions sont écrites contre l'intention du testateur, *quarum conditio confertur ad secretum aliena voluntatis, l. Captat. ff. de hered. institut.* Quant au défaut de solemnités on objecta que les témoins n'étoient point idoines, l'un étant légataire, l'autre valet du Curé, & le troisième n'aïant point été présent lorsque le testament fut écrit & signé; mais ces reproches n'étoient point valables, le legs fait audit Avice étant plutôt un paiement d'une dette qu'une donation, ce Vicaire aiant été son Confesseur; & l'autre témoin pour être valet du Curé n'étoit point reprochable, le legs n'étant point fait au Curé, mais à son Eglise; & pour le dernier témoin il oposoit à la loi *Hac consultissima, Cod. de testament.*

la loi *Cum antiquitas eodem*: la tradition du legs aiant été faite *de manu ad manum*, ce n'étoit plus un legs, mais une donation entre-vifs. La donation est parfaite par la tradition, *traditionibus rerum dominia transferuntur*; on a vû confirmer le don d'une somme notable qu'on avoit mise entre les mains du Curé pour être employée à des legs pieux, quoi qu'il n'y eût qu'une simple tradition de la chose. Baudry pour les sœurs heritieres, representoit ce testament comme l'ouvrage du Curé, & non comme la dernière volonté de la défunte; qu'alors elle étoit mourante aiant reçu l'Extrême-Onction, & que durant toute sa maladie elle n'avoit fait paroître aucune volonté de tester, mais seulement le matin après avoir été entretenue toute la nuit par ce Vicaire, ce qui devoit être regardé comme une véritable suggestion; qu'il étoit perilleux d'autoriser des dispositions de cette qualité, où l'on n'avoit fait signer aucun témoin qui fût idoine, l'un étant légataire, l'autre valet du Curé, & ce reproche ne pouvoit être détruit en disant que le Curé n'y avoit point d'intérêt, car il profitera de cette donation lui seul plus que tous les autres: le troisième témoin n'étoit point considérable, suivant la loi *Hac consultissima, C. de testament.* on ne pouvoit se prévaloir de la tradition, la testatrice aiant voulu que son legs prît la force du testament, il falloit se tenir à ce testament, & examiner s'il étoit dans les formes, & qu'à vrai dire c'étoit plutôt une subtraction qu'une tradition, ce Curé aiant fait lever cette femme mourante, & qui ne vécut que cinq ou six heures après, pour se faire bailler cette caissette, étant considérable d'ailleurs que ce legs consumoit la meilleure partie de la succession: Par Arrest en l'Audience de la Grand'Chambre, du 18 de Janvier 1652. on mit sur l'apel hors de Cour & de Procès. Par Arrest du Parlement de Paris il a été jugé qu'un legs universel fait au profit d'un Convent, dont un Religieux étoit Confesseur & Directeur de la testatrice, étoit nul, seconde partie du Journal des Audiences, l. 1. c. 19. il en iroit autrement si le Religieux avoit simplement assisté le malade; par Arrest du 28 de Mai 1659. au rapport de M^e de Vignerat, un legs fait aux Minimes fut confirmé, quoi qu'un desdits Religieux eût assisté le malade.

Différence de l'induction & de la suggestion dans les testamens.

Ce que c'est que la suggestion.

L'exécuteur testamentaire peut être témoin.

En France les témoins ne doivent point être légataires.

Le Curé légataire ne peut recevoir de testamens.

Jugé que le legs universel fait par la testatrice au profit d'un Convent dont un Religieux étoit son Confesseur, étoit nul.

Si la donation faite à l'Eglise de laquelle le Curé a reçu le testament, est nulle ?

Bien qu'un legs fait à l'Eglise par un testament reçu par un Curé, ne soit pas réputé fait à la personne, parce que la propriété ne lui en demeure pas, il est véritable néanmoins qu'il ne laisse point d'en profiter quand ce legs produit quelque fruit, comme il arrive lorsqu'on donne un heritage ou une rente; d'où il s'ensuit que ces donations sont nulles, le Curé étant un véritable légataire: on les confirme néanmoins par une favorable explication, parce qu'autrement les Curés seroient presque toujours exclus de recevoir des testamens.

Il y a plus de difficulté pour ces dispositions par lesquelles les testateurs rendent les Curés dépositaires de certains deniers sans déclarer leurs intentions, touchant l'usage & l'emploi de ces deniers. On a souvent agité la question touchant la validité de ces especes de fideicommiss, les heritiers y présupposans toujours de la fraude, & que ce n'étoit qu'un déguisement de la part du Curé pour en profiter, ou pour faire tomber ces deniers au profit des personnes prohibées & incapables de donation; on les a néanmoins confirmées après la déclaration du Curé, que le testateur n'avoit fait ce dépôt que pour la décharge de sa conscience. Outre l'Arrest si solennel du Parlement de Paris remarqué par les Arestographes, la même chose a été jugée plusieurs fois en ce Parlement. M^e Philippe le Marchand Procureur en la Cour, par un écrit de sa main & signé de lui, ordonna qu'il seroit mis entre les mains de M^e Pierre Chrétien Curé de saint Patrice, une somme de dix-huit cens livres, pour les distribuer aux personnes qu'il lui avoit désignées sans les avoir nommées: Les enfans contesterent le testament de leur pere, disans que le legs, *quod in alienum arbitrium confertur*, étoit nul, *l. Nonnunquam, D. de vovd. & dem. nam in alienam voluntatem legatum conferri non potest*; que c'étoit un artifice pour faire fraude à la Coutume, & que celui qui ne pourra donner à une personne prohibée, se servira de cette voie. On répondoit pour le Curé qu'il n'avoit point d'intérêt à la chose; que le défunt n'avoit fait ce dépôt entre ses mains que pour la décharge de sa conscience; que le testament holographe ne pouvoit être argué de suggestion; & qu'il seroit contre son devoir de rendre raison de la Confession du défunt; qu'il n'étoit pas toujours vrai que *legatum in alienam voluntatem conferri non potest*, car suivant le §. 2. de la loi *Senatus, de leg. 1. legatum in aliena voluntate poni potest*: M^e Cujas pour concilier ces deux loix fait cette distinction dans le second livre de ses Observations, c. 2. où le testateur a voulu que le legs dépendit entièrement de la volonté d'autrui, & en ce cas il est nul, ou bien il ne l'a remis à la volonté d'autrui que par forme de condition, & en ce cas le legs est bon; mais que l'on n'étoit pas en ces termes, car le testateur lui avoit expressément déclaré ses intentions; de sorte que l'exécution n'en dépendoit pas de la volonté du Curé, il avoit des ordres précis qu'il étoit obligé de suivre & d'exécuter ponctuellement, de sorte que l'exécution du legs pour être secrète n'étoit pas néanmoins arbitraire: le Curé fut ouï, qui déclara n'y avoir rien contre la Coutume; Par Arrest du septième d'Aoust 1637. le testament fut confirmé. Il n'y avoit nulle apparence de fraude, au contraire toute la présomption étoit qu'il n'avoit voulu faire aucun préjudice à ses enfans: Par un Arrest précédent du 7 d'Aoust 1635. il avoit été jugé pour le même S^r Chrétien Curé de S. Patrice & ses freres, que le testament de leur cousine nommée Oüin, âgée de vingt-un ans étoit valable, sans s'arrêter à la suggestion alléguée, & que les legs résiduaux faits pour œuvres pieuses & remises à la volonté & conscience dudit sieur Curé, étoient bons. Pareil Arrest du 22 de Février 1638. pour le Curé de Juganville qui avoit reçu trois mille cinq cens livres de défunt Bon Thomas Ecuier, sieur d'Auberville, pour employer suivant ses secrètes intentions qu'il lui avoit

Arrêts qui ont déclaré valables des testamens dans lesquels les légataires n'étoient pas désignés, mais la destination des legs avoit été déclarée aux Curez qui les avoient reçus, pour être employés suivant les intentions du testateur.

déclarées par un écrit non signé de sa main, mais qu'il avoit fait écrire en la présence de la Dame sa femme, & de plusieurs Gentilshommes voisins.

Autre Arrest du 21 de Juin 1661. sur ce fait. Le sieur de Boisjogan après avoir fait plusieurs legs par son testament; ordonna qu'il seroit mis aux mains de son Curé la somme de cinq cens livres, pour être employée aux choses qu'il lui avoit déclarées par le secret de sa Confession; le Curé aiant fait saisir quelques fermages pour le paiement des cinq cens livres, le sieur le Peinteur heritier du testateur s'oposa à la délivrance de cette somme de cinq cens livres, demandant que le Curé eût à faire foi si cette donation étoit pour lui & les siens? Le Curé aiant déclaré que ni lui ni les siens n'y avoient aucun intérêt, cet heritier lui fit une seconde interpellation, si cette donation n'étoit pas pour retourner au profit de Frere Hervé Cordelier? sur le refus du Curé de répondre, la donation fut déclarée nulle. Mabire pour le Curé apelant, soutenoit que ces interpellations étoient inciviles, n'étant pas obligé de révéler ce qui lui avoit été confié sous le sceau de la Confession; ce qui arriveroit s'il étoit obligé de répondre à toutes les interpellations qui lui seroient faites, l'intimé pouvant lui nommer tant de personnes, qu'enfin il découvrirait le secret du défunt; qu'il ne s'agissoit que d'une petite somme sur une succession très-opulente; & quand même ce legs seroit fait à une personne Religieuse, dont il ne demeureroit pas d'accord, il ne seroit pas défendu de lui léguer pour ses alimens. Everard pour l'heritier prétendoit que toute la question de la Cause consistoit à savoir si l'apelant étoit obligé de lui répondre sur l'interpellation qu'on lui faisoit, non pour savoir à qui la donation étoit faite, mais si c'étoit pour ce Cordelier, pour l'exclure lui seul de l'effet de cette donation dont il étoit incapable par son vœu qui étoit *strictissima paupertatis*? & comme le Curé avoit déjà répondu sur la première interpellation, il ne pouvoit se dispenser de faire la même chose sur la seconde; Par l'Arrest, en infirmant la Sentence, on ordonna que la somme de cinq cens livres seroit mise aux mains du Curé, pour être employée suivant l'intention du défunt.

Il est raisonnable d'étendre aux Notaires & Tabellions l'Ordonnance d'Orleans, qui défend aux Curez de recevoir des testamens qui contiennent des dispositions en leur faveur, quoi que leur fonction ne leur donne pas tant d'autorité, & que l'induction & la suggestion ne soient pas tant à craindre de leur part, que de celle des Curez, qui profitent souvent du pouvoir qu'ils exercent sur les consciences; néanmoins il seroit injuste que de tous ceux qui assistent à la confession d'un testament, ils fussent les seuls qui ne fussent point interdits d'être légataires.

Plusieurs sont dans cette erreur, qu'un exécuteur testamentaire ne peut être légataire; mais sa nomination ne contribuant rien à la solennité du testament, & étant en la liberté des testateurs de n'en nommer point, n'étant choisis que pour en faciliter l'exécution; puisque l'exécuteur testamentaire veut bien se charger de la peine & du soin de faire exécuter les volontés du testateur, il ne seroit pas raisonnable qu'il ne pût profiter d'aucune chose, & que le bon office qu'il rend au défunt, le rendit incapable de recevoir quelque marque de son souvenir & de son amitié. Par l'article 575. de l'ancienne Coutume de Bretagne, l'on ne pouvoit léguer à l'exécuteur testamentaire, mais la nouvelle a aboli cet article.

La Coutume après avoir déclaré les personnes qu'elle rend capables de recevoir un testament, le nombre & la qualité des témoins qui doivent y signer, elle dispose ensuite que le testateur, en la présence de toutes ces personnes, doit déclarer sa volonté, & la dicter s'il est possible.

L'on peut douter s'il est nécessaire que le testament fasse mention que le testateur non seulement a déclaré

Les Notaires & Tabellions ne peuvent recevoir les testamens, quand ils sont légataires.

L'exécuteur testamentaire peut être légataire.

Si l'omission dans un testa-

ment du mot de dicté par le testateur, en emporte la nullité?

sa volonté; mais aussi qu'il l'a dictée, & si l'omission du mot de dicté emporterait une nullité? Quoique ces paroles dont les Coutumes veulent que l'on se serve, ne soient le plus souvent que des pièges pour rendre inutile & de nul effet des dispositions fort favorables, néanmoins comme les formalitez qu'elles desirent, n'admettent point d'équipolence si elle n'est identique, ce ne seroit pas assez qu'il fût dit que le testateur a déclaré sa volonté, s'il n'étoit ajouté qu'il l'a dictée ou fait dicter, afin qu'il paroisse que c'est un acte pur & libre de sa volonté: le testament qu'il apporterait au Notaire signé de lui seroit nul, quoi qu'il déclarât qu'il contenoit ses intentions; parce qu'il faut qu'il le dicte au Notaire, ou qu'il le fasse dicter en sa présence, & qu'elle soit reçue de lui. Notre Coutume n'a pas été si scrupuleuse que plusieurs autres, qui desirent que le testateur ait dicté & nommé son testament, il suffit d'avoir employé le mot de dicter, parce que personne ne peut nommer qu'il ne dicte en même tems; elle n'impose pas même au testateur une nécessité précise de le dicter, ce n'est qu'en cas que cela lui soit possible, conformément à la loi *dictantibus* 22. C. de testament. suivant laquelle il est permis de léguer à celui qui a dicté le testament, ce qui prouve que le testateur n'est pas toujours obligé de le dicter lui-même.

Le testateur peut dicter ou faire dicter son testament.

Le testament doit être lu au testateur en la présence des témoins, à peine de nullité.

En second lieu le testament doit être lu au testateur en la présence des témoins & des Notaires; la Coutume n'ajoute point, comme celle de Paris, qu'il doit être lu & relû, ce qui se fait afin que le testateur puisse faire plus de réflexion sur ce qui a été rédigé par écrit; mais la lecture du testament après avoir été dicté doit être faite indispensablement, & par Arrest du 13 de Mars 1614. un testament fut déclaré nul, parce qu'il n'étoit pas fait mention qu'il eût été lu au testateur. François Turgis étant moribond, on lui fit signer un testament qui commençoit en ces termes, *que le testament a été lu au testateur, & qu'il l'a signé en la manière qui ensuit*; & après ces paroles on lui faisoit faire des legs pieux, & donner vingt livres de rente foncière à prendre sur ses propres, à Robert Guilmette pour récompense des services qu'il lui avoit rendus, & de l'argent qu'il lui avoit prêté: ce légataire ne pouvant soutenir la donation d'un propre par testament, il fut reçu à faire preuve par témoins de ses services, & de l'argent qu'il lui avoit prêté: Sur l'apel, je remontrai à la Cour qu'en cette Cause il y avoit deux questions; la première, touchant la forme de ce testament; la seconde, touchant la matière: quant à la forme, que la nullité en étoit aparente; on avoit commencé ce testament par où il devoit finir, on avoit employé qu'il avoit été lu au testateur, & signé de lui, avant même qu'on eût commencé de l'écrire; or il étoit impossible qu'on lui eût fait lecture & qu'il eût signé un testament qu'on n'avoit pas encore commencé de rédiger par écrit: pour excuser une nullité si grossière & si palpable, on tâchoit de persuader que l'on n'avoit mis ces paroles au haut du testament, qu'après avoir été écrit, mais l'inspection de l'original faisoit connoître qu'il avoit été écrit tout d'une suite; qu'on l'avoit véritablement commencé de cette manière, & qu'on n'y avoit point laissé de place en blanc, pour y ajouter les clauses ci-dessus après la confection d'icelui; après tout que cela ne répareroit pas la nullité, les testamens ne sont pas des pièces d'aplique & d'assemblage, ils doivent être composés *uno contextu*, & non point de pièces rapportées; ce n'étoit pas accomplir l'intention de la Coutume, qui desire que le testateur dicte sa volonté, & qu'après le testament lui soit lu, & qu'il le signe, il faut que le testateur sache ce qu'il a fait, qu'il y pense sérieusement, & que par la lecture qui lui en est faite il reconnoisse si ce qu'on a écrit est conforme à sa volonté; c'est pourquoi quelques Coutumes y ajoutent encore la relection, *quia relectio est magna prameditationis*.

Il n'est pas des testamens comme des contrats; dans ces derniers la seule volonté des contractans leur donne l'être, elle en fait toute l'essence & la force, & c'est pourquoi un contrat qui seroit conçu en la même manière que ce testament, seroit valable; il n'y auroit point d'absurdité, pour avoir dit que les parties ont signé & contracté en la manière qui ensuit.

Mais pour les testamens la seule volonté de tester ne forme pas un testament, c'est l'observation exacte & scrupuleuse des formes prescrites qui lui donne l'être, & qui lui inspire la vie légale & civile; les solemnitez requises ne peuvent être suppléées ni accomplies par des équipolences, elles doivent être gardées *in forma specifica, ita ut qui cadit à syllaba, cadat à roto*; jusques-là même que par un Arrest rapporté dans le Journal des Audiences, l. 4. c. 4. & l. 6. c. 5. un testament auquel il étoit fait mention qu'il avoit été dicté, nommé & relû sans induction d'aucune personne, au lieu du mot *sans suggestion*, étoit nul, parce que les mots ordonnés par la Coutume sont essentiels dans les testamens, sans avoir égard au sentiment de Papinien, que *licet subtilitas juris refragari videatur, attamen voluntas ex equo & bono tenebitur*, l. 17. de injusto rupto. Ce n'est pas assez d'accomplir l'intention de la Coutume en sa cause finale & impulsive, il faut considérer la raison & la fin pour laquelle elle a prescrit les solemnitez des testamens; c'est pour éviter les surprises, les inductions, les suppositions qui ne sont que trop fréquentes & ordinaires dans les testamens, & qui sont faciles à l'endroit d'une personne malade, dont l'esprit étonné par les affreuses pensées de la mort, ne conserve plus aucun usage de la raison; *alia sunt vitia testatoris, alia testamenti vitia; testatoris non infirmant testamentum, quia menda sunt potius errata testatoris, vitia persona non rei; sed vitia testamenti testamentum infirmant*. Cuj. in Comment. ad desin. Papin. l. 1. l. 34. de hered. institut.

L'autre question du procès étoit de savoir si la confession portée par testament, pouvoit au moins servir d'adminicule pour donner lieu à la preuve par témoins? Je remets à traiter cette question sur l'article CCCCXXVII. Par Arrest en infirmant les Sentences, sans avoir égard au testament, on mit sur l'action du légataire les parties hors de Cour & de procès. Je plaidois pour Michel & François Turgis, apellans du Bailli de Côtentin à Carenten, & Greard pour Robert Guilmette intimé.

Si le testament ne fait point mention qu'il a été lu au testateur, on ne sera pas recevable à le prouver par témoins; les solemnitez prescrites par les Coutumes desquelles dépend la perfection & l'essence des testamens, ne peuvent être prouvées par témoins, Argent. art. 570. gl. 2. Voyez Louët, l. T. n. 12. ainsi jugé par Arrest du 17 de Décembre 1631. en l'Audience de la Grand' Chambre; le testament ne faisant point mention qu'il eût été lu, on refusa la preuve qu'il avoit été lu, sauf le recours contre le Tabellion. Dans l'espèce de cet Arrest on ofroit encore de prouver qu'il avoit été ômis à faire mention de la lecture, par intelligence avec l'héritier.

Enfin le testament doit être signé du testateur, ou s'il ne le peut faire on doit faire mention de l'occasion pour laquelle il ne l'a pu signer; car suivant les Ordonnances d'Orléans & de Blois, les Notaires sont tenus de faire signer les contrats & les testamens, pourvu que les parties puissent le faire: Par Arrest du 8 de Mai 1659. au rapport de M^r de Vignerai, un testament qui contenoit qu'il avoit été lu, & que le testateur avoit déclaré être sa volonté, ce qu'il n'avoit pu signer pour être tombé en syncope & ensuite mort, fut déclaré valable.

Le Jurisconsulte Paulus en la loi 10. *Qui testament. facere poss.* résoud que *qui manus amisit, testamentum facere potest*. Il n'y a pas d'inconvénient à faire substituer

On doit faire mention que le testament a été lu au testateur, & en cas que mention n'en soit faite, on n'est reçu à en faire preuve.

Le testament doit être signé du testateur, & en cas d'empêchement mention en doit être faite.

Le défaut de signature du testateur ne rend pas le testament nul.

sister un testament quoi qu'il ne soit pas signé du testateur, parce que le défaut de la signature peut être réparé par la lecture qui lui en doit être faite, ou qu'il peut faire lui-même, & par ce moyen il est assuré de la teneur de son testament, & que ce qui est écrit est conforme à sa volonté.

Mais la difficulté est grande entre les Interprètes du Droit Romain, si celui qui ne fait lire ni écrire, peut faire un testament mystique & secret? Car encore que par l'Authentique *Hac consultiissima, C. de testament. si litteras ignoret testator vel subscribere nequeat, octavo subscriptore adhibito testari possit*, néanmoins l'on prétend que cela s'entend de *perito legendi, imperito tamen scribendi, vel non valenti scribere*; de sorte que celui qui ne fait lire, ne peut tester que de la même manière qu'il est permis à un aveugle, en la loi *Hac consultiissima, C. qui testament. facere poss. vel non*, qui doit déclarer aux témoins sa volonté.

En Normandie comme nous n'approuvons point ces testamens secrets, & qu'au contraire le testament doit être lu au testateur en la présence du Curé ou Notaire & des témoins, on ne peut douter que celui qui ne fait lire & écrire, ne soit capable de faire un testament; parce que la Coutume en ordonnant que le testament sera lu au testateur par la personne publique qu'elle autorise pour recevoir les testamens, & en la présence de témoins, elle empêche les suppositions que l'on pourroit faire à celui qui ne fait lire ni écrire.

Toutes ces solemnitez sont de droit public, auquel les particuliers ne peuvent déroger, quelque favorable qu'en soit le prétexte, c'est pourquoi on n'en dispense pas même les testamens faits en tems de peste, *non subvenitur enim ei qui se in necessitate posuit & ardeavit*, & comme dit Tertulien, *nulla necessitas excusatur qua potuit non esse necessitas*. C'est la jurisprudence du Parlement de Paris, Louët, l. T. n. 8. Ricard, des Donations; comme aussi du Parlement de Provence, Boniface, 2. partie, l. 1. t. 7. Mais à Toulouse on juge le contraire, Mainard, tome 1. l. 5. c. 16. Mr d'Olive, l. 5. c. 2. Mr Cambolas, l. 6. c. 9. mais en Normandie on ne relâche aucune formalité non-obstant la loi *casus 8. C. de testament. Casus majoris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, qua testes deterret, licet aliquid de jure relaxatum est, non tamen reliqua prorsus testamentorum solemnitas perempta est*.

Les legs pieux sont même soumis à une exacte observation des formes, & la demande n'en peut être faite en vertu d'un testament imparfait. Charles le Duc sieur de Chiche-Bouville, Tresorier de France en la Generalité de Caën, étant mort sans enfans, comme on procédoit à l'inventaire de ses écritures, on trouva sur sa table un papier en forme de testament, par lequel il faisoit plusieurs legs à des Moines & à divers particuliers; mais cette piece étoit imparfaite, ne l'ayant point achevée ni signée, & étant sans datte: Ces legataires, & principalement les Moines, demanderent leur legs à Gabriel le Duc & à ses freres heritiers du feu S^r de Chiche-Bouville: La Cause ayant été portée au Parlement sur un incident, & toutes les parties ayant demandé l'évocation du principal, Greard pour les legataires soutenoit que le feu sieur de Chiche-Bouville avoit pu faire ces legs, étant un homme riche qui n'avoit point d'enfans, & qui laissoit à des parens collateraux d'une Religion contraire à la sienne une succession tres-opulente: sa volonté étoit certaine, il l'avoit rédigée par écrit de sa propre main; que s'il n'avoit pas consommé cet acte en lui donnant toute la perfection nécessaire, il l'avoit fait par inadvertance, ou bien il en avoit été empêché par quelque accident qui lui étoit survenu, mais ce défaut de solemnitez ne rendoit pas l'acte nul à l'égard des legs pieux qui sont dûs *ex imperfecto testamento*, sur tout quand le testament n'est défectueux

que *ratione solemnitatis, non ratione voluntatis*; il ajouta tout ce qui pouvoit rendre la demande de ces legs favorable. Je répondois pour les heritiers, que cette prétention seroit aparente si nous vivions encore dans ces siècles de tenebres & d'erreur, où mourir sans donner aux gens d'Eglise étoit un crime qui rendoit le défunt indigne de la sépulture, mais depuis que leur opulence étoit venue jusqu'à l'excès, on avoit trouvé plus à propos de rétreindre les libéralitez qui leur étoient faites, que de les étendre; & c'est pourquoi nos Coutumes n'avoient point dispensé les donations pieuses de l'observation des solemnitez.

Ce testament imaginaire dont on poursuivoit l'exécution, étoit tellement informe, plein de ratures & de gloses, qu'on ne pouvoit le considerer comme la dernière volonté du défunt; c'étoit l'ébauche tres-imparfaite d'un testament, un simple projet que le testateur avoit commencé, mais que depuis il avoit entièrement négligé & abandonné; on ne pouvoit donc le considerer comme sa dernière volonté, il ne l'auroit pas laissée dans ce desordre, & s'il avoit perseveré dans ses premiers sentimens, il lui auroit donné un être parfait: Le Droit Romain si favorable aux testamens a rejeté les actes de cette qualité, comme indignes de porter le nom de testament; *Ex ea scriptura qua ad testamentum faciendum parabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea qua fideicommissorum verba habent, peti posse, l. ex ea scriptura, D. qui testament. facere poss. l. Si is qui, eod. l. fideicommissa, §. quoties, de leg. 3.*

Cet acte ne peut être soutenu par aucune autorité, les Docteurs qui ont entrepris de faire valoir les testamens imparfaits pour les donations pieuses, ont fait cette distinction entre les nullitez, *ratione solemnitatis*, & les nullitez, *ratione voluntatis*; & ils conviennent que *etiamsi pietatis causa valeat testamentum imperfectum ratione solemnitatis, non tamen valeat ratione voluntatis*, Covarr. in 7. intell. in C. Relatum de testament. Menochius en son Conseil 224. a fait valoir les testamens imparfaits en l'un & en l'autre cas, en faveur de la cause pie; *sed auctoritatibus magis quam rationibus suam sententiam confirmat*, dit M^r Tiraqueau, de privileg. pia causa, privileg. 1. Covarruvias, *ibid. intell. 8.* propose un exemple d'un testament parfait, *ratione voluntatis* pour les legs pieux; bien qu'à l'égard des autres legs la volonté soit demeurée imparfaite; Si, dit-il, *le testateur de propos délibéré devant des témoins idoines a commencé de faire son testament, & après avoir fait quelque legs pieux il meurt subitement, en conséquence de cette simple volonté les legs pieux sont dûs; ex hac voluntate debentur pia*. Bartol. in l. in testamento, de fideicom. lib. D. & Decius, Conf. 159. Julius Clarus en la question 7. *§. testamentum*, soutient que ces Docteurs ont erré, & que suivant l'opinion commune, toutes les fois que le testateur decede avant que d'avoir pleinement expliqué ses intentions, un testament de cette qualité est réputé nul, *non ratione solemnitatis, sed ratione voluntatis*, & qu'il ne peut valoir même en faveur de la cause pie: *Hoc casu tenendum est quod talis schedula non sustinetur in vim testamenti, neque alterius ultima voluntatis, propter favorem ipsius pie cause non videtur testator de bonis suis disposuisse, sed tantum preparavisse id quod disponere volebat*. C'est encore le sentiment universel qu'il est de nul effet, tant à l'égard des enfans que de la cause pie; la raison & l'expérience montrent tous les jours que les testateurs même en faisant leurs testamens changent, éfacent ce qu'ils ont écrit, & révoquent ce qu'ils ont donné, *merito igitur non potest dici perfecta voluntas, donec testator omnia integrè explicaverit*. C'est aussi le sentiment de Barry, l. 14. n. 9.

Fachineus, l. 4. c. 3. après avoir traité la question de part & d'autre, conclut qu'encore que l'opinion, *qua religioni favebat*, lui paroisse plus soutenable, néanmoins pour faire valoir un testament pour

Distinction entre les nullitez qui peuvent rendre les testamens pour causes pies imparfaits, suivant plusieurs Auteurs.

En Normandie le testateur qui ne fait lire ni écrire, est capable de tester.

Pour les legs pieux, les formalitez des testamens doivent être exactement observées.

causes pies il falloit, *ut adhiberentur quæ in testamentis inter liberos imperfectis leges requirunt.* Le President du Faure, de *err. pragmat. Dec. 3. err. 10.* ne répute pas les legs pieux plus favorables que les autres, lorsqu'ils ne sont point soutenus par la volonté du testateur, *cum destituuntur non juris solemnitate, sed testatoris voluntate.* Et Mantica, de *conject. ultim. volunt.* est de cet avis, *solam sententiam defuncti à testibus non subscripam, non sufficere si in controversiam deducatur, quia nullum testamentum absque duobus testibus in jure recipitur: vide plura.*

Quelque parti qu'on puisse prendre, on ne peut faire subsister cette piéce informe; le testateur ne l'a point commencé de propos délibéré, puisqu'il ne lui a point mis la dernière main, bien qu'il n'en ait point été empêché par la mort ni par aucun autre accident; il paroît par les ratures & par les gloses dont elle est remplie qu'il n'avoit point encore fixé ses dernières volontés, & qu'il ne s'étoit point déterminé, ce qui la rend entièrement nulle; puisque la seule écriture du défunt n'est pas suffisante, si elle n'est soutenue par la foi de deux témoins qui sont nécessaires dans tous les testamens, non point par une solemnité du Droit Civil, mais du Droit des gens; Mantica, *ibid.* & qu'enfin ce testateur a bien témoigné que ce n'étoit pas sa dernière volonté, l'ayant laissée sans signature & sans date.

Cette question est beaucoup moins douteuse dans les pais Coutumiers, où les testamens sont si peu favorables: Par Arrêt en la Chambre de l'Edit, de l'onzième Juillet 1663. on mit sur l'action des légataires hors de Cour & de procès, & néanmoins on condamna les heritiers à donner deux mille cinq cents livres aux Moines & aux Pauvres: ainsi la Cour jugea la question generale, mais elle se porta à faire cette liberalité par des considérations étrangères en la Cause: Voyez le Journal des Audiences du Parlement de Paris, de l'édition de 1652. l. 5. c. 27. La Coutume d'Anjou, article 266. ne dispense les testamens faits pour causes pies, que quand la disposition n'est que d'une chose modique, comme pour la somme de six livres; ce qui témoigne que par l'esprit de cette Coutume les dispositions faites en faveur de la cause pie ne sont point privilégiées; pour être dispensées des règles ordonnées par les Coutumes pour toutes sortes d'autres donations ou legs testamentaires; Bretagne, article 199. Paris, article 292. Notre Coutume y est expresse en l'art. CCCCXXVII.

On demande si la nullité d'un testament peut être couverte par le consentement de l'heritier? Le consentement que le testateur même exige de son heritier, n'est point considerable, parce que l'on presume qu'il n'est point volontaire, & qu'il n'a pu lui refuser cette satisfaction. Cependant un Curé qui laissoit beaucoup de meubles à ses freres, aiant donné une rente de vingt livres aux enfans de sa sœur, & cette donation aiant été agréée par les heritiers presens, & qui signerent au testament, elle fut confirmée par Arrêt du 18 de Janvier 1639. Le fondement de l'Arrêt fut que les meubles étoient de grande valeur, que le défunt eût pu donner à sa sœur; cessant cette considération, la donation eût été cassée.

Il en iroit autrement si l'heritier avoit agréé le testament, ou qu'il en eût demandé l'exécution, *electo judicio defuncti repudiatum Pratoris beneficium existimatur, l. filius, de minor.* Louët, l. L. n. 6. Encore qu'un testament defectueux ne soit pas rendu valable par les actes aprobatifs de l'heritier *ab intestat*, toutefois celui qui l'a accepté ne peut plus l'impugner; ainsi jugé en la Cause de Robert Cauchis heritier de M^e Adrien Cauchis Curé d'Auberménil, apelant, & M^e Adrien Talbot Curé de Boisrobert. L'heritier de M^e Adrien Cauchis blâmoit le testament par deux moiens; 1^o. parce qu'il avoit été reçu par le Curé d'une Paroisse voisine. 2^o. que les legs ne pouvoient être paieés sur les dîmes, parce que le Curé étoit mort avant la saint Jean. On lui objectoit l'approba-

tion qu'il avoit faite du testament, en aiant lui-même poursuivi l'exécution par la demande du legs qui lui étoit fait; & pour les dîmes, que le testateur en avoit pu disposer, étant mort après Pâques: Par l'Arrêt on mit sur l'apel hors de Cour. J'expliquerai sur l'art. CCCCXXXI. ce que le consentement de l'heritier peut operer.

La ratification d'un testament nul faite par l'heritier, ne serviroit pas aux légataires à l'effet qu'ils fussent paieés sur les biens du testateur, au préjudice des creanciers de cet heritier; cette question fut décidée en l'Audience de la Grand' Chambré, le 21 Novembre 1656. Toussaint du Hamel fils de Pierre, fut institué tuteur aux enfans mineurs de Loyfel, mais son mauvais ménage aiant obligé les parens de le destituer, il demeura reliquataire envers les mineurs de la somme de six mille livres. Pierre du Hamel pere étant malade fit un testament, par lequel il donna aux Celestins de Rouën cinquante livres, à la charge de dire quelques Messes, & vingt-quatre livres de rente; ce testament fut approuvé & signé par Toussaint du Hamel son fils, lequel le ratifia derechef après la mort de son pere: Les Celestins aiant fait saisir les loiers de quelques maisons de la succession du testateur, les parens nominateurs de Toussaint du Hamel, en demanderent la main levée au préjudice de ces legataires, soutenant que leur legs ne pouvoit valoir qu'en vertu de la ratification, parce que le testateur n'ayant vécu que huit jours après son testament, la donation des immeubles étoit nulle; par Sentence du Bailli de Rouën les parens nominateurs furent préférés, & il fut dit que les légataires seroient mis en ordre du jour seulement des ratifications faites par le fils. Sur l'apel des Celestins, de Cahaignes leur Avocat disoit que le fils presomptif heritier aiant approuvé le testament du vivant même de son pere, nulle autre personne n'étoit recevable à contredire & à proposer des nullitez contre icelui; que la prohibition de donner des immeubles par testament, n'est faite qu'en faveur des heritiers du sang, & non point de leurs creanciers; de sorte que quand ils ont renoncé à se prévaloir de ce qui étoit introduit en leur faveur, le testateur n'a plus les mains liées, & la loi le laisse en une pleine liberté pour disposer de ses biens à sa volonté, c'est en ce cas qu'on peut dire *mi rei sue quisque legassit, ita jus esto:* on ne pouvoit alléguer que cette donation fût faite en fraude des creanciers, le testateur n'en aiant aucuns, & d'ailleurs la presumption ne peut avoir lieu en une disposition si modique, mais bien pour une donation des biens universels, l. 17. *quæ in fraudem creditorum,* & l. 19. *Cod. eodem.*

La qualité de la donation en ôtoit aussi tout le soupçon, étant faite *pietatis intuitu*; il s'aïdoit de l'Arrêt du sieur Lormier, donné au Parlement de Paris, confirmé en ce Parlement sur une Requête civile, au rapport de M^r de la Vache, par lequel le fils aîné du sieur Lormier aiant dissipé ses biens du vivant de son pere, le pere fit donation à ses autres enfans, & ne donna à cet aîné qu'une pension à vie, & tous les freres partagerent la succession de la mere; en forte qu'il n'échât au lot de l'aîné qu'un reliqua de compte, qui ne pouvant avoir de suite par hipotéque comme étant une chose mobilière, il en fit aussi-tôt cession pour en frustrer les creanciers, ce qui fut confirmé par les deux Arrêts. Les légataires oposoient encore cette fin de non recevoir aux creanciers, qu'ils ne contestoient le testament que cinq ans après la mort du testateur, & en un tems où les meubles du défunt n'étans plus en essence, ils avoient perdu le moien de se faire paieés de leur legs sur ces meubles; que le consentement donné par le fils étoit plutôt un effet de sa piété qu'une fraude; & que l'aïant signé du vivant du pere il avoit été par ce moien accompli & executé, & les legs aquis aux légataires avant qu'ils apartinssent au fils. Théroulde pour les creanciers intimez, répondoit que le testament étant nul, il ne subsistoit

La ratification d'un testament nul faite par l'heritier, ne peut servir aux légataires.

Si outre l'écriture du défunt il est nécessaire de la foi de deux témoins dans les testamens?

Si la nullité d'un testament peut être couverte par le consentement de l'heritier?

Donation faite *pietatis intuitu*, n'est soupçonnée de fraude.

que par la ratification du fils ; que la faveur de la donation ne pouvoit prévaloir sur la faveur des créanciers : Par Arrest la Cour mit sur l'appel les parties hors de Cour, & ordonna néanmoins que les légataires seroient payez des cinquante livres, & des arrerages échus de la rente, & pour le principal renvoiez se pourvoir sur les meubles, comme ils aviferoient bien.

Comme il est de l'essence des testamens qu'ils puissent être perpétuellement révoquez, il ne sera pas inutile de dire un mot de la révocation des testamens. La révocation d'un testament se fait ou par le testateur même, ou contre sa volonté par la disposition de la loi & de la Coutume.

Le testament est révoqué par le Droit Civil pour quatre causes, par le défaut de solemnité, pour cause d'exhérédation & de préterition des enfans, par le changement d'état du testateur depuis la confection de son testament, *veluti per capitis diminutionem*, & par le refus de l'heritier institué de prendre la succession ; & par nôtre Coutume le testament est révoqué par le défaut de solemnité, ou lorsque le testateur n'est pas capable de tester, ou qu'il dispose de choses dont il n'a pas le pouvoir de disposer.

Le testateur peut révoquer son testament par plusieurs moyens, dont le plus commun & le plus ordinaire est par la confection d'un autre testament ; *Testamento posteriore prius rumpitur, §. posteriore, Instit. quib. modis infirm.* alors l'on distingue ces trois cas ; le premier, si le dernier testament est parfait ; le second, s'il est imparfait ; & le troisième, si la révocation n'est pas faite par un testament, mais par une simple déclaration que le testateur a passée de révoquer son testament.

Au premier cas, si le dernier testament est solennel, le premier est annullé, *l. Sancimus, C. de testament.* sans qu'il soit besoin que le testateur déclare qu'il révoque son premier testament ; & quoi que ce dernier testament soit inutile, il ne laisse pas de lui donner atteinte, parce que la révocation se peut faire par le témoignage d'une volonté contraire : nous en avons un exemple en la loi *cum quidem*, où le testateur, ayant fait deux testamens, & par le dernier d'iceux institué des heritiers incapables de l'être, on demandoit si leur institution n'étant pas valable, & par conséquent nulle, le testament n'étant pas rompu, les heritiers instituez par icelui ne devoient pas emporter la succession ; car l'institution d'heritier qui est la base du testament n'étant pas valable, le premier n'étoit point rompu ; néanmoins Papinien répond que *quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, Senatam jam pridem abstulisse hereditatem.* Et Justinien dans la Constitut. *r. quib. mod. testament. infirm. §. licet ex posteriore*, dit que le premier testament ne laisse pas d'être révoqué, mais de telle sorte que la succession est déferée *ab intestat ; nam & prius testamentum non valet ruptum à posteriore, & posterius aequè nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit ;* Mantica, l. 3. r. 14. n. 9. Petrus Gregor. l. 44. c. 1. n. 10. Il y a néanmoins quelques cas par le Droit Civil où le premier testament n'est pas révoqué par le dernier ; par exemple, si le dernier a été fait pour une fausse cause, sur quoi l'on peut voir Mantica l. 66. r. 14. n. 12. ou lorsque le premier contient une clause dérogoire, qui n'a point été révoquée par le second ; j'en parlerai dans la suite : *Vide Menoch. de præsumpt. l. 4. c. 166.*

Que si le second testament est imparfait, le premier testament n'est point révoqué ni annullé par icelui, non pas même à l'égard des legs, quoi qu'ordinairement ils puissent être révoquez par la nue & simple volonté du testateur, l. 3. §. ult. de *adimpl. leg.* la raison est qu'en ce cas le testateur n'a eu dessein de révoquer son premier testament, que pour en faire un second, qui pût avoir effet ; de sorte que l'on présume

que les legs contenus dans le premier testament, ne sont révoquez qu'à cette condition.

Il y a deux exceptions à cette règle, que le premier testament parfait n'est point révoqué par le second testament imparfait ; la première, s'il a été fait par un homme de guerre, *jure militari* ; & la seconde, lorsque les heritiers *ab intestat* sont instituez par le second testament imparfait, l. 2. de *min. rup. testament.*

Au dernier cas, lorsque le testament étoit révoqué par une simple volonté du testateur, comme s'il avoit dit, je veux que mon premier testament n'ait point lieu ; cette révocation étoit nulle par le Droit Romain, parce qu'un testament solennel ne pouvoit être révoqué que par un autre testament solennel ; mais parmi nous la révocation se peut faire par un simple acte, & il suffit qu'il paroisse que le testateur ait changé de volonté.

Le Droit Romain contient plusieurs autres moyens de révoquer un testament, mais la connoissance ne nous en étant pas nécessaire, je les passerai sous silence ; je remarquerai seulement que le testament n'est pas révoqué parmi nous par le laps de dix ans, comme il l'étoit par le Droit Romain, l. *sancimus, C. de testament.* Voyez Barry, de *resolutione testament.*

En l'année 1645. de Leable Curé de Meré donna par son testament tous ses meubles à ses petits-neveux sortis de son neveu, fils de son frere, & il se réserva à choisir le lieu de sa sépulture. En 1650. par un autre testament il donna ses livres à son neveu Curé d'Espies, & il choisit sa sépulture dans cette Paroisse. Il eut pour heritier au propre ses neveux & arrière-neveux, & aux acquêts ses neveux seulement. Un de ses neveux fut institué tuteur aux arrière-neveux qui étoient légataires aux meubles, suivant le testament de 1645. & en cette qualité il en fit la vente comme s'ils eussent appartenu aux mineurs ses neveux : depuis ayant connu son erreur il obtint des lettres de restitution fondées sur ce qu'il n'avoit pas eu connoissance de ce second testament ; Sur l'appel de la Sentence qui le deboutoit de l'enterinement de ses lettres, Giot son Avocat soutenoit que se trouvant un dernier testament, le premier ne pouvoit subsister, §. 2. *quib. mod. testament. infirm.* aux Instit. l. 2. de *rup. testament. l. si jure, de legat. & fideicom.* Il est vrai que cette dernière loi ne parle que des fideicommiss, mais sa disposition a lieu en certains cas pour les testamens, quand le dernier testament est fait en faveur de l'heritier *ab intestat*, ou quand c'est un testament militaire ; *Testamentum*, dit M^r Cujas, *mutatione rumpitur, si postea aliud testamentum jure perfectum sit, nec enim non jure factò corrumpi jure perfectum potest.* Il n'y a que deux exceptions à cette règle ; la première, si le dernier testament a été fait par un homme de guerre ; la seconde, si dans le premier un étranger est institué, & dans le second l'heritier *ab intestat* ; l. *hac consultiissima 2. §. 3. C. de testament.* Bien que dans le dernier testament il n'y ait point de clause révocatoire, il l'a suffisamment révoqué par la donation des mêmes meubles qu'il avoit donnez par son premier testament, de *adimpl. & transf. legat.* & quoi que la révocation du legs ne soit pas entière, cela suffit pour présumer sa volonté de révoquer son premier testament, §. *sed & si quis, Instit. quemadm. testament. infirm.* Maury pour le tuteur actionnaire des petits-neveux convenoit de la règle, que *posteriori testamento prius rumpitur*, mais que l'on pouvoit faire des codiciles avec le testament, & qu'en Normandie l'institution d'heritier n'étant point permise, *quod caput est & fundamentum testamenti*, nos testamens ne sont que des codiciles ; mais que cet oncle n'étoit pas recevable à contester un testament qu'il avoit ratifié & exécuté tant de fois, l. 23. §. 1. de *inoffic. testament.* Par Arrest du premier de Février 1652. la Cour mit sur l'appel hors de Cour.

Un simple acte du testateur suffit pour révoquer le testament.

Le testament n'est point révoqué par le laps de dix ans.

De la révocation des testamens.

Le testament posterior n'annule le précédent.

Cas où le testament posterior n'annule point le précédent.

Cas où il a été jugé qu'un testament ratifié & exécuté, ne pouvoit être contesté.

C C C C X I I I.

Testament écrit & signé du testateur, est valable sans solemnitez.

Testament écrit & signé de la main du testateur est bon & valable, ores que les solemnitez prescrites au précédent article n'aient été observées & gardées.

Des testamens holographes ?

En cet article la Coûtume autorise une seconde espèce de testamens, qu'elle appelle *holographes*, c'est à l'imitation de ce qui est dit dans la loi *Lucius Titius*, §. *Lucius Titius*, de leg. 2. *Hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam.*

Le testateur qui écrit & signe de sa main ses dernières intentions, n'a point besoin du conseil des Jurisconsultes, ni du ministère de toutes les personnes que la Coûtume autorise dans l'article précédent, pour recevoir les testamens; il peut mépriser impunément toutes sortes de solemnitez, pourvu qu'il n'excede point les bornes qui lui sont prescrites pour la disposition de ses biens, son écriture & sa signature rendent ses volontez authentiques & valables.

Il est d'autant plus juste de faire valoir les testamens holographes, que par iceux nous expliquons nos plus secretes intentions que nous ne voulions découvrir à personne, & cette espèce de testament étant la plus sûre & la plus facile pour faire connoître la volonté du testateur, on la doit approuver, parce que c'est un moien assuré pour éviter les suggestions & la surprise; celui qui veut ainsi tester écrivant lui-même sa volonté, l'on peut dire que son esprit & sa main travaillent de concert, & comme il se nomme à lui-même son testament au moment qu'il l'écrit, il n'a pas besoin qu'il lui soit lû & relû, parce qu'il en fait parfaitement la teneur.

La donation du tiers des aquêts n'est pas valable, si elle n'est faite trois mois avant la mort du testateur.

L'on peut alléguer toutefois qu'il y auroit eu raison de ne les approuver pas en Normandie, à cause de la disposition contenue en l'art. CCCCXXII. par laquelle la donation du tiers des aquêts n'est pas valable, si elle n'a été faite trois mois avant le décès du testateur; car l'antidate étant facile dans les testamens holographes, l'on peut aisément éluder la prohibition que la Coûtume fait en l'art. CCCCXXII.

Les Religieux après leur Profession ne peuvent tester.

Il peut encore en arriver cet inconvénient: Ceux qui n'ont plus la liberté de tester, comme par exemple, les Religieux après leur Profession, pouvoient encore disposer de leurs biens par un testament antidaté; mais ces inconvéniens n'ont point été trouvez assez considérables par la plus grande partie des Coûtumes de France, pour abolir l'usage des testamens holographes; & nos Réformateurs qui ont pu les prévoir n'y aiant point eu d'égard, l'on ne peut douter que tout ce qui est permis par un testament fait en la forme prescrite en l'article précédent, ne le soit aussi par un testament holographe.

Des testamens nuncupatifs.

De toutes les formes de testamens connus dans le Droit Romain, il n'y en a que deux pratiquées dans les pais de Droit écrit; le testament qui se fait devant Notaires & témoins, que l'on appelle vulgairement *nuncupatif*, quoi qu'improprement, parce que le véritable testament nuncupatif est celui qui se fait de vive voix, & quoi que celui-ci soit rédigé par écrit, on ne laisse pas de le nommer nuncupatif, *quia palam nuncupatur haec coram testibus.*

Des testamens secrets, mystiques ou solemnels.

L'autre espèce de testament est le *secret* ou *mystique*, qui se fait hors la presence de témoins, & en la forme prescrite par la loi *Hac consultissima*, C. de testament. quand le corps du testament est écrit de la main du testateur ou d'une personne confidente, signé de lui, & la feuille pliée & par lui scellée, est signée & cachetée de sept témoins, auxquels il a déclaré sa volonté, & cette espèce de testament est aussi appelé *solemnel*; car encore que tout testament où toutes les formalitez du Droit écrit ont été gardées, puisse être appelé *solemnel*, néanmoins par le langage commun & vulgaire des pais du Droit écrit, le testa-

ment secret est appelé *speciali nota* *solemnel*, parce qu'il y a plus de solemnitez qu'au testament qui se fait en presence de témoins.

Pour les testamens holographes ils n'étoient point au goût des Romains; car bien qu'ils eussent été approuvez par une Nouvelle de Valentinian, néanmoins ils ne furent pas long-tems en usage. M^r Cujas, *ad tit. de testament. C.* parlant de cette Nouvelle, dit, *hoc jure non utimur, nam in testamentis holographis requiruntur testium septem signa, & subscriptio testatoris remittitur tantum vel octavi subscriptoris*; & c'est le sentiment des plus célèbres Docteurs, que cette Nouvelle n'est d'aucun poids, Justinien ne l'aient point insérée dans son Code, quoi qu'elle fût employée dans celui de Theodose, aussi dans le pais de Droit écrit elle n'y est point suivie, *Herald. quest. quotid. l. 1. c. 17.* Boniface, *l. 1. t. 3. c. 1.* Ricard, des Donations, *p. 1. c. 5. sect. 5.* Le Prêtre, *cent. 12. c. 66.* Journal de du Frêne, *l. 1. c. 114.* de l'impression de 1652. Henris, *l. 5. q. 2.*

Mais l'on a mû cette question dans le pais de Droit écrit, & dans cette Coûtume, si un testament doit être réputé holographe, quoi qu'il ait été reconnu devant un Notaire, ou que dans l'acte de clôture & soucription d'icelui l'on ait appelé un Notaire & des témoins, mais non au nombre requis par le Droit écrit?

On alléque pour l'affirmative, que celui qui choisit une forme de tester, s'engage à garder toutes les solemnitez de la forme de testament qu'il a choisie, autrement s'il y manque, ce qu'il a fait ne peut valoir; encore que ce testament eût pu valoir avec moins de solemnité; mais aiant choisi une manière de tester plus solemnelle, il se doit imputer la faute de n'avoir pas suivi exactement le choix qu'il a fait; que cette règle *qua abundant non viciant*, n'a point de lieu pour les testamens où le mélange de solemnitez les corrompt entièrement, de sorte que celui qui a mêlé les formes d'un testament solemnel à une écriture holographe, renonce au simple testament holographe, & l'acte ne pouvant plus être considéré qu'avec toutes les qualités d'un testament solemnel, si elles ne sont pas complètes il ne peut valoir, ni comme solemnel, ni comme holographe: ainsi le testateur fait ce qu'il ne pouvoit faire, un testament solemnel imparfait que la loi déclare nul; & quoi qu'il eût pu faire un testament holographe sans témoins il ne l'a pas voulu faire, puisqu'il y a appelé des témoins, & par cette raison *cenferur magis testamentum voluisse facere quam fecisse, l. si quis testament. D. de testament.*

Au contraire, l'on dit pour l'affirmative que l'on ne peut douter que le testateur n'ait eu intention de faire un testament holographe; puisqu'il l'a écrit & signé de sa main, & que quoi qu'il l'ait reconnu devant un Notaire, & que pour une plus grande précaution il ait recherché cette solemnité, cela ne détruit point ce qui étoit parfait, parce que *superflua non nocent*, & la reconnaissance n'en a été faite par le testateur que pour en faciliter l'exécution après sa mort, c'est pourquoi l'on ne doit pas présumer que pour y avoir apporté quelque plus grande solemnité, quoi qu'elle ne soit pas entièrement complete, il ait eu le dessein de détruire son premier ouvrage qui étoit parfait & accompli; l'on en trouve un exemple en la loi 3. *D. de testament. milit.* où un soldat aiant intention de tester en la forme ordinaire, n'y observa pas néanmoins toutes les formes requises; sur quoi Ulpian répondant aux difficultez que Pompénius lui proposoit, résoud que le testament étoit bon

Si les testamens holographes étoient en usage chez les Romains ?

Si un testament doit être réputé holographe, quoi qu'il ait été reconnu devant un Notaire ?

comme testament militaire, quoi que le testateur eût voulu tester selon le Droit commun; *nec enim, dit-il, qui voluit jure communi testari, statim beneficio militari renunciavit; nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.*

Il en faut dire de même en cette espèce, le testateur aiant choisi la forme du testament holographe, l'on ne doit pas s'imaginer qu'il ait voulu détruire son ouvrage & condamner son premier sentiment, pour y avoir depuis ajouté quelque autre solemnité qui n'étoit point nécessaire pour le faire subsister.

M^e Claude Henrys aiant traité cette matière, l. 5. §. 3. estime que lorsqu'il n'y a point d'incompatibilité pour les espèces de testamens, & que la forme d'iceux n'est pas si diverse que l'une ne puisse subsister avec les autres, comme celle du testament militaire, qui peut revêtir toutes les autres, & le testament holographe qui peut être accompagné de plus grande solemnité, l'augmentation de quelques solemnitez non nécessaires ne détruit point la validité de l'acte qui étoit parfait & qui pouvoit subsister sans cela; & conformément à cette doctrine, par Arrest du 17 de Janvier 1616. un testament sous signature privée reconnu devant Notaires & témoins, fut déclaré valable. Autre Arrest en la Chambre de l'Edit, du 27 Aoust 1618. pour le testament de M^e Quesnel Avocat du Roi à Caën.

Un testament sous seing privé, & reconnu devant Notaires & témoins, est valable.

Un testament écrit en partie de la main du testateur, & le reste d'une autre main, est nul.

La preuve de démence & d'imbécillité n'est point recevable contre un testament holographe.

La preuve de suggestion n'est point recevable contre un testament holographe.

Mais si le testament n'étoit écrit qu'en partie de la main du testateur, il seroit nul. Un Curé avoit fait écrire son testament par son Vicaire, les six dernières lignes par lesquelles il aprouvoit toutes les dispositions précédentes étoient écrites de sa main & signées de lui & de deux témoins, mais le Vicaire n'y avoit point signé: Les légataires avoient fait insinuer ce testament, & prétendoient que le testateur aiant écrit les six dernières lignes, & les aiant signées avec deux témoins, c'étoit assez pour le rendre bon, sur tout étant fait en faveur de mineurs qui n'étoient exclus de la succession, que parce que leur pere étoit prédécédé; mais on maintenoit le testament nul pour être entièrement informe, le Vicaire qui l'avoit reçu ne l'aient point signé, & même ne pouvant pas le recevoir étant légataire: Par Arrest du 8 de Mai 1657. en infirmant la Sentence qui jugeoit le testament valable, la Cour mit sur le principal hors de Cour.

Dans les règles ordinaires les faits de démence, d'imbécillité & de suggestion allégués contre un testament holographe, ne sont point recevables; car quand le testateur auroit été imbécille d'esprit, il se pouvoit faire qu'il eût écrit son testament dans un tems auquel il étoit dans son bon sens, cette imbécillité pouvant ne pas être continuelle en ceux qui en sont atteints, lesquels peuvent avoir de bons intervalles, *dilucida intervalla*, dans lesquels agissant comme les personnes bien sentées, ils sont aussi capables de faire un testament; de sorte que quand le testateur n'a rien employé dans son testament que de judicieux & de raisonnable, on ne doit pas tant s'arrêter à la capacité de celui qui l'a fait, qu'à ce qui est contenu icelui, comme il fut autrefois jugé à Rome, où le testament fait par un insensé fut confirmé; *magis enim centumviri quod scriptum esset in tabulis, quam quis scripsisset, considerandum existimaverunt, Valer. Maxim. l. 7. c. 8.*

Pour la suggestion régulièrement le testament holographe n'en peut être aculé, comme étant l'acte le plus libre & le plus exempt de suspicion qu'un homme puisse faire, puisqué dans icelui il consigne ses plus importantes pensées qu'il n'avoit voulu découvrir à personne: Il pouvoit néanmoins, comme Ricard l'a remarqué, y avoir telles circonstances qui pourroient faire admettre cette preuve; mais les exemples en sont rares, & tant d'Arrêts qui sont intervenus à ce sujet, & qui en ont debouté ceux qui en ont demandé la permission, que l'on peut établir

comme une maxime indubitable au Palais, que les faits de suggestion ne sont pas recevables contre un testament holographe; Ricard, des Donations, part. 3. c. 1. n. 49.

Tous testamens doivent être portez par écrit, Brodeau sur Loüet, l. T. n. 8. & c'est pourquoi les testamens nuncupatifs ne sont point aprouvez en France à cause de l'Ordonnance de Moulins, article 54. & Orleans 84. & la preuve par témoins n'en est pas recevable; les testamens militaires même ne sont pas valables, s'ils ne sont portez par écrit; & il a été jugé, tant pour les testamens nuncupatifs que pour les testamens militaires, que l'Ordonnance de Moulins avoit lieu aussi bien pour les testamens que pour les contrats, suivant les Arrêts raportez par le Commentateur de M^r Loüet, l. T. n. 8. A Toulouse les testamens nuncupatifs y sont reçus; & suivant le témoignage de M^r d'Olive, l. 5. c. 5. ils y sont le plus en usage parmi eux, mais toutefois rédigez par écrit, d'autant que les testateurs pour exempter les héritiers & légataires de la peine de faire ouïr après leur mort les témoins numériques, font rédiger par écrit ce que publiquement & par nuncupation ils déclarent aux témoins en nombre competent être leur dernière volonté; ainsi l'écriture est employée, non comme une solemnité nécessaire, mais pour la preuve de l'acte, l'écriture n'étant point de l'essence de ces testamens nuncupatifs, qui ne changent & ne perdent point leur nature pour être rédigez par écrit.

Mais bien que la preuve du testament nuncupatif non écrit ne soit pas recevable par témoins, néanmoins il a été jugé au Parlement de Paris, par un Arrest raporté par M^r Loüet, l. T. n. 8. que l'on peut prouver par témoins que l'héritier présomptif a empêché le défunt de tester, à l'effet de le faire déclarer indigne de la succession; & dans le Journal des Audiences on trouve un Arrest contraire, par lequel des neveux & nièces plus habiles à succéder à leurs tantes après la sœur de la défunte, qui étoit pareillement leur tante; ne furent point reçus à informer des faits de violence & de force qu'ils disoient avoir été aportez pour empêcher la défunte de tester. Par Arrest de ce Parlement, du 29 de Janvier 1630. deux filles naturelles aiant mis en fait de preuve que leur pere avoit été empêché de tester, & que s'en étant plaint il avoit déclaré que son intention étoit de leur donner à chacune cinq cens livres pour les marier, elles y furent reçues, bien qu'on alléguât que c'étoit admettre la preuve d'un testament nuncupatif, & que la somme excédoit l'Ordonnance, mais ces questions se doivent décider par les circonstances particulières, & par la qualité des faits dont on demande à faire la preuve; mais suivant mon sentiment ces circonstances doivent être fort importantes pour recevoir une preuve contre l'Ordonnance.

Dans les lieux où les testamens nuncupatifs sont autorisez & peuvent être prouvez par témoins, comme à Toulouse, on admet aisément cette maxime, qu'un testament peut être prouvé par témoins; mais en ce Parlement on n'a point reçu ce fait de preuve, qu'un testament holographe avoit été soustrait. Après la mort d'un Gentilhomme nommé du Bosc, on procéda à l'inventaire de ses écritures, & l'on y trouva un modèle de donation entre-vifs, écrit de la main d'un nommé Metez, qui se faisoit donner 150 livres de rente, & un autre modèle de testament pareillement écrit de la main dudit Metez, mais nonobstant toutes les suggestions de Metez, le défunt n'avoit point voulu signer ces Actes: se voyant frustré de ses espérances, & sans attendre que l'inventaire fût clos & parfait, il presenta une Requête au Bailli de saint Sauveur-le-Viconté, contenant qu'on avoit soustrait le testament holographe du défunt lorsqu'il vivoit encore, & pour en faire la preuve il demandoit qu'il lui fût permis de publier des Censures Eclésiastiques; Jacques du Bosc héritier du défunt se porta apelant

Les testamens nuncupatifs ne sont point reçus en France.

A Toulouse ils y sont admis.

La preuve par témoins qu'un testament holographe a été soustrait, n'est point recevable.

de cette procédure, soutenant que Metez n'étoit pas recevable à cette preuve : Pour cet effet, je disois pour lui que si la Coûtume laisse aux hommes quelque liberté de tester, c'est à condition d'observer les formes qu'elle prescrit avec un soin si exact, que le moindre défaut rend inutiles toutes leurs dispositions, & les annule d'une nullité si précise, que la personne & la cause du monde la plus favorable ne les peut faire subsister ; il ne suffit point d'avoir fait un testament, si en même tems il n'est accompli de toutes les solemnitez nécessaires pour sa validité, d'où il résulte que ni les testamens, ni la soustraction prétendue d'iceux, ne se peuvent prouver par témoins. Par le Droit Civil les testamens nuncupatifs étoient valables, d'où l'on peut induire que puisqu'on est reçu à prouver par témoins un testament de vive voix & sans écrit, on est encore plus admissible à la preuve de la perte ou de la suppression du testament : Cette question est traitée par la Glose & par les Docteurs sur la l. 2. *C. de bonorum possessione secundum tabulas*, & par Bartole sur la l. *heredis palam*, ff. de testament. & tous conviennent que celui qui prétend qu'un défunt a fait un testament, doit prouver absolument deux choses, à savoir qu'il ait fait un testament, & qu'il l'ait fait solennellement, & avec toutes les formes prescrites par la loi ; car la seule volonté du testateur ne fait pas la preuve du testament, c'est la forme qui le fait vivre & qui le fait subsister ; s'il étoit autrement ce seroit en vain qu'on auroit établi tant de solemnitez, si c'étoit assez de prouver qu'un homme auroit fait un testament, qu'il l'auroit dit, & qu'on l'auroit vu ; par cette voie un légataire n'auroit plus à craindre qu'on lui objectât les manquemens & les nullitez de ce testament, & c'est pourquoi lorsque l'on est reçu à prouver qu'un testament a été fait, il faut en même tems prouver qu'il a été fait solennellement ; *nisquam heredis testamentarii ratio habenda est, priusquam testium qui testamento interfuerint, testationes proferantur; Illi autem testes herede legitime vocato debent exprimere annum, mensem, diem, & locum* : C'est la pensée du President Fabri en son Code, l. 6. r. 5. *defin. 8. Agnatus proximus non prius urgendus, ut defensiones ullas proferat quam actor non annum duntaxat & mensem, sed etiam diem addiderit & locum in quo testamentum conditum dicitur : propterea quod non aliter sciri posset an testamentum illud valeat, hoc est an posterior alia ulla voluntas secuta sit, aut an falsi testes sint, qui asserant interfuisse testamento, aut an alibi testator fuerit eo ipso die?*

Quelle sorte de preuve par témoins est nécessaire pour la validité d'un testament suprimé ?

Cela nous apprend que parmi les Romains la preuve des testamens ne se faisoit qu'avec beaucoup de circonspection ; avant que d'y être admis, il falloit marquer précisément l'an, le mois, le jour & le lieu où le testament devoit avoir été fait ; on ne pouvoit appeler pour témoins que ceux qui avoient assisté à la confection de ce testament, il en falloit jusqu'au nombre de sept ; ils devoient être exemts de tout soupçon, *omni exceptione majores* ; il falloit que le testateur les eût appelez & priez pour cet effet, & qu'il testât en leur présence, & *continuo actu*, sans aucune interruption ; & on y étoit scrupuleux jusqu'à ce point, que si le testateur avoit seulement sorti de sa chambre pour la moindre nécessité naturelle, on doutoit si ce n'étoit pas une nullité, & il falut en faire une décision expresse, *l. casus majoris, Cod. de testament.* On ne peut douter que suivant cela la preuve de la perte ou de la suppression d'un testament étoit impossible ; car dans le Droit Romain les testamens holographes n'étoient point valables sans témoins.

La preuve que l'intimé veut faire est bien différente, au lieu de se servir de témoins instrumentaires & de témoins de certain, & d'y appeler l'héritier légitime, il l'a commencée par un procès criminel & par des Censures Ecclésiastiques ; cette manière de preuve est fort éloignée de celle qui se pratiquoit par le

Droit Romain ; elle est encore moins conforme à l'esprit de la Coûtume & à notre Usage ; nous avons banni les testamens nuncupatifs, & ce seroit néanmoins en ramener l'usage, bien qu'on les ait condamnés par la seule considération de la fausseté & de la supposition des témoins que la corruption du siècle a rendu si commune ; on tomberoit dans ce même inconvénient en admettant la preuve de la perte ou supposition du testament ; la conséquence en seroit périlleuse, & l'Ordonnance de Moulins a sagement prévenu tous ces abus, en rejetant toute preuve vocale au dessus de cent liv. si par la disposition des art. DXXVII. & DXXVIII. de la Coûtume, nul n'est tenu d'attendre la preuve de son héritage par témoins, il y a bien moins d'apparence de la recevoir pour les testamens que pour les contrats ; les testamens n'ont force & vertu que par l'observation de plusieurs solemnitez ; il suffit pour la validité d'un contrat de vente ou d'échange, qu'il soit signé des contractans : Les testamens ne dépendent pas de la seule volonté du testateur, & c'est pourquoi tout ce qui consiste en solemnitez ne peut tomber en preuves ; on peut bien prouver par témoins qu'un contrat a été vu, tenu & lu ; cette preuve seroit imparfaite pour les testamens, parce que ce ne seroit pas assez que le testateur l'eût signé, il faudroit encore savoir s'il seroit accompli en toutes les formes ; s'il auroit été reçu par le Curé & Notaire du lieu ; si les témoins qui l'auroient signé étoient idoines & non légataires ; si le testateur l'auroit dicté ; s'il lui avoit été lu en la présence des Notaires & des témoins ; si on y avoit apôlé la date pour connoître si le testateur avoit survécu le tems prescrit par la Coûtume ? Et comment des témoins qui n'auroient point été presens au testament, pourroient-ils parler de toutes ces choses ? Comment des témoins, dont il s'en rencontre si peu qui soient instruits des formes que la Coûtume desire pour la perfection des testamens, pourroient-ils assurer qu'un testament qu'on auroit soustrait ou supprimé, étoit accompli en toutes les formes ? Pour parvenir à une preuve de cette qualité, il ne faudroit appeler que des Jurisconsultes ; après tout cette preuve ne pourroit avoir lieu que pour les testamens qui auroient été passés devant des personnes publiques, & non point pour les testamens holographes, la Coûtume ne permettant pas de prouver par témoins qu'un contrat sous signature privée a été vu, tenu & lu ; il seroit trop aisé de contrefaire le fait d'un défunt ; & si lorsqu'il est question de vérifier un fait privé par comparaison d'écritures, il n'y a rien de plus trompeur ni de plus incertain, en quel desordre ne tomberoit-on pas, si on étoit recevable à prouver par toutes sortes de personnes qu'un testament auroit été vu, tenu & lu ? On ne manqueroit pas de *Diofantes* & d'*Emicenes* ; le premier, au rapport de Joseph, étoit Secrétaire d'Herode ; il savoit contrefaire toutes sortes de mains, *δενος μιμήσαι πάσης χειρός γραμματα* : le second étoit *Priscus Emicenus* : Un *Mamianus* avoit laissé tous ses biens à l'Eglise ; & quoi que sa succession fût opulente, les Administrateurs de cette Eglise ne s'en contentans point, ils se servirent de ce *Priscus* pour contrefaire l'écriture de tous les riches habitans d'Emice, en fabriquant des promesses pour argent que *Mamianus* leur avoit prêté ; mais il se trouva que ces gens-là étoient morts long-tems auparavant, & que par conséquent ces cédules étoient prescrites ; pour avoir le moyen de s'en faire paier, ils corrompirent Tribonien, & obtinrent une loi de Justinien, par laquelle il ordonnoit que la prescription centenaire ne couroit point contre l'Eglise : mais enfin ces faussetez furent découvertes, & Justinien révoqua la Constitution. De Lépiney pour l'intimé opposoit à ces raisons, que si cette preuve n'étoit pas recevable, il n'y a point d'héritier qui ne supprimât le testament d'un défunt ; que par le Droit Romain il y avoit action contre ceux qui suprimoient ou receloient les testa-

Pour la validité des contrats de vente ou d'échange, il suffit de la signature des contractans.

Si la preuve admise pour les contrats, peut avoir lieu pour les testamens ?

mens, & que comme cette suppression est criminelle, il devoit être permis d'en informer extraordinairement : Sur cette plaidoirie la Cour apointa les parties au Conseil, & par Arrest en la Chambre de la Tournelle, du 13 de Février 1664. au rapport de Mr de Brinon, en infirmant la Sentence, ledit Metez fut déclaré non recevable à sa preuve. Il y avoit des circonstances particulieres qui fortifioient la fin de non recevoir, & j'apris de M^r le Rapporteur qu'on ne lût point les informations qui avoient été faites, & on fit droit sur la fin de non recevoir.

Une pareille question s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, le 19 d'Août 1677. Messire Jean Courtin Marquis de Givry, Conseiller au Parlement de Paris, comme heritier à cause de la Dame sa femme de Dame Madeleine Ribaut, veuve de Mr Lamy, Conseiller en la Cour, étoit demandeur contre le sieur du Mesnil-Ribaut pour une somme de sept cens cinquante livres; après plusieurs refusites ledit sieur du Mesnil aléga que la feuë Dame Lamy lui avoit legué par son testament une somme considerable, & que ce testament avoit été supprimé par M^r de Givry : Par Sentence donnée aux Requetes du Palais, le sieur du Mesnil-Ribaut fut condamné au paiement de la somme demandée, & on lui permit de faire publier des Censures Eclésiastiques pour avoir connoissance de ceux qui détenoient ce testament : sur l'appel de cette Sentence, le Febvre son Avocat demandoit à faire preuve que ce testament avoit été vû, tenu & lû; que cette preuve étoit admissible suivant la disposition du Droit Romain; qu'on lui avoit permis inutilement de faire preuve contre ceux qui détenoient ce testament, puisqu'ils ne seroient pas obligez de s'accuser eux-mêmes, & qu'il falloit encore lui permettre de faire publier des Censures d'Eglise, pour obliger ceux qui connoissoient les personnes qui détenoient ce testament à le déclarer. Je défendis pour le sieur de Givry, par les mêmes raisons que j'ai rapportées ci-dessus; & j'ajoutai que quand même on pourroit admettre ces preuves, lorsque les faits que l'on avançoit étoient soutenus par quelques adminicules, il n'y avoit point d'apparence de les recevoir en la cause dont il s'agissoit, puisque l'alégation de la suppression de ce prétendu testament n'étoit apuée sur aucune circonstance qui pût en faire présumer la vérité; néanmoins par l'Arrest on lui permit de faire publier des Censures contre ceux qui détenoient ce testament, & contre ceux qui connoissoient les personnes qui le détenoient; mais on n'eut point d'égard à tous les autres faits qu'il avoit avancés, & il ne fut pas admis à en faire la preuve.

Il seroit perilleux d'admettre ces sortes de preuves, l'Ordonnance qui a défendu la preuve par témoins, est generale & sans distinction de personnes, & depuis l'Ordonnance on n'a jamais été reçu à prouver un testament par témoins; que si l'on ne reçoit point de faits de suggestion de tacite fideicommiss & de revocation de testamens, il y a beaucoup moins d'apparence de recevoir la preuve d'un testament tout entier, pour en faire subsister la foi dans la bouche des témoins. Il est vrai que par le Droit Romain la suppression de testament est un crime, & par consequent on peut s'en pourvoir criminellement; mais il y a beaucoup d'autres choses dans le Droit qui passent pour crimes, dont néanmoins l'Ordonnance n'a point reçu la preuve; comme l'intervention d'un dépôt, la simonie, la confidence, & plusieurs autres semblables; que si l'on recevoit la preuve d'un fait de suppression de pièces, il n'y auroit personne qui se pût assurer d'avoir rien vaillant; ce qui seroit encore plus important à l'égard des testamens, parce que l'on pourroit faire des heritiers & des légataires à qui l'on voudroit; après tout quand les témoins diroient qu'ils auroient vû le testament, on ne pourroit pas savoir ce qu'il contient, & s'il est en bonne forme; & quand ils en déposeroient particulièrement, l'on

ne pourroit pas leur ajouter foi: il pourroit arriver qu'une personne seroit voir un testament faux, ou que l'heritier institué ou les légataires le suprimeroient pour en cacher la nullité; & quant à ce que l'on objecte qu'il seroit permis aux heritiers de supprimer impunément tous les testamens qui leur seroient préjudice, & que toutes les intentions des défunts seroient frustrées, l'on répond que la conséquence en seroit moins dangereuse, que de recevoir la preuve par témoins de la suppression d'un testament. Ce fut sur ces principes que par Arrest du Parlement de Paris, du 25 de Février 1650. donné au profit de Dame Adrienne de Maupeou, veuve de Mr Marescot, Maître des Requetes, l'on ne reçut point la preuve d'un fait touchant la suppression d'un prétendu testament, quoi que les témoins que l'on vouloit faire entendre sur ce fait, & qui avoient même été nommez, fussent des personnes de grande condition & de probité connue.

M^r Jean Ricard en son Traité des Donat. p. 3. c. 1. n. 6. dit que cette question, savoir si le fait de suppression ou de révocation d'un testament peut être prouvé par témoins, est à présent fort problématique dans les esprits du Palais à Paris, à cause de la diversité des Arrêts que l'on prétend être intervenus sur ce sujet. Ses raisons pour soutenir l'affirmative sont que cette preuve n'est point contraire à l'Ordonnance de Moulins, qui n'a point de lieu lorsque les faits articulez n'ont pas été susceptibles de conventions, & qu'au contraire ils sont arrivés contre la volonté de l'une des parties; que la résolution de cette question doit dépendre de cette reflexion, de voir s'il est plus à propos de laisser toutes les suppositions impunies, que de se mettre au hazard de condamner injustement quelques-uns auxquels on aura témérairement imputé une action de cette qualité; que l'ordre & le bien public nous persuadent l'un bien plutôt que l'autre, & qu'un heritier pourroit impunément même à la face de tout le monde, se décharger d'un testament qui lui ôte une partie de la succession à laquelle il est appelé, en le mettant au feu: & pour ce qui est de la facilité des témoins, on y peut apporter les remèdes nécessaires; qu'à l'égard des Arrêts, outre la question generale de droit, si la preuve par témoins en étoit recevable, il falloit voir si les faits articulez étoient pertinens & probatifs, & qu'en effet il arrive souvent que les faits de suppression ne sont pas admissibles: comme par exemple, encore que l'on articule que le testament a été vû & lû, le fait n'en sera pas recevable, si l'on n'offre de prouver qu'il a été vû depuis le décès du testateur, parce que si ç'a été auparavant, il se peut faire qu'il a depuis donné charge à celui chez lequel il l'avoit mis en dépôt, de le supprimer; & même bien que le testament ait été vû depuis le décès du testateur, il faut encore vérifier qu'il a été supprimé par l'heritier *ab intestat*, ou par son ordre; que dans l'Arrest de la Dame de Marescot on la vouloit faire responsable d'un testament que l'on prétendoit lui avoir été baillé en dépôt, & les faits de suppression n'alloient qu'à vérifier que ce testament avoit été vû entre ses mains du vivant du testateur, & c'est pourquoi ils furent justement rejettés; mais que lorsque la question de droit s'est présentée avec des faits considérables, on n'a point fait de difficulté d'en admettre la preuve suivant les Arrêts qu'il en a remarquez; & que le Parlement de Toulouse avoit suivi la même doctrine; M^r de Cambolas, l. 5. c. 41. & que M^r Charles Févret fait aussi mention de quelques Arrêts du Parlement de Bourgogne qui conviennent à cette espece, Traité de l'Abus, l. 7. c. 12. n. 28. Par un Arrest rapporté dans la troisième partie du Journal des Audiences, l. 8. c. 18. la preuve par témoins a été reçue pour la suppression & lacération d'un testament, quoi que l'on soutint qu'il étoit imparfait & non signé. A quoi l'on répond que M^r Jean Ricard a bien prévu qu'il eût été trop perilleux d'admettre sans distinction

Si la suppression d'un testament peut être prouvée par témoins?

La preuve de suggestion & de révocation de testament n'est point recevable.

L'intervention d'un dépôt, la simonie & la confidence, ne se prouvent point par témoins.

la preuve des faits de suppression, puisqu'il avoué que le fait n'en seroit pas recevable, si l'on n'ofroit de vérifier que le testament auroit été vû depuis le décès du testateur, & qu'il auroit été supprimé par l'heritier *ab intestat*, & par son ordre; mais cette restriction n'apporte pas de remede à la facilité des témoins qui est si grande & si ordinaire, que l'on peut dire véritablement qu'il seroit aujourd'hui plus utile pour le bien public de n'admettre aucune preuve par témoins, que de la recevoir, quelques admissibles que pussent être les faits que l'on ofrirait de prouver; car pourroit-on manquer de témoins pour venir à bout d'une preuve qui seroit si utile à celui qui l'entreprendroit, & qui lui fourniroit les moiens de les récompenser? De sorte que l'ordre & le bien public, persuadent bien plutôt qu'il les faut rejeter que de les admettre; & il seroit moins périlleux qu'un héritier pût se décharger d'un testament, que de l'exposer à l'avarice d'un prétendu légataire, & à la corruption des témoins, les heritiers *ab intestat* étant beaucoup plus favorables par nos Coûtumes que les légataires; & il est moins dangereux que cent testamens soient supprimez, que d'en suposer un à celui qui n'a jamais eu la volonté d'en faire. On convient que la fin de non recevoir fondée sur l'Ordonnance ne seroit pas assez forte; mais ce qui doit faire absolument rejeter ces preuves, est qu'il ne suffit pas de prouver que l'on auroit vû un testament depuis la mort du testateur; car ce testament pourroit être nul pour n'avoir pas été fait dans les formes; & par conséquent ce ne seroit pas assez de prouver que le défunt avoit fait un testament, il faudroit y ajouter cet autre fait, que ce testament étoit fait selon les solemnitez prescrites par la Coûtume, autrement la preuve de la suppression du testament demeureroit inutile. On peut dire néanmoins que les testamens n'étans pas de grande conséquence en Normandie, il y auroit moins de peril à recevoir la preuve de la soustraction d'un testament, si les faits en étoient pertinens & considérables; & par l'Arrêt du sieur de Givry dont j'ai parlé ci-devant, l'on permit de publier des Censures contre ceux qui détenoient le testament, & qui connoissoient les personnes qui le détenoient.

La suggestion est une espece de fausseté; car lorsque le testament a été suggeré, ce qui paroît écrit n'est pas la volonté ni l'intention du défunt, mais de celui qui l'a induit à parler en cette maniere, ainsi substituant sa volonté à celle du défunt, l'on peut dire que le testament est faux: d'où il s'ensuivroit que la preuve des faits de suggestion seroit admissible; mais comme les heritiers ne souffrent qu'avec regret l'exécution des dernieres volontez des défunts, ils ne manquent pas d'aléguer des faits de suggestions, lorsqu'ils ne peuvent les contester autrement. On a souvent agité cette question, si les preuves des faits & des moiens de suggestion étoient recevables?

L'on tient pour maxime que les faits de suggestion ne sont point recevables contre un testament holographe: En effet, il n'y a pas de vrai-semblance qu'un testament que le testateur a pris la peine d'écrire lui-même, n'ait point été fait de son propre mouvement & sans aucune induction, sur tout s'il l'a écrit étant seul & en son particulier.

Pour les autres testamens, il faudroit que les circonstances en fussent fort avantageuses pour en faire recevoir la preuve, & qu'il y en eût même quelque commencement de preuve par écrit; mais, à mon avis, comme la facilité des témoins est toujours fort à craindre, il est plus sûr de n'avoir point d'égard aux moiens de suggestion, si les présomptions n'en sont violentes.

Que si les legs avoient été extorquez par de mauvais moiens, & qui seroient contraires aux bonnes mœurs, ils seroient de nul effet suivant la loi *Captatorias* 64. de leg. 1. *Captatoria scriptura simili modo, neque in hereditibus, neque in legatis volunt;* mais les

Docteurs ne conviennent pas comment un legs doit être réputé captatoire, car l'on ne doit pas donner ce nom ni réputer un legs suggeré pour avoir été provoqué par les services & par les soins du légataire; *Captatorias institutiones non eas Senatus improbat, que mutuis affectionibus judicia provocaverint, l. Captatorias, D. de hered. institut.* On trouve un exemple dans la loi dernière, *D. si quis aliq. test. prohibet. C. l. ult. C. eod.* en la personne du mari que l'on ne blâme point pour avoir obtenu par sa complaisance quelque bienfait de sa femme, *judicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone non est criminofum.*

Quelques-uns néanmoins les comprennent dans le nombre des dispositions captatoires, qui paroissent avoir été extorquées par des moiens deshonnêtes, & des services abjets & mal-séans à la condition de ceux qui les rendent; mais cela seul ne suffiroit pas si l'on n'y avoit employé des artifices & des moiens contraires à l'honnêteté & aux bonnes mœurs; ainsi ces questions sont souvent plus de droit que de fait.

Dans les Provinces où les testamens sont de plus grande importance que parmi nous, pour empêcher les suggestions, l'on a tâché d'introduire l'usage des clauses dérogoires qui se conçoivent en cette maniere, lorsque le testateur declare par son testament que sa volonté est que les testamens qu'il fera par après soient de nul effet, s'ils ne contiennent cette clause *Deus nobiscum*, ou autre semblable; de sorte que venant dans la suite à en faire un où cette clause ne soit pas employée, on n'y ait point d'égard, comme lui ayant été suggeré ou extorqué de lui par contrainte.

Plusieurs tiennent que par la disposition du Droit Civil, les clauses dérogoires n'ont point de lieu dans les testamens, parce qu'elles captivent la liberté de tester, qui ne doit jamais recevoir aucune atteinte, & le testateur ne peut pas se soumettre tellement à sa memoire, qu'il afoiblisse le pouvoir qu'il a de changer de volonté jusqu'au dernier soupir de sa vie. La faculté de révoquer un testament est tellement de son essence, que le testateur ne peut y renoncer, quelque loi qu'il impose à sa volonté, parce qu'il peut aussi bien changer dans son esprit cette loi qu'il s'étoit imposée dans sa premiere disposition, que les autres qu'il y avoit établies: Voiez Covarr. *Rub. 2. de testam. n. 58.* que d'ailleurs il pourroit en arriver cet inconvenient, que les clauses dérogoires seroient si mal-aisées à retenir, que le testateur en perdrait aisément la memoire, ce qui lui ôteroit tout moien de révoquer son testament, s'il étoit nécessaire d'employer dans le second testament une dérogoire speciale; & qu'après tout un testament est suffisamment révoqué, quand le testateur le révoque expressément, *quando sciens & prudens primum testamentum revocavit; vide Cujac. l. 14. Observ. c. 7. Ferrer. ad quest. 122. Guid. Pap. Henrys, volum. 1. l. 5. c. 2. q. 13.*

Les clauses dérogoires paroissent favorables par ces raisons, que tant s'en faut qu'elles ôtent la liberté de tester, qu'elles la conservent; car leur fin unique & leur principal usage consiste à empêcher les suggestions, afin qu'on ne suppose pas au testateur une disposition contraire à ses véritables intentions; que la liberté de tester n'étoit point ôtée ni diminuée par ces sortes de clauses, puisque le testateur pouvoit toujours se dégager de la loi qu'il s'étoit donnée, & que l'on ne pouvoit présumer qu'il eût révoqué en pleine liberté, & *sciens prudensque*, son premier testament, lorsqu'il n'avoit point fait mention de la clause dérogoire; que n'étant pas vrai-semblable que le testateur ne s'en souvint pas, c'est l'unique moien pour empêcher les suggestions si frequentes en matiere de testamens, & dont la preuve est néanmoins si difficile, & c'est une précaution pour se défendre des soupçons & des artifices de ces corbeaux béans après les successions; *sic corvum eludit hiantem.*

Comment un legs doit être réputé captatoire.

Des clauses dérogoires dans les testamens.

Quand l'on admet la preuve de la suppression d'un testament, il faut encore prouver qu'il étoit fait selon les solemnitez.

Les preuves de faits de suggestion ne sont point recevables contre un testament holographe.

Si elles sont recevables contre les autres testamens?

Les Docteurs ultramontains ont voulu tirer l'origine des clauses dérogoires de la loi *si quis in principio 22. de legat. 3.* en ces mots, *si specialiter dixerit prioris voluntatis se poenituisse.* Mais nous aprenons de M^r Cujas, *obser. lib. 14. c. 7.* que cette loi n'est pas toute entiere du Jurisconsulte Hermogenien, & par conséquent que c'est une erreur de tirer de cette loi l'usage des clauses dérogoires. Ce Jurisconsulte avoit dit simplement, que quelque disposition qu'ait fait un testateur par un premier testament, elle peut être révoquée par un second : *suprema voluntas potior habetur, nemo enim potest eam sibi legem dicere, ut à priori & recedere non liceat*; mais que Tribonian y ajouta ces mots, *sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi poenituisse* : Quoi qu'il en soit, en l'état que cette loi se trouve dans le Digeste, elle a pu servir de fondement à l'usage des clauses dérogoires dont l'on a fait différentes especes. Il y a des clauses dérogoires que l'on appelle generales, d'autres speciales, & d'autres individuelles, & les Docteurs estiment que la révocation de chaque espece se doit faire par une clause de même qualité & de même espece, *unumquodque solvi debet eodem modo quo colligatum est.*

Trois sortes de clauses dérogoires dans les testamens.

Mais quoi que ces clauses dérogoires aient été reçues favorablement en France, l'on a cru néanmoins qu'il seroit trop rigoureux d'assujétir un testateur à répéter mot à mot une clause dérogoire dans un second testament; car il se pouvoit faire qu'un second testament seroit éloigné du premier par un long intervalle de tems; que même la clause dérogoire seroit composée de plusieurs termes difficiles à retenir, & dont il seroit mal-aisé de conserver exactement la mémoire, ce qui ôteroit la liberté de tester, que les loix veulent rester toute entiere jusqu'au dernier soupir : Pour éviter cet inconvenient on y apporte ces trois limitations; la premiere, de bannir absolument la révocation individuelle, lorsqu'il se rencontre plusieurs années entre le dernier testament & celui qui contient la clause dérogoire; la deuxième, quand le dernier testament est passé dans un lieu éloigné de celui où le premier a été passé; & la troisième, lorsque l'heritier institué par le dernier testament, est l'heritier présomptif *ab intestat* du défunt; car la clause dérogoire n'ayant été inventée que pour empêcher l'effet de la surprise & de la suggestion, on ne requiert point en ce cas la révocation speciale; *quando in secundo testamento institutus est heres aliquis valde dilectus à testatore, hoc sanè testamentum, & si nullam habeat expressam & specialem clausulam derogatoriam ad præcedens confectum cum ipsa clausula, attamen illud tollit.* Menochius, *de præsumpt. l. 4. c. 166. n. 42.* Brodeau sur M^r Louet, *l. T. n. 9.* Journal du Palais, part. 10. Cependant l'on peut dire que le Parlement de Paris n'a pas toujours suivi ces règles, comme on le peut reconnoître par plusieurs Arrêts que Bardet a rapportez dans son Recueil d'Arrêts.

Les clauses dérogoires sont reçues en Normandie.

En Normandie il y a beaucoup moins de difficulté à recevoir les clauses dérogoires; car la raison pour laquelle on les veut rejettér, en ce qu'elles ôtent la liberté de tester, n'est d'aucune consideration parmi nous, où il est permis de s'interdire absolument la disposition de ses biens, & d'assurer par un contrat entre vifs la succession à son heritier présomptif, contre la disposition du Droit Civil; & quoi que l'on ne puisse disposer par testament que de peu de chose; néanmoins si quelqu'un pour se défaire des importunités de sa femme ou des sollicitations de quelque flatteur, emploioit dans un premier testament une clause dérogoire, le second seroit nul, si la révocation de la clause dérogoire n'y étoit pas employée.

Des testamens militaires.

Par cet article & par le précédent la Coûtume n'admet que deux sortes de testamens; il y faut toutefois ajouter une troisième espece, à savoir les testamens militaires qui sont approuvez par l'Ordonnance

de Henri III. de l'an 1576. art. 31. pourvu qu'il soit redigé par écrit, autrement il n'a point de lieu, quand même il auroit été fait en expedition & faction militaire; M^r le Bret en ses Décis. *l. 3. Décis. 4.* Louet, & son Commentat. *l. T. n. 8.* qui dit qu'il faut tenir pour maxime que le privilege militaire déroge seulement aux solemnités des Coûtumes; & que quand il est par écrit, encore qu'il manque quelque chose aux formalités, le privilege militaire supplée à ce défaut; néanmoins par Arrêt du 28. de Janvier 1638. en l'Audience de la Grand' Chambre, entre de Garabiefieur de la Luzerne, heritier à cause de sa femme du sieur de Coulombiers-Querville, & Ponchin valet de chambre dudit sieur de Coulombiers, on confirma le testament militaire dudit sieur de Coulombiers, par lequel lorsqu'il étoit à Lion-le-Saunier en la Franche-Comté qui étoit assiégré par M^r le Duc de Longueville, il laissa de parole seulement témoignée par d'autres Capitaines, & par l'Aumônier de M^r le Duc de Longueville, à son valet de chambre son équipage; on jugea ce testament militaire valable, & l'argent qui restoit lui fut aussi ajugé comme compris sous le terme general d'équipage, plaidans Guerin & Danisi. Il y avoit moins de difficulté à confirmer ce testament militaire nuncupatif, parce qu'il avoit été fait dans la Franche-Comté, où le Droit Romain est gardé.

Les testamens militaires ne sont point sujets aux solemnités des Coûtumes.

Le testament de Charles de S. Simon sieur du Bois, Capitaine au Regiment de Canisi, avoit été fait en Piémont, & reçu par un Cordelier en la présence de deux soldats, & non signé du testateur à cause de sa débilité; René de Vauborel qui avoit épousé la nièce & heritiere dudit sieur du Bois, soutint que le testament étoit nul, aiant été reçu par un Religieux incapable de tester & de recevoir des testamens, qu'il étoit même légataire, aiant fait donner à son Convent, *sibi adscripserat*, & n'étant point signé du testateur, suivant qu'il est requis par le Droit & par la Coûtume; toutes ces nullités ne pouvoient être excusées par le prétexte de la milice; ce testament n'aiant point été fait *in prociectu aut in expeditione*, mais en garnison où il avoit été trois mois malade, pouvant appeler des Notaires. Les légataires maintenoient que ce testament devoit être réputé militaire, & fait *in expeditione*, puisqu'alors l'Armée étoit en garnison; que ces testamens étoient dispensés de l'observation des formes; qu'un soldat pouvoit même écrire sur le fourreau de son épée ses dernieres intentions; c'étoit allés que la volonté du testateur fût constante par le témoignage de personnes dignes de foi: Par Arrêt du 6 d'Avril 1628. le testament fut déclaré valable.

L'on jugea le contraire dans cette espece, & l'on n'approuva point un testament militaire. Un soldat natif de Normandie étant en garnison dans les Troupes du Roi à Deventer, il y mourut; après son décès l'on representa un testament écrit de la main d'un autre soldat nommé la Morandiere, par lequel ce soldat faisoit quelques legs à des particuliers, & notamment à la Morandiere; le testateur ne l'avoit pas signé, quoi qu'il sût écrire, mais il étoit attesté qu'il avoit apôse une marque, & il étoit signé dudit de la Morandiere & de deux autres témoins: ce testament n'aiant paru que long-tems après, un des légataires nommé Fergaut obtint condamnation d'une somme de cinquante livres qui lui avoit été leguée par ce testament. L'heritier nommé Rambure aiant appelé de cette condamnation, le Breton soutenoit que ce testament n'aiant point été fait selon les formes prescrites par la Coûtume, il étoit nul; que la disposition de la Coûtume étant generale, elle comprenoit toutes les especes de testamens, de sorte qu'il ne falloit point faire distinction des militaires avec les autres; & que quand même les testamens militaires pouvoient valoir, cela n'auroit lieu que pour ceux qui étoient *in castris & in expeditione militari*, & non pour ceux

Cas où un testament militaire fut déclaré nul, par le défaut des formalitez.

que des soldats pouvoient faire lorsqu'ils étoient en garnison en une Ville, parce qu'ils pouvoient les faire recevoir par des Notaires ou par d'autres personnes publiques; que le testament dont étoit question étoit suspect de supposition, n'étant point signé du testateur, quoi qu'il fût écrit, & étant écrit de la main de l'un des légataires. Le Chevalier pour Fergaut légataire, répondoit que le testament militaire étoit une troisième espece de testament, qui n'étoit point sujet aux solemnités prescrites par la Coutume; qu'ils avoient été introduits & autorisés par le droit commun, en faveur des gens de Guerre qui combattent pour la conservation de l'Etat; & comme les services de ceux qui étoient employés à la défense d'une Place, n'étoient pas moins utiles & nécessaires que ceux des autres qui marchent en campagne, il ne faisoit point faire de distinction entr'eux, & pour jouir du privilege qui est accordé aux gens de Guerre, il suffit que le soldat soit enrôlé, *in numeros sit relatus*. Par Arrest du 2 de Juin 1684. la Sentence fut cassée, & le

légataire débouté de sa demande. L'on peut s'être fondé sur cette raison, que le testateur ne l'avoit point signé, quoi qu'il fût écrit, & qu'il étoit écrit de la main de la Morandiere qui étoit légataire.

Suivant les Arrêts rapportés par M^r Louët & par son Commentateur, *l. T. n. 8.* les testamens militaires ont été reçus & déclarés valables lorsqu'ils étoient rédigés par écrit; mais qu'ils n'avoient point de lieu quand ils n'étoient point écrits, & que la preuve par témoins n'en est point recevable: L'on a jugé au Parlement de Paris, que le testament d'un soldat François portant les Armes en pais étranger contre les défenses du Roi, ne peut être dit militaire, & est nul par le défaut de formalitez. Bardet, *l. l. c. 11.*

Les privileges du testament militaire ne dérogent aux Coutumes que pour les formalitez, & non pour la disposition des biens, soit meubles & immeubles, dont on ne pouvoit disposer par un testament militaire au-delà de ce qu'il est permis par les Coutumes.

Les testamens militaires non écrits, sont nuls, & la preuve par témoins n'en est recevable,

Le testament militaire ne diffère que pour les formalitez, & ne peut rendre valable des dispositions faites contre les Coutumes,

C C C C X I V.

Quelles personnes peuvent tester de meuble, & comment.

Homme non marié ou n'ayant enfans, peut tester de ses meubles.

Homme non marié, ou n'ayant enfans, après l'âge de vingt ans accomplis, peut disposer de ses meubles par testament à qui bon lui semble.

La Coutume après avoir achevé de régler les solemnitez des testamens, commence en cet article & dans les suivans, de traiter des personnes qui peuvent faire testament, & des biens dont on peut disposer par testament en tout ou partie; comme aussi de ceux qu'elle défend de donner, sous quelles conditions on le peut, & en faveur de quelles personnes on en peut disposer.

La personne capable de tester est l'homme âgé de vingt ans accomplis; l'on ne doute point que ce mot *homme* ne comprenne le mâle & la femelle. La Coutume d'Orléans, art. 275. pour éviter cette ambiguïté, a mis les mots d'homme & de femme; & de la Lande a remarqué que ces deux mots n'étoient pas employés inutilement, parce que l'on observoit autrefois en plusieurs Coutumes de France, que la femme n'avoit que le bail de son heritage si elle avoit un hoir mâle, & ne le pouvoit donner. Cette question *an masculinum concipiat femininum*, est amplement traitée de part & d'autre par M^r Tiraqueau, de *Retr. gentilit. §. 1. gl. 9. n. 182. & sequent.* & suivant son avis dans les Coutumes, les Sentences, les privileges & les testamens, la femme est toujours comprise sous le terme d'homme; la chose est plus douteuse pour les contrats, à cause que les contractans ont dû & dû s'expliquer clairement; mais, comme a dit Alciat sur la *l. 1. de verb. signific.* c'est parler clairement quand on parle dans les règles, & c'est une règle de Droit que *masculinum concipit femininum*.

Il ne faut pas néanmoins s'imaginer que toutes les femmes sans distinction aient la liberté de tester, il n'y a que celles qui sont de condition libre qui le puissent faire, celles qui sont mariées en sont incapables, si leurs maris ne leur en donnent la permission; la Coutume s'en est expliquée nettement en l'art. CCCCXVII.

Il semble que la Coutume ne desire d'autre qualité en celui qui veut faire un testament, que l'âge de vingt ans accomplis, & que pourvu que l'on ait achevé ce nombre d'années, de quelque condition que l'on soit, la liberté de tester ne peut être ôtée à personne: Ce n'est pas toutefois l'intention de la Coutume, & sa disposition si largement étendue ne seroit pas véritable; ce qu'il faut expliquer plus particulièrement.

La permission de tester ne devoit pas être accordée en tous âges & à toutes sortes de personnes: Par le Droit Romain l'on étoit capable de tester après douze ans pour les femelles, & quatorze pour les mâles; *l. quâ atate, D. qui testament. facere poss.*

Plusieurs Coutumes de France n'ont accordé cette faculté qu'après la pleine puberté, qui est à dix-huit ans selon le Droit Civil, *l. Adrogati, D. de adopt. l. Melâ, de alim. leg. D.* Quelques-uns ont prolongé ce terme jusqu'à vingt-cinq ans, d'autres n'ont point déterminé l'âge; ce qui a donné lieu à cette question, savoir quel âge est requis dans les Coutumes qui n'en disposent rien, & qui sont demeurées dans le silence sur ce sujet? Mais par la jurisprudence du Parlement de Paris l'on doit suivre la disposition du Droit Civil; Ricard sur l'art. 293. de la Coutume de Paris, & en son Traité des Donat. p. 1. c. 3. sect. 3. De la Lande sur l'art. 294. de la Coutume d'Orléans; Journal du Palais, tome premier: Mais comme en Normandie l'on est majeur à vingt ans accomplis, on n'a point le pouvoir de tester avant cet âge.

Cependant quoi qu'une trop grande jeunesse empêche la liberté de tester, il n'en est pas de même de la vieillesse pour avancée qu'elle puisse être; les loix ont décidé que la seule caducité de l'âge ne retranchoit point la capacité de tester, *l. Senium, C. qui testament. facere poss. & l. Senectus, C. de donat.* s'il ne paroïssoit que le testateur fût tombé dans un délire, ou que son esprit & son jugement fussent si véritablement diminués, qu'il ne lui restât plus assez de capacité pour entreprendre un acte de cette conséquence, *senectus ad testamentum faciendum sola non est impedimento*; & quoi que le testateur eût plus de cent années, il est présumé avoir conservé assez de bon sens pour faire un testament, suivant le sentiment de Paul de Castre sur la loi *Senium*; de sorte que celui qui allégué la foiblesse d'esprit, est tenu de la prouver, *nam hac præsumptio est natura, ut sensus & ratio naturalis in quolibet homine præsumatur.*

Il ne suffit pas néanmoins toujours d'être âgé de vingt ans accomplis pour se servir de la faculté de tester, plusieurs personnes en sont privées par diverses considérations, en quoi l'on ne suit pas toujours les règles établies par le Droit Civil pour la capacité de tester.

Car à l'égard des enfans de famille, quoi qu'ils vivent encore sous la puissance de leurs peres, & qu'ils fassent partie de sa famille, ils ont la liberté de disposer de leurs biens, pourvu qu'ils aient vingt ans accomplis; ce qui ne leur étoit pas permis par le Droit Civil, *l. Qui in potestate, D. qui testament. facere poss.*

Les vieillards peuvent faire testament en tout âge.

Pour tester il faut avoir vingt ans accomplis, tant homme que femme.

La femme mariée ne peut tester sans la permission de son mari.

Pour être habile à tester, il faut avoir les facultés naturelles, extérieures & intérieures, requises pour cet éfet; car quoi que la Coutume ne parle que de l'âge, il faut néanmoins que celui qui teste, ait toutes les qualités de corps & d'esprit qui sont nécessaires pour faire un testament: C'est par cette raison que les sourds & muets de nature sont absolument incapables de tester, puisqu'ils n'ont pu se rendre capables de témoigner leurs volontés par écrit; mais si les défauts naturels d'une personne ne l'empêchent point d'exprimer ses sentimens, soit par parole, soit par écrit, elle est capable de tester; & même il a été jugé en ce Parlement qu'un aveugle pouvoit faire son testament, sans y employer plus de formalités que les autres, contre la disposition de la loi *hac consultiſſima*, *C. qui testament. facere poss.* par Arrest donné en la Chambre de l'Edit, le 27 d'Août 1638. contre les nommez du Hamel: Cette loi néanmoins est gardée au Parlement de Toulouse; d'Olive, l. 5. c. 6.

Les sourds & muets de nature, sont incapables de tester.

Le testament fait par un aveugle jugé valable.

Les furieux & les insensés ne peuvent tester.

Cas où le testament fait par le furieux & l'insensé peut être valable.

Diference entre la démence, la fureur & l'imbecilité.

Définition de l'imbecile.

Comment peut-on juger de la validité d'un testament fait par un imbecile?

Si la preuve de la démence du testateur est permise, nonobstant l'attestation contraire du Notaire?

Les capacités intérieures ne sont pas moins nécessaires que celles du corps; sur ce fondement les furieux & insensés sont interdits de faire aucunes dispositions testamentaires, bien qu'ils y eussent gardé toutes les solemnités prescrites, parce que l'on suppose que la volonté qui donne l'être aux testamens, ne s'y rencontre point: si toutefois le furieux ou l'insensé avoit quelques bons intervalles dans lesquels il auroit déclaré ou redigé par écrit ses intentions, la fureur précédente n'y donneroit pas d'atteinte, *qui testament. facere poss.* mais il y a souvent de la difficulté pour savoir si le testateur étoit travaillé de la fureur, ou s'il jouissoit de quelques bons intervalles lorsqu'il a fait son testament? Mantica, *de conject. ult. volunt. l. 2. t. 5.* & Menochius, *de presumpt. presumpt. 45.* ont enseigné par quelles marques l'on peut prouver ou présumer la fureur.

Il y a diference entre la démence, la fureur & l'imbecilité; ceux qui sont ataqez de ces deux premiers défauts sont incapables de tester & de donner, mais l'imbecile peut l'un & l'autre; l'on appelle ordinairement imbecile celui qui a un peu plus de foiblesse que le commun, mais qui a assés de lumière pour la conduite de ses affaires, & un tel est capable de faire un testament; mais s'il est entièrement privé de sens & de raison, il ne peut disposer de son bien. Barri, *de Testam. l. 1. t. 7. n. 42.* a fait cette distinction, *inter mente captum, furiosum, & fatuum*: Il dit que l'imbecile (*fatuus*) tient le milieu entre le fol & le furieux, & il le définit en cette maniere, *qui scit discernere aliquantulum negotia sua licet parva perspicuitate, ita quod dici possit fatuus vel grossolanus, vel hebeti ingenio*; c'est une personne qui n'a pas de démence, mais qui a une grande simplicité ou foiblesse d'esprit, qui ne le prive pas néanmoins de l'usage de la raison.

Pour juger de la validité ou invalidité d'un testament fait par un imbecile, la plupart des Docteurs ont pris ce tempérament, que l'on doit examiner la qualité de l'acte; que s'il est fait en la maniere qu'un homme de sens l'auroit pu faire, il doit valoir; que s'il y paroît quelque dérèglement, l'on n'y doit pas avoir d'égard, *ut procedat si testamentum sit tale quod quilibet prudens confecisset, secus si sit minus prudenter factum.* Menoch. *de arb. l. 2. c. 429.* Voyez Ricard, des Donat. *part. 1. c. 3. sect. 3. n. 153.* & 154. Journal du Palais, 8. tome.

Comme les Notaires pour fortifier le testament ne manquent jamais de déclarer, & même d'attester que le testateur étoit sain d'esprit & d'entendement, doit-on s'en croire à leur attestation, & leur témoignage exclut-il une preuve contraire? L'opinion commune est que l'attestation du Notaire ne fait pas une preuve irréprochable, mais elle engage celui qui la conteste à prouver le contraire. Barri, *loco cit. n. 41.* Mant. *l. 2. t. 5.* Par Arrest du Parlement d'Aix ra-

porté dans la huitième partie du Journal du Palais; il fut permis de vérifier par toutes sortes de preuves la démence d'un testateur avant le testament, lors & après.

Il faut mettre au nombre des incapables le prodigue, après que la disposition de ses biens lui a été interdite; car il y a cette diference entre le furieux & le prodigue, que le premier est rendu de plein droit incapable de disposer, dès le moment que son esprit commence à être troublé; mais l'incapacité du prodigue ne commence que du jour qu'elle a été rendue publique & notoire, & c'est pourquoi personne n'est interdit de disposer de ses biens par testament ou autrement, qu'après qu'il a été déclaré prodigue en Justice avec les solemnités accoutumées.

Les Religieux sont aussi du nombre des personnes qui n'ont point la capacité de tester, bien même qu'ils eussent obtenu dispense pour posséder des Benefices.

Arrest du 20 d'Avril 1617. entre les Religieux Carmes du Ponteaudemer, apelans & prétendans la succession de défunt J. Gontier Religieux de leur Ordre, lequel avoit obtenu dispense du Pape pour posséder une Cure: Les Tresoriers & les Paroissiens demandoient l'exécution du testament, par lequel il avoit legué à l'Eglise & au Tresor de ladite Eglise plusieurs meubles & obligations: Les Religieux Carmes soutenoient le testament nul par la disposition du Droit Canonique, *Monachi testamenti factionem non habent*: & encore que le défunt eût été dispensé pour tenir une Cure, sa dispense n'avoit éfet que pour le rendre capable de jouir du Benefice, & non pas pour le dispenser du Vœu & de la Règle dont le caractère est inéfacable; la dignité de Curé ne le dispensoit pas du Vœu & de la qualité de Religieux, & par le Droit commun tout ce que le Religieux acquiert, il l'aquiert au Monastere: les Religieux sont comparez aux serfs & aux enfans de famille qui sont incapables de tester, & tout ce qu'ils acquierent appartient à leurs maîtres ou à leurs peres. Le Curé, les Tresoriers & les Paroissiens soutenoient le testament valable, disans que tous les biens du défunt provenoient de son Benefice, & en les rendant à la même Eglise, il faisoit un acte de justice: La Cour cassa la Sentence dont étoit apelé, & en reformant déclara le testament nul, & ajugea les biens du défunt au Monastere des Carmes du Ponteaudemer.

On a fait diference entre les Chanoines Reguliers & les autres Moines. Guerout Religieux de S. Augustin & Curé, avoit donné par son testament six vingt livres de rente à l'Eglise dont il étoit pourvû: Les Religieux de la Maison contesterent cette donation, néanmoins elle fut confirmée par Arrest du 12 de Janvier 1629. Mr du Viquet Avocat General aiant fait remarquer la diference entre les Chanoines Reguliers & les autres Moines, les premiers étant institués pour remplir les Benefices de leur Ordre, & n'aians pas besoin de dispense pour les desservir.

Les Chevaliers de Malthe participent à l'incapacité des autres Religieux; l'engagement qu'ils contractent par les trois vœux qu'ils font, les rendant Religieux aussi-bien que les autres; & Chopin cite un Arrest du Parlement de Paris, par lequel le testament d'un Chevalier de Malthe, quoi que fait pour causes pies, & qu'il n'eût donné que ses acquêts, fut déclaré nul; Chopin, *Monasticon, l. 2. t. 26.* Mainard, *l. 1. c. 17.* Ricard, des Donat. *p. 1. c. 3. sect. 5.* Févret, Traité de l'Abus, *l. 4. c. 6.* & quelque dispense que les Religieux pourroient obtenir à l'éfet de pouvoir tester, elle seroit de nul éfet en ce Roiaume, parce que le Pape n'y a aucun pouvoir sur les choses temporelles.

C'est une doctrine constante par tout le Roiaume, que les étrangers ne peuvent sous quelque prétexte que ce soit, disposer des biens qu'ils y possèdent, quoi qu'ils le puissent par donations entre-vifs,

Le prodigue interdit de la disposition de ses biens, ne peut tester.

Les Religieux, quoique Beneficiers, sont incapables de tester.

Diference entre les Chanoines Reguliers & les autres Moines pour la capacité de tester.

Les Chevaliers de Malthe ne peuvent tester.

Les étrangers non naturalisez, sont incapables de tester.

comme je l'ai remarqué sur l'art. CXLVIII. cela néanmoins ne s'entend que des étrangers non naturalisez ; car à l'égard de ceux qui ont obtenu des lettres du Roi, ils peuvent disposer de leurs biens avec la même liberté que les naturels François ; Bacquet, des Droits d'Aubeine, c. 3. Ricard, des Donat. p. 1. c. 3. sect. 4.

Ceux qui sont morts civilement, & les condamnés à une peine capitale qui n'a point eu d'exécution, ne peuvent tester.

Le testament fait par l'accusé avant la condamnation est valable.

Nous renfermons dans le nombre des incapables de tester tous ceux qui sont morts civilement, & qui ont été condamnés à une peine capitale, mais qui est demeurée sans execution. Il faut néanmoins remarquer que si l'accusé décédoit avant la condamnation, & même avant le jugement de l'appel ou la prononciation de l'Arrest, son testament seroit valable, suivant la disposition de la loi *Quia latronibus* 13. §. ult. D. de testament. *Si quis capitali crimine damnatus appellaverit, & medio tempore pendente appellatione fecerit testamentum, & ita deceaserit, valet ejus testamentum.*

Pour savoir en quel tems la capacité est requise lorsqu'il s'agit de testamens, voyez Ricard, des Donat. p. 1. c. 3. sect. 18.

L'on ne met point de différence entre le testament d'un homme sans lettres, & le testament de celui qui fait lire & écrire, ou de celui qui fait lire seulement, & il n'importe de quelle manière l'on doit entendre le §. *Quod si litteras ignoret, l. Hac consultissima, C. de testament. Si de imperito scribendi, aut de imperito legendi.* Le testament d'un homme qui ne fait lire & écrire, n'est pas moins valable que celui d'un Docteur de Droit, quoi qu'il n'y ait observé que les formalités ordinaires.

La personne capable de tester peut donner tous ses meubles. L'ancienne Coutume de Bretagne étoit conforme à la nôtre, & un homme pouvoit donner tous ses meubles par testament ; mais quand elle fut réformée, art. 203, on y apporta ce temperament suivant l'avis de M^r d'Argentré, que si un homme n'avoit point d'immeubles, ou que son propre & ses acquêts ne valussent pas autant que ses meubles, il n'en pouvoit donner que le tiers : *Intolerandum est præter mobilia nihil habentem omnium donationem præmitti effusâ liberalitate.*

La donation universelle des meubles n'est permise qu'à celui qui n'est point marié, & qui n'a point d'enfans.

Pour empêcher ce desordre, nôtre Coutume ne permet cette donation universelle des meubles qu'à celui qui n'est point marié, & qui n'a point d'enfans, & même à l'égard des donations de meubles des maris à leurs femmes, la Coutume, art. CCCCXXIX. a quelque chose de semblable à celle de Bretagne, en ce que le mari qui n'a point d'enfans, ne peut donner de ses meubles à sa femme, que jusqu'à concurrence de la valeur de ses immeubles. Il n'y a donc que les parens collatéraux à qui l'on fasse préjudice par cet article ; cela les engage à mériter par leurs services les bienfaits de leur parent.

Trois difficultés naissent ordinairement sur l'explication & sur l'étendue que l'on doit donner à la donation des meubles : La première, si certaines choses doivent être censées meubles ou immeubles ? Cette matière aura dans la suite son Titre particulier. La seconde, si tout ce qui est véritablement meuble, est compris dans la donation des meubles ? Et la troisième, si la chose léguée ayant changé de nature depuis le testament, ou si le testateur y ayant fait quelque augmentation, cela emporte la perte ou la révocation du legs ? La décision de ces difficultés dépend le plus souvent des termes du testament ; par exemple, une donation étoit conçue en ces termes, à savoir qu'un homme donnoit tous ses meubles meublans, linges, tapisseries, habits & argenterie, & tous ses autres meubles qui se trouveroient au jour de son décès, & ses livres. Le légataire prétendoit que par ces mots, & tous ses autres meubles, l'argent monnoyé, les obligations & les arrerages des rentes lui devoient appartenir ; les raisons de douter étoient grandes : le donateur après avoir donné ses meubles

Si tout ce qui est véritablement meuble, est compris dans la donation des meubles.

meublans sans aucune réserve, avoit ensuite déclaré qu'il donnoit tous ses biens-meubles indistinctement, sans aucune relation aux meubles meublans, par conséquent il sembloit que dans cette disposition générale toutes les choses qui de leur nature sont meubles, y étoient comprises, *nomina, jura & actiones* ; autrement la clause auroit été superflue, contre la nature des testamens, dans lesquels pour toutes les choses douteuses on fait valoir la volonté du testateur : On opposoit au contraire, que suivant la loi *si mihi Marcia*, §. *his verbis* ; de legat. 3. sous le nom de meubles l'or & l'argent monnoyé n'est point compris, & que sous la clause *cum omni instrumento, & repositis omnibus nullo omnino excepto non videri testatorem de pecuniâ numeratâ ; aut instrumentis debitorum sensisse.* Or la volonté du testateur paroïssoit contraire, aiant depuis par son testament légué à un sien parent la remise d'une rente & des arrerages : Par Arrest du Parlement de Paris, il fut jugé que les promesses, les obligations & les arrerages des rentes n'étoient point comprises dans le legs, seconde part. du Journal des Audiences, l. 1. c. 7. Dans le premier Journal des Audiences, l. 1. c. 14. de l'impr. de 1652. l'Auteur traite la question opposée, si en un legs de tout l'argent que j'ai en ma maison, les autres meubles, tableaux, tapisseries, vaisselle d'argent, peuvent y être compris ? La raison de douter procède de la l. *pecuniâ*, c. 78. de verb. signif. *Pecuniâ verbum non solum numeratam pecuniâ complectitur, verum omnem omnino pecuniâ : hoc est omnia corpora, nam corpora quæque pecuniâ nomine contineri, nemo est qui ambiget* : cet Auteur résout fort bien, à mon avis, que comme en matière de legs il faut principalement avoir égard à la façon de parler qui donne nom aux choses, & que selon nôtre commun usage, sous le nom d'argent il n'y a que l'or & l'argent monnoyé qui y soit entendu, la vaisselle & les autres meubles de prix n'y peuvent être compris ; mais, comme j'ai déjà dit, toutes ces questions se doivent plutôt juger par la vrai-semblable intention du testateur, que par aucune autre interprétation ; & c'est une règle en Droit, l. 69. de legat. 3. que *non aliter à significatione verborum recedere oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.* Nous en avons un exemple dans la l. *librorum* 52. de legat. 3. où le Jurisconsulte Ulpian résout que *librorum appellatione continentur omnia volumina, sive in chartâ, sive in membranâ sint.* Ensuite il demande si sous ce nom de livres, les tablettes où l'on place les livres sont aussi comprises ? & il répond, §. 3. que Sabinus & Cassius avoient écrit, *libris legatis bibliothecas non contineri, neque armaria, neque scrinia, neque cetera in quibus libri continentur contineri* ; cependant dans le §. 7. de cette même loi il ajoute, que ce que Sabinus a écrit *libros bibliothecam non sequi, non per omnia verum esse.* Sur quoi la Glose pour concilier ces deux Jurisconsultes, dit que l'opinion de Sabinus n'étoit point véritable, *scilicet cum mens testatoris est in contrarium.* Il faut donc dans les choses douteuses avoir égard à l'intention vrai-semblable du testateur.

Par la nature des testamens, dans toutes les choses douteuses, on fait valoir la volonté du testateur.

La troisième difficulté procède quand la chose léguée a changé de nature depuis le testament, ou que le testateur y a fait quelque augmentation ; ces mutations en la forme ou en la matière de la chose léguée, font douter si le testateur a point changé de sentiment ? Les Jurisconsultes Romains, l. *servum filii sui* 44. §. 2. de legat. 1. en proposent plusieurs espèces : *Si pocula quis legavit, & massa facta est, vel contra item si lana legetur, & vestimentum ex ea fiat, legatum in omnibus superscriptis consistit, & debetur quod extat, si modo non mutaverit testator voluntatem* ; de même, §. 3. *Si lancem legavit, & massam fecit, mox poculum, si arca legata domus imposita sit, debetur legatario* ; mais c'est toujours à cette condition, *durante scilicet voluntate testatoris.*

Si la chose léguée aiant changé de nature depuis le testament, cela emporte la révocation du legs.

La Coutume ne permet de donner tous ses meubles que sous cette condition, que le testateur ne

soit point marié, & qu'il n'ait point d'enfans; elle rétreint beaucoup ce pouvoir lorsque ces deux conditions manquent, comme on le verra dans la suite.

Cet article n'est pas généralement vrai, quoi que la Coutume permette sans aucune exception à celui qui n'est point marié, ou qui n'a point d'enfans, de donner à qui bon lui semble; il n'est pas vrai aussi qu'il puisse choisir toutes sortes de personnes pour en faire le sujet de sa libéralité. Il ne pouroit pas donner à une personne infamé, & il ne seroit pas permis de faire un legs dans la vûe de deshonoré & de faire injure à celui auquel il est fait: *Turpia legata qua denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis, pro non scriptis habentur*, parce que, dit M^r Cujas, in *Comment. ad dictam legem, legatum est honor sicut hereditas*: Le testateur pouroit encore bien moins faire un legs qui le deshonoreroit lui-même, en découvrant la licence de ses mœurs & le déreglement de sa vie; & il seroit encore honteux que la personne qui a été le sujet du scandale & la complice de sa débauche, en pût profiter.

Quelques Coutumes se sont expliquées avec plus de prudence & de précaution; car au lieu de donner un pouvoir si vague & si general, en permettant au testateur de donner à qui bon lui semble, elles ont ajouté à personnes capables; mais quelque indéfinie que soit la permission de donner à qui bon nous semble, l'on doit toujours présupposer cette condition, *pourvu que le legataire soit capable de recevoir le legs*. Ceux qui ne peuvent recevoir de legs sont les étrangers, qui ne profitent point des dispositions testamentaires des regnicoles, *qui non habent testamenti actionem passivam nec activam*: or un testament ne peut être fait tant activement que passivement, qu'entre ceux qui sont soumis à un même Droit Civil, *Civis Romanus Civis Romano*, l. 1. D. ad l. Falcid.

Les condamnés aux galères à perpétuité ou à un bannissement perpétuel, sont pareillement incapables de legs, *comparantur deportatis & damnatis ad metallum, quibus legata relicta non valent*: l. 1. §. his quibus, D. de legat. 3. Il faut encore mettre dans la catégorie des incapables de legs les Religieux Profés, non seulement parce qu'ils ont fait vœu de pauvreté, mais aussi parce qu'ils sont morts au monde; on peut toutefois leur donner par forme d'alimens une pension.

Quoi que Berault cite un Arrest par lequel la donation faite à une concubine fut confirmée, la pureté du Christianisme ne souffre point qu'on approuve ces sortes de donations; la loi *affectionis, de donat.* a donné lieu à la faire valoir; mais Tribonien n'est point excusable d'avoir conservé cette loi qui ressembloit l'impureté du Paganisme: aussi la Glose a dit que *valet tantum ad exceptionem, non etiam ad actionem*, c'est-à-dire qu'on ne peut repeter ce qui a été donné, mais qu'on ne donne point d'action pour le demander. M^r Connan a fort approuvé la distinction de la Glose.

L'Empereur Justinien par sa Nouvelle 14. aiant aboli tout ce sale commerce, & chassé de toutes les villes les femmes publiques, on ne doit plus souffrir que ces débauchées tirent aucun profit de leur vice; si la Coutume improuve les donations d'entre les maris & les femmes, à plus forte raison elles ne doivent pas être permises en faveur de ces impudiques, *qua solent esse blandiores & rapaciores*; c'est le raisonnement de du Moulin sur Decius, *Conf. 196. in verb. (& spoliet.)* & afin aussi, comme dit l'Empereur, *ne quid amplius habeat castitate luxuria*: Ce qui doit recevoir d'autant moins de difficulté, que le divorce & le concubinage qui s'étoient maintenus long-tems dans le Christianisme, furent enfin abolis par les Nouvelles des Empereurs Leon & Constantin Porphyrogenete.

M^r le Bret en sa Décision 12. fait cette distinction, que si la donation est faite à une personne publique,

qua pudorem suum prostravit alienis libidinibus, elle ne peut en demander l'exécution; la loi Civile la traitant avec tant d'infamie, qu'elle lui dénie l'action *ex stupro*; mais quant à la fille qui est débauchée par quelqu'un; comme la Loi de Dieu, Deuter. c. 22. oblige celui *qui humiliavit eam, ut aut uxorem habeat, aut doret*, & que la loi Civile lui donne l'action de *stupro illato, licet nulla sit vis adhibita*, on ne doit point improuver ces donations; ce qu'il dit avoir été jugé par Arrest du Parlement de Paris, cela lui tient lieu d'intérêt & de réparation plutôt que de donation.

Cette distinction ne doit avoir lieu que quand la fille n'a point continué dans le vice, ni vécu avec son corrupteur en concubinage; mais quand elle a perseveré dans la débauche, la donation ne peut valoir; le motif & la cause en étant infames & honteuses, elles ne peuvent donner ouverture à aucune action que l'on puisse introduire en la face de la Justice, nonobstant l'Arrest de Croville rapporté par Berault sur cet article.

Aussi le contraire a été jugé en ce Parlement, en une Cause évoquée de celui de Paris: Dame Felicia de Moulins légua par son testament à la Demoiselle de Quersalem sa petite-fille tous ses biens, à condition qu'elle ne pouroit se marier que par l'avis de ses parens; depuis sans en conférer avec ses parens, elle épousa le sieur de Ricouffe, lequel étant mal satisfait de sa conduite, fit informer contr'elle; mais par une transaction qu'ils firent ensemble, elle demeura séparée de biens, & permise & autorisée de disposer de ses biens: auparavant cette transaction, elle avoit fait une donation générale de tous ses biens en faveur du sieur de Vaugrenant que l'on acusoit de l'avoir débauchée. Après la mort de la Dame de Quersalem, la Dame du Chartrier & ses coheritiers firent déclarer la donation nulle, comme aiant été faite *turpi persona*, par Sentence des Requêtes de l'Hôtel; dont le sieur de Vaugrenant aiant apelé, & l'affaire aiant été renvoyée en ce Parlement, Varin disoit pour établir la validité de la donation, qu'il n'y avoit ni incapacité en la personne de la donatrice, ni indignité en la personne du donataire; qu'elle avoit pu donner ses biens en vertu de la transaction faite avec son mari, par laquelle elle s'étoit réservée le pouvoir de donner, & son mari l'aient autorisée par le même acte, elle n'avoit point eu besoin de lui demander une autorisation plus particulière: Pour l'indignité, que par les informations il n'y avoit rien de rapporté contr'elle, & son mari n'avoit jamais formé d'aculation pour cause d'adultère. Gréard répondoit pour la Dame du Chartrier, que M^r le Président Baillet & le sieur de Vaugrenant son fils avoient surpris cette donation; que le mari s'étoit plaint du commerce scandaleux que sa femme avoit avec le sieur de Vaugrenant; qu'à la vérité le mot d'adultère n'y étoit pas, mais qu'un mari ne pouvoit pas s'en expliquer plus nettement; que les donations de cette qualité avoient toujours été condamnées, parce que la vertu ni la reconnoissance n'en étoient pas le principe; que le crime & l'adultère en étoient la cause: Pour l'incapacité, que la seule separation ne rompoit point le joug de la femme, & qu'il falloit une autorisation expresse, & que le mari n'eût pas sans doute approuvé une donation faite en faveur de celui qui étoit l'objet de ses soupçons & de sa plainte. Par Arrest du 7 de Juillet 1682. la Sentence fut confirmée, l'Arrest fondé principalement sur l'indignité.

L'honnêteté publique a prévalu au Parlement de Paris; Brodeau, l. D. n. 43. sur M^r Louët, a remarqué les Arrêts qui ont annullé ces donations, non seulement entre ceux qui étoient coupables du crime d'inceste & d'adultère, mais aussi contre les impies concubinaires. Ricard, des Donat. p. 1. c. 3. sect. 8. a traité cette matière dans une section entière, & il

Cas où la donation faite à une concubine, peut valoir.

Il n'est pas permis de leguer pour faire deshonneur & injure au legataire.

Les étrangers sont incapables de legs.

Les condamnés aux galères ou au bannissement perpétuel, sont exclus de legs.

Les Religieux Profés en sont aussi incapables, si ce n'est de pensions pour alimens.

On ne peut leguer à une concubine.

Donations entre simples concubinaires, jugées nulles.

se range du côté de ceux qui estiment ces donations non valables.

La loi doit donner tout à l'honneur & à la pureté, & condamner tout ce qui les peut blesser. Et dans la seconde partie du Journal des Audiences, l. 7. c. 9. on trouve un Arrest par lequel un contrat de donation en forme de vente, au profit d'une fille avec qui le vendeur vivoit mal, fut déclaré nul. On a voulu fermer la porte à ces profusions infames par toutes sortes de voies pour arrêter ces déreglemens; & par un Arrest rapporté dans la troisième partie du même Journal, l. 8. c. 15. les contrats & acquisitions qu'une concubine avoit faits en son nom, ont été déclarés nuls & frauduleux, & estimés être un don indirect & prohibé fait par celui qui l'entretenoit, & qui s'étoit déclaré être débiteur par lesdits contrats de constitution; *presumitur confessio debiti in personas donationis incapaces, fraudulenta.*

On a même porté la chose plus loin au Parlement de Paris; Brodeau, sur M^r Louët, l. D. n. 43. a observé que l'on déclara nulle une donation testamentaire faite au profit de la fille de la concubine, encore qu'il n'y eût point de preuve qu'elle eût été née dans le concubinage, du fait d'un Prêtre testateur, le legs étant fait en considération de la mere.

En cette Province le legs fait par un pere à son fils naturel de tous ses meubles seroit valable, article CCCCXXVI. les bâtards n'étant point incapables de ces sortes de donations, & n'ayant rien en leurs personnes qui soit défavorable, que le vice de leur propre pere.

Quoi que la Coutume permette à celui qui fait son testament, de donner ses meubles à qui bon lui semble, il faut néanmoins que ce soit non seulement une personne capable comme il vient d'être dit, mais aussi que ce legs ne soit pas fait à une personne incertaine; car lorsque l'on ne peut découvrir quelle personne a été l'objet de la liberalité du testateur, le legs ne peut valoir, *incertis personis legari concessum non est, Instit. de legat. §. 24.* par exemple si un legs étoit fait en cette maniere, *quiconque donnera sa fille en mariage à mon fils, mon heritier lui donne un tel fonds ou une telle somme.*

Il y a néanmoins certains cas où ces dispositions peuvent être valables, comme lorsqu'avec une certaine démonstration on lègue à une personne incertaine du nombre de personnes certaines, *cum sub certa demonstratione ex certis personis incerta persona legatur, §. 26. eod.* par exemple, *ex cognatis meis qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, mon heritier lui donne une telle somme;* car encore que la personne qui doit épouser cette fille soit incertaine, il doit être néanmoins du nombre des parens du testateur, qui vivoient lorsqu'il faisoit son testament,

Il en est encore de même lorsque cette incertitude n'est pas indéfinie, comme en la loi *quidam 3. D. de reb. dub.* dans l'espece de laquelle un legs étoit fait en cette sorte: *Je lègue mille écus au profit de celui d'entre ceux que j'ai instituez mes heritiers; ou de mes parens, qui m'obtiendra des Lettres de grace du Prince;* ce legs est valable, parce qu'il a légué à tous ses heritiers ou à tous ses parens sous condition, dit M^r Cujas en ses Notes sur cette loi, *persona ex certis incerta erat:* & suivant la loi *Paulus respondit 2. eod.* la condition de donner peut être conférée sur une personne certaine ou incertaine; *id quod conditionis implenda causa dandum est, sine dubio certis & incertis personis dari debet.*

La Glose sur le §. *incertis*, aux Instit. de legat. fait cette distinction, que l'incertitude du légataire peut être manifestée, & le légataire connu par quelque événement, en ce cas le legs est bon, comme en la loi *si quis ita scripserit, D. de reb. dub. mon heritier donnera cent écus aux témoins qui signeront mon testament; Utile legatum est, quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis;* ou bien l'incertitude ne

peut être levée par aucune voie, & en ce cas il est vrai de dire que le legs fait à une personne incertaine est nul. Il faut seulement excepter de cette regle le legs qui est fait aux pauvres & aux captifs qui ne laissent pas de valoir, quoi qu'il soit fait à des personnes absolument incertaines, *Id quod pauperibus. C. de Epist. & Cler. Voiez Ricard, des Donat. p. 1. c. 3. sect. 11.*

Enfin, lorsque le testateur veut donner à des personnes capables & certaines, il ne doit pas faire dépendre son don de la volonté d'autrui, *nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest, l. nonnunquam 52. D. de condit. & demonstr.* Par exemple, si Titius le veut je donne cent écus à Mœvius; comme ce legs est laissé en la pure volonté de Titius, il est de nul effet: c'est donc une maxime qu'un legs laissé à la pure volonté d'autrui, ne peut valoir; or il est réputé laissé à la volonté d'autrui, lorsqu'il n'a pour condition & pour fondement que la volonté d'un tiers & d'un étranger; car l'on pourroit fort bien donner à quelqu'un, pourvu qu'il veuille accepter le legs, si *volet,* parce que c'est une condition qui est valable par le consentement universel de tous les Docteurs.

Cependant cette proposition dans son application, rencontre beaucoup de difficultés à cause de plusieurs loix qui paroissent contraires; j'en ai déjà dit quelque chose sur l'art. CCCCXII. & j'ai remarqué qu'encore quedans cette loi *nonnunquam*, il soit expressément décidé qu'un legs laissé à la volonté d'autrui ne peut être valable, & que les loix *si illa institutio 32. & si quis 68. D. de hered. institut.* déclarent vicieuses les institutions d'heritiers, qui sont mises à la volonté d'autrui; néanmoins par la loi *Senatus, §. legatum, de leg. 1.* & par plusieurs autres, *legatum in aliena voluntate poni potest.*

M^r Jean Ricard en son Traité des Donat. p. 1. c. 3. sect. 11. avoué que l'irresolution en laquelle les Docteurs sont tombez en cette occasion, l'avoit souvent détourné de travailler sur cette matiere: & qu'enfin après y avoir donné quelques veilles pour faire bien entendre cette proposition, il se servoit de trois exemples pour concilier toutes les contrarietes que l'on remarque ordinairement dans les loix qui sont à ce sujet, en les rangeant chacune sous leurs especes, ne pouvant néanmoins approuver cette autre façon de concilier ces loix que M^r Cujas nous a données dans le second Livre de ses Observations, chap. 2. & dont j'ai fait mention sur l'art. CCCCXII.

Il est certain que les distinctions proposées par M^r Jean Ricard, donnent beaucoup d'éclaircissement à cette matiere, quoi que toutefois il soit mal-aisé d'accorder toutes les loix, si l'on ne se sert pas en quelques endroits de la doctrine de M^r Cujas.

Mais sans répéter ce que cet Auteur enseigne, il me semble que l'on y peut ajouter que le testateur a laissé le legs en la volonté du légataire même, ou en celle d'un tiers & d'un étranger; au premier cas le legs doit avoir son effet, parce que tous les Docteurs conviennent, comme je l'ai dit ci-devant, qu'un legs peut être laissé à la volonté du légataire, parce que personne ne peut être contraint d'accepter un don contre son gré, & suivant cela il est aisé de concilier le §. *legatum* de la l. *Senatus, de legat. 1.* avec la loi *Nonnunquam, D. de condit. & demonstr.* car entendant ces mots *in aliena voluntate*, comme la Glose a fait du légataire, parce qu'il est comme étranger à l'égard de l'heritier, il ne restera plus aucune contradiction en expliquant ces paroles de la loi *nonnunquam*, que *legatum in alienum arbitrium conferri non potest*, d'un tiers & d'une personne étrangere, & non point du légataire, comme au §. *legatum.*

Il est vrai que M^r Cujas a écrit qu'Accurse a trouvé cet échappatoire pour se débarasser de la contradiction manifeste de ce §. *legatum*, avec la loi *nonnunquam*, & il explique ces loix en cette maniere, que si le testateur a voulu que le legs dépendit absolument de la volonté d'un tiers, il est inutile, & c'est l'espece

Le legs fait aux pauvres & aux captifs quoi qu'incertain, est valable.

Le legs laissé à l'arbitrage d'autrui, est nul.

Donation faite à la fille d'une concubine jugée nulle.

En Normandie les bâtards ne sont point incapables de donations ni de legs.

Les legs doivent être faits à personnes certaines.

Cas où les legs faits à personnes incertaines, sont valables.

Le légataire ne peut être contraint d'accepter le legs contre son gré.

de la loi *nonnunquam*, que s'il y a quelque condition sous-entenduë, comme en la loi 1. de *legat. 2.* où le Jurisconsulte dit que *in arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio*, ou comme dit M^r Cujas, *conditionem, potest; quid enim interest; si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit?* quoi qu'il en soit, tous conviennent de ce principe, que le legs peut être laissé à la volonté du légataire, & par cette raison l'explication que la glose donne au §. *legatum*, paroît plus raisonnable; mais lorsqu'il est remis à la volonté d'un tiers, l'on y doit faire ces quatre différences: quand le legs est laissé à la pure volonté d'un tiers, *totum testator in voluntate ejus posuit*, le legs ne peut valoir; nous en avons un exemple en la loi 32. de *hered. institut. D. Illa institutio, quos Titius voluerit, vitiosa est, quod alieno arbitrio permessa sit*, & c'est le véritable cas de cette maxime, que *legatum in alienum arbitrium conferri non potest*, lorsqu'il n'y a pas moyen de faire valoir autrement les termes dont le testateur s'est servi, & que toutes les circonstances & les conjectures du testament font présumer que son intention a été de laisser le legs à la pure volonté d'un autre.

Le legs peut être laissé à la volonté du légataire.

Le legs laissé à la pure volonté d'autrui est nul.

Le legs laissé à la volonté d'autrui sous condition, est valable.

La seconde différence est lorsque le legs est laissé à la volonté d'autrui sous quelque condition, ou même en forme de condition, comme en la loi 1. D. de *legat. 2. in arbitrium alterius conferri legatum potest, veluti conditio, si Titius Capitolium ascenderit*; & régulièrement un legs fait sous condition, est valable.

La troisième différence consiste à remarquer les paroles dont le testateur s'est servi, car si le testateur n'a pas remis le legs absolument en la pure volonté d'autrui, mais qu'il use de ces termes, *si Titius le trouve juste, s'il approuve mon dessein*, en ce cas le legs est bon, parce que *in arbitrium heredis, tanquam in bonum virum collatum est*; c'est le cas de la loi *si sic legatum 75. de legat. 1. Si sic legatum vel fideicommissum relictum est, si estimaverit heres, si comprobaverit, si justum putaverit, legatum & fideicommissum debetur, quoniam viro bono potius ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum.*

La quatrième différence est plus considérable, parce que la question s'en présente souvent, & c'est comme Bartole l'a remarqué sur la loi *utrum, §. cum quidam, D. de reb. dub. Cum substantia legati in alterius voluntatem non committitur, sed electio persona tantum committitur*; lorsque l'élection qui est laissée par le testateur à un tiers ou à l'héritier institué, ne regarde point la substance du legs qui est certain & fait au profit de quelqu'un, mais seulement le choix de la personne entre un certain nombre, ou de la chose léguée entre plusieurs choses qui sont désignées, pour lors le legs est valable. Le Jurisconsulte l'a fort bien expliqué dans le §. *cum quidam* de la loi *utrum, de reb. dub.* en ces termes; *Cum quidam pluribus heredibus institutis unius fideicommississet, ut cum moreretur, uni ex cohæredibus cui ipse vellet restitueret eam partem hereditatis, que eum pervenisset, verissimum est utile esse fideicommissum*; & ensuite il en rend cette raison, *nec enim in arbitrio ejus qui rogatus est, positum est, an omnimodò velit restituere, sed cui potius restituat, plurimum enim interest utrum in potestate ejus quem testator obligari cogitat, faciat si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedit?*

Le legs laissé au choix de l'héritier institué, ou d'un tiers, entre un certain nombre de personnes, est valable.

Le sens & l'explication de cette loi sont beaucoup plus aisées que celles des autres loix qui traitent de cette matière; car l'on y a remarqué clairement que la substance du legs n'est pas laissée à la volonté de l'héritier institué, mais qu'il a seulement la faculté de choisir la personne à laquelle il fera la distribution; & c'est aussi sur cette loi que l'on s'est fondé pour décider ces questions qui se sont souvent présentées, lorsqu'un testateur avoit déposé entre les mains de son Curé ou de quelque personne confidente certaines sommes pour être distribuées selon ses in-

tentions qu'il lui avoit déclarées; car dans ces sortes de dispositions le legs n'est pas remis à la volonté d'un tiers, puisqu'il est obligé de s'en saisir, mais il a seulement l'élection de celui ou de ceux auxquels il en pourra faire la distribution.

Pour les autres loix, quelques efforts que les Interprètes aient fait pour en ôter la contradiction, c'est plutôt un jeu de paroles & d'imaginations qu'une véritable conciliation; car on ne peut rien lire de plus opposé que ces deux décisions: Ulpian dans la loi 1. de *legat. 2.* dit qu'il n'importe pas si le legs est fait en ces termes, *si Caius Capitolium ascenderit, aut si voluerit*, & que le legs est bon; & au contraire Modestinus répond qu'un legs fait en ces termes, *si Caius voluerit*, est nul, *l. nonnunquam, D. de condit. & demonstr.* car de vouloir que dans l'espece proposée par Ulpian il y ait une condition, & que dans l'autre il ne s'y en trouve point, c'est une pure imagination, puisque ce sont les mêmes paroles, & que la condition se pouroit trouver en l'une & l'autre espece.

Il est donc plus utile de ne s'arrêter point à ces subtiles distinctions, & de poser pour une règle générale, que quand le legs est laissé à la pure volonté d'autrui, & qu'il n'y a point d'autre condition, il soit de nul effet; mais que quand la chose est donnée à une personne que l'on peut choisir en un certain nombre, & que par conséquent il n'y a que la distribution qui en soit remise à l'arbitrage d'autrui, ce legs soit bon.

Si le testateur avoit exprimé la cause qui l'avoit mû à faire un legs, deviendroit-il nul, si cette cause ne se trouvoit pas véritable? La Dame de Blanque fit un legs par son testament en ces termes: *Je donne tous mes meubles à Mademoiselle de Bellefosse; à qui je croi qu'ils appartiennent par la Coutume, & suivant qu'il est permis d'en disposer; & pour mes immeubles je les laisse à ceux auxquels ils appartiennent par la Coutume.* Cette Demoiselle de Bellefosse ne s'étant pas trouvée la plus proche & la plus habile à succéder, l'héritier lui contesta ce legs, alléguant que la testatrice ne lui avoit fait ce legs que dans la pensée qu'elle lui pouvoit succéder aux meubles suivant la Coutume: Le Juge avoit ajugé la délivrance du legs à la Demoiselle de Bellefosse: Sur l'apel de l'héritier, Herouët son Avocat remontra que s'il étoit question d'expliquer les paroles du testateur, on considéreroit sur tout son intention, *sed ubi verba clara sunt, non debet admitti voluntatis questio, l. illo aut illo, de legat. 3. & par la loi 19. de usu & usufruct. & interdum plus valet scriptura quam peractum est*: Sur quoi M^r Cujas en son Commentaire dit, *quod & si potior equidem sit voluntas testatoris, que contraria sit scriptura perspicua & certa, probatio difficillima est: Ea qua ipso testamento oriuntur, que ex ipsis testamenti verbis pendent, debere secundum juris scripti rationem secundum scriptum expediri, & mitti questionem voluntatis*: En cette Cause il n'étoit pas besoin de faire combattre l'écriture contre le testament, l'écriture & la volonté de la testatrice étoient claires à son avantage; elle donnoit tous ses meubles à l'intimée, parce qu'elle croioit qu'ils lui appartenoient par la disposition de la loi: La volonté de la testatrice donc est manifeste, elle ne donnoit à l'intimée que ce qu'elle croioit lui appartenir de droit, c'est là la cause & le motif de la donation nettement exprimée par ces paroles, *à qui je croi qu'ils appartiennent par la Coutume*: donc si elle avoit sù le contraire, & que l'intimée n'étoit point son héritière, elle ne lui eût pas donné, *si aliter scivisset, non donasset*: Si l'on objecte que *falsa causa, sicut nec falsa demonstratio non vitiant legatum*, on répond que cela n'est pas toujours véritable en Droit. Il y a deux sortes de démonstrations, l'une est superflue, quand elle est employée pour désigner une chose, laquelle d'ailleurs est assez certaine & assez connue: *igitur que frustra additur, sive vera sit, sive falsa sit, legato non obstat*; mais il y a des démonstrations nécessaires, sans lesquelles on ne pouroit connoître ce

Si la cause qui a mû le testateur à faire un legs ne se trouvant véritable, ce legs devient nul.

qui a été légué, *hec vim causamque legati omnem continet* : & c'est pourquoi elle doit être véritable, autrement le legs est nul. M^r Cujas en son Commentaire sur le §. 8. de la loi *cum planè*, de *condit. & demonstr.* propose des exemples de l'un & de l'autre, *lego vestem illam meam purpuream*, ce legs est assés désigné, & bien que le testateur ait ajouté *qua uxoris causâ parata est*, cette adjection, quoi qu'elle soit fausse, n'empêche point que le legs ne soit bon; mais s'il étoit fait en ces termes, *lego uxori vestem qua ejus causâ parata est, si qua sit ejus causâ parata, prestabitur, si nulla sit, nihil debebitur*. Il y a aussi deux sortes de causes, l. *cum tale*, §. *falsam*, de *condit. & demonstr.* régulièrement *falsa causa legato non obest, quia legandi ratio legato non coheret, sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur aliâ non legaturus fuisse*. Par la loi 4. C. de *hered. institut.* si le pere institué héritier celui qu'il croioit être son fils, *falsâ opinione deceptus*, les Empereurs répondent que cette institution ne peut valoir; par la même raison ce qui est légué à l'héritier comme héritier, n'est point dû, quand le légataire n'a point cette qualité: On ne peut douter que la testatrice n'ait donné à la Demoiselle de Bellefosse comme à son héritière, elle s'en est expliquée clairement; cette cause étant fausse, la véritable héritière *habet exceptionem doli*. Castel pour la Demoiselle de Bellefosse, opofoit une fin de non recevoir, l'apelante ayant accepté le legs particulier qui lui étoit fait par le testament, l. 8. §. 1. de *inoffic. testament.* il ajoutoit que ces paroles ne valoient que de démonstration, & non point de condition: *inter demonstrationem & conditionem hoc interest, quod demonstratio plerumque rem factam ostendit, conditio futuram*; l. 34. *nominatim*, de *condit. & demonstr.* la démonstration bien que fausse, *non vitiat*

legatum. Titio do, lego, quia negotia mea curavit: item filius meus fundum precipito, quia frater ejus tot aureos ex arca subrepsit, licet frater ejus non sumpsit, valet legatum, l. 17. §. *quod autem*, de *condit. & demonstr.* Papinien en rend cette raison dans le §. 6. l. *cum tale* 72. du même titre de *cond. & dem. quia ratio legandi legato non coheret*, c'est-à-dire, comme l'explique M^r Cujas, *quia legatum constat etiam sine ratione*, le legs ne laisseroit pas d'être bon, quand le testateur n'en auroit dit aucune raison; ainsi il n'importe que celle qu'il a léguée soit vraie ou qu'elle ne le soit pas, cela est superflu, *supervacanea autem non nocent*, l. *testam. C. de testament.* L'on ne peut donc contester un legs quoi que la cause en soit fausse; si l'on ne prouve que le testateur n'auroit pas donné, s'il avoit crû que la cause qui l'avoit porté à faire cette donation, n'étoit pas véritable; l'on en trouve un exemple dans la loi dernière, de *hered. instit.* où un testateur ayant changé son testament sur la nouvelle qu'il avoit eue que la personne qu'il avoit instituée étoit morte; & cela ne s'étant point trouvé véritable, la première institution eut son effet, parce que la cause de la seconde institution d'héritier se trouva fausse. Il faut encore remarquer en quels termes le testateur s'est expliqué; car si la cause est employée conditionnellement, comme si par exemple il avoit dit, *si negotia mea gessit*, en ce cas le legs n'est point dû, parce que ce mot de *si* est *dubitanis*, & ce terme *quia est confirmantis*: c'est donc une règle certaine que *falsa conditio vel impossibilis, falsus modus, falsa demonstratio, causa falsa, hec vitia non vitiant institutionem nec legatum*. Il suffit donc que la testatrice ait voulu léguer à la Demoiselle de Bellefosse, quoi qu'elle se soit trompée en sa qualité: Par Arrest du 15 de Mai 1653. on mit sur l'apel hors de Cour.

Arrêt qui a confirmé un legs, quoi que la cause pour laquelle il avoit été fait, ne fût véritable.

C C C C X V.

Age de tester de meuble.

Ceux qui auront accompli seize ans, soit fils ou fille, pourront disposer par testament du tiers du meuble à eux appartenant.

Beaucoup de Coûtumes permettent de tester avant une parfaite majorité; la Coûtume en a usé de même; mais en même tems elle a rétreint cette liberté de tester qu'elle accorde aux personnes âgées de seize ans, à la seule disposition du tiers des meubles.

Si la donation testamentaire du tiers des meubles, doit se régler au tems du décès du testateur?

Berault & Godefroy sur cet article, proposent cette question, si l'on doit considérer la valeur des meubles au tems du décès du testateur, ou au tems que le testament a été fait? C'est le sentiment de Berault, que l'on doit se régler au tems de la mort: Godefroy estime au contraire qu'il faut considérer le tems auquel le testament a été fait; sa raison est que la donation de tous biens *ad presentia tantum refertur*, mais il faut distinguer entre les donations entre-vifs & les donations testamentaires; en celles-là le droit est

aquis au donataire du jour du contrat, & l'on présume que le donateur n'a eu l'intention de donner que les biens qu'il possédoit alors, quand il n'a point ajouté que la donation étoit des biens presens & à venir. Il n'en est pas de même des legs testamentaires; comme ils n'ont leur exécution qu'après la mort du testateur, & qu'il ne donne que ce qu'il aura en ce tems-là, & que par conséquent il en demeure toujours le maître jusqu'à sa mort, on ne peut régler la quantité de ce qu'il a pu donner qu'après son décès; & l'excès de la donation ne se peut connoître que de ce moment-là; le testament ne peut avoir un effet retroactif au tems qu'il a été fait; puisqu'alors il n'y a rien d'aquis au légataire.

Le testament n'a point d'effet retroactif au tems qu'il a été fait.

C C C C X V I.

Bâtards peuvent tester de leur meuble.

Les bâtards peuvent tester de leur meuble, ne plus ne moins que font les legitimes.

On doutoit autrefois en France si le *bâtard* pouvoit tester, comme on l'apprend de *Joannes Galli*, & la question en fut encore agitée en l'Audience du Parlement de Paris, le 24 de Janvier 1642. entre un donataire du Roi, qui prétendoit les biens d'un bâtard à droit de bâtardise, & les légataires d'icelui: Le donataire fut déclaré non recevable, & il fut jugé qu'un bâtard n'ayant aucuns enfans, pouvoit disposer librement par testament ou autre disposition de dernière volonté, de tous ses meubles & acquêts. Le bâtard *habet jura civitatis*, & par conséquent il est capable de tester, & c'est une maxime en Droit que *omnes testari possunt, nisi prohibeantur*: Or il ne se

trouve point de loi ni de Coûtume qui défende au bâtard de tester; la glose sur le §. dernier *qui testament. facere poss.* aux Institutes, fait un dénombrement des personnes qui n'ont pas cette capacité, *inter quas nec naturalis, nec spurius; nec adulterinus; nec incestuosus reperimusur*.

La Coûtume de Bretagne fait distinction de bâtards; ceux qu'elle appelle simplement *bâtards*, peuvent disposer de leurs meubles, pourvu qu'ils ne le fassent point en haine de leur Seigneur; mais elle n'accorde pas cette liberté à ceux qu'elle appelle *avoüettes*. Les avoüettes, suivant l'interprétation de M^r d'Argentré sur l'article 444. sont ceux qui ex *adulterio*,

qui a été légué, *hec vim causamque legati omnem continet* : & c'est pourquoi elle doit être véritable, autrement le legs est nul. M^r Cujas en son Commentaire sur le §. 8. de la loi *cum planè*, de *condit. & demonstr.* propose des exemples de l'un & de l'autre, *lego vestem illam meam purpuream*, ce legs est assés désigné, & bien que le testateur ait ajouté *qua uxoris causâ parata est*, cette adjection, quoi qu'elle soit fausse, n'empêche point que le legs ne soit bon; mais s'il étoit fait en ces termes, *lego uxori vestem qua ejus causâ parata est, si qua sit ejus causâ parata, prestabitur, si nulla sit, nihil debebitur*. Il y a aussi deux sortes de causes, l. *cum tale*, §. *falsam*, de *condit. & demonstr.* régulièrement *falsa causa legato non obest, quia legandi ratio legato non coheret, sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur aliâ non legaturus fuisse*. Par la loi 4. C. de *hered. institut.* si le pere institué héritier celui qu'il croioit être son fils, *falsâ opinione deceptus*, les Empereurs répondent que cette institution ne peut valoir; par la même raison ce qui est légué à l'héritier comme héritier, n'est point dû, quand le légataire n'a point cette qualité: On ne peut douter que la testatrice n'ait donné à la Demoiselle de Bellefosse comme à son héritière, elle s'en est expliquée clairement; cette cause étant fausse, la véritable héritière *habet exceptionem doli*. Castel pour la Demoiselle de Bellefosse, opofoit une fin de non recevoir, l'apelante ayant accepté le legs particulier qui lui étoit fait par le testament, l. 8. §. 1. de *inoffic. testament.* il ajoutoit que ces paroles ne valoient que de démonstration, & non point de condition: *inter demonstrationem & conditionem hoc interst, quoddam demonstratio plerumque rem factam ostendit, conditio futuram*; l. 34. *nominatim*, de *condit. & demonstr.* la démonstration bien que fausse, *non vitiat*

legatum. Titio do, lego, quia negotia mea curavit: item filius meus fundum precipito, quia frater ejus tot aureos ex arca subrepsit, licet frater ejus non sumpsit, valet legatum, l. 17. §. *quod autem*, de *condit. & demonstr.* Papinien en rend cette raison dans le §. 6. l. *cum tale* 72. du même titre de *cond. & dem. quia ratio legandi legato non coheret*, c'est-à-dire, comme l'explique M^r Cujas, *quia legatum constat etiam sine ratione*, le legs ne laisseroit pas d'être bon, quand le testateur n'en auroit dit aucune raison; ainsi il n'importe que celle qu'il a léguée soit vraie ou qu'elle ne le soit pas, cela est superflu, *supervacanea autem non nocent*, l. *testam. C. de testament.* L'on ne peut donc contester un legs quoi que la cause en soit fausse; si l'on ne prouve que le testateur n'auroit pas donné, s'il avoit crû que la cause qui l'avoit porté à faire cette donation, n'étoit pas véritable; l'on en trouve un exemple dans la loi dernière, de *hered. instit.* où un testateur ayant changé son testament sur la nouvelle qu'il avoit eue que la personne qu'il avoit instituée étoit morte; & cela ne s'étant point trouvé véritable, la première institution eut son effet, parce que la cause de la seconde institution d'héritier se trouva fausse. Il faut encore remarquer en quels termes le testateur s'est expliqué; car si la cause est employée conditionnellement, comme si par exemple il avoit dit, *si negotia mea gessit*, en ce cas le legs n'est point dû, parce que ce mot de *si* est *dubitantis*, & ce terme *quia est confirmantis*: c'est donc une règle certaine que *falsa conditio vel impossibilis, falsus modus, falsa demonstratio, causa falsa, hec vitia non vitiant institutionem nec legatum*. Il suffit donc que la testatrice ait voulu léguer à la Demoiselle de Bellefosse, quoi qu'elle se soit trompée en sa qualité: Par Arrest du 15 de Mai 1653. on mit sur l'apel hors de Cour.

Arrêt qui a confirmé un legs, quoi que la cause pour laquelle il avoit été fait, ne fût véritable.

C C C C X V.

Age de tester de meuble.

Ceux qui auront accompli seize ans, soit fils ou fille, pourront disposer par testament du tiers du meuble à eux appartenant.

Beaucoup de Coûtumes permettent de tester avant une parfaite majorité; la Coûtume en a usé de même; mais en même tems elle a rétreint cette liberté de tester qu'elle accorde aux personnes âgées de seize ans, à la seule disposition du tiers des meubles.

Si la donation testamentaire du tiers des meubles, doit se régler au tems du décès du testateur?

Berault & Godefroy sur cet article, proposent cette question, si l'on doit considérer la valeur des meubles au tems du décès du testateur, ou au tems que le testament a été fait? C'est le sentiment de Berault, que l'on doit se régler au tems de la mort: Godefroy estime au contraire qu'il faut considérer le tems auquel le testament a été fait; sa raison est que la donation de tous biens *ad presentia tantum refertur*, mais il faut distinguer entre les donations entre-vifs & les donations testamentaires; en celles-là le droit est

acquis au donataire du jour du contrat, & l'on présume que le donateur n'a eu l'intention de donner que les biens qu'il possédoit alors, quand il n'a point ajouté que la donation étoit des biens presens & à venir. Il n'en est pas de même des legs testamentaires; comme ils n'ont leur exécution qu'après la mort du testateur, & qu'il ne donne que ce qu'il aura en ce tems-là, & que par conséquent il en demeure toujours le maître jusqu'à sa mort, on ne peut régler la quantité de ce qu'il a pu donner qu'après son décès; & l'excès de la donation ne se peut connoître que de ce moment-là; le testament ne peut avoir un effet retroactif au tems qu'il a été fait; puisqu'alors il n'y a rien d'acquis au légataire.

Le testament n'a point d'effet retroactif au tems qu'il a été fait.

C C C C X V I.

Bâtards peuvent tester de leur meuble.

Les bâtards peuvent tester de leur meuble, ne plus ne moins que font les legitimes.

On doutoit autrefois en France si le *bâtard* pouvoit tester, comme on l'apprend de *Joannes Galli*, & la question en fut encore agitée en l'Audience du Parlement de Paris, le 24 de Janvier 1642. entre un donataire du Roi, qui prétendoit les biens d'un bâtard à droit de bâtardise, & les légataires d'icelui: Le donataire fut déclaré non recevable, & il fut jugé qu'un bâtard n'ayant aucuns enfans, pouvoit disposer librement par testament ou autre disposition de dernière volonté, de tous ses meubles & acquêts. Le bâtard *habet jura civitatis*, & par conséquent il est capable de tester, & c'est une maxime en Droit que *omnes testari possunt, nisi prohibeantur*: Or il ne se

trouve point de loi ni de Coûtume qui défende au bâtard de tester; la glose sur le §. dernier *qui testament. facere poss.* aux Institutes, fait un dénombrement des personnes qui n'ont pas cette capacité, *inter quas nec naturalis, nec spurius; nec adulterinus; nec incestuosus reperimusur*.

La Coûtume de Bretagne fait distinction de bâtards; ceux qu'elle appelle simplement *bâtards*, peuvent disposer de leurs meubles, pourvu qu'ils ne le fassent point en haine de leur Seigneur; mais elle n'accorde pas cette liberté à ceux qu'elle appelle *avoüettes*. Les avoüettes, suivant l'interprétation de M^r d'Argentré sur l'article 444. sont ceux qui ex *adulterio*,

adulterio, sacratis, aut injusta consuetudine vel nefaria nati sunt ; mais plusieurs Coutumes conformes à la nôtre ne font point cette distinction, & permettent généralement aux bâtards de tester : Berry, des testamens, §. 7. Bourgogne, titre des bâtards ; Anjou & le Maine ; ces dernières ne leur permettent de léguer tous leurs meubles qu'en cas qu'ils aient des héritages, autrement ils ne peuvent donner que la moitié de leurs meubles.

La disposition de cet article étoit en quelque sorte nécessaire ; la Coutume aiant dit en l'art. CCLXXVII. que le bâtard peut disposer de ses héritages comme personne libre, si elle ne s'étoit point expliquée à l'égard des meubles, on auroit pu induire de son silence qu'elle n'en permettoit pas la disposition aux bâtards, *quia inclusio unius est exclusio alterius, l. cum Prator 12. in princip. D. de judic.* L'argument dont use Be-

rault ne seroit pas suffisant ; puisque la Coutume, dit-il, avoit permis aux bâtards de disposer entre vifs de ses immeubles, à plus forte raison elle abandonnoit les meubles à sa discrétion : Car pourquoy la Coutume auroit-elle fait une disposition expresse pour permettre aux bâtards la disposition entre-vifs de leurs immeubles, si elle n'avoit point pensé que cessant cette disposition ils n'auroient pu le faire ; or il y avoit plus de sujet de douter pour les donations à cause de mort. Plusieurs dispositions sont permises entre-vifs qui sont prohibées par testament : on peut donner entre vifs certaines choses, qu'on ne pouvoit donner par une donation à cause de mort. L'affranchi pouvoit donner entre vifs, il ne pouvoit toutefois léguer par testament, *l. Vrius 9. D. si quid in fraud. credit.* L'aubain peut aussi donner entre vifs, mais il ne le peut par testament.

L'aubain peut donner entre vifs, & non par testament.

CCCCXVII.

Femme mariée ne peut tester d'aucune chose, s'il ne lui est permis par son mari, ou que par son traité de mariage il soit ainsi convenu.

Femme mariée quand peut tester.

Cet article est conforme aux anciennes loix d'Écosse, *Skenamus, ad leges Scot. l. 2. c. 36. art. 6.* mais il ajoute que maintenant l'usage a prévalu au contraire, & que les femmes peuvent faire testament.

Il paroît par cet article que la volonté des femmes engagées dans le mariage, est dépendante de celle de leurs maris jusqu'au dernier soupir de leurs vies ; elles sont toujours sous leur puissance, & il n'y a que l'autorisation ou la viduité qui les en puisse affranchir ; & si quelques Coutumes leur ont permis de tester sans être autorisées, c'est un passé-droit fait en leur faveur.

Mais c'est une difficulté notable, si la disposition de la Coutume qui prescrit l'autorisation du mari pour rendre la femme capable de tester, est un statut réel, personnel ou mixte ? car si le statut est réel, quoi que la femme eût son domicile dans une Coutume où l'autorisation de son mari ne lui est point nécessaire pour tester, les donations ou legs qu'elle fera par son testament seront nuls, si les biens qu'elle donne sont situés dans une Coutume qui ne lui permet point de tester sans être autorisée par son mari : Si au contraire la disposition de la Coutume qui prescrit une autorisation est pure personnelle, il suffit que la loi du domicile de la testatrice ne l'ordonne pas pour la capacité de tester ; ainsi un testament fait par une femme domiciliée à Paris sera bon, & aura son exécution sur les biens qu'elle possède en Normandie, quoi qu'elle ait testé sans être autorisée de son mari ; parce que la Coutume de Paris lui permet de tester sans être autorisée, & le Parlement de Paris l'a jugé de la sorte sur une pareille question rapportée dans la huitième partie du Journal du Palais. L'on fait distinction entre les loix personnelles & les loix réelles ; pour les premières, l'on suit la Coutume du domicile ; pour les secondes, elles se régissent par la situation des biens : or l'on prétend que la Coutume qui regarde l'autorisation, regarde uniquement la personne ; car encore que la donation que la femme fait retombe sur les biens, ce n'est que par réflexion, & *secundario*. M^r d'Argentré sur l'article 218. de la Coutume de Bretagne, *gl. 6.* donne plusieurs exemples des dispositions personnelles, *cum scilicet de personarum jure, conditione & qualitate statuitur abstractè ab omni materia reali* : or il est sans doute que la Coutume qui ordonne l'autorisation, est pure personnelle, & par conséquent un testament fait par une femme domiciliée à Paris, sans être autorisée, seroit valable, encore que les biens dont elle avoit disposé, fussent situés en Normandie.

Si l'autorisation d'un mari pour donner à sa femme la capacité de tester, est un statut réel, personnel ou mixte ?

Le testament fait par une femme domiciliée à Paris de biens situés en Normandie, est valable.

Il semble néanmoins que le mariage ne devoit point priver la femme mariée de la liberté de tester,

pourvu que ce ne fût point en faveur de son mari, ou de ses parens, par cette raison que l'effet & l'exécution des dispositions testamentaires tombe dans un tems où le mariage ne subsiste plus, *in id tempus excurrir, quo vir & uxor esse desinunt, l. 9. §. ult. & l. 10. de donat. inter vir. & uxor.* Aussi par la disposition du Droit Civil les femmes pouvoient tester, *l. in testamentis, C. de testament.* l'autorité du mari ne leur étoit point nécessaire, & sur tout à l'égard de ces biens qu'elle se réservoir ; & dont elle avoit l'entière disposition durant le mariage ; & dans les Provinces qui ont retenu l'usage du Droit Civil, il s'observe que la femme peut tester sans qu'elle soit assistée de l'autorité de son mari, ni de qui que ce soit.

La plupart des Coutumes de France contiennent une pareille disposition, & qu'il n'est point nécessaire que la femme soit autorisée par son mari pour faire testament ; & Ricard dit qu'elle passe pour le Droit commun du Roiaume, & que dans les Coutumes qui sont demeurées dans le silence, comme celle de Paris, la femme y peut valablement faire testament sans l'autorité ni le consentement de son mari ; donc la raison est, que la puissance que le mari a sur sa femme, est particulièrement pour l'intérêt du mari ; de sorte que le testament n'étant exécuté qu'après la mort, & par cette considération le mari n'y aiant plus d'intérêt, son autorisation est inutile. Ricard, des Donat. p. 1. c. 3. *sect. 4.* & quelques Docteurs ont été si fort persuadés que le droit de tester ne peut être retranché à la femme, qu'ils ont tenu que le Statut ou la Coutume qui dispoit au contraire, ne pouvoit valoir ; *Alexand. l. 2. Consil. 155. n. 6.* Mais du Moulin en ses Notes sur les Conseils de ce Docteur, a combattu son opinion & soutenu le contraire.

Nôtre Coutume n'est pas la seule qui desire qu'à l'effet qu'une femme mariée puisse valablement tester de ses biens, elle soit valablement autorisée par son mari. La Coutume de Bourgogne dit la même chose, *c. 4. sect. 1.* Berri, art. 108. Nivernois, titre des Droits appartenans à Gens Mariez, art. 1. Voyez Coquille.

Si le mari ne veut point permettre à sa femme de faire un testament, peut-elle y être autorisée par Justice, comme elle pouvoit se faire autoriser pour prendre une succession ou pour la conservation de ses droits ? Par l'article premier du titre des droits appartenans à gens mariez, de la Coutume de Bourgogne, la femme ne peut tester sans la licence & l'autorité de son mari ; & quoi que la Coutume ne dispose point qu'en cas de refus elle pourra se faire autoriser par Justice, néanmoins on le pratique de la sorte,

Femme mariée ne peut tester sans l'autorisation de son mari.

Si la femme peut se faire autoriser par Justice de faire testament, quand son mari ne veut point le lui permettre ?

comme on l'apprend des Commentaires de M^r Begat, & des Aditions qui y ont été faites. En Normandie nous n'en userions pas de la sorte; car encore que la femme puisse se faire autoriser par Justice, lorsqu'il s'agit de la conservation de son bien & de ses droits, il ne s'ensuit pas qu'elle le puisse être pour tester; le mariage l'ayant absolument réduite sous la puissance de son mari, il ne peut être forcé de relâcher son pouvoir pour un acte qui n'est pas nécessaire, & qui pourroit lui être préjudiciable. Il est bien juste qu'il n'abuse pas de son pouvoir pour nuire aux droits de la femme; mais bien loin qu'il soit utile à la femme de faire un testament, au contraire ce n'est fort souvent qu'un moyen pour diminuer son bien par des legs & par des donations; & c'est pourquoi la Coutume ne permet à la femme de tester que lorsque son mari le trouve bon, & qu'il y consent, & après qu'il l'autorise pour cet effet: nous n'admettrions pas aussi un testament fait par une femme sans l'autorité du mari, sous prétexte qu'il étoit absent, ou qu'étant malade de la peste & abandonnée de son mari, elle n'auroit pu requérir son consentement; parce que nous ne favorisons pas les testamens, & qu'il n'est pas nécessaire qu'une femme fasse un testament.

L'absence ou l'abandonnement du mari, ne peut rendre le testament de la femme valable.

Si la femme autorisée par son mari ayant fait testament, peut le révoquer sans son consentement?

Mais puisque l'autorité du mari est nécessaire, si la femme ayant fait son testament le vouloit révoquer, pourroit-elle le faire sans sa licence & sans son consentement, & auroit-elle besoin d'une nouvelle permission? Il a été jugé par Arrêt du Parlement de Dijon, rapporté au même endroit que je viens de citer, que la femme autorisée par son mari pour tester, peut révoquer sa disposition sans qu'elle ait besoin d'une nouvelle autorité; & M^r le Président Boucher après la prononciation de l'Arrêt, dit aux Avocats que pour institution, il faut autant d'autorités que d'actes; mais pour une révocation, l'autorité du mari n'est pas nécessaire; ce qui me paroît fort juste.

Il eût été plus à propos à mon avis, d'ôter à la femme mariée l'usage du testament, que de ne lui permettre que par l'autorité de son mari, puisque pour la validité d'un testament la volonté de celui qui le fait, doit être entièrement libre & indépendante d'aucune personne; *l. illa, l. captatorias, D. de heredit. instit.* L'on ne peut pas dire que la femme mariée soit dans cette indépendance absolue de sa volonté, lorsque pour avoir la liberté de tester elle est obligée de requérir le consentement & l'autorité de son mari, de sorte que l'on peut dire que c'est beaucoup moins le testament de la femme que celui du mari: En effet, le mari accorde rarement cette liberté que pour son avantage, & pour obliger la femme à faire des dispositions dont il puisse profiter indirectement.

En Normandie, de quels biens la femme autorisée par son mari, peut tester.

En Normandie cette permission que la Coutume donne à la femme de faire testament de l'autorité de son mari, n'est pas de grande conséquence; car de quels biens peut-elle disposer? tous les meubles appartiennent à son mari, à moins qu'elle ne les ait réservés par son contrat de mariage; elle ne peut disposer de ses propres, elle n'a qu'en certains cas part aux conquêts; mais son mari en est le maître; de sorte que lorsqu'il est vivant il peut rendre le testament illusoire: Il est vrai que si le mari n'aliénoit pas les conquêts, & qu'elle le précédât, son testament pourroit valoir pour la part qui lui auroit appartenu; elle pourroit encore léguer les conquêts qui lui appartiendroient d'un premier mariage, ou qu'elle auroit faits durant sa viduité.

Si la femme séparée a besoin de l'autorité de son mari pour faire testament?

Cet article permettant en termes généraux à la femme mariée de faire testament du consentement de son mari, on a demandé si cette autorité du mari est nécessaire à la femme séparée de biens? Cette question s'offrit en la Chambre de l'Edit, entre M^r de la Basoge Conseiller en la Cour, & Gabriel Gosselin Ecuier, Sr de Martigni, apellans, & Jean Faucon, aiant épousé Judith Tranchepain, intimé. Un Marchand

nommé Tranchepain aiant mal fait ses affaires, Judith Lexpert sa femme se fit séparer de biens, & continua le même négoce que son mari faisoit auparavant; comme elle n'avoit point d'enfans elle fit un testament, par lequel elle donna tous ses meubles à Judith Tranchepain fille de son mari, à condition que la moitié du prix d'iceux seroit employée à la nourriture de son mari, pour retourner après sa mort à ladite Tranchepain; ses meubles valoient plus de trentz mille livres: Après la mort de cette femme son testament fut contredit par M^r de la Basoge & par le sieur de Martigni créanciers de son défunt mari pour des sommes considérables; par Sentence du Bailli de Rouen le testament fut déclaré valable: Sur l'appel, je disois pour M^r de la Basoge & pour le Sr de Martigni, que la Coutume parlant en termes généraux, & ne permettant à la femme mariée de tester qu'avec l'autorité de son mari, il ne faut point mettre de différence entre la femme séparée & celle qui ne l'est point; quand on veut étendre les termes d'un statut il faut que ce soit en cas favorable; & qui soit conforme à l'esprit de la loi: Or les testamens ne sont point favorables dans la Coutume de Normandie, n'y ayant jamais eu aucune loi qui ait donné des bornes plus étroites aux dernières volontés des hommes, ni qui ait plus retranché aux femmes la liberté de disposer de leurs biens; ainsi par ces principes au lieu d'étendre la Coutume en faveur des femmes séparées, il faut ôter indistinctement aux femmes mariées le pouvoir de tester sans l'autorité de leurs maris: la séparation ne détruit point la puissance maritale, la femme nonobstant icelle demeure toujours soumise à l'autorité de son mari, la séparation n'a d'autre effet que d'ôter au mari l'administration des biens de sa femme: *cavet uxori ne teneatur are alieno marito*; mais elle n'opere pas la faculté de tester; & le Parlement de Dijon a jugé plusieurs fois que la femme séparée doit être autorisée de son mari en tous contrats & actes qu'elle passe; Begat sur la Coutume de Bourgogne, titre des droits appartenans à gens mariez, article 1. Il y a bien de la différence entre les testamens & les donations entre vifs; un fils de famille, un esclave qui avoit l'administration de son pecule, en pouvoit disposer entre vifs, & néanmoins il ne le pouvoit par testament; ce n'est donc pas un argument valable que la femme séparée peut donner ses meubles par testament, parce qu'elle peut en disposer durant sa vie: & tant s'en faut que la séparation donne aux femmes plus de liberté qu'elles n'en avoient auparavant, elles sont réduites au contraire dans une servitude plus rigoureuse: avant la séparation elles peuvent vendre leurs immeubles du consentement de leurs maris; après leur séparation toute aliénation leur est interdite. Par l'art. CCCXCI. *les meubles de la femme séparée appartiennent à ses enfans; & si elle n'en a point ils doivent être employez à la nourriture du mari & à l'aquit de ses dettes*; d'où il paroît que la Coutume réserve aux enfans & au mari les meubles de la femme séparée, elle n'y apporte aucune limitation, & elle n'ajoute point que ses meubles leur appartiennent, en cas qu'elle n'en ait point disposé par testament.

On peut répondre sans peine aux raisons contraires; on allégué que par le Règlement fait pour la séparation des femmes on ne leur défend que l'aliénation de leurs immeubles, d'où l'on conclut qu'on leur abandonne la disposition de leurs meubles, & puisque durant leur vie elles peuvent par acte entre-vifs user comme il leur plaît de leurs meubles par ventes ou par donations, & qu'elles peuvent faire aussi la même chose des immeubles qu'elles auroient acquis depuis leur séparation, on ne leur peut interdire l'usage des testamens sans la permission de leurs maris: Mais il faut remarquer que ce Règlement n'a été fait que pour leurs biens, & non pour leurs personnes qui demeurent toujours engagées & soumises à l'autorité

La séparation de biens ôte seulement au mari l'administration des biens de sa femme.

maritale : La capacité de tester regarde la personne & celle dont les volontés ne sont point libres, *non habent testamenti factionem*. On a montré ci-devant que tout ce qui se peut faire entre vifs n'est pas toujours permis par testament : un étranger de son vivant peut disposer de tous les biens, il ne le peut néanmoins par testament. Theroulde pour l'intimé, répondoit que les meubles appartenans à la femme en vertu de la séparation, il ne lui étoit pas moins permis d'en disposer par testament que par un acte entre-vifs ; qu'elle jouissoit d'une pleine liberté pour pouvoir disposer par toutes sortes d'actes de toutes les choses dont la Coutume la rendoit la maîtresse absolue, & il aléguoit en sa faveur les sentimens de Berault & de Godefroy : La Cause fut appointée au Conseil, & depuis les Parties s'étant accomodées elles firent donner un Arrêt, au rapport de Monsieur de Vignerai, en 1667. par lequel la Sentence fut confirmée. Ainsi la question n'a point été décidée, néanmoins l'opinion la plus commune

est, que ces sortes de testamens sont valables. Il n'est pas nouveau que les femmes se réservent la liberté de tester ; cet usage étoit fort commun entre les Romains : *Hotoman. de dotib. in princip.* car les femmes avoient trois sortes de biens, *res dotales, præter dotales, & receptitias* : *receptitia qua extra dominium & possessionem etiam naturalem mariti mulier sibi reservabat ; de quibus vide Aulum-Gell. l. 17. c. 6. quando mulier dotem marito dabit, tum que ex suis bonis retinebat, neque ad virum transmittetur, receptitia dicebantur* : Loyseau, du Déguerp. l. 2. c. 4. n. 4. On ne doit pas conclure de l'Arrêt de Blossville rapporté par Berault sur cet article, que la femme peut faire testament pour causes pies sans le consentement de son mari : Godefroy qui l'a cru de la sorte, n'a pas fait de réflexion que le motif de l'Arrêt fut, que le mari aiant été assigné comme exécuteur du testament de sa femme, il l'avoit ratifié volontairement, ce qui le rendoit non recevable aux lettres de récision qu'il avoit obtenues.

Les femmes peuvent se réserver la liberté de tester.

Si la femme peut faire testament pour causes pies sans le consentement de son mari ?

CCCCXVIII.

Le testateur aiant enfans vivans, ou descendans d'eux, habiles à lui succéder lors de son décès, ne peut disposer de ses meubles par testament en plus avant que d'un tiers, sur lequel tiers sont portez les frais des funeraillies & legs testamentaires.

Le testateur aiant enfans vivans, ne peut tester que du tiers de ses meubles.

La Coutume témoigne en cet article combien elle considère l'intérêt des enfans, ne laissant aux peres la liberté de tester que du tiers de leurs meubles, chargé des frais funeraux & des legs testamentaires. Cette Coutume a paru si raisonnable aux étrangers, que les Ecollois l'ont empruntée des Anglois, lesquels auparavant l'avoient apriée & reçue des Normans : *Skenau, l. 2. c. 37. ad leg. Scot. Res mobiles dividuntur in tres partes æquales, quarum una debetur heredi, 2. uxori, 3. reservatur testatori, de qua tertia parte liberam disponendi facultatem habebit, si non habeat liberos de toto disponere potest* : Et Glanville Jurisconsulte Anglois, l. 7. c. 5. *Cum quis in infirmitate positus testamentum facere voluerit, res ejus mobiles in tres dividuntur partes æquales, quarum una debetur heredi, 2. uxori, de 3. liberam habebit dispositionem ; verum si sine uxore decefferit medietas ipsi servatur.*

Pamphile, pourvu qu'il soit constant que j'aie entendu parler de lui, cela ne rend point le legs inutile, *hæc enim vocabula sunt mutabilia* ; mais si aiant dessein de léguer un homme, je l'appelle un arbre, cela n'a point d'effet ; *rerum enim vocabula sunt immutabilia ; vide plura*. Et c'est pourquoi lorsque les noms causent quelque ambiguïté pour les choses léguées, il faut pénétrer dans l'intention, vrai-semblable du testateur.

Le légataire est chargé seul des frais des funeraillies & des legs contenus dans le testament ; l'on pourroit induire de là qu'il ne seroit point tenu de contribuer aux dettes mobilières du testateur, puisque la Coutume ne l'y oblige point, & qu'au contraire il est vrai-semblable qu'elle a voulu le décharger de cette contribution, pour le récompenser en quelque sorte de ce qu'elle l'avoit chargé du paiement entier des frais des funeraillies, & des legs testamentaires. Il est certain néanmoins qu'il doit contribuer d'un tiers au paiement des dettes mobilières, le testateur n'aiant pu donner que ce qui pouvoit rester après ses dettes acquittées, autrement il donneroit non seulement plus que le tiers, mais il arriveroit souvent que ce tiers emporteroit tous les meubles ; or le tiers ni tous les autres legs ne peuvent être dûs ni demandez qu'après le paiement des dettes, *bona enim non sunt, nisi deducto ære alieno*.

Le légataire d'un tiers des meubles, est seul chargé des frais funeraux & legs testamentaires ?

Il doit contribuer d'un tiers aux dettes mobilières.

Or puisque la Coutume favorise si fort les enfans & les héritiers dans les choses ambiguës ou douteuses, on doit suivre l'explication qui leur est la plus favorable ; suivant la disposition du Droit Romain, *in testamentariis vel dubiis causis heredem, quantum potest, relevari & exonerari legato benignius & voluntati testatoris convenientius est ; l. Sempronius, de leg. 1. l. 11. §. si quis decem. de leg. 3.*

Comme ce mot meubles comprend beaucoup de choses différentes, on demande si l'erreur qui se commet au nom de la chose léguée, peut préjudicier le légataire ? M^r Cujas pour concilier la loi 7. C. de legat. avec la loi 4. de legat. 1. qui paroissent contraires, dit sur cette loi 4. qu'il y a deux sortes de noms, les uns signifient & dénotent la substance de la chose, *ut homo, fundus*, un homme, une terre ; les autres en marquent la différence, *ut Titius, Cornelianus* ; les premiers sont communs & publics, les autres sont particuliers : par exemple, ce terme homme est employé par un usage public pour signifier la substance de l'homme, mais il dépend de la volonté des particuliers d'appeler un homme *Titius* ou *Sempronius* : les noms qui signifient & qui expriment la substance des choses sont immuables, & l'usage n'en peut être changé à la fantaisie des particuliers : vous ne nommerez pas un habit une maison, ni un cheval une vache ; mais les noms qui ne servent que pour distinguer les choses peuvent être changez, & je puis appeler Antoine celui que j'appelois auparavant César : cela posé, si par mon testament que je légué un esclave que je nommois ordinairement *Stichus*, & que je l'appelle

J'ai vu faire cette question, si dans la Coutume de Caux où le mariage des filles doit être pris sur les meubles, les freres pouvoient le déduire comme une dette de la succession, au préjudice de la donation du tiers ? Car puisque le tiers doit contribuer à un tiers des dettes, & que le mariage des soeurs est une charge & une dette de la succession, le donataire du tiers en doit être chargé comme de toutes les autres dettes : Mais ce n'est pas l'intention de la Coutume, lorsqu'elle a disposé dans la Coutume de Caux, que le mariage seroit pris sur les meubles, elle n'a entendu parler que des meubles que le pere avoit laissez, & non de ceux dont il avoit disposé, suivant le pouvoir qui lui en étoit donné, elle n'a pas eu dessein de leur retrancher, & la seule vûe a été en faisant cette disposition de favoriser les aînés ; car en destinant pour le mariage des soeurs les meubles, où l'aîné n'a qu'une part égale, il n'y contribue pas davantage que ses puînés ; il y auroit contribué pour les deux tiers, & encore plus, selon la valeur de son préceptif.

Si dans cette contribution du tiers des dettes, on y peut comprendre le mariage des filles en Caux ?

Si l'erreur qui se commet au nom de la chose léguée, peut préjudicier le légataire ?

C C C C X I X.

Le mari quite du mariage de ses filles, peut donner la moitié de ses meubles à sa femme.

Neanmoins s'il n'a que des filles ja mariées, & qu'il soit quite de leurs mariages, il peut disposer de la moitié, & l'autre moitié appartient à sa femme.

J'ai remarqué sur l'art. CCCXCIII. la raison de la différence de cet article avec celui-là : suivant cet article pour rendre la femme capable du legs de la moitié des meubles, il ne lui suffit pas que le mari soit quite des meubles qu'il avoit promis à ses filles en les mariant, il faut aussi qu'il soit quite de leurs mariages.

C'est une question si la disposition de cet article peut être étendue à la femme, & si comme le mari qui n'a que des filles mariées, & qui est quite de leurs mariages, peut donner la moitié de ses meubles à sa femme, de même la femme veuve qui n'a que des filles mariées, dont le mariage est païé, peut donner tous ses meubles ? Elle peut disposer de tout, car l'art. CCCCXVIII. n'est qu'une exception de l'article CCCCXIV. & l'art. CCCCXIX. est une exception de l'art. CCCCXVIII. Cet article permettant au mari de disposer de sa part entière des meubles, qui est seulement la moitié, l'autre moitié appartenant à sa femme, il s'ensuit que s'il n'avoit point de femme il pourroit disposer de tout ; par la même raison la femme qui n'a point de mari, a l'entière disposition de ses meubles.

On a pareillement douté si ce qui étoit permis par testament dans cet article, l'étoit aussi par donation entre-vifs ? Duprey & Marie Trugard sa femme n'ayant point d'enfans, se donnèrent mutuellement tous leurs meubles au plus vivant par un contrat de donation entre-vifs : après la mort du mari sur la délivrance de tous les meubles demandez par la veuve, Duprey frere du défunt l'empêcha, & l'accusa de recèlement ; le Bailli prit ce prétexte pour frustrer la veuve de l'effet de la donation : Sur l'appel, on traita cette seule question, si ce qui étoit permis par testament l'étoit aussi par un contrat entre-vifs ? On ne se fonda point sur la donation mutuelle, parce qu'elle n'est point valable en cette Province, le mari n'ayant pas besoin que sa femme lui donne sa part des meubles, parce qu'il n'y a point de communauté, & que tous les meubles appartiennent au mari : On disoit pour la femme que les donations entre-vifs étoient plus favorables que les testamentaires, elles sont faites avec une sérieuse & libre délibération ; les testaments le plus souvent sont suggérés & surpris d'un homme mourant, dans une extrême foiblesse d'esprit, par une femme qui veut profiter de la nécessité qu'il a de son assistance : l'héritier s'aïdoit de l'art. CCCCX, & de cet article qui ne parle point de donner entre vifs : La Coutume a voulu sans doute exciter par cette voie les femmes à bien vivre avec leurs maris, dans l'espérance de recevoir quelque récompense de leurs soins & de leur amitié ; mais il ne seroit pas juste qu'un mari se liât les mains par une donation irrévocable, qui lui ôteroit la liberté de disposer de la moindre chose, & le rendroit esclave de sa femme ; on exposeroit les maris à une continuelle persécution ; cet inconvénient a été prévu par le Droit Romain, il ne permettoit point aux maris de donner entre vifs, mais à cause de mort, de crainte que le meilleur & le plus patient des conjoints ne devint le plus pauvre, *aut ne mutuo amore sese spoliarent*. La Cour apointa la Cause au Conseil, depuis les Parties s'accommodèrent. Il semble favorable de permettre au mari de donner entre vifs à la femme, ce que la Coutume lui permet de donner par testament. Un mari n'ayant point d'enfans donna par son testament la moitié de ses meubles à sa femme ; l'héritier prétendoit que n'ayant donné que la moitié, puisque l'autre moitié appartenoit à sa femme, cela ne devoit s'en-

tendre que de la moitié de la moitié qui appartenoit à son mari ; mais on n'eut point d'égard à cette subtilité, & par Arrêt du vingtième de Juillet 1638. tous les meubles furent ajugez à la femme ; plaidans le Boulenger & Baudry.

La femme ne peut avoir ces meubles qu'à condition du remploi ou de la décharge des propres. Un mari ayant vendu la dot de sa femme, & par son testament lui ayant donné tous ses meubles, elle demandoit encore aux héritiers du mari le remploi de ses deniers dotaux ; pour cet effet elle soutenoit qu'étant légataire universelle des meubles, elle n'étoit obligée qu'aux dettes mobilières ; que son mari ayant vendu sa dot dont ses freres lui étoient redevables, elle étoit dans la même condition que si l'on avoit reçu le rachat, ce qui valoit de consignation actuelle, suivant les art. CCCLXV. & CCCLXVI. à l'effet de lui conserver sa part aux meubles & aux acquêts, & de pouvoir demander récompense sur les autres biens de son mari. Les héritiers alléguoient pour leur défense que ces articles de la Coutume n'ont lieu, que quand la consignation actuelle est faite sur les biens du mari par le contrat de mariage, ou lorsqu'il reçoit le rachat des rentes appartenantes à sa femme : la constitution faite par le pere ou les freres des deniers promis pour la dot de leur fille & de leur sœur, ne font point une consignation actuelle sans stipulation, en cas de rachat le mari recevant les deniers dotaux de sa femme, elle pourroit trouver ces mêmes deniers en essence qu'elle emporteroit comme meubles, & néanmoins elle voudroit en avoir récompense sur les biens du mari ; & quand les deniers ne se trouveroient plus parmi les meubles, ayant été consumez par le mari, la femme en seroit d'autant plus riche, les revenus du mari ayant été épargnez par ce moien : ce seroit une ouverture pour faire passer tous les biens du mari à la femme, & faire fraude à la Coutume, d'autant qu'un mari donnant tous ses meubles à sa femme après avoir aliéné sa dot, elle en auroit récompense sur ses immeubles, dont les légitimes héritiers demeureroient privez : Par Arrêt donné le 10 de Janvier 1635. entre les nommez Michel apelans, & Alphonse Belier veuve de J. Martin sieur de Grainville, légataire aux meubles de défunt son mari, intimée, on cassa la Sentence qui ajugeoit à la femme la récompense de ses biens dotaux aliénez par son mari, sur les autres biens ; & en réformant, les héritiers du mari furent déchargés de cette demande. J'ai traité cette question sur l'article CCCCVIII.

Le 26 d'Avril 1619. cette question s'offrit en l'Audience, entre Demoiselle Marthe du Focq veuve de Jacques Dauxais Ecuier, sieur du Breüil, intimée ; Jacques & Guillaume Dauxais apelans ; savoir si une veuve légataire des meubles de son défunt mari, peut faire rompre & ouvrir les murailles de la maison pour y trouver l'or & l'argent, lequel y étoit caché ? Le feu sieur Dauxais par son testament donna tous ses meubles à sa femme, l'or & l'argent nonnoïé, & généralement tout ce qui étoit meuble en quelque lieu qu'ils pussent être, en sa maison du Breüil & ailleurs. Durant les guerres civiles desirant assurer son argent, il le cacha en divers lieux qu'il indiqua à sa femme avant que de mourir ; après la mort elle déclara aux héritiers de son mari qu'il y avoit de l'argent caché, & qu'elle étoit prête d'en indiquer le lieu, afin d'en faire ouverture ; nonobstant le contredit des héritiers, il fut dit par Sentence qu'il seroit fait ouverture du lieu indiqué par la veuve, à condition de le réparer ; dont les héritiers aiant apelé, ils alléguoient

La femme ne peut avoir les meubles donnez par son mari, qu'à condition du remploi des propres.

La femme veuve qui n'a que des filles mariées, dont le mariage est païé, peut disposer de tous ses meubles.

Si ce qui est permis de donner par testament, l'est aussi par donation entre-vifs ?

Si la femme légataire de tous les meubles de son mari, peut faire rompre les murailles de la maison, pour y trouver l'argent qui y est caché ?

pour moiens d'apel qu'ils étoient propriétaires des maisons ; que ce qui étoit enclôé & enfermé dans les murailles, leur appartenoit comme tenant lieu d'immeuble, & que par conséquent la veuve n'y pouvoit avoir part : Il fut répondu par la veuve, que Plutus dans Aristophané se plaint que les avarés le tiennent toujours enfermé, & le dérobent aux yeux des hommes, mais que si on lui redonnoit la vûe il n'enrichiroit plus que les gens de bien, & ne se mettroit plus en la main des méchans ; c'est ce que l'intimée vouloit faire, elle entreprenoit de tirer Plutus de sa captivité, & employer ce trésor caché à des usages legitimes : Les apelans posoient un mauvais fondement, en apelant un immeuble & un trésor cet argent, que le défunt sieur du Breuil n'avoit caché que pour empêcher le pillage : *Thesaurus est vetus pecunia depositio, cujus memoria non extat, & jam Dominum non habeat, ut sic fiat ejus qui invenerit, cum non sit alterius, l. unquam, ff. de acquir. rer. domin.* L'or & l'argent que l'intimée prétendoit, n'avoit point été déposé par des inconnus, & la memoire n'en étoit point perdue, puisqu'il avoit été caché par son mari, & qu'elle en avoit connoissance ; la loi *unquam* après avoir donné la définition du trésor, en fait la distinction d'avec l'argent caché qui ne peut être réputé trésor, *si quis aliquid vel lucri causâ vel metûs condiderit sub terra, non thesaurus* ; & par la loi 44. du même titre, celui qui a caché son argent en terre, encore qu'il ait perdu la memoire du lieu & de la chose, ne perd pas sa possession. Les apelans opoisoient qu'il est nouveau qu'on rompe les murailles de la maison d'un homme pour y chercher des trésors, mais on en trouve un exemple en Droit, en la loi *thesaurus, ff. ad exhibendum* ; *Thesaurus meus in tuo fundo est, nec eum patris me effodere, cum eum loco non moveris: furti quidem, aut ad exhibendum eo nomine agere rectè non posse me. Non est autem iniquum juranti mihi non calumniâ causâ id postulare, vel interdictum, vel judicium ita dari, ut si per me non stetit, quominus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quominus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem* : le défunt n'a pas abatu sa maison pour mettre son argent, il ne sera pas besoin de rompre ni de faire plus de bruit pour le retirer : Par Arrest la Sentence fut confirmée.

Enfans sortis de filles décédées dont les mariages n'ont pas été entièrement paiez par l'aieul, lui font un obstacle à la donation de tous les meubles.

Sous ce mot de *filles mariées*, il faut comprendre les enfans sortis de ces filles, de sorte que bien que leurs meres soient mortes, ils sont obstacle à la donation de tous les meubles, si le mariage de leurs meres n'a pas été entièrement paiez : Mais nos deux Commentateurs, Berault & Godefroi, ont mal apliqué à ce sujet l'Arrest de Sotevast & de Saint-Pierre-Eglise ; car Berault a écrit que cet article n'a lieu que quand les filles étant décédées n'auroient point laissé d'enfans : Il n'y a pas d'apparence que ç'ait été le motif de l'Arrest ; car pourquoi les enfans auroient-ils plus de privilege que leur mere, & puisque lorsqu'elles sont vivantes, si leur pere est quite de leurs mariages, il peut donner la moitié de ses meubles à sa femme, pourquoi seroit-il privé de cette faculté par les enfans de ses filles ? on ne doit point faire de distinction entre les filles mariées & leurs enfans, pourvu que le pere soit quite de leurs mariages ; mais il est aisé de pénétrer dans le véritable motif de l'Arrest, qui

fut que l'aieul n'avoit pu donner à sa petite-fille au préjudice de son petit-fils, tous deux enfans de sa fille, que jusqu'à concurrence de la part qui pouvoit appartenir à sa petite-fille en sa succession, qui étoit le tiers, & pour son mariage avenant, & c'est pourquoi la donation des meubles fut réduite au tiers.

Mais comment le pere est-il réputé quite du mariage de sa fille ? suffit-il qu'il ait aqité sa promesse, quoi qu'il se soit obligé & constitué en rente pour cet éfet ? J'ai raporté sur l'article CCCXCIII. l'Arrest du sieur de Parfontaines, par lequel on réputa le pere quite du don mobil promis à sa fille, quoi que dans le même tems il eût pris de l'argent en rente ; l'on pouvoit faire conséquence de cet Arrest, pour dire que le pere seroit réputé quite du mariage de sa fille, s'il l'avoit paiez, bien qu'il eût emprunté des deniers pour cet éfet ; car suivant cet article il suffit que le pere soit quite du mariage, & il n'importe pas que le pere le doive à d'autres ; ce que l'on objecte, que quand la Coûtume a permis au mari de donner la moitié de ses meubles à sa femme, pourvu qu'il soit quite du mariage de ses filles, & que ce n'est pas être quite que d'avoit engagé & hipotéqué son bien pour cet éfet, n'est point plus fort pour les rentes que le mari a constituées, que pour les meubles, suivant l'art. CCCXCIII. y aiant identité de raison en l'un & en l'autre cas. L'intention de la Coûtume aiant été de récompenser les femmes du bon ménage qu'elles auroient fait avec leurs maris, lorsqu'elles se seroient aqitées des dons faits à leurs filles : que si une rente constituée par le pere n'a pas empêché que la femme n'eût la moitié aux meubles, il n'y a pas lieu de soutenir que la rente constituée par le mari, serve d'obstacle à la donation de la moitié des meubles, mais il y a grande différence entre l'article CCCXCIII. & celui-ci ; par celui-là il suffit que le mari soit quite du meuble, & ne paroissant point que la rente constituée par le mari, eût été prise pour paier le don mobil, la femme étoit fondée sur la disposition expresse de la Coûtume, qui donne la moitié des meubles à la femme, pourvu que son mari soit quite du meuble promis à ses filles ; en quoi faisant la Coûtume remet seulement les choses dans le Droit commun, suivant lequel la moitié des meubles appartient à la femme ; mais en cet article comme il s'agit de faire un avantage à la femme, la Coûtume s'explique d'une autre manière ; il ne suffit pas que le mari soit quite du meuble promis à ses filles, il faut aussi qu'il soit quite de leurs mariages, mais ce n'est pas être quite que de s'être engagé ; ainsi les conjoints ne s'étant pas aqitez par leur bon ménage, mais le mari aiant hipotéqué son bien pour cet éfet, il ne peut être censé quite : la question seroit sans difficulté s'il étoit fait mention par les contrats de constitution en rente que les deniers eussent été pris pour ce sujet-là ; mais en tout cas il faudroit toujours suivant nos maximes pour le remploi des propres, que ces rentes fussent levées sur la moitié des meubles qui appartient au mari, en quoi faisant le mariage se trouveroit aqité : cependant la difficulté resteroit toujours, parce qu'il ne se trouveroit pas quite lors du décès du mari.

Quand le pere est réputé quite du mariage de sa fille.

CCCCXX.

Et où sa femme seroit prédécédée, il peut disposer du tout.

Le mari quite du mariage de ses filles, peut disposer de tous ses meubles après le décès de sa femme.

Il ne faut pas entendre cet article comme si le mari après la mort de sa femme pouvoit disposer de tous ses meubles bien qu'il eût des enfans, car il seroit contraire à l'article CCCCXIV. mais il le faut considérer

comme une partie de l'article précédent, & le sens est, que si la femme est décédée & que le mari soit quite du mariage de ses filles, il pourra disposer de tous ses meubles.

CCCCXXI.

Enfans émancipez comment succèdent.

Enfans émancipez, comment succèdent.

Les enfans émancipez succèdent avec les autres non émancipez, en rapportant par les émancipez ce qui leur a été donné.

Ce que c'est que l'émancipation des enfans.

Cet article est fort inutile, l'usage des émancipations est inconnu & aboli depuis long-tems; c'étoit une dépendance de l'autorité paternelle, laquelle n'étant pas si grande parmi nous que parmi les Romains, l'émancipation est devenuë superflue. Il étoit encore hors de propos de parler en cet endroit du droit de succéder en-

tre les émancipez & non émancipez, & des rapports qu'ils doivent faire; mais au tems de la Réformation de la Coûtume, les émancipations n'étoient pas encore entièrement abolies, *patriam potestatem in Gallia non observari, notavit Accurs.* §. *fin.* aux Institut. de *patr. potest.* Voyez Bodin, en sa Rep. l. 1. c. 4.

CCCCXXII.

Disposition par testament du tiers des acquêts, comment permise, à qui, & au profit de qui.

Sous quelles conditions on peut tester de ses acquêts.

Homme n'ayant enfans, peut disposer par testament ou donation à cause de mort du tiers de ses acquêts & conquêts immeubles à qui bon lui semble, autre toutefois qu'à sa femme & parens d'icelle, pourvû que le testament ou donation soit faite trois mois avant le décès, & qu'il n'ait disposé dudit tiers entre vifs.

Cet article est contraire à la disposition du Droit Romain, quoi qu'un mari ne pût donner à sa femme par donation entre-vifs, il pouvoit néanmoins l'instituer héritière, l. *fin.* C. de *institut. & substitut. sub condit. fact.* & l. *fin.* C. si *quis aliq. testat. prohib.* il lui pouvoit aussi léguer par testament, l. *uxori usufructum*, & l. *uxori mea*, D. de *usufr. legat.*

Donations testamentaires entre le mari & la femme, sont prohibées.

Mais la Coûtume a fait prudemment en improuvant ces donations testamentaires; les femmes se rendroient importunes envers leurs maris par leurs sollicitations, & prenant l'occasion de quelque maladie ou de quelqu'infirmitté, un mari dans la crainte d'être abandonné ou mal assisté, se laisseroit aisément vaincre à leurs menaces ou à leur importunité.

Si les prohibitions de donner entre conjoints, sont personnelles?

La différence de notre Coûtume avec le Droit Romain, & la plupart des Coûtumes de France, donne souvent lieu d'agiter cette question, si ces prohibitions sont personnelles, & si elles n'ont d'empire & d'autorité que sur les personnes qui sont dans l'étendue de leur détroit?

Chassanée, tit. des Droits appartenans à gens mariez, art. 7. qui est conforme à cet article & à l'art. CCCCX. sur ces paroles *ni par testament*, propose cette difficulté, si le mari qui n'est pas domicilié dans l'étendue de la Coûtume qui défend au mari de donner à sa femme ni entre vifs ni par testament, peut lui donner les biens qu'il possède sous cette Coûtume-là? Le raisonnement de ceux qui tiennent l'affirmative, est que la prohibition est faite à la personne; c'est donc la personne seule qu'il faut considérer, & non la chose dont on dispose; car lorsque le Statut ou la Loi s'adresse directement à la personne, & que la prohibition la regarde principalement, en ce cas quoi que ses biens soient assis sous cette Coûtume-là, toutefois la personne ne lui étant point soumise, elle n'a point d'empire sur lui; mais il en est autrement, lorsque la disposition de la loi concerne seulement la chose, & *prædicta sunt vera, non solum quoad bona existentia extra territorium statuentium, verum etiam quoad bona sita in territorio; quia bona veniunt accessorie ad personas ubicunque sint, & bona accedunt personæ, non personæ rebus*, §. *Si quis ancillas*, Institut. de *legat. l. justissimè*, D. de *Ædil. Ed. & accessorium regulatur secundum naturam sui principalis, non autem principale regulatur ab accessorio*; & Chassanée témoigne qu'il fut jugé de la sorte à Rome pour le Seigneur de Vergey, mais que pour le même sujet l'on jugea le contraire dans le Grand-Conseil de Flandre, & que la femme dudit Seigneur de Vergey n'avoit pû l'instituer héritier de sa terre de Bourbon-

jency, parce que cela ne lui étoit pas permis par la Coûtume de Bourgogne, sous laquelle cette terre est située, & que le Parlement de Dijon suit cette jurisprudence, & *pro certo bono*, dit Chassanée, *propter illa verba generalia*, au profit l'un de l'autre.

Il est sans doute que dans toutes les dispositions prohibitives de vendre ou de donner, cette prohibition doit être nécessairement faite à quelque personne, d'autant que les choses ne se peuvent pas vendre ou donner elles-mêmes; mais cela n'empêche pas que la prohibition ne soit plus réelle que personnelle, lorsqu'elle concerne principalement la chose, & qu'elle est la cause impulsive & finale de la loi: Or quand la Coûtume défend au mari de donner à sa femme, elle se propose pour fin la conservation du bien dans les familles, & afin que par les flâteries & par les artifices d'une femme ils ne passent point d'une famille à l'autre. Il est vrai que la loi considère aussi l'intérêt de la personne, & qu'elle veut empêcher en lui défendant de donner entre vifs qu'il ne soit dépouillé de son bien; mais outre que cette raison cesseroit pour les donations testamentaires, qui n'ont effet qu'après la mort, la loi ne considère pas seulement l'intérêt du mari, mais principalement celui des héritiers & de la famille; & encore que les biens soient accessoirs à la personne, & non la personne aux biens, il faut s'attacher à l'intention de la loi, laquelle défendant l'alienation de la chose, la prohibition devient réelle, en sorte qu'elle ne peut jamais être enfreinte; que si le fait de la personne suffit pour faire céder la réalité des Coûtumes à la personnalité, il s'ensuivra que les Coûtumes sont illusoires, & qu'elles défendent inutilement de vendre ou de donner, puisqu'il ne faut que contracter hors son territoire pour rendre sa disposition sans effet, comme je l'ai prouvé sur l'art. CCCLXXXIX. Il ne suffit donc pas que la personne puisse faire une chose suivant la Coûtume du lieu où elle contracte, il est absolument nécessaire que la disposition de la chose dont il contracte, lui soit permise par la Coûtume du lieu de sa situation, car la disposition de la loi doit être plus forte que celle de l'homme pour les choses qui lui sont soumises; & comme elle n'a point de pouvoir sur la personne qui n'est point domiciliée dans son détroit, aussi la personne à laquelle elle ne peut commander, ne lui peut faire la loi dans son territoire.

De la réalité des Coûtumes, à l'égard des aliénations ou donations entre-vifs & testamentaires.

M^e Jean Ricard sur l'art. 282. de la Coûtume de Paris, par lequel *homme & femme conjoints par mariage ne peuvent s'avantager l'un l'autre par donations*,

Jugé qu'il n'est point permis entre conjoints de stipuler par contrat de mariage, qu'ils pourront contrevenir à la disposition de la Coutume.

On doit se régler pour la quantité du bien dont on veut disposer par la Coutume de l'assiete des héritages.

On ne peut donner que le tiers des acquêts, encore que le testateur n'ait point d'enfants.

A quelles personnes peut-on donner le tiers des acquêts ?

&c. raporte un Arrest du Parlement de Paris, par lequel il a été jugé que les conjoints ne peuvent pas même par le contrat de mariage stipuler qu'il leur sera permis de contrevenir à la disposition de la Coutume; ce qui montre que la disposition de l'homme ne l'emporte pas toujours sur la réalité de la Coutume.

De la Lande sur le titre des Donations, pose pour un principe certain que pour ce qui concerne la quantité du bien dont on peut disposer, & les personnes auxquelles il est licite de donner, on se doit régler par la Coutume de l'assiete des héritages, d'autant qu'ils sont sujets aux loix du territoire. Fa-ber sur la *l. i. c. de testament. Quando testator disponit de rebus alibi sitis, non inspicitur consuetudo loci ubi testatur, sed ubi res sita sunt, quia hac omnia concernunt rem non personam*; de sorte qu'un Normand qui fait son testament à Paris, ne peut disposer de ses biens assis en Normandie en la même quantité que s'ils étoient à Paris, & il ne peut outrepasser la règle qui lui est prescrite par la Coutume de Normandie; comme pareillement un Parisien qui testeroit en Normandie, ne seroit pas privé de disposer de ses biens suivant qu'il lui est permis par sa Coutume.

Dans les articles précédens la Coutume a réglé quand & comment on peut disposer de ses meubles par testament: Elle traite en cet article de la disposition des immeubles; cette prohibition de disposer des immeubles par testament est prise d'un ancien Arrest de l'Echiquier de l'année 1246. rapporté par Chopin, *l. i. t. i. n. 21. de Morib. Paris.* pour le testament du Comté d'Auge, en l'Echiquier de Pâque, tenu à Caën.

Cet article contient quatre décisions remarquables; la première touchant les immeubles dont on peut faire donation par testament, & jusqu'à quelle portion on en peut donner; la seconde, touchant les personnes auxquelles le testateur peut donner; la troisième, touchant le tems dans lequel la donation doit être faite pour être valable; & enfin il est ajouté que la donation du tiers des acquêts ne peut subsister, si le testateur en a déjà disposé par donation entre-vifs.

La Coutume ne permettant de donner que le tiers des acquêts, son intention étoit assez aparente qu'elle défendoit la donation des propres, *inclusio unius est exclusio alterius*; pour ôter néanmoins toute ambiguïté, elle s'est encore expliquée plus nettement par l'art. CCCCXXVII. On peut connoître par cet article que la Coutume est peu favorable aux testamens, puisqu'elle ne permet de donner que le tiers des acquêts lorsque le testateur n'a point d'enfants, toutes les autres Coutumes en laissant l'entière & libre disposition à toutes personnes, même au pere au préjudice de ses enfans, pourvu que les quatre quints soient suffisans pour leur légitime; les acquêts étant le labour de nos mains, les fruits de nôtre travail, une chose proprement & véritablement nôtre, & nôtre propre richesse, il semble rude de nous en ôter la disposition; cependant comme nous ne devons guères avoir de prédilection que pour nos proches, la Coutume nous impose cette favorable nécessité de leur conserver nos immeubles, nous en laissant néanmoins une portion pour en disposer en faveur de ceux dont les services ou l'amitié ont mérité cette récompense. Voyez Loüet, *l. l. n. 1.*

La Coutume a parlé trop généralement, en disant qu'un homme peut donner le tiers de ses acquêts à qui bon lui semble; car n'exceptant que la femme du donateur & les parens d'icelle, la règle semble ne pouvoir plus recevoir d'autre exception, *exceptio firmat regulam in casibus non reservatis*; cependant il n'est pas véritable que l'on puisse donner le tiers des acquêts à toutes sortes de personnes sans distinction, car l'on a étendu la prohibition de donner entre-vifs à l'héritier immédiat, aux donations d'immeubles

par testament, & ainsi l'héritier aux acquêts ne peut être donataire du tiers des acquêts. Pour faire cesser cette ambiguïté il falloit ajouter encore cette exception, *autre que son héritier immédiat aux acquêts*; car l'héritier au propre qui ne le seroit pas aux acquêts, ne seroit pas incapable de cette donation, comme je le remarquerai sur l'art. CCCCXXXI.

Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, sur l'explication de la clause d'un testament, pour savoir si des sœurs étoient comprises dans la donation? Le sieur de Dromme avoit cinq enfans, un fils & quatre filles; le sieur de Chauviéu leur oncle donna par son testament à l'aînée & à la cadette à chacune cinquante livres de rente, & qu'en cas que l'une mourût sans enfans, l'autre hériteroit de sa part, sans que le frere ni les sœurs y pussent rien demander qu'après leur mort sans enfans: Les deux sœurs légataires étant décédées, les deux autres sœurs demandèrent part aux cent livres de rente, prétendant les partager avec leur frere, comme étant substituées avec lui par le testament de leur oncle; le Juge de Vire aiant prononcé en leur faveur, le frere en apela à la Cour. Baignage le jeune son Avocat, soutenoit pour lui, que cette Sentence n'étoit pas juridique, & que ses sœurs ne pouvoient avoir aucune part en cette rente, parce qu'elles n'étoient point comprises dans la donation, & qu'il n'y avoit aucune substitution en leur faveur, & pour le prouver il n'étoit besoin que de considérer exactement les clauses du testament; par la première, le testateur s'étoit expliqué en ces termes, *je donne à mes deux nièces, l'aînée & la dernière, à chacune cinquante livres de rente*; comme cette donation étoit faite à chacune séparément, & qu'elles n'étoient conjointes *nec re, nec verbis*, il est certain qu'après la mort de l'une des donataires sans enfans, le frere lui auroit succédé au préjudice de celle qui auroit survécu; mais le testateur, dont l'intention étoit que ces deux sœurs succédassent l'une à l'autre, fit une substitution vulgaire par cette autre clause, *qu'en cas que l'une prédécédât sans enfans, l'autre lui succéderait*; & comme s'il avoit craint que cette substitution ne fût pas assez nettement expliquée, il y ajouta ces paroles, *sans que le frere ni les sœurs y puissent rien demander, qu'après la mort des donataires sans enfans*.

Or bien loin que ces dernières paroles contiennent une nouvelle disposition en faveur des sœurs, qu'elles font même leur exclusion, le terme *sans que* étant exclusif dans sa signification naturelle & commune, l'on en trouve un exemple en l'art. CCXLV. qui contient ces paroles, *les héritages venus du côté paternel retournent toujours par succession aux parens paternels, comme aussi font ceux du côté maternel aux maternels, sans que les biens d'un côté puissent succéder à l'autre*: D'où il résulte que ces termes *sans que*, ne disposent pas, mais qu'ils excluent, & que par conséquent le donateur faisoit plutôt la confirmation d'une substitution en faveur de celles à qui il donnoit, qu'une nouvelle disposition ou substitution en faveur du frere & des sœurs. Il faut donc considérer ces paroles non comme une disposition particulière, mais comme la liaison & la suite, ou pour mieux dire, la confirmation de la substitution que le testateur ordonnoit en faveur des deux donataires.

En effet, si le testateur avoit eu la pensée d'étendre sa libéralité au frere & aux deux autres sœurs des donataires, il ne se seroit pas expliqué de cette manière; après avoir substitué les deux sœurs l'une à l'autre, s'il avoit voulu faire passer la donation au frere & aux sœurs, & les rendre également donataires, il auroit continué de dire, *et en cas de décès des deux sœurs sans enfans, je veux que les cent livres de rente retournent ou soient partagées entre le frere & les sœurs*, & alors aiant fait une substitution graduelle, la rente leur eût appartenu également; mais le testateur s'est expliqué en des termes contraires, car après avoir

Si une donation étant faite à deux sœurs avec clause que leur frere & leurs autres sœurs n'y pourroient rien prétendre qu'après le décès des donataires sans enfans, cela operoit une substitution, tant en faveur des sœurs survivantes que du frere?

exclus le frere & les sœurs d'y rien demander qu'après le décès des légataires sans enfans, il finit là la disposition; il ne donne plus rien, & il ne se met point en peine de ce que les choses données deviendront; & après avoir dit en termes exclusifs, que le frere & les sœurs ne pouvoient y demander part qu'après le décès des donataires, il laisse les choses dans le droit commun; il veut bien qu'elles prennent le cours ordinaire, & qu'elles soient partagées suivant la Coutume.

L'on ne peut objecter que le testateur aiant fait mention des sœurs, son intention aparente a été qu'elles pussent avoir quelque part à cette donation; car on répond que comme au tems de la donation il y avoit un frere, & qu'il pouvoit mourir avant les sœurs donataires, il étoit nécessaire de parler des sœurs, par cette raison que les heritiers *ab intestat* du testateur auroient prétendu que le frere seul auroit pu demander la rente, & que n'étant point fait mention des sœurs la rente leur seroit retournée; & c'est pourquoi comme son intention étoit que cette rente ne retournât point à ses heritiers après avoir substitué ses deux nièces légataires l'une à l'autre, il ordonne encore que leur frere & leurs sœurs n'y pourront demander part qu'après leur décès, ce qui veut dire seulement qu'ils pourront leur succéder selon la part qu'ils y pourront avoir à droit successif.

Car il est impossible que quelqu'un puisse être réputé donataire, qu'en vertu de quelque disposition qui contienne une donation: Or tant s'en faut que le frere & les sœurs fussent compris dans la clause dispositive de la donation, qu'ils en sont expressément exclus par cette clause, sans qu'ils y puissent demander part; d'où il résulte qu'ils ne peuvent avoir droit en la donation que selon le droit de succéder établi par la Coutume, puisqu'ils n'y pouvoient rien prétendre que conditionnellement après la mort sans enfans des deux sœurs légataires: C'est un principe en Droit, que *conditio nunquam disponit, nec donationem nec dispositionem inducit*; lorsqu'on réserve quelqu'un à demander sa part, l'on ne lui donne rien, mais on le laisse dans le droit commun, pour y venir dans l'ordre qu'il y est appelé par la Coutume.

C'est une question celebre *an filii in conditione positi sint in dispositione*? Par exemple, *je donne tous mes biens à Titius, & s'il décède sans enfans, je lui substitue Sempronius*. Titius vend tous les biens qu'on lui avoit donnez, puis il meurt & laisse des enfans; il est certain que la substitution faite en faveur de Sempronius est caduque; mais il y a grande difficulté sur ce point, à savoir si les enfans de Titius auxquels ces biens pouvoient venir conditionnellement, étoient compris dans la disposition, & s'il y avoit quelque substitution pour eux? Car s'ils étoient substitués en vertu de cette condition, si Titius décède sans enfans, ils viendroient à la succession de leur pere de leur chef, *jure suo*, & non de celui de leur pere, & par conséquent ils pouvoient révoquer les aliénations qu'il avoit faites des biens de Titius, parce que suivant l'Authent. *Res qua, C. commun. de legat. Res qua restitutioni subjacent prohibentur alienari*; mais suivant les Arrêts du Parlement de Paris & l'opinion commune des Docteurs, les enfans mis en condition ne sont point compris dans la disposition, & ils n'y peuvent rien prétendre qu'*ab intestat*, parce que *conditionalia non disponunt*.

Il faut reloudre la même chose dans l'espece dont il s'agit, les sœurs ne sont point contenues dans la disposition, mais dans la condition, sans qu'elles puissent y rien demander qu'après leur décès sans enfans, c'est-à-dire *ab intestat*; or n'étant point capables de succéder, il ne leur est rien échû.

S'il y avoit eu une substitution, les sœurs donataires n'auroient pu aliéner cette rente; cependant l'on ne pouvoit pas soutenir qu'elles n'en eussent la plei-

ne disposition, puisque leurs heritiers *ab intestat* n'y pouvoient rien demander qu'après leur décès.

Le Febvre pour les sœurs intimées, répondoit que si elles demandoient part à cette rente à droit successif, elles y seroient mal fondées, parce que les mâles excluent les femelles, mais que le titre de leur demande est *pro donato*; qu'il étoit vrai que le testateur leur oncle avoit eu de la prédilection pour leurs deux autres sœurs, mais ensuite il avoit voulu qu'en cas de prédécès la rente passât à l'apelant & aux intimées, & pour cet effet il ordonna dans son testament une substitution graduelle, voulant que si les deux personnes les premières nommées dans sa disposition décedoient sans enfans, la rente apartint à leur frere & à leurs sœurs, de sorte que l'on ne peut pas dire qu'elles ne soient point comprises dans la disposition, quoi qu'il soit vrai néanmoins qu'elles ne soient substituées que conditionnellement; & c'est la même chose que s'il avoit dit, *je donne à mes deux nièces cent livres, & en cas qu'elles meurent sans enfans, je les donne à leur frere & à leurs sœurs*: l'on ne peut contester que s'il avoit parlé de la sorte, elles ne fussent substituées aussi-bien que leur frere, le testateur aiant pu imposer à sa libéralité telle condition qu'il lui a plu: Or il n'y a aucune différence entre cette façon de parler, & celle dont il s'est servi, & s'il n'avoit pas eu la volonté de leur donner il n'auroit pas fait mention d'elles, car il n'ignoroit pas que par la Coutume elles n'auroient pu succéder à leurs sœurs: Par Arrest du 12 Mars 1680. la Sentence fut cassée, & la rente ajugée au frere; les parties étoient Jacques de Bures Ecuier, sieur de la Morandiere, apelant, & Nicolas de Berolles, aiant épousé Jacqueline de Bures; & le sieur du Boullot, tuteur des enfans de feu Demoiselle de Bures, intimez.

Ce tiers des aquêts ne peut être donné à la femme par le testament de son mari: Pour éluder la rigueur de cet article, Pierre Pecquet fit son testament le premier d'Août 1629. & le 15 de Septembre ensuivant il vendit une ferme qu'il avoit acquise, au nommé Houffet, moyennant six mille livres qui lui furent payées; étant mort huit jours après sans enfans, laissant divers heritiers au propre & aux aquêts, Centurion de Beauvais soutenoit que cette vente de partie des aquêts huit jours avant la mort du mari avoit été faite en fraude de l'heritier, & contre la Coutume, qui défend de donner des aquêts par testament, s'il n'est fait trois mois auparavant, pour en faire tomber les deniers au profit de la veuve légataire universelle des meubles. Marie Cavalier veuve de Pecquet, répondoit que son mari avoit vendu un aqest non sujet à emploi; comme il avoit aquis, il pouvoit revendre & réduire en argent ce qu'il avoit aquis par argent; que l'on pouvoit vendre en tout tems, n'y aiant point de loi qui rétreigne la liberté des hommes pour la vente de leurs biens; il falloit prendre les choses en l'état qu'elles se trouvent au tems que la succession est ouverte, & l'on ne pouvoit réputer immeubles les deniers procédans de cette vente: Par Arrest en la Chambre de l'Edit, du 6 de Mars 1630. les deniers du prix de cette vente furent ajugés à la veuve, & l'aquereur maintenu en son aqest.

Si le mari avoit donné à sa femme l'usufruit d'un heritage & la propriété à un autre, on demande si la donation de cet usufruit étant nulle, la pleine propriété du fonds apartiendrait à ce légataire? L'on soutient l'affirmative, par ces raisons, que le legs fait à la femme étant inutile & caduque, l'usufruit est consolidé à la propriété, & il retourne au légataire *jure accrescendi*, *l. si alii, de usufr. legat. usufructus finitus consolidatur cum proprietate*. L'heritier répond que la femme est légataire, *non erant conjuncti re aut verbis*, & partant *non est locus juri accrescendi*, & le legs qui est inutile en la personne de la femme, doit demeurer à l'heritier, *l. conjuncti 41. de legat. 2. à*

Le mari ne peut donner par testament le tiers de ses aquêts à sa femme.

Si le mari aiant donné un usufruit à sa femme, & la propriété de l'heritage à un autre, la donation de l'usufruit étant nulle, la propriété du fonds resteroit au légataire?

quoi

Aucun n'est donataire qu'il n'y ait donation.

La condition n'est pas une disposition.

quo la loi *si alii* n'est point contraire ; car dans l'espèce de cette loi *uni fundus, alteri ususfructus fundi erat legatus, & apparet legatarios concurrere conjunctosque esse in ususfructu* ; mais dans le cas proposé la propriété seule étoit donnée à l'un, & l'usufruit à la femme, *sic disjuncti erant re & verbis*, & pour la consolidation on ne peut dire que l'usufruit ait fini, parce qu'il n'a jamais commencé, la femme ne le pouvant avoir, *l. mulier, de condit. & demonstr.*, & il est demeuré entre les biens de la succession. M^r Duval a traité cette question, *de reb. dub. tract. 3, q. 1.* & il estime que l'heritier doit jouir de cet usufruit tant que la femme vivra, *l. Codicillis, de annu. legat.* ce qui paroît raisonnable, n'étant pas juste que le legs de la propriété demeurât inutile, puisque le légataire étoit capable de le recevoir.

Le mari ne peut donner le tiers de ses acquêts aux parens de sa femme.

Le mari n'est pas seulement interdit de donner à sa femme le tiers de ses acquêts, cette prohibition s'étend jusqu'aux parens d'icelle, soit qu'il le fasse ouvertement ou indirectement, & ces paroles, *aux parens d'icelle*, ont été prudemment & utilement ajoutées. Dans les Coutumes où elles n'ont pas été employées, comme en celle de Paris, on a fort agité la question si le mari pouvoit donner aux parens de sa femme ? On trouve un Arrêt dans le Journal des Audiences, *l. 5. c. 9.* par lequel il a été jugé qu'un mari peut léguer à la mere de sa femme, quoi qu'elle fût décédée peu de tems après, & que sa fille femme du testateur eût recueilli la succession ; si cela est permis on peut éluder aisément la Coutume qui prohibe aux conjoints de se faire aucun avantage, la décision en est précise en la *l. si sponsus, §. generaliter, ff. de donat. inter vir. & uxor.* la *l. cum hic status, §. Orat.* au même titre. On aléguoit au contraire la *l. si vero 64.* au commencement & au §. dernier, *D. solut. matrim. Maritus servum dotalem manumittit, omne quod ad eum tanquam ad Patronum aut heredem ejus pervenerit, ad mulierem pertinet.* Le Jurisconsulte demande, *cum de viro heredemque ejus lex tantum loquatur, de socero autem ejusque heredibus nihil dictum sit, an eo casu quo deficit lex utilis, actio danda sit mulieri adversus socerum, cum sit eadem ratio ? & respondet ex sententia Labeonis non esse supplendum, cum sit omissum.* Mais ce qui pouvoit faire la décision, c'est que par l'art. 283. de la Coutume de Paris, *il est permis aux conjoints de donner aux enfans de l'un d'eux d'un précédent mariage, au cas que le donnant n'ait enfans* ; mais ces donations ne seroient point valables parmi nous, étant prohibé de donner aux parens de la femme : & quand la Coutume n'auroit pas ajouté une prohibition formelle de donner aux parens de la femme, elle auroit dû être supplée de droit ; *nam ex personarum conjunctione presumitur tacite accommodata fides de restituendo incapaci, l. Fraus & contra legem, D. de legibus* : Plusieurs ont été de ce sentiment, que la seule proximité ne suffisoit pas, si elle n'étoit soutenue par d'autres présomptions.

Par Arrêt du 24 de Juillet 1665. il fut jugé que la donation faite par le mari de tous ses meubles au fils de sa femme, étoit sujette au remploi des acquêts faits par le mari avant son second mariage avec la mere de ce fils légataire, parce qu'il les avoit aliénez durant son second mariage, en cas toutefois que les acquêts faits durant ce second mariage ne fussent pas suffisans de porter ce remploi.

Le mari peut donner de ses meubles aux parens de sa femme.

Il n'est pas néanmoins défendu au mari de donner de ses meubles aux parens de sa femme. Riquet avoit épousé une veuve qui avoit une fille sortie de son premier mariage avec le nommé Plainpel ; le bien de cette veuve consistoit tout en meubles, dont il ne fut constitué aucune partie en dot ; mais elle devoit remporter tout en cas que son mari mourût avant elle, & si elle précédait tout restoit à son profit : Ce mari quelque tems après donna à ladite Plainpel fille de sa femme deux bâteaux qui lui appartenoient : cette donation fut contestée par ses heri-

tiers, comme aiant été faite par un mari à la fille de sa femme contre la teneur de cet article. Jourdan mari de ladite Plainpel, remontrait que cet article ne défendoit que la donation des immeubles, & non point celle des meubles ; & puisque le mari qui n'a point d'enfans peut donner la moitié de ses meubles à sa femme, rien ne l'empêche de les donner aux parens d'icelle : le Viconte & le Bailli confirmèrent la donation : Par Arrêt au rapport de M^r Busquet, du 20 Novembre 1669. la Sentence fut cassée, & en reformant ledit Riquet fut déchargé de l'action de Jacques Jourdan : Le motif de l'Arrêt fut que le mari n'avoit aucuns immeubles, cessant quoi la donation eût été confirmée ; les parties étoient Nicolas Riquet apelant, & Jacques Jourdan & Marie Plainpel, intimés.

Arrêt qui déclare nulle une donation de meubles, faite par un mari n'ayant enfans, à la fille de sa femme.

Catherine Druel n'avoit fait aucune mention par son testament de Christophe ; Guillaume & Pierre Druel ses neveux, & heritiers au propre maternel, parce qu'elle les croioit ses heritiers aux meubles & acquêts ; mais aiant su qu'ils étoient exclus par un autre parent, elle ajouta à son testament qu'elle léguoit le reste de ses meubles & le tiers de ses acquêts : depuis étant avertie que cette donation du tiers des acquêts par testament, n'auroit point d'effet si elle ne vivoit trois mois après, elle vendit au sieur Adelin un heritage qui ne faisoit pas néanmoins le tiers de ses acquêts, afin que les deniers de cette vente comme étans un meuble tombassent au profit de ses neveux. Le nommé le Greffier heritier aux meubles & acquêts fut reçu à faire preuve de quelques faits de suggestion, dont lesdits Druel aiant apelé devant le Bailli, il debouta le Greffier de l'apointement en preuve, & ajugea tous les meubles aux légataires, à la réserve des deniers provenans de la vente de l'heritage : Les parties aiant respectivement apelé de cette Sentence, le Greffier se plaignoit qu'on ne l'avoit pas reçu à la preuve de ses faits de suggestion, & les légataires disoient qu'on leur avoit fait grief, en leur retranchant les six mille quatre cents livres qui faisoient le prix de l'heritage vendu : les faits de suggestion n'étoient pas considérables ; on contesta principalement sur la validité de la vente, on la faisoit passer comme une fraude contre cet article, dont on avoit voulu rendre la disposition illusoire, en faisant vendre ce qu'on ne pouvoit avoir par donation, voiant que la testatrice ne pouvoit survivre les trois mois après son testament : Les légataires remontrèrent qu'on n'avoit rien fait contre la disposition de la loi ; le pere ne peut faire un avantage à l'un de ses enfans au préjudice des autres, & toutefois il peut changer la nature de son bien ; le mari ne peut donner à sa femme ; il est néanmoins en sa liberté de vendre les acquêts qu'il a faits hors bourgage, pour les remplacer en bourgage où sa femme aura la moitié : La défunte ne devoit pas avoir moins de liberté, elle pouvoit n'acquies pas ; elle a donc pu revendre ce qu'elle avoit aquis : Par Arrêt du premier d'Août 1651. la Cour sur l'apel du Greffier, mit les parties hors de Cour ; & faisant droit sur l'apel des légataires en infirmant la Sentence, on ajugea aux légataires les six mille quatre cents livres provenans de la vente faite au sieur Adelin.

Le tems de trois mois que le testateur doit survivre pour faire subsister la donation du tiers des acquêts, semble induire nécessairement que le testament doit être datté, autrement il seroit impossible de connoître si le testateur seroit mort avant ou depuis le tems ordonné par la loi.

C'est une question fort problématique, si la datte est requise pour la validité des testamens ? Nous ne trouvons rien d'exprès ni de décisif dans les Coutumes de France ; c'est pourquoi les Auteurs qui ont traité cette question, ont eu recours au Droit Civil pour le décider, quoi que les autorités qu'on en tire ne soient pas claires & précises.

Si la datte est requise pour la validité des testamens ?

L'on ne voit point de testamens des Anciens qui ne fussent dattez ; Suetone en raporte plusieurs dans la vie d'Auguste ; le Testament de S. Gregoire de Nazianze & celui de S. Remy nous en font encore foi : Outre cet usage on cite plusieurs loix qui paroissent en établir la nécessité ; la premiere est la l. 2. §. *diem D. quemadm. testament. aper.* M^r Cujas se sert de cette loi pour prouver que la datte étoit nécessaire, voici comme il parle : *Ut in l. 2. §. diem, non valet testamentum jure civili, jure solemnni, in quonon esset adjectus dies & Consul ; la l. Sancimus 27. de testament.* est encore précise pour la datte. *Si autem testator tantum dixerit non voluisse prius testamentum stare, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem ; & hoc per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifesta, veris, & decennium elapsum fuerit, tunc irritum est testamentum tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali :* Il falloit donc que le testament fût datté pour savoir s'il y avoit dix ans qu'il eût été fait ; que si la datte n'eût point été nécessaire au testament, cette loi eût été inutile.

On se sert encore de la loi *Hac consultissima*, du même tit. *quo facto*, parlant du testament mystique & secret, & *testibus uno eodemque tempore conscribentibus & consignantibus testamentum non valere :* Ces termes donnent à connoître qu'il falloit que les testamens fussent dattez.

Mais après la l. *Hac consultissima*, §. *quod si, C. de testament.* on ne peut plus douter que la datte ne fût de l'essence des testamens ; car quoi que Justinien eût dispensé le testament holographe du pere entre ses enfans, de toutes formalités, il le laisse néanmoins assujeti à la nécessité de la datte qu'il est obligé de mettre tout au long, & non point en abrégé ; *nisi quis æquivalens quod sine subscriptione ita procedit, si pater litteras edoctus manu propria, non signis, sed litterarum consequentiã declaret & tempus, &c.*

Pour confirmer pleinement le verité de cette doctrine, on allégué ordinairement un Passage de saint Chrysostome dans son Homelie 3. *in verba Isaia, Vidi Dominum, Testamentum tabulasque de nuptiis, nisi in frontispicio Consulm annos habeant prescriptos, nullam ex se vim habent.*

L'Ordonnance d'Orleans, art. 167. est encore formelle pour la nécessité de la datte ; elle oblige notamment les Notaires de la mettre aux testamens : Or les raisons qui ont servi de motif à cette Ordonnance pour obliger les Notaires à datter les testamens, se rencontrent pour les testamens holographes ; voyez les 8. 9. & 10. art. du chap. 18. de la Coutume de Berry.

La nécessité de la datte se trouve établie sur cinq raisons principales ; la premiere, pour obvier aux fautes ; la seconde se tire de la multiplicité des testamens, car il n'y a que le dernier qui soit valable, il faut donc qu'ils soient dattez pour le connoître ; la troisième, est que cela sert pour connoître la volonté du défunt ; *voluntas defuncti qualis fuerit inspicit debet, dum testamentum ordinat, & secundum tempus testamenti, l. in delictis, §. si extraneus, de noxal. act.* la quatrième se tire des inconveniens qui arriveroient si les testamens n'étoient point dattez ; on seroit presque toujours dans l'incertitude, si un testament est valable ou non, parce qu'il n'y a que la datte qui nous fasse connoître si le testateur avoit les qualités requises pour tester ; la cinquième, qu'un testament n'est point réputé solennel si le testateur n'y a mis la dernière main, & qu'il ne paroisse avoir été fait avec meure délibération, ce qui ne peut être présumé en une personne qui ômet la datte, parce que l'omission d'une chose ordinaire & acoutumée, fait croire ou que le testament est imparfait, ou qu'il a été fait sans application d'esprit, ou avec mépris ; *nam que notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta, l. apud Labeonem, §. ait Prator, ff. de injuriis.*

Pour les Docteurs plusieurs ont parlé de cette question, mais pas un ne l'a traitée à fond ; Balde, Panor-

me, Alexandre, Guy Pap. Cornæus, Richardus, Rebuffe, Viger, Buridan ; Ricard, p. 1. c. 5. sect. 7. & de la Lande, art. 289. de la Coutume d'Orleans, ont estimé que la datte étoit nécessaire. Pour l'opinion contraire on allégué un Fragment de Modestin ; *cum, inquit, in testamento dies & Consul adjecti non sunt, nihil nocet quominus valeat testamentum :* sur quoi M^r Cujas a dit que suivant le sentiment d'Ulpian en la l. 2. *in Comment. ad l. qui testamento, Quemadmodum testamenta aperiuntur, dies & Consul adscribi solebant, sed si non fuerit adscriptus, non ideo minus testamentum valet :* On s'aide aussi de la l. *Cum tabernam, §. idem quæsit, ff. de pignoribus ; non idem pignus cessare, quod dies & Consules additi non sunt.* On ne manque pas aussi de Docteurs qui ont tenu cette opinion ; Alciat, Ragueau, Charondas, de Loumeau, Tronçon & Guerin, & sur tout M^r Cujas.

Mais on peut repartir que le Fragment de Modestin ne peut faire de décision, n'étant point compris dans la compilation du Digeste ; on a même sujet de croire qu'il en a été rejeté comme étant contraire au sentiment d'Ulpian, qui est inseré tout au long dans la l. 2. *ff. quemadmodum testamenta aperiuntur.*

Quant à la l. *Cum tabernam*, elle ne peut s'appliquer à cette question, parce qu'il ne s'agit que de savoir si une obligation qui étoit déjà valablement contractée, se pouvoit annuler par une lettre écrite ensuite, où il n'y avoit point de datte ? Le Jurisconsulte répond que non, & il dit même que la signature n'étoit pas nécessaire, *respondit, cum convenisse de pignoribus videatur, non idcirco pignorum obligationem cessare, quod dies & Consul adjecti & tabula signata non sint ;* ce Fragment de Modestin & cette l. *Cum tabernam* avoient fait rejeter à M^r Cujas la nécessité de la datte, comme je l'ai déjà remarqué ; mais dans son Commentaire sur le tit. du Cod. *Quemadmodum testamenta aperiuntur*, il semble en quelque façon avoir changé d'avis, & tenu que la datte étoit nécessaire *jure civili, sed non jure Pratorio.* Cette question s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, pour Dame Claude de Nets, femme de M^{re} Gilles de Ruelan Baron du Tiercant, & la Dame de Bourgon, apelantès de Sentence des Requête du Palais à Paris, & renvoyées en ce Parlement par Arrêt du Conseil, & M^{re} Paul de la Barre Ecuier, tant en son nom qu'en celui des enfans de Nicolas de la Barre, & Claude de Nets, intimés ; Il s'agissoit de la validité d'un codicille holographe du feu sieur Martin que l'on arguoit de nullité par ces trois moiens ; le premier, par le manquement de datte ; le second, parce qu'il étoit annullé tant par le testament du 13 d'Octobre 1657. que par la reconnoissance d'icelui faite devant Notaires le 17 de Novembre ensuivant ; le troisième, que c'étoit un acte imparfait & abandonné : La Cause aiant été plaidée par Greard pour la Dame de Bourgon, & par moi pour la Dame du Tiercant, & par Maury pour les sieurs de la Barre & de Nets, elle fut appointée au Conseil, & depuis par Arrêt au rapport de M^r Fermanel, du mois de Mai 1666. on n'eut point d'égard au manquement de datte, parce que le tems du codicille étoit prouvé d'ailleurs, & l'on confirma le codicille. La plus commune opinion est que pour les testamens passez devant Notaires, ils doivent être dattez en consequence de l'Ordonnance d'Orleans qui l'enjoint aux Notaires. Pour les testamens holographes, Tronçon dit que le Parlement de Paris a jugé que le jour & l'année n'y sont point nécessaires : La Coutume de Paris, art. 289. n'ordonne point que les testamens doivent avoir une datte ; mais la Coutume en cet article semble prescrire la nécessité de la datte ; car n'approuvant la donation du tiers des acquêts qu'à condition que le testament soit fait trois mois avant la mort du testateur, il faut nécessairement que le testament soit datté, pour connoître s'il y a trois mois écoulés depuis la confection du

Sentimens de plusieurs Auteurs sur la nécessité de la datte des testamens.

De l'Ordonnance d'Orleans, à l'égard de la datte des testamens.

Diference entre les testamens passez devant Notaires, & les testamens holographes, à l'égard de la nécessité de la datte.

testament, soit que le testament soit holographe ou passé devant Notaires.

Il me semble donc pour la résolution de cette question, que la datte n'est point nécessaire quand le testateur ne donne que les choses dont il peut disposer dans tous les momens de sa vie, & sans aucune limitation de tems; mais quand il s'agit d'une donation d'aquêts, qui ne peut valoir si le testateur n'a survécu un certain tems limité par la Coutume, le manquement de datte emporte la nullité de la donation, & le donataire n'est pas recevable à prouver autrement que par écrit, que le testateur avoit fait son testament trois mois avant sa mort.

On éviteroit beaucoup de surprises & de suggestions, si ce que la Coutume a disposé pour la donation du tiers des aquêts, étoit étendu à toutes sortes de dispositions testamentaires, à savoir qu'un testament ne pouroit valoir s'il n'étoit fait quelque tems avant la mort du testateur, & qu'il ne fût point permis de faire un testament lorsque l'on est prêt de rendre le dernier soupir.

Si un testament fait à Paris du tiers des aquêts scis en Normandie, doit être fait trois mois avant le décès du testateur pour être valable?

L'on agita cette question en l'Audience de la Grand' Chambre, le 6 Mars 1680. si lorsque le testament avoit été fait hors Normandie, il étoit nécessaire que le testateur vécût trois mois après, pour faire valoir la donation du tiers des aquêts situez en Normandie? Un bâtard qui demouroit à Paris, fit un legs universel de tous ses biens à l'Hôpital de Paris, & il laissa une pension viagere à un fils naturel qu'il avoit; ce testament ne fut fait qu'un mois avant la mort du testateur. Le sieur de Digoville, duquel tous les biens étoient mouvans, les prétendit à droit de bâtardise, suivant l'art. CXLVII. de la Coutume, à laquelle le testateur n'avoit pu déroger, quoi que le testament eût été passé à Paris, & que l'on ne pouvoit pas même demander le tiers des aquêts, parce que le testateur n'avoit pas survécu le tems porté par cet article, ce qui étoit absolument nécessaire pour faire subsister la donation du tiers des aquêts; que ce terme de trois mois regardant l'essence de la donation, & non la forme du testament, l'on ne pouvoit considérer que la Coutume de la situation des biens donnez, & non celle du lieu où le testament avoit été passé: L'on répondoit pour les légataires, qu'ils ne demandoient pas tous les aquêts, mais le tiers seulement; car les Coutumes étant réelles, l'on n'avoit pu y déroger; mais à l'égard des trois mois que la Coutume de Normandie prescrit, c'est une formalité qui ne doit être gardée que quand le testament a été fait en cette Province, & qu'il suffisoit que le testament fût accompli selon toutes les formes requises par la Coutume du lieu où il avoit été passé: Par l'Arrest tous les heritages furent ajugez au sieur de Digoville, chargez néanmoins de la pension du bâtard, & de tous les arrerages.

La preuve qu'un testament holographe a été antidaté, n'est point recevable.

On n'est pas recevable à prouver que le testateur a antidaté son testament holographe, ce seroit faire une injure au défunt, ce qui n'est pas recevable de la part d'un héritier: par la disposition du Droit les parens collatéraux ne pouvoient acuser un testament d'infirmité; *fratris vel sororis filii, patru vel avunculi, amita etiam & matertera testamentum inofficiosum frustra dicunt, cum nemo eorum qui ex transversali linea veniunt, exceptis fratre & sorore ad inofficiosi querelam admittatur, l. fratris, Cod. ad inofficiosi querelam.* Cette question s'offrit en l'Audience de la Cour, entre les heritiers de Nicolas Duchemin Ecuier, sieur de la Vaucelle, apelant, & les légataires du défunt qui avoit donné par son testament cent cinquante livres de rente, faisant partie de ses aquêts; le testament étoit écrit & signé dudit défunt; les heritiers vouloient prouver que le défunt l'avoit antidaté, & encore qu'il eût été fait au mois de Mai un mois avant sa mort, qu'il l'avoit daté du vingtième de Mars 1620. ce que les légataires soutenoient n'être pas recevable: le Juge de saint Lo avoit ordonné que

le testament seroit executé tant sur les meubles que sur les aquêts; la Cour par Arrest du 21 de Juin 1622. confirma la Sentence, & condamna les heritiers aux dépens pour avoir injustement disputé le testament du défunt.

Il suffit que la Coutume permette les testamens holographes, & quand on use de la liberté qu'elle a donnée, l'on ne doit point aller plus loin que la prévoyance, & l'on ne doit pas être admis à dire qu'un testament de cette nature a été antidaté: Enfin la Coutume n'autorise la donation du tiers des aquêts que quand le testateur n'en a point disposé entre vifs: si les donations sont excessives la réduction se doit faire sur les dernières, & non pas sur les premières, *quæ enim prius ritè factæ sunt, non possunt à consecutis infirmari jure semel quæsito*; cela est sans difficulté pour les donations entre-vifs, en vertu desquelles le droit est pleinement aquis au donataire. Il n'en est pas de même pour les donations testamentaires, *quarum effectus post mortem collatus est*; en ce cas, dit M^r d'Argentré, si elles ont été faites en divers tems, & que l'effet en soit diferé après la mort, tous les légataires concurrent *in puncto mortis, & ejusdem temporis sunt, idèò de singulis distrahendum citra considerationem data, & rationem habet à jure, quia cum effectus omnium concurrat in puncto, ejusdem temporis habenda sunt omnes.*

Par cette même raison pour réduire l'excès d'une donation testamentaire, on ne considère pas les biens que le testateur possédoit au tems du testament, mais ceux qu'il laisse en mourant, & Berault a justement repris Godefroy qui tenoit le contraire.

Quand les donations testamentaires sont excessives, comment se réduisent.

Après avoir expliqué ce que l'on peut donner par testament, il faut connoître aussi comment le testateur peut révoquer ce qu'il a donné.

La révocation des legs est beaucoup plus aisée que celle des testamens; car nôtre jurisprudence & la Romaine conviennent en ce point, qu'il n'est pas nécessaire que la révocation soit solennelle, comme celle d'un testament qui ne peut être révoqué que par un acte de pareille qualité: le testateur le peut faire par toutes sortes d'actes; c'est assez qu'il paroisse qu'il l'a voulu & qu'il ait changé de volonté; & comme il étoit le maître de sa libéralité, il a pu la révoquer en tout ou partie, ôter l'usufruit & laisser la propriété, ou au contraire révoquer la propriété & donner seulement l'usufruit, & d'un legs pur & simple en faire un conditionnel, *l. 7. D. de adimen. legat.* mais par la révocation ou par la diminution d'un legs particulier, le legs general n'est pas révoqué: *Cum Titio quis centum legasset, & Codicillis ita eidem legasset. Titio quinquaginta hæc amplius hæres meus dato, non amplius quinquaginta legatarium petiturum, l. 3. §. 10. D. de adimen. legat.* il peut donner une chose pour une autre, *qui hominem legat & Stichum adimit, non perimit legatum, sed extenuat, l. 11. eod.* Enfin pour la révocation d'un legs, c'est assez qu'il soit constant que le testateur l'a voulu révoquer.

De la révocation des legs & testamens.

La révocation se peut faire en deux manières, par ademption & par translation; par ademption, lorsque le testateur ôte ce qu'il avoit légué; par translation, lorsqu'il transfère à Titius ce qu'il avoit légué à Seius.

La révocation peut se faire en deux manières.

L'ademption d'un legs peut être expresse ou tacite; lorsque le testateur déclare expressement révoquer ce qu'il avoit donné, il ne reste aucune action au légataire pour le demander; car c'est une maxime indubitable que la dernière volonté des testateurs prévaut toujours à la première, lorsqu'elles sont contraires & opposées, *l. 6. de adimen. legat.* & quoi que le testateur n'ait pas expressement déclaré qu'il révoque le legs, si néanmoins il se trouve raturé & effacé dans son testament, il est suffisamment révoqué; *nihil interest, inducatur quod scriptum est, an adimatur, l. nihil, D. de adimen. legat.*

L'ademption tacite se fait lorsque le legs n'est pas expressement révoqué; mais l'on présume par

ce que le testateur a fait depuis son testament, que son intention a été de le révoquer; le Titre du Digeste, *de adimendis legat.* en contient plusieurs moiens, & cette matiere a été nouvellement traitée par M^e Jean Ricard, en son Traité des Don. p. 3. c. 3. sect. 3. & suivans; mais comme ces révocations tacites sont ordinairement fondées sur des conjectures & des présomptions apuées sur l'intention vrai-semblable du testateur, il y a souvent de la peine à concevoir son intention, & à interpréter les termes dont il s'est servi, *ut plurimum*, dit M^e Cujas, *in comm. ad l. 19. de usu & usufr. occurrit voluntatis questio*, & là-dessus il donne des règles pour s'y conduire: les moiens & les conjectures dont on prétend se servir pour connoître les véritables sentimens des testateurs sont en si grand nombre, que le Cardinal Mantica en a composé un livre entier, & cependant après tout cela il reste encore un nombre infini de difficultés.

Si dans l'interprétation des termes des testamens, on ne doit avoir d'autre égard qu'à la volonté du testateur?

La règle la plus générale que l'on propose sur ce sujet, est sur tout qu'il faut avoir égard à la volonté du testateur; *in testamentis plenius voluntates testamentium interpretamur*, l. *in testament. ff. de regul. jur.* mais lorsque les paroles sont claires, & qu'elles n'ont point besoin d'interprétation, on ne doit point faire de questions sur la volonté présumée du testateur, *ubi verba clara sunt, non debet admitti voluntatis questio*: lorsque son intention n'est pas pleinement éclaircie, l'on fait valoir toutes les présomptions & les circonstances qui se rencontrent, & l'on a plus d'égard à cette volonté pour la soutenir, qu'aux paroles & aux termes dont il s'est servi pour la rédiger par écrit: *in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet*, l. *Pater sever. 101. de condit. & demonstr. ff.* & au contraire on a quelquefois plus d'égard à ce qui est écrit qu'à ce qu'on a pensé faire, *interdum plus valet scriptura quam quod peractum est*, *ut patet ex l. 19. de usu & usufr.* M^e Cujas remarque quod & si potior sit quidem voluntas testatoris subtilitate juris, tamen potior est scriptura certa & indubitata, quia & voluntatis qua contraria sit scriptura difficilima est probatio; & c'est pourquoi l'on ne doit pas s'éloigner de la véritable & naturelle signification des mots, pour expliquer les dispositions du testateur; si ce n'est qu'il paroisse tres-clairement que la pensée n'étoit pas conforme à ses paroles, *non aliter à significatione verborum recedere oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*; l. *non aliter 69. de legat. 3.* autrement l'explication qui en sera faite, doit avoir quelque vrai-semblance & quelque rapport aux termes; que s'ils ne sont susceptibles d'aucune interprétation raisonnable, il est plus à propos de la laisser sans effet, que de l'interpréter contre toute apparence.

Lorsque l'obscurité ne regarde que l'intérêt de l'héritier & du légataire, dans le doute on tâche à l'éclaircir en faveur de l'héritier, & l'explication se fait au préjudice du légataire; c'est ce qui a donné lieu à cette autre règle que *in legatis id quod minimum est sequimur*, la cause de l'héritier étant toujours plus favorable que celle du légataire; la Coutume le favorise en toutes rencontres, & il n'a pas besoin d'un titre pour se maintenir en la possession des biens héréditaires, parce qu'ils lui appartiennent par la disposition de la loi; mais le légataire apuiant sa prétention sur la volonté du testateur, il a besoin qu'elle soit expresse, & que l'on n'en puisse douter.

Cas où la volonté du testateur doit être expresse à l'égard du légataire.

Je proposerai quelques-uns de ces moiens par lesquels l'ademption du legs est faite par la volonté présumée du testateur; l'aliénation de la chose léguée est un moien puissant pour faire présumer l'extinction & l'ademption d'un legs; lorsque le légataire ne justifie point que le testateur ne l'a point faite volontairement, ni par un changement de la bonne volonté qu'il lui avoit rémoignée par cette libéralité; car l'on ne doute point qu'il n'y ait lieu au repentir; &

comme le legs n'est point retranché si l'on ne fait paroître que le testateur a changé de sentiment, aussi il ne peut être demandé si le testateur n'a point continué sa bonne volonté envers le légataire. Cette distinction est faite par la l. *Fideicommissa 11. §. si rem, de legat. 3. Si rem suam testator alicui legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, Metianus putat fideicommissum peti posse, nisi probetur adimere testatorem voluisse, probationem autem ab heredibus exigendam*; car l'aliénation seule n'est pas la cause de l'extinction du legs, mais l'on présume un changement précédent de la volonté du testateur par l'aliénation subsequnte.

L'aliénation est présumée faite par nécessité, soit que le testateur ait vendu volontairement pour acquitter ses dettes, & par la nécessité de ses affaires, ou que ses biens aient été saisis réellement; cette distinction d'aliénation volontaire ou forcée n'a point de lieu pour les donations, parce qu'elles sont purement volontaires, bien que le donateur parût avoir été obligé en quelque façon d'exercer cette libéralité; la loi *Rem legatam 18. de adimen. legat.* y est expresse, *Rem legatam si testator alii vivus donaverit, omnimodo extinguitur legatum, nec distinguimus utrum propter necessitatem rei familiaris, an merà voluntate donaverit, ut si necessitate debeat legatum, si merà voluntate, non debeat. Hec enim distinctio in donantis munificentia non cadit, nemo enim in necessitatibus liberalis existit*: Quelques Docteurs en exceptent la donation rémunératoire, mais si le donateur n'avoit point d'action pour demander cette récompense, la donation étant volontaire le legs est révoqué.

La distinction d'aliénation volontaire ou forcée, n'a point de lieu pour les donations.

Que s'il est incertain si la donation a été volontaire ou forcée, suivant l'opinion commune des Docteurs, l'héritier demeure chargé de la preuve que le testateur a aliéné volontairement, autrement le legs n'est point censé révoqué: Menochius, *de Præsumpt. Præsumpt. 167.* Barry, *de legat. t. 30.* Mantica, *de conject. ultim. volunt. l. 12. t. 6. n. 13.* Au contraire, du Moulin en ses Notes sur les Conseils d'Alexandre, l. 7. *Conf. 167.* soutient que cette aliénation doit être présumée volontaire, & par conséquent que le legs est révoqué, si le légataire ne prouve la nécessité d'aliéner. Il est certain que l'opinion commune est fondée sur la loi *Fideicommissa*, que je viens de citer, mais comme nous ne favorisons pas si fort les testamens, il suffit que le testateur ait aliéné la chose qu'il avoit léguée, pour faire présumer qu'il a changé de sentiment.

Quoi que l'aliénation ne subsiste point, & qu'elle ne soit pas valable, le legs une fois éteint ne revivra pas pour cela: Mantica, l. 12. t. 6. Menochius, *de Præsumpt. l. 4. Præsumpt. 167.* Barry, *de legat. t. 30.* & l'on n'en excepte pas même la cause pie, nonobstant que M^e Tiraqueau en ait fait un des privilèges de la cause pie, *privil. 41.* Il en seroit de même, quoi que par après le testateur rachetât & remît dans ses biens ce qu'il avoit vendu; car le legs ayant été une fois supprimé, il seroit besoin d'une nouvelle disposition pour le faire revivre; nous en trouvons un exemple en la loi *Cum servus 15. de adimend. legat. D. Cum servus legatus à testatore, & alienatus, rursus redemptus sit à testatore, non debetur legatario opposita exceptione doli mali.*

Si le legs une fois supprimé ne peut revivre sans une nouvelle disposition du testateur?

Ce qui me semble devoir être suivi à l'égard de l'échange d'un fonds légué avec un autre fonds; car le testateur ayant mis hors de ses mains l'héritage qu'il avoit légué, celui qu'il a reçu en contr'échange n'est point de plein droit subrogé en sa place sans une déclaration expresse du testateur, quoi que Ricard, des Donat. p. 3. c. 3. sect. 3. rapporte un Arrest du Parlement de Paris qui a décidé le contraire, distinct. v. car ayant échangé le fonds qu'il avoit expressément légué, & qui peut-être ne lui étoit pas commode, pour en avoir un autre à sa bien-séance, on ne doit pas présumer qu'il ait pareillement eu l'intention de le donner, & ce n'est point en ce cas qu'il faut appliquer la règle *subrogatum sapit naturam subrogati*,

la raison est que le légataire ne peut demander que ce qui lui a été expressément donné; or cela ne se trouvant plus en la possession du donateur, la prétention est sans fondement lorsqu'il demande une chose que le testateur n'a jamais témoigné lui vouloir donner; & il y a bien moins de doute en cette espèce qu'en la précédente: car le fonds ou l'esclave que le testateur avoit légué, & qu'il avoit racheté après l'avoir vendu, étoit le même fonds & le même esclave qui se trouvoient en la possession du testateur lors de son décès, de sorte que l'on pouvoit dire que le legs étoit toujours demeuré dans un même état; mais l'héritage que le testateur a pris en contr'échange, ne peut jamais devenir le même héritage qu'il avoit légué.

Si un testateur lègue un héritage, & qu'il l'échange, ce legs n'a plus de lieu.

On cite au contraire le §. dernier de la loi *Imperator 70. de legat. 2. Cum rogatus esset quidquid ex hereditate supererit post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum aliàs comparat, deminuisse quæ vendidit non videtur*; mais outre que cette loi parle d'un fideicommiss, comme l'a remarqué Ricard, la loi *Alteri* décide expressément le contraire, *etiam si pretium in corpus patrimonii rediisset, non esse præstandas actiones*. Il est vrai que par la loi *Pater* au même titre, si le legs consistoit en une somme d'argent, & que le testateur l'eût employée en l'acquisition d'un fonds, le legs ne seroit pas présumé révoqué, & l'héritage acquis apartiendroit au légataire: les Docteurs pour concilier cette loi avec la loi *Alteri*, disent que la raison de la différence consiste en ce que les deniers se trouvent toujours en la succession du testateur, non point en mêmes espèces, mais en la même quantité, *pecunia semper hereditati inest, non quidem eadem species pecunia; sed quantitas*; mais l'héritage que le testateur a vendu n'est plus de la succession, *nec videtur inesse, licet pretium ejus redactum sit in corpus patrimonii*, comme M^r Cujas l'enseigne en ses Commentaires sur ces mêmes loix.

Si le legs consiste en argent, & depuis employé en un fonds, ce legs subsiste.

Si d'une obligation léguée le testateur reçoit le paiement, ce legs est sans effet.

Si pareillement le testateur exige ou reçoit le paiement de l'obligation qu'il avoit léguée, le legs demeure sans effet, quoi que ce soit en quelque façon une ademption & extinction forcée, & bien que le legs ne soit point révoqué par une alienation forcée; mais le Jurisconsulte en rend cette raison en la l. 11. §. *si rem, de legat. 3. que hic extinguitur ipsa substantia*; mais dans l'alienation forcée *res durat, tametsi alienata sit*; les Docteurs néanmoins ont apporté plusieurs exceptions à cette règle, que l'on peut voir dans Barry, *de legat. t. 30.*

L'inimitié capitale éteint le legs.

Si l'amitié & la bonne intelligence n'ont point continué entre le testateur & le légataire, & qu'il soit survenu entr'eux des inimitiés capitales, on présume aisément que le testateur a changé de dessein, l. 3. §. *ultim. de adimen. legat. D.* Mais pour savoir quelles sont les inimitiés capitales, on considère la qualité du fait qui a causé leur desunion, la dignité des personnes, le lieu, le tems, & les autres circonstances qui peuvent rendre une offense plus atroce, car une légère querelle ne suffiroit pas; *verba altercatoria non sufficiunt ut legatum videatur ademptum*: Mantica, l. t. 5. n. 14. Il faut donc que l'injure soit atroce, & de telle conséquence, que l'on ne puisse douter que le testateur n'en ait conçu un ressentiment capable d'effacer toute la bonne volonté qu'il avoit pour le légataire.

Si le legs fait par une personne malade, est révoqué par sa convalescence?

On a agité cette question, si le legs fait par une personne malade est censé révoqué par sa convalescence? car les legs & les donations à cause de mort sont de pareille condition: *Marcellus, §. Paulus, de mort. caus. donat.* or la donation à cause de mort est révoquée, si le testateur revient en santé, l. 1. & l. *Senatus, de mort. caus. donat.* Cela néanmoins n'est véritable que quand le legs est fait en ces termes, *que le testateur donne en cas qu'il décède de sa maladie dont il est attaqué*; mais si le legs n'est point fait sous cette condition; comme le testament n'est point révoqué,

quoique le testateur retourne en santé, les legs ne le sont point aussi, si le testateur après sa convalescence laisse les choses au même état.

Ce n'est pas une question problématique, que quand la chose léguée est détruite, soit naturellement ou par cas fortuit, & sur tout par le fait du testateur, le legs est absolument révoqué; mais lorsqu'il arrive seulement quelque changement en la chose léguée, soit par diminution ou par augmentation, il y a plus de difficulté pour savoir si le legs est encore dû, soit que cette mutation arrive par cas fortuit, ou par la volonté expresse du testateur? Si par exemple il avoit réédifié la maison qu'il avoit léguée, bien qu'il n'y restât plus rien de l'ancien bâtiment, le legs ne laisseroit pas d'être dû, parce qu'il ne paroît pas qu'en ce faisant le testateur ait changé de volonté; si au contraire la maison avoit été entièrement ruinée, bien que c'eût été par le testateur même, & qu'il l'eût rebâtie, le legs ne subsisteroit plus, si le légataire ne prouvoit que le testateur avoit perseveré dans son premier dessein, l. *si ita legatum, §. 1. de legat. 1.*

La mutation d'une espèce en une autre fait présumer un changement de volonté, l. *sua, §. ab herede, D. de aur. & argent. legat.* mais si le changement ne touche ni à la forme ni à la substance de la chose léguée, le legs ne laisse point d'être dû; que si le changement diminue seulement le legs, le légataire sera obligé de se contenter de ce qui reste en la possession du testateur; que si au contraire il y a de l'augmentation, elle demeurera au légataire en son entier, pourvu que le testateur ait eu dessein de le joindre & de l'unir à ce qu'il possédoit auparavant: *si modò testator eam partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adjunxit, l. 10. de legat. 1.*

La translation d'un legs se fait en quatre manières, l. *translatio, de adimen. legat.* la première, d'une personne à une autre, comme je donne à Titius ce que j'avois légué auparavant à Seius: la seconde, lorsque l'un des héritiers qui étoit chargé de paier un legs, est libéré de cette obligation par le testateur qui ordonne à un autre héritier de le paier, *quod Titium dare damnavi, Seius dare damnas esto*: la troisième, lorsque le testateur lègue une chose au lieu d'une autre: la dernière, lorsque ce qui étoit légué purement, n'est par après donné que sous condition.

Pour la translation comme pour l'ademption d'un legs, on considère quel a été vrai-semblablement le motif du testateur: Si par exemple un testateur voyant son parent ou son ami en extrémité de maladie ou en peril de mort, révoquoit par cette considération ce qu'il lui avoit donné, pour le laisser à un autre, - cette translation suivant la volonté vrai-semblable du testateur ne pouvoit subsister, si ce premier légataire revenoit en convalescence, parce que le testateur avoit assés marqué son intention de ne révoquer le legs que dans l'aprehension de la mort du légataire; c'est la disposition expresse du paragraphe dernier de la loi *alumna, de adimen. legat.*

Si pareillement le testateur avoit révoqué ou transféré le legs dans la croiance qu'il avoit que le légataire avoit manqué à quelque chose, & que cela ne se trouvât point véritable, le premier legs ne laisseroit pas d'avoir son effet, *Argum. l. Sancimus, C. de pœnis.*

Après avoir parlé de la manière que les legs peuvent être éteints & révoqués, il faut examiner deux questions importantes; la première, si quand le legs devient caduque, soit par l'incapacité ou l'indignité du légataire, soit par son refus ou par sa mort avant le testateur, sa portion retourne à l'héritier ou accroît au collegataire, & si le droit d'accroissement a lieu en toutes sortes de donations testamentaires & entre-vifs? Et la seconde, si les legs sont transmissibles à l'héritier du légataire, & comment ils peuvent lui appartenir?

Le legs est éteint, quand la chose léguée est détruite.

Une maison étant léguée & rebâtie par le testateur, le legs en est dû.

Si le legs change de forme & d'espèce, il n'est plus dû.

La translation du legs se fait en quatre manières.

La révocation d'un legs à cause de maladie, est nulle, le légataire revenant en convalescence.

Quand le legs qui demeure caduque, n'acroît point à l'heritier.

L'heritier ne profite pas toujours de l'extinction du legs qui demeure caduque par la consideration de la personne du legataire, il en peut être exclus par deux moïens, par le substitué lorsqu'il y a substitution, ou par le collegataire lorsque la chose a été leguée conjointement à deux personnes.

La substitution a lieu dans les donations testamentaires & entre-vifs, en Normandie.

Le substitué marche avant l'heritier, lorsque le testateur au défaut du legataire lui en a substitué un autre; car bien que les substitutions d'heritier soient inconnues en Normandie, il est permis néanmoins de substituer en matière de donations testamentaires ou entre-vifs; & chacun a la liberté d'aposer telles conditions qu'il lui plaît, aux choses dont la Coutume lui accordé la disposition, pourvu qu'elles ne soient point contre les bonnes mœurs; comme il demeurera constant en la Cause plaidée en la Chambre de l'Edit, l'onzième de Mars 1648. entre Jean le Quesne sieur du Bocage, apelant; & Isaac le Bourg, intimé. Il s'agissoit d'une donation testamentaire faite par Antoine le Quesne à Demoiselle Françoisse le Quesne son arriere-niece, de tous ses meubles & du tiers de ses aquêts, pour en jouir & les posséder héréditairement & propriétairement; & en cas qu'elle décédât sans enfans, il entendoit que le tout retourneroit à Jean le Quesne frere de cette Demoiselle: Cette legataire aiant contracté des dettes, & étant morte sans enfans, Isaac le Bourg son creancier aiant saisi ses meubles & ses fermages, Jean le Quesne prétendit que la donation contenant une substitution faite à son profit, la legataire n'avoit pu hipotéquer les biens contenus en la substitution, suivant l'Authentique *Res qua*, & que l'on ne pouvoit objecter que ces sortes de substitutions étoient prohibées par la Coutume; car puisqu'elle permettoit de donner une certaine portion de son bien, elle laissoit par conséquent la liberté aux donateurs d'en disposer à leur volonté. Je répondois pour le Bourg intimé, que la question ne consistoit pas à savoir si la substitution étoit permise en Normandie en cas de donation, ce qui n'étoit pas révoqué en doute, il s'agissoit seulement de savoir si les termes de la donation contenoient une substitution; mais qu'en tout cas quand elle y seroit expressément établie, elle seroit nulle par le défaut d'insinuation; car quoi que l'insinuation ne soit point requise pour les donations testamentaires, il étoit néanmoins nécessaire de les insinuer lorsqu'elles contenoient une substitution; ce qui fut jugé de la sorte, & en ce faisant la saisie requise par le Bourg fut déclarée valable; Lyout plaidoit pour le Quesne.

La substitution testamentaire doit être insinuée.

L'heritier est encore exclus lorsqu'une même chose a été leguée à deux ou plusieurs indivisément & solidairement, & que le partage & la division ne s'en doit faire que par le concours des legataires; de sorte que si l'un des collegataires ne prend point sa part, le legs entier demeure à celui qui recueille le legs, & c'est ce que l'on appelle droit d'acroissement.

Définition du droit d'acroissement, & quand il peut avoir lieu dans les testamens.

Pour connoître quand le droit d'acroissement peut avoir son effet, il faut savoir premièrement sa nature, & en second lieu comment les collegataires sont réputés conjoints, pour entrer en la place de celui qui ne prend point sa part. On définit en cette manière le droit d'acroissement, *jus conjunctionis, quo quis vacantem seu deficientem portionem consequitur*; un droit de conjunction, en vertu duquel l'un des conjoints prend la portion caduque du collegataire qui ne la prend point.

Cette conjunction se fait en trois manières, *l. Triplici 142. de verb. signific. D.* les legataires peuvent être conjoints par la chose leguée seulement, *l. re conjuncti, de legat. 3.* ce qui se fait en cette manière; *Je donne à Jacques ma Terre de Rochefort, je donne à Jean ma Terre de Rochefort*: Pierre & Jean ne sont point conjoints par les paroles, car on leur donne par une expression & une clause séparée, mais on leur donne à tous deux une même chose indivisément

& solidairement, dont la division ne se doit faire que par le concours des legataires; que si le partage ne s'en fait point, soit par le refus du legataire d'accepter le legs, ou pour être décédé avant le testateur, ou pour quelqu'autre cause, le tout demeure au collegataire, §. *si eadem res, Instit. de legat. l. conjunctim, de legat. 3.*

Les legataires sont conjoints par parole seulement, lorsque le legs est fait en ces termes; *Je donne à Pierre ma Terre de Rochefort, je donne à Jean ma Maison de Roüen.* Ces legataires sont conjoints par parole, mais ils sont entièrement disjoints & séparés par la chose; or dans le legs des choses différentes le droit d'acroissement ne peut avoir lieu, *l. hujusmodi, §. quibus, de legat. 1.*

Mais le droit d'acroissement produit son effet entre les legataires qui sont conjoints, & par la chose & par la parole, comme lorsque le legs est conçu en ces termes; *Je donne à Pierre & à Jean ma Terre de Rochefort, dict. §. si eadem res, Instit. de legat.*

La glose sur le §. *si eadem res, Instit. de legat. in verbo (defecerit)* dit qu'un legs croît au collegataire en cinq manières. 1. Si le collegataire n'est point au monde lors de la confection du testament, & qu'il ne soit point né. 2. Si le legs est fait à Titius & au postume qui naîtra. 3. S'il legue à son heritier & à Titius. 4. Si le legataire meurt avant le testateur. 5. S'il refuse d'accepter le legs, car on legue inutilement à son heritier. Au contraire en trois autres cas le legs n'acroît point au collegataire. 1. Quand le testateur a donné à son esclave & à Sempronius. 2. S'il me donne & à Titius une chose qui lui appartient; *nemini enim res sua legari potest, l. proprias, C. de legat. 3.* Quand il me legue & à un incapable. *Vid. Glos. in verbo (defecerit.)*

Le droit d'acroissement en faveur des collegataires, peut avoir lieu en cinq manières.

Il faut néanmoins remarquer que régulièrement le droit d'acroissement cesse, lorsque chaque collegataire s'est mis en possession de la part qui lui étoit leguée, *l. aquam, §. ult. quemadmodum servit. amitt. l. 1. §. penult. de usufr. accresc.* la raison est que la volonté du testateur aiant été pleinement executée, & le partage fait entre les collegataires, il n'y a plus de concours entr'eux, leurs parts étant séparées: on excepte de cette règle le legs d'un usufruit, quoi qu'il ait été divisé entre les legataires: *neque enim dicitur futuri temporis respectu acquisitus, cum quotidie per patientiam constituitur & acquiritur, l. 1. §. interdum, de usufr. accresc.*

Ce droit d'acroissement n'a pas son effet seulement à l'égard des legataires; les institutions d'heritier, les fideicommiss, tant universels que particuliers, y sont sujets aussi-bien que les legs: Il n'y a que la donation entre-vifs qui n'en soit point susceptible, la raison est qu'aussi-tôt que le donataire a accepté la donation, il devient propriétaire de la chose donnée; la tradition lui en est transférée si actuellement, que la chose donnée ne lui appartient pas moins que les autres biens, & passe à ses heritiers comme le surplus de la succession; de sorte que ce droit d'acroissement ne pouvant avoir lieu que quand la chose demeure indivise, chaque donataire étant saisi dès aussi-tôt que la donation est parfaite, il ne peut plus rien accroître aux autres codonataires.

Si le droit d'acroissement a lieu en toutes sortes de donations par testament, institution d'heritier, substitutions, & donations entre-vifs?

M^r de Cambolas, *l. 1. c. 17.* a remarqué que les donations entre-vifs & les contrats n'étoient point susceptibles du droit d'acroissement, suivant la loi *si mihi & Titio, D. de verbor. signific. oblig.* qu'on l'avoit admis aux donations à cause de mort, quoi qu'il y eût de la difficulté, d'autant qu'elles tiennent de la nature des contrats, & sont réputées des liberalitez, comme dit la glose sur le Paragraphe premier des Donat. aux Instit. & par conséquent éloignées de la nature des testamens auxquels le droit d'acroissement est admis, & néanmoins ces donations à cause de mort n'étant parfaites qu'après le décès du testateur, elles sont comparées aux legs.

Cette question touchant le droit d'accroissement aux donations entre-vifs, s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, le mois de Janvier 1677. entre les heritiers du sieur du Ménil-Jean, apelans, & Jacqueline le Noir femme civilement séparée d'avec Jean Belzais son mari, intimée. En 1633. Charles le Chevalier sieur du Ménil-Jean, donna à Guillaume & Jacqueline le Noir ses enfans naturels, par donation entre-vifs, la Terre de la Touche; le sieur de Sainte-Marie heritier du donateur fit déclarer la donation nulle, mais il donna deux cens cinquante livres à la fille en la mariant à Jean Belzais: les choses demeurèrent en cet état jusqu'en l'année 1659. que Guillaume le Noir apela de la Sentence qui annuloit la donation, & aiant fait connoître que le sieur de Sainte-Marie même avoit obligé son frere à donner cette Terre à ses deux enfans naturels au lieu de ses meubles qu'il pouvoit leur donner, & qui étoient de plus grande valeur; Par Arrest la donation fut confirmée: à l'égard de la fille, elle n'avoit point voulu se joindre au procès; mais Guillaume le Noir son frere étant mort sans enfans en 1674. les heritiers du donateur se mirent en possession de la Terre de la Touche, en vertu de la clause de réversion portée par le contrat de donation: Ce fut alors que Jacqueline le Noir se pourvût par lettres de restitution contre tous les actes qu'elle avoit passez, & par Sentence du Juge de Falaise elle fut envoyée en possession de la Terre de la Touche en son intégrité. De Meherenc pour les heritiers du donateur apelans, se fonda sur deux moiens; il prétendit en premier lieu que la donation d'immeubles faite par un pere à ses enfans naturels étoit nulle, suivant l'art. CCCCXXXVII. de la Coutume; & qu'ayant été jugée telle par Sentence, elle l'avoit exécutée volontairement par son contrat de mariage, s'étant contentée à la somme de deux cens cinquante livres; & pour l'Arrest par lequel son frere avoit fait confirmer la donation, qu'elle n'en pouvoit tirer avantage, parce qu'elle n'avoit pas voulu se joindre au procès.

Mais il s'arrêtoit principalement sur ce second moiens, que quand la donation pouvoit subsister, il ne lui apartiendroit que la moitié de la Terre, l'autre moitié revenant aux heritiers du donateur à droit de réversion, puisque Guillaume le Noir étoit mort sans enfans, elle ne pouvoit pas prétendre cette moitié par droit d'hérédité, les bâtards étans incapables de successions, art. CCLXXV. elle ne la pouvoit demander qu'à droit d'accroissement, comme étant conjoints par la chose & par la parole, mais en l'état où sont les choses le droit d'accroissement ne peut produire aucun effet en faveur de l'intimée; car quand ce seroit même un legs & une donation à cause de mort de la propriété d'un immeuble, lorsqu'une fois tous les collegataires ont accepté la portion qui leur étoit laissée conjointement, il n'y a plus lieu au droit d'accroissement: on n'excepte de cette règle que la donation d'usufruit, l. 1. §. *interdum, de usufr. acc. in usufructu altero repudiante, alter totum fundum habet*; l'usufruit ne se conserve que par la possession, ainsi chaque acte de possession est un nouvel usufruit: Mais on n'a jamais douté que les donations entre-vifs n'étoient point susceptibles du droit d'accroissement, parce que dès le moment que la donation est parfaite par l'acceptation, elle fait le donataire, & ses collegataires cessent de lui être conjoints, de sorte que la cause du droit d'accroissement manquant, il ne peut plus avoir d'effet. M^r Mainard, l. 8. r. 72. rapporte un Arrest du Parlement de Toulouse qui l'a jugé de la sorte. Or au fait dont il s'agit la donation avoit été pleinement consommée, & le défunt jouissoit de sa part plusieurs années avant son décès, & l'intimée de son côté avoit renoncé à sa part, & l'avoit entièrement abandonnée, de sorte qu'au tems de la mort de son collegataire elle ne prétendoit aucun droit à cette Terre. Duaren, en son traité du Droit d'accroisse-

ment, c. 21. *in principio*, confirme la maxime que l'on a avancée: *Si quis rem sibi adquisitam postea habere noluerit aut amiserit, ea non accrescit conjuncto, & plerumque tanquam derelicta occupanti conceditur*; mais il fait la même exception pour l'usufruit, *sed hoc de proprietate intelligendum est, quia usufructus constitutus postea amissus, nihilominus jus accrescendi admittit*. Gomès a dit la même chose dans son traité *de jure accrescendi*; *Adde quod licet in proprietate non habeat locum jus accrescendi, quando portio semel fuit adquisita, secus est in usufructu, quia in eo bene locum habet jus accrescendi etiam post acquisitionem*. Theroulde & Greard pour la mere & les enfans, soutenoient que la donation étoit bonne dans son principe, par trois moiens; le premier fondé sur un premier testament, par lequel le donateur avoit donné tous ses meubles à ses enfans naturels; le deuxième, sur le consentement que le feu sieur de Sainte-Marie frere du donateur & son heritier, y avoit donné; & le troisième, que quand la donation eût été nulle, elle auroit dû être révoquée dans l'an & jour, suivant l'art. CCCCXXXVII. & à l'égard du droit d'accroissement ils aléguoient qu'il n'y avoit point eu de partage de la Terre de la Touche, & que ce n'étoit qu'en cas de partage des legs que l'acceptation exclut le droit d'accroissement: Par l'Arrest la Cour, suivant les conclusions de M^r le Guérchois Avocat General, envoya les enfans de Jacqueline le Noir en possession de la Terre de la Touche pour la moitié seulement; ainsi il fut jugé qu'en donation entre-vifs le droit d'accroissement n'a point de lieu.

C'est une maxime certaine que les legs demeurent caduques, lorsque les legataires décèdent avant le testateur; mais il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils soient transmissibles & passent aux heritiers, lorsque le legataire a survécu le testateur: Toutes sortes de legs ne sont point transmissibles, & il faut faire distinction entre le legs pur & simple, & le legs conditionnel, le legs pur se divise en réel & personnel.

Lorsque le legs réel est pur & simple, il est acquis au legataire dès le moment de la mort du testateur; & bien que la demande ne puisse en être formée qu'après l'adition d'hérédité, toutefois il n'est pas nécessaire que l'heritier l'ait acceptée pour assurer le droit du legataire; car quand il viendroit à mourir auparavant, le legs seroit transmis à son heritier: Le Droit Civil a fait différence *inter delationem & cessionem legati*; le legs est déferé lorsqu'il peut être demandé; or ne pouvant être demandé qu'à l'heritier, il n'est point déferé avant qu'il y en ait un; mais il est pleinement acquis au legataire par le décès du testateur, *cedit à morte testatoris*, & l'effet de cette cession est que le legs est transmis aux heritiers du legataire, s'il meurt avant que de l'avoir reçu, *tot. tit. D. & C. quando dies legat. ced.*

Comme l'adition d'hérédité n'est pas nécessaire pour acquérir le legs, & pour le faire passer au legataire, il n'est pas aussi requis qu'il l'accepte, ni même qu'il en ait connoissance, suivant le sentiment de M^r Cujas, sur la Rubrique *quando dies legat. ced.*

Le legs personnel ne passe point à l'heritier du legataire; *legatum quod persona cohaeret legatarii, ad heredem legatarii non transit, ut legatum libertatis & servitium personale, l. 8. §. tale, D. de liberat. legat.* Et nous en avons encore un exemple en la loi *Idem Julianus; de legat.* où il décide que la faculté que l'on avoit donnée à un particulier de tirer de la pierre en une certaine carrière, n'appartenoit pas à son heritier, à moins que ce droit n'eût été accordé à ce particulier à cause de sa Terre, ce qui rendroit la servitude réelle.

Les legs conditionnels ne sont point transmissibles aux heritiers du legataire, s'il vient à mourir avant que la condition ait eu son effet, l. 12. §. *fundo, de legat. 2. l. 1. §. cum autem, D. de caduc. toll.* la raison est que l'on présume que la condition est toujours apposée plutôt en faveur de l'heritier que du legataire,

Le droit d'accroissement a lieu pour l'usufruit.

Jugé que le droit d'accroissement n'a point de lieu dans les donations entre-vifs.

Si toutes sortes de legs sont transmissibles aux heritiers des legataires?

Du legs pur & simple, & du conditionnel.

Quand le legs est transmis aux heritiers du legataire.

Le legs personnel ne passe point à l'heritier du legataire.

Quand le legs conditionnel n'est point transmissible.

Le droit d'accroissement n'a point lieu, les collegataires aiant accepté leur legs.

Bartolus in l. illis libertis, D. de condit. & demonstr. de sorte qu'il n'est rien dû au legataire jusqu'à ce que la condition ait eu son effet.

apertas Tabulas; mais Justinien abrogea ces loix & rétablit le Droit ancien. Suivant nos usages il est sans difficulté que *pura legata cedunt à morte testatoris*, de sorte que si le legataire meurt après le testateur, le legs lui est acquis, & il le transmet à son héritier; il n'eût pas été raisonnable que le legs ne fût dû au legataire qu'après l'adition d'hérédité, *ne scilicet heres aditioni moram faciendo transmissioni moram faciant*; Cujac. in com. ad l. 3. l. 15. quest. Papin.

Quand le legs est transmissible à l'héritier,

Pour savoir certainement quand le legs est transmissible à l'héritier, il faut savoir de quel tems il est acquis au legataire, *quando jus legati cedat*. La jurisprudence Romaine n'a pas toujours été conforme sur ce sujet; suivant l'ancien Droit le legs étoit acquis du jour du décès du testateur, mais par les loix *Julia & Papia* il n'y avoit lieu à la demande du legs, que post

CCCCXXIII.

Femme veuve aiant enfans, de quoi peut tester.

La femme veuve aiant enfans vivans habiles à lui succéder lors de son décès, ne peut disposer par testament ou donation à cause de mort, que d'un tiers de ses meubles.

Femme veuve aiant enfans, ne peut disposer que du tiers de ses meubles.

La femme séparée peut faire testament sans être autorisée par son mari.

J'ai traité cette question sur l'art. CCCCXVII. savoir si la femme séparée peut tester sans être autorisée par son mari, & j'ai dit que l'opinion la plus commune autorise le testament fait par une femme séparée, quoiqu'elle n'eût point été autorisée.

Il n'en est pas de même de la veuve; il est vrai qu'elle doit conserver un tiers de ses meubles à ses enfans, mais elle est la maîtresse des deux autres tiers, puisqu'elle n'a plus de mari; de sorte que dans les règles la Coutume lui devoit laisser le pouvoir de disposer des deux autres tiers; car la Coutume n'en aiant défendu la donation au mari qu'en faveur de sa femme & de ses enfans, & lui permettant de disposer du tout lorsqu'il n'a ni femme ni enfans, la femme qui n'a que des enfans ne doit pas être privée de disposer des deux tiers de ses meubles; cependant la Coutume ne lui permet que la donation du tiers, mais en même tems elle lui abandonne entièrement ce tiers sans le charger des frais des funérailles; car pour les legs ils doivent tous être portés sur le tiers, puisque la Coutume ne lui permet que de tester du tiers.

Suivant l'art. CCCCXVIII. le testateur ne peut disposer que d'un tiers de ses meubles, sur lequel sont portés les frais des funérailles & legs testamentaires: Ce terme de *testateur* comprenant la femme aussi bien que l'homme, cet article paroît d'abord superflu; il y a néanmoins entre ces deux articles une différence considérable, car la Coutume en cet article ne dit pas comme en l'art. CCCCXVIII. que ce tiers dont la veuve peut disposer, est chargé des frais des funérailles & des legs testamentaires: dira-t-on que c'est une omission, ou que cet article doit être entendu comme le précédent? Mais l'on ne doit pas présumer que les Réformateurs eussent omis cette clause, si leur intention avoit été que la disposition de ces deux articles fût conforme, & que la veuve n'eût pas plus de liberté dans la donation du tiers de ses meubles que son mari en avoit; c'est-à-dire que ce tiers qu'elle pouvoit donner, demeurât néanmoins chargé des frais des funérailles & legs testamentaires: Mais il est aisé de rendre la raison de la différence entre ces deux articles; le mari étant obligé de laisser un tiers de ses meubles à ses enfans, & un autre tiers à sa veuve, il est apparent qu'il ne peut pas diminuer ces deux tiers par aucune donation, & que puisqu'ils ne lui appartiennent point, les frais de ses funérailles ne doivent

Le tiers dont la femme veuve aiant enfans peut disposer, est exempt des frais funéraires.

En donnant ce pouvoir aux femmes séparées il en résulte deux difficultés; savoir ce qu'elle peut donner, & à qui elle peut donner; la femme veuve peut donner le tiers, & puisque l'on donne à la mort civile le même effet qu'à la naturelle; la femme séparée peut donner le tiers de la même manière que la femme veuve; mais peut-elle le donner à son mari au préjudice des enfans auxquels la Coutume réserve les meubles de la femme? Les donations d'entre le mari & la femme sont si étroitement prohibées, qu'il n'y a pas d'apparence qu'il soit permis à la femme de lui donner le tiers de ses meubles.

La femme séparée ne peut donner à son mari le tiers de ses meubles.

CCCCXXIV.

Avantage de meubles à l'un des enfans défendu.

Pere & mere par testament ne peuvent donner de leurs meubles à l'un de leurs enfans plus qu'à l'autre.

Pere & mere ne peuvent donner par testament à l'un de leurs enfans plus qu'à l'autre.

La Coutume a voulu conserver une parfaite égalité entre les enfans, ne permettant pas aux peres & meres de faire aucun legs en faveur de l'un au préjudice de

l'autre: il ne seroit pas au pouvoir d'un fils de se tenir à son don & de renoncer, pour s'exempter de rapporter ce qui lui auroit été donné contre la Coutume.

CCCCXXV.

Ceux qui n'ont enfans, comment disposent de leurs meubles.

Et quant aux autres personnes qui n'ont enfans, ils pourront donner à leurs héritiers ou autres personnes telle part de leurs meubles que bon leur semblera.

Ceux qui n'ont enfans peuvent donner tous leurs meubles à qui bon leur semble.

Voici un cas où l'on peut être héritier & legataire en une même succession: La Coutume n'a pas jugé à propos d'ôter à celui qui n'avoit point d'enfans le droit de prédilection, elle lui permet de donner tous ses meubles à celui de ses héritiers que bon lui semblera; il n'y a qu'en la ligne directe où l'on ne peut être héritier & donataire en quelque cas que ce soit,

mais en la collatérale l'on peut être donataire aux meubles, & héritier aux immeubles: Cette question si l'on peut être héritier & legataire dans une même succession, est fort brouillée à cause de la diversité des Coutumes.

Si l'on peut être héritier & legataire dans une même succession

Quelques Coutumes ont fait différence entre la ligne directe & la collatérale: Par l'article 303. de la Coutume

DES TESTAMENS, ART. CCCXXVI. & CCCXXVII. 201

Coûtume de Paris, peres & meres ne peuvent avantager par donation entre-vifs ou par testament leurs enfans venans à leur succession l'un plus que l'autre; & par l'art. 301. l'on ne peut être heritier & legataire d'un défunt, mais l'on peut être heritier & donataire entre-vifs en ligne collaterale. Il y a d'autres Coûtumes qui permettent d'être heritier & legataire ensemble d'un défunt, tant en ligne directe que collaterale, Angoumois, article 49. Enfin il y en a d'autres qui ne contiennent aucune disposition sur ce sujet, par exemple, celle de Normandie; & dans les Coûtumes mêmes qui disposent que l'on ne peut être heritier & legataire ensemble, on n'a pas laissé de douter comment cela doit être entendu, & si cette disposition doit avoir lieu sans aucune exception. On a formé par exemple cette question, si l'heritier au propre paternel pouvoit être donataire du propre maternel? M^r d'Argentré sur l'article 219. gl. 9. n. 4. a crû que cela n'étoit point permis; qu'il suffisoit d'avoir la qualité d'heritier pour être incapable de la donation, soit de meubles, d'aquêts ou de propre; *alioquin nihil fuerit facilius quam fraudes architectari, nam respectu agentis sufficit heredem presumpsum esse, cui donatur*

cujuscumque lineæ sit. Il convient néanmoins que l'on ne peut donner la qualité d'heritier au maternel à l'heritier au propre; *constat hæc deficere qualitate: hæredis prohibitoriam, cum tales cohæredes non sunt, nec videatur donari hæredi in eadem lineæ.* Du Moulin, en ses Notes sur l'article 93. de la Coûtume de Monfort, estimoit au contraire qu'un heritier aux propres situés sous une Coûtume, pouvoit être heritier aux meubles & aquêts dans une autre Coûtume, par laquelle il étoit exclus de la succession aux meubles & aquêts. Mais en Normandie l'on ne doute point qu'un heritier au propre paternel ne puisse être donataire du propre maternel, & cela fut jugé de la sorte au Parlement de Paris en l'année 1625. sur un procès évoqué du Parlement de Rouën, entre le sieur de Blanbafton & le Févre: Il s'agissoit d'une donation faite par le sieur de Blanbafton au sieur le Févre son frere uterin; d'une Terre qui étoit de ses propres paternels; le frere consanguin du sieur de Blanbafton contesloit cette donation; disant qu'il ne pouvoit être heritier & donataire ensemble en Normandie, où la Coûtume défend de donner à son heritier immédiat; mais cela ne s'entend que de l'heritier dans une même espece de biens.

En Normandie l'heritier au propre paternel peut être donataire du propre maternel.

CCCXXVI.

Pere, de quoi peut tester au profit de son fils naturel?

Le pere peut donner de ses meubles à son fils naturel.

Le pere peut donner par son testament à son fils naturel avoué, telle part de son meuble que la Coûtume lui permet donner à un étranger.

Cet article est conforme à la Loi Divine, suivant laquelle les bâtards ne pouvoient recevoir d'autres presens que de meubles & autres choses semblables, Genese, chap. 25. v. 6. Parmi les Grecs les bâtards n'étoient capables d'aucune donation de la part de leurs peres, si ce n'étoit d'argent ou de meubles, jusqu'à concurrence de mille dracmes, mais ils ne pouvoient avoir aucune part en l'heritage.

Par cet article il n'est pas permis généralement à un pere naturel de donner tous ses meubles à son fils naturel, il ne lui en peut donner qu'autant qu'à un étranger, de sorte que s'il a une femme & des enfans, son fils naturel ne peut en avoir que le tiers: Si toutefois cette portion de meubles ne suffisoit pas pour les alimens, le pere ou ses heritiers seroient obligés de les lui fournir, comme je l'ai remarqué sur l'art. CCLXXV.

CCCXXVII.

Disposition d'heritage, comment est permise par testament?

Testamens d'immeubles sont nuls.

Nul ne peut disposer de son heritage & biens immeubles ou tenans nature d'iceux, par donation à cause de mort, ne par testament, ne en son testament, encore que ce soit par forme de donation ou autre disposition entre-vifs, ou que ce fût en faveur des pauvres, ou autre cas pitoiable: Si ce n'est au Bailliage de Caux en faveur des puînés, ou du tiers des aquêts, comme dit est ci-dessus.

La Coûtume pouvoit s'expliquer encore plus nettement, en disant que *nul ne peut disposer de son propre par testament*, mais son intention paroît assez par la suite. Pourquoi la Coûtume défend-elle plutôt la donation des propres que celle des aquêts? car ce que nous avons de nos prédécesseurs ne nous est pas ordinairement si cher ni si agréable que ce qui provient de nos peines & de nos soins, & nous avons plus d'amour pour nos propres ouvrages, que pour ceux de nos peres. On peut répondre que la liberté de donner aiant si peu d'étendue, il étoit juste de laisser à un chacun le pouvoir de donner ce qu'il avoit aquis, & qui lui appartenoit absolument, plutôt que les propres, dont il semble que la Coûtume ne le fait que le dépositaire, & qu'elle ne les lui donne qu'avec cette condition tacite, de les conserver à sa famille; & comme on auroit eu plus d'inclination à conserver ses aquêts que ses propres, la loi nous force à réverer la memoire de nos ancêtres, en conservant les biens qu'ils nous ont laissés.

les immeubles de quelque nature qu'ils soient. La Coûtume d'Amiens, & presque toutes les Coûtumes des Pais-bas, défendent aux nobles d'aliéner leurs fiefs, si ce n'est après avoir juré solennellement pauvreté; ce qui s'observe aussi en Espagne.

Toutes les paroles de cet article meritent de l'explication. Cette prohibition de donner par testament est fort ancienne en cette Province, Benedicti, *in verbo (& uxorem Adelariam) Dec. 3. n. 477.* en a fait mention, & quelque déguisement qu'on puisse apporter, on ne peut disposer de ses propres par testament. De Lemperiere Curé de Vaux avoit fait son testament en ces termes: *Je donne à mes petits-neveux cent livres de rente à prendre sur trois pièces de Terre, qu'il désignoit & qui étoient de son propre: Il eut divers heritiers, ses neveux sortis d'un frere heritiers de la moitié de ses propres & de tous ses meubles & aquêts, & ses petits-neveux heritiers de l'autre moitié des propres. Les neveux maintenoient que la donation étoit nulle par deux raisons; la premiere fondée sur cet article, qui défend de donner de son propre par testament; & la seconde, parce qu'ils étoient heritiers immédiats du testateur pour la moitié des*

Antiquité de la prohibition de donner ses immeubles par testament.

Dans la Pologne on ne peut disposer de ses immeubles par testament.

Dans le Roiaume de Pologne par l'Ordonnance des deux Sigismonds, conforme aux anciennes Coûtumes, il est défendu de disposer par testament de

propres ; & le legs ne leur avoit été fait que sous cette condition , qu'ils ne fussent point héritiers du défunt : Il fut répondu par les petits-neveux que les acquêts étans plus que suffisans pour porter cette donation de cent livres de rente , elle devoit être prise sur les acquêts , les héritiers aux propres étans capables de donation sur les acquêts , quand ils n'y succèdent point ; qu'après tout il n'avoit donné qu'une rente , & bien qu'il l'eût assignée sur les propres , cette assignation ne leur aqueroit pas la propriété de la chose , & ne changeoit point la nature de la rente ; cette donation produisoit une obligation personnelle contre les héritiers , qui les engageoit à la paier , & qui affectoit tous les autres biens du défunt ; qu'il étoit juste de la faire valoir sur les autres biens dont le testateur avoit pu disposer : quant à cette clause, *en cas qu'ils ne soient mes héritiers* , elle ne pouvoit s'entendre que de la succession aux meubles & acquêts , ne doutant pas qu'ils ne le fussent aux propres , mais étant incertain s'ils l'étoient aux meubles & acquêts. Il fut répondu par les neveux , que le testateur n'avoit pu disposer de son propre par testament ; que c'étoit la même chose de donner du propre , ou donner une rente à prendre sur le propre , la propriété du fonds demeurant inutile, *semper abscedente usufructu* ; car abandonnant les trois pieces de terre , on ne pouvoit les obliger à suppléer ce qu'elles vaudroient moins que la rente , ce qui monroit que c'étoit disposer de la chose même ; que la rente étoit véritablement foncière ; que les Arrêts qui avoient quelquefois rejeté de semblables donations sur les meubles & le tiers des acquêts, & la première année du revenu, n'étoient que dans l'espèce des legs pieux , & à charge de Services , & par cette raison ce n'étoient pas tant des donations que des contrats sinallagmatiques, *dono, ut des, facio, ut facias* ; & qu'enfin en cette occasion il falloit dire que le testateur *quod potuit noluit*, & *quod non potuit voluit*, & même la donation contenant cette clause, *en cas qu'ils ne soient mes héritiers*, ils ne pouvoient en demander l'exécution puisqu'ils succédoient au propre pour une moitié , & vrai-semblablement le testateur ne leur avoit donné de son propre que dans la créance qu'ils n'y pouvoient prendre part ; Par Arrêt du 17 de Février 1660. on confirma la Sentence qui déclaroit la donation nulle , plaidans Lyour, Maurry & Theroulde. Autre Arrêt, par lequel Jean-Baptiste Langlois ayant légué à Marie Ybert douze cens livres à prendre sur ses immeubles , pour être employées en rente au nom de ladite Ybert ; sur l'action par elle formée contre Guillaume Langlois , elle en fut déboutée , & la donation déclarée nulle , par Arrêt du neuvième d'Aoust 1647.

Cas où la donation par testament de propre, est valable.

Donation de propre faite par un pere à sa fille pour augmentation de dot doit être insinuée.

On ne doit pas comprendre sous la disposition de cet article la donation par testament d'un pere à sa fille de son propre , soit pour la marier ou bien par augmentation de dot , parce que ce n'est pas une donation , mais une liquidation de mariage avenant ou supplément de légitime ; & ce fut un des points jugez par un Arrêt du mois de Decembre 1618. entre Pierre le Breton tuteur de Marie Aubin , & Pierre Raimbourg. On prétendoit qu'un pere n'avoit pu par son testament limiter & délivrer le mariage de sa fille en fonds ou la réserver à partage , & par l'Arrêt on jugea à la fille la terre que son pere lui avoit assignée pour son mariage. J'ai remarqué sur l'article CCLII. un Arrêt par lequel on declara nulle la donation de propre faite par un pere à sa fille par son testament pour augmentation de dot , mais on n'estima pas qu'il y eût nullité en la donation pour être faite d'un propre par testament ; le motif de l'Arrêt fut qu'elle n'étoit point insinuée , & que c'étoit une augmentation de dot que le pere avoit faite par son testament , & comme on n'avoit approuvé ces sortes de donations que par une explication favorable , il ne falloit pas les dispenser de la rigueur de l'Ordonnance pour les insinuations. Il me semble néanmoins que cet Ar-

rest ne doit point être suivi , étant fondé sur deux mauvais principes. L'opinion de ceux qui réprovent les donations des peres à leurs filles hors l'acte de mariage , n'a pour apui qu'une pointille. Les paroles de l'art. CCLII. *quand ils la marierent*, n'étant point limitatives , mais démonstratives , comme il paroît nettement par ces autres paroles de l'article CCLIV. *soit en faveur de mariage ou autrement*, & pour l'insinuation par la même raison que l'on répute que ce n'est point une donation , mais un supplément de légitime , l'insinuation n'y est point nécessaire : on a toutefois suivi ce premier Arrêt , comme je l'ai remarqué sur ledit article CCLII. & jugé que l'insinuation étoit nécessaire.

On a tâché plusieurs fois d'é luder la disposition de cet article par des confessions que le testateur faisoit dans son testament , d'être redevable à celui auquel il vouloit donner , à cause d'argent prêté ou pour récompense de services dûs. Un particulier remettoit par son testament à une Demoiselle cent cinquante livres de rente qu'elle lui devoit , alléguant que sa conscience l'obligeoit à lui faire cette remise ; & prioit son héritier qu'encore que son testament ne pût valoir suivant la Coutume , il consentit cette décharge pour le repos de son ame , & pour les causes qu'il en avoit plus amplement déduites dans un papier qu'il laissoit dans son coffre : Cet homme étant mort , un an après cette Demoiselle poursuivit les héritiers pour lui remettre cette rente , & représenter l'écrit qu'ils avoient pardevers eux , qui justifioit les causes pour lesquelles le testateur avoit remis cette rente , qui étoient qu'il avoit eu cette rente pour sept cens livres , s'étant prévalu de sa nécessité & du besoin qu'elle avoit d'argent pour la poursuite d'un procès dont il étoit sollicité. Il fut dit par les héritiers que ce legs excédoit le tiers des acquêts du défunt ; mais il fut reparti par cette Demoiselle qu'elle ne demandoit pas cette rente par donation , mais par restitution , aiant été acquise injustement d'elle : Par Arrêt du mois de Mai 1620. au rapport de M^r Coypeauville , on n'eut point d'égard à la déclaration du testateur , & on jugea que c'étoit une donation , qui fut réduite au tiers des acquêts.

Des confessions de dettes portées par testament.

Ce fut aussi un des points jugez par l'Arrêt de Michel & François Turgis , contre Robert Guilmette , dont j'ai parlé sur l'art. CCCCXII. Leur frere, dont ils étoient héritiers , avoit donné par son testament à Robert Guilmette son parent vingt livres de rente foncière , à prendre sur une maison & sur un héritage désigné par le testament , ou la maison ou bien l'héritage , au choix du donataire , ajoutant que c'étoit pour services qu'il lui avoit rendus ; par Sentence du Juge de Carentan le testament avoit été déclaré valable : Sur l'appel desdits Turgis , je disois pour eux que toute la question se réduisoit à ce point , de savoir de quelle force & de quel effet pouvoient être les confessions portées par un testament ; outre qu'elles sont toujours suspectes dans un testament , on examine principalement si ces déclarations & reconnaissances sont faites purement & simplement , ou dans cette vûe & par ce motif de donner une cause & un fondement à une donation défendue par la loi. Au premier cas , quand par un testament on auroit reconnu devoir une somme , cette confession ne seroit pas même obligatoire contre celui qui l'auroit faite : Papon, *titre des obligations sans cause*, l. 10. r. 3. On en allégué pour preuve ce fameux Jugement d'Aquilius rapporté par Valere Maxime, *de privatis judiciis*. Un Gentilhomme Romain nommé Varon , voulant faire une donation à Octacilia qu'il entretenoit, déclara par son testament qu'il lui devoit soixante mille écus ; étant revenu en convalescence Octacilia voulut profiter de cette déclaration , & demanda à Varon les 60000 écus ; mais le Prêteur Aquilius la débouta de son action : Ces confessions faites hors

D'une confession faite dans un testament pour récompense de services.

Les confessions
passées en Juge-
ment, sont obli-
gatoires.

Jugement quand elles n'ont point de causes solides & valables, n'induisent aucune obligation, l. *Publia Movia*, §. *finali*, ff. *depositi*: Gui Pap. quest. 176. Il n'y a que celles qui sont passées en Jugement qui engagent; mais quand ces confessions ne sont faites que pour faire valoir un acte ou une donation, qui sans cela ne pourroit subsister, alors on considère toutes ces déclarations comme une couleur & un prétexte mandié pour éluder la disposition de la loi. Les autorités qui prouvent cette vérité sont vulgaires: la loi *cum quis decedens*, §. 6. de *legat. 3.* & la loi *qui testament. D. de probationibus*, y sont expresses, ce qui a fait dire à Mornac sur cette loi *qui testimonium*, que c'est une règle que *qui non potest donare, non potest confiteri, nempe cum is cui debere se testator dicit, suspectam ad eum personam sustinet, ut obliqua donatione habere eum aliquid voluerit, quod aliis recto sermone per leges capere non possit.* Et Decius en son Conseil 32. *Cum prohibita sit donatio, assertio benemeritorum suspecta redditur*: Bartole sur le §. *Titia*, l. *cum quis decedens semper confesso in ultima voluntate facta in favorem non capacis, intelligitur in fraudem legis facta*: quelque liberté que la Coutume nous accorde, nos passions ou les intérêts de ceux qui nous approchent, nous sollicitent toujours à passer les bornes qu'elle nous a prescrites; c'est pourquoi l'on invente tant de fraudes & l'on pratique tant de déguisemens. Greard répondoit pour le donataire, que si la donation ne pouvoit valoir sur les propres, il la faisoit transférer sur les acquêts; que la confession faite par le défunt étoit suffisante, & qu'au moins elle devoit servir d'adminicule. Il s'aïdoit d'un Arrest rapporté dans le Journal des Audiences, l. 2. c. 85. de l'Édition de 1652. par lequel on jugea que l'usufruit d'un propre donné par un testament ne pouvant valoir sur les propres, il avoit été transféré sur les acquêts, ce qu'il fondeoit sur la décision précise de Papinien, en la loi *cum pater*, §. *Sitio fratris*, de *legat. 2.* suivant laquelle quand un testateur, charge son héritier de restituer par fideicommis, des choses qu'il étoit obligé de lui laisser purement & simplement, & sans aucune charge de restitution ou substitution, l'héritier ne s'en doit point plaindre ni demander la réduction de la disposition du testateur, à ce qu'il lui étoit loisible seulement de disposer, si tant est qu'il lui ait laissé d'autres biens d'aussi grande valeur: *Quoniam*, dit-il, *ratione compensationis percipisse debitum videatur, & ideo nihil aris alieni loco deducendum esse.* L'espece de la loi 13, §. *si uxore*, ff. de *fundo dotal.* est aussi singulière: *Si uxore herede instituta fundus dotalis fuerit legatus, si quidem deductis legatis mulier quantitatem dotis in hereditate habitura est, valet legatum, sin minus & aliqua pars ad dotem supplendam desit, id dumtaxat ex eo remanere apud mulierem ait, quod quantitati dotis deest.* J'opolois à cet Arrest du Parlement de Paris un autre Arrest postérieur du même Parlement rapporté dans le même Journal, l. 4. c. 45. qui avoit jugé le contraire: cette récompense d'un bien qu'on ne pouvoit donner sur un autre dont il étoit permis au testateur de disposer, ne peut être admise en cette Province, où nous avons des principes fort opposés à ceux du Droit Civil; les Jurisconsultes Romains se rendoient ingénieux à faire subsister les dernières volontés des mourans, *ut magis actus valerent, quam periret*, & par cette raison ils les interprétoient toujours favorablement; au contraire nôtre Coutume a peu d'égard pour les testamens. Les loix Romaines ne connoissoient point cette distinction de propres & d'acquêts; *unicum erat hominis patrimonium*: Nôtre Coutume y a mis une tres-grande différence, & elle règle fort diversément la manière & la liberté d'en disposer, soit entre vifs ou par testament, & les Coutumes étant de droit étroit, il ne se fait point d'extension d'une espece à une autre; on considère seulement ce qu'il a fait, & non point ce qu'il a pu faire, & quand il a voulu ce qu'il ne pouvoit, on ne s'arrête plus à chercher ce qu'il pouvoit faire: qu'au

surplus la confession du testateur ne pouvoit servir d'adminicule, la loi ayant rejeté ces déclarations comme faites pour éluder la disposition, il seroit absurde qu'elles pussent servir d'adminicule pour autoriser une fraude, & que ce qui étoit nul pût produire une action: Par Arrest du 14 de Mars 1664. en l'Audience de la Grand'Chambre en émendant les Sentences, sans avoir égard au testament, on mit sur l'action les Parties hors de Cour.

Sur cette question si la donation d'un propre peut être transférée sur les acquêts ou sur les meubles, quand il y en a: Il faut remarquer que l'affirmative a été jugée pour les donations à la charge de dire des Messes & de faire des Services; mais on n'a pas considéré ces donations comme des libéralités pures, mais comme des contrats sinallagmatiques, comme une dette & une charge de la succession: Cela fut jugé de la sorte le 10 de Juillet 1637. entre Robert & Richard Lucas apelans, pour lesquels je plaïdois, & le Procureur du Tresor de l'Eglise de saint Hilaire; on fit valoir sur les meubles une rente de trente livres qui étoit du propre du testateur: Pareillement si le testateur a donné des acquêts, & qu'il soit mort avant les trois mois, la récompense en est donnée sur les meubles quand ils le peuvent porter. Arrest en la Grand'Chambre, du 24 de Novembre 1642. entre Gedeon de Livraye Ecuyer, sieur du Lessé, légataire universel du Curé de Carentan son oncle, apelant, & les Tresoriers de l'Eglise de Carentan; plaïdant Cardel & Lesdos. Autre Arrest du 24 de Mai 1650. pour Fondimare contre les Tresoriers du Havre; la donation du tiers des acquêts fut déclarée nulle, & on ordonna qu'elle seroit portée sur les meubles, & sur la première année du revenu, déduction faite des frais funéraires. Autre Arrest du 19 d'Avril 1652. Autre du 15 d'Avril 1655. Autre du 26 de Janvier 1672. De Roquigni riche de six mille livres de rente qu'il avoit acquises pour la plupart, après plusieurs autres legs donna cent livres de rente à la Paroisse, à la charge de dire des Services, & que ceux de sa famille auroient un banc dans l'Eglise: la testateur étant mort avant les trois mois, ses héritiers contestèrent le legs; le Curé le soutenoit valable, comme fait pour cause pie, ce qui fut jugé devant le premier Juge: Sur l'appel, on cassa la Sentence, sauf aux Paroissiens à se faire paier sur les meubles, & permis aux héritiers de racheter la rente en conséquence au denier vingt; plaïdant Vion & Theroulde le jeune.

En conséquence de cette jurisprudence que les donations pour causes pies du tiers ou de partie des acquêts doivent être prises sur les meubles, lorsque le testateur n'a pas survécu le tems ordonné par cet article, les héritiers doivent avoir cette précaution de ne prendre pas les meubles sans inventaire, autrement ils ne sont pas recevables à soutenir que les meubles ne peuvent porter la donation.

On a formé ensuite cette question, si un particulier ayant donné par donation entre-vifs ou par testament des héritages ou des maisons pour faire une Fondation, & les héritiers soutenant que les choses données excédoient le tiers des biens du donateur, on leur pouvoit opposer pour empêcher cette réduction qu'ils n'avoient point fait inventaire des meubles: Un nommé Lohier Serrurier à Roüen, donna aux Curé & Tresoriers de Sainte-Croix-saint-Oüen deux maisons à la charge de plusieurs Services: les freres du donateur demanderent la réduction de cette donation, prétendant que ces deux maisons excédoient la valeur du tiers, & pour cet effet ils demandoient l'estimation de tout le bien, ou que les Tresoriers fissent des partages, & qu'ils leur abandonneroient un lot: Le Bailli de Roüen les avoit deboutés de leurs demandes par ces deux raisons; la première, que la réduction au tiers ne pouvoit être demandée pour les donations à la charge des Services; & la seconde, qu'ils n'avoient point fait d'inventaire: Sur l'appel, l'on abandonna-

Si la donation
d'un propre peut
être transférée
sur les acquêts ou
sur les meubles

La donation
d'acquêts pour
cause pie, peut
être transférée
sur les meubles,
le testateur étant
mort avant les
trois mois.

Les donations
pour causes pies
étant prises sur
les meubles, les
héritiers en doi-
vent faire inven-
taire.

En Norman-
die, la récom-
pense d'un bien
qu'on ne peut
donner, n'est
point admise sur
un autre, dont le
testateur peut
disposer.

Les Romains ne
faisoient point de
distinction de
propres & d'a-
cquêts.

na la premiere raison, & l'on convint que les donations pour causes pies pouvoient être réduites lorsqu'elles excédoient le tiers. Pour le défaut d'inventaire, Greard Avocat des heritiers apelans, soutenoit que n'y ayant point de mineurs ils n'avoient point eu besoin de faire d'inventaire; que la Coûtume ne prescrivait cette formalité que lorsqu'il y avoit des mineurs, ou des sœurs à qui il étoit dû un mariage avenant, ou que l'on vouloit rapeler à partage, ou faire réduire les dons qui leur avoient été faits; que cela ne se rencontrant point en cette Cause, il n'y avoit eu aucune nécessité de faire inventaire; que si par les Arrêts l'on avoit étendu sur les meubles les donations pour causes pies, lorsqu'elles ne pouvoient valoir sur les acquêts, & si les heritiers avoient été condamnés de les paier, lorsqu'ils n'avoient point fait d'inventaire, cela s'étoit fait afin que les fondations ordonnées par le testateur fussent accomplies & executées; mais qu'il n'en étoit pas de même au fait de la Cause où les heritiers ne prétendoient pas annuler la donation, mais la réduire suivant la disposition de la Coûtume; de sorte que les donataires ne pouvans jamais rien prétendre sur les meubles, & les apelans ne pouvans jamais être obligés de leur en tenir compte, ils n'avoient point eu besoin de faire inventaire. Rengnaud pour les intimés, prétendoit que les choses données n'excédoient point la valeur du tiers; qu'ils n'étoient point admissibles à demander la réduction de la donation, puisqu'ils n'avoient point fait d'inventaire; car le revenu des maisons n'excédant point ce qu'il falloit pour accomplir les Services ordonnés par le testateur, si la réduction avoit lieu, le surplus devoit être repris sur les meubles: Par Arrest du cinquième d'Avril 1680. la Sentence fut cassée, & l'on ordonna qu'estimation seroit faite des biens pour connoître si la donation excédoit le tiers.

La donation pour causes pies, ne doit excéder le tiers des acquêts.

De la donation à cause de mort.

Si la donation à cause de mort est admise dans les pais coutumiers?

Les paroles de cet article, *par donation à cause de mort, ni par testament, ni en son testament*, semblent établir une troisième espece de donation distincte des donations entre-vifs & des testamentaires.

C'est une question difficile, si dans les pais coutumiers les donations à cause de mort sont admises, comme par le Droit Civil? Plusieurs estiment que l'on n'y connoît point de donations à cause de mort distinctes des testamens, parce que si les Coûtumes avoient voulu l'autoriser, elles n'auroient pas manqué d'en prescrire les formalités, comme elles ont fait pour les donations entre-vifs, & pour les testamens. Il y a même des Coûtumes qui les ont absolument rejetées, Bretagne article 209. *Et ne vaudra la donation faite pendant la maladie de laquelle mourra le donateur; & par l'article 170. de la Coûtume de Blois, donation pour cause de mort ne vaut rien.* Du Moulin en son Apostille sur cet article, dit qu'on ne peut la faire valoir comme un legs, si elle n'est revêtue des solemnités requises pour la validité des testamens; *nec ut legatum quidem, nisi fiat in forma testamenti, quod autem donatio causâ mortis nullo modo valet, quando est in forma contractus, rectè institutum est odio suggestionum.* Or puisque pour la faire subsister elle doit être accomplie de toutes les formes requises pour les testamens, elle ne constitue pas une troisième espece de donations: il est vrai que le Droit Romain faisoit différence entre les donations à cause de mort & les testamens, qui sont remarquées par Accurse sur le Paragraphe premier des Donat. aux Institutes.

Au contraire plusieurs Coûtumes reçoivent les donations à cause de mort; Nivernois, c. 27. article 4. 5. & 6. Anjou, article 339. Maine, article 351. Orleans, article 297. Celle de Paris, article 277. convertit les donations entre-vifs faites par personnes malades de la maladie dont elles décèdent, en donations à cause de mort: Or puisqu'elle fait mention de cette espece de donation séparément de celle que l'on appelle *entre-vifs*, & ne l'ayant pas qualifiée *testamentaire*, on en peut induire que la donation à cause de

mort est un contrat qui est connu & distingué par la Coûtume, & qui n'a rien de testamentaire, bien que l'effet en soit tout semblable, pour ne pouvoir être disposé par cette voie de plus grande partie de biens, que de ce qui est permis de disposer par testament.

Cet article semble encore avoir établi plus expressément la donation à cause de mort en ces termes, *par donation à cause de mort, ni par testament, ni en son testament*: Car la Coûtume ayant fait mention dans un même article de la donation à cause de mort & des testamens, elle a suffisamment distingué ces deux especes de donations, & par ce moien elle a laissé en la liberté d'un chacun de disposer de son bien en ces trois manieres, entre vifs, par donation à cause de mort & par testament; autrement ces paroles, *par donation à cause de mort ni par testament*, seroient superflues; ce que l'on ne doit pas presumer; la Coûtume ayant parlé des donations à cause de mort & par testament, comme de deux actes séparés & distincts, sans les conjoindre comme synonymes & ne signifiant qu'une même chose.

L'on peut dire au contraire qu'en examinant l'art. CCCCXLVII. il paroît que la Coûtume n'admet d'autre donation à cause de mort que cette espece de donation conçue par termes de *donation entre-vifs*, qu'elle répute donation à cause de mort & testamentaire; cette copulative & montre que ces deux mots sont synonymes & signifient la même chose, & par conséquent que la donation testamentaire & à cause de mort ne sont qu'une même espece de donation: Aussi il est certain que par la Coûtume de Normandie, comme par celle de Paris, toute donation est entre vifs, ou à cause de mort & testamentaire: La Coûtume de Paris dans les articles 172. & 182. ne parle que de donations entre-vifs & de donations à cause de mort.

L'on ne peut douter qu'un homme, soit qu'il se porte bien ou qu'il soit malade, ne puisse disposer particulièrement de son bien par contrat en forme de donation conditionnée & limitée au cas de son prédecès, pourvu toutefois que la donation n'excède point la portion de son bien que la Coûtume lui permet de donner par testament; ainsi l'on peut dire que nous avons deux especes de donations à cause de mort; la premiere est celle qui est qualifiée telle par le contrat de donation, & qui l'est en effet, le donateur s'étant réservé expressément la faculté de la révoquer; la seconde est une donation entre-vifs, mais réputée testamentaire & à cause de mort par l'article CCCCXLVII. de la Coûtume; la premiere est une donation à cause de mort par la disposition & la volonté de l'homme, & la seconde est à cause de mort par la disposition de la loi.

Toute la difficulté consiste à savoir quelles formalités sont nécessaires pour rendre ces donations valables, soit qu'elles soient donations à cause de mort par la disposition de l'homme, c'est-à-dire par la qualité du contrat, ou qu'elles le soient par la disposition de la loi; mais je toucherai cette matiere sur l'article CCCCXLVII. où la Coûtume convertit les donations entre-vifs faites par personnes malades, en donations à cause de mort.

Quoi qu'il y ait grande différence entre les donations entre-vifs & à cause de mort, néanmoins il est quelquefois fort mal-aisé de les distinguer; car il ne s'ensuit pas qu'une donation soit à cause de mort, parce qu'il y est fait mention de mort; *sed quando firmiter mortis per modum causæ finalis, quasi quod mors ipsa inducat ad donandum. l. Scia, in princ. ff. de mort. cau. don.* on peut bien conclure qu'une donation n'est point à cause de mort, quand il n'y est fait aucune mention de mort. Mantica, l. 1. c. 13. de conject. ult. vol. a remarqué six moiens pour distinguer la donation entre-vifs d'avec la donation à cause de mort; mais la marque la plus essentielle de la donation entre-vifs est qu'elle soit irrévocable. Comme aussi ce qu'il y a d'essentiel en la donation à cause de mort,

Trois manieres dont chacun a la liberté de se servir, pour donner son bien, suivant la Coûtume.

En Normandie deux sortes de donations à cause de mort.

Comment peut-on distinguer quand la donation est entre-vifs ou à cause de mort.

& qui en forme le véritable caractère, est que celui qui la fait se considère toujours plus que son donataire, *magis se habere vult quam eum cui donat*, l. 1. D. de mort. c'est une marque d'une donation à cause de mort, *quando non sic dat ut statim faciat accipientis, sed tantum demum cum mors fuerit insecuta*, l. 2. D. eod. & c'est ce que l'on appelle donation qui a trait à la mort. Pour l'éclaircissement de cette matière je rapporterai un Arrêt donné sur une question, de savoir si une donation étoit entre vifs ou testamentaire ? Charles du Toupin Ecuier, sieur de Bolleville, par un contrat passé devant Notaires donna à Henri Lesperon Ecuier, sieur d'Anfreville son neveu présent & acceptant, la somme de quatre mille livres pour une fois paier, à prendre sur tous & un chacun les biens immeubles, terres & héritages qui se trouveroient lors de son décès, & sans aucune réserve, pour en jouir & s'en faire paier par ledit donataire après le décès dudit sieur du Toupin, & non plutôt, sur ses biens immeubles & héritages présents & à venir, en exemption de toutes dettes & charges quelconques. Après la mort du sieur de Bolleville ledit sieur d'Anfreville demanda la délivrance de la donation ; elle lui fut contestée par Adrien du Toupin Ecuier, sieur de Dorival, héritier au propre du donateur : L'affaire portée en la Cour, la question fut de savoir si cette donation de quatre mille livres pouvoit valoir tant sur les propres que sur les acquêts du donateur, comme étant une donation entre-vifs, ou si elle ne devoit être considérée que comme une donation à cause de mort, qui ne pouvoit avoir son exécution que sur le tiers des acquêts ? Greard pour Henri Lesperon Ecuier, sieur d'Anfreville, légataire, disoit qu'il y avoit grande différence entre la perfection & l'exécution de la donation ; car encore que l'exécution de la donation soit remise & conférée au tems du décès, néanmoins quand le donateur donne irrévocablement, c'est une donation entre-vifs, laquelle est parfaite dès l'instant du contrat. *Certum est hoc casu donationem ab initio perfectam esse, & dispositionem statim ligare nec in suspensio esse, sed executio habet tractum in diem mortis, & fit tantum mentio mortis per modum dilationis, quia nempe difertur exactio, licet dispositio ab initio valeat*, l. Juliani 28. de jure dot. Ce que Brodeau, l. D. n. 10. sur M^r Loüet, confirme par l'autorité de du Moulin, en son Commentaire manuscrit sur la Coutume de Paris, où il propose cette question ; *Je donne les meubles & conquêts dont je serai jouissant à mon trépas, entre vifs, & non révocablement* ; & ensuite il ajoute que quelques-uns disoient que c'étoit une donation à cause de mort, *quia interim potest alienare, remittere, transferre, & per obliquum exhaurire, quod non potest facere qui donat inter vivos ; ego contra quia satis est quod sub conditione possit commodum adferre* : Ce n'étoit point donner & retenir, parce qu'il y a différence entre la donation *certa rei*, & un legs universel ; car quoi que le testateur ne se fût pas lié les mains, la donation ne laissoit pas de valoir sur les biens qui resteroient après son décès ; que le Parlement de Paris l'avoit jugé de la sorte, & avoit même déclaré valable une donation, quoi que le donataire eût expressément réservé la disposition des choses données jusqu'au jour de son décès, ce qui donna sujet aux héritiers de l'arguer de nullité, & que c'étoit en effet donner & retenir : à quoi l'on répondoit que cette réserve n'empêchoit pas que la donation ne fût valable pour les biens qui se trouveroient, soit meubles ou acquêts au jour du décès de la donatrice, jusqu'auquel tems l'effet & la consommation de la donation, bien que parfaite de soi dès le commencement, étoit différée. Au contraire, je représentai pour Adrien du Toupin Ecuier, sieur de Dorival, que dans les Provinces qui sont encore soumises à l'autorité du Droit Romain les testamens sont la matière la plus ordinaire des procès ; mais dans les pays Coutumiers les donations forment souvent des contestations, leurs quali-

rez, leurs conditions, leur exécution, & la différence des biens dont l'on dispose rendant cette matière aussi difficile & embarrassée, que celle des substitutions & du droit d'accroissement parmi les Jurisconsultes Romains. Le discernement & la discussion entre les donations entre-vifs & à cause de mort est si mal-aisée, qu'un même Parlement a souvent donné des Arrêts contraires sur ce sujet.

Pour juger de la qualité d'une donation on doit plutôt considérer sa cause & son effet, que les paroles où elle est conçue. Le terme de *mort* employé dans une donation entre-vifs n'en change point la nature, & celui d'*irrévocable* qui n'appartient qu'aux donations entre-vifs, employé dans une donation testamentaire, ne la fait point cesser d'être une donation à cause de mort, *Cuj. consult. 30. Ut quod donatur causâ mortis, ut nullo casu revocetur, non est mortis causâ donatio, sic quod donatur inter vivos, ut morte demum secuta, confirmetur, non est donatio inter vivos.*

Pour faire un discernement assuré de ces donations, & ne se tromper point en leurs définitions, il faut en établir les différences spécifiques, & les conditions essentielles.

La donation à cause de mort a perpétuellement ces deux conditions inhérentes, qu'elle est révocable toutes fois qu'il plaît au donateur de changer de volonté, & qu'elle n'a son effet qu'après son décès, *si quid humanitus contigerit* ; cependant il demeure toujours le maître absolu des choses données.

Au contraire la donation entre-vifs est irrévocable, elle dépouille le donateur de tous ses droits, & les transfère irrévocablement au donataire : ce sont les vrais caractères qui déterminent la substance & la qualité, & non point l'exécution de la chose ; & quoi que la tradition & la jouissance en soit remise après la mort, si toutefois la donation est irrévocable on la doit estimer une donation entre-vifs : si cette condition d'*irrévocable* ne s'y rencontre point, elle dégénère & passe en la nature de la donation à cause de mort, *quando vis & effectus donationis pendet à morte donantis*, & que rien n'est acquis incommutablement au donataire que par la mort du donateur, c'est une véritable donation à cause de mort : Mais pour connoître si une donation est de cette espèce, il faut remarquer particulièrement l'endroit où il est parlé de la mort, s'il en est fait mention dans le dispositif ; par exemple, si je donne à quelqu'un dans la pensée & contemplation de ma mort une certaine terre, cette donation est pour cause de mort ; que s'il est parlé de la mort seulement dans la clause de l'exécution, comme si après avoir donné purement & simplement, il est ajouté que le donataire ne jouira qu'après le décès du donateur, cette donation doit être réputée entre-vifs, parce qu'elle est pure en la substance, & qu'il n'y a que la jouissance & l'exécution qui soit différée au jour du décès du donateur ; *Non inspicuntur verba executiva, sed dispositiva*, inquit Boër. *Decis. 253. n. 12. quando in verbis importantibus substantiam donationis facta est obitus mentio, hac liberalitas pro donatione mortis causâ accipitur ; sed cum in verbis ad executionem spectantibus donator de morte meminit, donatio intelligitur facta inter vivos.* De la Lande, sur le titre des Testat. de la Coutume d'Orléans, ajoute qu'il y a certaines donations qui ont des marques & des caractères de l'une & de l'autre espèce, ce qui en rend le discernement fort mal-aisé, parce qu'il ne paroît pas assez certainement si la perfection & l'accomplissement seul de la donation est différé au jour de la mort, ou si le donataire a dès-à-présent un droit irrévocable aux choses données, ou s'il ne lui est rien acquis incommutablement qu'après la mort du donateur, *incertum est an habitus donationis, vel sola executio à morte pendeat* ? cette distinction est si obscure & si difficile, que comme cet Auteur le remarque, & Brodeau sur M^r Loüet, l. D. n. 10. la jurisprudence du Parlement de Paris a changé plusieurs fois.

La donation à cause de mort est révocable, & n'a son effet qu'après le décès du donateur.

La donation entre-vifs est irrévocable.

Comment on peut connoître si la donation est entre-vifs ou à cause de mort,

Différence entre la donation *certa rei*, & le legs universel.

Madeleine le Quesne avoit donné trois livres de rente avec retention d'usufruit à l'Eglise d'Infreville, à la charge de dire quelques Messes; elle donna depuis cette même rente à l'Eglise de Bosroger: Les Tresoriers prétendoient que la première donation étoit à cause de mort, & que par conséquent elle étoit révocable: Par Arrest du 27 d'Avril elle fut ajugée aux Tresoriers de la Paroisse d'Infreville.

Les Jurisconsultes Romains ont estimé que quand une donation n'étoit point révocable, elle n'étoit point à cause de mort, *l. ubi ita donatur, ff. de donat. causâ mortis*. Ils estimoient encore que les donations faites par une personne mourante ne laissoient pas d'être entre vifs, quand elles étoient conçues en ces termes; *Si quis in extremis constitutus sine ullâ conditione redhibendi donasset omni spe retinendi remota, non tam mortis causâ quam morientem donare*: Ce qui est contraire à nôtre Coutume qui répute donations à cause de mort celles qui sont faites par des personnes malades, quoi qu'elles soient conçues entre vifs.

Par le Droit Romain la tradition actuelle des choses étoit absolument nécessaire pour la perfection de la donation.

La tradition actuelle des choses étoit si nécessaire par le Droit du Digeste, que la donation sembloit n'être parfaite avant la tradition, & *antequam donator in vacuum fundi possessionem induxisset, l. ult. §. Lucius, ff. de donat.* & ils étoient si scrupuleux, qu'encore qu'il y eût rétention d'usufruit, il falloit néanmoins mettre le donataire en possession; *Sic enim, ait Papin, l. Scia, de donat. mort. causâ, Scia cum bonis suis traditionibus factis cessisset donationis causâ, deinde usufructum sibi recepisset; sic utrumque intervenit quasi sola usufructus retentio ad transferendam possessionem & dominium non sufficeret, similiter cum donator litteris declaravit se tradidisse possessionem servorum; tamen eorum apprehensio ab eo qui donum acceperat, fuit necessaria, l. Pradia, ff. de acquir. possess. pradiis non obstat. l. Ex hac scripturâ, ff. de donat. Cum patronus dixisset; sciant heredes mei me rem meam universam ac res ceteras quas cumque in diem mortis meae mecum habuisse, illis & illis libertis me vivum donasse: quia hac verba in testamento aut alia ultimâ voluntate scripta erant, quod satis colligitur ex eo quod hac scriptura vel epistola ad heredes dirigitur*. Cette solution est plus aisée que celle de Brodeau, lequel en son Commentaire sur M^r Loüet, l. D. n. 10. pour sauver cette objection, dit qu'en cette donation il n'y avoit aucune tradition réelle, ni chose équipolente à tradition translatrice de possession, savoir rétention d'usufruit, ou cause de constitut ou précaire supposé & feint, que la clause de précaire *tacitè inest per consequentias*.

Mais Justinien semble l'avoir décidée en la l. *Si quis argentum 35. §. ult.* & que la tradition n'est point nécessaire, & plus expressément encore au §. 3. aux *Instit. de donat.* Mais cette jurisprudence a été réprouvée par la plupart des Coutumes de France, dont quelques-unes requierent tellement la tradition, que la rétention d'usufruit n'est pas suffisante; car il faut deslâine, & que le donateur soit deslâiné de la chose donnée, & le donataire saisi, & qu'il ait pris possession, Valla, *ibid.* Amiens, Bourbonnois, Senlis. C'est ce que nos Coutumes appellent *donner & retenir*; la Coutume de Paris en l'art. 274. définit ce que c'est que de donner & retenir; mais on se contente aujourd'hui que la propriété & la possession de droit soient transférées. Ricard, des *Donat. part. 1. c. 4. sect. 2. dist. 1.* a pleinement traité cette matiere.

Dans le contrat qui fait le procès il ne paroît aucune marque de la donation entre-vifs: le donateur ne parle point de donner entre-vifs, il n'est point dit qu'il donne irrévocablement; au contraire il demeure le maître absolu de son bien; il stipule qu'on ne pourra lui demander ce qu'il donne qu'après son décès, & sur les biens qui se trouveront après sa mort; ce sont-là toutes les marques d'une donation à cause de mort par ces paroles, *qui se trouveront après son*

decès: le donateur a donné & retenu, car elles contiennent cette condition tacite, s'il lui restoit quelque chose de ce dont il pouvoit disposer, vendre & engager. Or puisqu'il retenoit la pleine disposition de son bien, & qu'il pouvoit rendre la donation inutile, c'étoit véritablement donner & retenir; car encore que la donation de tous les biens qu'on aura au tems de sa mort, soit valable, parce que le testateur est présumé n'avoir donné que ce qu'il laisse après son décès, & que l'effet de cette donation *pendeat ab eventu*; néanmoins on demeure d'accord qu'il n'en est pas de même *in donatione certa rei*, comme celle dont il s'agit, où le donateur ne donne pas les immeubles qu'il aura au tems de sa mort, *sed certam pecuniam quantitatem*, pour l'assurance de laquelle si son intention eût été de donner entre vifs, il falloit dès lors du contrat en assurer la propriété sur quelque portion de ses immeubles, & se lier les mains en sorte qu'il n'en pût disposer. Pour les Arrêts du Parlement de Paris on ne peut en tirer une décision certaine, puisque les derniers sont contraires aux premiers, & que depuis ceux remarquez par Brodeau, dont le demandeur vouloit prendre avantage, on a jugé par les derniers Arrêts que les donations de tous biens, ou simplement de meubles & acquêts que le donateur a ou aura au jour de son décès, ont été déclarées à cause de mort, & comme telles réducibles. Voyez là-dessus Brodeau sur Mr Loüet, & Ricard, des *Donat. part. 1. c. 4. sect. 2. dist. 1. n. 985.* & la seconde partie du Journal des Audiences, l. 1. c. 35. où il se trouve un Arrest par lequel une donation de tous biens presens & à venir, meubles & immeubles, n'est point estimée donation entre-vifs à l'égard des meubles, que quand il y a inventaire fait lors de la donation, par la différence qu'il y a d'avec les immeubles, qui ont une assiette & une consistance de leur nature; mais pour les meubles comme ils peuvent augmenter & diminuer la donation, elle ne peut valoir que comme une disposition de dernière volonté: Par Arrest du 21 Mars 1664. la donation fut déclarée à cause de mort, & réduite au tiers des acquêts.

Lors de la plaidoirie de cette Cause M^e Loüis Greard soutenoit que l'espoce en étoit pareille à celle qu'il avoit plaidée pour Dame Marie de Brisard, femme de Mr Meusnier Conseiller au Parlement de Paris, & Dame de Brisard veuve de Mr Here aussi Conseiller au Parlement de Paris, apelantes de Sentence rendue aux Requêtes du Palais à Paris, contre M^e de Brisard Conseiller au Parlement de Paris, intimé: Le sieur de Brisard frere desdites Dames, & oncle de l'intimé, avoit fait donation à l'intimé son neveu de tous ses biens propres, acquêts & meubles qu'il avoit de present, & qu'il auroit au tems de sa mort, à rétention d'usufruit durant sa vie, & d'une somme de dix-huit mille livres, laquelle en cas qu'il n'en disposât point demeureroit comprise en la donation, dont l'acte avoit été passé devant deux Notaires, en l'Etude desquels le donateur s'étoit fait porter, & depuis par un acte postérieur il avoit encore confirmé cette donation; il avoit même passé procuration au donataire pour prendre possession de l'une des terres données; étant mort âgé de soixante-dix ans, vingt-un mois après la donation, les apelantes comme coheritieres avec l'intimé, lui demanderent partage en la succession, mais elles en furent refusées en consequence de la donation: Greard pour les apelantes la soutenoit testamentaire, parce qu'il donnoit ses biens à venir & qu'il posséderoit au tems de son décès, & que par cette raison elle étoit réductible au quint des propres: Il ajoûtoit qu'elle avoit été extorquée d'un homme imbecille, qui par l'âge & par les longues maladies avoit perdu entièrement l'usage de la raison. De Sets pour Mr de Brisard répondoit, que la donation étoit entre-vifs, parce qu'elle étoit parfaite, le donateur s'étoit dépouillé de la propriété, & l'exécution seulement de la donation étoit

Cela est aussi requis par quelques-unes des Coutumes de France,

Jugé qu'une donation mutuelle entre-vifs faite par deux freres des biens qu'ils laisseront lors de leur décès, est réputée entre vifs, & non à cause de mort.

diférée après sa mort; que d'ailleurs elle étoit tres-favorable & judicieuse, étant faite à son neveu qui portoit son nom, & par ce moien il avoit voulu conserver ses biens dans la famille: Par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 23 de Juin 1662. la Cour mit sur l'appel les parties hors de Cour. On trouve un Arrest du 14 de Février 1633. dans le Journal des Audiences, par lequel il a été jugé qu'une donation mutuelle entre-vifs faite par deux freres de tous les biens qu'ils auront lors de leur décès, a été jugée entre-vifs, & non à cause de mort. Autre Arrest pareil dans le même Auteur, du 17 de Février 1642. on dit que la condition de survie ne suspend point l'effet de la donation qui est parfaite en soi, le donataire étant saisi & rendu propriétaire dès le tems de la donation, *l. Senatus 35. §. 4. verbo (& sic donari) D. de mortis causa donat.* mais qu'elle limite l'exécution au cas de survivance. On allégué au contraire que la condition étant *in diem mortis*, & le donateur ne donnant que sur les biens qu'il aura au tems de son décès, cela ne suspend pas seulement l'effet & l'exécution de la donation, elle suspend la disposition même, & la rend incertaine, le donataire n'étant assuré d'aucune chose, n'étant saisi ni rendu propriétaire d'aucun bien; car le donateur demeure le maître de tout son bien, il le peut vendre & engager, & l'on demeure d'accord que ces donations n'ont leur effet & leur exécution que sur les biens qui restent au donateur après sa mort; d'où il résulte que ces donations n'ont point la véritable marque des donations entre-vifs, d'être irrevocables; car bien qu'il soit véritable qu'elles ne puissent être révoquées directement, elles peuvent l'être indirectement, & rendues entièrement illusoires, puisque le donateur peut librement disposer de ses biens; que le donataire est contraint de prendre ce qu'il trouve, sans pouvoir s'attaquer aux biens que le donateur auroit aliénés ou engagés depuis la donation; que si suivant la doctrine de du Moulin sur l'article 291. de la Coutume de Bourbonnois, qui est citée par ceux qui sont de ce sentiment, que ces sortes de donations doivent être réputées entre-vifs, *in donatione duo sunt, dispositio & executio*, que la disposition *statim ligat nec suspendit*; mais que l'exécution *habet tractum in diem mortis*; il s'ensuit évidemment que ces donations ne sont point entre-vifs, *quia dispositio non ligat*, au contraire le donateur a si peu les mains liées, qu'il peut aliéner tout son bien. Elle n'est donc pas irrevocable, & c'est proprement donner & retenir; ce que du Moulin a écrit en son Commentaire manuscrit ne paroît pas aussi décisif; car combatant l'opinion de ceux qui disoient que c'étoit une donation à cause de mort, *quia interim donator potest alienare, remittere, transferre & per obliquum exhaurire, quod non potest facere qui donat inter vivos*; il répond que *satis est quod possit sub conditione commodum adferre*; cette réponse ne résout pas la difficulté, car la donation à cause de mort sous condition, *potest etiam commodum adferre*: cela ne décide donc pas que la donation doit être réputée entre-vifs, parce qu'il en peut revenir du profit au donataire; mais on soutient que la donation qui ne lie point les mains au donateur, & qui peut être rendue inutile, & qui ne peut être exécutée que sur ce qui reste après son décès, n'a point les conditions nécessaires & essentielles à la véritable donation entre-vifs.

Si une donation d'une rente à prendre sur les biens du donateur après sa mort, est réputée donation entre-vifs?

Ricard en son Traité des Donations, *part. 1. c. 4. sect. 2. distin. 2. n. 1036.* propose cet exemple, si une donation de mille livres de rente à prendre sur les biens du donateur pour commencer à en jouir après son décès, peut valoir en qualité de donation entre-vifs? *Je n'estime pas*, dit cet Auteur, *que l'affirmative soit susceptible de difficulté, d'autant qu'à l'égard de la tradition du droit elle étoit suffisamment faite, au moien de ce que les biens du donateur sont affectés à la rente dès le moment que la donation a été faite,*

de sorte qu'il ne peut plus les aliéner qu'à la charge de la rente: mais cet exemple est fort dissemblable, car en la donation faite sur les biens que le donateur laisse lors de son décès, il n'y a que ces biens-là lesquels y soient sujets; & dans l'exemple précédent tous les biens du donateur y sont affectés dès le moment que la donation a été faite, car elle étoit parfaite, & la seule jouissance en étoit diférée après la mort.

Touchant la tradition tant de fait que de droit pour la validité des donations, voyez Ricard. *ibid.*

On a demandé si lorsque l'on donne une somme d'argent à prendre sur les biens du donateur après sa mort, sans retention d'usufruit ni constitut de précaire, cette donation est valable? La Dame de Gravieres donna à deux filles de Moniot Procureur au Parlement de Paris lorsqu'il les maria, à chacune trois mille livres à prendre sur ses biens après son décès, lequel étant arrivé M^e Henry Fremin & M^e Gastier Procureurs audit Parlement, qui avoient épousé les dites filles, firent assigner la fille de la Dame de Gravieres pour leur faire délivrance de trois mille livres chacun; à quoi la fille pour défenses dit que ces donations étoient nulles par le défaut de dessaisissement des choses données, n'y ayant aucune retention d'usufruit ni constitut de précaire; ainsi la Dame de Gravieres avoit donné & retenu, puisqu'elle étoit demeurée en possession des choses données; que suivant la règle de Droit, *non videntur data quae, eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt*, *l. 167. de Regul. jur.* Il fut répliqué par les demandeurs que les donations ne laissoient pas d'être valables, quoi qu'il n'y eût point de tradition réelle des choses données, par deux raisons; l'une, que ce qui étoit donné consistoit en une somme mobilière; qu'en donation de meubles que le donateur aura au jour de son décès, il ne faisoit point de dessaisissement, & qu'il avoit été ainsi jugé par plusieurs Arrêts rapportez par le Commentateur de M^e Loüet; l'autre raison étoit que la donation aiant été faite par contrat & en faveur de mariage, la tradition réelle ou chose équipolente, comme la rétention d'usufruit ou constitut de précaire, n'y étoit point nécessaire, suivant l'Apostille de du Moulin sur l'art. 273. de la Coutume de Paris, ce qui avoit été pareillement jugé par les Arrêts rapportez par M^e Loüet & son Commentateur: La rétention d'usufruit ou constitut de précaire n'a régulièrement lieu qu'en donation d'heritages, art. 275. de la même Coutume de Paris, qui distingue les choses mobilières d'avec les immobilières. La défenderesse répondoit à ces raisons, qu'il faisoit distinguer entre la donation *certa rei mobilis*, & celle *quae est universalis*, *puta juris successorii nondum delati*; au premier cas, la chose donnée & retenue rend la donation nulle; au second cas, la donation est bonne, sans qu'il soit besoin pour la validité d'icelle que le donateur se dessaisisse, ni qu'il y ait rétention d'usufruit; qu'au fait particulier il ne s'agissoit pas de la donation *omnium bonorum*, *sed certa rei*: Sur quoi M^{rs} des Requêtes du Palais à Paris aiant condamné la défenderesse, la Sentence fut confirmée par Arrest du 3 de Decembre 1643.

Par Arrest du Parlement de Paris rapporté par Bouguier, *l. D. n. 12.* une donation entre-vifs faite perpétuellement & irrevocablement, sous cette condition néanmoins au cas que l'on mourût sans enfans, étoit à cause de mort, parce que l'intention de la donatrice avoit été de la suspendre jusqu'au jour de sa mort, *tractum habebat usque ad tempus mortis*, M^e Loüet, *l. D. n. 11.* de sorte que *ut mentio mortis non facit donationem causâ mortis*; de même ce mot d'irrevocable ne fait pas la donation entre-vifs, si d'ailleurs il paroît que le donateur a voulu suspendre l'effet de la donation jusqu'au tems de son décès, Bouguier, *l. D. n. 13.* que si l'on dit que ces termes, *après ma mort*, suspendent bien l'effet & l'exécution de la

Si la donation d'une somme d'argent à prendre sur les biens d'un donateur après son décès, sans retention d'usufruit ou constitut de précaire, est valable?

Jugé qu'une donation entre vifs, dans le cas néanmoins de mort sans enfans, la faisoit réputée à cause de mort,

donation, mais non pas la convention dont le droit est acquis à l'instant de la passation de l'acte qui étoit irrévocable, encore qu'il ne pût produire son effet qu'après la mort, néanmoins ce tems étant venu il avoit un effet retroactif au tems du contrat. On répond qu'il y a différence entre les contrats & les dispositions testamentaires: Par les contrats nous ne contractons pas seulement pour nous, mais aussi pour nos heritiers, *plerumque tam heredibus nostris quam nobis cavemus, l. Si pactum, de probationibus.* Dans les testamens on ne considère que les personnes lesquelles le testateur a voulu gratifier, & au profit desquelles il a voulu disposer, & non de ses heritiers; & c'est pourquoi les conditions étant accomplies, elles n'ont aucun effet retroactif, elles se régissent seulement au tems de leur existence.

Chopin, l. 3. p. 3. c. 4. n. 2. *de privilegiis rusticorum*, ajoute que celui qui donnant entre vifs se réserve le tout pour l'exécution de sa dernière volonté par le donataire; il s'ensuit de deux choses l'une, ou que cette espece de donation entre-vifs passe en donation à cause de mort qui est révocable, ou bien qu'elle demeure du tout sans effet, comme étant donner & retenir, *donari non potest, nisi id quod ejus sit cui donatur, l. in edibus, §. donari, de donat.*

Comment la mention de mort faite dans une donation, la fait réputer entre-vifs.

Il faut prendre garde si la mention de mort faite dans la donation, est *per modum dilationis*: en ce cas elle est réputée donation entre-vifs, *potest autem intelligi causa dilationis factam esse mentionem mortis, quando in verbis importantibus executionem donationis facta est mentio mortis*, Boërius, *Décis.* 353. & non in verbis importantibus substantiam donationis, nam tunc mentio mortis non facit presumi illam donationem esse causam mortis.

Deux Gentilshommes nommez Imbert, sieur de Sibeville, & des Monts, sieur de S. Louët, allans à l'armée se donnerent réciproquement la somme de quatre mille deux cens livres, qui seroit payée par l'heritier du premier mourant au survivant sur les immeubles, sans que les heritiers aux meubles en fussent aucunement tenus, laquelle donation n'auroit lieu que le décès arrivant du premier mourant sans enfans: le contrat fut passé devant Notaires, le premier d'Août 1641. insinué le 5 d'Avril 1642. Imbert sieur de Sibeville étant mort en Catalogne en 1645. des Monts demanda les quatre mille deux cens livres à de Pierre sieur du Manoir, heritier du sieur de Sibeville: Sur des récusations proposées contre le Juge de Vallognes, la Cour évoqua le principal: Des Monts soutenoit la validité de la donation; qu'elle étoit entre-vifs, & l'exécution seule *collata erat in diem mortis*; qu'elle étoit irrévocable, qui est la véritable marque de la donation entre-vifs, & que par conséquent elle ne pouvoit être contredite, puisqu'il étoit permis de donner entre vifs le tiers de son propre. Au contraire l'heritier disoit que c'étoit une donation à cause de mort, dont la propriété étoit *inpendenti*, & différée au tems de la mort; qu'aux dona-

tions entre-vifs, nonobstant la retention d'usufruit, la propriété ne laissoit pas d'être transférée au donataire, de laquelle il pouvoit disposer: En celle-ci rien ne lui étoit acquis; il étoit même incertain qui seroit le donateur ou le donataire; la propriété étoit transférée *in diem mortis*, ce qui rendoit la donation à cause de mort, par lesquelles donations on ne peut disposer de ses propres; ce qui fut ainsi jugé le 5 de Mai 1646. au rapport de M^r Lamy, & la Cour mit sur l'action hors de Cour & de procès. Le raisonnement de l'heritier ne paroît pas décisif, car il n'est pas véritable que la propriété n'en fût pas acquise irrévocablement au donataire, par cette raison qu'il étoit incertain qui seroit le donateur ou le donataire; car la donation étoit conditionnelle, ce qui n'empêchoit pas que le cas arrivant, la donation ne fût parfaitement acquise à celui qui auroit survécu; & bien qu'il fût incertain lequel des deux mourroit le premier, la donation ne laissoit pas d'être certaine & assurée au survivant; c'est le vrai cas où l'on pouvoit dire que *sola executio dilata erat in tempus mortis*, & la propriété en étoit tellement transférée qu'il en pouvoit disposer, quoi que révocablement toutefois en cas que la donation ne fût pas avenue.

Quand ces termes se rencontrent en une donation, les biens qui m'apartiendront au tems de ma mort, le donataire ne peut demander que ce qui reste, suivant la loi *Scichum, de legatis primo; Qui meus erit cum moriar heres meus dato, magis conditionem legato injecisse, ut si totum alienaverit legatum extinguatur, si partem pro ea parte debeatur que testatoris mortis tempore fuerit.*

Des termes préjudiciales au donataire, qui sont employez dans la donation.

Cette prohibition de donner de ses immeubles par testament est si rigoureuse, que même la faveur de la cause pie ne les peut faire subsister: Toute la grace qu'on a pû faire à ces sortes de libéralitez, a été de leur donner effet sur les meubles & sur le tiers des acquêts, quand elles ont été passées trois mois avant le décès du testateur, & qu'elles sont causées pour services. Ainsi cette question sur laquelle les Docteurs, & principalement les Canonistes, se sont si fort étendus, savoir si les legs pieux contenus en un testament informe sont dûs, est décidée par cet article qui prohibe les donations d'immeubles par testament même pour causes pitoiables: Aussi Berauld assure que la maxime que les legs *ad causas pias ex irrito testamento* sont dûs, n'est point suivie en Normandie. Pontanus sur l'art. 173. de la Coutume de Blois, prouve par plusieurs raisons que les legs pieux sont compris sous la prohibition generale de donner; suivant les loix d'Ecosse, *de hereditate in ultima voluntate nemo disponere potest, Skenaus ad leg. Scot. l. 2. c. 37.* Par la Coutume de Bourgogne, §. 1. tit. des successions, il est permis de disposer de ses biens par testament, en laissant à ses vrais heritiers le tiers pour leur legitime. Nôtre Coutume plus sage ne permet que la donation du tiers des acquêts.

La donation testamentaire pour cause pie, ne peut avoir lieu que sur les meubles & le tiers des acquêts.

CCCCXXVIII.

D'usufruit d'immeuble quand on en peut tester.

Nul ne peut disposer par testament de l'usufruit de ses heritages ou d'autres biens réputez immeubles, non plus que de son heritage; toutefois il en pourra disposer en récompense de ses serviteurs ou autres causes pitoiables, pourvu que l'usufruit n'excede le revenu d'une année.

Testament d'usufruit des immeubles, en quel cas est permis?

On auroit éludé la disposition de l'article précédent, si la donation de l'usufruit eût été permise, & il ne fût resté aux heritiers qu'une propriété inutile pendant plusieurs années, *sed in alienatione prohibita continetur etiam constitutio usufructus, l. fin. in verb. (sed & usufructus donationem) C. de reb. alien. non alien.*

Suivant les règles ordinaires les dettes du testateur doivent être payées avant les legs; mais cette question s'ofrit en la Chambre des Enquêtes, si les legs que le testateur a assignez sur la première année de son revenu, doivent être acquitez au préjudice des dettes mobilières? Par Arrest au rapport de Mr le Roux, du 22 de Février 1652. il fut jugé que le revenu de

Les dettes du testateur doivent être payées avant les legs.

Si les legs assignez par le testateur sur la première année

de son revenu, doivent être acquitez avant les dettes mobiliaries ?

de la premiere année étant immeuble, les dettes mobiliaries devoient être premierement payées sur les meubles; mais il fut dit aussi que sur cette premiere année du revenu les arrerages des rentes échûes en cette année, seroient paieez sur le revenu pour une année seulement.

Si le testateur n'a point usé de la faculté qui lui est donnée par cet article, & qu'il n'ait point étendu le paiement de ce legs sur la premiere année de son revenu, les légataires ne le pourront pas avoir; le testateur peut bien en disposer, mais quand il n'a pas eu cette volonté, son testament ne peut être executé que sur les meubles, quelque favorable que puisse être la cause des legs qu'il a faits, à la réserve toutefois des donations faites à la charge de Services, quoi qu'elles parussent comprises sous ces paroles, *pour causes pitoiables*. Le sieur de Civile fit plusieurs dispositions par son testament en faveur de ses domestiques pour les récompenser de leurs services; il donna aussi une somme à l'Eglise de S. Patrice, & sept cens livres de rente rachetables par dix mille livres aux Augustins Déchauffez, le tout à prendre sur ses biens: Tous ces légataires prétendoient que les meubles & le revenu de la premiere année leur devoient être délaisséz pour le paiement de leurs legs, la Cour aiant toujours observé de faire porter les legs pieux sur tout ce dont le testateur pouvoit disposer par son testament: A quoi il fut reparti par les Demoiselles de Civile, que le testateur n'ayant pas eu l'intention de donner la premiere année de son revenu, on ne pouvoit l'appliquer à l'acquit des legs; la Coutume lui permettoit bien de le faire, mais ne l'ayant pas fait il falloit s'en tenir à sa volonté: Par Arrest en la Grand' Chambre, du 30 d'Avril 1655, il fut dit que les legs seroient portez sur les meubles seulement, par-

ce que les legs faits aux domestiques pour récompense de leurs services seroient pris par privilege, & les autres legs au sol la livre.

On a pareillement demandé si le testateur pouvoit appliquer la premiere année de son revenu pour la récompense de ses serviteurs, & pour autres cas pitoiables, pour en décharger les meubles qu'il vouloit laisser entierement à sa femme? Un homme aiant des meubles de grande valeur, les donna tous à sa femme, & la premiere année de son revenu à ses serviteurs: L'heritier remontra que quand un homme n'a point de meubles suffisans pour récompenser ses serviteurs & faire des aumônes, la Coutume lui donne la faculté de disposer de la premiere année de son revenu; mais quand il y a plus de meubles qu'il ne faut pour satisfaire à toutes ces charges, elle n'a point entendu lui donner cette liberté, pour faire un avantage si extraordinaire à sa femme, au préjudice de ses heritiers legitimes que la Coutume favorise en toutes rencontres. La femme répondoit que la moitié des meubles lui appartient *jure suo*; qu'elle ne profite que de l'autre moitié par la liberalité de son mari, & la Coutume permettant à un homme de disposer de la premiere année de son revenu, sans distinction s'il a des meubles ou s'il n'en a point, on ne doit pas rétreindre sa liberté, n'étant pas moins obligé à sa femme & aux serviteurs qui l'assistent pendant sa vie, qu'à des heritiers collatéraux dont il n'avoit reçu aucun secours: Par Arrest du 7 de Mars 1634. la Cour ordonna que les légataires seroient paieez sur les fruits de la premiere année suivant la volonté du testateur, & que tous les meubles seroient délivrez à la veuve légataire des meubles, en baillant caution de raporter, à cause des remplacements prétendus sur les meubles par les heritiers des propres alienez.

Les legs faits pour récompense de services, sont privilegiez.

Le testateur peut donner la premiere année de son revenu pour récompense de services, soit qu'il y ait des meubles ou non,

CCCCXXIX.

Donation de meubles comment permise au profit de la femme.

Quelle quotité de meubles le mari qui n'a enfans, peut donner à sa femme par donation à cause de mort?

Le mari n'ayant enfans, ne peut donner de ses meubles à sa femme, sinon jusques à concurrence de la moitié de la valeur des heritages & biens immeubles qu'il possède lors de son decés, & s'il a enfans, il ne lui en peut donner qu'à l'avenant du tiers de ses immeubles.

Cet article se pratique à la rigueur: Par Arrest au rapport de M^r Busquet, du 20 de Novembre 1669. entre Riquier & Jourdain, une donation à cause de mort, de deux bateaux, faite par un mari au gendre de sa femme & son présumptif heritier, fut déclarée nulle, parce qu'il n'avoit point d'immeubles, & que par un contrat précédent il avoit tenté de les donner à sa femme, à laquelle il en avoit donné la jouissance par son contrat de mariage; mais cessant ces considérations, cette donation de meubles n'eût pas été nulle pour être faite par le mari aux parens de sa femme. J'ai remarqué cet Arrest sur l'article CCCCXXII.

Si ce qui s'observe pour les donations de meubles à cause de mort, faites par le mari n'ayant enfans à sa femme, doit être gardé pour les donations entre-vifs?

On a souvent agité cette question, si cet article doit être gardé pour les donations entre-vifs? Un Vivandier d'armée par son contrat de mariage avec la nommée de Sens passé à Abbeville, lui avoit donné tous ses meubles, reconnoissant qu'elle les lui avoit portez; cet homme qui n'avoit point de domicile certain aiant été tué en cette Province, ses heritiers collatéraux contesterent à sa femme la délivrance de ses meubles, par ces raisons, que ce contrat avoit été fait depuis la celebration du mariage, & qu'il n'avoit aucuns immeubles, & que par consequent suivant cet article la donation devoit être réduite à la moitié: il fut dit pour la veuve que le mari avoit pu lui donner tous ses meubles par testament; que ce Vivandier n'ayant point de domicile certain, cette donation devoit être réglée par la Coutume du lieu où elle avoit été passée: Par Arrest du premier de

Juillet 1659. la donation fut confirmée, plaidans de Sets & de Cahagnés.

On ne peut pas assurer que la question generale ait été décidée par cet Arrest, à cause que le contrat de mariage n'avoit point été passé en Normandie, & que les conjoints n'en étoient point originaires.

Mais pour montrer que l'on ne doutoit point que cet article ne devoit être gardé que pour les dispositions testamentaires, il fut jugé en la Grand' Chambre, le 16 de Mai 1653. que pour donner effet à la donation de meubles faite par le mari à la femme par leur contrat de mariage, il n'étoit pas necessaire qu'il eût été reconnu, & que c'étoit assez que la volonté du mari fût certaine.

Jugé que pour l'effet de la donation de meubles du mari à la femme par contrat de mariage, la reconnoissance n'y étoit point requise.

Cependant cette même question, si la donation faite par le mari à sa femme de tous ses meubles par leur contrat de mariage, pouvoit valoir, aiant été plaidée en l'Audience de la Grand' Chambre, le 14 de Decembre 1677. entre Cecile Langlois heritiere de Langlois son frere, & Anne Bouquet veuve dudit Langlois, on cassa la Sentence du Bailli qui avoit confirmé la donation, & en réformant on jugea la moitié des meubles à la femme, & le tiers de l'autre moitié: mais il me semble que l'on ne devoit pas considérer cette paction du mariage comme une donation; c'étoit une clause sans laquelle le mariage n'eût peut-être pas été fait, & l'intention de la Coutume n'a été que d'empêcher les avantages que le mari pouvoit faire par une pure liberalité, & sans

aucun engagement ni obligation, & sur tout par un testament, parce que nous donnons beaucoup plus volontairement les choses que nous prévoyons devoir bien-tôt abandonner; néanmoins on a si peu de disposition en Normandie à favoriser la condition des femmes, que l'on n'étend jamais la Coûtume à leur avantage.

Le mari qui n'a point d'immeubles, ne peut donner à sa femme que la moitié de ses meubles, quand il n'a point d'enfans.

Il faut tenir pour maxime, que quand le mari n'a point d'immeubles, il ne peut donner à sa femme s'il n'a point d'enfans, que la moitié de la moitié de ses meubles; & s'il a des enfans, le tiers de cette moitié; car puisque le mari, quand même il n'auroit que cinquante livres de rente, ne pourroit toutefois lui donner de ses meubles que jusques à concurrence de la moitié desdits cinquante livres de rente, il n'est pas vrai-semblable que la Coûtume ait eu intention de laisser au mari cette liberté de donner à sa femme tous ses meubles, encore qu'il n'ait point d'immeubles. Nos Réformateurs ont fait en cet endroit une omission pareille à celle qui se remarque en l'art. CCCXC. où la Coûtume oblige le mari d'employer en héritages ou rentes la moitié de la valeur des meubles échus à la femme constant le mariage, pourvu qu'ils excèdent la moitié du don mobil; mais elle n'ajoute point ce que le mari est tenu de faire lorsqu'il n'y a point de don mobil, l'on a jugé en ces cas qu'il en faut employer la moitié en héritages ou rentes: De même, la Coûtume a réglé que le mari ne pouvoit donner de ses meubles à sa femme lorsqu'il n'a point d'enfans, que jusques à concurrence de la valeur de la moitié de ses immeubles; mais elle ômet de régler la part qu'il peut donner lorsqu'il n'a point d'immeubles. Il faut dire en suppléant ce cas ômis, qu'il ne peut donner que la moitié de la moitié de ses meubles, lorsqu'il n'a point d'enfans, & le tiers de cette moitié, lorsqu'il laisse des enfans.

Le mari peut donner à sa femme par donation entre-vifs, telle part de ses meubles qu'il pourroit lui laisser par testament.

Mais le mari pouvoit par donation entre-vifs donner à sa femme telle part de ses meubles qu'il pouvoit lui laisser par testament; ce qui a été jugé par Arrest en la Chambre des Enquêtes, au rapport de M^r de Montaigu, le 23 de Decembre 1644. Une donation faite par un mari qui n'avoit point d'enfans de tous ses meubles à sa femme, fut déclarée valable, suivant cet article qui permet au mari de donner à sa femme jusques à la concurrence de la valeur de la moitié de ses immeubles, ce qui est d'autant plus juste que la donation entre-vifs est moins suspecte de suggestion que la testamentaire.

La réduction de la donation des meubles qui excèdent la moitié des immeubles, n'appartient qu'aux héritiers.

Il faut remarquer que cet article n'a point de lieu au profit du fisc, mais seulement pour les héritiers du mari. La donation d'un bâtard à sa femme de tous ses meubles portée par son contrat de mariage & par son testament fut confirmée, quoi que les meubles excédassent la valeur de la moitié des immeubles, & que le donataire du Roi en demandât la réduction. La Coûtume vrai-semblablement n'ayant considéré que l'intérêt des héritiers, en ce cas il n'eût pas été juste qu'une femme eût eu toute la dépouille de son mari, quand il ne laissoit que des immeubles d'une valeur au dessous des meubles. Arrest au rapport de M^r de Caradas, du 23 d'Août 1632. entre Marguerite Angerville veuve d'Alexandre de Harcour, légataire universelle des meubles demeurez après son décès, prenant le fait de Henri, Pierre & Alexandre, dits Angerville pere & fils, & Susanne Bunel femme dudit Henri, apelans de Sentence rendue par le Viconte de Falaise au Siege de S. Pierre sur Dive, le 22 de Septembre 1631. Ordonnance de prise de corps, & de tout ce qui fait avoit été contre lesdits Angerville & Bunel par le Bailli de Caën au Siege de Falaise, d'une part; & M^r Marin Samin Receveur du Domaine de Falaise; en la présence de Laurent Renard Fourier de la Maison du Roi, intervenant en Cause en qualité de donataire du Roi des biens dudit de Harcour, à lui échus à droit de bâtardise; & M^r

le Procureur General prenant le fait de son Substitut à Falaise, d'autre part: Il étoit porté par le contrat de mariage desdits Harcour & Angerville, qu'en cas de précédés dudit de Harcour sans hoirs issus de leur mariage, ladite Angerville emporteroit généralement tous les meubles qui seroient laissés par ledit de Harcour, lequel par son testament avoit aussi fait sa femme légataire universelle de ses meubles: Le Receveur du Domaine & le donataire des droits du Roi, prétendoient que cette donation devoit être réduite aux termes de cet article, les meubles excédans la moitié de la valeur des héritages que ce bâtard possédoit au tems de son décès: Par la Sentence dont il y avoit apel, il étoit ordonné qu'avant de faire droit sur la validité ou invalidité du contrat de mariage & testament, le repertoire fait par le Bailli des lettres & écritures de la succession, ensemble les pieces mises par inventaire, & autres dont elle voudroit s'aider, seroient représentées & mises es mains du Rapporteur, pour être ordonné ce qu'il apartiendrait, & que pour la conservation des biens le Sergent en feroit inventaire, & permis au Substitut & Receveur du Domaine de faire informer de la soustraction & enlèvement des meubles: Par l'Arrest en infirmant la Sentence, & faisant droit au principal, on acorda main-levée à ladite Angerville de tous les meubles laissés par son mari, ensemble de toutes les cédules & obligations aiant appartenu audit de Harcour. Le fisc n'étoit pas si favorable que la femme qui reclamoit des meubles qui provenoient de la mutuelle collaboration de son mari & d'elle, ce qui la rendoit beaucoup plus favorable qu'aucun autre légataire: D'autre part on peut dire que les termes de cet article étant négatifs & prohibitifs, *excludunt omnem potentiam juris & facti*. On disoit pour le fisc, qu'en outre que l'on ait permis au bâtard de tester, c'est à condition de garder les loix de la Province; il ne seroit pas raisonnable de frustrer le Roi des successions qui lui sont déferées par la Coûtume: Or la Coûtume défendant indistinctement à celui qui a la meilleure partie de son bien en meubles, de les donner que jusques à la concurrence de la valeur de la moitié de son immeuble, le bâtard ne doit pas faire fraude aux droits du Roi.

En réclamation de meubles donnez, la femme est plus favorable qu'aucun autre légataire.

On peut dire au contraire que pour rencontrer le véritable sens de la loi, il faut découvrir & connoître le mal auquel elle a voulu apporter du remède; par cet article la Coûtume n'a eu d'autre but que de conserver le bien aux héritiers, & pour cette raison elle n'a point permis que celui qui n'avoit que des meubles, les en pût priver entièrement; elle marque son intention en plusieurs endroits, s'il y a des enfans, elle ne permet d'en donner que le tiers, s'il n'y en a point, elle donne une plus grande liberté: en cet article elle ménage l'intérêt des autres héritiers, mais elle n'a jamais pensé à borner la liberté des hommes en faveur du fisc: Par l'art. CCCCXXXV. les héritiers peuvent révoquer les donations, mais elle ne donne pas ce pouvoir au fisc; & par le Droit Romain la complainte d'inoficiosité contre le testament qui appartient aux enfans, & la détraction de la legitime n'appartient point au fisc qui est un héritier anomal & irrégulier: Aussi Bacquet & Chopin ont tenu que la réduction des legs & des donations n'appartient qu'aux héritiers, en alléguant pour preuve un Arrest prononcé en Robes rouges, le 8 de Juin 1576. entre Lamiraut & la Reine d'Ecosse donatrice & usufructière de la Touraine, par lequel il fut jugé que la Coûtume de Touraine qui réduit la liberté de tester à une certaine somme, n'a lieu qu'en faveur des héritiers, & non pour le fisc succédant au donateur; Chopin, de Doman. l. 1. t. 8. in fine; Bacquet, du Droit de Bâtardise, c. 6.

Le fisc héritier anomal & irrégulier.

Il en iroit autrement de la donation de tous les immeubles; comme il sera dit sur l'art. CCCCXXXI.

CCCCXXX.

Executeurs de testament de quoi saisis, & à quoi tenus.

Executeurs testamentaires, & de leur devoir.

Les exécuteurs testamentaires sont saisis durant l'an & jour du trépas du défunt des biens-meubles demeurez après le décès, pour l'accomplissement du testament, jusques à la concurrence des legs & autres charges, en faisant au préalable inventaire, apelez les heritiers, & en leur absence les plus prochains parens, si mieux l'heritier ne veut saisir l'exécuteur testamentaire des legs & charges en argent ou en essence.

Origine des exécuteurs testamentaires.

On a cherché dans le Droit Romain l'origine des exécuteurs testamentaires; mais ce qui est dit en la l. *Si quis sepulchrum* 12. §. *Funus*, de Religios. & sumpt. funeb. D. l. *quidam* 96. §. 3. & l. à plurib. 107. de legat. & en plusieurs autres dont l'on se sert pour le prouver, n'y ont pas beaucoup de rapport, la loi 9. D. de alim. legat. y est plus conforme; & suivant l'observation de M^e Cujas sur cette loi, Bartole a pris occasion d'écrire & d'inventer plusieurs choses touchant les exécuteurs testamentaires, & sa doctrine & ses traditions quoi qu'elles fussent de son invention, & ne fussent fondées sur aucune loi, n'ont pas laissé d'être reçues & suivies par tout; l'usage en a été introduit afin que les dernières volontés des mourans ne demeurassent pas sans execution, & que le paiement des legs ne fût pas retardé par l'avarice & par la longueur affectée des heritiers: Mais nos Coutumes de France leur ont donné beaucoup plus de pouvoir qu'ils n'en avoient par le Droit Civil; voyez Tronçon sur l'art. 297. de la Coutume de Paris; de la Lande sur l'art. 290. de la Coutume d'Orléans; Ricard, des Donat. p. 2. c. 2.

Sur cet article l'on peut traiter ces matieres; premierement, quelles personnes peuvent être nommées pour l'exécution d'un testament? Secondement, de leur devoir & pouvoir? Et en troisième lieu, des actions qu'elles peuvent exercer?

Toutes personnes peuvent être nommées exécuteurs testamentaires.

Toutes personnes peuvent être nommées & employées à cette charge, les hommes & les femmes, les Laïques & les Eclésiastiques, & même les mineurs, suivant le sentiment de plusieurs Docteurs.

La femme mariée ne peut en accepter la nomination sans le consentement de son mari.

Les femmes, soit qu'elles soient mariées ou qu'elles ne le soient pas, peuvent exercer cette charge, parce que ce n'est pas un office public, & même le testateur peut avoir ordonné certaines choses qui conviennent à leur sexe, l. à filio 15. de alim. legat. D. mais à l'égard de la femme mariée les heritiers ne seront pas tenus d'accepter la nomination, si son mari ne l'autorise, ne pouvant s'obliger sans son autorité & son consentement.

Les Eclésiastiques & Religieux profès peuvent être nommez exécuteurs testamentaires.

Non seulement un Eclésiastique seculier, mais même un Religieux profès peut en faire la fonction, pourvu qu'il soit autorisé par son Supérieur, Cap. ult. de testament. in 6. c. Guy Pap. est d'opinion contraire en sa Décision 563. mais la plupart des Docteurs sont d'un autre avis.

Les mineurs en sont exclus.

Pour les mineurs, quoi que cela fût autrefois en usage, il n'est pas juste de les y recevoir, parce qu'ils s'engageroient à une rendition de compte dont ils pourroient être restitués, & c'est pourquoi les heritiers & les creanciers pourroient s'y opposer.

Les légataires ne sont point exclus de cette nomination.

La qualité de légataire ne forme point d'empêchement à cette nomination, comme je l'ai remarqué sur l'art. CCCCXII.

Du devoir & pouvoir des exécuteurs testamentaires.

Le devoir & le pouvoir des exécuteurs testamentaires est expliqué par cet article: *Ils doivent être saisis durant l'an & jour du trépas du défunt des biens-meubles demeurez après le décès du défunt pour l'accomplissement du testament, jusques à la concurrence des legs & autres charges, & leur devoir consiste à faire auparavant toutes choses un inventaire des meubles, & d'y apeler les heritiers, ou en leur absence les plus prochains parens.*

Toutes ces conditions que la Coutume leur impose sont justes; ils ne doivent point mettre la main

à la chose qu'après un inventaire, & en la présence des heritiers; & quoi qu'il soit en leur pouvoir de faire la délivrance des legs, ils ne doivent point y proceder qu'après l'avoir déclaré aux heritiers, ou les avoir dûment apelez, afin qu'ils puissent s'opposer à l'exécution du testament s'ils en ont quelque juste cause; & c'est leur interest d'y apporter ces précautions, afin que tout ce qu'ils auront fait ne leur soit point contredit, lorsqu'ils rendront leurs comptes.

Les exécuteurs testamentaires peuvent exercer dans l'an toutes les actions qui tendent à l'exécution de leurs charges; mais comme cet article ne leur donne que la saisine des meubles du défunt, ils ne pourroient pas faire vendre les immeubles; sous ce mot de *meubles* il faut entendre largement tout ce qui est mobilier; comme l'argent comptant, les promesses, les obligations, les revenus des terres, & les arrerages des rentes.

Quant au paiement des dettes du défunt, cela ne dépend point de la fonction de l'exécuteur testamentaire; & si l'heritier pour demeurer saisi de tous les meubles, & pour en empêcher la vente, ofroit de consignier entre les mains de l'exécuteur testamentaire les sommes à quoi se monteroient les legs; il y seroit recevable, parce que l'exécuteur testamentaire n'a interest qu'à faire executer les volontés du défunt.

Les légataires doivent recevoir leurs legs par les mains de l'exécuteur testamentaire, ou de l'heritier, *rem legatam propria autoritate occupare non potest*, l. *Non est dubium*, C. de legat. S'il en use autrement, *jure suo cadit*. Cujas en ses Comment. sur cette loi; Tiraqueau dans son Traité, *le mort saisit le vif*; Jul. Clarus, l. 3. *sentent. 8. testamentum*, q. 68. Decius, *Conf. 438. in fine*, & *Conf. 243*. Guy Pap. *quæst. 609. cum notis*. Faber, *in Cod. Fabriano*, l. 3. t. 19. *desin. 7*. Le testateur néanmoins peut ordonner par son testament que le légataire de sa propre autorité prenne possession de la chose qu'il lui a léguée.

L'observation de ces maximes est particulièrement nécessaire en cette Province en consequence de l'article précédent, qui ne permet au mari de donner à sa femme que jusques à concurrence de la moitié de la valeur des heritages & biens immeubles qu'il possède au tems de sa mort. S'il étoit permis à la veuve légataire universelle des meubles de son mari, de se saisir de son legs de son autorité privée, on ne pourroit connaître si le legs excéderoit la moitié de la valeur des immeubles de son mari. Feu M^e Jean Basin Procureur en la Cour, aiant donné tous les meubles à Catherine le Duc sa femme; elle n'attendit pas qu'il fût mort, étant malade dans une sienne maison de campagne, elle envoya promptement à Roüen pour se saisir de ses meilleurs meubles, & s'étant aussi saisie des clefs, lorsque l'on procéda au repertoire des écritures, elle prit plusieurs papiers qu'elle fit jetter dans un lieu secret; la preuve de tous ces faits aiant été faite par le frere du défunt, & elle-même les aiant avoués par son interrogatoire, par Sentence des Requêtes du Palais le testament fut déclaré nul à son égard; dont aiant apélé, la Sentence fut confirmée par Arrest en la Chambre des Enquêtes, au rapport de M^e de la Place, le 13 de Juillet 1660.

Autre Arrest pareil sur ce fait, au rapport de M^e de Tiremois d'Hérqueville, en la Chambre des Enquêtes, du 7 Mars 1679. M^e Eustache Louvel Huissier

Des actions que les exécuteurs testamentaires peuvent exercer.

Les exécuteurs testamentaires ne peuvent faire vendre les immeubles.

Le paiement des dettes du défunt ne regarde point l'exécuteur testamentaire.

Le légataire doit recevoir son legs de l'exécuteur testamentaire.

Exception à cette règle.

De la peine contre les légataires qui se saisissent eux-mêmes de leurs legs.

au Parlement, avoit donné par son testament à Barbe Vauquelin la femme le tiers de ses immeubles, outre le tiers qui lui appartenoit de son chef; après la mort de son mari elle entra dans son cabinet d'où elle enleva plusieurs choses : François Louvel soutint contre elle & contre Eustache Louvel son frere, que vu les soustractions par elle commises, elle devoit être privée des meubles que son mari lui avoit donné par son testament : Par Sentence du Viconte elle fut condamnée en trente mille livres, sur lesquelles il lui en fut donné un tiers, & on la priva du tiers à elle donné par le testament de son mari, & ledit Eustache Louvel condamné à paier la moitié des trente mille livres : Toutes les parties aiant apelé, le Bailli condamna ladite Vauquelin en six mille livres envers François Louvel, & la priva du tiers qui lui avoit été donné : Toutes les parties apelèrent encore de cette Sentence, & par l'Arrest la Cour en infirmant la Sentence condamna ladite Vauquelin à rapporter la somme de six mille cinq cens livres pour les soustractions par elle faites de l'argent, argenterie, & autres meubles de ladite succession, & privée du tiers à elle donné par le testament de son mari.

De la peine contre les heritiers qui recelent ou soustraient des biens hereditaires.

Si l'heritier doit perdre sa part en ce qu'il recelé, voyez Louët, l. R. n. 48. Par l'Arrest de ladite veuve Basin, la veuve ne fut pas privée de prendre part en ce qu'elle avoit recelé, parce que le testament fut déclaré nul ; mais la Cour en a fait un Règlement, art. 84. du Règlement de 1666.

Par la disposition du Droit Romain, l'heritier perdoit la quarte falcidienne de toutes les choses qu'il avoit soustraites, l. 6. D. de his qua ut cond. Rescriptum est à principe heredem rei quam amovisset, quartam non retinere. La même peine étoit imposée aux légataires, *denegatur legatario actio legatorum, pro portione competenti ei in rebus quas subtraxisse eum de hereditate apparuerit, l. 5. C. de leg.* La peine du recelé est que l'heritier qui recele ou soustrait les biens hereditaires, est obligé de les rapporter, & même il perd

la portion qu'il y auroit eue s'il ne l'avoit point dévertie.

Par Arrest donné en la premiere Chambre des Enquêtes, au raport de M^r du Mesnil-Costé, le 17 Mars 1685, entre Demoiselle Catherine Dansel, veuve du sieur André de Valsinop, d'une part, & le sieur André fils & heritier au nom de l'un de ses enfans dudit sieur de Valsinop, d'autre part ; il a été jugé qu'une veuve qui a soustrait, est non seulement privée de prendre aucune part à la somme qu'elle est condamnée de rapporter au benefice de l'heritier de son mari, suivant l'art. 84. du Règlement de 1666. mais que cette somme n'est point réputée augmenter la part aux meubles de l'heritier, pour lui faire paier plus que les deux tiers des dettes mobilières, en sorte que la veuve heritiere de son mari doit le tiers des dettes mobilières, quoi qu'elle ait beaucoup moins que le tiers des meubles, parce qu'elle ne prend aucune part à la somme qu'elle est condamnée de rapporter.

L'executeur testamentaire ne peut pas demander récompense des peines qu'il a prises pour faire exécuter les dernieres volontez de son ami, il lui doit ce service en reconnaissance de l'honneur qu'il lui a fait ; mais s'il a fait des frais il n'est pas exclus de les mettre en compte : cela fut jugé en la Chambre des Enquêtes, le 28 de Mars 1637. au raport de M^r de Vigneral, entre le sieur Marquis de Bourry & Jean Gilles ; l'executeur testamentaire avoit païé les legs, & les heritiers étant absens, il avoit envoyé des personnes pour leur donner avis de la mort de leur parent ; sur le remboursement qu'il demandoit de ses frais, il fut dit que son office étant purement gratuit & charitable, il ne pouvoit demander ses peines & vacations, mais qu'il seroit remboursé de ses frais ; autrement personne ne voudroit accepter l'exécution d'un testament : c'étoit l'intérêt des testateurs & des légataires.

L'executeur testamentaire ne peut demander de récompense pour ses peines, mais doit être remboursé de ses frais.





DES DONATIONS.

CCCCXXI.

Quelles personnes peuvent donner entre vifs, quoi, & à qui.

Capacité du donateur & du donataire.

Personne âgée de vingt ans accomplis, peut donner la tierce partie de son heritage & biens-immeubles, soient aquêts, conquêts, ou propre, à qui bon lui semble, par donation entre-vifs; à la charge de contribuer à ce que doit le donateur lors de la donation, pourvu que le donataire ne soit heritier immédiat du donateur, ou descendant de lui en droite ligne.

Cet article peut être divisé en quatre parties; la première fait mention des personnes capables de donner; la seconde, de ce que l'on peut donner; la troisième, de la manière & comment l'on peut donner; & la quatrième, des personnes à qui il est permis de donner; & en conséquence il y aura lieu de traiter ces matieres, si le donataire peut demander les fruits ou les interêts de la chose léguée, & de quels tems ils lui sont dûs?

L'âge de 20 ans accomplis est requis pour pouvoir faire donation.

L'âge de vingt ans accomplis est la première qualité que la Coutume desire pour rendre une personne capable de donner; elle a fixé à cet âge la majorité de ceux qui sont soumis à son autorité, aiant retranché celui de vingt-cinq ans, jusqu'où le Droit Romain & plusieurs Coutumes de France ont étendu la minorité.

Tous les peuples ne naissent pas sous des climats également heureux; le Ciel ne répand sur les uns que des glaces & des frimats, tandis qu'il communique aux autres ses plus benignes influences. La nature aussi ne distribue pas également les faveurs de l'esprit; il y a des peuples qui naissent presque tous avec des génies heureux & capables des grandes choses, & nous connoissons au contraire des Nations entières d'un esprit grossier & indocile: Si l'on en croit le bon Accurse *ad l. sequitur, §. 2. in verbo (si animum possidendi)* les Romains, les Lombards, les Normans naissent avec un génie plus meur & plus avancé que les autres peuples, *qualis Lombardia, Normandia parit, & avaritia caput Romanos tales generans.* M^r d'Argentré a cru que c'étoit la raison pour laquelle la Coutume a avancé le terme ordinaire de la majorité; mais sans nous flâter de cet avantage, il est plus vrai de dire que la Coutume nous aiant mis en une perpétuelle curatelle, & nous aiant presque rendus simples usufruitiers de nos biens, il n'y avoit pas d'inconvenient après vingt ans accomplis à nous abandonner à nôtre propre conduite.

Quand il s'agit de la preuve de l'âge, par qui doit-elle être faite?

Quand il s'agit de la preuve de l'âge, on conteste assez souvent par laquelle elle doit être faite. Menochius a traité fort amplement cette matiere, *l. 2. de Pres. Pres. 50.* & la distinction me paroît juste: ou il s'agit d'un contrat dont on demande la rescision à cause de la minorité, en ce cas celui qui se fonde sur sa minorité doit la justifier: ou l'on prétend que quel-

que chose ne se puisse faire par la raison de la minorité, comme si l'on s'oposoit à la reception à un Office, parce que le recipiendaire n'auroit pas l'âge competent, en ce cas celui qui allégué la minorité doit la prouver; ou si la loi desire qu'on ait atteint un certain âge pour être admis à quelque emploi, il faut justifier que l'on soit parvenu à cet âge, *in hac materia optima regula dari potest, ut sive affirmativè sive negativè deducatur atas, is probet, qui commodum ex atate sensurus est.*

Cette majorité de vingt ans pour les personnes domiciliées en cette Province les rend capables de disposer des biens qu'ils ont dans les Provinces où les Coutumes ne déclarent les personnes majeures qu'à vingt-cinq ans; car quand il s'agit de la capacité de contracter, on considère seulement la Coutume du domicile, comme il fut jugé en la Grand' Chambre, le 4 de Février 1666. entre la Demoiselle Bernard & Bernard sieur de la Fleuderie: Il fut dit en infirmant la Sentence dont cette Demoiselle étoit apelante, qu'étant majeure à vingt ans en Normandie où elle étoit domiciliée, elle pouvoit disposer de son bien situé à Paris, parce que la majorité qui donne la liberté de contracter, suit la personne & le domicile, & celui qui est majeur en Normandie, l'est en tous lieux; plaidans Greard & du Hecquet. Au contraire par Arrest au raport de Monsieur Deshommets, du 14 d'Août 1643. un homme âgé de vingt ans accomplis, qui étoit né & demeurant en Bretagne, fut restitué contre le contrat de la vente de ses heritages situez en Normandie; on jugea que pour la capacité de contracter il faloit suivre la loi du domicile, & par consequent qu'étant mineur en Bretagne, il n'avoit pu vendre ses biens situez en Normandie.

Le majeur de vingt ans domicilié en Normandie, peut disposer de ses biens scis dans d'autres Coutumes.

Il faut suivre la loi du domicile pour la capacité de contracter.

Quoi qu'en Normandie la majorité ne soit parfaite qu'à vingt ans accomplis, il y a pourtant parmi nous, comme ailleurs, certaines personnes qui en certaines choses sont réputées majeures & capables de s'engager avant la majorité; les Titulaires des Benefices sont réputez majeurs après quatorze ans pour tout ce qui concerne leurs Benefices; Loüet, *l. B. n. 7.* Il est de même des Procureurs, Avocats & Officiers pour tout ce qui concerne leurs Charges; Loüet, *l. C. n. 9.* Brodeau, Coutume de Paris,

Quelles personnes sont majeures & capables de s'engager en certaines choses avant l'âge de 20 ans accomplis?

*après la qualité de la personne
sur sa lettre C. don. 42. et 2. 2.
et suivants.*

article 32. quoi qu'en toutes autres choses ils soient restituables.

A l'égard des donations, nous avons un exemple où nonobstant la minorité on est capable de donner; c'est pour la donation d'immeuble faite par une fille à son futur mari par son contrat de mariage: on en pouvoit douter par cette raison, que les immeubles des mineurs ne peuvent être alienez que pour cause & par les formes introduites par le Droit, *l. pradia; C. de prad. min. sine du.* C'est mal argumenter à *capacitate matrimonii, ad capacitatem conventionum matrimonialium*: La capacité du mariage vient de la capacité de la Nature qui rend l'un & l'autre des conjoints capables de conjonction; mais la capacité des conventions matrimoniales provient *non ex potentia natura, sed ex lege civili & capacitate contrahendi*; cette fille disoit que son pere qui l'avoit mariée & qui avoit donné ce tiers, ne lui avoit rien donné du sien, & qu'elle n'en pouvoit esperer aucune chose, aiant passé en un deuxième mariage dont il avoit des enfans; qu'il n'étoit point son tuteur, & ne pouvoit disposer de son bien. Pour solution à ces objections, on répondoit que la prohibition d'aliéner les immeubles, n'avoit lieu que *in venditione & donatione pura, in quibus minor leditur, non in donatione favore matrimonii, l. Titia, de jure dot. l. 1. Cod. si adversus donationem, ubi donatio ante nuptias obtentu etatis non revocatur; & l. si quando, Cod. si major factus. l. lex que pradia, C. de administ. tut.* Balde, *Cons. 99.* conclut fort bien à *positione habilitatis ad matrimonium habilitatem interponendi, pacta omnia solita apponi de jure in contractu matrimonii & frequentata in regione.* Du Moulin a écrit la même chose en son Apollille, sur l'article 161. de la Coutume de Blois. L'article 220. de l'ancienne Coutume de Bretagne conforme au 205. de la nouvelle, contient que l'homme peut donner à sa future épouse, ou elle à son futur époux le tiers de son heritage, *sed ab hac dispositione, dit M^r d'Argentré, article 220. gl. 2. excipiendi sunt minores qui ne matrimonii quidem sui causa possunt donationem facere, nec dotem constituere.* Il en allégué pour raison, que *à capacitate matrimonii que & nature & juris est, non debuit colligi capacitas donandi, idem actus civilis qui non nisi à consensu proficisci potest, consensus autem non non nisi ab habili.* Il avoue pourtant que si le parti étoit avantageux pour la fille, *nulla tanta bonorum consideratio esse debet, qua conditionem egregiam & personarum utilem & honestam conjunctionem remoretur, si propinquorum judicium & magistratus auctoritas intercedat.* Par Arrest en la Grand' Chambre, du 23 de Fevrier 1657. entre Joustel tuteur des enfans du mari, & Millet, la donation faite par une fille mineure à son futur époux fut confirmée, quoi qu'elle eût depuis obtenu des lettres de restitution; il est vrai que son pere y avoit consenti, mais elle disoit qu'il l'avoit surprise. Par l'article 74. du Règlement de 1666. ces donations sont aprouvées, pourvu que la mineure ait été dûement autorisée par ses parens. Le decret du Juge n'est pas nécessaire, quoi que M^r d'Argentré soit d'un sentiment contraire.

Le seul cas où la prohibition d'aliéner les immeubles a lieu pour les mineurs, suivant le Droit Civil.

La fille mineure autorisée de ses parens peut faire donation à son futur époux.

Si la donation du tiers des immeubles faite en faveur de mariage par une mineure autorisée seulement de sa mere & tutrice, est valable?

En explication de cet article 74. du Règlement de 1666. on a douté si la donation du tiers des immeubles faite par une mineure en faveur de mariage étoit valable, n'ayant été autorisée que par sa mere & tutrice? La nommée Poncet en mariant sa fille mineure, dont elle étoit tutrice, au sieur Quemin, donna pour don mobil au mari les meubles & le tiers des immeubles; ladite Poncet après la mort de son mari obtint des lettres de récision pour annuler cette donation, soutenant que l'autorisation de sa mere & tutrice n'étoit pas suffisante, & qu'elle avoit dû requérir le consentement de quelques parens interessés à contredire ou consentir cette donation: Le tuteur des enfans mineurs du mari répondoit, que la qualité de mere & tutrice étant jointe, il n'avoit pas été nécessaire d'appeler d'autres parens, *pietas materna consilium capit*

pro liberis; & la mere n'ayant rien fait que ce qui se pratique ordinairement dans les contrats de mariage, on ne pouvoit lui imputer d'avoir fait quelque chose contre l'ordre; & au contraire elle avoit procuré par ce moien un mariage avantageux à sa fille. Le Viconte & le Bailli avoient enteriné les lettres de récision; par Arrest du 21 de Juin 1689. la Cour en infirmant la Sentence debouta ladite Poncet de ses lettres de récision.

Quoi que cet article permette à toutes personnes âgées de vingt ans accomplis de disposer du tiers de leurs immeubles, on ne doute point que les furieux & les interdits n'en soient exceptez, pourvu que la cause de leur interdiction n'ait point cessé. Jacques Coty Huissier en la Cour aiant reçu mal à propos une caution, Robert Coty son pere par l'avis de M^r Richard Coty Procureur en la Cour son frere & de ses autres parens, le fit mettre en curatelle: Après la mort du pere, Jacques Coty pria les mêmes parens de le restituer contre cette curatelle, & s'en étant rendu apellant du consentement des mêmes parens, la curatelle fut cassée, par Arrest du 21 de Fevrier 1671. Le 20 de Mars ensuivant, se voiant sans enfans, il donna le tiers de son bien à M^r Richard Coty son oncle, avec retention d'usufruit durant sa vie. Bonaventure Benoist dont le fils avoit épousé la sœur de Jacques Coty, & les enfans de laquelle étoient ses présumptifs heritiers, aiant eu connoissance de cette donation, obligea le donateur de passer une procuration à sa mere pour la révoquer, & par cette même procuration il lui donnoit pouvoir de vendre son bien: En vertu de cette procuration la mere fit signifier une révocation au donataire; mais quelques jours après Jacques Coty envoya à son Procureur une déclaration signée de lui, qui contenoit qu'on lui avoit fait signer cette révocation par surprise, & qu'il consentoit l'exécution de la donation, en conséquence de quoi le Procureur aquiesça au procès. Benoist fit paroître depuis une déclaration contraire, mais on reconnut qu'elle avoit été suggerée par lui au donateur lorsqu'il étoit malade: La Cause aiant été derechef portée aux Requêtes du Palais, on ordonna que la premiere Sentence seroit executée; dont Benoist aiant apelé, & Jacques Coty étant mort, Maunoury son Avocat reprochoit à M^r Richard Coty donataire, qu'il avoit extorqué par adresse cette donation de son neveu; & bien que lui-même l'eût fait mettre en curatelle, comme étant un yvrogne & un esprit foible, pour avoir lieu d'exiger ce don & le rendre capable de donner, il avoit sollicité les parens de le remettre en liberté, aiant lui seul poursuivi l'Arrest, & l'interdit n'ayant pas même comparu pour demander son rétablissement; & qu'aussi-tost après l'interdiction levée il en avoit surpris cette donation, qui ne pouvoit être soutenue, aiant été faite par un interdit, au profit de celui qui avoit surpris l'Arrest qui le rétablissoit, lequel par conséquent n'étoit point considérable, puisqu'il étoit l'ouvrage seul du donataire; & si la Cour avoit su qu'on ne vouloit restituer cet imbécille que pour le rendre capable de donner, elle n'auroit pas aprouvé la surprise qu'on avoit faite à sa religion.

Les furieux & les interdits ne sont capables de faire de donations.

Je répondois pour Coty donataire, que cette curatelle étoit nulle dans son principe, parce qu'elle étoit sans cause, l'interdit n'ayant jamais fait de mauvais ménage ni contracté aucune dette, la seule faute qu'on lui avoit imputée, étoit d'avoir reçu une caution, dont pourtant il ne recevoit que ce préjudice qu'il falloit avancer de l'argent: L'apellant avoit mauvaise grace de blâmer l'Arrest qui levoit la curatelle, puisqu'eux-mêmes s'en étoient servis, aiant pris une procuration de cet interdit pour aliéner & vendre son bien, & pour révoquer cette donation: Il étoit donc capable d'agir par leur propre aveu; que s'ils ne l'eussent pas jugé tel, au lieu de se rendre ses procureurs pour lui faire exercer toutes les actions



d'une personne libre & capable, ils auroient dû assembler les parens à l'effet de le remettre en curatelle, & lui donner un curateur sous le nom duquel ils auroient poursuivi la cassation de ce don. Après tout cette donation étoit si favorable, que quand même il seroit demeuré dans son interdiction elle pourroit subsister. Il n'avoit point d'enfans, il retenoit la jouissance de son bien, il donnoit au fils de son oncle qui portoit son nom, & qui étoit son bienfaiteur, & dont il avoit reçu de grandes assistances. La Coutume aiant si fort favorisé la conservation des propres dans les familles, on pouvoit dire que le donateur avoit fait une action approuvée & favorisée par la loi: de sorte que quand même la Cour auroit su qu'on le remettoit en liberté dans cette seule vûe de faire un don si favorable & rémunérateur, elle n'auroit point desapprouvé son intention; il ne faisoit pas tant considérer l'incapacité du donateur que la justice & la faveur de la donation; & comme raporte Cambolas, l. 5. c. 50. sur ce fondement on a jugé au Parlement de Toulouse qu'un testament étoit valable, quoi qu'il eût été fait par un prodigue interdit, parce qu'il avoit judicieusement divisé ses biens entre ses enfans, & avoit fait ce que la nature & les loix ordonnent. En semblable cas l'Empereur Leon dans sa Nouvelle 39. a ordonné que les bonnes actions qui se trouveront faites par un prodigue, soient autorisées; *Quid enim, dit-il, si prodigus aut hereditatem suis necessariis relinquere, aut pauperibus sua distribuere, aut denique gravem servitutis torquem servorum cervicibus adimere volet, an ideo quod prodigus est, id illi non licere velle dicendum?* Nous aprenons de Valère Maxime, l. 7. c. 8. que le Senat de Rome avoit jugé la même chose dans le cas de la démence, & qu'il s'étoit fondé sur une semblable considération, pour ordonner l'exécution d'un testament qui avoit été fait par un insensé; *magis enim centumviri quod scriptum esset in tabulis, quam quis scripsisset, considerandum existimaverunt.*

La donation faite par un prodigue est valable, quand elle est conforme à ce que prescrit la nature & les loix.

De quelle façon se leve l'interdiction.

Les Docteurs mêmes ne sont pas d'accord sur la question de savoir de quelle façon se leve l'interdiction: quelques-uns ont pensé que l'interdiction ne peut être détruite que par les mêmes voies qu'elle avoit été ordonnée, & que quand elle a été faite par l'autorité du Magistrat, elle ne peut être anéantie que par la même autorité, & par conséquent que celui qui a été déclaré prodigue par une Sentence, a besoin d'une Ordonnance contraire pour être rétabli dans l'administration de ses biens; Bald. *ad l. 1. in fin. l. c. qui & ad quos.* Ranchin, *in Comment. ad quest. 260.* Gui Pap.

Les autres, comme Bartole, *in l. 15. cui, n. 5. de verb. oblig.* tiennent au contraire, que si le prodigue devient notoirement sage, & que sa conduite soit bonne, l'interdiction cesse de plein droit, parce que la liberté qui est naturelle s'acquiert plus facilement que la servitude, & toutes choses retournent facilement à leur principe: ainsi l'interdiction qui constitue l'interdit dans un état violent, s'évanouit & s'aneantit avec plus de facilité qu'elle n'a été formée; Ricard, des Donations, *part. 1. c. 3. sect. 3.* L'interdiction du donateur n'étant fondée sur aucune cause légitime, elle étoit levée de plein droit; mais elle ne pouvoit être opposée en cette rencontre, où ce prétendu interdit n'avoit rien fait que de judicieux, & la loi 8. *item prodigus instit. quib. non est perm. facer. testament.* qui défend au prodigue de faire un testament, ne peut être appliquée au sujet de cette Cause; & après tout la curatelle avoit été anéantie par Arrest: Par Arrest en la Grand' Chambre, du 18 de Mars 1672. la donation fut confirmée.

Les condamnés pour crime capital, ne peuvent faire de donations.

Il ne suffit pas toujours d'être âgé de vingt ans pour être capable de donner; ceux qui ont commis un crime capital, ne peuvent disposer de leurs biens par donation, si l'accusation est suivie de la condamnation, comme je l'ai montré sur l'article CXLIII. Mais bien qu'en France l'étranger ne soit point capable de faire

testament, il peut toutefois par donation entre-vifs disposer librement de ses biens; j'en ai remarqué les Arrêts sur l'article CXLVIII.

Cet article permettant à la personne âgée de vingt ans accomplis de donner la tierce partie de son bien, on a douté si la femme mariée devoit être comprise sous cette disposition? Il n'y avoit pas de question pour celle qui n'étoit point autorisée par son mari: quelques-uns néanmoins ont tenu en ce cas que l'effet du contrat demeurait en suspens jusqu'après la mort du mari; car alors la femme étant faite *sui juris*, ni elle ni ses héritiers ne peuvent empêcher l'exécution du contrat, *quia res pervenit ad eum casum à quo incipere poterat*: L'opinion contraire a prévalu, parce que le contrat étant nul *ab initio* par le défaut d'autorité qui est essentiel, il ne pouvoit valoir contre la femme ni contre ses héritiers, quoi qu'ils y eussent prêté leur consentement; ce qu'on soutenoit par l'argument du Senatusconsulte Macedonien, suivant lequel ceux qui prêtent de l'argent au fils de famille, ne peuvent pas le lui demander après la mort de son père, l. 1. *in princ. ad Senat. Consult. Macedon.* Et quand on objecte à la femme qu'elle ne peut venir contre son fait, on répond que cela n'est point véritable quand le contrat est contre le droit public & en fraude de la Coutume, en ce cas celui qui l'a fait peut y contrevenir impunément; *Jure civili uxor habet liberam potestatem bona sua & immobilia donandi atque alienandi; neque requiritur ad hoc presentia vel consensus mariti*, l. *Velles. Cod. de rev. don. secus de jure Saxonico, uxor absque consensu mariti bona sua donare non potest aut vendere & alienare*; Rheinardus, l. 1. c. 7. *diff. jur. Civ. & Saxon.*

L'étranger est capable de disposer de ses biens par donations entre-vifs.

Si la femme mariée est comprise sous cet article, qui permet de donner la tierce partie de son bien?

On a long-tems disputé si une femme sous l'autorité de son mari étoit capable de donner; Berault a remarqué un Arrest donné sur un procès partagé en la Chambre de l'Edit, par lequel une donation faite par une femme autorisée par son mari à une sienne nièce, du tiers de ses acquêts, fut déclarée valable.

Donation faite par une femme autorisée par son mari du tiers de par une femme ses acquêts, jugée valable.

Mais cet Arrest n'ayant décidé la question que pour la donation du tiers des acquêts, elle étoit encore problématique pour la donation du tiers des propres, lorsqu'elle s'offrit en l'Audience de la Grand' Chambre, le 30 de Mai 1653. entre Legues & Ruete, & par l'Arrest la donation faite par une femme autorisée par son mari du tiers de ses propres, fut déclarée nulle; les Juges aiant fait distinction entre la donation des propres & des acquêts.

Donation faite par une femme autorisée par son mari du tiers de ses propres, déclarée nulle.

Cet Arrest a été suivi d'un autre donné en la Chambre des Enquêtes, le 27 de Juillet 1665. entre Piel & Néel, au rapport de M^r de Courvaudon, par lequel une donation des propres faite par une femme mariée, a été cassée. Il semble que la Coutume n'ait permis à la femme mariée de donner qu'en deux cas, ou à ses enfans en les mariant, ou par testament; & la Coutume aiant exprimé ces deux cas, elle semble avoir exclus tous les autres: néanmoins en la Grand' Chambre, au rapport de M^r Auber, le 9 de Novembre 1647. avant les deux Arrêts que je viens de citer, la donation faite par la nommée Chaumontel à un de ses parens, fut confirmée, quoi qu'elle en eût obtenu des lettres de récision, & qu'il y eût présomption que le mari avoit reçu un présent pour consentir que la femme fit cette donation.

Depuis au procès de Messire Henri de Pommereüil sieur du Moulin-Chapel, & Messire François de Raveton sieur de Chauvigni, cette question fut encore agitée. Il s'agissoit de savoir si Dame Louise de Pommereüil femme du sieur de Marigni, avoit pu donner étant dûement autorisée par son mari, par donation entre-vifs la tierce partie de sa dot, au sieur de Raveton son neveu, sorti de Giffonne de Pommereüil sa sœur; par Sentence du Juge de Conches, la donation avoit été déclarée valable: Sur l'appel, le sieur du Moulin-Chapel soutenoit que par la Coutume le bien des femmes est inalienable, & si elles est

Si une femme dûement autorisée peut faire une donation entre-vifs du tiers de sa dot à son neveu?

disposent du consentement de leurs maris, elles en doivent être récompensées sur leurs biens, parce qu'étant en une perpétuelle tutelle & interdiction, elles ne peuvent rien faire ni donner aucun consentement qui leur soit desavantageux, art. DXXXIX. & DXL. & bien que ces articles ne parlent que des contrats de vente, ils ont lieu pareillement pour les contrats de donation, n'y ayant pas d'apparence de dire que la femme qui ne peut vendre puisse donner; puisque *donare est perdere*, la femme ne seroit pas moins dépourvue de son bien par une donation que par une vente, & le mari qui ne peut s'en rendre maître par une vente, pourroit le faire indirectement par une donation: On ne peut tirer en conséquence les Coutumes voisines, parce qu'elles permettent aux femmes mariées l'aliénation de leurs biens; mais la prohibition d'aliéner étant générale par la Coutume, elle comprend tous les moyens par lesquels une femme peut être privée de son bien; & quoi que suivant cet article la personne âgée de vingt ans accomplis puisse donner, & que sous ce terme de *personne* la femme soit comprise, on ne doit entendre cette parole que d'une personne capable de contracter, & qui ait la liberté de ses actions, *qua fit sui juris*, ce qu'on ne peut dire de la femme mariée; il faut aussi que la chose que l'on veut donner ne soit pas inaliénable, comme sont les biens dotaux de la femme mariée. Si la Coutume avoit eu cette intention de laisser à la femme la liberté de donner entre vifs, elle s'en seroit expliquée, comme elle a fait pour les testaments, art. CCCCXVII. Mais son silence sur ce sujet marque qu'elle n'a pas eu ce dessein, & on peut en donner cette raison, que la donation testamentaire qu'elle lui permet, ne peut être que du tiers des acquêts, & dont il est juste de lui abandonner la disposition, puisqu'ils proviennent de son bon ménage, & d'ailleurs la donation testamentaire n'a son effet qu'après la mort du testateur; mais par la donation entre-vifs la femme de son vivant se verroit dépourvue du tiers de ses propres. Il ajoutoit que la question avoit été décidée par les deux Arrêts ci-devant remarquez.

Le sieur de Raveton oposoit à ces raisons que la femme avoit été dûment autorisée par son mari; que la donation étoit accomplie en toutes ses formes; qu'elle avoit même été ratifiée par la donatrice depuis la séparation de biens d'avec son mari; & qu'enfin après la mort de son mari, elle avoit fait ajourner les héritiers de son mari, pour faire juger que la donation qu'il avoit faite par le même contrat au sieur de Raveton, seroit exécutée; on ne pouvoit douter qu'après la mort de son mari elle n'eût perseveré dans cette même volonté de donner, & cette circonstance seule suffisoit pour rendre la donation valable. Il est vrai qu'une femme mariée ne peut contracter d'elle-même, *est in sacris mariti*, & les contrats qu'elle passe en son absence sont nuls de plein droit par le défaut d'autorité, jusques-là que quelques Auteurs ont cru qu'il n'en résulte aucune obligation naturelle ni civile, Bartol. *in l. cum lex, D. de fidejuss.* mais quand elle est autorisée par son mari, on ne pouvoit alléguer que les contrats ne fussent pas bons étant approuvés par la Coutume, art. DXXXVIII. ce qui est conforme à celle de Paris, art. 223. La distinction qu'on veut faire entre les ventes & les donations, n'est point considérable: Il est vrai que la femme a la récompense de ses biens vendus sur ceux de son mari; mais on n'a pas fait difficulté de permettre à la femme de donner, parce que la loi a sagement présumé qu'à cause de son avarice naturelle, elle ne se porteroit à faire des libéralités que par des considérations très-fortes; *donatio mulieris est contra naturam, l. sed si ego, D. ad Velleiam, & ibi glos. in verb. (Donat.)* On ne peut dire que cette incapacité de donner procède originairement de sa personne; elle n'a d'autre fondement que la puissance maritale, qui ne la prive pas absolu-

ment de sa liberté naturelle, elle la suspend seulement; mais quand elle est remise dans son état naturel par l'autorité de son mari, & que ces chaînes dont elle étoit liée par la loi sont rompues, elle peut comme toute autre personne disposer de son bien, suivant cet article: Elle ne peut véritablement exécuter cette faculté tant que cette dépendance dure, mais pourtant elle n'est pas éteinte & anéantie; & il en est de même comme des biens dotaux de la femme, dont l'Empereur dit élégamment en la loi 30. C. de *jure dot. Cum eadem res dotalis ab initio uxoris fuerit, naturaliter in ejus permansit dominio, non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, idem veritate delata vel confusa est.* La puissance maritale est l'unique cause de la prohibition faite aux femmes d'user de leurs droits durant le temps qu'elles y sont soumises, ce qui ne produit qu'une nullité causative qui cesse aussi-tôt que la cause en cesse; mais les nullitez essentielles ne se peuvent effacer: Par l'art. CCCCX. *Gens mariez ne peuvent donner, ceder ou transporter quelque chose que ce soit, &c.* Or cet article eût été fort superflu si la femme n'eût jamais eu le pouvoir de donner à qui que ce soit; mais puisqu'il ne défend qu'aux gens mariez de se donner l'un à l'autre, il s'ensuit que les donations leur sont permises à l'égard de toutes autres personnes: Par l'Arrêt en la Chambre des Enquêtes, du 18 Aoust 1666. au rapport de M^r Asselin, la donation fut confirmée. Ce qu'il y avoit de particulier en cette Cause, c'est que la Dame de Marigny avoit ratifié la donation depuis la séparation; elle avoit même intenté une action en qualité de tutrice du sieur de Raveton contre les héritiers du sieur de Raveton, lorsqu'elle étoit libre. Pour faire subsister ces donations elles doivent être exemptes de toute suspicion qu'elles aient été faites pour tourner au profit du mari; car en ce cas elles sont absolument nulles.

Dans l'espèce de cet Arrêt la Dame de Marigny n'étoit pas séparée de biens quand elle fit la donation; il pouvoit rester cette difficulté, savoir si la femme séparée de biens, quoi qu'autorisée par son mari, peut donner? Car on peut dire que par la séparation civile la femme tombe dans une interdiction générale, & devient absolument incapable d'aliéner ses immeubles pour d'autres causes que celles qui sont exprimées par la Coutume; avant la séparation elle peut vendre du consentement & de l'autorité de son mari; après la séparation elle a les mains liées, la séparation de biens n'étant reçue que pour ôter au mari le pouvoir de disposer des biens de sa femme; que si la vente n'est pas permise, la donation lui doit être prohibée à plus juste raison, parce qu'il lui en arrive une perte qu'elle ne souffre point par la vente. On a jugé néanmoins pour l'affirmative dans un cas favorable, en la Chambre des Enquêtes, l'onzième de Juillet 1657. au rapport de M^r Clement; les Juges en ce procès furent partagés sur ces deux questions: La première, si la donation faite par une femme séparée de biens & autorisée par son mari, d'une rente à l'Eglise à la charge de Services, étoit valable? Et la seconde, si une donation excessive devoit subsister aiant été ratifiée par l'héritier après la mort du testateur? Le mari & la femme séparée dûment autorisée avoient donné conjointement une rente à l'Eglise à la charge de Services; après la mort de la femme cette donation fut débattue de nullité par les héritiers, se fondans sur son incapacité de donner, néanmoins par l'Arrêt la donation fut confirmée; mais comme elle étoit faite à la charge de Services, & que par conséquent ce n'étoit pas tant une donation qu'un contrat sinallagmatique, on pouvoit encore douter si la Cour auroit entendu décider la question générale: suivant l'opinion la plus commune ces donations sont réputées valables.

Puisque nous savons les personnes qui sont capables ou incapables de donner, il faut encore examiner le temps auquel le donateur doit avoir cette capacité;

Femme étant autorisée par son mari peut comme toute autre personne, disposer de son bien, suivant la Coutume.

Si la femme séparée de biens, quoi qu'autorisée par son mari, peut donner?

Les biens dotaux de la femme mariée sont inaliénables.

Les contrats passés par la femme en l'absence de son mari, sont nuls.

En quel tems le donateur a la capacité de donner.

La donation ne doit excéder le tiers des immeubles, propres & acquêts.

La donation qui excède le tiers n'est pas nulle, mais réductible.

Quand la ratification ou le consentement de l'heritier peut valider la donation prohibée.

citée ; pour la donation entre-vifs il n'y a que le tems auquel la donation est faite à considérer, parce qu'elle est parfaite dans le même moment que l'on donne par la tradition qui est de l'essence de la donation entre-vifs.

Quant à la quantité que l'on peut donner, elle est bornée au tiers de l'heritage & des biens immeubles, tant propres qu'acquêts.

Ce terme peut employé affirmativement dans les Coutumes, *permissivè conceptum in statutis*, n'emporte point la nullité de ce qui est fait au contraire, suivant le sentiment de quelques Auteurs ; M^r d'Argentré, art. 218. *gl.* 3. Cette disposition eût été plus puissante si elle avoit été conçue en termes négatifs, *quia verbum (potest) negativè conceptum, importat impotentiam juris & facti*, suivant la doctrine de Bartolè & de du Moulin : Mais nos Réformateurs ne se sont point attachés à ces subtilités ; & par nos maximes la donation qui excède le tiers n'est pas nulle, mais réductible, suivant l'Arrest que j'en rapporterai dans la suite ; car il y a de la différence entre les donations qui sont faites contre la disposition de la loi, & celles qui ne pèchent que par l'excès, *non contra legem, sed prater legem* ; les premières sont absolument nulles ; & pour les dernières, on les modère seulement, & on en corrige l'excès. M^r d'Argentré, sur l'article 218. *gl.* 1. dit *istas donationes non sic nullas evadere, ut revalescere non possint tacente scilicet aut probante herede, cui consultum voluit consuetudo.*

Il ne faut pas néanmoins se persuader que le consentement de l'heritier efface ou répare tout ce qui est défectueux ou contraire à la loi dans une donation : M^r d'Argentré, article 218. *gl.* 1. fait une distinction entre les prohibitions qui n'ont pour cause & pour fondement que l'intérêt des particuliers, & les donations qui n'ont que ce défaut peuvent subsister, quand l'heritier les approuve & qu'il remet son intérêt : Mais la raison n'est pas pareille pour les donations qui sont prohibées pour une raison & pour une cause publique, *in quibus perpetua est prohibitionis causa, cum publicum scilicet respicit principaliter* ; par exemple la donation d'une chose qui ne tomberoit point dans le commerce, ne seroit pas rendue valable par le consentement de l'heritier du donateur, *cum autem solius donationis excessus arguitur, dubitari nequit, quin solum heredem respiciat.*

Il faut encore pour se prévaloir du consentement de l'heritier, distinguer le tems auquel il a prêté ce consentement : la ratification que le donateur exigeroit de son heritier, ne seroit point considérable ; il faut que la liberté s'y trouve toute entière, ce qu'on ne peut présumer en la personne d'un heritier, lorsqu'il est dans l'espérance prochaine de profiter de la succession de celui qui exige de lui cette ratification : la crainte d'en être privé s'il résiste à sa volonté, & l'intérêt qu'il a de conserver sa bien-veillance, lui ôtent toute liberté de lui pouvoir refuser ce qu'il désire ; de sorte que ce qu'il fait, ne procède pas d'un mouvement libre, mais d'une force & d'une contrainte qui empêche l'usage de sa volonté, & qui produit conséquemment la nullité de l'acte.

M^r d'Argentré a crû que l'heritier étant seul qui ait droit de se plaindre des donations qui sont faites à son préjudice, il est capable d'y donner effet par son consentement ; de sorte qu'il ne peut plus après la mort du donateur contester du chef de l'incapacité du donataire une donation qu'il a acceptée, n'y ayant rien de si naturel qu'une personne puisse renoncer à un privilège qui a été introduit en sa faveur : Cet Auteur étoit si fort prévenu de la vérité de son opinion, qu'il ne pouvoit se persuader que le Parlement de Paris eût jugé le contraire, & il opposoit à cet Arrest un autre Arrest de ce Parlement, qui se trouve dans Terrien, l. 6. c. 5.

Mais M^e Jean Ricard, *part.* 1. c. 3. *sess.* 17. a fort bien prouvé qu'on ne doit pas se ranger de son avis,

& que la donation contre la Coutume ne pouvoit être confirmée par le consentement que le donateur avoit exigé de son heritier ; *privatorum cautionem legibus non esse refragandam constituit*, ce qu'il confirme par la jurisprudence des Arrêts du Parlement de Paris, & par l'autorité de deux loix ; l. *si quando*, C. de *inoffic. testament. l. quod de bonis*, §. *illud*, Cod. Bien que l'heritier ne justifie pas qu'il ait été forcé, on ne doit pas présumer qu'il ait consenti volontairement ; la présomption de droit est contre le donataire, & la volonté de l'heritier est présumée avoir été forcée par la juste appréhension qu'il a dû avoir que le donateur ne lui fit un plus grand préjudice : Mais Ricard, *ibid.* ajoute que quoi qu'il ne soit pas absolument nécessaire à l'heritier de protester pour la conservation de son droit, il est pourtant très à propos de le faire pour témoigner que sa volonté étoit contrainte au consentement qu'il a prêté ; mais quand cette précaution n'auroit pas été gardée, la présomption que son approbation n'a pas été volontaire, seroit suffisante.

Il n'en est pas de même du consentement qui a été prêté par l'heritier après la mort du donateur ; l'heritier étant alors dans une pleine liberté de suivre ses sentimens, il ne peut dire que son approbation a été extorquée de lui dans la crainte de desobliger le donateur, en ce cas son consentement le rend non recevable à contester la disposition du défunt, quand elle n'est invalide que par le défaut de solennités ou par l'excès en la quantité ; car il s'y rencontre une obligation naturelle qui prend sa source dans la volonté du défunt, & qui devient obligatoire contre son heritier par son approbation ; de sorte que ce qui étoit capable d'arrêter l'effet de cette volonté, n'étant qu'un empêchement civil, il a pu valablement y renoncer, ce qui n'auroit pas lieu pour les prohibitions de donner fondées sur des considérations publiques.

Par un contrat de donation entre-vifs une mere donna à Charles de la Haye son fils, Religieux Profès en l'Abaye de Conches, Ordre de saint Benoist, quarante-cinq livres de rente sa vie durant, à la charge de quelques Services ; après le décès de la mere les heritiers ratifierent cette donation, & s'obligerent de paier la rente ; depuis aiant obtenu des lettres de rescision contre leur ratification, ils contesterent la donation, la soutenant nulle, à cause du vœu de pauvreté du donataire, qui l'empêchoit de posséder aucune chose en son particulier : Mais aiant été condamnez à paier ; sur leur appel, on disoit pour eux qu'il étoit incapable de posséder du bien en son particulier, C. 2. de *statu Monach.* les Religieux de saint Benoist étant fondez ils devoient vivre de leur revenu ; en autorisant ces donations, on donneroit ouverture aux Religieux de ne recevoir aucun Moine s'il n'avoit une pension : la ratification des heritiers n'étoit point considérable, aiant été acceptée par les Religieux sans l'autorité de leur Superieur. On répondoit pour ce Religieux, que ceux qui ont commenté l'Authentique *ingressi*, ont tenu que les Religieux sont incapables de recevoir des biens en propriété, par deux raisons ; la première, parce que le Monastere étant heritier des Religieux, ce qui étoit donné à un Moine demeureroit au Monastere, & ne tomberoit plus dans le commerce ; & la seconde raison est, que le Religieux acceptant cette donation il contreviendroit à son vœu ; mais ces raisons cessoient en cette rencontre, la donation n'étant qu'à vie & non point en propriété ; & contre la seconde raison on disoit que Salvian, l. 2. *ad Eccles. Cathol.* trouvoit étrange que de son tems en France les enfans entrans en Religion perdissent leurs légitimes aux successions de leurs peres & meres ; & répondant à cette objection que l'on faisoit que les Religieux faisant le vœu de pauvreté n'avoient be soin de biens, *opus est*, inquit, *ut donent & largiantur.* Ce même Auteur joint la Coutume qui avoit vogué de son tems, suivant laquelle plusieurs donnoient partage égal à leurs enfans Religieux avec les autres,

Différence entre le consentement prêté à une donation par l'heritier du donateur de son vivant, & celui prêté après la mort.

Si une donation entre-vifs d'une rente viagere, faite par une mere à son fils Religieux pour cautes pies, peut être valable ?

Religieux incapables de recevoir des biens en propriété.

à condition que *usus tantum ad Religiosos, proprietas verò ad alios pertineret*; bien que les Religieux n'aient pas la vie civile, la naturelle leur demeure, pour la nécessité de laquelle ils sont capables de recevoir ce qui leur est donné, *damnato in metallum aliquid legari poterat alimentorum causâ, l. 3. ff. de iis qua pro non scriptis habentur; alimentorum obligatio cum naturalem præstationem habeat, capitis diminutione perseverat, l. eas obligationes, ff. de cap. minutis*: Les Religieux de saint François sont capables de donations, *ad usus certè necessarios, aut ad officiorum sui status executionem*. La Cour après la plaidoirie aiant ordonné qu'il en seroit délibéré: Par Arrest du 13 de Février 1617. la Sentence fut cassée, & aiant égard aux Lettres de récession le Religieux fut jugé incapable de la donation; les heritiers néanmoins condamnés à faire célébrer les Services. Ainsi quand la donation est prohibée pour des considérations publiques, la ratification de l'heritier ne la peut faire subsister.

Mais on a révoqué en doute si le donateur pouvoit contraindre son heritier d'exécuter ses intentions, par l'aposition d'une peine en cas de contravention? Il est certain que le donateur ne peut interdire ni ôter à son heritier la faculté de contredire ce qu'il a fait contre la prohibition de la loi par l'aposition d'une peine, parce qu'en cette occasion la volonté du défunt rencontre pour obstacle la loi à laquelle il n'a pas été en son pouvoir de déroger, ni par apositions de peines ni autrement, & l'heritier n'a rien à craindre, aiant la loi qui lui donne sa protection; voyez Ricard, des Donations, part. 3. c. 12.

Si par le contrat de donation il n'est point exprimé qu'elle est faite du tiers des biens présents & à venir, on demande si l'estimation du tiers se doit faire selon les biens que le donateur possédoit au tems du contrat ou au tems de sa mort? Pour les contrats on considère l'état des choses au tems que l'on a contracté, *l. Rutilia, D. de contrah. empt.* Pour les donations quelques-uns font cette distinction, ou la donation est faite d'un certain corps ou d'une certaine portion du bien du donateur *per modum quota*: quand la donation est faite d'une espee certaine & désignée par le contrat, elle ne reçoit en soi aucun accroissement ni diminution, ainsi l'on considère seulement sa valeur au tems du contrat; mais quand la donation est faite du tiers ou du quart, sans limiter précisément ce tiers ou ce quart aux biens que le donateur possède, ce tiers ou ce quart se réglera selon les biens delaissez par le testateur au tems de sa mort, *hac quota à tempore mortis donatoris metienda erit*, dit M^r d'Argentré, art. 218. gl. 5. n. 18. & sequent. quia nomen quota augmentum & decrementum recipit: La prohibition de donner outre le tiers étant apôlée en faveur de l'heritier, il faut considérer le tems où les droits & les actions de l'heritier commencent à naître.

Godefroi sur cet article n'approuve point la distinction de M^r d'Argentré, & il résoud suivant l'opinion commune qui est véritable, que lorsque le donateur a donné simplement le tiers de ses immeubles, ce tiers se règle selon les biens que le donateur possédoit lors de la donation: En effet le donateur aiant donné présentement, la donation doit être réduite au tiers des biens qu'il possédoit alors. La Coutume s'en est nettement expliquée en cet article, en obligeant le donataire à contribuer seulement à ce qui étoit dû par le donateur au tems de la donation: D'où il est manifeste que la donation ne peut être étendue aux biens que le donateur possédoit au jour de son décès, autrement la Coutume l'auroit assujetti à contribuer à toutes les dettes du donateur.

M^r Jean Ricard dans son traité des Donations, part. 1. c. 4. sect. 2. dist. 2. n. 1010. s'est beaucoup étendu pour prouver que la donation des biens présents & à venir ne peut être valable, disant que nos Coutumes aiant simplement permis de disposer par

donation entre-vifs de tous les biens, sans ajouter présents & à venir, elles ne doivent dans les règles s'entendre que des biens présents, & qui appartenoient au donateur au tems de la donation, d'autant que dans nôtre commune façon de nous expliquer lorsque nous parlons des biens d'une personne, nous n'entendons que ceux qu'il possède présentement.

Ce raisonnement ne seroit pas convaincant en Normandie; car bien que la Coutume en cet article ne fasse pas mention de la donation des biens présents & à venir, néanmoins elle marque assez clairement par l'art. CCLIV. qu'elle n'improove point la donation des biens présents & à venir, lorsqu'elle dit que si la donation est faite du tiers des biens présents & à venir, l'estimation s'en fera selon les biens que le donateur a laissés lors de son décès.

Dans la question generale, il n'y a rien qui puisse empêcher la validité de ces donations; car il est inutile d'objecter qu'il seroit impossible que le donateur pût délivrer au donataire lors du contrat une chose qu'il ne posséderoit pas lui-même, & à laquelle il n'auroit aucun droit, car il n'est pas toujours nécessaire que le donateur possède ce qu'il veut donner entre-vifs, c'est assez qu'il veuille faire part des biens qu'il pourra avoir, comme de ceux qu'il possède déjà, cette esperance que le donataire a d'avoir part aux biens à venir du donateur, fait partie de la donation, & suffit pour lui aquérir un droit, quoi qu'il ne lui soit pas aquis irrévocablement, & que le donateur puisse disposer librement des choses qu'il a acquises depuis la donation.

Cette question s'offrit en la premiere Chambre des Enquêtes, entre Dame Jourdain Cadot & les sieurs Goreau ses enfans, apelans de Sentence renduë par le Bailli de Caën au Siege de Thorigni, & les heritiers de Dame Anne Maillard veuve en troisième nocés de M^r de Buchi Conseiller en la Cour, intimés. La question du procès étoit si une donation des biens présents & à venir étoit valable: la Dame Anne Maillard avoit donné au sieur de saint Michel son second mari le tiers de tous les biens qu'elle possédoit & de ceux qu'elle pourroit avoir par succession, acquisition ou autrement: Depuis la mort de son second mari la succession de sa mere lui étoit échûe, & depuis la mort de M^r de Buchi son troisième mari elle avoit fait des acquisitions, & ses heritiers prétendoient que la plupart des deniers provenoient du douaire qui lui appartenoit sur les biens de M^r de Buchi: Après la mort de ladite Dame de Buchi ses heritiers soutenoient que la donation devoit être réduite au tiers des biens qu'elle possédoit alors; & le Juge de Thorigni l'a voit ordonné de la sorte. Pour la confirmation de la Sentence on s'aïdoit de cet article, en ce qu'il est dit que le donataire doit contribuer à ce qui étoit dû par le donateur lors de la donation, ce qui semble exclure la donation des biens à venir: On argumenta encore de la nécessité de l'insinuation qui ne pouvoit être faite pour les biens à venir, & qu'enfin il étoit étrange qu'un donataire eût part aux biens que le donateur avoit aquis quarante ans après la donation; l'on n'eut point d'égard à ces raisons, & par Arrest du 15 de Mars 1684. au raport de M^r Bouchart, la Sentence fut infirmée, par ces motifs que la donation des biens présents & à venir étoit valable, & qu'elle étoit suffisamment autorisée par les articles CCLIV. & CCCCIV. de la Coutume.

Lorsque la donation est faite des biens présents & à venir, le donataire ne peut s'en prévaloir qu'en contribuant à tout ce que le donateur doit au tems de sa mort; mais on demande s'il est au pouvoir du donataire de diviser la donation, & la faire régler sur les biens seulement que le donateur possédoit au tems de la donation, pour se décharger de la contribution aux dettes qu'il a depuis contractées? Brodeau en son Commentaire sur M^r Loïet, l. D. n. 69. raporte un Arrest par lequel il a été jugé que quand

En Normandie la donation des biens présents & à venir est valable.

L'insinuation nécessaire aux donations, ne peut être faite pour les biens à venir.

Le donataire des biens présents & à venir doit contribuer aux dettes du donateur jusques au tems de son décès.

Le donateur ne peut apôler une peine à son heritier, pour l'obliger à exécuter ses intentions.

Quand la donation du tiers des biens présents & à venir, n'est point stipulée, si l'estimation s'en doit faire au tems de la donation?

Si le donataire de biens présents & à venir peut en diviser la donation, pour éviter la contribution aux dettes du donateur ?

La donation est faite de tous les biens présents & à venir à des enfans nez & à naître, il est au pouvoir du donataire lorsque les choses sont entières, & en acceptant la donation pour se décharger du paiement des dettes, de se rétreindre & se tenir aux biens que le donateur possédoit au tems de la donation, d'autant que ce sont en effet deux donations, quoi qu'elles soient portées par un même acte, *tot stipulationes quot res, l. scire debemus, de verb. oblig.* cela est raisonnable lorsque le donataire passe sa déclaration lors de l'acceptation, comme en l'espece de l'Arrest rapporté par Brodeau, où les enfans avoient demandé la division des choses données avant l'acceptation, quoi que l'on soutint que l'acceptation devoit être pure & simple, même en celles qui sont d'un droit universel, la séparation ne pouvant être faite contre la volonté du testateur, qui avoit entendu donner tout ou rien : mais on répondoit que celui qui donne ses biens présents & à venir, fait deux donations distinctes & séparées ; que le donataire par conséquent peut diviser avant l'acceptation ; d'où il s'en suit que si le donataire avoit accepté la donation, il ne seroit pas recevable après la mort du donateur à diviser la donation.

Boniface, tome premier, l. 7. r. 5. c. 1. rapporte un Arrest par lequel il a été jugé que le donataire des biens présents & à venir, a le choix de prendre lesdits biens du tems de la donation ou du décès du donateur, en contribuant aux dettes créées par le donateur jusqu'au tems de son décès.

La donation du tiers s'entend de tous les biens en quelque lieu qu'ils soient situés.

La donation du tiers de tous les biens comprend généralement tous les biens du donateur, en quelque lieu qu'ils soient situés, *quia unicum est hominis patrimonium*, pourvu néanmoins que par la Coutume des lieux où les autres biens sont situés, il soit permis d'en disposer jusqu'au tiers.

Si une donation de biens sis en Normandie excédant le tiers, peut être prise sur d'autres sis en une autre Coutume qui ne borne point la liberté de donner ?

Mais si le donateur avoit donné plus que le tiers de ses biens situés en Normandie, & qu'il en eût encore d'autres situés en d'autres Coutumes qui ne bornassent point la liberté de donner, c'est une question si ce qui excède les biens de Normandie, peut être pris sur les autres biens *per modum luitionis, sive estimationis* ? Brodeau allégué un Arrest qui le jugea de la sorte ; mais il en rapporte ensuite un autre contraire du sieur d'Incarville, auquel son oncle aiant donné la Terre d'Incarville située en Normandie, comme la Coutume ne permet de donner par testament que le tiers des aquêts, la donation fut réduite au tiers : L'Auteur des Notes sur les Institutes Coutumières de Loisel, l. 2. titre 4. article 7. dit que s'il n'y avoit qu'une seule Terre propre située en une même Coutume, le legs de cette Terre entière seroit réductible à la quantité dont il est permis de disposer par cette Coutume, quoi que le testateur eût d'autres héritages en d'autres Coutumes ; voyez Bacquet, des droits de Justice, c. 2. n. 163.

Si la donation d'un fonds qui n'appartient au donateur, est valable, & si l'héritier est tenu d'en paier l'estimation ?

Ces paroles, *ses immeubles*, peuvent faire douter si la donation d'un fonds qui n'appartiendroit pas au donateur seroit valable, & si l'héritier seroit tenu d'en paier l'estimation au donataire ? La Jurisprudence Romaine a été différente sur cette question, si le legs d'une chose qui n'appartenoit pas au testateur étoit bon ; mais enfin Justinien ordonna que *quocumque genere legati res aliena legari posset* : l'on y apportoit toutefois cette distinction, ou le donateur n'ignoroit point que la chose ne lui appartenoit point, & en ce cas l'héritier étoit tenu d'en paier l'estimation au donataire ; mais s'il étoit incertain si le donateur le savoit ou ne le savoit pas, ce donataire étoit obligé de prouver que le donateur n'ignoroit point que la chose n'étoit point à lui, *l. Verius, D. de probat.* que si le donateur ignoroit que la chose ne lui appartenoit pas, & qu'il ne l'eût donnée que dans la croiance qu'il en étoit le maître, l'héritier n'étoit point obligé de l'acheter ni d'en paier l'estimation ; *Cujac. ad l. unum ex familia 67. §. si rem tuam, de leg. 1.* Dans la question proposée, ces termes (*ses immeubles*) n'emportent

pas une défense & une interdiction de ne donner que ce qui est à soi : la Coutume a parlé suivant ce qui se pratique ordinairement, arrivant rarement que quelqu'un donne des immeubles dont il ne soit pas le propriétaire ; mais on n'est pas privé de donner ce qui ne nous appartient pas, pourvu que le donateur le fasse avec connoissance, & que le prix de la chose donnée n'excede pas la valeur du tiers de ses immeubles.

J'ai déjà remarqué que l'excès en la donation ne la rend pas nulle, & qu'elle est seulement réductible ; il est nécessaire d'examiner comment on doit procéder à cette réduction. Un Gentilhomme nommé Patri épousa une femme qui lui donna une Terre désignée par le contrat ; l'héritier soutenant que ce don étoit excessif, il demanda à faire trois lots de tout le bien pour en laisser un au donataire, prétendant qu'il n'étoit pas recevable à retrancher ce qui étoit excédant pour retenir le surplus. Je répondois pour Patri, que cette question étoit prématurée, & que pour connoître s'il y avoit excès en la donation, l'estimation de tout le bien devoit être faite auparavant, & n'étant pas juste de faire des lots, puisque la femme ne lui avoit pas donné le tiers de son bien, mais un certain héritage ; que si par l'estimation il se trouvoit excéder le tiers, en ce cas il seroit en la liberté du donataire de retrancher de sa donation ce qu'il jugeroit à propos, & de la réduire *ad legitimum modum* : Suivant la loi *sancimus, C. de donat.* la femme avoit pu lui donner une telle portion de son bien qu'il lui avoit plu, & ses héritiers ne pouvoient y trouver à redire que l'excès, il falloit distinguer entre la nullité & l'excès ; l'excès ne détruit point l'acte, mais il est réparable, en réduisant la donation dans les termes de droit : Par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du mois de Decembre 1665. on ordonna avant que de faire droit sur les conclusions des Parties, qu'estimation seroit faite de tout le bien : En exécution de cet Arrest l'estimation aiant été faite, il parut que la donation étoit excessive, sur quoi par Arrest au rapport de Mr Auber, du 7 de Juillet 1666. Patri fut condamné de paier l'excédant du tiers dans six mois, pendant lesquels il paieroit l'intérêt au denier vingt, & après les six mois, en cas de non paiement, au denier quatorze.

Comment se doit faire la réduction de la donation excessive,

On peut induire de cet Arrest que quand on donne un certain héritage, si cette portion donnée excède la quotité que la Coutume permet de donner, le donataire ne peut être contraint d'abandonner la chose donnée : il peut la retenir en diminuant ce qui excède, si mieux l'héritier ne veut en recevoir la valeur : C'est une des règles remarquées par Loisel en ses Institutes Coutumières, l. 2. r. 4. art. 7. *Quand, dit-il, il est permis de disposer d'une portion de son bien, l'on la peut toute assigner sur une seule piece ; & dans la Note sur cette règle, pourvu, dit-on, que cette portion donnée n'excede point le quint ou le quart, ou le tiers des immeubles situés dans la même Coutume.* Cette question avoit été déjà décidée par Arrest du 21 de Juillet 1651. Un Gentilhomme avoit donné une de ses Terres, & voulant que si elle ne remplissoit pas le tiers, ce qui en défautiroit fût fourni sur ses autres biens : Après la mort du donateur l'héritier aiant empêché que le donataire ne se mît en possession, par Sentence il eut la délivrance de son don, & il fut dit qu'estimation seroit faite des biens, & en cas que cette Terre excédât la valeur du tiers, le donataire seroit tenu de rembourser l'excédant. Je soutenois pour l'héritier apelant, qu'il avoit été mal jugé en deux chefs. 1. Que *legata sunt ab herede prestanda*, & partant que le donataire n'avoit pu se mettre lui-même en possession des choses données. 2. Que l'héritier ne pouvoit être forcé à vendre son bien. Bandry pour Bretel sieur d'Imbleval donataire, faisoit distinction entre les legs & les donations entre-vifs ; que par la donation entre-vifs le donataire est faisi dès l'instant que l'acte est parfait, encore même que le donateur

Si en cas de donation excessive, le donataire peut retenir la chose donnée, en diminuant ce qui excède.

ait retenu l'usufruit : pour le second chef, que l'heritier aiant la faculté de suppléer en deniers en cas que la Terre ne remplît pas le tiers, il n'avoit pas sujet de se plaindre : Par l'Arrest on mit sur l'apel hors de Cour.

La même chose a été jugée solennellement au Parlement de Paris, en une Cause évoquée de ce Parlement. Le sieur Marquis de Maineville donna au sieur Marquis du Pont-saint-Pierre ce qu'il y avoit de plus noble & de plus considérable en sa Terre de Maineville ; le sieur de Nainville son heritier contesta cette donation, prétendant que le donateur n'avoit pu démembrer la Terre ; & en tout cas, que les choses données excédoient le tiers des biens du donateur. Le sieur Marquis du Pont-saint-Pierre soutenoit qu'il avoit été en la liberté du donateur de donner telle Terre qu'il lui avoit plu, sauf la réduction en cas d'excès : La Cause aiant été solennellement plaidée en la Grand' Chambre, en l'année 1665. par l'Arrest qui intervint la donation fut confirmée.

Quand la donation est valable, & qu'elle n'exécède point le tiers, le donataire doit avoir en essence la chose donnée, & l'heritier ne la peut retenir en ofrant de paier l'estimation, *nisi iusta de causa*, dit M^r Cujas, *sed districtè agit ut sibi ea res prestetur que legata est*, par la même raison que l'acheteur ne pourroit être forcé de recevoir en argent le prix de la chose qu'il auroit achetée, mais le vendeur est obligé de la bailler s'il est en pouvoir de le faire, *donationem perfectam nudâ conventionè Justinianus ait habere in se necessitatem traditionis*, & dans la loi finale, *C. de fideicommiss. libert. stultus est iudex qui damnat in estimationem, qui rei restituenda de qua agitur facultatem habet*.

Souvent le donateur se réserve de pouvoir disposer d'une certaine somme sur la chose donnée ; mais si le donateur n'use point de cette faculté, on demande si cette somme doit retourner aux heritiers du donateur, ou demeurer au profit du donataire ? Le sieur de Menneval fit donation au sieur de Family son neveu de la Terre de Menneval ; mais par le contrat il se réserva le pouvoir de disposer de la somme de 15000 livres sur la chose donnée : Le sieur de Menneval n'usa point de cette faculté ; après sa mort la Dame sa veuve soutint qu'elle devoit avoir douaire sur cette somme de 15000 livres, comme sur un bien qui n'étoit point compris dans la donation, & dont par conséquent son mari étoit réputé saisi lors de son mariage, & qui se trouvoit encore en sa succession, puisqu'il n'en avoit point disposé ; ce qui fut jugé de la sorte. Sur l'apel du sieur de Grosourdy heritier du sieur de Family donataire, Varin son Avocat soutenoit que le donateur n'ayant point usé du pouvoir qu'il s'étoit réservé, & la condition étant devenue caduque, la donation subsistoit en son intégrité ; car le donateur aiant donné la Terre entière, & s'étant réservé seulement une faculté de pouvoir disposer de 15000 livres, cette faculté s'étoit anéantie d'elle-même dès le moment que le donateur avoit négligé de s'en servir, & la chose étoit revenue au même état comme si le donateur n'avoit rien retenu sur ce qu'il donnoit. Le Questeur pour M^r de Peudref Conseiller au Parlement de Bretagne, qui avoit épousé la Dame de Menneval, répondoit que l'essence & l'ame de la donation entre-vifs étoit le dessaisissement actuel de la chose donnée de la part du donateur ; de sorte que quand il se rencontre dans l'acte de la donation quelque clause en vertu de laquelle il en peut ôter le tout ou partie au donataire, la donation est nulle à cet égard, parce que c'est donner & retenir ; que le sieur de Menneval pouvoit prendre 15000 livres, ou faire une donation de cette somme à un autre, & ainsi pouvant en priver son neveu, l'on ne pouvoit pas dire qu'il lui en eût fait une véritable donation ; que Ricard en son traité des Donations testamentaires, en avoit fait un chapitre exprès, où il avoit décidé cette question en faveur de l'heritier du donateur. Du

Moulin est du même avis sur l'article 273. de la Coutume de Paris ; *Si quis donet omnia bona presentia, reservatis trecentis libris ad testandum, si non est testatus, remanent trecenta libra heredi, nec cedunt lucro donatoris, quia ea tenus bona retenta sunt, & sic donatio nulla ea tenus*.

Ricard pousse la chose encore plus loin, disant que quand même il seroit stipulé qu'à faute par le donateur de disposer de la chose réservée, elle demeureroit au donataire, il ne pourroit prétendre un plus grand droit ; qu'à son égard la donation demeureroit imparfaite, & ne lui pourroit servir de titre jusques à concurrence de cette somme, pour lui en transférer la propriété : Par Arrest rendu en l'Audience, le 12 de Mars 1686. la Cour confirma la Sentence.

Bien que cet article défende si expressément de donner plus que le tiers, on a tenté par divers moïens de se dégager de cette contrainte, & d'outrepasser les bornes prescrites par la loi : cela s'est pratiqué particulièrement en trois rencontres ; la première, à l'égard des donations faites par les femmes à leurs maris en faveur de mariage. Alexandre Fauvel par son contrat de mariage avec la nommée Thienard, stipula qu'une maison qui composoit tout le bien de sa future épouse, & qui étoit évaluée à dix-huit cens livres, il en auroit six cens livres pour son don mobil, six cens livres pour avoir les habits de nôces, & six cens livres pour être la dot : Ces pactons furent arrêtés en la présence de la mere de la fille, & de Jean Thienard son cousin germain. Cette femme étant décédée sans enfans, Jean Thienard ne contesta point d'abord cette donation, au contraire il en avoit en quelque sorte consenti l'exécution ; mais aiant fait cession de ses droits à M^r Louis le Page Avocat, pour s'acquitter de ce qu'il lui devoit, le Page prétendit que la défunte n'avoit pu donner que le tiers de son bien, ce qui fut jugé par le Viconte & par le Bailli : Sur l'apel du mari, on reprochoit au Page sa qualité de cessionnaire, que son auteur n'eût pas été recevable à contredire une donation qu'il avoit ratifiée par deux fois, de sorte que quand la donation eût été excessive, il n'étoit plus admissible à la blâmer après une approbation redoublée ; le fils qui a agréé le testament de son pere, ne peut plus l'acuser d'infirmité ; & après tout ce n'étoit pas une véritable donation, puisque les six cens livres avoient été employés pour les habits de la parente, & qu'il n'en avoit tiré aucun profit. Il fut répondu par Thienard, que sa présence & sa signature au contrat de mariage ne pouvoient être considérées comme une ratification de sa part, parce qu'il n'avoit pas alors d'intérêt ni de qualité pour contredire ce qui se passoit ; il ignoroit même si ce que l'on donnoit excédoit le tiers : Par Arrest de l'onzième de Mai 1662. les Sentences furent confirmées ; Theroulde plaidoit pour le Page. Autre Arrest pour Marie Videcoq veuve de Charles le Hucher & tutrice de leurs enfans, pour laquelle je plaïdois, & Catherine le Hucher, laquelle avoit donné au Picard son futur époux presque la moitié de sa dot : Par l'Arrest du premier de Juin 1663. la donation fut réduite au tiers. Autre Arrest au raport de M^r Busquer, du 3 de Mars 1664. entre François Baudry sieur de Camrose, & les sieurs de Fresmont & de Tibermont, par lequel il fut jugé que le sieur de Camrose mettant en Religion les deux filles mineures de sa première femme, ne leur pouvoit donner que les deux tiers du bien maternel, quoi que les parens y prêtassent leur consentement.

Il n'en est pas de même du pere qui peut donner tout au mari sans en réserver rien pour la dot de sa fille ; la raison est que le pere peut ne lui rien donner, il est le maître de sa liberalité, & il en peut disposer selon ses sentimens : *Jure Romano maritus lucrum totius dotis stipulari posse in casu soluti matrimonii, aut mulierem omnia bona sua in dotem dare posse, constat*. Il faut néanmoins remarquer qu'encore que la fem-

Si la donation faite par la femme à son mari en faveur de mariage, ne peut excéder le tiers de son bien ?

Arrêts pour les donations excédant le tiers.

L'heritier ne peut forcer le donataire à recevoir l'estimation de la chose donnée.

Le donateur peut se réserver le pouvoir de disposer d'une certaine somme sur la chose qu'il a donnée.

Quand le donateur n'a point disposé de cette somme, au profit de qui doit-elle venir, ou du donataire ou de l'heritier ?

La femme qui ne peut donner que le tiers de sa légitime, peut toutefois donner tout l'argent qu'elle a amassé par son industrie.

me ne puisse donner que le tiers de sa légitime, si toutefois elle avoit de l'argent qu'elle eût amassé par son industrie ou autrement, elle pourroit disposer du tout.

Cette question singulière s'offrit au rapport de M^r Busquet, le 20 de Decembre 1669. Le Cerf mariant sa fille à Rocufson, il régla le don mobil à quatorze acres de terre; après la mort ses biens aiant été saisis réellement, sa fille aiant renoncé à la succession, demanda son tiers coutumier, & Rocufson son mari s'oposa aux fins de distraire les quatorze acres de terre qui lui avoient été données pour son don mobil. Godin creancier postérieur du mariage, contredit cette distraction par deux raisons; la première, faute d'insinuation, mais cette raison n'étoit pas bonne; la seconde étoit plus considérable: on demuroit d'accord que ce don mobil faisoit partie du tiers de la femme, & qu'il n'y avoit que les deux tiers du tiers qui composoient la dot, sur quoi on disoit que cette donation devoit être réputée faite ou par le pere ou par la fille, ou par les deux ensemble; si c'étoit par le pere, la fille qui avoit renoncé n'étoit point tenue de ses faits, & ainsi cette donation étant postérieure à l'hipoteque de son tiers, il lui appartenoit tout entier; que si la donation avoit été faite par la fille, ce qui semble être véritable, puisqu'elle diminuoit un tiers de sa légitime, il falloit réduire la donation à ce que la fille pouvoit donner, qui est le tiers, & en ce faisant le mari perdoit l'excédant. Pour réputer la donation faite par le pere & par la fille conjointement, il faudroit que cela fût porté par le contrat, *sed nunquam presumitur animus donandi, ubicumque potest cadere alia presumptio*. Pour résolution de cette difficulté il faut dire que la donation a été faite par la fille du bien de son pere, & réglée par son pere, qui avoit pu limiter le don mobil à ce qui lui a plu pour donner cet excédant au mari: on se fonda sur ce que le pere au tems de la donation avoit assez de biens pour la fournir, & qu'étant une pure liberalité de sa part il avoit pu la régler à sa volonté: Il fut jugé par l'Arrêt que Rocufson auroit les quatorze acres de terre, dont il en seroit pris jusqu'à la concurrence d'un tiers sur les biens de la femme, & le reste sur les biens du pere.

Cas où l'on a prétendu le donateur capable de disposer de tous ses biens.

Voici un second cas où l'on a prétendu qu'une personne pouvoit disposer non seulement du tiers, mais généralement de tous ses biens; car il sembloit que la Coutume en retranchant à un chacun la faculté de disposer pleinement de ses biens, n'avoit eu pour objet que l'intérêt des parens, de sorte que lorsque cette considération vient à cesser, cette curatelle légale doit pareillement cesser, & la volonté de l'homme n'étant plus captive, il lui doit être permis de disposer absolument de ses biens. On s'éloigne souvent de l'esprit de notre Coutume, quand on veut se régler sur les autres Coutumes; car les principes en étant souvent fort différens & fort opposés, on tombe ordinairement dans l'erreur en pensant profiter de ces maximes étrangères, *alienis perimus exemplis*. L'exemple des Arrêts rendus dans les autres Parlements & dans les autres Coutumes, servirent de prétexte pour introduire une jurisprudence contraire à notre Coutume. 1. On voulut mettre en usage en cette Province le titre *unde vir & uxor*, en se conformant aux Arrêts du Parlement de Paris, comme je l'ai remarqué sur l'art. CXLVI. on jugea même que le bâtard qui n'avoit point de parens pouvoit donner tous ses biens, comme je l'ai aussi remarqué sur le même article. Ainsi contre la disposition générale de cet article qui réduit les donations entre-vifs au tiers des immeubles, on avoit approuvé dans les especes de ces Arrêts les donations universelles de tous les immeubles.

Mais comme en ces Arrêts il n'avoit passé que de peu de voix, *multis contradicentibus*, l'égarement ne dura pas long-tems: la même difficulté se presenta devant les mêmes Juges, qui donnerent un Jugement

conforme à cet article, & pour ne laisser plus les choses dans l'incertitude on en a fait un Règlement par l'article 94. du Règlement de 1666. comme je l'ai remarqué sur l'art. CXLVI. Enfin l'on a tâché d'introduire cette maxime, que les donations pour causes pies n'étoient point comprises sous la rigueur de cet article: autrefois ces sortes de donations étoient plus autorisées. Justinien disoit, *rerum Ecclesia donatarum optimum esse modum immensitatem: nunc non tantum expedit fortasse*, dit M^r d'Argentré, *ceterum ut pietas hac in re maxime colenda sit, sic tamen coli debet, ne altera è diverso pietas offendi possit*. Puisque la Coutume n'a pas dispensé les donations pour cas pitoiables de la nécessité de l'insinuation, art. CCCCXLVIII. l'on peut assurer que son intention n'a pas été de les excepter de la prohibition générale portée par cet article.

La réduction des donations excessives se fait toujours au profit des héritiers; mais pouvoit-elle point être demandée par le donateur, lorsque par une profusion aveugle il est réduit dans l'impuissance d'accomplir ce qu'il a promis? La donation est plus souvent un acte d'imprudence, qu'un effet de gratitude ou de générosité, & c'est pourquoi entre les conditions que Cicéron en ses Offices desire pour bien donner & exercer une véritable liberalité, il met celle-ci, *ne benignitas major sit quam facultates. Non est optimi patris familias donare*, dit M^r Cujas, & *frequentius peccavero, si pro donatario quam si contra donatorem judicavero. Tu donas omnia bona tua stultè & insipienter, insipide nescis fortasse qua bona habeas*. En effet cette imprudence engage souvent les esprits foibles & mal sensez à donner au de-là de leur pouvoir, mais en ce cas la loi en a compassion, ne les obligeant à accomplir leurs promesses qu'autant qu'ils peuvent le faire, sans tomber dans la nécessité, *l. qui ex donatione, D. de donat. l. inter eos, de re judicata, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, l. ne liberalitate, eod.*

Il n'est pas aussi raisonnable de lui faire paier l'intérêt d'un argent qu'il auroit donné; *eum qui donationis causâ pecuniam promissit, de mora solutionis pecunia usuras solvere non debere, summa aequitatis est, maxime cum in bona fidei contractibus donationis species non deputetur; l. eum, qui eod.*

Si dans un cas opposé quelqu'un en donnant une somme d'argent stipuloit durant sa vie seulement un intérêt plus grand que celui qui est permis par les Edits du Roi, le donataire seroit-il recevable à en demander la réduction? Une femme nommée Hamon donna à Nicolas Lucas son neveu stipulé par son pere, une somme de sept cens livres, à condition de lui faire cinquante livres de rente durant sa vie seulement; ce contrat aiant été fait en l'année 1668. le donataire fit réduire l'intérêt sur ce prix-là: Sur l'appel, je dis pour cette femme que cette stipulation n'étoit point usuraire, *nec in fraudem usurarum*; que l'usure ne se rencontroit que dans le cas d'une constitution de deniers, lorsque l'on bailloit de l'argent pour en tirer un intérêt à perpétuité, & dont le débiteur ne pouvoit se libérer qu'en rendant le capital entier; qu'au fait dont il s'agissoit, le capital n'étoit pas seulement aliéné, il étoit donné irrévocablement, & l'intérêt n'en étoit stipulé que pour un tems incertain, & durant la vie de la donatrice seulement, & que par conséquent elle avoit pu apposer cette condition à sa donation; que le donataire étoit tenu de l'exécuter ou de renoncer à la donation, cette condition n'étant point contraire aux loix ni aux bonnes mœurs; car on auroit pu stipuler un intérêt plus grand que le légitime pour un tems certain ou incertain, après lequel il cesseroit sans restitution du principal, suivant la doctrine de du Moulin, *de usuris, quest. de rebus temporalibus*. De Lépiney répondoit que l'usure étant odieuse, elle ne doit jamais être permise, quelque couleur qu'on lui puisse don-

L'insinuation est nécessaire aux donations pour causes pies.

Si le donateur peut demander la réduction d'une donation excessive, quand il est dans l'impuissance d'accomplir ce qu'il a promis?

On ne peut demander l'intérêt d'un argent qu'on a donné ou qu'on a retardé à donner.

Si le donataire d'une somme d'argent à charge durant la vie du donateur seulement d'un intérêt plus grand que celui qui est permis, peut en demander la réduction?

ner ; qu'encore que cet interest ne fût stipulé que durant la vie de la donatrice , il pouvoit être païé durant un si long-tems que le principal seroit absorbé, & que l'Ordonnance étant generale , l'on ne pouvoit stipuler un interest plus grand que celui qu'elle permettoit : Par Arrest en la Grand' Chambre, du premier de Juillet 1670. la Cour en cassant la Sentence confirma le contrat.

Le donateur qui a donné au de-là de ses facultez, n'est point garant de sa liberalité.

Non seulement on a de l'indulgence pour le donateur lorsqu'il a donné au de-là de ses facultez, mais il n'est pas même garant de sa liberalité ; *l. Aristo. de donat. D.* si l'on ne lui reproche du dol ou de la mauvaise foi : Cette regle peut souffrir quelque exception selon la qualité des donations. Si le pere a donné des rentes ou des heritages pour la dot de sa fille , ou le frere pour la dot de sa sœur, ils sont tenus de faire valoir la donation , parce qu'ils étoient obligez de la doter ; mais si la dot n'a été promise que par une pure liberalité & sans aucune obligation, le donateur ne peut être inquiet pour faire subsister son bienfait ; si un heritier s'étoit tenu à son don pour sa portion hereditaire , & qu'il fût évincé en tout ou partie, il en auroit récompense contre ses coheritiers ; Papon, *l. 20. t. 5. Arrest 4. Charondas en ses Rép. l. 7. c. 121.*

Celui qui baille une rente ou heritage au lieu de l'argent qu'il avoit promis, est tenu de la garantie.

On fait encore cette distinction, si celui qui avoit promis une somme de deniers , baille en paiement une rente ou un heritage, il s'engage à la garantie : La raison est qu'il n'avoit promis que de l'argent comptant, & que s'il l'avoit païé, la donation auroit eu toute son execution ; mais aiant baillé une autre chose pour s'aquiter, il est tenu de la garantir. Il en seroit autrement si d'abord il avoit donné ce fonds, car n'ayant point eu intention de donner autre chose, le donataire s'en doit contenter. Cette question s'offrit en la Grand' Chambre, entre Saint & le Soudain, touchant une rente donnée par un oncle à sa nièce par son contrat de mariage ; les Juges aiant été partis en opinions, en procedant au jugement du partage en la Chambre des Enquêtes, il passa à dire que l'oncle n'étoit point tenu à la garantie, par Arrest du 23 de Mai 1670. M^r Busquet Rapporteur, M^r de Cambremont Compartiteur, à l'avis duquel il passa.

Il n'y a point de garantie aux donations pour causes pies.

La matiere de la garantie est encore problématique à l'égard des donations pour causes pies : Berault cite un Arrest par lequel les heritiers de celui qui avoit donné une rente à l'Eglise, furent condamnez de la faire valoir. On jugea le contraire dans cette espèce : Le Curé de Bois-Bourdel donna au Tresor de sa Paroisse une rente qu'il avoit aquisé, le debiteur d'icelle étant devenu insolvable, les heritiers furent condamnez de la paier : Sur leur apel, Herouët soutenoit que le donateur aiant donné liberalement, & sans y être obligé, les donataires ne pouvoient prétendre de garantie, quoi qu'elle fût faite à l'Eglise ; en tout cas il falloit faire difference entre la donation d'un certain corps & d'une certaine chose, & la donation d'une rente à laquelle le donateur avoit obligé tous ses biens ; au premier cas, la garantie n'est point dûe, car l'on presume que le donateur n'a eu intention de donner que le droit qu'il avoit en la chose donnée ; au second cas, lorsque le donateur se constituoit personnellement debiteur, il n'y avoit que sa seule impuissance qui le pût exempter de paier ce qu'il avoit promis : Theroulde répondoit qu'il ne s'agissoit pas proprement d'une donation, mais d'un contrat sinallagmatique, *facio ut facias*, la donation étant faite à la charge de celebrier des Messes : Par Arrest du 28 de Janvier 1656. les heritiers furent déchargés de la garantie. Cet Arrest est contraire à celui rapporté par Berault, par lequel nonobstant que l'on eût donné une chose particulière, *certum corpus*, néanmoins les heritiers furent condamnez de la garantir.

Il ne suffit pas de savoir quelles personnes sont capables de donner, & ce qu'elles peuvent donner, &

comment elles le peuvent, il faut encore savoir quelles personnes sont capables de donations ? Car quoi que la Coûtume en cet article permette à la personne âgée de vingt ans accomplis de donner le tiers de ses immeubles à qui bon lui semble, & qu'elle n'excepte que l'heritier immédiat du donateur, & celui qui descend de lui en droite ligne, il est certain néanmoins que plusieurs autres personnes sont incapables de donations : La Coûtume s'étoit expliquée en la même maniere pour les donations testamentaires en l'art. CCCCXXII. permettant au testateur de donner le tiers de ses aquisés à qui bon lui semble, autre toutefois qu'à sa femme & parens d'icelle, & j'ai remarqué sur cet article qu'il y avoit des personnes à qui il n'étoit pas permis de donner ; & comme l'incapacité de ces personnes pour les donations testamentaires, a pareillement lieu pour les donations entre-vifs, je renvoie le Lecteur à ce que j'en ai dit.

Quelles personnes sont capables de la donation entre-vifs du tiers des immeubles ?

Ces paroles, *à qui bon lui semble*, présuposent apparemment une personne qui soit vivante, & qui existe dans l'être des choses, de sorte que l'on peut douter si l'on peut donner à celui qui n'est point encore né : La donation doit avoir un objet certain & connu, & sur lequel on puisse répandre un bienfait, & qui soit en état de l'accepter, puisque par le défaut d'acceptation la donation est nulle ; *l. Seia, D. de mort. cau. donat.* Et bien que régulièrement celui qui est conçu, soit réputé né lorsqu'il s'agit de son avantage, on oppose au contraire cette autre maxime, que *donatio sine animo & affectu recipientis non consistit, l. in omnibus, de obligat. & act.* de sorte qu'il faut suspendre la validité de la donation jusqu'à ce que celui qui n'est point encore né, soit en état de la pouvoir accepter, & cependant le donateur peut changer de volonté & la révoquer. On allégué en faveur de la donation que l'on peut bien donner à la personne qui n'est point encore née, puisque l'on peut bien donner les choses qui n'existent point encore, mais que l'on espere que la nature produira. On peut donner par exemple le fruit qui proviendra d'une certaine chose ; or celui qui est conçu au ventre de sa mere jouit en toutes rencontres de tous les avantages qu'il pourroit avoir, s'il étoit déjà venu au monde ; c'est le sentiment de Boërius en sa Décif. 172. voyez Hotoman, en ses Quest. illustres, Quest. 6.

Si l'on peut donner à celui qui n'est point encore né ?

On ne peut donner à son heritier immédiat ; mais cette prohibition doit-elle s'étendre à l'heritier de l'heritier immédiat ? Par la disposition du Droit *heres heredis censetur ipsius testatoris heres ; l. Si quis filiusfamilias, de adquir. velomit. hered.* Et par la loi 170. de verb. signif. *Heredis appellatione omnes significari successores credendum est, & si verbis expressi non sint.* Par l'art. 168. de la Coûtume de Blois, le don fait à l'heritier de l'heritier immédiat est réputé fait à l'heritier immédiat, & *hoc fraudis evitanda causa*, dit Pontanus sur le même article. Et c'est aussi l'opinion la plus commune, que quand l'on ne peut donner à l'heritier immédiat, il est défendu de donner à l'heritier de l'heritier, *hoc majore fraude fit cum persona interponitur*, dit M^r d'Argentré, art. 218. gl. 9. n. 7. & 8. l. *Qui testamentum, D. de probat. Quod si aliud admittimus, quis non videt parentem fenestram aperiri fraudibus, si quod patri donari prohibetur, donatur ejus filio.* En effet, la disposition de la loi peut être fort aisément éludée, & c'est inutilement que l'on défend de donner à son heritier immédiat, s'il est permis de donner à l'heritier d'icelui, & ces donations sont encore beaucoup moins soutenables, lorsque le donateur n'a considéré que la personne de son heritier immédiat, & que le donataire n'a point mérité cette liberalité par ses services, ou que la donation est faite à l'enfant de celui auquel l'on ne peut donner, *donatum filio videtur donatum patri ; quidquid naturali sanguine continuatur, unum & idem corpus existimatur ; ex sanguinis continuatione idem corpus, idem sanguis ; Molin. in Conf. Par. §. 1.* C'est

L'heritier de l'heritier immédiat, est incapable de la donation du tiers des immeubles.

donc une même chose de donner au pere & au fils, & la raison est pareille pour l'un comme pour l'autre.

On peut assurer néanmoins que la Coutume n'a pas eu dessein d'improver ces donations en ligne collaterale en la personne de l'heritier de l'heritier immédiat ; car s'étant nettement expliquée pour la ligne directe, & ayant déclaré que non seulement l'heritier immédiat, mais même tous les descendants du donateur en ligne directe étoient incapables de ces donations, il est évident que son intention n'a pas été de passer plus avant, ni d'étendre sa prohibition plus loin que les deux cas qu'elle avoit exceptez ; de sorte que la donation peut subsister, pourvu qu'elle ne soit pas faite à l'heritier immédiat, ou à un descendant du donateur en ligne directe : la faculté de donner a si peu d'étendue, & la Coutume la renferme dans des limites si étroites, que pourvu que l'on ne donne point d'atteinte à cette égalité qu'elle veut être gardée entre les enfans, l'homme ne doit pas être réduit dans cet esclavage, qu'il ne puisse donner des marques de son estime & de son amitié à celui des heritiers de son heritier collaterale qu'il en jugera le plus digne.

Cette question a été fort long-tems problématique au Parlement de Paris, si en ligne collaterale l'on pouvoit donner à l'enfant de la personne prohibée ? Mais enfin on a jugé pour l'affirmative, par cette raison que dans la ligne collaterale l'égalité ne doit pas être gardée si étroitement ; parce, dit M^e Loüet, l. D. n. 17. que celui qui n'a point d'enfans, ne doit rien à ses parens collateraux : Cette maxime a été confirmée en cette Province par l'art. 92. du Règlement de 1666. suivant lequel l'on ne peut donner aucune part de son immeuble à ses descendants, mais bien aux descendants de l'heritier immédiat en ligne collaterale ; ce qui est conforme à cet article, qui n'a excepté que les deux cas dont j'ai fait mention. L'ancienne Coutume contenoit une disposition contraire, mais ayant été ômise par les Réformateurs de la Coutume, leur intention a été de permettre la donation à l'heritier de l'heritier immédiat en ligne collaterale. Il y a même apparence que cette ancienne Coutume n'étoit plus en usage long-tems avant qu'elle fût réformée, Berauld ayant remarqué un Arrêt de l'année 1522. qui approuvoit ces donations ; mais il n'en a pas rapporté la véritable espece, & d'autant qu'il décidoit plusieurs notables questions, il ne sera pas inutile de savoir ce qui fut jugé.

Richard Duval avoit eu trois enfans, Ancel Prêtre, Jean & Roger Duval ; Jean laissa deux enfans, Roger & Mathieu : de Roger fils de Richard sortit Pierre Duval Prêtre ; Ancel avoit eu toute la succession paternelle, & il avoit fait plusieurs acquêts. Jean son frere étoit mort le premier ; Ancel donna tous ses acquêts à Roger fils de Jean : Après la mort d'Ancel, son frere prétendit que tous ces acquêts lui appartenoient comme plus proche du défunt, ce qui lui fut contesté par Jean son neveu qui en étoit donataire : Par Arrêt la donation fut confirmée pour le tiers, & les deux autres tiers furent ajugez à Roger, desquels acquêts ledit donataire feroit trois lots, dont deux seroient choisis par son oncle.

L'on peut faire ces reflexions sur cet Arrêt. 1^o. Que Roger fils de Jean avoit eu l'ancienne succession de son oncle ; & par conséquent qu'en succession de propre la représentation a eu lieu de tout tems entre les oncles & les neveux, & que les neveux descendants de l'aîné ont exclus leurs oncles puînez en la Coutume de Caux. 2^o. Que Roger fils de Jean qui étoit heritier au propre, fut jugé capable du tiers de la donation des acquêts, & ainsi l'on peut être heritier au propre, & donataire du tiers des acquêts ; & ces paroles, pourvu que le donataire ne soit heritier immédiat du donateur, ne doivent être entendues que des donations faites à l'heritier des biens de la succession où il a part. 3^o. Que la donation de tous les acquêts

doit être réduite au tiers ; & enfin, que le donataire est obligé de faire les lots.

Outre les Arrêts remarquez par Berauld sur cet article, par lesquels les donations faites aux enfans de l'heritier ont été confirmées, il fut encore jugé de la sorte au rapport de M^e de Touffreville-le-Roux, le 3 d'Avril 1655. M^e Marin Boscher avoit donné à M^e Martin Boscher son neveu trois acres de terre avec rétention d'usufruit, & à condition de le faire inhumer ; cette donation fut contredite par Nicolas Couïllart sorti d'une fille de Laurent Boscher frere du donateur, se fondant sur cette raison, que le pere & le fils ne sont censez qu'une même personne, & que la Coutume défend de faire avantage à l'un de ses heritiers plus qu'à l'autre : Le donataire répondoit que son pere étant encore vivant, il n'étoit point l'heritier du donateur ; que si l'intention de la Coutume eût été de comprendre sous sa prohibition le fils de l'heritier en ligne collaterale, elle s'en fût expliquée comme elle a fait pour la ligne directe ; mais ayant limité sa prohibition à l'heritier immédiat, elle a par conséquent rendu les enfans de l'heritier immédiat capables de recevoir une donation : La Cour en reformant la Sentence du Bailli qui annulloit la donation, la déclara valable. L'affection du donateur peut s'étendre sur le fils sans passer par le canal du pere ; il peut aimer l'un, & haïr l'autre, *dua sunt respectu donantis* ; mais en la ligne directe l'amour paternel fait une telle liaison entre les peres & les enfans, que c'est avec justice qu'on les répute une même personne. Autre Arrêt au rapport de M^e Fermanel, du 17 de Juillet 1657. par lequel la donation faite par le sieur de la Fremondiere aux puînez du sieur de Herbouville son heritier immédiat, du tiers d'une succession en Caux, fut confirmée.

Si au tems de la donation le donataire étoit l'heritier présomptif du donateur, mais au tems de son décès il s'en trouvoit exclus par un plus proche, on pourroit révoquer en doute si cette donation qui étoit nulle dans son origine, pouvoit devenir bonne dans la suite ? *Nam quod ab initio non valuit, temporis tractu convalescere non potest*. J'estime néanmoins que comme on n'est pas recevable à debatre la validité d'une donation durant la vie du donateur, il suffit qu'au tems de sa mort la chose soit venue à un point où elle puisse subsister, *res ad eum casum pervenerit a quo incipere potuit*.

Si au contraire la donation avoit été faite à l'heritier de l'heritier, & qu'au tems de la mort du donateur ce donataire se trouvât heritier immédiat, la donation deviendroit nulle. Ce fut une des principales décisions de l'Arrêt rendu entre la veuve & les heritiers de feu M^e Nicolas le Cerf Procureur en la Cour, & le Cerf l'un de ses neveux : M^e Nicolas le Cerf voiant que son frere étoit mauvais ménager, & qu'il seroit son heritier s'il fût mort avant lui, il tâcha d'assurer le bien à son neveu par des donations ; mais ce frere étant mort avant lui, le neveu se trouvant heritier de son oncle avec les sœurs du défunt, on jugea que la donation ne pouvoit plus subsister : Je rapporterai cet Arrêt plus amplement sur l'article CCCCXLIV.

On peut encore douter si l'on peut être heritier & donataire aux biens auxquels on ne peut succéder, c'est-à-dire si un heritier au propre peut être donataire des acquêts, & à contra ? Cela est sans difficulté ; les Coutumes qui prohibent d'être heritier & donataire s'entendent d'une même espece de biens, comme heritier des propres & donataire d'une partie d'iceux, ou heritier aux acquêts, & donataire de quelques acquêts au préjudice des coheritiers qui ont droit de succéder ; mais il n'est point défendu de donner à son heritier des biens, à l'égard desquels il est comme étranger, & auxquels il ne pourra succéder par la Coutume, suivant l'Arrêt de Camrose que j'ai remarqué ci-dessus ; cela même a été jugé pour une

L'on peut donner au descendant de l'heritier collaterale immédiat.

Si la donation nulle dans son origine par l'incapacité du donataire, peut devenir bonne par le changement arrivé avant le décès du donateur ?

Si une donation étant faite à l'heritier de l'heritier, qui seroit heritier immédiat du donateur lors de son décès, elle deviendroit nulle ?

On peut être heritier au propre & donataire aux acquêts.

succession de Normandie, par Arrest du Parlement de Paris raporté par du Fresne, l. 1. c. 47. de l'impression de 1652.

Cette prohibition de donner à l'égard des collatéraux n'a lieu que pour les immeubles, car pour les meubles on peut les donner à un de ses heritiers collatéraux, ce que l'on induit des art. CCCCXXV. & CCCCXXXIII, mais Berault a mal entendu l'Arrest qu'il cite sur l'art. CCCCXXV. entre le Cat & Ifore, en l'espèce duquel la donation des meubles & du tiers des aquêts avoit été faite à un neveu, qui ne pouvoit être heritier aux meubles & aquêts. M^e Nicolas le Grand Curé de Cany avoit fait don à Nicolas le Grand son neveu de trois acres de terre, qu'il avoit retirées à droit de lignage, & qui par conséquent étoient un propre; il avoit aussi constitué sous le nom de René le Grand fils d'un sien frere cinquante livres de rente à rétention d'usufruit, & à condition que la propriété lui en retourneroit en cas de prédécès de son neveu; & sous les noms tant de Nicolas que de René ses neveux, il avoit constitué en rente quatorze cens livres, & déclaré qu'il leur en faisoit don aux conditions ci-dessus: Ce donateur étant mort, Aldenée le Grand veuve d'Antoine Martel fille de son frere aîné, & sa seule heritiere au propre en Caux, contredit les donations: Par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 8 d'Août 1630. elles furent confirmées: Ainsi l'on jugea que la donation du tiers du propre étoit valable en faveur de celui qui en étoit exclus par la fille de l'aîné, seule heritiere au propre en Caux. On jugea aussi qu'en ligne collaterale on pouvoit donner ses meubles à un de ses heritiers, non seulement à l'égard de René le Grand qui étoit fils de son heritier immédiat, mais aussi de Nicolas le Grand son autre neveu, dont le pere étoit mort, & par conséquent heritier immédiat.

Autre Arrest sur ce fait. Jacques Baudri Ecuier, sieur du Busc, avoit donné aux sieurs Susanne ses neveux deux terres situées dans le Bailliage de Caux: le sieur de Boislabbé leur frere aîné contesta cette donation; mais aiant été confirmée par une Sentence arbitrale, le sieur de Boislabbé se plaignant qu'il avoit été mal jugé, disoit par Dalet son Avocat, que cette donation étoit contre la disposition de la Coûtume, ne permettant pas de donner à son heritier immédiat; que les deux donataires étoient les présomptifs heritiers du donateur dans la Coûtume de Caux, mais aussi qu'ils prenoient part en ses biens qui étoient situés dans la Coûtume generale, ce qui rendoit incompatibles ces deux qualitez d'heritier immédiat & de donataire; que si l'on avoit jugé que l'on pouvoit être heritier au propre paternel & donataire au maternel, c'étoit par cette raison que l'heritier maternel ne pouvoit jamais succéder au paternel; mais en cette espèce ce seroit faire fraude à l'art. CCCIII. qui donne à l'aîné toute l'ancienne succession des collatéraux, & néanmoins par cette voie l'on rappelleroit les puînez à partage. Bagnage le jeune répondoit pour les puînez, que par la jurisprudence des Arrêts l'on pouvoit donner à l'heritier de l'heritier immédiat, la Coûtume n'aïant défendu de donner qu'à l'heritier immédiat; mais les intimes étoient en des termes beaucoup plus forts, étans entièrement capables de la donation des biens situés sous la Coûtume de Caux, puisque par l'art. CCCIII. ils étoient absolument exclus d'y pouvoir succéder: ainsi bien loin que dans ces biens de Caux ils fussent les présomptifs heritiers, ils en étoient incapables d'y succéder; de sorte que l'on devoit les considerer comme des étrangers, & par conséquent capables de la donation du tiers des biens de Caux. Il est vrai qu'ils pouvoient prendre part aux biens qui se trouvoient sous la Coûtume generale; mais outre qu'ils y avoient renoncé, & qu'ils se tenoient à leur don, pour être habiles à succéder en une Coûtume, ils n'étoient pas incapables de recevoir la donation de biens situés en une

autre Coûtume qui les excluait de pouvoir succéder à l'ancien propre en ligne collaterale: Par Arrest du 20 Mars 1682. la Sentence fut confirmée, *nemine contradicente*.

Il faudroit juger la même chose dans cette espèce: Trois freres avoient pris par préciput chacun un fief en la succession de leur pere. Il est certain que si l'un des puînez décédoit sans enfans, l'aîné seul succéderoit au fief que ce puîné avoit eu par préciput; & comme l'autre puîné en étoit exclus, l'on forma cette question, si la donation qu'il avoit faite à son frere puîné du tiers de son bien, étoit valable? L'on n'en peut douter, suivant l'Arrest que je viens de rapporter; car le puîné étant exclus de prendre part au fief, l'on ne peut pas dire qu'il fût heritier immédiat du donateur, puisqu'il ne pouvoit prendre part au fief, & il étoit en cet égard comme un étranger; car encore qu'il pût être heritier aux meubles & aquêts, cela n'empêchoit point qu'étant privé de succéder au propre, il ne fût capable d'une donation du propre; puisque bien loin d'être heritier immédiat en cette succession, il ne l'étoit point du tout.

Sur cela l'on peut former cette difficulté, si le donateur qui n'auroit que des meubles, pouvoit les donner à un de ses heritiers au préjudice de tous les autres, ou s'il faudroit réduire la donation aux termes de l'art. CCCCXXIX; mais cet art. CCCCXXIX. est singulier pour empêcher que les maris ne fissent de trop grands avantages à leurs femmes, c'est pourquoi il ne peut être étendu à d'autres cas; & la Coûtume aiant permis à celui qui n'a point de femme ni d'enfans, de donner tous ses meubles, il peut user de prédilection en faveur de l'un de ses heritiers collatéraux.

La seconde limitation que la Coûtume apporte à la liberté de donner le tiers de tous ses immeubles, est que le donataire ne soit point descendant du donateur en droite ligne.

Ces termes, *ou descendant de lui en droite ligne*, qui se peuvent appliquer ou rapporter à l'heritier immédiat aussi-bien qu'au donateur, ont fait naître plusieurs difficultés décidées par les Arrêts citez par Berault & par ceux que j'ai remarquez, par lesquels on a déclaré valables les donations faites aux descendants de l'heritier immédiat en ligne collaterale. En effet, si ces mots n'avoient pas leur relation au donateur, il s'ensuivroit qu'il auroit plus de liberté de faire du bien à un de ses heritiers en ligne directe qu'en collaterale, ce qui seroit contraire à l'art. CCCCXXXIV.

La raison principale de cette prohibition de donner en ligne directe étant fondée sur l'égalité que l'on veut garder entre les enfans, on a douté fort long-tems au Palais si les filles qui ne sont point heritieres, étoient comprises sous la disposition de cet article? On s'imaginoit autrefois qu'après avoir été mariées, quelque modique qu'eût été la liberalité de leur pere, elles n'étoient plus capables d'aucune donation de sa part, comme je l'ai remarqué sur l'art. CCLII. parce qu'en laissant cette liberté aux peres d'augmenter leur dot après les avoir mariées, ils tromperoient leurs fils & les femmes qu'ils auroient épousées, sous l'esperance que leurs successions se trouveroient exemptes & déchargées du mariage de leurs filles, ce qui leur avoit fait trouver des partis avantageux, & néanmoins elles seroient déchues de leur esperance par le rapel à partage des filles; mais nonobstant ces raisons, il est permis aux peres d'augmenter la dot de leurs filles, pourvu que la donation n'excede point leur legitime.

Quoi qu'il ne se rencontre aucun empêchement pour la validité de la donation en la personne des donateurs & des donataires, & que même la donation soit solennelle, & qu'elle n'excede point les bornes prescrites par la Coûtume, cela ne suffit pas quelquefois pour lui donner son effet; car il arrive souvent que le donateur y apose des moïens & des conditions, de l'accomplissement & de l'évenement desquelles dépend

Le donateur qui n'a que des meubles, peut en faire une donation entière à un de ses heritiers collatéraux.

La donation du tiers des immeubles à l'heritier immédiat en ligne directe, est nulle.

Il est permis à un pere d'augmenter la dot de sa fille.

Des conditions qu'on apose dans les donations,

La donation des meubles à l'heritier collatéral n'est point prohibée.

Donation du tiers du propre en Caux en faveur de celui qui en est exclus, jugée valable.

Si par la jurisprudence des Arrêts l'on peut donner à l'heritier de l'heritier immédiat?

dépend sa force & son execution.

On ajoute ordinairement dans les donations une condition, un moien, une cause, & un nom ou démonstration & désignation de la chose donnée; *plenumque*, disent les Jurisconsultes Romains, *in institutionibus & conditionibus adjiciuntur, vel conditio, vel modus, vel causa, vel demonstratio*; la condition & le moien regardent le tems futur; la cause & la démonstration concernent le tems présent ou le passé.

Il est nécessaire que le donateur nomme la personne à laquelle il donne, & la chose qu'il donne, ou qu'il la démontre & la désigne par certaines marques, afin que l'on puisse savoir son intention; & comme il se peut surprendre en la démonstration qu'il en fait, c'est une question si son erreur dans le nom, ou la démonstration de la personne ou de la chose, peut donner atteinte à la donation? L'erreur au nom n'est pas considérable; pourvu que l'on sache certainement par d'autres marques la personne à laquelle on a eu volonté de donner, §. *Si quidem in nom. Instit. de legat.*

Pour la désignation de la chose donnée elle est inutile ou nécessaire; elle est inutile & superflue lorsque la chose est d'ailleurs assez connue, sans avoir besoin de la démonstration que le donateur en a faite, comme s'il avoit dit, *je donne Stichus mon esclave qui est né dans ma maison*; cette désignation particuliere qu'il fait de *Stichus* est inutile, puisque sans cela l'on ne doutoit point que le donateur n'eût entendu parler de lui; & c'est pourquoi quand il ne seroit pas né dans sa maison, le legs ne laisseroit pas d'être bon, & c'est en ce cas que *falsa demonstratio non vitiat legatum*.

Lorsque la désignation est nécessaire, d'autant que l'on ne pourroit connoître autrement la chose donnée, il faut qu'elle soit véritable; la fausseté qui s'y rencontre, rend la donation nulle, *hec enim que causam legati omnem continet, hanc veram esse oportet, & si sit falsa nullum erit legatum*; Cujac. in Comment. l. 73. §. 1. de condit. & demonstr. Si par exemple le mari donne à sa femme l'habit qu'il a fait faire pour elle, il faut pour faire valoir ce legs que l'on ait fait un habit, car s'il n'y en a point, il ne lui sera rien dû.

C'est encore une règle de Droit, que *falsa causa non vitiat legatum*; bien que le donateur déclare qu'il donne à Pierre à cause qu'il a eu soin de ses affaires, la donation sera bonne, encore que Pierre n'ait jamais pris soin des affaires du donateur, §. Longè, Instit. de legat. nam ratio legandi non coheret legato, & ided adjecione falsa causa non vitiat legatum; mais cette cause fautive qui ne rend point nulle la donation, ne s'entend suivant le sentiment des Docteurs, que de la cause impulsive, & non point de la cause finale, laquelle ne se trouvant point véritable la donation ne peut subsister. Menochius, de Presumpt. l. 4. Presumpt. 24.

Il faut aussi prendre garde que la cause ne soit pas exprimée conditionnellement; par exemple, lorsque l'on donne en ces termes à quelqu'un, *s'il a fait telle chose, & non pas parce qu'il l'a faite; multum refert causam legandi testator expresserit causativè, puta per dictionem (quia,) an conditionaliter per dictionem (Si?) Nam isto casu si falsa sit, legatum non debetur, illo licet falsa sit, debetur, D. §. Longè, Instit. de legat. l. demonstr. §. Quod autem, §. Ac si, de condit. & demonstr. Barry, de condit. & demonstr. l. 1. n. 2.*

Ce que le Droit Romain appelle *modum & conditionem*, se distingue principalement par leurs termes: *Modus est*, dit M^r Cujas en son Paratitle, de condit. & demonstr. D. adjecio quod legatarium ex legato testator facere voluerit. Lorsque le donateur donne à la charge de faire ou pour faire telle & telle chose, il se conçoit en Latin par ces dictions, *ut, ita ut, &* en François par les mots de *pour & à la charge*; M^r Cujas, ad l. 11. lib. 17. quast. Pap. définit la condition en ces termes, *est causa quâ existente nascitur obligatio, deficiente, nulla constituitur*. La substance

de la condition consiste dans la suspension de l'effet & de l'execution des dispositions auxquelles elles sont attachées; Ricard, des dispositions condit. trait. 2. c. 5. sect. 2.

La condition se conçoit par ces dictions, *si, lors, & au cas, &* autres semblables; si le donateur a dit par exemple, *je donne cent écus à Titius à la charge d'en donner cinquante à Mœvius, ou je donne à Marie deux cens écus pour la marier*, c'est un moien ou une déclaration de l'emploi que le testateur veut être fait de la chose qu'il donne, mais qui ne suspend point la donation, & qui ne la rend point conditionnelle, l. *utilitas, §. 1. D. de manumiss. testament.* Que si le testateur avoit dit, *je donne cent écus à Titius, s'il en donne cinquante à Mœvius*, ce seroit une condition, le donataire ne pourroit demander la délivrance de son legs ou de sa donation avant que de l'avoir executée; il y a donc cette difference *inter modum & conditionem*, que quand la charge apofée par le donateur ne retarde point le paiement ou la délivrance de la chose donnée, *semper modus, non conditio debet intelligi*; si au contraire il faut executer la charge avant que le paiement, *conditio non modus intelligitur, l. eas 80. D. de condit. & demonstr.* Mantica, de conjecl. ult. vol. l. 10. c. 5. n. 15. & 16.

Suivant cette doctrine il a été jugé au Parlement de Paris, qu'une donation faite à une fille pour la marier n'emportoit point de condition, & que le paiement pouvoit en être demandé, bien que la fille ne fût pas encore mariée; du Fresne en son Journ. d'Audien. l. 1. c. 88. de l'impression de 1652. Et Charondas en ses Réponses, l. 7. c. 8. cite un autre Arrêt, par lequel une donation d'heritage aiant été faite à la charge & condition que le donataire ne le pourroit aliéner avant l'âge de vingt-cinq ans, & le donataire étant mort après le donateur avant que d'avoir atteint vingt-cinq ans, que cette donation n'étoit point conditionnelle, & qu'elle passoit aux heritiers du donataire.

La même chose a été jugée en ce Parlement, sur ce fait: Une mere fut instituée tutrice à ses trois filles, & saisie de tous leurs biens, à la charge de paier neuf cens livres à chaque fille, lorsqu'elles seroient prêtes de se marier, & où elle passeroit à un second mariage, qu'elle leur donneroit à chacune six cens livres pour les marier. La mere aiant passé en secondes nocés avec Torin, elle donna à sa fille aînée en la mariant neuf cens livres pour la succession paternelle, & les six cens livres qu'elle avoit promises; la seconde fille étant morte, celle qui restoit à marier demanda dix-huit cens livres aux heritiers de Torin, qui ofrirent les neuf cens livres pour les biens du père, & les six cens livres promises par la mere lorsqu'elle se marieroit, & pour les autres six cens livres que l'on demandoit à la representation de la sœur qui étoit décédée, ils prétendoient qu'elles n'étoient point dûes, la condition n'étant point arrivée: néanmoins les heritiers aiant été condamnés par le Viconte, ils en furent déchargés par le Bailli; dont la fille aiant apelé, Pilastré son Avocat disoit que la promesse de la mere n'étoit point conditionnelle, cette clause *pour la marier, continebat modum, non conditionem*, & elle marquoit seulement la cause impulsive de la donation; ainsi la sœur étant morte après ses ans nubils, la donation lui avoit été pleinement acquise, & par conséquent elle étoit transmissible à ses heritiers; après tout ce n'étoit pas tant une donation que leur legitime en la succession de leur mere. Moyfant pour les heritiers, répondoit que ces clauses, *pour se marier*, emportoient une condition, & aléguoit pour le prouver la l. *Sancimus, C. de nupt.* mais la donation ne contenoit pas ces termes, *si nupsert, si nuptia sequantur*, auquel cas la promesse auroit été conditionnelle: Par Arrêt du 5 d'Avril 1650. la Sentence du Bailli fut cassée, & les heritiers condamnés au paiement des six cens livres pour la part de la sœur décédée.

Des mots dont l'on se sert pour concevoir les conditions de la donation.

Cas où il a été jugé qu'il n'y avoit point de condition d'as une donation d'une mere à ses filles en faveur de mariage.

Si l'erreur qui se rencontre au nom ou à la chose donnée, préjudicie la donation?

De la désignation dans les donations.

Cas où *falsa demonstratio non vitiat legatum*.

De la règle de Droit, *falsa causa non vitiat legatum*.

De la donation conditionnelle.

Il est néanmoins quelquefois assez difficile de distinguer si ces paroles, *ita ut (pour) faciant modum, an conditionem?* nous en avons un exemple en la l. *libertas* 11. §. *hac scriptura, D. de manumif. test.* Un legs testamentaire étoit conçu en ces termes, *Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationes reddat.* On doutoit *an sub conditione libertas data videretur?* Le Jurisconsulte répond, *purè quidem datam libertatem: & illam adjectionem, ita ut rationes reddat, conditionem libertati non injicere: tamen quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas:* Et c'est pourquoi M^r Cujas en son Commentaire sur la l. 71. §. *Titio centum, de condit. & dem.* dit que *etiam si ita ferè semper concipiatur modus, tamen ex voluntate defuncti hac verba quandoque faciunt conditionem. l. 2. Cod. de his que sunt sub modo; & ita modum faciunt non tam verba, quam voluntas defuncti, conditionem non faciunt verba sed voluntas defuncti, modus sapè appellatur conditio, non contrà.* Il y a encore cette difference entre le legs fait sous condition, & le legs fait *sub modo*; que celui-là ne passe point aux heritiers avant l'évenement de la condition, mais le legs fait *sub modo* est transmissible aux heritiers.

De la diction *si*, employée dans une donation, & de la condition qu'elle emporte.

J'ai remarqué que la diction *si* regarde toujours l'avenir, & qu'elle emporte une condition; de sorte que quand le mot *si* signifie le tems present ou le passé, il ne fait point de condition, & ne suspend point la donation, mais elle a son effet, ou elle est nulle dans son commencement: Par exemple, *Si Jacques m'a donné cent écus, j'en donne cent à Pierre*, en ce cas il n'y a rien à attendre; car ou il est véritable que Jacques m'a donné cent écus, & en ce cas la donation faite à Pierre aura son effet sur le champ; que si Jacques ne m'a rien donné, Pierre ne peut rien demander.

Des conditions de droit, & de fait.

Il y a des conditions de droit qui viennent de la loi, les autres de fait qui viennent de la volonté de l'homme, *l. multum, de condit. & demonstr.* Il y en a qui consistent à bailler quelque chose, les autres à faire ou ne pas faire, *l. in facto, eod.* & de ces conditions les unes sont casuelles, les autres potestatives, & les autres mixtes, savoir casuelles & potestatives, *l. unica, §. sin autem aliquid sub conditione, de Cad. toll. C.* Les casuelles sont celles qui dépendent du hazard & de l'évenement, *ut si navis ex Asia venerit*, & quand la condition manque la donation est nulle; car le donateur aiant fait dépendre sa disposition du hazard, on considère l'évenement. Les potestatives sont celles qui sont en nôtre pouvoir & libre arbitre, *si Capitolium ascenderit Mævius, si Titio decem dederis.* Ricard, dans son Traité des Donat. p. 1. c. 4. sect. 2. dist. 2. n. 108. dit que personne ne doute que la condition étant potestative, c'est-à-dire qu'il dépende de la volonté du donateur d'y donner effet, comme s'il a dit, *Je donne en cas que je n'aie pas en la ville de Beauvais*, la donation ne soit nulle, d'autant qu'elle renferme sous des termes déguisez, un moien par lequel il est en la liberté du donateur de révoquer la donation, ne lui étant pas moins facile d'y donner atteinte par cette voie, que s'il s'étoit réservé directement la faculté de disposer des choses données; ce qui est contre l'esprit des donations entre-vifs. La condition mixte est celle qui dépend en partie du hazard, & en partie de la volonté, *si Romam iverit.*

Des conditions casuelles.

Des conditions potestatives.

De la condition mixte.

Des conditions tacites & expressees.

Si toutes les conditions apposées dans les donations, sont obligatoires.

Il y a encore des conditions expressees & des conditions tacites; la condition expresse est exprimée par ces dictiones *si, quand, pourvu, au cas,* & autres semblables; la condition tacite est celle qui est entenduë de droit, ou *qua natura inest*, ou qui s'induit des paroles & de la pensée du testateur.

Le donataire est tenu d'accomplir les conditions qui lui sont imposées; néanmoins toutes conditions ne sont pas obligatoires, on examine si elles sont legitimes ou deshonnêtes, possibles ou impossibles, &

même si l'exécution en est utile ou inutile; j'appelle utiles celles qui engagent indispenfablement le donataire à les acomplir, ou qui anéantissent la donation lorsqu'elles arrivent ou n'arrivent pas, & je mets en ce rang les conditions possibles & honnêtes; & au contraire les inutiles sont les deshonnêtes & les impossibles, qui ne font aucun préjudice à la donation, *obtinuit turpes, vel impossibiles conditiones testamentis adscriptas, pro nullis haberi.*

Les conditions de cette qualité passent pour non écrites, & le legs est réputé pur & simple, par cette raison que l'effet de la condition ne pouvant trouver son application dans l'impossible, elle s'évanouit de soi-même, & ne peut ruiner une disposition qui d'ailleurs est parfaite, §. *impossibilis, Instit. de hered. inst. l. obtinuit 3. de cond. & dem.*

Pour rendre une condition nulle par la raison de l'impossibilité, il faut que cette impossibilité soit absolue & naturelle; car une grande difficulté ne seroit capable d'emporter la nullité de la condition d'un legs. Il suffit pour la faire subsister en soi, qu'elle puisse être exécutée par quelque moien que ce soit; car si elle est possible en quelque cas que ce soit, l'on doit présumer que le testateur l'a regardée de la sorte, & l'on doit présumer dans le doute qu'il a parlé serieusement, & qu'il n'a voulu rien faire d'illusoire.

De la condition nulle pour impossibilité.

Les conditions qui sont fausses sont mises au rang des conditions impossibles, *falsam conditionem Cassius & Sabinus impossibilem esse dixerunt: veluti; Pamphilus, si quod Titio debeo, solverit, liber esto: si modo Titio nihil fuit debitum; l. cum tale 71. §. falsam conditionem, D. de cond. & dem.*

De la condition fausse.

Ce que les bonnes mœurs ne souffrent pas, produit le même effet dans les conditions que l'impossibilité, *conditiones contra edicta Imperatorum, aut contra leges, aut qua legis vim obtinent scripta, aut qua contra bonos mores vel derisoria sunt, pro non scriptis habentur, l. conditiones 14. de cond. & dem.* & la l. suivante en rend cette raison, que *qua facta ladunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dixerim, qua contra bonos mores fiunt: nec facere nos posse credendum est.*

De la condition contre les bonnes mœurs.

Mais il y a des conditions difficiles & compliquées, que les Grecs appellent *συνεπικτα*, & dont nous avons des exemples dans la l. *Si Titius, de condit. & demonstr.* & d'autres dont la nature & la qualité est ambiguë, qui sont approuvées par les uns & rejetées par les autres. Les conditions que l'on apose le plus ordinairement dans les donations, sont de se marier ou de ne se marier point, *si nupsarit, vel si non nupsarit*; le retour de la chose donnée au donataire, si le donataire décède sans enfans, & la prohibition d'aliéner la chose donnée.

Les conditions qui tendent à empêcher le mariage, ont été rejetées comme contraires aux bonnes mœurs & à l'intérêt public, dans lequel les mariages sont nécessaires.

La condition qui regarde le mariage est conçue en termes affirmatifs, *s'il se marie*; ou en termes négatifs, *s'il ne se marie point*. Pour savoir quand la condition conçue affirmativement doit être accomplie, il faut remarquer que bien qu'aucun ne puisse être obligé à se marier par la crainte d'une peine, on peut bien néanmoins l'y engager par l'esperance de quelque avantage, *aliud est enim eligendi matrimonii poena metua libertatem auferre, aliud ad matrimonium certâ lege invitari, l. Titio centum, §. 1. de condit. & demonstr.* de sorte que si l'on donnoit mille écus à Jacques, à condition d'épouser Marie, il seroit exclus de cette donation s'il n'exécutoit point cette condition, pourvu qu'il pût le faire avec bienséance, & sans faire préjudice à sa réputation; *si honestè poterit tales nuptias contrahere, l. uter ex fratribus, l. Cum ita, §. 1. de condit. & demonstr.* Varin donna par son testament à Marie le Bouleur la femme tous

De la condition en termes affirmatifs qui regarde le mariage.

ses meubles, à la charge de paier trois mille livres à ses enfans, & en cas que contre la bonne opinion qu'il avoit de sa conduite, elle passât en de secondes nœces, elle seroit obligée de paier à ses enfans la somme de six mille livres. Cette femme s'étant remariée au sieur de la Chesnaye, Bonaventure Varin fils du testateur, demanda les six mille livres à ce second mari de sa mere, qui s'en défendit par cette raison, que cette clause étoit contre les bonnes mœurs, & pour empêcher la liberté du mariage, *inhonestum est vinculo pœna matrimonia obstringi*; la condition de viduité ne peut être imposée, & *hac conditio, si non nupserit in legatis remittitur, l. Servo, §. 1. D. ad Senat. Consult. Trebellianum*; On disoit au contraire que cette disposition étoit civile, n'empêchant point la liberté du mariage, mais faisant seulement cesser un gain & un profit: *Aliud est auferre, aliud temperare, aliud legem non nubendi ponere, aliud modum nubendo statuere*; Tertull. de *Monogamia*: Il ne s'agit pas d'une condition qui emporte une peine en cas de mariage, le testament de son premier mari ne l'assujétissoit pas à une perpétuelle viduité, il l'invitoit seulement par une récompense à conserver le souvenir de leurs premières affections en la personne de leurs enfans: *Aliud est à nuptiis pœna deterreri, aliud ad viduitatem premio invitari, nec enim par eademque ratio est, amittere debita, & lucra non capere, l. fin. §. 2. C. de Codicillis*: La Nouvelle 22. de Justinien y est expresse, §. 43. & 44. La femme est obligée ou de renoncer à la donation si elle veut passer à un second mariage, ou d'accomplir la condition qui lui est ordonnée, *aut ad nuptias venire, aut abrenunciare præceptioni, aut si hoc noluerit & honorat defunctum, omnino abstinere de cætero à nuptiis*: Par Arrest en l'Audience de la Grand' Chambre, du 17 de Decembre 1658. la Cour faisant droit au principal condamna ce second mari de paier les six mille livres, plaidans Doublet & Durand. Robert, l. 2. c. 7. *rerum judic.* a rapporté un Arrest du Parlement de Paris conforme à celui que je viens de citer, & une donation mutuelle faite sous cette condition, que si le survivant se remarioit elle seroit nulle, fut jugée valable.

De l'indignité
considérée dans
la femme, à l'é-
gard du mariage.

Le donateur peut ordonner que la donation n'aura point d'effet si le donataire épouse une personne indigne, ou une étrangere, ou d'une certaine famille; & pour réputer une femme indigne, il suffit qu'elle ne soit point de la naissance & de la qualité de celui qu'elle épouse; toutes ces conditions n'empêchent point la liberté du mariage, parce que le donataire peut le contracter avec d'autres personnes; *si plures persona comprehensa fuerint, magis placuit cuilibet eorum si nupserit amissuram legatum, nec videri tali conditione viduitatem indictam, cum alii cuilibet satis commode possit nubere, D. l. Cum ita, de condit. & demonstr.*

Cette décision est fondée sur ce que la liberté demeure assés grande au légataire de contracter mariage suivant son inclination, puisque sa volonté n'est bornée qu'à certaines personnes, & que son choix peut s'étendre à une infinité de personnes.

Cette condition, *si elle se marie avec Titius*, seroit obligatoire, pourvu que Titius fût un parti sortable, & qu'elle pût l'épouser sans blesser son honneur; *si honestè*, dit cette même loi *cum ita, cum Titio nubere possit, dubium non erit quin si non paruerit conditioni, excludatur à legato*; si au contraire Titius étoit indigne de son alliance, elle seroit dispensée d'exécuter cette condition, *quæ enim Titio nubere jubetur, cæteris omnibus nubere prohibetur*: En effet lorsque la bienfaisance ne permet pas d'épouser celui que l'on vous choisit, cette condition produit le même effet que s'il étoit défendu en termes généraux de se marier, & la condition est même encore plus dure que celle *si non nupserit, Nam*, dit la loi, *cæteris omnibus nubere prohibetur, & Titio cui inhonestè nuptura sit, nubere jubetur*.

Si la donation étoit faite à condition de ne se pou-

voir marier que par la volonté & le consentement de celui que le donateur nommeroit, cette condition seroit incivile comme faisant obstacle à la liberté du mariage, *l. Cum tale, §. Cum arbitrato Titii, de condit. & demonstr.* mais si le donateur avoit seulement ordonné de demander l'avis des parens, la condition devroit être suivie; car tant s'en faut qu'il soit contre la nature & la liberté du mariage de consulter les parens sur le choix que l'on veut faire, c'est pecher contre l'honnêteté que de ne le faire pas, & l'on ne peut considérer comme une peine & une contrainte le devoir que l'on rend à ses proches.

Cependant par Arrest du Parlement d'Aix, rapporté dans la huitième partie du Journal du Palais, l'on confirma la donation faite par un pere à un de ses fils, sous cette condition de ne pouvoir se marier sans le consentement exprés de son frere, quoi que le frere refusât de donner son consentement au mariage; mais il y a de la différence entre la condition de demander un avis qui n'engage point, & la condition de ne pouvoir se marier sans le consentement exprés d'un autre.

Lorsque la condition est exprimée en ces termes négatifs, *si non nupserit*, pour savoir si elle doit être accomplie, l'on distingue entre le droit ancien & nouveau, & entre les premières & secondes nœces. Par le droit ancien cette condition, *si non nupserit*, étoit entièrement réprochée comme contraire à l'utilité publique & à la procréation d'enfans; *quod in fraudem legis ad impediendas nuptias adscriptum est, nullam vim habet, l. heres meus 79. §. 4. l. Cum tale legatum, §. 8. l. Titio 71. §. 1. de condit. & demonstr.* Néanmoins lorsque cette condition ne tendoit qu'à empêcher un second mariage, & que le sujet pour lequel on enjoignoit de garder la viduité étoit favorable, les Jurisconsultes en ce cas ont répondu pour la condition, *quod si ita scriptum est, si à liberis impuberibus ne nupserit, legem locum non habere, quia magis cura liberorum quam viduitas indicetur.*

Mais aujourd'hui cela n'est plus observé que pour les premières nœces, & après plusieurs changemens sur cette matiere, Justinien ordonna par l'Authentique *cui relictum, de indicta vid. toll.* que la condition de ne point passer à de secondes nœces étoit licite, & qu'elle emportoit la perte du legs pour celui auquel y contrevenoit; & Mantica assure que *hac sententia frequentissimo doctorum calculo recepta est; de conject. ult. vol. l. 11. c. 19.* Ricard, en son Traité des Dispositions conditionnelles, l. 5. c. 5. sect. 2. rapporte un Arrest du Parlement de Paris qui l'a jugé de la sorte; & cet Auteur ajoûte que ces conditions qui vont à empêcher la liberté des mariages, n'ont été faites que pour les secondes nœces, & qu'à l'égard des premières, le droit est toujours demeuré stable, & que l'on ne doute pas même à present que les conditions qui vont à empêcher la liberté des mariages, ne sont d'aucune considération; mais qu'il faut prendre garde que pour donner lieu à cette doctrine, il est nécessaire que la condition qui a pour objet la privation du mariage, en empêche la liberté; car si elle n'étoit attachée simplement qu'à cette privation, & qu'elle n'emportât pas la nécessité en cette même personne de s'abstenir du mariage ou de perdre la liberalité qui lui est faite, il n'y a pas de difficulté qu'elle seroit valable; mais le donateur peut valablement interdire le mariage à l'égard de certaines personnes, comme je l'ai remarqué ci-dessus, & au contraire il peut obliger le donataire d'épouser une certaine personne.

Berault & Godefroy ont été d'opinion différente sur la validité de cette condition, *si non nupserit*; le premier a crû qu'elle n'étoit pas licite; Godefroy a suivi l'autorité de Justinien; quelques-uns ont été de ce sentiment, qu'elle ne doit être exécutée que quand le testateur légue à une autre femme qu'à la sienne, *l. Avia, §. Titio, de condit. & demonstr.* que si le mari par un effet de sa jaloufie enjoignoit à sa

De la condition
en termes négatifs
qui regarde
le mariage.

De la validité
de la condition
si non nupserit.

femme une perpetuelle viduité, cette condition seroit rejetée comme contraire à la liberté du mariage, l. Servo, §. 1. ad Senat. Consult. Trebell.

De la condition si sine liberis decesserit.

Cette condition si sine liberis decesserit, est encore fort ordinaire dans les donations entre-vifs, & sur tout dans les testamens qui se font dans les lieux où les institutions d'heritier & les substitutions sont permises; les Docteurs ont traité une infinité de questions en expliquant ces paroles, mais comme elles n'ont pour la plupart aucun usage parmi nous, je les passerai sous silence.

On ne révoque pas en doute que cette condition si sine liberis decesserit, ne soit licite; mais la difficulté consiste à savoir en quel cas on peut dire qu'elle est avenue, quando impleta censeatur? On a demandé par exemple, si lorsque le donataire ne laisse qu'un enfant, la donation a lieu, & s'il ne faut pas qu'il y en ait plusieurs, le donateur aiant parlé en termes pluriels; mais l'opinion la plus commune & la plus veritable, est qu'un seul enfant suffit pour faire manquer la condition ou pour empêcher la substitution.

Des trois différentes qualitez des enfans qu'un homme peut avoir.

Ce n'est pas assés d'avoir laissé des enfans, un homme peut en avoir de trois qualitez différentes, c'est à savoir les enfans legitimes & naturels tout ensemble, les legitimes seulement, & les naturels: Les premiers sont ceux qui sont nez d'un mariage solennel & valablement contracté; les seconds sont les adoptifs; & les troisièmes les bâtards. Cette condition si sine liberis decesserit, ne s'entend point de ces deux dernieres especes d'enfans, mais seulement des premiers.

Mais on demande si les enfans naturels qui ont été legitimez, n'auront pas le même avantage? Pour la résolution de cette difficulté, les Docteurs disent que cette formule, si sine liberis, peut être conçüe en quatre manieres; la premiere, si sine liberis decesserit, vel si sine filiis decesserit; la seconde, si sine filiis legitimis & naturalibus; la troisième, si sine liberis legitimatis, vel si sine liberis ex legitimo matrimonio natis; & la quatrième, si ces paroles sont répétées, si sine filiis legitimis, & ex legitimo matrimonio natis.

Par la premiere formule, les legitimez par Rescrit du Prince sont contenus dans la condition au préjudice du substitué, suivant l'opinion des Docteurs; par la seconde, les legitimez par le mariage subsequent empêchent que la condition n'ait son événement; par la troisième, qui fait mention de liberis legitimatis, vel ex legitimo matrimonio natis, les legitimez par Rescrit du Prince sont exclus, mais les legitimez par mariage subsequent, sont réputez comme d'un mariage legitimelement contracté; sur la quatrième, les sentimens des Docteurs sont fort partagez à cause de ces paroles redoublées, si sine liberis legitimis & naturalibus, & ex legitimo matrimonio natis, qui font présumer que le testateur n'a voulu appeler à la succession que les enfans qui seroient nez dans un mariage legitimelement & solennellement contracté; les autres rejettent cette opinion comme trop rigoureuse, & du Moulin sur les Conseils d'Alexandre, l. 7. Conf. 5. dit que illa verba, ex se legitimatis, sunt apposita ad excludendum tantum legitimatos per rescriptum Principis; Barry, de condit. & demonstr. l. 17. t. 12. Mantica, de coniect. ult. vol. l. 11. c. 10.

Il est sans difficulté que le mot liberi comprend non seulement les enfans issus du donateur, mais aussi les petits-enfans & tous ses descendans; mais s'il s'étoit servi du mot de fils, les petits-enfans & les descendans seroient-ils manquer la condition? Il faut tenir que tous les descendans sont compris sous le nom de fils; & du Moulin sur le Conf. 37. l. 6. d'Alexandre, ajoute que filii appellatione nepotem contineri, multo facilius in conditione quam in dispositione.

On étend même ce mot de fils jusqu'aux filles, &

soit que le donateur ait parlé d'enfans ou de fils, si sine liberis, aut si sine filiis, fœmina continebuntur, & facient deficere conditionem; Mantica, de coniect. ult. vol. l. 11. t. 6. n. 8. Barry, de condit. & demonstr. l. 17. t. 12. n. 20. Si toutefois la clause contenoit ces mots, si sine filiis masculis decesserit, les femmes en seroient exclues.

Cas où sous les mots d'enfans ou de fils, les femmes sont comprises.

C'est une question, dit Tronçon sur l'art. 272. de la Coutume de Paris, altissimâ eruditione dignissima, si la donation d'une terre étant faite en faveur de mariage avec cette condition, s'il y a fils du mariage, il suffit qu'il soit né un enfant, bien qu'il soit mort incontinent après, etiam si momento durasset, sufficeret conditionem extitisse? Le Parlement de Paris a jugé pour la négative: Il y a sur ce sujet deux loix contraires dans le Droit Romain, la l. Ex facto, §. 7. D. ad Senat. Consult. Trebell. si quis susceperit filium, & eum vivus amiserit, videbitur sine liberis decessisse. La l. 4. C. quando dies legat. ced. dit au contraire, satis esse natos liberos, licet postea decesserint. Ces paroles, s'il y a enfans, semblent desirer qu'il y ait des enfans au tems que la donation doit avoir son effet.

M^r du Val, de rebus dub. tract. 3. propose cette question: Une mere avoit donné un heritage à sa fille & à ses enfans nez & à naître; la mere de ces enfans aiant vendu cet heritage, ses enfans qui avoient renoncé troublerent l'aquereur, on demande si leur action est legitime? La raison de douter est, que la donatrice a voulu donner premierement à sa fille, & ensuite à ses petits-enfans, l. Peto 69. §. Fratres, de legat. 2. on a jugé néanmoins au Parlement de Paris, que le legs étoit réputé fait à la fille seulement; & bien qu'il fût fait mention des enfans, & que la clause contint ces termes, pour être propre à elle & à ses enfans, que hac verba non disponebant: ratio enim legandi nihil disponit, neque cohaeret legato, l. Cum tale, §. Cum falsam, de condit. & demonstr. hic autem liberi & si designentur tam nati quam nascituri, non sunt tamen in dispositione.

La troisième condition que les donateurs aposent quelquefois à leurs dons, est la défense d'aliener: Les Docteurs ne sont pas d'accord sur cette question, si ces prohibitions d'aliener sont valables à l'égard d'un étranger, & l'on fait difference entre les prohibitions contractuelles & les testamentaires.

La prohibition d'aliener peut être faite en trois manieres, ou par la loi, ou par un contrat, ou par un testament; lorsqu'elle est faite par la loi pour une cause publique & perpetuelle, elle est inviolable, l. ubi lex, D. de fidejuss. quand elle est portée par un contrat, elle n'a point d'effet, suivant le Droit Romain; elle produit veritablement une action au donateur contre le donataire & ses heritiers, mais elle n'empêche point la translation de la propriété ni la prescription, l. Eâ lege, de condict. ob caus. Lorsque la prohibition d'aliener est portée par un testament, les Interprètes du Droit Civil la réputent valable: M^r d'Argentré au contraire est d'avis, nullâ testatoris prohibitionem aut domini translationem aut prescriptionem impediri posse: son raisonnement est qu'un particulier, ni même un Juge, n'a pas assés d'autorité pour tirer hors du commerce une chose laquelle en est susceptible, art. 266.

Trois sortes de prohibitions d'aliener qu'on peut aposer dans les donations.

Par la jurisprudence des Arrêts celui qui donne ce que la Coutume lui permet de donner, peut valablement aposer la prohibition d'aliener. Le sieur de Bedasne donna un heritage à une sienne bâtarde, à condition qu'elle ne pourroit l'aliener, & qu'en cas qu'elle mourût sans enfans, & les enfans de ses enfans, l'heritage retourneroit aux enfans du donateur ou à ses heritiers: Cette fille aiant été mariée, nonobstant la prohibition d'aliener, le mari vendit une partie des choses données qu'il remplaça néanmoins sur un autre fonds; mais après la mort du mari & de la femme, ils furent aussi vendus par leur fils qui

Le donateur peut aposer une prohibition d'aliener, & stipuler un retour en cas de mort du donataire sans enfans.

par après mourut sans enfans ; les heritiers du sieur de Bedafne obtinrent des lettres de loi apacente pour rentrer en la possession du fonds que leur pere avoit donné : les heritiers du fils s'étant chargez de garantie pour les aquereurs , disoient que cette prohibition d'aliener étoit nulle, n'étant pas au pouvoir des particuliers de retrancher du commerce les choses dont il est permis de disposer ; que ces prohibitions contractuelles sont défendues par le Droit Romain ; en tout cas cette stipulation du retour des choses données aux heritiers du donataire , ne pouvoit valoir que pour les choses qui se trouvoient encore en la succession du donataire ou de ses heritiers : Il étoit même de l'intereft public de n'autoriser pas ces especes de contrats qui broüilleroient les familles, si l'on pouvoit déposséder des aquereurs de bonne foi , en vertu de conditions que le tems avoit rendues inconnues ; les heritiers faisoient valoir la loi du contrat ; que la donation n'ayant été faite qu'à cette condition , l'on ne pouvoit empêcher qu'elle n'eût son execution , puisqu'elle étoit avenue : Par Arrest du 14 de Novembre 1633, il fut dit à bonne cause la loi apacente , plaidans Coquerel & Baudry.

Si les heritiers du donateur peuvent revendiquer un fonds donné à charge qu'en cas d'alienation , le retour s'en feroit au donateur ou à ses heritiers ?

Au procès de Guibert contre le Pelletier , il étoit question de savoir si les heritiers du donateur pouvoient revendiquer le fonds donné sous cette condition , qu'en cas d'alienation par le donataire le donateur ou ses heritiers pouvoient s'en remettre en possession ? Par Arrest du 11 de Juillet 1623, il fut jugé au profit des heritiers du donateur , que la prescription ne couroit contre eux que du jour de l'alienation , quoi que l'heritage eût été durant trois generations en la famille du donataire , l. *Ea lege, de condit. ob caus. l. ult. de ann. except.* La donation avoit été faite sous cette condition , que si le donataire ou ses hoirs alienoient hors de leur famille la chose donnée , le donateur ou ses hoirs pouvoient la reprendre en payant trente livres. Il paroissoit rigoureux qu'après cinquante ou soixante années de possession, le donateur ou ses heritiers fussent recevables à troubler les aquereurs , qui pouvoient aléguer que la condition & la faculté de faire quelque chose se prescrit par quarante ans ; que depuis la donation trois ou quatre generations étoient passées , de sorte que quand c'eût été une substitution , elle ne pouvoit excéder le troisième degré. Les décadans du donateur representoient que la prescription n'avoit pu commencer que du jour de l'alienation , d'autant que l'action n'étoit ouverte que de ce tems-là , *actio nondum nata prescribi non potest* ; qu'ils avoient formé leur demande dans les dix ans du jour de la vente , & qu'il étoit juste d'accomplir la loi que le donateur avoit imposée.

La condition non accomplie rend nulle la donation.

Le donateur ne peut s'en dispenser lorsqu'il peut l'accomplir. Marie Larchevesque veuve du sieur d'Épreville-Coton qui étoit Gentilhomme , par son contrat de mariage avec du Croq , sieur de Limerville , lui donna le tiers de ses meubles , à condition qu'il acheteroit une Charge de Secretaire , & qu'il la garderoit pendant vingt ans , à faute de quoi la donation feroit nulle ; que si toutefois elle mourroit dans l'année du mariage , la donation auroit son effet : Durant quatre années que ce mariage dura, du Croq ne traita point d'un Office de Secretaire , & nonobstant le contredit des heritiers de cette Demoiselle , la donation aiant été jugée valable par Sentence des Requêtes du Palais ; sur l'apel des sieurs de Pidafne & du Mesnil-Vasse , Maurry & de Freville leurs Avocats remontreroient que la donation étant conditionnelle , elle étoit nulle à faute par le mari d'en avoir accompli la condition , *non aliàs datura* ; sa volonté étoit juste , car étant veuve d'un Gentilhomme , elle vouloit conserver sa qualité en obligeant son second mari de se faire pourvoir d'un Office de Secretaire , & aiant pu executer cette condition durant quatre années que ce mariage avoit duré , il devoit s'en imputer la faute : Theroulde prétendoit pour du Croq , que ce défaut

eût été considerable si cette Demoiselle avoit survécu son mari , parce qu'elle n'eût pu jouir de la qualité de Noble , l'ayant perdue par son mariage avec ledit du Croq ; mais l'ayant précédé , l'execution de la condition lui auroit été inutile ; qu'après tout ce n'étoit pas une donation conditionnelle , *sed sub modo, modus autem non adimpletus non facit deficere donationem*. On répondoit qu'en tout cas *modus esset conditionaliter conceptus* , mais que l'on ne pouvoit concevoir une condition en des termes plus précis : Par Arrest du 23 de Janvier 1663, le mari fut privé de la donation.

On expliqua favorablement pour une mere la clause d'une donation qu'elle avoit faite à son fils en faveur de son mariage , de son dotaire & de son bien à la charge d'une pension , & à cette condition que si son fils mourroit sans enfans , le tout lui reviendroit ; le fils laissa un enfant qui mourut quelque tems après sans enfans : lorsque la mere voulut reprendre la possession de son bien , elle y fut troublée par sa propre fille qui étoit heritiere de son neveu , & qui soutenoit que la condition n'étoit point arrivée , le fils aiant laissé un enfant. La mere répondoit que cette condition du retour en cas que son fils ou l'enfant de son fils mourût avant elle sans enfans , étoit sous-entendue naturellement : *hac conditio inerat tacite* , suivant cette belle Décision de Papinien en la l. *Cum avus, D. de condit. & demonstr. minus scriptum plus cogitatum erat* ; elle ne s'étoit pas exprimée plus clairement , dans l'esperance que son fils la survivroit ou les enfans qui naistroient de lui ; mais cet ordre naturel étant troublé , on devoit présumer qu'elle ne s'étoit dépourvue de son bien que par un excès d'affection qu'elle avoit eu pour son fils & pour les enfans qui naistroient de lui : Par Arrest du 21 de Mars 1670, l'on confirma la Sentence qui maintenoit la mere en la possession de son bien.

Condition non exprimée dans une donation, expliquée en faveur de la mere donatrice.

Le sieur de S. Jean d'Arbouville avoit donné à un Gentilhomme qui l'avoit servi , deux cens livres de rente avec cette condition , que si le donataire mourroit sans enfans , la rente retourneroit au donateur ; le donataire eut une fille qui lui succeda , mais étant morte à l'âge de huit ans , le sieur de S. Jean prétendit que la condition apposée à la donation étoit avenue , & que par conséquent la rente lui devoit revenir ; il fut debouté de sa demande par Sentence du Bailli de Rouen : Sur son apel , le Bourgeois son Avocat disoit qu'il falloit considerer l'intention du donateur , & le motif de la donation ; qu'il étoit apparent qu'elle étoit pour tourner au profit du donataire & de ses enfans , & non point de ses parens collateraux , qui n'étoient pas favorables. Maunoury pour l'heritier de la fille , répondoit que les termes de la donation étoient si clairs , qu'ils n'avoient point besoin d'explication ; le retour n'étoit stipulé qu'en cas que le donataire mourût sans enfans ; la condition n'étoit point avenue ; le donataire avoit laissé une fille qui n'étoit décedée que sept ans après son pere ; que si l'intention du testateur avoit été d'étendre plus loin la condition de la reversion , il se fût expliqué d'une autre maniere , & il auroit ajouté que la donation lui retourneroit en cas que le donateur & ses enfans mourussent sans enfans : Par Arrest du 19 Mars 1682, la Sentence fut confirmée.

An conditio tacita, si sine liberis decesserit, naturaliter inest donationi vel substitutioni? vide l. cum avus, de condit. & demonstr. l. generaliter, C. de instit. & substit. l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. & Mantica, lib. 10. t. 7. & sequent. Barry, de condit. & demonstr. l. 17. t. 17.

La Coutume ne permet de donner entre vifs le tiers des immeubles qu'à la charge de contribuer à ce que doit le donateur lors de la donation ; cette contribution est ordonnée fort justement , *non enim plus est in donatione bonorum, quam quod superest deducto, ere alieno, l. mulier bona, de jure dotal.*

La question étoit autrefois fort douteuse , si celui

Le donataire du tiers des immeubles doit contribuer à ce qui est dû par le donateur lors de la donation.

qui possédoit tout ou partie des biens du défunt à titre singulier, soit de vente, d'échange ou de donation, étoit tenu aux dettes ? Par la disposition de la loi *Æris alieni, C. de donat.* il n'y étoit point obligé ; *Æris alieni necessitas non ejus est, qui titulo particulari possidet, sed totius juris universalis successoris onus est,* qui ne peut être que l'heritier, parce que l'hérédité ne peut être déferée qu'à droit successif, soit *ab intestat*, ou par testament ; mais si elle est vendue ou donnée on acquiert bien un droit universel, *sed titulus universalis non est, & idem venditâ quantumcumque hereditate non fit emptor hæres, emptâ licet hereditate.* *Argent. art. 219. gl. 7. n. 7. & sequent.* l'heritier institué étoit obligé d'aquiter les dettes, *l. 1. si cert. patr.* Mais si le donataire particulier, *per modum quota*, étoit déchargé du paiement des dettes, l'on pouvoit donner plus que le tiers de ses immeubles, & c'est pourquoi nôtre Coûtume, non plus que celle de Paris, ne fait point de distinction entre l'heritier universel & particulier, l'un & l'autre est tenu à la contribution des dettes à proportion de ce qu'il amende des biens du donateur.

Le donataire toutefois n'est tenu de contribuer qu'aux dettes contractées lors de la donation entre-vifs ; car la donation étant parfaite, il n'est plus au pouvoir du donateur de la diminuer ou de la rendre inutile : ce que la Coûtume a prudemment ordonné pour faire cesser cette question qui est si problématique entre les Docteurs ; d'Argentré, article 219. *gl. 7. Loüet, l. D. n. 69.*

Mais par quelle voie les creanciers peuvent-ils se pourvoir contre le donataire ? Il est constant que par la disposition du Droit les creanciers n'ont aucune action, encore bien que par la donation le donataire eût été chargé de paier les dettes, *l. 2. C. de pact. l. 2. de hered. vend. l. Cum res ; l. Cum filio tuo, C. de donat.* mais ils sont tenus de s'adresser contre le donateur ou son heritier. M^r Boyer en sa Décif. 204. estime que le donataire qui est chargé d'une dette peut être contraint personnellement de la paier pour éviter le circuit, par argument de la *l. Dominus, de condit. indebit. D.* & suivant l'opinion commune les creanciers ne peuvent former leur demande directement & par une action personnelle contre le donataire, avant la discussion des biens du donateur ou de ses heritiers ; que s'ils sont insolubles, ou que le donateur n'ait aucuns heritiers, on peut s'adresser directement contre le donataire universel des biens du donateur, comme étant en la place de l'heritier, *l. his verbis, D. de hered. inst. Sed hodie,* dit M^r d'Argentré, *spretâ Juris Civilis subtilitate, recta dantur actiones creditoribus hereditariis adversus donatarios. de donat. art. 219. gl. 7.* Imberten son Enchirid. *verbo (de verborum differentia.) Loüet, l. D. n. 54. & 69.*

Si la donation n'étoit pas du tiers des immeubles, le creancier n'auroit pas une action personnelle, & ne pouroit s'ataquer directement contre le donataire : la raison est que la Coûtume permettant de donner le tiers, le donataire n'est point tenu au paiement des dettes quand il n'en a point été chargé, si la chose donnée déduction faite des dettes du donateur n'excede point le tiers ; mais lorsque la donation est du tiers, le donataire est tenu de répondre à la demande des creanciers jusqu'à la valeur de son don, puisque la Coûtume l'y oblige expressément, & ce seroit un circuit inutile & plein de dol de renvoyer l'action contre les heritiers ; cela peut être juste lorsque le donataire n'est point tenu des dettes, & qu'il ne peut être poursuivi par les creanciers que lorsque le donateur & ses heritiers sont insolubles ; mais les heritiers mêmes aians une action contre le donataire, il seroit superflu de renvoyer les creanciers contr'eux, étant naturellement subrogez à leurs droits, & pouvant par conséquent exercer toutes les actions qui leur appartiennent ; & je n'estime pas qu'en ce cas les lettres de subrogation soient nécessaires, par cette

raison que la Coûtume oblige expressément le donataire à la contribution aux dettes. Si la donation étoit faite à l'heritier présomptif & par avancement d'hoirie, il pouroit être poursuivi sans discussion, suivant l'article 52. de la Coûtume d'Amiens, *sed teneretur solvere usque ad concurrentiam donationis tantum :* *Molin. ad art. 82. de la Coûtume d'Artois :* Par Arrest donné en la Chambre de l'Edit, le 10 d'Avril 1605. entre Damours & Suhart, un neveu donataire de son oncle & son heritier présomptif, fut condamné personnellement envers les creanciers de son oncle antérieurs de la donation, nonobstant sa défense de ne devoir être condamné que comme un acheteur ; mais il fut dit qu'il ne seroit tenu de paier que jusqu'à concurrence de la valeur des choses données.

Berault sur l'art. CCCCXLIII. dit que le légataire universel doit paier les dettes mobilières, ou renoncer à son legs, & il raporte un Arrest qui l'a jugé de la sorte ; cela fait naître cette question, si un donataire universel seroit reçu à prendre les choses données par bénéfice d'inventaire ? mais ce remède n'étant donné qu'à l'heritier, suivant la loi *fin. C. de jure delib.* il ne doit pas être étendu aux donataires ou légataires ; & c'est la jurisprudence du Parlement d'Aix. Bonif. tom. 1. l. 87. t. 5. c. 2.

Puisque j'ai parlé des actions que les creanciers & les heritiers du donateur ont contre les donataires, il faut savoir aussi quelles sont les actions que les donataires ou légataires peuvent exercer contre les heritiers du donateur, & s'ils peuvent être convenus personnellement pour la part & portion qu'ils prennent aux biens du donateur & hipotéquairement pour le tout, ou s'ils en sont tenus solidairement ?

Dans les lieux où les heritiers ne sont tenus personnellement aux dettes que pour la part qu'ils succèdent, & hipotéquairement pour le tout, les opinions des Auteurs François sont différentes sur ce point, si à l'égard des donataires & légataires l'action hipotécaire se peut diviser comme la personnelle ? Bacquet, des droits de Justice, c. 8. n. 26. prétend que c'est une loi établie, que l'hipotéque ne se divise point dans les pais Coûtumiers ; Et Mornac sur la loi *si creditores 18. C. de pactis*, cite un Arrest par lequel un heritier fut condamné à paier un legs hipotéquairement pour le tout : Ricard a combattu cette opinion en son traité des Donations, p. 2. c. 1. sect. 4. & prétend que l'action hipotécaire ne surpasse point la personnelle à l'égard des légataires, & son raisonnement est que le testament n'a son effet que par la mort du testateur, & qu'ainsi l'obligation n'aient son être que contre les heritiers, & cette obligation n'étant point solidaire dès sa naissance, ils ne peuvent être tenus que pour leur part & portion.

Cette difficulté ne peut être formée que pour les donations testamentaires ; car à l'égard des donations entre-vifs, comme elles ont leur effet du vivant du donateur, on peut poursuivre pour la délivrance des choses données, si le donateur en avoit retenu l'usufruit, de la même maniere que l'on feroit pour tous les autres faits du donateur ; mais comme en Normandie les heritiers sont tenus solidairement de ses faits, & non point pour leur part, on ne peut pas douter qu'il ne puisse être convenu hipotéquairement pour le tout ; mais à l'égard des légataires, si l'obligation avoit sa naissance contre les heritiers, il y auroit apparence de dire que l'action hipotécaire ne surpasse point la personnelle ; mais quoi que l'action ne prenne son être contre les heritiers qu'après la mort, il ne s'ensuit pas que l'obligation n'ait commencé en la personne du testateur, & que par conséquent ses heritiers ne puissent être convenus pour le paiement des legs, de la même maniere qu'ils le seroient pour les autres faits du testateur ; de sorte qu'en Normandie bien loin que l'action hipotécaire pût être divisée, l'action personnelle peut être exercée solidairement contre les heritiers.

Le légataire universel doit paier les dettes mobilières, ou renoncer au legs.

Si le donataire universel est reçu à prendre les choses données par bénéfice d'inventaire ?

Des actions des donataires ou légataires contre les heritiers du donateur.

En Normandie les heritiers sont tenus solidairement des faits du donateur.

De l'action des creanciers & heritiers du donateur contre le donataire.

Quid ? Lorsque la donation n'est pas du tiers des immeubles.

Quoi que les heritiers dussent executer religieusement les dispositions de ceux auxquels ils succèdent lorsqu'elles sont conformes aux loix, neanmoins ils s'aquient presque toujours avec regret de ce devoir, & il faut que la donation soit tres-parfaite lorsque l'heritier se dessaisit volontairement : cependant il n'est pas raisonnable qu'il profite du retardement qu'il aporte à l'execution de la donation ; ce qui donne lieu à cette question, s'il doit être condamné aux dommages & interêts envers les légataires, & de quel tems les interêts doivent commencer ?

Si le donataire peut demander des interêts pour le retardement de l'heritier à l'execution de la donation mobiliere ou immobiliere ?

Pour expliquer cette matiere, il faut examiner ces deux points ; le premier, si l'interest peut être demandé de toutes sortes de donations mobilieres ou immobilieres ; & le second, de quel tems les fruits & les interêts peuvent être dūs, si c'est du jour de la donation & du decès du donateur, ou du jour de la demande ?

Lorsque le legs ou la donation est mobiliere, l'on fait distinction entre la donation d'une somme de deniers ou de quelque meuble destiné pour servir ; & qui ne consiste point en argent monnoyé : dans le premier cas, l'on ne doute point que les deniers donnez ne puissent produire interest au profit des donataires ; mais pour les autres legs qui ne sont que pour l'usage du legataire, il n'en est point dû d'interest, si le donateur n'avoit expressément ordonné qu'ils fussent vendus, & que les deniers en fussent employez pour la subsistance du legataire : cette doctrine est prise de la loi 3. §. si auro, D. de usuris : *Si auro & argento facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarium estimatio faciendafit, tractari solet? Planè si materiam istam ideò reliquit, ut ea distracta, pecuniâque refecta fideicommissa solverentur, aut alimenta præstarentur, non oportere frustrationem esse impunitam, responderi oportet : Quid si forte ideò reliquit ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usura, ideòque non exiguntur.*

Il est dû des interêts pour les donations immobilieres.

Pour les donations immobilieres, il n'y a point de difficulté que les fruits en sont dūs, car la chose appartenant au donataire, les fruits qui en proviennent ne peuvent être retenus par l'heritier.

De quel tems sont dūs ces interêts.

Mais nos Auteurs ne conviennent pas de quel tems les fruits & les interêts, sont dūs, si c'est du jour du decès du donateur lorsque la donation est entre-vifs, & que le donateur a retenu l'usufruit ; ou lorsque la donation est testamentaire, si c'est du jour de la demande seulement ? Quelques-uns font distinction entre les donations de choses mobilieres & les donations d'immeubles : Pour les donations mobilieres, que les interêts n'en peuvent être dūs avant la demande, parce qu'ils ne portent pas de profit de leur nature, & ainsi que les heritiers n'étans pas en demeure jusqu'à ce qu'ils soient requis, il ne seroit pas juste de leur faire paier un interest dont ils n'ont point profité ; mais quant aux donations d'immeubles, que les heritiers sont tenus de restituer les fruits dès le jour du decès du donateur : Bacquet, des droits de Justice, c. 8. n. 25.

D'autres sont d'un sentiment contraire, & tiennent indistinctement qu'à l'égard des legs & des dispositions testamentaires, les fruits & les interêts des donations mobilieres ou immobilieres ne peuvent être prétendus avant la demande ; car le legataire ne

peut être dit veritable propriétaire de l'heritage qui lui a été laissé par testament, jusqu'à ce qu'il ait déclaré qu'il acceptoit la liberalité du défunt, & qu'il ait demandé la délivrance du legs qui lui a été fait, & durant qu'il est en demeure de ce faire, la possession de l'heritier est légitime ; Ricard des Donations, p. 2. c. 3.

Il me paroît fort raisonnable que l'interest d'une somme de deniers qui a été léguée, ne commence que du jour de la demande, parce que l'argent ne produit aucun fruit naturellement, & qu'il n'est dû que lorsque celui qui le doit, est en demeure de paier : Il est vrai que par le Droit Romain l'interest d'un legs ou d'un fideicommiss n'est dû que depuis la contestation en cause : *In legatis & fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis consequuntur, l. ult. C. de usur. & fruct. legat.* mais l'article 60. de l'Ordonnance d'Orléans porte en termes exprés, que contre les condamnés à paier certaines sommes de deniers dūs par cédule ou obligation, seront ajugez les dommages & interêts requis pour le retardement du paiement, à compter du jour de l'ajournement qui leur a été fait. Aussi il n'y a point de difficulté sur ce point, que l'interest d'un legs mobilier n'est point dû avant la demande.

Les fruits des immeubles donnez entre vifs sont dūs du jour que la donation a été acceptée, ou du decès du donateur, lorsqu'il a retenu l'usufruit : l'heritier qui est en demeure de faire le delaissement de la chose donnée, ne peut excuser son injuste détention, sur ce prétexte qu'il ne sait point si le donataire acceptera la chose donnée, l'acceptation aiant été faite durant la vie du donateur.

Il ne reste donc plus de difficulté que pour les legs testamentaires : or comme ils sont dūs dès le moment de la mort du donateur, l'on ne peut dire que la possession de l'heritier soit légitime, & qu'il soit en bonne foi lorsqu'il a eu connoissance du testament ; car bien que le legs ne soit pas incontinent agréé par le legataire, neanmoins l'heritier ne pouvant douter qu'il sera tenu de restituer le legs lorsqu'il lui sera demandé, ne peut jamais être en bonne foi, quoi que l'acceptation du legs n'ait point encore été faite ; la connoissance qu'il a eue du testament le constituant en mauvaise foi dès le premier moment de sa possession, ne pouvant jouir d'une chose qu'il savoit bien ne faire plus partie des biens héréditaires.

Par l'ancienne & nouvelle Coutume de Bretagne, titre des Donations, article premier, la donation n'est point valable si elle est faite en haine ou fraude des présomptifs heritiers. M^r d'Argentré témoigne qu'à la dernière réformation de sa Coutume, il fit ajouter ce mot *en haine* : Il eût été plus utile de l'omettre, car on se porte rarement à donner que par quelque dépit ou aversion contre ses heritiers, & les donations qui se font pour récompense de veritables services, sont rares & médiocres : c'est pourquoi ces paroles, *en haine & en fraude*, ne peuvent servir qu'à fournir des prétextes pour contredire toutes sortes de donations : Ces moiens de nullité ne seroient pas admissibles en Normandie, où l'on n'est pas reçu à prouver des faits de suggestion contre une donation entre-vifs, ce qui a été aussi jugé au Parlement de Paris, par Arrest du 10 de Juillet 1647.

Des interêts pour la retention des legstestamentaires.

La preuve de suggestion contre les donations entre-vifs, n'est point recevable en Normandie.

CCCCXXXII.

Donation à l'heritier seul.

Neanmoins si le donateur n'a qu'un heritier seul, il lui peut donner tout son heritage & biens immeubles.

L'on peut induire de cet article que la prohibition de donner n'a d'autre fondement que la faveur de l'heritier présomptif, & la conservation des biens

dans les familles ; de sorte que cette considération venant à cesser, il devoit être en la liberté de celui qui n'avoit point d'heritiers, de donner tous ses biens,

Donations de tous biens, quand est valable.