

OEUVRES
COMPLÈTES
DE POTHIER.

NOUVELLE ÉDITION.

TRAITÉ
DU DOUAIRE.



A PARIS,
CHEZ THOMINE ET FORTIC, LIBRAIRES,
RUE SAINT-ANDRÉ-DES-ARTS, N° 59.
M. DCCCXXI.

TRAITÉ

DU DOUAIRE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

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

Il y a deux espèces de douaire : 1^o le douaire de la femme ; 2^o dans quelques coutumes le douaire des enfants.

PREMIÈRE PARTIE.

Du douaire de la femme.

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

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

TRAITÉ

DU DOUAIRE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

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

Il y a deux espèces de douaire : 1^o le douaire de la femme ; 2^o dans quelques coutumes le douaire des enfants.

PREMIÈRE PARTIE.

Du douaire de la femme.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La femme peut encore en un cas n'avoir aucun douaire, même dans les coutumes qui lui en accordent un. Le cas est celui auquel la femme y auroit expressément renoncé par le contrat de mariage. En vain opposeroit-on contre cette convention que les parties ne peuvent par leurs conventions déroger aux lois :

Privatorum conventio juri publico non derogat; l. 45, §. 1, ff. de R. J. La réponse est que ce principe n'a lieu qu'à l'égard des lois qui ont pour objet quelque intérêt public; mais il en est autrement de celles qui n'ont pour objet que l'intérêt des particuliers. C'est pourquoi Ulpien, en la loi 31, ff. de pact., dit que les parties peuvent, par leur convention, déroger à l'édit des Édiles, en convenant que l'acheteur n'aura pas les actions que cet édit accorde aux acheteurs contre les vendeurs en cas d'éviction. Pareillement la loi qui accorde un douaire aux femmes n'ayant pour objet que leur intérêt particulier, elles peuvent y renoncer valablement par leur contrat de mariage.

Mais, pour qu'elles soient censées y avoir renoncé, il faut que la convention soit bien expresse. C'est pourquoi, par arrêt du 2 mars 1648, rapporté au premier tome du *Journal des Audiences*, dans l'espèce d'une convention matrimoniale, par laquelle il étoit dit, *Il y aura exclusion de communauté... sans que la future épouse prétende aucune chose dans les biens que le futur époux a et possède tant en meubles qu'immeubles, ni même à ceux qui pourront être acquis pendant le mariage, sinon ce qui sera ci-après déclaré*; après quoi il étoit dit plus bas, qu'elle prendroit sur le plus clair des biens du mari autant de fois 200 liv. que le mariage auroit duré d'années, il fut jugé que la femme n'étoit pas censée avoir, par cette convention, renoncé au douaire coutumier, et qu'elle devoit l'avoir, outre ce qui lui avoit été donné.

Nous diviserons cette première partie en sept chapitres. Nous traiterons, dans le premier, de l'origine et

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

CHAPITRE PREMIER.

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

ARTICLE PREMIER.

Quelle est l'origine du douaire.

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

Il est fait mention du douaire dans les capitulaires de nos rois. Il est dit au livre 7, chap. 179 de la collection

de Benedictus Levita, que l'homme, en se mariant, doit doter la femme qu'il épouse, c'est-à-dire lui assigner un douaire : *Per consilium et benedictionem sacerdotis, et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet.*

De là cette ancienne formule qui étoit usitée autrefois dans les célébrations de mariage, comme nous l'apprenons de Philippe de Beaumanoir, qui rapporte que le prêtre fait dire à l'homme, quand il épouse la femme : *Du douaire qui est divisé entre mes amis et les tiens te doue.*

ARTICLE II.

De la nature du douaire.

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

de Benedictus Levita, que l'homme, en se mariant, doit doter la femme qu'il épouse, c'est-à-dire lui assigner un douaire : *Per consilium et benedictionem sacerdotis, et consultu aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet.*

De là cette ancienne formule qui étoit usitée autrefois dans les célébrations de mariage, comme nous l'apprenons de Philippe de Beaumanoir, qui rapporte que le prêtre fait dire à l'homme, quand il épouse la femme : *Du douaire qui est divisé entre mes amis et les tiens te doue.*

ARTICLE II.

De la nature du douaire.

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

contrat de mariage, la loi le règle elle-même; et ce que la loi règle est le douaire coutumier.

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

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

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

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

homme contracte , en se mariant , de pourvoir à la subsistance de sa veuve.

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

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

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

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

Dans l'espèce de l'arrêt c'étoit un enfant d'un premier mariage qui demandoit son douaire aux enfants

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

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

nom de douaire à des avantages immenses qu'il feroit à une seconde femme au préjudice des enfans de son premier mariage, contre la défense de l'édit.

ARTICLE III.

Quelles femmes doivent avoir un douaire.

7. Le droit qu'ont les femmes d'avoir un douaire étant un des effets civils du mariage, c'est une conséquence que, pour qu'une femme après la mort de son mari puisse avoir un douaire sur les biens de son dit mari, il faut non seulement que son mariage ait été valablement contracté, mais il faut aussi que ce soit un mariage qui eût les effets civils.

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

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

nom de douaire à des avantages immenses qu'il feroit à une seconde femme au préjudice des enfans de son premier mariage, contre la défense de l'édit.

ARTICLE III.

Quelles femmes doivent avoir un douaire.

7. Le droit qu'ont les femmes d'avoir un douaire étant un des effets civils du mariage, c'est une conséquence que, pour qu'une femme après la mort de son mari puisse avoir un douaire sur les biens de son dit mari, il faut non seulement que son mariage ait été valablement contracté, mais il faut aussi que ce soit un mariage qui eût les effets civils.

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

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

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

Renusson distingue, lorsqu'une femme étrangère non naturalisée s'est mariée en France, dans une province régie par le droit coutumier, sans avoir fait de contrat de mariage. Si c'est à un homme étranger comme elle, il décide que dans ce cas la femme ne peut prétendre aucun douaire, par les raisons ci-dessus exposées : mais si c'est à un François que cette femme étrangère s'est mariée, quoique sans contrat de mariage, il dit qu'elle pourra demander, après la mort de son mari, le douaire tel qu'il est réglé par les coutumes, non comme douaire coutumier, et comme le tenant de la loi, qui ne l'accorde qu'aux femmes qui ont les droits de citoyen, et non aux étrangères, mais comme le tenant d'une convention qu'on doit supposer être tacitement intervenue entre son mari et elle, par laquelle son mari est censé s'être obligé de lui laisser un douaire ; et ne s'étant pas expliqué sur la

quantité, il est censé le lui avoir accordé tel qu'il est réglé par les coutumes où ses biens sont situés, auxquelles il est censé s'en être rapporté. La présomption de cette convention est fondée sur cette règle de droit: *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione in quâ contrahitur.*

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

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

9. La coutume de Saintonge n'accorde un douaire

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

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

CHAPITRE II.

En quoi consiste le douaire.

SECTION PREMIÈRE.

En quoi consiste le douaire coutumier.

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

Nous diviserons cette section en six articles. Nous exposerons, dans un premier article, la variété des coutumes sur ce en quoi elles font consister le douaire coutumier. Nous verrons, dans un second article, quels sont les biens que la coutume de Paris et le

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

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

CHAPITRE II.

En quoi consiste le douaire.

SECTION PREMIÈRE.

En quoi consiste le douaire coutumier.

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

Nous diviserons cette section en six articles. Nous exposerons, dans un premier article, la variété des coutumes sur ce en quoi elles font consister le douaire coutumier. Nous verrons, dans un second article, quels sont les biens que la coutume de Paris et le

droit le plus commun des coutumes assujettit au douaire; pour quelle portion et sous quelles charges. Nous verrons, dans un troisième, si les immeubles que le mari avoit au temps des épousailles, ou qui lui sont venus depuis de ses père, mère ou autres ascendants, peuvent être sujets au douaire lorsqu'ils sont grevés de substitution après sa mort. Nous verrons, dans un quatrième, si le douaire a lieu dans ce qui est uni aux héritages sujets au douaire, dans ce qui en reste, et dans ce qui y est subrogé. Nous verrons, dans un cinquième, quand les immeubles sujets au douaire, cessent de l'être; et de l'indemnité qui peut être prétendue par la douairière. Enfin nous traiterons, dans le sixième article, du douaire subsidiaire de la coutume d'Orléans et de quelques autres coutumes.

ARTICLE PREMIER.

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

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

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

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

La plupart des coutumes y ajoutent ceux qui, durant le mariage, viennent au mari de ses père, mère

droit le plus commun des coutumes assujettit au douaire; pour quelle portion et sous quelles charges. Nous verrons, dans un troisième, si les immeubles que le mari avoit au temps des épousailles, ou qui lui sont venus depuis de ses père, mère ou autres ascendants, peuvent être sujets au douaire lorsqu'ils sont grevés de substitution après sa mort. Nous verrons, dans un quatrième, si le douaire a lieu dans ce qui est uni aux héritages sujets au douaire, dans ce qui en reste, et dans ce qui y est subrogé. Nous verrons, dans un cinquième, quand les immeubles sujets au douaire, cessent de l'être; et de l'indemnité qui peut être prétendue par la douairière. Enfin nous traiterons, dans le sixième article, du douaire subsidiaire de la coutume d'Orléans et de quelques autres coutumes.

ARTICLE PREMIER.

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

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

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

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

La plupart des coutumes y ajoutent ceux qui, durant le mariage, viennent au mari de ses père, mère

ou autres ascendants, soit à titre de succession, soit à titre de don ou de legs; les dons et legs faits à des enfants, étant censés faits en avancement de succession, ou pour en tenir lieu.

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

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

Quelques coutumes se sont écartées de ce droit commun.

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

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

La coutume de Tremblevif, locale de Blois, a la même disposition que celle d'Orléans, pour le douaire

subsidaire; mais elle ne l'accorde qu'entre roturiers.

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

Nous traiterons du douaire subsidiaire dans un article particulier.

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

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

C'est la doctrine de Dumoulin, en sa note sur l'article de la coutume de Bourbonnois, qui excepte du douaire de la femme les conquêts; *parceque*, dit la coutume, *elle en a la moitié*. Sur quoi Dumoulin dit : *Secus ergò si non est communis; quod est verum si non est communis ab initio in quo derogatur societati: secus*

si non est communis quia renuntiat; non enim doarium augetur, quia semel ab initio limitatum fuit.

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

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

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

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

16. Quelques coutumes n'ont pas fixé le douaire à une certaine portion de certains biens du mari, mais elles l'ont réglé tout différemment. Celle du comté

de Bourgogne règle le douaire des femmes roturieres autiers en usufruit de ce qu'elles ont apporté en mariage.

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

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

Suivant ce principe, lorsque des Parisiens ont contracté mariage à Paris, quoique la coutume de Paris donne aux femmes, pour leur douaire, la moitié en usufruit des héritages que le mari avoit lorsque les parties ont contracté mariage; si ces héritages que le mari avoit alors sont situés sous la coutume de Poitou, la femme n'aura pour son douaire que l'usufruit

du tiers de ces héritages, conformément à la coutume de Poitou, qui règle le douaire au tiers : car, quoique les parties fussent domiciliées sous la coutume de Paris, c'est de la coutume de Poitou que la femme tient son douaire, et non de celle de Paris, qui ne peut accorder aucun droit sur des héritages situés hors de son territoire, et sur lesquels elle n'a aucun empire.

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

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

20. A l'égard des coutumes qui règlent le douaire à la créance d'une somme qu'elles donnent aux femmes contre la succession de leurs maris, telles que sont celles du comté de Bourgogne, de Chabris, de Menetou, que nous avons ci-dessus rapportées, ces dispositions de coutumes, qui ont pour objet de donner aux femmes un droit, non dans des choses, mais contre la personne de leurs maris, en faisant contracter aux hommes qui se marient l'obligation de laisser après

leur mort, à leurs femmes, la somme à laquelle elles ont réglé le douaire, sont des statuts personnels, qui ne peuvent par conséquent obliger que les personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans leur territoire lorsqu'elles contractent mariage.

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

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

ARTICLE II.

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

21. C'est ce que nous apprenons de l'article 248 de la coutume de Paris; il est conçu en ces termes :
 « Douaire coutumier est de la moitié des héritages que
 « le mari tient et possède au jour des épousailles et bé-
 « nédiction nuptiale, et de la moitié des héritages qui,
 « depuis la consommation dudit mariage, et pendant

leur mort, à leurs femmes, la somme à laquelle elles ont réglé le douaire, sont des statuts personnels, qui ne peuvent par conséquent obliger que les personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans leur territoire lorsqu'elles contractent mariage.

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

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

ARTICLE II.

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

21. C'est ce que nous apprenons de l'article 248 de la coutume de Paris; il est conçu en ces termes :
 « Douaire coutumier est de la moitié des héritages que
 « le mari tient et possède au jour des épousailles et bé-
 « nédiction nuptiale, et de la moitié des héritages qui,
 « depuis la consommation dudit mariage, et pendant

« icelui, échéent et aviennent en ligne directe audit
« mari. »

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

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

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

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

meubles les rentes; car l'homme n'a pu par son fait, en changeant de domicile, diminuer le douaire de la femme.

Vice versâ, lorsqu'un homme qui se marie est domicilié sous une coutume qui répute meubles les rentes, celles dont il étoit propriétaire alors, qui n'ont point été en conséquence assujetties au douaire, n'y deviennent pas sujettes, quoiqu'elles soient depuis devenues immeubles par la translation de domicile de cet homme sous une coutume qui répute immeubles les rentes; car cet homme n'a pu par son fait, en changeant de domicile, augmenter le douaire de sa femme.

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

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

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

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

Renusson prétend que dans ce cas on doit évaluer l'héritage réversible pour le temps de la jouissance qui en reste; qu'on doit pareillement évaluer la rente viagère, et qu'on doit payer à la douairière l'intérêt de la somme à laquelle auront été évalués l'héritage réversible ou la rente viagère, au prorata de la portion pour laquelle la douairière a droit de jouir en usufruit de l'héritage réversible ou de la rente: sans cela, dit cet auteur, si la femme percevoit les fruits de l'héritage réversible, ou les arrérages de la rente viagère, et que la réversion de l'héritage ou l'extinction de la rente arrivassent du vivant de la douairière, il arriveroit que la douairière auroit absorbé le fonds de la chose sujette à son usufruit, dont elle ne doit néanmoins avoir que l'usufruit. Cette opinion de Renusson *quamvis quamdam proferat speciem æquitatis*, est contraire aux principes. Ce n'est pas de l'estimation de l'héritage réversible et de la rente viagère que la douairière a l'usufruit; c'est de l'héritage même et de la rente même: elle doit donc percevoir les fruits de l'héritage et les arrérages de la rente. Quoiqu'il puisse arriver, *ex accidenti*, qu'elle en absorbe le fonds, dans le cas auquel la réversion ou l'extinction de la rente arrive-

roient de son vivant, il suffit qu'elle puisse mourir avant la réversion ou l'extinction de la rente pour qu'il soit vrai de dire qu'elle n'en a que l'usufruit, et que la propriété de l'héritier du mari est quelque chose de réel.

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

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

Il en est de même de la somme d'argent donnée au mari en mariage par ses père et mère, avec la clause *pour être employée en achat d'héritages*. Quoique la coutume de Paris, art. 93, la répute immeuble, elle n'est pas sujette au douaire; car ce n'est que par fiction que la coutume la répute telle, à l'effet de l'ex-

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

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

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

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

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

que le bail ait été fait à perpétuité, soit qu'il ait été fait à longues années.

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

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

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

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

Mais lorsque la femme a renoncé à la communauté,

une somme d'argent) les intérêts de cette somme commencent à courir à son profit.

C'est pourquoi, dans les coutumes où le douairier est saisi de plein droit de son douaire du jour de son ouverture, c'est-à-dire du jour de la mort de son père, tous les fruits à recueillir sur les héritages sujets au douaire devant depuis ce jour lui appartenir, et, lorsque le douaire consiste en une somme d'argent, les intérêts de cette somme commençant dès ce jour à courir à son profit, c'est aussi de ce jour que le douairier, qui rend à la succession de son père ce qui lui a été donné par son père, doit tenir compte des fruits et des intérêts.

Dans les coutumes où le douairier n'est pas saisi de plein droit de son douaire, les fruits des héritages sujets au douaire n'étant dus au douairier que du jour de la demande, et, lorsque le douaire consiste en une somme d'argent, les intérêts ne lui en étant dus que dudit jour, ce n'est aussi que dudit jour que le douairier doit compter à la succession de son père des fruits des héritages et des intérêts des sommes qu'il doit rendre à la succession; ou, lorsqu'il n'y a pas de demande du douaire, du jour que l'héritier ou le curateur en a mis le douairier en possession, sans attendre qu'il l'ait demandé.

S'il n'y avoit qu'une partie des héritages sujets au douaire qui fût située sous une coutume où le douaire doit être demandé, *putà* le quart, et que le surplus fût situé sous une coutume où le douairier est saisi de plein droit, le douairier donataire ne seroit tenu de compter du quart des fruits des héritages, et du quart

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

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

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

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

Par la même raison, lorsqu'un de mes amis, mort avant mon mariage, m'a légué un certain héritage sous

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

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

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

qu'il est censé avoir tenus et possédés pour le total au temps des épousailles, et qui sont par conséquent sujets au douaire.

Il en est de même des licitations et des autres actes qui tiennent lieu de partage. Le mari, qui, au temps des épousailles, possédoit pour une part indivise un héritage qui depuis lui est échu pour le total, par la licitation ou autre acte tenant lieu de partage, est, au moyen de l'effet rétroactif qu'on donne à ces actes, censé l'avoir tenu et possédé pour le total dès le temps des épousailles, à la charge d'un retour envers ses cohéritiers et copropriétaires; et par conséquent l'héritage doit être, pour le total, compris dans la masse de ses biens qui sont sujets au douaire.

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

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

Si ces retours avoient été acquittés durant la communauté, la douairière qui a accepté la communauté ne pourra, pendant tout le temps que durera son douaire,

exiger des héritiers de son mari la récompense qui lui est due de la moitié des sommes tirées de la communauté pour acquitter lesdits retours : les intérêts qu'elle doit desdits retours, pour la part dont elle jouit dans lesdits héritages, devant se compenser avec ceux de la récompense qui lui est due.

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

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

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

Par exemple, le mari, dès le temps des épousailles, avoit une seigneurie à laquelle étoit attaché

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

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

Le mari, suivant cette règle de droit, *Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*, l. 15, ff. de R. J., étoit censé, au jour des épousailles, tenir et posséder l'héritage par la possession ou quasi-possession en laquelle il étoit du droit de retrait conventionnel, par lequel il en est depuis devenu propriétaire. Le droit de

retrait que le mari avoit dès le jour des épousailles étoit un droit né, un droit immobilier qui faisoit partie de ses biens, lequel étoit, comme tous ses autres immeubles, sujet au douaire : l'héritage qui lui tient lieu de ce droit et dans lequel ce droit s'est terminé, y doit pareillement être sujet.

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

de l'acquisition que j'ai faite de l'héritage, en l'exerçant : ce droit, dès avant que je l'exerçasse, faisoit si bien partie de mes biens, que je pouvois en disposer et le céder à un tiers. Observez, comme nous l'avons déjà fait *suprà*, n. 33, que l'héritage n'est sujet au douaire que sous la déduction de ce qu'il en a coûté pour en exercer le retrait.

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

36. Il ne nous reste plus qu'une observation à faire; c'est qu'il y a un cas auquel des héritages sont sujets

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

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

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

venus au mari de la succession de ses enfans, ne sont pas compris sous ces termes, et ne sont pas sujets au douaire.

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

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

39. Observez que, pour que des choses auxquelles le mari a succédé durant le mariage, à ses père et mère, etc., soient sujettes au douaire, il faut que ce soient des choses réputées immeubles, non seulement

dans la personne du mari qui y a succédé, mais dans celle du défunt à qui il a succédé.

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

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

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

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

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

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

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

42. Si le père (ou quelques autres ascendants) du mari lui avoit, par contrat de mariage, assuré la part qu'il doit avoir dans sa succession; le mari étant depuis prédécédé, cette clause du contrat de mariage donne-t-elle à la veuve le droit de prétendre que les héritages de la succession du père de son mari sont sujets à son douaire pour la moitié de la part qu'y eût eue son mari s'il ne fût pas prédécédé? Les termes, *pendant icelui*, résistent formellement à cette pré-

ention de la veuve. Tout l'effet de la clause est que le père s'obligeoit par cette clause à ne point diminuer, par des avantages faits à d'autres enfants, la part que le fils qu'il marioit espéroit dans sa succession: mais le mari n'a, par cette clause, acquis aucun droit dans les biens de son père, du vivant de son mari. Les héritages qui se trouvent dans la succession de son père n'ont jamais appartenu au mari, et ne peuvent par conséquent être sujets au douaire de la femme, qui n'a ce droit que dans les héritages qui ont appartenu à son mari.

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

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

43. Lorsque le mari a recueilli, pendant le mariage, une substitution d'héritages, faite par un de ses ascendants; quoique ces héritages soient venus au mari par le canal d'un collatéral, ou même d'un étranger, ils sont néanmoins censés lui être avenues en ligne directe: ils sont en conséquence sujets au douaire. La raison est qu'un substitué qui recueille une substitution, tient de l'auteur de la substitution, et non du grevé, les biens compris dans la substitution, *tenet à gravante, non à gravato*.

Vice versâ, par la même raison, si l'auteur de la substitution étoit un parent collatéral du mari, qui en auroit grevé le père du mari; quoique le mari ait,

pendant le mariage, recueilli les héritages compris en la substitution à la mort de son père, et par le canal de son père, ces héritages ne seront pas sujets au douaire, mais ils tomberont dans la communauté, le mari étant censé les tenir de l'auteur de la substitution, et par conséquent à titre de don à lui fait par un collatéral.

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

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

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

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

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

Il en est de même, quoique ce soit un second ou autre ultérieur mariage, si les biens que le mari tient

et possède au temps de ce mariage ne se trouvent pas engagés à un autre douaire d'un mariage précédent ; *putà*, parcequ'il n'a pas d'enfants de son premier ou autres précédents mariages.

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

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

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

C'est la disposition de l'article 253 de la coutume

de Paris, qui est conçu en ces termes : « Quand le père
 « a été marié plusieurs fois, le douaire coutumier des
 « enfants du premier lit est la moitié des immeubles
 « qu'il avoit lors dudit premier mariage, et qui lui
 « sont venus pendant icelui mariage en ligne directe
 « (de ses ascendans) ; et le douaire coutumier des
 « enfants du second lit (et par conséquent de la se-
 « conde femme) est le quart desdits immeubles, en-
 « semble moitié, tant de la portion des conquêts ap-
 « partenans au mari, faits pendant le premier mariage,
 « que des acquêts par lui faits depuis la dissolution du-
 « dit premier mariage jusqu'au jour de la consumma-
 « tion du second, et la moitié des immeubles qui lui
 « échéent en ligne directe pendant ledit second ma-
 « riage, et ainsi conséquemment des autres mariages. »

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

elle ne le tient pas de son mari, elle le tient de la loi.

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

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

La règle, *Douaire sur douaire n'a lieu*, empêche qu'elle n'y puisse être comprise. Le douaire du second mariage ne peut être assigné que sur le surplus. Quoique par la suite, pendant le second mariage, la portion qui a été distraite, comme étant alors due pour le douaire du premier mariage, cesse d'être affectée à ce douaire par le prédécès des enfants du premier mariage, le second douaire pour cela n'est point augmenté, et la veuve ne peut prétendre aucune part

dans cette portion, puisqu'elle n'a point été comprise dans les biens sur lesquels la coutume a assigné le douaire du second mariage.

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

Paris. Borjon atteste que c'est l'opinion commune du Châtelet de Paris.

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

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

Cette opinion ne paroît pas soutenable, étant formellement contraire au principe, *Douaire sur douaire n'a lieu*, sur lequel est fondé l'article 253 de la coutume de Paris. Quoique le douaire du premier mariage ne consiste que dans la créance d'une somme d'argent, il n'en est pas moins un douaire auquel sont affectés les héritages du mari jusqu'à concurrence de la somme due pour ce douaire. Si le douaire du second mariage étoit à prendre généralement dans tous les héritages du mari, sans en distraire une portion à suffire pour

acquitter le premier douaire, il y auroit douaire sur douaire, puisque ce qui doit servir à acquitter le premier douaire feroit partie de la masse dans laquelle le second est à prendre. C'est pourquoi, si on ne veut pas suivre l'opinion de ceux qui pensent que, même dans le cas auquel, par le contrat du premier mariage, il y auroit une entière exclusion de douaire, le douaire du second doit souffrir la réduction telle qu'elle est portée par l'article 253 de la coutume de Paris, en faisant dans les héritages dans lesquels le douaire du second mariage est à prendre distraction de la moitié des héritages que le mari avoit dès le temps du premier mariage, et en n'accordant pour le douaire du second mariage dans lesdits héritages que la moitié du surplus desdits héritages, qui est le quart au total d'iceux. Il faut au moins, si on ne veut pas suivre cette opinion, distraire desdits héritages, sinon la moitié, au moins une portion à suffire pour acquitter le douaire du premier mariage, et n'accorder dans lesdits héritages que la moitié du surplus pour le douaire du second.

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

moitié du tiers restant desdits héritages, qui est un sixième au total.

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

52. Il est évident que le principe, *Douaire sur douaire n'a lieu*, ne concerne pas les coutumes qui n'accordent pas de douaire aux enfants, ces coutumes n'accordant qu'un seul douaire en faveur de la veuve. C'est pourquoi, si par une convention particulière du contrat du premier mariage, on avoit, dans ces coutumes, stipulé aux enfants qui en naistroient un douaire de la moitié, ou d'une autre portion des héritages que l'homme

avoit alors; ce douaire inconnu à la coutume, qui naît de cette convention, ne devoit diminuer celui du second mariage que dans le cas auquel il y auroit ouverture; mais dans le cas auquel il n'y auroit pas ouverture, soit par le prédécès des enfants de ce premier mariage, soit parcequ'ils ne se porteroient pas douairiers, le douaire coutumier de la veuve dans tous les héritages que son mari avoit lors des épousailles n'en devoit souffrir aucune diminution. On ne peut opposer à la veuve le principe, *Douaire sur douaire n'a lieu*, ce principe n'ayant pu être établi par une coutume qui n'a établi qu'un seul douaire.

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

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

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

54. Outre cela, le douaire étant un titre universel qui donne à la femme la jouissance de la moitié, ou du tiers, suivant les différentes coutumes, de l'uni-

versalité des héritages et autres biens immeubles que le mari avoit au temps des épousailles, la femme doit payer, à la décharge des héritiers du mari, pareille portion des arrérages qui courront pendant le temps de sa jouissance, des rentes personnelles, soit perpétuelles, soit viagères, dont le mari étoit débiteur dès le temps des épousailles; car ces rentes sont une charge de l'universalité desdits biens, et par conséquent les arrérages sont une charge de la jouissance de l'universalité desdits biens. La douairière doit donc être tenue des arrérages desdites rentes pendant tout le temps que doit durer cette jouissance, pour la portion qu'elle a dans cette jouissance.

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

la moitié des arrérages des 6,000 livres que les biens de Paris doivent porter desdits principaux de rentes, et le tiers des arrérages des 3,000 livres qu'en doivent porter les biens d'Anjou; et elle ne doit rien payer des arrérages des 3,000 livres qu'en doivent porter ceux d'Issoudun, dont la coutume n'accorde aucun douaire.

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

On opposera peut-être que les coutumes de Paris, d'Orléans, et plusieurs autres, font porter à l'héritier aux propres sa part dans les dettes mobilières de la succession. Donc, dira-t-on, les dettes mobilières ne sont pas moins une charge des biens immeubles que des biens meubles; donc, dans ces coutumes, la douairière qui a à titre universel pour une portion la jouissance des biens immeubles que son mari avoit au temps des épousailles doit contribuer aux dettes mobilières dont son mari étoit dès ce temps débiteur.

La réponse est que ces coutumes se sont à la vérité écartées, en matière de succession, de l'ancien principe du droit françois qui charge les biens meubles de toutes les dettes mobilières, et les immeubles, des rentes: mais ne s'en étant écartées que pour cette matière, l'ayant suivi dans la matière de la communauté, qu'elles chargent de toutes les dettes mobilières des

conjoints, comme d'une charge de leurs biens meubles qui y entrent, on doit pareillement suivre ce principe dans la matière du douaire, et regarder en conséquence les dettes mobilières du mari comme une charge de ses biens meubles pour le total, à laquelle la douairière, qui n'a aucune part, en qualité de douairière, dans lesdits biens meubles, ne doit pas par conséquent contribuer, et en doit être acquittée en entier par les héritiers du mari, tant pour le principal que pour les intérêts qui en courroient pendant le temps de la jouissance du douaire.

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

57. La douairière n'est tenue en rien des rentes dues par son mari, qui n'ont été créées que depuis le mariage, quand même elles auroient une cause antérieure au mariage, telles que seroit une rente que le mari auroit constituée depuis le mariage, en paiement d'une obligation dont il étoit débiteur auparavant.

La raison est évidente. Cette obligation étant une dette mobilière dont le douaire de la femme n'étoit pas chargé, il n'a pu être au pouvoir du mari, en la

convertissant en rente, d'augmenter par son fait les charges du douaire.

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

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

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

59. Il y a un cas auquel la douairière n'est pas tenue d'une rente due par le mari, quoiqu'il en fût débiteur dès le temps des épousailles; c'est lorsqu'elle a été constituée dans le temps intermédiaire entre le contrat

de mariage et les épousailles. La raison est tirée d'un principe que nous avons déjà exposé, et dans notre *traité de la Communauté*, et dans celui-ci; qui est que la femme devant compter, par ses conventions matrimoniales, sur l'état des biens de son mari, tel qu'il se trouve, tant en actif que passif, au temps du contrat de mariage, le mari ne peut, par son fait, diminuer le douaire sur lequel la femme avoit droit de compter au temps du contrat de mariage, en le chargeant de rentes qui n'existoient pas alors.

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

ARTICLE III.

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

61. Il sembleroit que les immeubles dont le mari est grevé de substitution après sa mort ne pourroient jamais être sujets au douaire de sa femme, lorsqu'il y a ouverture à la substitution après la mort du mari : car c'est un principe qu'un grevé de substitution ne peut aliéner ni obliger en quelque manière que ce soit les biens compris dans la substitution. Il ne peut donc pas les obliger et affecter au douaire de sa femme au préjudice de la substitution. L'effet de la substitu-

de mariage et les épousailles. La raison est tirée d'un principe que nous avons déjà exposé, et dans notre *traité de la Communauté*, et dans celui-ci; qui est que la femme devant compter, par ses conventions matrimoniales, sur l'état des biens de son mari, tel qu'il se trouve, tant en actif que passif, au temps du contrat de mariage, le mari ne peut, par son fait, diminuer le douaire sur lequel la femme avoit droit de compter au temps du contrat de mariage, en le chargeant de rentes qui n'existoient pas alors.

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

ARTICLE III.

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

61. Il sembleroit que les immeubles dont le mari est grevé de substitution après sa mort ne pourroient jamais être sujets au douaire de sa femme, lorsqu'il y a ouverture à la substitution après la mort du mari : car c'est un principe qu'un grevé de substitution ne peut aliéner ni obliger en quelque manière que ce soit les biens compris dans la substitution. Il ne peut donc pas les obliger et affecter au douaire de sa femme au préjudice de la substitution. L'effet de la substitu-

tion étant de transmettre aux substitués les biens compris dans la substitution, aussitôt après la mort du grevé qui donne ouverture à la substitution, le grevé de substitution n'a pu faire passer, après sa mort, aucun droit de douaire à sa femme dans lesdits biens, qui ne dépendent pas de sa succession, et qui appartiennent aux substitués, qui doivent recueillir la substitution.

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

Le premier cas est lorsque l'auteur de la substitution dont le mari est grevé après sa mort est le père ou la mère, ou quelqu'autre des parents de la ligne directe ascendante du mari. En ce cas, une ancienne jurisprudence, qui a été confirmée par l'ordonnance des substitutions de 1747, art. 45, les assujettit au douaire, à défaut de biens libres.

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

Elle est fondée sur ce que le désir naturel qu'ont les hommes de se reproduire et se perpétuer dans leur postérité doit faire présumer que lorsqu'une personne grevé de substitution quelqu'un de ses enfants, sa volonté n'est pas de le priver des moyens qui sont ordinairement nécessaires pour trouver à faire un ma-

riage convenable : étant ordinairement nécessaire, pour parvenir à cette fin, d'avoir de quoi assigner à une femme un douaire convenable, on doit présumer que l'auteur de la substitution a eu la volonté d'excepter de la substitution dont il a grevé son enfant autant qu'il seroit de besoin pour assigner un douaire convenable à la femme qu'il épousera.

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

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

63. Le douaire se prend-il, à défaut de biens libres, sur les biens substitués, même dans le cas auquel la substitution n'auroit été faite que depuis le mariage?

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

64. Lorsque l'auteur de la substitution dont le mari est grevé n'est pas un de ses parents de la ligne directe ascendante, mais un de ses collatéraux ou un étranger, les biens substitués ne sont pas sujets au douaire de la femme, à défaut de biens libres, si ce n'est en deux cas, savoir; 1^o lorsque ce sont les enfants du grevé qui sont appelés à la substitution; 2^o lorsque la substitution est faite à la vérité au profit d'autres personnes,

mais sous la condition que le grevé mourra sans enfants. L'ordonnance de 1747, part. 1, art. 53, décide que dans l'un et dans l'autre cas les biens substitués sont sujets au douaire de la femme à défaut de biens libres.

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

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

La raison est que les seconds et ultérieurs mariages sont défavorables vis-à-vis les enfants des précédents mariages, quoique vis-à-vis toute autre personne ils

ne soient pas moins favorables que les premiers mariages.

66. On a fait aussi la question de savoir si le droit qu'on accorde aux femmes de prendre, à défaut de biens libres, leur douaire sur les biens dont leur mari étoit grevé de substitution, avoit lieu dans tous les degrés de substitution, lorsque la substitution étoit graduelle. Si en conséquence, après que la femme du premier grevé avoit, après la mort de son mari, à défaut de biens libres, pris son douaire sur les biens substitués, les femmes des substitués qui sont eux-mêmes grevés de substitution envers un second degré de substitués, pouvoient pareillement, après la mort de leur mari, prendre, à défaut de biens libres, leur douaire sur lesdits biens substitués. L'ordonnance de 1747, en l'article ci-dessus cité, décide pareillement cette question pour l'affirmative; et cette décision doit avoir lieu soit dans le cas auquel l'auteur de la substitution est un parent de la ligne directe ascendante, tant du second grevé, que du premier grevé, soit dans le cas auquel, quoique l'auteur de la substitution fût un collatéral, ou même un étranger, la substitution du premier degré et celle du second degré auroient été faites l'une à l'autre au profit des enfants des grevés, ou sous la condition que les grevés mourroient sans enfants.

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

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

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

Ceux qui tiennent l'opinion contraire disent que l'ordonnance de 1747 ayant attribué aux femmes le droit d'exercer leur douaire, à défaut de biens libres, sur les biens substitués, quel qu'ait pu être le motif de l'ordonnance, l'auteur de la substitution n'a pu valablement, par une clause de la substitution, priver la femme du grevé d'un droit que la loi lui accorde: car

c'est un principe que les particuliers ne peuvent déroger aux lois : *Nemo potest testamento suo cavere ne leges locum habeant.*

Il paroît qu'on peut répondre à ce moyen par une distinction. Nous ne pouvons à la vérité déroger aux lois qui commandent quelque chose ou qui défendent quelque chose ; mais il n'en est pas de même de celles qui n'ont d'autres objets que d'établir quelque présomption. C'est au contraire un principe constant, que nous avons établi en notre *traité des Obligations*, n. 842, que les présomptions établies par une loi, qu'on appelle *præsumptiones juris*, peuvent se détruire par une preuve contraire. Par exemple, on peut déroger à la loi qui dit qu'homme et femme sont communs en tous biens meubles : car cette loi ne commande pas aux personnes qui se marient, d'apporter en communauté tous les biens meubles : elle établit seulement une présomption qu'elles les y ont apportés, laquelle présomption cesse lorsqu'elle se sont expliquées du contraire. Il en est de même des articles de l'ordonnance qui déclarent les biens substitués sujets au douaire de la femme du grevé, à défaut de biens libres. Cette loi ne doit avoir lieu que lorsque l'auteur de la substitution ne s'est pas expliqué du contraire : car cette loi établit seulement une présomption que l'auteur de la substitution a entendu excepter de sa substitution le cas du douaire de la femme du grevé ; mais elle ne lui ordonne pas de l'excepter. En effet, l'auteur de la substitution, qui a rempli d'ailleurs de sa légitime l'enfant qu'il a grevé de substitution, ayant eu le pouvoir de ne lui point laisser du tout les biens

pour lesquels il l'a grevé de substitution, sans que la femme de cet enfant eût pu s'en plaindre, doit pareillement avoir le pouvoir de ne les lui laisser qu'aux charges que bon lui semble, sans que la femme de cet enfant puisse s'en plaindre.

ARTICLE IV.

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

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

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

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

69. Un second exemple est lorsqu'un homme pendant son mariage a planté des vignes, des bois, ou construit quelque édifice sur un terrain qu'il possédait dès le temps des épousailles, et par conséquent sujet au douaire : ces vignes, ces bois, cet édifice seront su-

pour lesquels il l'a grevé de substitution, sans que la femme de cet enfant eût pu s'en plaindre, doit pareillement avoir le pouvoir de ne les lui laisser qu'aux charges que bon lui semble, sans que la femme de cet enfant puisse s'en plaindre.

ARTICLE IV.

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

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

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

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

69. Un second exemple est lorsqu'un homme pendant son mariage a planté des vignes, des bois, ou construit quelque édifice sur un terrain qu'il possédait dès le temps des épousailles, et par conséquent sujet au douaire : ces vignes, ces bois, cet édifice seront su-

jets au douaire, comme le terrain dont ils sont un accessoire. *Quod enim inædificatur solo cedit.... Plantata solo cedit*; Inst. tit., de rer. div., §. 31-34.

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

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

C'est pourquoi, si, ayant une terre seigneuriale sujette au douaire, j'ai acquis pendant mon mariage un héritage qui en relevoit en fief ou en censive, quoique par cette acquisition il se fasse une union de fief, cet héritage n'étant plus qu'un seul et même fief avec celui que j'avois, néanmoins cette union civile n'empêchant pas que cet héritage ne soit réellement quelque chose de distingué de celui duquel il relevoit, et par conséquent susceptible de qualités différentes; quoique l'ancien héritage fût propre de communauté, et sujet au douaire, celui-ci ne laissera pas d'être conquis, et ne sera pas sujet au douaire.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Par exemple, si une rente constituée dont le mari étoit créancier au temps des épousailles, et qui étoit par conséquent sujette au douaire, a été rachetée pendant le mariage, la somme de deniers que le mari

a reçue pour le rachat est subrogée à cette rente; et la veuve, lors de l'ouverture du douaire, est bien fondée à demander la jouissance de cette somme de deniers, quant à la même portion pour laquelle elle auroit joui de la rente.

Il en est de même d'une somme de deniers que le mari auroit reçue pendant le mariage, pour le prix d'un héritage sujet au douaire, qu'il auroit été contraint de vendre pour une cause d'utilité publique.

ARTICLE V.

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

PREMIÈRE MAXIME.

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

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

SECONDE MAXIME.

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

a reçue pour le rachat est subrogée à cette rente; et la veuve, lors de l'ouverture du douaire, est bien fondée à demander la jouissance de cette somme de deniers, quant à la même portion pour laquelle elle auroit joui de la rente.

Il en est de même d'une somme de deniers que le mari auroit reçue pendant le mariage, pour le prix d'un héritage sujet au douaire, qu'il auroit été contraint de vendre pour une cause d'utilité publique.

ARTICLE V.

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

PREMIÈRE MAXIME.

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

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

SECONDE MAXIME.

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

TROISIÈME MAXIME.

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

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

QUATRIÈME MAXIME.

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

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

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

78. Observez qu'il y a certains droits immobiliers que le mari avoit au temps des épousailles, et qui étoient par conséquent sujets au douaire, pour lesquels néanmoins la douairière ne peut prétendre au-

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

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

CINQUIÈME MAXIME.

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

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

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

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

On peut apporter pour exemple de la seconde partie de notre maxime le cas auquel le mari qui étoit propriétaire d'un héritage au temps des épousailles en a été évincé depuis sur une action en révocation pour cause d'ingratitude, ou lorsqu'il l'a fait tomber en commise pour cause de désaveu ou de félonie. L'héri-

tage, dans ces cas, ne retourne au donateur qui a révoqué sa donation, ou au seigneur au profit de qui il est tombé en commise, qu'avec toutes les charges d'hypothèques, de servitudes, et autres, que le mari y a imposées, et par conséquent pareillement avec la charge du droit de douaire que la femme y avoit acquis. La raison est que le mari ne peut par son fait priver des tiers des droits qu'ils ont acquis sur son héritage : *Nemo ex facto alterius prægravari debet.*

SIXIÈME MAXIME.

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

On peut apporter pour exemple de la première partie de cette maxime le cas auquel le mari qui étoit propriétaire d'un héritage au temps des épousailles en est depuis évincé pendant le mariage sur une action de réméré, ou sur un retrait lignager, ou seigneurial, ou conventionnel. Le droit du mari se résout *ex causâ antiquâ et necessariâ*; mais il ne se résout que pour l'avenir : cette éviction n'empêche pas qu'il n'ait été véritablement propriétaire de cet héritage au temps des épousailles, et jusqu'au temps de l'éviction : les sommes qu'il a reçues du vendeur qui a exercé le réméré contre lui, ou du retrayant, pour le

remboursement tant du prix de l'héritage que du prix des augmentations qu'il y avoit faites avant le mariage, lui tiennent lieu de cet héritage, et y sont subrogées. C'est pourquoi le douaire de la femme, auquel avoit été sujet ledit héritage, jusqu'à ce que le mari en eût été évincé, est transféré sur lesdites sommes, qui tiennent lieu au mari de l'héritage, comme nous l'avons établi en l'article précédent, §. 3; et la douairière a droit de jouir en usufruit desdites sommes, quant à la même portion pour laquelle elle auroit dû jouir de l'héritage duquel elles tiennent lieu.

On peut aussi apporter pour exemple le cas auquel le mari auroit été évincé, sur une action hypothécaire, d'un héritage dont il étoit propriétaire au temps des épousailles, et sur lequel il avoit fait des augmentations avant son mariage. Le droit du mari ne se résolvant en ce cas que pour l'avenir, le douaire de la femme, auquel a été sujet l'héritage jusqu'à ce que le mari en ait été évincé, est transféré sur la somme que le mari a reçue du demandeur pour le prix des augmentations que le mari avoit faites avant le mariage sur cet héritage; car ces augmentations, étant quelque chose qui fait partie de l'héritage, appartenoient au mari, et étoient sujettes au douaire ainsi que l'héritage dont elles font partie.

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

Si les augmentations avoient été faites depuis le ma-

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

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

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

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

83. On opposera une différence. Dans le cas de l'action rescisoire, je suis évincé sans mon fait; mais l'action rédhibitoire que j'ai intentée est mon fait: or je ne puis, en cessant par mon fait de posséder un héritage,

priver ma femme du douaire qu'elle y a. Oui, lorsque l'héritage m'a véritablement appartenu ; mais celui qui a été l'objet de mon action rédhibitoire ne m'a jamais véritablement appartenu, le consentement que j'ai donné à son acquisition, qui n'étoit fondé que sur l'erreur et l'ignorance du vice, n'ayant pas été un véritable consentement : *Non videntur qui errant consentire* ; l. 116, sect. 2, ff. de reg. jur.

SEPTIÈME MAXIME.

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

85. La raison de la première partie de notre maxime est évidente. Les héritages que le mari avoit au temps des épousailles, et ceux qui lui sont venus depuis de ses père et mère ou autres ascendans, ayant été affectés par le mariage au douaire de la femme, au cas qu'il eût lieu, le mari n'en est possesseur et propriétaire que *cum eâ causâ*, avec cette affectation : il ne peut donc, en les aliénant, transférer à l'acquéreur la propriété de ces héritages que telle qu'il l'a lui-même, c'est-à-dire avec l'affectation au douaire de sa femme, au cas qu'il ait lieu ; personne ne pouvant transférer à

un autre plus de droit dans une chose qu'il n'en a lui-même. C'est pourquoi, en quelques mains que l'héritage passe, il continue d'être sujet au douaire. La coutume du Grand-Perche en a une disposition en l'art. 119, où il est dit : « Si le mari, sans le consentement de sa femme, vend son héritage sujet au douaire, en tout ou en partie, la femme peut, après le décès de son mari, demander son douaire à l'acheteur. »

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

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

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

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

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

interpositis, dummodò matrimonium sit publicum, et non clandestinum.

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

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

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

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

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

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

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

de la rente dont il étoit chargé, et les intérêts de la moitié de la somme à laquelle montent les impenses nécessaires et utiles qui y ont été faites depuis le déguerpiſſement, autres que celles d'entretien.

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

Il en seroit autrement si le saisissant ou quelqu'un des opposans avoient des hypothèques antérieures au mariage: l'adjudication seroit en ce cas une aliénation véritablement nécessaire qui ne procéderoit pas d'un fait du mari intervenu depuis le mariage. Ces créanciers ayant eu, dès avant le mariage, une hypothèque qui leur donnoit le droit de faire vendre les héritages de leur débiteur, pour être payés de leurs créances, leur débiteur n'a pas pu depuis, en affectant par son mariage ses héritages au douaire de sa femme, préjudicier au droit que ses créanciers avoient sur lesdits héritages avant son mariage. Lors donc qu'un créan-

cier hypothécaire, antérieur au mariage, a saisi réellement un héritage du mari, ou s'est rendu cosaisissant, par l'opposition qu'il a formée à la saisie faite par un autre, et que sur cette saisie l'héritage a été adjugé, il cesse entièrement d'être sujet au douaire de la femme. C'est l'avis de Renusson, chap. 10, n. 4, et de Bacquet, *Traité des Droits de justice*, chap. 15, n. 73.

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

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

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

douaire sur les deniers du prix de l'héritage sujet à son douaire, contre les créanciers postérieurs au mariage qui les ont touchés à l'ordre.

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

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

HUITIÈME MAXIME.

93. Lorsque le mari avoit, au temps des épousailles, des héritages en commun avec ses cohéritiers ou autres copropriétaires, entre lesquels il intervient depuis un partage; l'effet rétroactif que notre jurisprudence donne au partage ayant déterminé le droit et la part du mari aux choses échues en son lot par le partage, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 32, la femme ne peut prétendre aucun douaire sur celles qui sont échues par le partage aux cohéritiers ou coproprié-

taires de son mari, dans lesquelles il est censé n'avoir jamais eu aucun droit.

NEUVIÈME MAXIME.

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

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

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

DIXIÈME MAXIME.

95. Lorsqu'un homme a partagé, pendant le mariage, avec ses cohéritiers la succession de son père ou de sa mère, composée de meubles et d'immeubles, et que par le partage il a eu dans son lot beaucoup plus de meubles, et en récompense beaucoup moins d'immeubles qu'il ne lui en revient pour sa part, ou même lorsqu'il n'a eu que des meubles dans son lot, la douairière n'a rien à demander aux cohéritiers de son mari; mais elle doit être indemnisée, sur la succession de son mari, de l'atteinte qu'a reçue par ce partage son droit de douaire dans la part afférente à son mari dans l'immobilier de cette succession.

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

La seconde partie est fondée en équité, et est tirée de Duplessis, *Traité du Douaire*, chap. 2, sect. 1, observ. 5. Les lois subviennent à des créanciers hypothécaires, en leur permettant d'assister au partage des successions échues à leur débiteur, pour empêcher qu'on ne fasse tomber dans le lot de leur débiteur des meubles qui ne sont pas susceptibles d'hypothèque, à la place de la part qui lui revient dans les immeubles de cette succession, sur laquelle ils ont hypothèque. La femme n'ayant pas la liberté d'intervenir au par-

tage des successions échues à son mari, qui se fait dans un temps auquel elle est sous sa puissance, il est juste de lui subvenir par cette indemnité, son droit étant pour le moins aussi favorable que celui des créanciers de son mari.

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

ONZIÈME MAXIME.

96. Un héritage cesse d'être sujet au douaire lorsque le mari a été obligé de le rapporter à la succession de son père, ou d'un autre parent de la ligne directe ascendante, qui le lui avoit donné, ne s'étant pas trouvé

dans cette succession des héritages de pareille valeur et bonté en quantité suffisante pour égaler les cohéritiers du mari.

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

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

ARTICLE VI.

En quoi consiste le douaire subsidiaire que certaines coutumes accordent.

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

dans cette succession des héritages de pareille valeur et bonté en quantité suffisante pour égaler les cohéritiers du mari.

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

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

ARTICLE VI.

En quoi consiste le douaire subsidiaire que certaines coutumes accordent.

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

1^o Dans les immeubles que le mari avoit au temps des épousailles;

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

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

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

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

99. Pour qu'il y ait lieu au douaire subsidiaire la coutume d'Orléans requiert deux choses : la première.

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

Pareillement, si par le traité de mariage il y avoit convention que la femme n'auroit aucun douaire, cette convention étant valable, comme nous l'avons vu *suprà*, il ne peut y avoir lieu au douaire que la coutume accorde par cet article.

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

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

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

102. La coutume dit, *propres héritages*, c'est-à-dire

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

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

Lorsque le mari n'a d'autres propres que ceux qui lui sont échus pendant le mariage, par succession collatérale, on ne peut disconvenir que la femme doit avoir en ce cas un douaire subsidiaire, l'esprit de cette coutume étant que la femme ait toujours un douaire sur les biens de son mari. Mais il y en a qui pensent que la femme aura bien en ce cas un douaire subsidiaire, mais non sur les conquêts, sur lesquels la cou-

tume ne l'accorde que *si le mari n'a aucuns propres*; mais qu'elle aura ce douaire subsidiaire sur ces propres échus par succession collatérale, lesquels ne sont pas à la vérité sujets au douaire ordinaire, mais doivent être sujets au subsidiaire. C'est, dit-on, un premier degré de douaire subsidiaire, conforme à l'esprit de cette coutume, quoiqu'elle ait omis de l'énoncer. Je ne suis pas de cet avis. Voyez *infra*, n. 113, le sens dans lequel je crois que doivent être entendus ces termes, *si le mari n'a aucuns propres*.

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

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

Sur les cas auxquels les héritages cessent d'être su-

jets au douaire, soit avec indemnité pour la femme, soit sans indemnité, voyez l'article précédent.

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

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

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

106. S'il n'y a d'autres biens sujets au douaire ordinaire qu'une rente dont le débiteur est insolvable, il y a lieu au douaire subsidiaire; car c'est la même chose pour la femme, qu'il ne se trouve aucuns biens

sujets au douaire ordinaire, ou qu'il ne se trouve qu'une rente dont on ne puisse percevoir aucun revenu par l'insolvabilité du débiteur: *Idem est non habere actionem, et habere inanem.*

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

Le douaire subsidiaire n'étant fondé en ce cas que sur la caducité de la rente, les héritiers du mari peuvent en ce cas se défendre du douaire subsidiaire, en rendant la rente bonne, par des offres qu'ils feroient de s'obliger à la payer à la douairière, quant à la part qu'elle y a pour son douaire, pendant tout le temps qu'il doit durer.

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

Observez que la femme doit avoir en ce cas le choix, ou d'avoir le douaire subsidiaire, ou d'attendre

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

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

108. Lorsqu'au temps de l'ouverture du douaire il ne se trouve rien de sujet au douaire ordinaire qu'un immeuble de nulle considération, *putà*, une rente de vingt sous ou d'un écu, la femme est censée être sans douaire ordinaire, et elle doit en conséquence avoir le douaire subsidiaire ; car, dans les choses morales, telles que sont celles qui font l'objet de la jurisprudence, peu est réputé pour rien, *parùm pro nihilo reputatur*.

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

109. Il reste une question, qui est de savoir si, pour exclure le douaire subsidiaire que la coutume d'Orléans accorde, il suffit qu'il se trouve dans la succession du mari des héritages propres situés sous d'autres coutumes, sur lesquels la femme a le douaire ordinaire, quoiqu'il n'y en ait aucun parmi les biens régis par la coutume d'Orléans.

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

Nonobstant ces raisons, on doit décider que la femme ne peut prétendre le douaire subsidiaire que la coutume d'Orléans accorde sur les conquêts, à défaut de propres, quoique le mari n'ait aucuns propres sous la coutume, lorsqu'il en a sous d'autres coutumes. Si un aîné prend un manoir dans chacune des coutumes qui en défèrent un à l'aîné, c'est que chacune des coutumes les lui défère absolument et sans aucune condition. Au contraire, la coutume d'Orléans n'accorde le douaire sur les conquêts que sous une condition, si *le mari n'a aucuns propres*, et si en conséquence la femme ne peut trouver dans les biens de son mari de quoi subvenir à ses aliments : mais il suffit que le mari laisse des propres sur lesquels la femme a un douaire, quoiqu'ils ne soient pas situés sous la coutume d'Orléans, pour qu'on ne puisse pas dire que le mari n'a aucuns propres, et qu'elle ne trouve pas dans les biens de son mari de quoi subvenir à ses aliments sans le douaire subsidiaire. Il suffit donc que le mari ait des propres, quelque part qu'ils soient situés, pour que la condition sous laquelle la coutume d'Orléans accorde le douaire sur les conquêts manque, et pour qu'en conséquence il n'y ait pas lieu à ce douaire. On ne peut pas dire que la coutume d'Orléans sortiroit des bornes de son territoire, en opposant pour condition à son douaire subsidiaire que le mari n'ait aucuns propres, quoique situés sous d'autres coutumes : car, en opposant cette condition, elle n'exerce aucun empire sur les propres qui sont situés hors de son territoire ; ils ne sont pas l'objet de sa disposition, mais seulement de la condition qui y est apposée. Enfin

c'est un principe que le douaire se règle au temps des épousailles; qu'il est dès-lors fixe et invariable. Un homme qui, lors de son mariage, avoit des propres sur lesquels le douaire coutumier de sa femme a été établi, ne peut donc pas l'augmenter en faisant des acquisitions dans la coutume d'Orléans, où il n'a pas de propres. On peut encore autoriser notre décision par une sentence arbitrale rendue dans une espèce semblable par MM. Barjeton, Lenormand, Cochin, Visnier, et Perrinelle, pour les légataires universels de madame Dodun. Il y avoit dans sa succession une terre située sous la coutume de Poitou, qui accorde à l'héritier une légitime sur les acquêts à défaut de propres. Les propres qui se trouvoient dans la succession étoient situés sous la coutume de Paris; il n'y en avoit aucun sous celle de Poitou. Les arbitres jugèrent qu'il n'y avoit pas lieu à la réserve coutumière, et adjugèrent la terre en entier au légataire universel.

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

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

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

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

La coutume suppose le cas d'acceptation de la com-

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

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

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

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

114. Que dirons-nous des héritages qui sont échus au mari par succession collatérale pendant le mariage? Ces héritages, quoique propres, ne sont pas sujets au douaire ordinaire; sont-ils sujets au douaire subsidiaire? La même raison de douter, tirée du terme

de *conquêts* employé par la coutume, se rencontre ici en beaucoup plus forts termes que dans les deux espèces précédentes. Dans le cas de l'exclusion de communauté, on peut dire que si les héritages acquis par le mari pendant le mariage ne sont pas *conquêts*, n'y ayant pas de communauté, ils doivent en tenir lieu par rapport au douaire subsidiaire; parceque ce sont les héritages qui seroient les *conquêts*, sans la clause d'exclusion de communauté, qui n'a été faite que pour priver la femme du droit de communauté, et non pour la priver de son douaire subsidiaire, qui lui est d'autant plus nécessaire qu'elle est privée de son droit de communauté.

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

Mais les héritages échus au mari pendant le mariage par une succession collatérale sont de vrais propres qui ne peuvent en aucune manière que ce soit être comparés aux *conquêts*. La raison de douter, tirée du terme de *conquêts* employé par la coutume, milite donc beaucoup plus. Néanmoins je pense que ces héritages doivent être sujets au douaire subsidiaire, de

même que tous les autres héritages et immeubles du mari qui ne le sont pas au douaire ordinaire : la raison est que le terme *conquêt*, employé dans l'article 221, ne doit pas être entendu *restrictivè*, comme nous l'avons établi ci-dessus.

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

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

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

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

TROISIÈME DIFFÉRENCE. Le douaire ordinaire charge

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

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

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

§. III. Du douaire subsidiaire sur les meubles.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SECTION II.

En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel.

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

ARTICLE PREMIER.

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

123. Les parties peuvent faire consister, par leur contrat de mariage, le douaire en telles choses qu'elles jugent à propos de le faire consister. On peut le faire consister dans une certaine quotité. Par exemple, on peut convenir que la femme jouira, pour son douaire, du tiers, du quart des biens de son mari, ou de telle

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

SECTION II.

En quoi consiste le douaire préfix ou conventionnel.

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

ARTICLE PREMIER.

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

123. Les parties peuvent faire consister, par leur contrat de mariage, le douaire en telles choses qu'elles jugent à propos de le faire consister. On peut le faire consister dans une certaine quotité. Par exemple, on peut convenir que la femme jouira, pour son douaire, du tiers, du quart des biens de son mari, ou de telle

autre portion que les parties auront jugé à propos de fixer. On peut donner à la douairière cette portion, ou dans tous les biens du mari, ou dans une certaine espèce de biens, *putà*, dans ses biens immeubles : on peut le lui donner dans ceux qu'il laissera à sa mort, ou seulement dans ceux qu'il se trouve avoir au temps des épousailles.

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

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

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

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

C'est pourquoi, au lieu que, selon l'usage ordinaire du langage dans les contrats et dans les testaments, lorsqu'on s'est obligé de donner une chose, ou lorsqu'on a légué une chose, sans expliquer si c'étoit en propriété ou en usufruit, on est présumé s'être obligé de la donner en propriété, ou l'avoir légué en propriété; au contraire, dans la convention de douaire, lorsqu'il est dit que la femme aura pour son douaire

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

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

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

mobilière étoit censée donnée en propriété, et non pas seulement en usufruit.

De ce nombre est la coutume d'Auxerre, qui dit en l'article 213 : « Femme douée par douaire préfix « de somme de deniers ou autre chose mobilière pour « une fois payée, emporte ledit douaire en pleine pro- « priété. » Celle de Sens, article 168, dit pareillement : « Femme douée par douaire préfix de somme de de- « niers ou autre chose mobilière, l'emporte en pleine « propriété. »

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

La question ne doit pas souffrir de difficulté lorsque les parties contractantes sont domiciliées sous la même coutume; mais si, lors du contrat de mariage, l'une des parties étoit domiciliée sous une coutume dans laquelle le douaire d'une somme d'argent est réputé être de la propriété de cette somme, et que l'autre eût alors

son domicile sous une coutume dans laquelle ce douaire n'est réputé être qu'en usufruit, par laquelle doit-on décider? Je crois que c'est par la loi du domicile du mari, lorsqu'il se propose de conserver ce domicile, et d'y amener sa femme après la célébration; car ce domicile, qui va devenir aussi celui de la femme aussitôt après la célébration du mariage, est le vrai domicile matrimonial, dont la loi doit régler la nature et l'étendue des conventions matrimoniales, comme nous l'avons décidé en notre *traité de la Communauté*, n. 14. C'est donc par cette loi qu'on doit décider si le douaire d'une somme d'argent stipulé par le contrat de mariage doit être réputé en propriété, ou seulement en usufruit.

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

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

ARTICLE II.

Si le douaire préfix peut excéder le coutumier.

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

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

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

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

La décision de la question dépend de la qualité du statut qui réduit le douaire conventionnel à la valeur

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

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

Lorsque c'est un Parisien qui a constitué un pareil

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

C'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts; un du 30 décembre 1693, rapporté au premier tome des Mémoires de M. Froland; un du 23 janvier 1703, au cinquième tome du *Journal des Audiences*.

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

130. Lorsque l'homme, depuis son mariage, a changé de domicile, est-ce la loi du lieu du domicile

qu'il avoit lors du mariage, ou celle du lieu de celui qu'il avoit lors de sa mort, qui doit être considérée?

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

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

Vice versâ, lorsqu'un pareil douaire conventionnel

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

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

C'est pourquoi, lorsqu'un douaire est de la moitié en propriété des biens mobiliers et des rentes que le mari laisseroit à son décès; quoique le mari fût, lors du contrat de mariage, domicilié sous la coutume du

Maine, s'il a transféré son domicile à Orléans, où il est mort, le douaire de ces choses ne sera pas réduit à la valeur du douaire coutumier, suivant la coutume du Maine, qui ne peut exercer aucun empire sur ces choses, lesquelles, ou n'y ont jamais été sujettes, si elles n'ont été acquises que depuis la translation de domicile, ou du moins ont cessé d'y être sujettes avant qu'elles eussent entré dans la formation du douaire.

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

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

La réponse est que le mari ne peut, par son changement de domicile, soustraire au douaire aucune des choses qui le forment déjà, ou qui y sont déjà affectées ou hypothéquées. Par exemple, lorsqu'un Orléanois, par son contrat de mariage, a constitué le douaire dans la moitié des rentes qui lui appartenoient alors, il ne peut, en transférant son domicile dans la coutume du Maine, rien soustraire au douaire, de la moitié de ces rentes, qui y sont déjà affectées, et qui entrent même déjà, pour cette moitié, dans la

formation et composition du douaire. Mais lorsque le douaire consiste dans la moitié des rentes que le mari laissera lors de son décès, on ne peut pas dire qu'en faisant passer ses rentes sous la coutume du Maine, où il a transféré son domicile, il ait rien soustrait au douaire de ce qui y étoit affecté, et de ce qui le composoit : car les rentes qu'il a fait passer sous la coutume du Maine n'étoient pas affectées au douaire lorsqu'il y a transféré son domicile ; les choses qui doivent former un tel douaire ne pouvant commencer à le former et y être affectées qu'au temps du décès du mari.

132. Lorsqu'un noble d'Issoudun, qui a sous la coutume d'Issoudun des héritages considérables, et sous celle de Tours une petite terre bien jolie, mais d'un revenu modique, a donné pour douaire conventionnel à sa femme l'usufruit de cette petite terre, ignorant la disposition de la coutume de Tours, qui ne permet pas que le douaire conventionnel excède le coutumier ; ce douaire étant réduit au tiers, la douairière peut-elle demander récompense, sur les biens d'Issoudun, du retranchement qu'elle souffre, sous le prétexte que la coutume d'Issoudun, qui n'accorde aucun douaire coutumier, permet d'accorder un douaire conventionnel aussi considérable que l'on juge à propos ? Je ne pense pas qu'elle y soit fondée. Son mari pouvoit à la vérité lui constituer dans ses héritages d'Issoudun un douaire aussi considérable, et même beaucoup plus considérable que celui qu'il lui a constitué, et dans lequel elle a souffert un retranchement par la coutume de Tours ;

il l'eût peut-être fait s'il n'eût pas ignoré la disposition de cette coutume : mais il suffit qu'il ne l'ait pas fait, pour que la femme ne puisse le prétendre. Le mari n'a pas fait ce qu'il pouvoit faire, et il a fait ce qu'il ne pouvoit pas faire : *Non fecit quod potuit, fecit quod non potuit.*

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

C'est une suite du principe que nous avons établi ci-dessus que le statut qui restreint le douaire conventionnel à la valeur du douaire coutumier est un statut réel. Ces statuts tombent sur les choses plutôt que sur les personnes : la coutume qui renferme un tel statut ne défend d'accorder un douaire au-delà de la valeur du douaire coutumier qu'à l'égard des choses soumises à son empire. Elle empêche que les choses ne soient disponibles à titre de douaire au-delà de la valeur du douaire coutumier ; mais elle ne rend pas les personnes soumises à son empire incapables de disposer à ce titre, sans restriction, des héritages qu'elles ont dans d'autres provinces, sur lesquels elle n'a au-

eun empire. C'est pourquoi, quelque considérable que soit la rente ou la somme d'argent qu'un Manceau qui a des héritages situés sous la coutume d'Orléans a constituée pour le douaire de sa femme, l'héritier de ce Manceau ne pourra se dispenser de payer ce douaire qu'en abandonnant à la femme la propriété de tous les héritages dépendants de la succession qui sont situés sous la coutume d'Orléans, et en lui laissant le douaire coutumier sur ceux régis par la coutume du Maine.

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

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

tous les biens de sa succession régis par la coutume d'Orléans, et en lui laissant le douaire coutumier sur les héritages régis par celle du Maine.

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

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

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

auxquels la coutume n'a accordé aucun douaire coutumier, le douaire coutumier, en ce cas, étant *rien*, le conventionnel doit être pareillement réduit à rien, et que la femme ne peut rien prétendre à ce titre.

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

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

La coutume d'Auxerre s'est expliquée pour ce sentiment sur la question. Elle est du nombre de celles

qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède le douaire coutumier; mais, à défaut de celui-ci, elle déclare le conventionnel non sujet à réduction. Voici comme elle s'explique, art. 212: « Douaire préfix « constitué par le mari ayant héritage propre ne peut « excéder le coutumier;... et si le mari n'a héritage pro- « pre (1), le préfix aura lieu, de quelque valeur qu'il soit. »

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

Sauf néanmoins qu'à défaut de douaire coutumier, le douaire préfix ne pût excéder ce qu'il est permis au mari de donner à sa femme par contrat de mariage. Par exemple, lorsqu'un homme domicilié sous la coutume de Tours, qui est une de celles qui ne permettent pas que le douaire conventionnel excède le coutumier, a tout son bien en mobilier, la femme ne pouvant pas en ce cas avoir un douaire coutumier, cette coutume ne l'accordant que dans les immeubles du mari, le mari pourra lui accorder un douaire conventionnel; mais ce douaire ne pourra excéder la moitié des meubles du mari: autrement, la disposition de l'article 227 de cette coutume, qui ne permet pas à un homme qui n'a que des meubles d'en donner plus de la moitié, deviendrait illusoire s'il pouvoit

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

donner à titre de douaire ce que la coutume lui défend de donner.

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

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

137. Les coutumes qui réduisent le douaire conventionnel à la valeur du douaire coutumier ayant pour objet les biens du mari, dont ils ne lui permettent pas de disposer envers sa femme, à titre de douaire, au-delà de la valeur du douaire coutumier, c'est une conséquence qu'il n'y a lieu à cette réduction que lorsque c'est le mari qui constitue lui-même le douaire

à sa femme : mais si c'étoit un tiers qui fût intervenu au contrat de mariage , et qui eût constitué un douaire à la femme , ce douaire ne seroit pas réductible, comme l'ont observé les commentateurs sur la coutume d'Anjou, cités par Dupineau.

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

ARTICLE III.

Si le douaire conventionnel exclut le douaire coutumier.

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

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

à sa femme : mais si c'étoit un tiers qui fût intervenu au contrat de mariage , et qui eût constitué un douaire à la femme , ce douaire ne seroit pas réductible, comme l'ont observé les commentateurs sur la coutume d'Anjou, cités par Dupineau.

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

ARTICLE III.

Si le douaire conventionnel exclut le douaire coutumier.

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

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

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

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

Par cette raison, la coutume de Paris et la plupart des autres n'accordent le douaire coutumier qu'à défaut du conventionnel. Lorsqu'il y en a un, elles ne permettent pas à la femme de prétendre autre chose que ce qu'elle est convenue elle-même qu'elle auroit pour son douaire.

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

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

par la convention du douaire, renoncé au douaire coutumier. C'est pourquoi, en renonçant au droit qui lui vient de la convention du douaire, qui est censée, dans ces coutumes, n'être intervenue qu'en sa faveur, elle peut, dans ces coutumes, demander le douaire coutumier.

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

140. Observez que lorsqu'un homme a des biens

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

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

et la femme qui accepte ce douaire de la coutume de Meaux ne doit par conséquent renoncer qu'au quart du douaire conventionnel.

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

geant de domicile, faire avoir à sa femme un droit de douaire sur les rentes, droit que la coutume de Paris, à laquelle elles étoient sujettes au temps du contrat de mariage, lui avoit refusé.

142. Que doit-on dire à l'égard des rentes constituées qui ne sont venues au mari de la succession de quelqu'un de ses ascendants que depuis sa translation de domicile? Ce ne peut être la coutume du lieu du domicile qu'avoit le mari au temps de son contrat de mariage, par laquelle lesdites rentes n'ont jamais été régies; ce ne peut être que celle par laquelle elles sont régies au temps qu'elles commencent à appartenir au mari, qui est celui de l'ouverture de la succession, qui peut accorder ou refuser à la femme qui a un douaire conventionnel le choix du douaire coutumier dans lesdites rentes.

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

tions s'interprètent plutôt en faveur du débiteur que du créancier : *Ferè secundum promissorem interpretatur*; l. 99, ff. *de verb oblig.*

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

Il est vrai que, dans le cas d'une créance alternative, c'est le débiteur qui a le choix. Si, par le contrat de mariage, il étoit dit que la femme auroit pour douaire une rente viagère de tant, ou une telle somme en propriété, ce douaire consisteroit en une créance alternative de la rente ou de la somme; et, en ce cas, il ne seroit pas douteux que le choix de la rente ou de la somme appartiendroit à l'héritier du mari, qui en est le débiteur. Mais lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, dans la coutume de Paris, et autres semblables, que la femme aura pour douaire une rente de tant ou le douaire coutumier, la femme n'a pas en ce cas une simple créance alternative de deux choses, mais elle a plutôt deux droits, qui lui viennent de différentes causes. La femme qui, sans cette clause, seroit censée, en convenant d'un douaire conventionnel, avoir renoncé au douaire coutumier, s'est, par cette clause, réservé le douaire coutumier, suivant la permission que la coutume lui en donne. Elle a donc deux droits qui lui viennent de différentes causes : le droit de douaire conventionnel, qui consiste dans la créance de la rente viagère qui lui vient de la convention; et le droit de douaire coutumier, qui lui vient de la loi. Ces deux droits sont incompatibles; elle ne peut avoir les deux ensemble,

le douaire conventionnel ne lui étant accordé que pour et à la place du coutumier : mais c'est un principe que lorsqu'une personne a deux différents droits incompatibles, elle a le choix de celui dont elle voudra user. Ainsi, lorsqu'un enfant est héritier pour partie et légataire de son père, il a le choix de la part dans la succession ou du legs : par la même raison, la femme, dans ce cas-ci, doit avoir le choix du douaire conventionnel ou du coutumier. C'est l'avis de Chopin, Tronçon, Lemaître, etc.

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

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

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

Dans les coutumes qui ont fixé un terme, la femme qui n'a pas fait l'option dans ce terme est déchuë du droit de demander le douaire coutumier, et ne peut

plus avoir que le douaire conventionnel. Reims, article 244, s'en explique formellement; il y est dit : « Et « lesdits quarante jours passés, elle sera tenue prendre « le douaire préfix. »

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

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

Hors cette coutume, lorsqu'une femme mineure a fait un choix désavantageux qui lui cause une lésion considérable, je ne vois rien qui l'empêche de se faire restituer contre ce choix par des lettres de rescision. La loi 7, §. 7, ff. *de minor.*, décide expressément qu'un mineur est restituable contre un choix désavantageux qu'il a fait : *Si in optionis legato captus sit, dum elegit deteriolem, vel si duas res promiserit, et pretiosiorelem dederit, subveniendum est.* Renusson, chap. 4, n. 14, est d'avis contraire. Il se fonde sur un arrêt du dernier de mars 1637, par lequel il prétend qu'une femme fut déclarée non recevable dans les lettres de rescision qu'elle avoit prises contre l'option qu'elle avoit faite en minorité. Cet arrêt, dont on ignore l'espèce, ne prouve rien; la cour ayant pu, dans l'espèce de cet arrêt, débouter la femme, non parcequ'un tel choix n'est pas sujet à restitution lorsqu'il est désavantageux, mais parceque dans le fait la cour auroit trouvé que lorsque la femme avoit fait ce choix, il ne lui étoit

pas alors désavantageux, quoiqu'il le fût devenu depuis : car en ce cas un mineur qui n'a fait que ce qu'une personne prudente auroit fait n'est pas restituable, quoique par l'événement il ait été lésé : *Nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsultia facilitas*; l. 11, §. ff. *de min.* Renusson rapporte deux raisons de son opinion : « La femme, dit-il, a son douaire, en quelque façon, à titre lucratif : c'est « pourquoi on ne peut pas dire qu'elle ait été lésée, « quand elle a fait son option. » Cette raison est contraire aux premiers principes de droit : *Certo jure utimur* (dit Ulpien en la loi 7, §. 6, ff. *de minor.*) *ut et in lucro minoribus succurratur.*

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

146. Renusson propose ensuite une autre question, qui est de savoir si la femme à qui on a constitué un douaire conventionnel d'une rente viagère, et qui s'est réservé le choix du coutumier, étant morte depuis l'ouverture du douaire, sans avoir fait ce choix, transmet ce choix à ses héritiers ? Cet auteur la décide avec raison pour l'affirmative. Ce droit de choix ayant été ouvert et acquis à la femme par la mort du mari, qui a donné ouverture au douaire, ce droit fait partie des biens de la femme, qu'elle transmet, de même que ses autres droits, à ses héritiers ; lesdits héritiers peuvent donc, en ce cas, après la mort de la femme, choi-

sur le douaire coutumier, à l'effet d'avoir sur les héritages sujets à ce douaire la moitié des fruits perçus ou nés depuis la mort du mari, qui a donné ouverture au douaire, jusqu'au temps de la mort de sa femme, laquelle, dans la coutume de Paris, est censée en avoir été saisie du jour de la mort du mari.

CHAPITRE III.

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

ARTICLE PREMIER.

Quand et comment se contracte l'obligation du douaire.

147. L'obligation du douaire coutumier se contracte par le mariage même.

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

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

Cette convention, et l'obligation qui en naît, dépend, de même que toutes les conventions matrimo-

sur le douaire coutumier, à l'effet d'avoir sur les héritages sujets à ce douaire la moitié des fruits perçus ou nés depuis la mort du mari, qui a donné ouverture au douaire, jusqu'au temps de la mort de sa femme, laquelle, dans la coutume de Paris, est censée en avoir été saisie du jour de la mort du mari.

CHAPITRE III.

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

ARTICLE PREMIER.

Quand et comment se contracte l'obligation du douaire.

147. L'obligation du douaire coutumier se contracte par le mariage même.

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

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

Cette convention, et l'obligation qui en naît, dépend, de même que toutes les conventions matrimo-

niales, de la condition, *si nuptiæ sequantur* : elle dépend en outre, de même que le douaire coutumier, de la condition du prédécès du mari.

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

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

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

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

Cette opinion venoit des canonistes, qui distinguoient le mariage qu'ils appeloient *matrimonium ratum*, lequel avoit reçu une première perfection par le consentement des parties; et le mariage qu'ils appeloient *matrimonium consummatum*, lequel, selon eux, recevoit une dernière perfection *per concubitum*. Cette distinction que faisoient les canonistes n'a aucun fondement solide; et on doit tenir que le mariage reçoit

toute sa perfection du seul consentement des parties, donné en face d'Église, selon les lois de l'état et les règles de l'Église.

Nous avons néanmoins encore quelques coutumes qui veulent que la femme ait couché avec son mari pour que le mariage puisse former l'obligation du douaire coutumier, et accomplir la condition du douaire conventionnel. Telle est la coutume de Normandie, qui, en l'article 352, dit : *La femme gagne son douaire au coucher*. Les coutumes de Bretagne, de Valois, de Ponthieu, de Cambrai, ont une pareille disposition.

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

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

149. Dans les autres coutumes, l'obligation du douaire est contractée aussitôt que le mariage a reçu

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

Les termes de *consommation de mariage*, employés par quelques coutumes, ne s'entendent pas de la consommation du mariage qui se fait par le commerce charnel, mais de la perfection du mariage par la bénédiction : c'est ce que j'ai appris d'une note manuscrite de M^e Chotard, avocat, l'un de ceux qui furent chargés de rédiger les articles de la coutume d'Orléans, lors de la réformation en 1583. Cette coutume, en l'article 218, dit que *la femme est douée de la moitié de tous les héritages que le mari avoit lors de la CONSOMMATION DU MARIAGE* : mais Chotard, dans sa note, dit que ces termes, *de la consommation du mariage*, s'entendent de la perfection du mariage par la bénédiction nuptiale.

150. Les dispositions des coutumes qui concernent le douaire coutumier étant, comme nous l'avons déjà observé plusieurs fois, des statuts réels, c'est par les coutumes qui régissent les biens sujets à ce douaire qu'on doit décider si l'obligation du douaire est contractée par la seule bénédiction nuptiale, ou s'il faut que la femme puisse être présumée avoir couché avec

son mari. C'est pourquoi, lorsque des Parisiens se sont mariés à Paris, si l'homme est mort subitement au sortir de l'église, la veuve jouira du douaire coutumier sur les biens immeubles de feu son mari, qui sont régis par la coutume de Paris; mais si son mari avoit une terre en Bretagne ou en Normandie, elle n'aura pas le douaire coutumier sur cette terre, parceque dans ces coutumes la femme ne gagne son douaire qu'au coucher.

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

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

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

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

C'est pourquoi, de même que ce donateur, quoiqu'il puisse disposer de ses biens entre vifs, sans fraude, ne peut néanmoins en disposer en fraude de sa donation, pareillement, dans ces coutumes, quoique le mari puisse disposer entre vifs des héritages qui lui appartiennent, pourvu qu'il en dispose sans fraude, il ne peut en disposer en fraude du douaire ; et ce seroit en disposer en fraude du douaire, s'il en dispo-

soit à titre universel, ou s'il disposoit d'une partie considérable à titre gratuit.

ARTICLE II.

Quand le douaire est-il ouvert.

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

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

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

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

154. De là naît la décision de la question suivante. Un homme, par son contrat de mariage, a constitué à sa femme un douaire d'une certaine somme en propriété : depuis, l'homme et la femme ont péri ensemble dans un naufrage. Les héritiers de la femme

soit à titre universel, ou s'il disposoit d'une partie considérable à titre gratuit.

ARTICLE II.

Quand le douaire est-il ouvert.

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

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

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

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

154. De là naît la décision de la question suivante. Un homme, par son contrat de mariage, a constitué à sa femme un douaire d'une certaine somme en propriété : depuis, l'homme et la femme ont péri ensemble dans un naufrage. Les héritiers de la femme

sont-ils fondés à demander cette somme qui lui a été promise pour son douaire? Non; car le douaire n'ayant pu être ouvert que par la mort du mari, survenue du vivant de la femme, le fait de la survie de la femme est le fait qui doit servir de fondement à leur demande. C'est pourquoi les héritiers ne pouvant justifier la survie de la femme, étant incertain lequel de l'homme ou de la femme a survécu, faute par eux de justifier et fonder leur demande, les héritiers du mari en doivent avoir congé.

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

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

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

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

Dès le temps de Dumoulin, l'opinion commune étoit que ces termes ne doivent s'entendre que de la mort naturelle. Cet auteur, sur la règle *de infirm. resign.*, n. 30, dit: *Statutum loquens de morte, intelligitur de naturali, non autem de civili, nec extenditur ad civilem, nisi in casibus in jure expressis*. Louet,

lettre D, chap. 36, dit la même chose, et rapporte un arrêt du 27 janvier, qui jugea que le douaire d'une femme n'étoit pas ouvert par la condamnation de son mari à une peine capitale, et adjugea seulement à la femme une provision.

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

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

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

Telle est la coutume de Nivernois. Cette coutume

après avoir dit que le douaire, *soit coutumier ou convenu, échet par la mort naturelle du mari*, ajoute : « Si le mari vient à pauvreté évidente par mauvais ménage, banni, ou absent par trop long espace de temps, ou échet en autre évident inconvénient, par lequel les biens du mari soient en voie de périr, la femme se pourra pourvoir par justice, pour avoir provision de son douaire. »

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

La coutume du Maine a une disposition semblable à celle de Nivernois; elle dit, art. 331 : « Si le mari est dissipateur, et ses biens sont vendus, la femme

« peut s'opposer pour son douaire ; et il lui sera délivré, supposé que son mari soit encore vivant. »

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

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

ARTICLE III.

Comment la femme est-elle saisie de son douaire.

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

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

159. Dans la coutume de Paris, et dans le plus grand nombre des coutumes du royaume, la femme est saisie de plein droit de son douaire coutumier ou

« peut s'opposer pour son douaire ; et il lui sera délivré, supposé que son mari soit encore vivant. »

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

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

ARTICLE III.

Comment la femme est-elle saisie de son douaire.

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

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

159. Dans la coutume de Paris, et dans le plus grand nombre des coutumes du royaume, la femme est saisie de plein droit de son douaire coutumier ou

conventionnel, aussitôt qu'il est ouvert par la mort du mari.

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

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

COROLLAIRE PREMIER.

160. Il suit de ce principe que les fruits, tant naturels que civils, des héritages sujets au douaire, nés ou perçus depuis le jour du décès du mari, et pareillement les arrérages des rentes sujettes au douaire courus depuis ledit jour, appartiennent à la douairière pour la portion dont elle a droit de jouir desdits héritages ou rentes. La coutume de Paris, en l'article ci-dessus rapporté, a tiré elle-même ce corollaire.

COROLLAIRE II.

161. De là il suit qu'après l'ouverture du douaire, la femme peut d'elle-même se mettre en possession de la jouissance des héritages sujets à son douaire pour la portion qui lui en appartient, sans qu'elle ait

besoin pour cela d'en faire aucune demande à l'héritier du mari, n'étant pas moins saisie par la loi de sa part dans cette jouissance que l'héritier ne l'est de la sienne. La coutume, en l'article ci-dessus rapporté, a pareillement tiré elle-même ce corollaire.

COROLLAIRE III.

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

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

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

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

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

cas, qu'en ce sens, que les intérêts en courent de plein droit avant aucune demande.

165. Quelques coutumes ont apporté certaines limitations au principe que la femme est saisie de plein droit de son douaire. Celles de Berri et de Montargis, après avoir déclaré que la femme est saisie du douaire coutumier, apportent cette limitation, que, quoiqu'elle en soit saisie de droit, si elle ne s'en est pas mise de fait en possession, elle ne peut demander aux héritiers du mari plus de cinq années de jouissance de son douaire pour le temps passé.

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

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

167. La coutume du Grand-Perche, qui, en l'article 114, admet le principe que la femme est saisie de plein droit, du jour du décès de son mari, du douaire,

soit coutumier ou préfix, y apporte une exception pour le cas auquel elle a l'option de l'un ou de l'autre, auquel cas elle n'est saisie que du jour de son option. La raison est que la femme ne peut pas paroître saisie de l'un des deux douaires, tant qu'il est incertain lequel des deux elle aura. Cette raison ne m'a pas paru suffisante pour étendre cette exception aux coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, parcequ'on peut donner un effet rétroactif au choix que fera la femme.

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

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

Telle est la coutume de Normandie, qui dit indistinctement : « *Douaire* n'est dû, sinon du jour qu'il est demandé, s'il n'est autrement convenu par le contrat de mariage. »

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

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

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

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

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

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

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

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

doit en faire demande, déclare manifestement qu'elle a rejeté le principe suivi par les coutumes qui saisissent de plein droit la femme du douaire coutumier.

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

171. La question ne peut guère souffrir de difficulté à l'égard du douaire coutumier. La femme en est saisie de plein droit, lorsque la coutume qui le lui accorde et de qui elle le tient est du nombre des coutumes qui saisissent de plein droit la femme de son douaire. Au contraire, la femme n'en est pas saisie, et elle est obligée de le demander, lorsque la coutume qui le lui défère est du nombre de celles qui obligent la femme à le demander.

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

172. Si ce Parisien, qui avoit des rentes constituées lorsqu'il a contracté mariage à Paris, a depuis transféré son domicile dans le Blaisois, où il est mort, la femme sera-t-elle saisie de plein droit de son douaire sur lesdites rentes ? La raison de douter est que les rentes constituées étant régies par la loi du domicile

de la personne à qui elles appartiennent, les rentes que le mari avoit lorsqu'il s'est marié sont, par la translation du domicile du mari dans le Blaisois, passées sous l'empire de la coutume de Blois; elles ne sont plus sous l'empire de celle de Paris. La coutume de Paris ne peut donc pas saisir la femme, lors du décès du mari, de son douaire sur lesdites rentes, sur lesquelles elle n'a plus aucun empire.

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

Vice versâ, si un Blaisois qui avoit des rentes constituées lorsqu'il s'est marié avoit transféré son domicile à Paris, où il est mort, quoique les rentes soient, par la translation de son domicile à Paris, passées sous l'empire de la coutume de Paris, néanmoins la douairière ne sera pas saisie de plein droit de son douaire coutumier sur lesdites rentes du jour du décès de son mari, et les arrérages ne commenceront à courir à son profit, pour la part qu'elle y a, que du jour de sa demande. La raison est que c'est la coutume

de Blois qui a donné à la femme le droit de douaire qu'elle a sur lesdites rentes, lesquelles, lorsque le mariage a été contracté, et lorsqu'elles ont été assujetties au douaire, étoient sous l'empire de cette coutume; d'où il suit que la femme est tenue de faire la demande de douaire, puisque la coutume de Blois, de qui elle le tient, ne le lui accorde qu'à la charge d'en faire la demande. La coutume de Paris, sous l'empire de laquelle les rentes ont passé, ne peut pas la saisir du droit de ce douaire qu'elle a sur lesdites rentes, puisque ce n'est pas cette coutume qui le lui donne.

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

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

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

lorsqu'un homme domicilié sous la coutume de Ponthieu a donné pour douaire l'usufruit d'un héritage situé sous celle de Paris, la femme, lors de l'ouverture du douaire, sera saisie de plein droit de son douaire sur cet héritage, qui est sous l'empire de la coutume de Paris, laquelle saisit de plein droit les douairières du douaire, soit coutumier, soit conventionnel, qu'elles ont sur les héritages soumis à son empire.

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

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

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

CHAPITRE IV.

Des actions auxquelles donne lieu l'ouverture du douaire.

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

ARTICLE PREMIER.

De l'action de partage.

174. Par l'ouverture du douaire coutumier, la jouissance des héritages et autres immeubles qui y sont sujets devient commune entre la femme douairière, à qui en appartient la moitié ou le tiers, suivant les différentes coutumes, et les héritiers du mari, auxquels en appartient le surplus.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

175. Tant que l'héritier ne demande pas le partage, la douairière peut jouir tant qu'elle le voudra par indivis, et ne procéder au lotissement que lorsqu'elle se

lassera de l'indivis; mais lorsque l'héritier demande le partage, le plus grand nombre de ces coutumes donnent à la douairière un terme de quarante jours pour faire les lots, à compter du jour de la sommation qui lui est faite par l'héritier de les faire; au bout duquel temps elles veulent que la douairière qui est en demeure soit privée pour l'avenir de sa part dans la jouissance, jusqu'à ce qu'elle ait satisfait à cette obligation; Laon, art. 45, Saint-Quentin, art. 96, etc.

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

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

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

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

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

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

L'héritier a des raisons à faire à la douairière,

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

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

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

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

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

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

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

3° Lorsque le mari a racheté, pendant le mariage, une rente dont il étoit déjà débiteur au temps des épousailles, la douairière, qui profite du rachat, en

doit faire raison à l'héritier du mari, au moins par la voie de la compensation.

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

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

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

Pareillement lorsque le mari a, pendant le mariage, reçu le remboursement d'une rente sujette au douaire, ou qu'il l'a, par sa faute, laissé prescrire; si, d'un autre côté, il a racheté une rente qu'il devoit dès

avant son mariage, et qui par conséquent auroit été à la charge de la douairière si elle n'eût pas été rachetée, il se fait compensation de la raison que l'héritier doit faire à la douairière de la rente dont le mari a reçu le remboursement, ou qu'il a laissé prescrire, avec la raison que la douairière doit, de son côté, faire à l'héritier pour la rente que le mari a rachetée.

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

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

Dans le premier cas, supposons, par exemple, que le mari qui, au temps des épousailles, étoit propriétaire par indivis avec d'autres d'un héritage, s'en est rendu, pendant son mariage, adjudicataire par licitation, et a déboursé pour cet effet une somme de 3,000 l. pour payer les parts de ses copropriétaires dans le prix de la licitation: suivant notre principe, la femme, en sa qualité de douairière, doit à l'héritier du mari les intérêts de la somme de 1,500 liv., moitié de celle de

3,000 liv., pendant tout le temps que doit durer son usufruit. L'héritier du mari, de son côté, doit à la femme, en la qualité qu'elle a de commune, pareille somme de 1,500 liv. pour le mi-denier de celle de 3,000 liv., tirée de la communauté par le mari, qui en doit récompense, comme nous l'avons vu en notre *traité de la Communauté*, n. 629. Il se fait une compensation naturelle des intérêts de la somme de 1,500 liv. que la femme doit, en sa qualité de douairière, pendant le temps de son usufruit, avec ceux de pareille somme de 1,500 liv. que l'héritier lui doit. En conséquence, au moyen de ladite compensation, l'héritier doit jouir de la somme de 1,500 livres qu'il doit pour le mi-denier, pendant tout le temps que doit durer l'usufruit de la douairière, sans en payer aucuns intérêts pendant ledit temps.

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

181. Ces compensations se font de la même manière

dans le second cas, qui est celui auquel le mari a déboursé, pendant le mariage, quelque somme d'argent pour des augmentations faites à quelque héritage sujet au douaire, et qui en ont augmenté le revenu.

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

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

Rien n'est si équitable que ces compensations. L'équité ne permet pas que la femme demande récompense de la part qu'elle avoit, en qualité de commune, dans les sommes que son mari a tirées, pendant qu'elle profite desdites sommes comme douairière.

183. Il n'y a pas lieu à cette compensation lorsque

L'héritier avoit de son côté des raisons à faire à la douairière, pour raison du douaire, dont il s'est fait compensation avec celles que la douairière lui doit faire; autrement il se feroit payer deux fois.

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

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

185. Dans les deux autres cas, lorsque le mari a déboursé pendant le mariage quelque somme pour des augmentations à un héritage sujet au douaire, qui en ont augmenté le revenu, ou pour le rachat de quelque rente par lui due, à laquelle la douairière eût contribué si elle n'eût pas été rachetée; ne pouvant y avoir lieu à la compensation, au moyen de ce que la douairière a renoncé à la communauté, ou de ce qu'il y a exclusion de communauté, l'héritier est-il fondé à demander à la douairière les intérêts de cette somme,

pour la part qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets au douaire, pendant tout le temps que doit durer cette jouissance? Les avis sont différents sur cette question. Duplessis et Renusson tiennent la négative : ils disent que le mari, en faisant ces augmentations et en rachetant cette rente, n'a eu d'autre vue que d'améliorer et de libérer son bien, comme le font tous les bons pères de famille; qu'on ne doit donc point supposer en lui aucune vue d'avantager sa femme, ni aucune intention de faire contracter à sa femme aucune obligation d'où puisse naître aucune action contre elle. Le mari, en faisant ces augmentations, en rachetant cette rente, *proprium negotium gerebat, non negotium uxoris, quamvis per accidens profuerit uxori*. Renusson autorise son opinion par un arrêt du 13 août 1622, rendu au profit de la dame de L'Encosme, par lequel il dit avoir été jugé qu'elle doit jouir de son douaire sans être tenue de récompenser l'héritier du mari des rentes acquittées par le mari durant le mariage.

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

On ne peut dénier plus formellement à l'héritier la récompense. Cette coutume néanmoins l'accorde par la voie de la compensation, lorsqu'il peut y avoir lieu ;

car elle dit en l'article suivant : « Si le mari a vendu
« de son propre pour faire ledit racquit, la femme,
« prenant douaire sur les héritages déchargés, ne
« pourra prendre douaire sur ledit héritage vendu. »

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

Il n'est pas, selon lui, nécessaire que le mari, pendant le mariage, en faisant le rachat de ces rentes et ces augmentations, ait eu intention d'avantager sa femme, et d'augmenter le revenu de son douaire : il suffit qu'elle en soit effectivement avantagée, et que le revenu de son douaire soit effectivement augmenté aux dépens du mari, pour que l'héritier soit fondé à demander cette récompense. De même que le revenu du douaire ne peut être diminué par le fait du mari sans que la femme en soit récompensée, il ne doit pas non plus pouvoir être augmenté aux dépens du mari, sans que la femme en récompense l'héritier du mari. J'inclinerois pour cette seconde opinion.

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

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

En conséquence, lorsque l'un des copartageants a souffert éviction de la jouissance d'un héritage échu

en son lot, l'autre copartageant est tenu de lui faire raison pour sa part, par chacun an, pendant tout le temps que durera le douaire, de la somme à laquelle a été estimée, par le partage, la jouissance dont il a été évincé.

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

Dans les coutumes où le douaire n'est que du tiers, si, pour le tiers de la douairière dans une masse de 1,200 livres, on lui a délivré des héritages pour 400 livres de revenu, et qu'elle ait été évincée de l'un de ces héritages de 300 livres de revenu, l'héritier, tenu pour les deux tiers de la garantie, doit faire raison à la douairière de 200 livres de revenu par chacun an ; au moyen de quoi, avec les 100 livres de revenu qui lui restoient, elle aura 300 livres de revenu, qui fait le tiers des 900 livres, somme à laquelle la masse a été réduite.

Lorsque c'est l'héritier qui a souffert éviction, la

douairière, tenue de la garantie pour la part qu'elle a dans la masse, doit faire raison à l'héritier de la même manière.

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

ARTICLE II.

De l'action *confessoria servitutis ususfructus*.

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

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

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

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

La femme n'a pas même ordinairement besoin, dans ces coutumes, d'avoir recours à cette action, pouvant, comme nous l'avons vu en l'article précé-

douairière, tenue de la garantie pour la part qu'elle a dans la masse, doit faire raison à l'héritier de la même manière.

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

ARTICLE II.

De l'action *confessoria servitutis ususfructus*.

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

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

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

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

La femme n'a pas même ordinairement besoin, dans ces coutumes, d'avoir recours à cette action, pouvant, comme nous l'avons vu en l'article précé-

dent, se mettre d'elle-même en possession de la jouissance qui lui appartient dans l'héritage, et même former la complainte contre l'héritier qui l'y troubleroit. Elle n'a besoin d'avoir recours à cette action que lorsque le fond de son droit lui est contesté; *putà*, si l'héritier soutenoit que l'héritage sur lequel la femme veut exercer son douaire n'y est pas sujet, n'étant pas venu à son mari en avancement de succession, mais à titre de vente qui lui en auroit été faite par son père; et que la femme soutint au contraire que son mari l'avoit eu en avancement de succession.

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

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

ture du douaire, si le mari n'avoit pas aliéné lesdits héritages, elle en doit être indemnisée par l'héritier du mari.

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

191. Lorsque le mari a aliéné tous les héritages sujets au douaire, ou lorsqu'il n'en a pas laissé dans sa succession suffisamment pour remplir la douairière de sa portion, c'est le cas auquel la douairière peut par cette action revendiquer son douaire contre les tiers détenteurs des héritages qui y sont sujets, à commencer par les détenteurs des héritages qui ont été aliénés en dernier lieu, et ainsi en remontant, contre les détenteurs des héritages dont l'aliénation a entamé la portion qui lui appartient pour son douaire.

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

été faite n'a pas entamé cette portion, ceux qui restoient étant suffisants pour la fournir.

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

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

ARTICLE III.

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

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

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

été faite n'a pas entamé cette portion, ceux qui restoient étant suffisants pour la fournir.

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

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

ARTICLE III.

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

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

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

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

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

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

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

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

Elle n'a pas le droit d'exécution, et ne peut procéder par voie de commandement contre les héritiers de son

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

CHAPITRE V.

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

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

ARTICLE PREMIER.

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

194. Le droit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, consiste dans celui de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets au douaire, pour la part qu'elle y a, qui seront à percevoir ou qui naîtront pendant tout le temps de son usufruit ; c'est-à-dire, à l'égard des coutumes qui la saisissent de plein droit, tous ceux qui seront à percevoir

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

CHAPITRE V.

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

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

ARTICLE PREMIER.

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

194. Le droit de la douairière, de même que celui des autres usufruitiers, consiste dans celui de percevoir les fruits des héritages et autres immeubles sujets au douaire, pour la part qu'elle y a, qui seront à percevoir ou qui naîtront pendant tout le temps de son usufruit ; c'est-à-dire, à l'égard des coutumes qui la saisissent de plein droit, tous ceux qui seront à percevoir

ou qui naîtront depuis le décès du mari jusqu'à la fin dudit usufruit; et, à l'égard des autres coutumes, depuis la demande que la douairière a faite de son douaire, ou depuis que l'héritier, avant aucune demande, l'en a volontairement saisie.

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

Par exemple, si un titulaire a pris possession de son bénéfice le 1^{er} de septembre, et qu'il soit mort le 1^{er} janvier suivant; le temps de son usufruit n'ayant duré que le tiers d'une année, il ne retiendra que le tiers de la vendange qu'il a faite, qui est le fruit d'une année. Au contraire, la douairière, quelque peu de temps qu'ait duré son usufruit, acquiert entièrement, pour la part néanmoins qu'elle a dans la jouissance des héritages sujets à son douaire, tous les fruits qui y ont été perçus ou qui y sont nés pendant le temps de son usufruit, fussent-ils le fruit de plusieurs années. Par exemple, si peu après que la douairière est entrée en possession de son douaire, il s'est fait sur un héritage sujet au douaire une coupe de bois taillis qu'on a coutume de couper tous les douze ans, et qui est par conséquent le fruit de douze années; quoique la douairière soit morte peu après, et que le temps de son usufruit n'ait pas duré un an, la douairière aura acquis la moitié ou le tiers de toute cette coupe.

Vice versâ, lorsqu'il n'y a eu aucuns fruits perçus ou nés pendant le temps de l'usufruit de la douairière, elle n'en peut prétendre aucuns; comme dans le cas

auquel elle auroit été saisie de son douaire peu de jours après la récolte, et seroit décédée quelques jours avant la récolte suivante.

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

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

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

Le propriétaire doit-il au moins avoir la préférence sur l'étranger à qui l'usufruitier a vendu ou loué son droit? La question a été autrefois controversée. Plusieurs docteurs pensoient autrefois que le propriétaire devoit être admis à cette préférence lorsqu'il se présentoit *rebus integris*, avant que celui à qui l'usufruitier avoit vendu ou loué son droit fût entré en jouissance, et que l'usufruitier étoit sans intérêt. Brunne-man, *ad l. 12, ff. de usufr.*, suit cette opinion.

Quelques coutumes l'ont suivie à l'égard du douaire. Celle de Berri, tit. 8, art. 18, donne le droit de retrait

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

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

§. I. Des fruits naturels.

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

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

J'ai dit que les fruits d'une chose sont ce qu'elle produit et reproduit ; suivant cette définition, les pierres

qu'on tire d'une carrière ne sont pas des fruits de la terre sur laquelle on a établi la carrière; car la terre d'où on les tire n'en reproduit pas d'autres à la place de celles qu'on a tirées. D'où il suit qu'une douairière, de même que tous les autres usufruitiers, non seulement ne peuvent pas ouvrir une carrière sur un héritage dont ils jouissent par usufruit, mais quand même la carrière auroit été ouverte avant que l'usufruit ait commencé, ils n'ont pas droit d'en tirer des pierres pour les vendre.

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

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

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

196. A plus forte raison, un trésor trouvé dans un fonds de terre, où il étoit caché, n'est pas regardé comme un fruit de cette terre; car non seulement la terre n'en reproduit pas, mais ce n'est pas elle-même qui l'a

produit, elle n'en étoit que la dépositaire. C'est pourquoi la douairière ne peut, en sa qualité d'usufruitière, prétendre aucune part dans le trésor trouvé dans l'héritage dont elle jouit par usufruit: ce trésor doit se partager par tiers, entre celui qui l'a trouvé, le propriétaire de l'héritage, et le seigneur de justice.

197. Les bois de haute-futaie qui sont sur un héritage ne sont pas un fruit; lorsque le propriétaire les abat, il est censé diminuer et entamer son fonds, plutôt que percevoir le fruit de son fonds. En cela les bois de haute-futaie diffèrent des bois taillis, c'est-à-dire de ceux que l'on coupe lorsqu'ils ont un certain âge, et qu'on laisse repousser pour être pareillement coupés lorsqu'ils auront le même âge, et ainsi successivement. Les coupes de ces bois taillis sont des fruits qui appartiennent à l'usufruitier, lorsqu'il les fait couper pendant le temps de son usufruit, dans les temps auxquels elles doivent se faire; mais l'usufruitier ne peut pas abattre les autres bois: *Si grandes arbores essent, non posse eas cedere*; l. 11, ff. de usufr.

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

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

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

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

Les fruits purement naturels sont ceux que la terre produit d'elle-même sans culture, tels que sont les foins, les noix, la coupe d'un bois taillis, etc.

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

Les uns et les autres sont acquis à la douairière, de même qu'à tous les autres usufruitiers, par leur perception; et ils sont censés perçus aussitôt qu'ils ont

été séparés de la terre où ils étoient pendants, quoi-
qu'ils soient encore sur champ, et qu'ils n'aient pas
encore été conduits dans les granges ; l. 13, ff. *quib.
mod. usufr. amitt.*

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

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

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

200. Le principe que les fruits naturels ne sont

censés perçus que par leur séparation de la terre où ils sont pendants, reçoit une exception dans notre coutume d'Orléans, à l'égard de la coupe des bois sujets au droit de gruerie.

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

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

Notre coutume d'Orléans, article 75, décide qu'aus sitôt que l'adjudication a été faite, sans qu'il faille attendre que l'adjudicataire ait fait abattre les bois, la coupe de bois qui a été adjugée est censée perçue et acquise à celui à qui le droit de percevoir les fruits de la pièce de bois appartient au temps de l'adjudication. Elle le décide dans le cas d'un seigneur qui a saisi

féodalement, et qui a le droit, en conséquence, de faire siens les fruits du fief saisi, qui sont perçus pendant le temps qu'a duré la saisie. Il y a entière parité dans les autres cas. Suivant cette décision, lorsqu'une coupe de bois en gruerie d'un héritage sujet au douaire a été adjugée avant l'ouverture du douaire, quoique le bois n'ait été abattu que depuis, la douairière ne peut rien y prétendre; et, *vice versa*, si la coupe du bois a été adjugée pendant le temps de l'usufruit de la douairière, elle lui appartiendra, quoiqu'elle meure avant qu'on ait commencé à abattre les bois.

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

On dit au contraire pour la négative que la règle de droit, *Fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis*, est dans le cas de personnes qui sont comptables de fruits qu'elles ont perçus, qui ne leur appartenoient

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

Quid, si ces labours et semences étoient encore dus à la mort du mari ? Bacquet, qui décide que la douairière n'en doit pas faire raison lorsqu'ils ont été acquittés du vivant du mari, pense néanmoins qu'elle est tenue de cette dette. Je pense au contraire que, dès qu'on établit pour principe que l'usufruit de l'héritage est accordé à la douairière en l'état qu'il se trouvera au temps de l'ouverture du douaire, c'est une conséquence que la douairière ne doit pas être tenue de cette dette ; de même qu'un héritier aux propres, lequel a recueilli les fruits qui étoient pendants sur l'héritage auquel il a succédé, n'est pas pour cela plus tenu de la dette des frais de labours et semences faits pour les faire venir, qu'il ne l'est des autres dettes de la succession.

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

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

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

§. II. Des fruits civils.

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

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

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

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

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

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

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

la ferme, qui, n'étant due par le fermier que pour le prix des fruits, n'est due que lorsqu'il les a recueillis, et n'a pu par conséquent être acquise à la douairière, qui est morte auparavant.

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

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

Pourquoi avons-nous dit *exclusivement*? C'est que la partie de loyer due pour chaque jour étant due pour la jouissance de ce jour, elle n'est due que lorsque le jour est entièrement révolu : c'est pourquoi le loyer du jour de la mort de la douairière n'a pu lui être acquis,

à moins qu'on ne la supposât morte précisément au dernier instant de la journée.

Il en est de même des arrérages de rentes.

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

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

206. Il nous reste à observer que les droits honorifiques attachés à une terre dont la douairière jouit en usufruit ne sont point compris dans les fruits civils de cette terre : *Jura honorifica non sunt in fructu*; Molin., art. 1, gl. 1, n. 19. Ils ne peuvent par conséquent être prétendus par la douairière. C'est ce qui résulte de la définition que nous avons ci-dessus donnée des fruits civils, que nous avons dits être ce qui formoit le *revenu* d'une chose. Or le *revenu* ne s'entend que de l'utile, et non de l'honorifique : c'est pourquoi une douairière qui jouit en usufruit d'une terre à laquelle est attaché un droit de justice a bien le droit, comme nous l'avons dit ci-dessus, de percevoir les amendes, les épaves, les confiscations, les déshérences qui obviennent pendant le temps de son usufruit, ces choses étant des droits utiles, et par conséquent des fruits; mais les droits honorifiques qui sont attachés au droit de justice appartiennent au propriétaire, et non à la douairière : en conséquence c'est au propriétaire, et non à la douairière, qu'appartient le droit d'instituer et de destituer les officiers de la justice.

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

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

La douairière qui jouit par usufruit d'un fief a bien le droit de percevoir les profits féodaux, ces profits étant des droits utiles, et par conséquent des fruits civils du fief, qui en forment le revenu ; mais ce n'est pas à la douairière, c'est au propriétaire du fief que les vassaux doivent la foi.

Pareillement la douairière, comme tous les autres usufruitiers d'un fief, ne peut, pour les profits qui lui sont dus, saisir féodalement en son nom les fiefs des

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

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

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

Enfin la douairière qui jouit par usufruit, pour

son douaire, de quelque seigneurie de la succession de son mari, peut bien se qualifier *dame douairière d'un tel lieu*; mais il n'y a que le propriétaire qui puisse s'en qualifier *seigneur* purement et simplement. Les coutumes de Péronne et de Ribemout en ont une disposition qui doit à cet égard faire un droit commun.

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

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

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

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

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

Au contraire, lorsque quelqu'un n'a droit d'avoir la jouissance du passage par des héritages que comme un accessoire de l'usufruit d'un autre héritage où l'on ne peut aborder sans cela, le propriétaire desdits héritages peut assigner le lieu qui lui est le moins incommode, par où cet usufruitier et son monde pour-

ront passer, sans qu'ils puissent passer par ailleurs. C'est ce que décide Ulpien d'après Nératius : *Rectè Neratius scribit, si subsidii loci ususfructus legetur, iter quoque sequi, per ea scilicet loca fundi per que qui usumfructum cessit constitueret, quatenus est ad fruendum necessarium; l. 2, ff. si serv. vind.*

ARTICLE II.

Des obligations de la douairière.

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

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

211. Ulpien, en la loi 1, §. 3, ff. *usuf. quemadm. cav.*, nous définit ce que c'est que jouir en bon père de famille : *Viri boni arbitrato perceptum iri usumfructum, hoc est non deteriozem se causam ususfructus*

ront passer, sans qu'ils puissent passer par ailleurs. C'est ce que décide Ulpien d'après Nératius : *Rectè Neratius scribit, si subsidii loci ususfructus legetur, iter quoque sequi, per ea scilicet loca fundi per que qui usumfructum cessit constitueret, quatenus est ad fruendum necessarium; l. 2, ff. si serv. vind.*

ARTICLE II.

Des obligations de la douairière.

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

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

211. Ulpien, en la loi 1, §. 3, ff. *usuf. quemadm. cav.*, nous définit ce que c'est que jouir en bon père de famille : *Viri boni arbitrato perceptum iri usumfructum, hoc est non deteriozem se causam ususfructus*

facturum, cæteraque facturum quæ in re suâ faceret.

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

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

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

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

212. Si ce sont des terres labourables dont la douairière jouit en usufruit, elle doit les bien cultiver selon la manière du pays. Elle ne doit pas les épuiser en les

dessaisonnant. Par exemple, dans les pays où l'usage est que les terres soient ensemencées en blé la première année, en mars la seconde, et qu'elles se reposent la troisième année, la douairière ne jouiroit pas en bon père de famille, si elle ne les laissoit pas reposer la troisième année, ou si elle les ensemençoit en blé deux années de suite. Mais il seroit très permis à un usufruitier de laisser reposer les terres pendant plusieurs années, et d'y semer du sainfoin et autres graines propres à les amender; car il lui est permis de méliorer: *Fructuarius causam proprietatis deterioiorem facere non debet, meliorem facere potest*; l. 13, §. 4, ff. de usufr.

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

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

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

Cette décision a lieu, quand même la nouvelle forme en laquelle l'usufruitier voudroit convertir l'héritage seroit une forme qui rendroit l'héritage plus précieux et d'un plus grand revenu: *Nec ampliare, nec utile detrudere posse, quamvis melius repositurus sit*; l. 7, §. fin.; l. 8. ff. de usufr.

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

Cela n'est pas contraire à ce qui a été dit ci-dessus, qu'un usufruitier peut améliorer l'héritage dont il jouit par usufruit; car cela doit s'entendre en ce sens, pourvu que cela se fasse sans en changer la forme.

Par exemple, l'usufruitier d'une maison peut orner le plafond d'une salle par de belles peintures, griser les planchers, revêtir de marbre les murs, etc.; mais il ne lui est pas permis de changer l'entrée de la maison, ni la distribution des appartemens: *Si ædium*

ususfructus legatus sit.... colores et picturas et marmora poterit (immittere), et sigilla (1), et si quid ad domus ornatum; sed neque diœtas transformare vel conjungere aut separare ei permittitur, vel aditus porticusve vertere, vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum convertere . . . excolere enim quod invenit potest, qualitate œdium non immutatâ; d. l. 23, §. 7.

215. Un usufruitier peut-il, sans le consentement du propriétaire, exhausser la maison dont il jouit par usufruit? Ulpien tient la négative : car, quoiqu'il semble que cet exhaussement par lequel sa maison est augmentée soit un avantage pour le propriétaire, il peut avoir des raisons pour s'y opposer; *putà*, parceque la maison étant élevée seroit exposée aux vents : *Eum cui œdium ususfructus legatus sit, altiùs tollere non posse, quamvis lumina non obscurentur, quia tectum magis turbatur;* d. §. 7.

216. Par la même raison, Nératius décide que l'usufruitier ne peut pas, malgré le propriétaire, revêtir des murs bruts, parceque, quoique cela paroisse être un ornement et une mélioration, néanmoins le propriétaire peut préférer d'avoir des murs bruts, pour n'être pas, après l'extinction de l'usufruit, sujet à l'entretien de l'enduit dont ses murs auroient été décorés : *Usufructuarius novum tectorium parietibus qui rudes fuissent imponere non potest; quia tametsi meliorem excolendo œdificium domini causam facturus esset,*

(1) *Sigilla*, id est *parva signa*, de petites statues qu'on place dans des corniches.

non tamen id jure suo facere potest; aliudque est tueri quod accepisset, an novum facere; l. 44, d. tit.

Cette décision de Nératius n'est pas contraire à ce qui a été rapporté ci-dessus de la loi 13, §. 7, qu'un usufruitier pouvoit revêtir de marbres les murs; *immittere marmora poterit* : elles sont dans des cas différents. Celle de la loi 13 doit s'entendre des murs qui étoient déjà revêtus. L'usufruitier, en les revêtissant, quoiqu'il y emploie une matière plus précieuse, ne fait qu'entretenir; mais lorsque les murs sont bruts le revêtement est un nouvel ouvrage qu'il ne peut faire sans le consentement du propriétaire.

217. L'usufruitier peut-il, sans le consentement du propriétaire, agrandir les fenêtres de la maison dont il jouit par usufruit, ou au contraire les diminuer? Ulpien, en la loi 13, §. 7, décide qu'il ne peut les diminuer, *nec obstruere eum posse*; mais il paroît permettre au contraire de les agrandir: *Nerva filius lumina immittere eum posse ait*. Je ne crois pas néanmoins qu'il le puisse faire contre le consentement du propriétaire, qui peut avoir ses raisons de préférer de petites fenêtres aux grandes; parceque si les grandes fenêtres donnent plus de jour, d'un autre côté elles rendent les appartements plus froids en hiver. C'est une espèce de changement, dans la forme de la maison, qui ne peut appartenir à un usufruitier.

218. Si, lors de l'ouverture du douaire, il s'étoit trouvé sur un des héritages sujets au douaire, quelque bâtiment commencé, que son mari n'a pas achevé, et qui, en l'état qu'il est, ne peut être d'aucun usage, la douairière ne peut obliger l'héritier à l'achever. Lui

est-il au moins permis d'achever à ses risques et à ses dépens le bâtiment commencé, sans que l'héritier, propriétaire de l'héritage, puisse s'y opposer? Les jurisconsultes romains ont poussé la subtilité jusqu'à dire qu'un usufruitier n'a pas ce droit, à moins que cela ne lui ait été expressément permis par la constitution d'usufruit: *Ædificium inchoatum fructuarium consummare non posse placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit; nisi in constituendo hoc specialiter adjectum sit*; l. 61, §. 1, ff. d. lit.

Brunneman, *ad l. 8, ff. de usufr.*, pense, avec raison, que cette décision du jurisconsulte Nératius ne doit pas être suivie. Elle est contraire à l'intention de celui qui a constitué l'usufruit, lequel, en commençant ce bâtiment, n'a pas eu intention qu'il demeurât imparfait; mais que, s'il étoit prévenu par la mort, et que son héritier ne voulût pas le parachever, il fût permis à l'usufruitier de le faire.

219. Non seulement il n'est pas permis à la douairière ni aux autres usufruitiers de changer la forme des héritages dont ils jouissent par usufruit; il ne leur est pas non plus permis de les faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels ils sont destinés. Par exemple, la douairière qui jouit par usufruit d'une maison bourgeoise ne peut pas en faire des magasins ni un cabaret: *Si domus ususfructus legatus sit, meritoria illic facere non debet fructuarius.... meritoria ita accipe quæ vulgò diversoria vel fullonica appellantur*; l. 13, §. fin.

Au reste, l'usufruitier d'un magasin n'est pas censé le faire servir à un autre usage qu'à celui auquel il est

destiné, quoiqu'il le fasse servir à loger des marchandises d'une autre espèce que celles que le propriétaire y logeoit ; car, quelles que soient les marchandises qu'il y loge, il l'exploite toujours comme magasin : *Si dominus solitus fuit tabernis ad merces suas uti . . . permittitur fructuario locare eas ad alias merces* ; l. 27, §. 1, ff. d. tit.

Pareillement, quoique le propriétaire ait toujours joui par lui-même, et fait valoir par ses mains un héritage, cela n'empêche pas qu'il ne soit permis à l'usufruitier de le louer.

220. Cette obligation que la douairière contracte de ne pas changer la forme des héritages dont elle jouit en usufruit, et de ne les pas faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels ils sont destinés, produit une action, qui est ouverte aussitôt que la douairière commence à faire quelque changement dans la forme de quelqu'un des héritages dont elle jouit en usufruit, ou à le faire servir à d'autres usages qu'à ceux auxquels il est destiné. Le propriétaire peut dès-lors, sans qu'il soit besoin d'attendre la fin de l'usufruit, intenter cette action contre la douairière, pour qu'il lui soit fait défenses, soit de faire servir l'héritage aux usages auxquels elle le fait servir, qui ne sont pas ceux auxquels il est destiné, soit de continuer le changement qu'elle a commencé de faire dans la forme, et la faire condamner à faire rétablir l'héritage dans la première forme.

Le juge peut néanmoins quelquefois, suivant les circonstances, lorsque le propriétaire ne souffre rien, surseoir jusqu'à la fin de l'usufruit.

§. III. De la caution que doit donner la douairière.

221. Les usufruitiers, lorsqu'ils entrent en possession de leur usufruit, sont ordinairement tenus de donner bonne et suffisante caution de jouir en bons pères de famille, et de rendre en bon état, à la fin de l'usufruit, les choses dont ils doivent jouir; l. 13, ff. *de usufr.*; et l. 4, *Cod. d. tit.*

Néanmoins la coutume de Paris se contente de la caution juratoire de la douairière, et n'exige point d'elle qu'elle donne aucun fidejusseur, tant qu'elle demeure en viduité. Elle s'exprime de cette manière en l'article 264: « Et au cas que ladite femme ne se remarie, aura délivrance de son douaire à sa caution juratoire; mais si elle convole en autre mariage, sera tenue donner bonne et suffisante caution. »

Quoique cet article s'entende principalement du douaire préfix, par la connexion qu'il a avec l'article précédent, qui traite du douaire préfix, néanmoins il doit pareillement s'appliquer au douaire coutumier, y ayant même raison.

La coutume de Calais a une disposition entièrement semblable à celle de Paris.

222. Celle d'Orléans, art. 218, a aussi une disposition semblable; sauf qu'au lieu que la coutume de Paris se contente purement et simplement de la caution juratoire de la femme, lorsqu'elle ne se remarie pas, la coutume d'Orléans ne s'en contente qu'à la charge par la femme d'affirmer qu'elle n'en peut donner d'autre, ce qu'il étoit fort inutile d'exiger; car l'héritier du mari étant obligé de se contenter de la

caution juratoire de la femme, lorsqu'elle ne trouve pas de fidéjusseurs qui veuillent se rendre cautions pour elle, il arrivera toujours qu'elle n'en trouvera point, et qu'aucun de ses parents et amis ne voudra, sans que besoin en soit, contracter pour elle un cautionnement dont elle peut se passer.

Les coutumes de Montfort, de Mantes, et de Nivernois, se contentent aussi de la caution de la douairière, *telle qu'elle pourra la bailler*, c'est-à-dire, de la caution juratoire; car elle dira toujours qu'elle n'en peut bailler d'autre; et ces coutumes ne font même aucune distinction du cas auquel la douairière demeure en viduité, et de celui auquel elle se remarie.

223. Celle de Nivernois, tit. 24, art. 11, fait une autre distinction. Elle se contente bien de la caution juratoire de la femme lorsque son douaire consiste dans l'usufruit d'héritages; mais si le douaire consiste dans l'usufruit d'une somme d'argent ou de choses mobilières, elle exige de la douairière *bonne et suffisante caution*, c'est-à-dire caution fidéjusseoire; et faite par elle de la bailler, elle autorise l'héritier à retenir la somme, en faisant à la douairière l'intérêt de ladite somme, jusqu'à ce qu'elle ait fourni ladite caution.

Cette coutume, par ledit article, ordonne aussi que, si la douairière avoit fait des dégradations dans les héritages dont elle jouit, elle soit, outre la privation de son douaire dans les choses détériorées, tenue de donner pour le surplus *caution suffisante*.

224. La coutume d'Auxerre et celle de Châteauneuf sont entièrement opposées à celles que nous venons de rapporter. Elles exigent indistinctement de la douai-

rière une caution *selon la forme de droit*; ce qui ne peut s'entendre que de la caution fidéjussoire; car c'est celle que le droit romain exige des usufruitiers, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Celle de Bar ne dispense la douairière de cette caution qu'envers ses enfants; car elle dit en l'art. 89: « Et au cas qu'il n'y ait enfants du mariage, ou qu'elle convole en secondes noces, donnera caution. »

225. Que doit-on décider dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur la caution que doit donner la douairière? J'inclinerois à penser qu'on doit étendre à ces coutumes l'article 264 de la coutume de Paris; car cet article étant un des articles ajoutés lors de la réformation, il y a apparence qu'il a été formé sur la jurisprudence qui étoit alors reçue, ainsi que l'ont été la plupart desdits articles ajoutés.

226. Dans cette variété de coutumes, on doit, pour l'espèce de caution que la douairière doit donner, suivre, à l'égard du douaire coutumier, les dispositions des coutumes qui régissent les biens dont il est composé. Par exemple, lorsque les héritages sujets au douaire coutumier sont, les uns situés à Paris, les autres dans l'Auxerrois; quelque part que fût le domicile du mari, la douairière pourra jouir, à sa caution juratoire, des biens situés à Paris; mais elle sera tenue de donner caution fidéjussoire pour jouir de ceux situés dans l'Auxerrois.

À l'égard du douaire conventionnel, comme ce n'est pas des coutumes que la douairière le tient, on doit, pour l'espèce de caution qu'elle doit donner, suivre la coutume à laquelle les parties se sont soumises pour

leurs conventions par leur contrat de mariage ; et, s'il n'y a pas de soumission à une coutume, on doit suivre celle du lieu du domicile que le mari avoit alors.

227. Dans les cas auxquels la douairière est obligée, pour jouir de son douaire, de donner caution fidéjusseuse, si elle ne peut la donner, la jouissance des héritages dont elle doit jouir en usufruit doit être séquestrée entre les mains d'un séquestre, qui doit compter tous les ans à la douairière des revenus, déduction faite des charges et de ses frais de séquestre.

228. Il est évident que l'article 264 de la coutume de Paris, et tout ce que nous avons dit en ce paragraphe, ne concerne que le douaire qui consiste en usufruit, et qu'il n'y a pas lieu à la question lorsque, par la convention, la douairière a la propriété de son douaire. Néanmoins Lemaître prétend que, même en ce cas, la douairière doit donner caution ; parceque, dit-il, dans le cas auquel elle se remarieroit, elle seroit obligée, suivant le second chef, de restituer, après sa mort, aux enfants de son premier mariage, ce qui lui a été donné pour son douaire. Cette opinion de Lemaître me paroît destituée de fondement.

§. IV. Si la douairière est obligée d'entretenir les baux faits par son mari des héritages sujets à son douaire.

229. A s'en tenir aux principes de droit, la douairière, lorsqu'elle a renoncé à la communauté, paroît n'être aucunement tenue de l'entretien des baux que son mari a faits des héritages sujets à son douaire. Elle n'en doit pas plus être tenue qu'un acheteur qui a acheté un héritage sans la charge de l'entretien du

bail, ou un légataire qui n'en auroit pas été chargé par le testateur.

Il est décidé en droit, que cet acheteur et ce légataire ne sont point tenus d'entretenir le bail d'un simple fermier et d'un simple locataire. La raison est que le droit qu'un simple locataire ou fermier a de jouir de l'héritage qui lui a été loué ou affermé, n'étant pas un droit qu'il ait dans l'héritage, mais un droit personnel qui procède uniquement de l'obligation que son bailleur a contractée envers lui de lui en accorder la jouissance, il ne peut avoir ce droit que vis-à-vis de son bailleur qui a contracté envers lui cette obligation, et vis-à-vis de ceux qui auroient succédé à cette obligation de son bailleur, tels que sont ses héritiers ou autres successeurs universels; mais il ne peut avoir ce droit vis-à-vis de cet acheteur ou de ce légataire, qui n'ont point été chargés de cette obligation. Or la même raison milite à l'égard d'une douairière qui a renoncé à la communauté : déchargée de toutes les dettes que son mari a contractées durant la communauté, elle n'est point tenue de celles qui résultent des baux à ferme ou à loyer des héritages sujets à son douaire, que son mari a faits durant la communauté.

En vain opposeroit-on que les baux que le mari a faits, durant le mariage, des héritages propres de sa femme, lorsqu'ils ont été faits sans fraude, obligent la femme, qui est obligée de les entretenir après la mort de son mari, comme nous l'avons vu en notre *traité de la Puissance du Mari*. On en conclut mal qu'elle doit être pareillement tenue de l'entretien des baux des héritages sujets à son douaire. La raison de