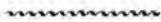


OEUVRES
COMPLÈTES
DE POTHIER.



TOME QUATORZIÈME.

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

OEUVRES
COMPLÈTES
DE POTHIER.

NOUVELLE ÉDITION.

TRAITÉS
DES DONATIONS,
DU DOMAINE DE PROPRIÉTÉ.



A PARIS,
CHEZ THOMINE ET FORTIC, LIBRAIRES,
RUE SAINT-ANDRÉ-DES-ARTS, N^o 50.
M DCCCXXI.

TRAITÉ

DES DONATIONS

ENTRE MARI ET FEMME.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

NOUS diviserons ce chapitre en quatre articles. Nous exposerons, dans le premier, la variété de nos lois sur les donations entre mari et femme. Nous traiterons, dans un second, de la nature de ces lois. Nous verrons, dans un troisième, si l'on peut y déroger par le contrat de mariage. Le quatrième article contiendra la division de ce traité.

ARTICLE PREMIER.

De la variété de nos lois sur les donations entre mari et femme.

1. Suivant le droit romain, c'étoit un des effets du mariage que l'homme et la femme ne pouvoient, pendant le mariage, se faire valablement à l'un et à l'autre aucune donation entre vifs.

Ulpien nous en donne de très belles raisons : *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent : hoc autem receptum est ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non tempe-*
Traité des Donations.

TRAITÉ

DES DONATIONS

ENTRE MARI ET FEMME.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

NOUS diviserons ce chapitre en quatre articles. Nous exposerons, dans le premier, la variété de nos lois sur les donations entre mari et femme. Nous traiterons, dans un second, de la nature de ces lois. Nous verrons, dans un troisième, si l'on peut y déroger par le contrat de mariage. Le quatrième article contiendra la division de ce traité.

ARTICLE PREMIER.

De la variété de nos lois sur les donations entre mari et femme.

1. Suivant le droit romain, c'étoit un des effets du mariage que l'homme et la femme ne pouvoient, pendant le mariage, se faire valablement à l'un et à l'autre aucune donation entre vifs.

Ulpien nous en donne de très belles raisons : *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent : hoc autem receptum est ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non tempe-*
Traité des Donations.

rantes, sed profusâ erga se facilitate; l. 1, ff. de donat. inter vir. et uxor.

Il en apporte encore une autre raison: *Majores nostri*, dit-il, *inter virum et uxorem donationes prohibuerunt..... fanæ conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur; neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret; l. 3, ff. d. tit.*

2. Il n'y avoit que les donations entre vifs qui fussent défendues par le droit romain entre des conjoints par mariage. Il leur étoit permis de disposer à leur gré l'un envers l'autre par donation pour cause de mort, ou par testament: *Inter virum et uxorem mortis causâ donationes receptæ sunt; l. 9, ff. d. tit. Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt; l. 10, ff. d. tit.*

3. La rigueur du droit romain, qui déclaroit absolument nulles les donations entre vifs faites entre mari et femme pendant le mariage, reçut un tempérament par la constitution des empereurs Sévère et Antonin Caracalla son fils, qu'il avoit associé à l'empire. Cette constitution ordonne que, lorsque celui des conjoints qui a fait une donation de certaines choses à l'autre conjoint meurt sans avoir témoigné à cet égard aucun changement de volonté, l'héritier de ce conjoint donateur ne soit pas recevable à répéter les choses données; la mort du donateur, qui meurt sans avoir changé de volonté, devant être censée en ce cas avoir confirmé la donation, sans qu'il fût besoin dorénavant qu'il la confirmât par testament.

C'est ce qui résulte des termes de cette constitution, qui nous sont rapportés par Ulpien: *Ait oratio,*

fas esse eum quidem qui donavit pœnitere; hæredem verò eripere, forsitan adversus supremam voluntatem ejus qui donavit, durum et avarum esse; l. 32, §. 1, ff. d. tit.

4. De même que l'héritier du conjoint donateur qui est mort sans avoir changé de volonté ne peut, suivant les principes du droit romain, répéter contre le conjoint donataire les choses données, dont le donateur lui a fait la tradition; de même, lorsque l'un des conjoints a, par donation, fait remise à l'autre conjoint des créances qu'il avoit contre lui, et est mort sans avoir changé de volonté, son héritier n'est pas reçu à faire aucune demande de ces créances: *Sive res fuit quæ donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habituram; d. l. 32, §. 13.*

5. Par le droit du digeste, il n'y avoit que les donations qui avoient reçu toute leur exécution du vivant du donateur qui étoit mort sans changer de volonté qui fussent confirmées par la constitution de Caracalla. Elle n'alloit pas jusqu'à donner une action au conjoint donataire pour demander l'exécution des donations qui lui avoient été faites par le conjoint donateur, quoiqu'il fût mort sans avoir changé de volonté: *Papinianus rectè putabat orationem D. Severi ad verum (1) donationem pertinere. Denique si stipulanti spondisset uxori suæ, non putabat conveniri posse (2)*

(1) *Donationes rerum appellat, eas que re seu traditione consummate sunt.*

(2) La loi 33, ff. d. tit., paroît contraire. Voyez les conciliations

hæredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit; l. 23, ff. d. tit.

Mais Justinien, par sa nouvelle 162, chapitre 1, a voulu que les donations entre mari et femme, quoiqu'elles n'eussent pas été exécutées par la tradition, fussent confirmées par la mort du donateur qui n'avoit point changé de volonté; et il a accordé une action en ce cas au conjoint donataire contre l'héritier du donateur, pour en poursuivre l'exécution.

6. On a élevé la question si, dans les provinces régies par le droit écrit, ces principes du droit romain, qui confirment les donations entre mari et femme, lorsque le donateur est mort sans avoir changé de volonté, étoient abrogés par l'ordonnance de 1731, qui porte, art. 3: *Qu'il n'y ait plus dans nos états que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre vifs, l'autre celle des testaments ou des codicilles.*

Suivant cette disposition de l'ordonnance, il ne peut plus y avoir que deux espèces de donations qui soient valables; les donations entre vifs, et celles qui sont revêtues de la forme des testaments ou des codicilles. Or la donation faite entre mari et femme, quoique le donateur soit mort sans avoir changé de volonté, n'appartient ni à l'une ni à l'autre de ces deux espèces. Elle n'est pas donation entre vifs, le donateur ayant eu jusqu'à sa mort le droit de la révoquer. Elle n'est pas non plus revêtue de la forme des testaments ou

que nous avons rapportées en notre note sur cette loi, in *Pandect. Just.*, d. tit., n. 73.

codicilles : elle ne peut donc plus aujourd'hui être valable.

Nonobstant cette raison, il paroît que les parlements des provinces du droit écrit sont demeurés attachés aux principes du droit romain sur la confirmation des donations entre mari et femme, quand le donateur est mort sans avoir changé de volonté. C'est ce qui paroît par l'article 40 des réponses faites par le parlement de Toulouse, depuis l'ordonnance de 1731, aux questions proposées par M. le chancelier d'Aguesscau. Il y est dit que la loi romaine, à laquelle il se conforme par ses arrêts, défend, à la vérité, les donations entre mari et femme ; mais qu'elle veut qu'elles soient confirmées par la mort du donateur, lorsqu'il a persévéré dans la même volonté.

A l'égard du parlement de Paris, la question s'y est présentée l'année dernière. Un mari, dans la vue d'avantager sa femme, lui avoit donné quittance d'une certaine somme pour augmentation de dot, sans l'avoir reçue. La femme, après la mort de son mari, demanda cette somme : elle convenoit bien que son mari ne l'avoit pas reçue, et que la quittance que son mari lui en avoit donnée étoit un avantage que son mari avoit voulu lui faire ; mais elle soutenoit que cet avantage étoit valable, ayant été confirmé par la mort de son mari, qui étoit mort sans avoir à cet égard changé de volonté. Le premier juge l'avoit jugé ainsi. Par arrêt rendu en la troisième des enquêtes, au mois d'août dernier, la sentence a été infirmée, et il a été donné congé de la demande de la femme. Cet arrêt a jugé que l'avantage que le mari avoit fait à cette femme par

cette quittance n'avoit pu être confirmé par la mort du mari, l'ordonnance de 1731 y mettant un obstacle.

7. A l'égard de nos coutumes, il y a beaucoup de variétés entre elles sur les donations entre mari et femme. Nous les diviserons en trois principales classes.

PREMIÈRE CLASSE.

8. La première classe est des coutumes qui défendent toutes donations et tous avantages directs ou indirects entre mari et femme pendant le mariage, les testamentaires aussi bien que celles entre vifs. De cette classe sont les coutumes de Paris et d'Orléans, et le plus grand nombre des coutumes.

Ces coutumes, pour la plupart, apportent une exception à cette défense, en permettant aux conjoints par mariage de se faire, pendant le mariage, un don mutuel, au moins de certains biens, et en certains cas.

Il y a une très grande variété entre ces coutumes, par rapport à ce don mutuel, que nous observerons en la seconde partie de ce traité.

DEUXIÈME CLASSE.

9. La seconde classe est des coutumes qui défendent bien les donations entre vifs entre mari et femme pendant le mariage, sauf le don mutuel à l'égard de certains biens et en certains cas, mais qui leur permettent les donations testamentaires.

Il y a deux sous-divisions à faire de ces coutumes qui permettent aux conjoints par mariage de se donner par testament.

Première sous-division.

10. Cette sous-division concerne les cas dans lesquels ces coutumes permettent à un conjoint par mariage de donner à l'autre par testament.

Plusieurs, comme Chartres, Châteauneuf, Péronne, etc., le permettent, soit qu'il y ait des enfants, ou non.

Au contraire, la coutume de Mantes ne le permet que dans le seul cas auquel il n'y a pas d'enfants.

Seconde sous-division.

11. Cette sous-division concerne ce que ces coutumes permettent à un conjoint par mariage de donner à l'autre par testament.

Il y en a qui permettent à un conjoint par mariage de donner par testament à l'autre conjoint tout ce qu'il pourroit donner par testament à un étranger. Telles sont les coutumes de Péronne, art. 111; celle de Ponthieu, tit. 2, art. 24; celle de Châteauneuf, chap. 17, art. 113; celle de Dreux, tit. 18, art. 81; celle de Chartres, chap. 17, art. 91; sauf que, dans celle du Perche, qui est locale de Chartres, le conjoint ne peut pas donner par testament à l'autre l'année du revenu de tous ses propres, qu'il auroit pu donner à un étranger.

D'autres coutumes, qui permettent aux conjoints par mariage de se donner l'un à l'autre par testament, ne le permettent que sous certaines restrictions.

Telle est la coutume de Reims, art. 291, qui permet bien aux conjoints par mariage de se léguer l'un

à l'autre leurs meubles et conquêts en propriété; mais elle ne leur permet de disposer par testament l'un envers l'autre *de la moitié de leur naissant et acquêts faits auparavant leur mariage, qu'en usufruit seulement.*

Enfin il y en a qui distinguent à cet égard le cas auquel il n'y a pas d'enfants, et le cas auquel il y a des enfants.

Telle est celle d'Amiens, tit. 5, art. 106, qui permet aux conjoints par mariage de se donner l'un à l'autre par testament, lorsqu'il n'y a pas d'enfants, tout ce qu'ils pourroient donner par testament à un étranger; mais qui ne leur permet pas de se rien donner par testament qu'en usufruit, lorsqu'il y a des enfants.

12. On a fait la question si les coutumes qui ont défendu les donations entre vifs entre conjoints par mariage, et qui ne se sont pas expliquées sur les testamentaires, doivent être rangées sous cette classe. Je pense qu'elles y doivent être rangées, et qu'il est permis, dans ces coutumes, aux conjoints par mariage, de se donner l'un à l'autre, par testament, tout ce qu'on peut donner par testament à un étranger. La raison est que la liberté naturelle que chacun a de tester à son gré de ses biens envers qui bon lui semble ne peut être restreinte que par une loi prohibitive. Or il ne s'en trouve aucune dans les coutumes qui ont défendu aux conjoints les donations entre vifs, sans parler des testamentaires. On ne peut tirer aucune conséquence de la défense qu'elles ont faite de celles entre vif, pour en conclure qu'elles défendent

pareillement les testamentaires; car il n'y a pas même raison, la contrainte et les sollicitations qui sont à craindre dans les donations entre vifs, qui sont irrévocables, ne l'étant pas également dans les testamentaires, qu'un testateur est toujours le maître de révoquer secrètement lorsqu'il les a faites contre son gré. C'est pourquoi le droit civil, qui défend les donations entre vifs, ne laisse pas de permettre expressément les testamentaires.

Si la coutume de Paris, et plusieurs autres, ont défendu les donations testamentaires aux conjoints par mariage, aussi bien que celles entre vifs, il y en a un assez grand nombre d'autres qui leur permettent les testamentaires, pour qu'on ne puisse pas dire que celles qui les défendent fassent un droit commun pour tout le pays coutumier, et pour les étendre hors de leur territoire. Enfin Coquille, dans son commentaire sur l'art. 27 du tit. 23 de la coutume de Nivernois, qui est du nombre de celles qui défendent les donations entre vifs et se taisent sur les testamentaires, atteste que l'usage de la province est de les regarder comme permises; et il rapporte un arrêt de 1531, qui a jugé qu'il étoit permis aux conjoints de se donner par testament l'un à l'autre dans les coutumes qui n'avoient pas de disposition contraire.

TROISIÈME CLASSE.

13. La troisième classe est des coutumes qui admettent non seulement les donations testamentaires que l'un des conjoints feroit à l'autre, mais même les

donations simples entre vifs, lorsque le conjoint est précédé sans les avoir révoquées, conformément aux principes du droit romain.

Telle est la coutume de Touraine, dans le cas seulement auquel les conjoints n'ont pas d'enfants; telle est celle de Poitou, soit qu'il y ait enfants, ou non.

L'ordonnance de 1731 étant censée avoir abrogé cette disposition du droit romain, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 6, elle doit être censée, par la même raison, avoir abrogé cette disposition de ces coutumes, lesquelles par conséquent rentrent dans la seconde classe.

QUATRIÈME CLASSE.

14. La quatrième classe des coutumes est de celles qui permettent à l'un des conjoints par mariage de faire à l'autre donation entre vifs simple, au moins en certains cas, et sous certaines restrictions.

Telles sont celle d'Angoumois, art. 52, qui permet aux conjoints par mariage de se faire, pendant le mariage, l'un à l'autre, donation entre vifs, ou mutuelle, ou simple en usufruit, de leurs meubles acquêts et du tiers de leurs propres, dans le cas auquel ils n'ont pas d'enfants.

Celle de Montfort, qui leur permet pareillement de se donner l'un à l'autre, par donation entre vifs en usufruit, leurs meubles et conquêts, et le quart de leurs propres, quand il n'y a pas d'enfants.

Celle de Noyon est encore plus favorable aux conjoints par mariage: elle leur permet, tit. 13, art. 21, de se faire donation entre vifs l'un à l'autre, soit qu'il

y ait enfants ou non, sauf que lorsqu'il n'y a pas d'enfants elle permet aux conjoints de se donner l'un à l'autre entre vifs leurs meubles et acquêts en propriété, et l'usufruit de la moitié de leurs propres; au lieu que lorsqu'il y a des enfants, elle ne leur permet que la donation des meubles et acquêts, sauf la légitime des enfants, et ne leur permet pas de se rien donner de leurs propres.

La coutume de Saint-Jean-d'Angély est aussi du nombre des coutumes qui permettent aux conjoints les donations entre vifs simples, aussi bien que les mutuelles. Maichin, en son commentaire sur l'art. 13 du tit. 8 de cette coutume, dit qu'on en avoit douté dans la province, et que plusieurs entendoient l'article 13, qui contient cette permission, non des véritables donations entre vifs, mais de celles qui étoient confirmées par la mort du donateur qui mourroit sans les avoir révoquées: mais cette interprétation étant contraire au sens obvie du texte, sans qu'il y eût rien dans cette coutume qui la favorisât, a été rejetée; et il a été jugé par un arrêt du parlement de Bordeaux, du mois de mai 1642, dans l'espèce d'une donation entre vifs simple, faite par une femme à son mari pendant le mariage, qu'elle étoit une véritable donation entre vifs, que la donatrice n'avoit pu révoquer.

La coutume d'Auvergne, chap. 14, art. 28, fait une distinction entre l'homme et la femme. Elle permet à l'homme de faire à sa femme donation entre vifs de tous ses biens, sauf la légitime des enfants; et elle ne permet pas à la femme de rien donner à son mari.

15. On a élevé la question, à l'égard des coutumes

qui permettent les donations entre vifs et qui ne se sont pas expliquées sur les testamentaires, si les restrictions qu'elles apportent à la permission des donations entre vifs doivent s'étendre aux testamentaires. Par exemple, si, dans la coutume de Montfort, qui permet aux conjoints par mariage, lorsqu'il n'y a pas d'enfants, de se faire l'un à l'autre donation entre vifs, mais avec cette restriction, qu'elle ne permet de la faire qu'en usufruit, cette restriction doit s'étendre aux donations testamentaires. Thouret, sur la coutume de Montfort, rapporte deux arrêts, un du 13 avril 1604, et l'autre du 7 septembre 1637, qui ont jugé que, dans cette coutume, elle ne devoit pas s'y étendre, et que les conjoints pouvoient se léguer l'un à l'autre en propriété tout ce qu'il est permis de léguer à un étranger; et il atteste que c'est l'usage constant de sa province.

En effet, si la défense expresse et absolue que plusieurs coutumes font de toutes donations entre vifs entre conjoints ne s'étend pas aux testamentaires, sur lesquelles elles ne se sont pas expliquées, comme nous l'avons établi *suprà*, n. 12, la défense que cette coutume fait tacitement des donations entre vifs en propriété, en permettant de les faire en usufruit, ne doit pas non plus s'étendre aux donations testamentaires.

16. Il sembleroit que l'autre restriction que cette coutume appose à la permission des donations entre vifs, en ne les permettant que dans le seul cas auquel il n'y a pas d'enfants, ne devoit pas non plus s'étendre aux testamentaires, sur lesquelles elle s'est tue. Néanmoins Thouret nous atteste que dans sa province l'u-

sage est constant de l'y étendre, et de réputer les conjoints par mariage, qui ont des enfants, incapables de se rien donner l'un à l'autre par testament aussi bien qu'entre vifs. La raison qu'il en donne est que la défense que fait cette coutume des donations entre vifs, dans le seul cas auquel il n'y pas d'enfants, étant uniquement fondée sur la faveur des enfants; et ce même motif, qui a porté la coutume à défendre en ce cas les donations entre vifs, se rencontrant à l'égard des testamentaires, on en doit conclure que l'esprit de la coutume est de défendre pareillement, en ce cas, aux conjoints par mariage, de se faire l'un à l'autre aucune donation testamentaire, suivant cette règle, *Ubi eadem ratio et æquitas occurrit, idem jus statuendum est.*

17. On fait une autre question à l'égard des coutumes qui ne permettent les donations entre vifs simples, et les donations testamentaires, que dans le seul cas auquel les conjoints n'ont pas d'enfants; s'il suffit, pour qu'une donation entre vifs simple ou pour qu'une donation testamentaire soit valable dans ces coutumes, que celui qui a fait la donation n'ait point d'enfants, quoique celui à qui elle a été faite en ait d'un précédent mariage. Il paroît que cela suffit; car la défense de ces donations, en cas d'enfants, n'étant, dans ces coutumes, fondée que sur la faveur des enfants, il n'y a que les enfants du donateur, comme les seuls intéressés à l'empêcher, qui puissent y mettre obstacle.

ARTICLE II.

De la nature des lois municipales qui concernent les donations entre le mari et la femme.

18. Les lois municipales qui concernent les donations entre mari et femme, ayant pour objet de régler quelles donations on doit permettre ou défendre à des conjoints par mariage de se faire l'un à l'autre *de leurs biens*, sont des statuts réels; car on appelle statuts réels ceux qui ont pour objet les biens.

Suivant la nature des statuts réels, la seule loi qui régit chacun des biens des conjoints doit décider s'il leur est permis ou défendu de se les donner l'un à l'autre. Les biens qui ont une situation, tels que sont les fonds de terre et les maisons, sont régis par la loi du lieu où ils sont situés.

Pareillement les droits réels que nous avons dans quelque héritage, tels qu'un droit de rente foncière, étant censés avoir la même situation que l'héritage, sont régis par la loi du lieu où est situé l'héritage.

Les rentes sur le roi, étant censées avoir leur situation où est le bureau de paiement des arrérages, sont régies par la loi de ce lieu. Par exemple, les rentes sur l'hôtel-de-ville de Paris sont régies par la coutume de Paris, où est le bureau de paiement desdites rentes.

Les offices étant censés avoir leur situation au lieu où est le principal siège de leur exercice, c'est la loi de ce lieu qui les régit.

C'est donc la loi du lieu où ces différents biens sont situés, ou censés situés, qui doit décider si les dona-

tions que s'en feroient les conjoints par mariage sont permises ou défendues : et il n'importe à cet égard en quel lieu les conjoints par mariage aient leur domicile ; car c'est le caractère des statuts réels, qu'ils exercent leur empire sur les biens qui y sont soumis, quelles que soient les personnes à qui ils appartiennent, et quoiqu'elles aient leur domicile dans d'autres provinces.

Suivant ces principes, si des conjoints par mariage domiciliés à Lyon ont des héritages situés sous la coutume de Paris, ou des rentes foncières à prendre sur des héritages de Paris, ou des rentes constituées sur l'hôtel-de-ville de Paris, ou quelque office qui s'exerce à Paris ; quoique la loi observée à Lyon, qui est pays de droit écrit, permette aux conjoints par mariage de se donner l'un à l'autre par testament tous leurs biens, néanmoins le conjoint par mariage à qui appartiennent lesdits biens n'en pourra rien donner à l'autre conjoint, parceque la coutume de Paris, qui régit lesdits biens, ne le permet pas.

Vice versé, si des conjoints par mariage domiciliés à Paris ont des biens situés dans le Lyonnais, ils pourront en disposer par testament l'un envers l'autre, quoique la coutume de Paris, où est leur domicile, défende aux conjoints par mariage de se rien donner, ni entre vifs, ni par testament.

19. Les rentes constituées, à l'exception de celles du roi, quand même elles seroient assignées spécialement sur quelque héritage, sont censées n'avoir aucune situation : elles suivent en conséquence la personne à qui elles appartiennent, et elles sont régies

par la loi du domicile de cette personne. Il en est de même de tous les biens meubles, soit corporels, soit incorporels.

C'est donc la loi du lieu du domicile des conjoints par mariage, auxquels les biens de cette espèce appartiennent, qui doit décider si la donation que le conjoint à qui ils appartiennent en fait à l'autre conjoint est permise ou défendue.

Les donations entre vifs ayant toute leur perfection lorsqu'elles se font, c'est la loi du domicile que les conjoints par mariage ont au temps que se fait la donation qui doit seule décider si la donation que l'un des conjoints a faite des biens de cette espèce à l'autre conjoint est permise ou défendue; et l'on n'a aucun égard à la loi du domicile qu'ils avoient au temps qu'ils se sont mariés.

C'est pourquoi, si des conjoints qui, lorsqu'ils se sont mariés, avoient leur domicile sous la coutume de Paris, qui défend tous avantages entre conjoints, ont depuis transféré leur domicile sous la coutume de Noyon, qui permet les donations entre mari et femme, la donation que l'un desdits conjoints aura faite des biens de cette espèce à l'autre conjoint, depuis leur translation de domicile à Noyon, sera valable.

Vice versa, si des conjoints qui avoient leur domicile à Noyon lorsqu'ils se sont mariés ont transféré leur domicile à Paris; quoique la coutume de Noyon, où ils se sont mariés, leur permît de se donner entre vifs les biens de cette espèce, ils ne pourront plus, depuis leur translation de domicile à Paris, se les donner.

Mais celle qu'ils se seroient faite pendant qu'ils avoient encore leur domicile à Noyon sera valable, quoiqu'ils aient depuis transféré leur domicile à Paris.

20. Observez que pour que des gens mariés qui, lorsqu'ils se sont mariés, étoient domiciliés sous une coutume qui défend les donations entre mari et femme, puissent, en transférant leur domicile sous une coutume qui les permet, acquérir le pouvoir de se donner l'un à l'autre leurs biens meubles et leurs rentes, il faut que cette translation de domicile soit sincère; il faut que le nouveau domicile soit un véritable domicile où ils aient eu dessein de se fixer pour toujours, et non un domicile simulé. On juge de cette intention par les circonstances.

Par exemple, si un Parisien, après s'être marié à Paris avec une femme de Paris, emmène sa femme à Noyon, y loue une maison, se fait mettre sur le rôle de la capitation des bourgeois de Noyon, y demeure pendant trois ou quatre ans, pendant lequel temps il fait une donation à sa femme de ses meubles et de toutes ses rentes, après quoi il quitte Noyon, et revient demeurer à Paris; il est visible, en ce cas, que le domicile que cet homme prétend avoir eu à Noyon, n'étoit qu'un domicile simulé, et n'étoit point un véritable domicile; qu'il n'a point eu intention de fixer son domicile à Noyon; qu'il n'y est allé et n'y a passé le temps qu'il y a passé que pour y faire la donation qu'il y a faite à sa femme: c'est pourquoi cet homme doit être censé avoir toujours conservé son domicile à Paris, où il a toujours eu la volonté de retourner. Il n'a point cessé par conséquent d'être sujet à la cou-

tume de Paris; et la donation qu'il a faite à sa femme est nulle.

Mais si ce Parisien a eu véritablement intention de fixer son domicile à Noyon, et que cela paroisse, parcequ'il a effectivement demeuré à Noyon jusqu'à la dissolution de son mariage, ou du moins pendant un temps très considérable, il aura cessé d'être soumis à la coutume de Paris, en transférant son domicile à Noyon, et la donation qu'il y a faite à sa femme doit être jugée valable.

21. Cela a lieu quand même ce Parisien se seroit porté à transférer son domicile à Noyon uniquement dans la vue de pouvoir faire à sa femme la donation qu'il lui a faite, pourvu qu'il ait eu véritablement intention d'y fixer son domicile pour toujours. La donation que le Parisien fait en ce cas à sa femme, depuis sa translation de domicile à Noyon, est très permise dans le for de la conscience, aussi bien que dans le for extérieur, et on ne peut pas dire que ni la translation de domicile, ni la donation, soient faites en fraude de la loi. Une personne agit en fraude de la loi lorsque, demeurant sous l'empire de la loi, elle fait, par des voies obliques, quelque chose que la loi défend, quelque chose qui, sans paroître contraire aux termes de la loi, est opposé à l'esprit de la loi: *in fraudem legis facit qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit*; l. 29, ff. de leg. Mais ce n'est rien faire en fraude de la loi que de se soustraire, par une voie licite, à l'empire d'une loi positive et locale. Nos lois municipales étant des lois positives et locales, qui n'ont d'empire que sur les personnes qui ont leur do-

micile dans leur territoire, et étant très permis à chacun de transférer son domicile d'un lieu dans un autre, ce Parisien ne fait rien en fraude de la loi de Paris, en transférant son domicile à Noyon, pour soustraire sa personne, et les droits attachés à sa personne, à l'empire de la coutume de Paris; *Non videtur dolo facere qui jure communi utitur*; pourvu qu'il ait véritablement intention d'y transférer son domicile; car s'il avoit intention de retourner dans le lieu de son premier domicile, cet esprit de retour lui conserveroit son premier domicile, aux lois duquel il continueroit toujours d'être sujet.

22. Nous avons vu, à l'égard des donations entre vifs que l'un des conjoints par mariage a faites de ses biens meubles ou de ses rentes à l'autre conjoint, que c'étoit la seule loi du lieu où les parties avoient leur domicile au temps de la donation qui devoit décider si elle étoit permise ou défendue, sans qu'on ait égard à celle du lieu où elles ont depuis transféré leur domicile. Il n'en est pas de même des donations testamentaires. Comme celles-ci n'acquièrent leur perfection et même leur être qu'au temps de la mort du testateur; quoique le conjoint qui a disposé des biens de cette espèce au profit de l'autre conjoint eût, au temps qu'il a fait son testament, son domicile sous une coutume qui permet ces dispositions, la disposition ne sera pas valable si, au temps de sa mort, il avoit son domicile sous une coutume qui la défend. Par exemple, si un homme domicilié sous la coutume de Chartres, qui permet aux conjoints par mariage de disposer par testament de leurs biens l'un envers

l'autre, après avoir fait son testament à Chartres, par lequel il a légué tous ses biens meubles à sa femme, a depuis transféré son domicile à Paris, où il est mort, le legs qu'il a fait à sa femme sera nul, parce qu'il n'est pas permis par la coutume de Paris, par laquelle ses biens meubles étoient régis lors de sa mort.

ARTICLE III.

Si les parties peuvent, par leur contrat de mariage, déroger aux lois qui concernent les donations entre mari et femme.

23. Il faut à cet égard distinguer entre les lois prohibitives qui défendent les donations entre mari et femme, et celles qui les permettent.

Il ne peut être douteux que les parties ne peuvent, par leur contrat de mariage, déroger aux lois prohibitives qui défendent les donations entre mari et femme; La raison est que, *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; l. 38, ff. *de pact. privatorum conventio juri publico non derogat*; L. 45, ff. *de reg. jur.*

C'est pourquoi, si par la clause d'un contrat de mariage, quoique passé dans un lieu dont la coutume permet les donations entre mari et femme, entre des parties qui y ont leur domicile, il étoit porté, qu'en quelque lieu que les parties transférassent leur domicile, et en quelque lieu que fussent situés leurs biens, il leur seroit permis de se faire, pendant leur mariage, telles donations qu'elles jugeroient à propos; il est évident qu'une telle convention seroit nulle.

Le principe qui rend nulle la clause d'un contrat de mariage par lequel les parties conviendroient

l'autre, après avoir fait son testament à Chartres, par lequel il a légué tous ses biens meubles à sa femme, a depuis transféré son domicile à Paris, où il est mort, le legs qu'il a fait à sa femme sera nul, parce qu'il n'est pas permis par la coutume de Paris, par laquelle ses biens meubles étoient régis lors de sa mort.

ARTICLE III.

Si les parties peuvent, par leur contrat de mariage, déroger aux lois qui concernent les donations entre mari et femme.

23. Il faut à cet égard distinguer entre les lois prohibitives qui défendent les donations entre mari et femme, et celles qui les permettent.

Il ne peut être douteux que les parties ne peuvent, par leur contrat de mariage, déroger aux lois prohibitives qui défendent les donations entre mari et femme; La raison est que, *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; l. 38, ff. *de pact. privatorum conventio juri publico non derogat*; L. 45, ff. *de reg. jur.*

C'est pourquoi, si par la clause d'un contrat de mariage, quoique passé dans un lieu dont la coutume permet les donations entre mari et femme, entre des parties qui y ont leur domicile, il étoit porté, qu'en quelque lieu que les parties transférassent leur domicile, et en quelque lieu que fussent situés leurs biens, il leur seroit permis de se faire, pendant leur mariage, telles donations qu'elles jugeroient à propos; il est évident qu'une telle convention seroit nulle.

Le principe qui rend nulle la clause d'un contrat de mariage par lequel les parties conviendroient

qu'elles pourroient se faire les donations que les coutumes défendent entre conjoints par mariage, reçoit exception dans la coutume de Bourgogne. Cette coutume, chap. 4, art. 7, après avoir dit, « Le mari et la femme ne peuvent faire traité, donation, concession, n'autres contrats constant leur mariage, » ajoute à la fin de l'article, « *s'autrement* par le traité de mariage il n'étoit *entre eux convenu.* »

Cette disposition est très singulière, et ne peut être étendue aux autres coutumes qui n'ont pas une pareille disposition.

24. Non seulement les conventions qui dérogent ouvertement et expressément aux lois qui défendent les donations entre mari et femme, sont nulles; toutes celles même qui tendent indirectement à laisser aux conjoints par mariage le pouvoir de se faire pendant le mariage quelque avantage indirect défendu par ces lois, sont pareillement nulles.

Telle est, par exemple, la clause que les futurs conjoints n'auront aucun emploi du prix de leurs propres qui seront aliénés pendant le mariage. Il est évident que par cette clause chacun des conjoints auroit une voie ouverte d'avantager pendant le mariage, si bon lui sembloit, l'autre conjoint, en vendant ses héritages propres pendant le mariage, ou en trouvant des moyens de se procurer pendant le mariage le rachat de ses rentes; puisque le prix de la vente de ses héritages et du rachat de ses rentes tombant dans la communauté, l'autre conjoint profiteroit de ce prix pour la part qu'il a dans la communauté. Une telle clause ne doit donc pas être valable.

25. Telle est pareillement la clause par laquelle des futurs conjoints, en se mariant avec exclusion de communauté, conviendroient qu'il leur seroit néanmoins permis, pendant leur mariage, d'établir une communauté, si bon leur sembloit.

Il est évident qu'en établissant une communauté pendant le mariage, celui des conjoints qui a un gros revenu à y apporter fait un très grand avantage à l'autre conjoint qui en a peu. Cette clause qui permet aux conjoints d'établir entre eux une communauté pendant le mariage tend donc à lui permettre de faire un avantage à l'autre conjoint pendant le mariage, contre la défense de la loi; elle ne doit donc pas être valable. C'est ce que décide Dumoulin, qui, sur l'article 110 de l'ancienne coutume de Paris, dit que par contrat de mariage *non potest vir sibi reservare facultatem* de l'appeler (sa femme) à la communauté.

26. Par la même raison, la clause d'un contrat de mariage par lequel il seroit dit que la femme auroit moitié dans les meubles et conquêts de la communauté, et ne seroit point tenue des dettes de la communauté, ou en seroit seulement tenue pour un tiers, n'est pas valable, puisqu'elle ouvreroit au mari une voie d'avantager sa femme pendant le mariage, en faisant beaucoup d'acquisitions pendant le mariage, dont il devroit le prix; ce qui seroit un avantage pour la femme, qui auroit moitié de ces acquisitions, et ne paieroit rien du prix, ou n'en paieroit que le tiers. Voyez ce que nous avons dit en notre *traité de la Communauté*, n. 449, sur cette clause, et sur la clause inverse.

27. C'est offenser les lois que de se permettre ce qu'elles défendent ; mais ce n'est pas les offenser que de s'interdire ce qu'elles permettent : c'est pourquoi on demande si les parties peuvent, par leur contrat de mariage, déroger aux lois qui permettent aux conjoints par mariage de se donner ; et si la clause portée par un contrat de mariage, par laquelle il seroit dit que les futurs époux, en quelque lieu qu'ils eussent leur domicile, et en quelque lieu que leurs biens fussent situés, ne pourroient se faire l'un à l'autre aucune donation, ni entre vifs, ni par testament, seroit valable ?

Ferrière, sur l'article 280 de la coutume de Paris, gloss. 1, n. 33, rapporte un arrêt du mois de juin 1640, qui a jugé que cette convention étoit valable, et qu'un homme et une femme qui avoient inséré cette convention dans leur contrat de mariage, n'avoient pu, en conséquence de cette convention, se faire, pendant leur mariage, le don mutuel permis par la coutume de Paris. Cette décision ne pouvoit souffrir aucune difficulté, lorsqu'on regardoit les conventions des contrats de mariage comme des conventions qui étoient censées intervenir non seulement entre les deux futurs conjoints, mais encore entre leurs familles respectives, lesquelles avoient intérêt de faire cette convention pour empêcher que les biens d'une famille ne passassent à l'autre : mais depuis que l'arrêt en forme de règlement, que nous avons rapporté en notre *traité de la Communauté*, n. 349, a établi pour principe que les conventions matrimoniales ne doivent plus être regardées que comme des conventions entre les seules parties contractantes, la question peut souf-

frir plus de difficulté; car on peut opposer contre cette convention, que les futurs conjoints ne paroissent pas pouvoir avoir intérêt de s'interdire la liberté naturelle que la loi leur laisse de disposer de leur bien à leur gré, et de s'en avantager l'un l'autre, si bon leur semble: ils paroissent, au contraire, avoir plutôt intérêt de se la conserver. Or c'est un principe que *Nemo utiliter stipulari potest quod suâ non interest*.

On peut répondre que l'intérêt d'affection qu'a chacun des futurs conjoints de conserver son bien à sa famille peut servir de fondement suffisant aux conventions matrimoniales. La convention par laquelle l'un des conjoints stipule que son mobilier sera propre à ceux de son côté et ligne, à l'effet d'empêcher l'autre conjoint survivant d'y succéder à leurs enfants communs, et de le conserver à la famille de celui qui a fait la stipulation, n'a pas d'autre fondement; et cependant c'est une convention très usitée, et dont la validité n'a jamais été révoquée en doute. Cette raison se rencontre dans la convention par laquelle ils s'interdisent la liberté naturelle que la loi leur laissoit de s'avantager l'un l'autre: leur motif est d'éviter par là de se trouver dans la fâcheuse alternative, ou de priver leur famille de leurs biens, contre leur inclination, par les donations que l'un d'eux feroit à l'autre; ou d'altérer la concorde conjugale par le refus qu'il feroit de faire à l'autre conjoint les donations qu'il le solliciteroit de lui faire.

28. Il ne peut être douteux que la clause insérée à la donation faite à l'un des conjoints par le contrat de mariage, qu'il ne pourra rien donner à l'autre conjoint

des biens compris en la donation, au préjudice de sa famille, est valable, étant permis à un donateur d'apposer telle loi que bon lui semble à la donation qu'il fait.

ARTICLE IV.

Division du traité.

Nous diviserons ce traité en trois parties. Nous traiterons, dans la première partie, des avantages directs et indirects qui sont défendus par la coutume de Paris, et autres semblables, entre conjoints par mariage. Dans la seconde nous traiterons du don mutuel permis par l'article 280 de la coutume de Paris, entre conjoints par mariage, qui n'ont point d'enfants. Nous traiterons, dans la troisième partie, d'une autre espèce de don mutuel, que l'article 281 de la coutume de Paris permet à des conjoints par mariage, qui ont des enfants, de se faire l'un à l'autre en mariant leurs enfants.

des biens compris en la donation, au préjudice de sa famille, est valable, étant permis à un donateur d'apposer telle loi que bon lui semble à la donation qu'il fait.

ARTICLE IV.

Division du traité.

Nous diviserons ce traité en trois parties. Nous traiterons, dans la première partie, des avantages directs et indirects qui sont défendus par la coutume de Paris, et autres semblables, entre conjoints par mariage. Dans la seconde nous traiterons du don mutuel permis par l'article 280 de la coutume de Paris, entre conjoints par mariage, qui n'ont point d'enfants. Nous traiterons, dans la troisième partie, d'une autre espèce de don mutuel, que l'article 281 de la coutume de Paris permet à des conjoints par mariage, qui ont des enfants, de se faire l'un à l'autre en mariant leurs enfants.

PREMIÈRE PARTIE.

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

La coutume de Paris défend aux conjoints par mariage de se faire l'un à l'autre, pendant leur mariage, aucun avantage, ni direct ni indirect.

Voici comme elle s'en explique en l'article 282 :
« Homme et femme conjoints par mariage, constant
« icelui, ne se peuvent avantager l'un l'autre par do-
« nations entre vifs, par testament ou ordonnance
« de dernière volonté, ne autrement, directement
« ne indirectement, sinon par don mutuel, comme
« dessus. »

Après avoir prémis quelque chose sur les personnes comprises en la disposition de cet article 282, nous traiterons, dans un premier chapitre, des avantages directs qui sont défendus entre mari et femme ; et dans un second, des indirects.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

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

29. La coutume dit, *homme et femme conjoints par mariage*. Cela comprend tous les conjoints par ma-

PREMIÈRE PARTIE.

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

La coutume de Paris défend aux conjoints par mariage de se faire l'un à l'autre, pendant leur mariage, aucun avantage, ni direct ni indirect.

Voici comme elle s'en explique en l'article 282 :
 « Homme et femme conjoints par mariage, constant
 « icelui, ne se peuvent avantager l'un l'autre par do-
 « nations entre vifs, par testament ou ordonnance
 « de dernière volonté, ne autrement, directement
 « ne indirectement, sinon par don mutuel, comme
 « dessus. »

Après avoir prémis quelque chose sur les personnes comprises en la disposition de cet article 282, nous traiterons, dans un premier chapitre, des avantages directs qui sont défendus entre mari et femme ; et dans un second, des indirects.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

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

29. La coutume dit, *homme et femme conjoints par mariage*. Cela comprend tous les conjoints par ma-

riage, soit qu'ils soient communs en biens, soit qu'ils soient séparés de biens, ou même d'habitation.

30. La disposition de la coutume a-t-elle lieu entre un homme et une femme dont le mariage seroit nul, ayant été contracté contre les lois? Ulpien en élève la question dans le droit romain, qui défendoit pareillement les donations entre mari et femme : *Si senatoris filia libertino contra senatusconsultum nupserit, vel provincialis mulier ei qui ibi meret, valebit donatio, quia nuptiæ non sunt? Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt*; l. 3, §. 1, ff. de donat. int. vir. et ux.

L'empereur Alexandre décide pareillement que la donation faite par une femme à un homme avec qui elle avoit contracté un mariage nul, quoiqu'elle pût paroître valable, en s'en tenant à la lettre, devoit néanmoins être déclarée nulle : *Si matrimonium jure non valeat, licet ipso jure donatio tenuerit, quia tamen indigna persona fuit, qui nec maritus potest dici, utiles actiones super revocandis his tibi competunt*; l. 7, cod. d. tit. Nous devons pareillement décider que les donations faites entre personnes mariées, soit que leur mariage soit valable, soit qu'il ne le soit pas, sont comprises sous la disposition de cet article, qui défend tous avantages entre homme et femme. Les raisons qui sont rapportées *suprà*, n. 1, militent également, soit que le mariage soit valable, soit qu'il ne le soit pas.

Cela doit s'entendre tant que ces personnes se portent pour mari et femme; mais si elles s'étoient séparées après que leur mariage auroit été déclaré nul par un

jugement de l'official, ou par un arrêt rendu sur un appel comme d'abus, ces personnes doivent passer pour étrangères, et je ne vois rien qui doive les empêcher de pouvoir se faire l'un et l'autre des donations, comme le peuvent des personnes étrangères.

31. Un homme et une femme qui, sans avoir contracté mariage, vivent en concubinage, sont aussi incapables de se faire aucunes donations; non par cet article, car on ne peut pas dire qu'ils soient *conjoints par mariage*, mais par une raison qui leur est particulière, savoir, qu'il seroit contre les bonnes mœurs et l'honnêteté publique que ces personnes pussent recevoir par des donations la récompense de leur mauvais commerce. Plusieurs coutumes en ont des dispositions.

C'est pourquoi, même dans les coutumes qui permettent les donations entre mari et femme, comme Tours, art. 243, celles faites entre ces personnes qui vivent en concubinage sont défendues; Tours, article 246.

Je pense que cela doit avoir lieu même après que ces personnes se sont séparées et ont cessé ce mauvais commerce; car les donations qu'elles se feroient pourroient toujours paroître faites en considération des habitudes qu'elles ont eues ensemble, et être une récompense du mauvais commerce qu'elles ont eu. On permet néanmoins des donations faites à des concubines, lorsqu'elles sont modiques, et faites pour aliments.

32. Lorsqu'un homme et une femme, après avoir vécu en concubinage, contractent ensemble un ma-

riage légitime, la dignité du mariage, effaçant en ce cas la honte du mauvais commerce qu'ils ont eu par le passé, les rend capables de se faire des donations par leur contrat de mariage. Mais si la donation que l'homme feroit à sa femme par ce contrat de mariage étoit excessive, comme si elle étoit de tous ses biens, ou si c'étoit une donation en propriété d'une grande partie de ses biens, une telle donation paroîtroit dictée par la passion, et être un effet de l'empire que ces sortes de femmes acquièrent sur les hommes qu'elles séduisent; et elle devoit en conséquence être déclarée nulle, ou du moins réduite.

Si le mari laissoit pour héritiers des enfants qui ont été légitimés par le mariage qu'il a contracté avec sa concubine, ces enfants seroient-ils recevables à attaquer la donation portée par le contrat de mariage, ce contrat de mariage étant, dit-on, le titre qui leur a donné leur état civil? Je pense qu'ils y seroient recevables. Le titre qui leur a donné leur état civil est le mariage: ils n'attaquent point ce titre en attaquant la donation, qui, quoique portée par le contrat de mariage, est quelque chose de différent et de distingué du mariage.

CHAPITRE PREMIER.

Des avantages directs défendus entre mari et femme.

Nous verrons, dans un premier article, quels sont ces avantages. Nous traiterons, dans un second, de ce qui résulte de la nullité de ces avantages.

ARTICLE PREMIER.

Quels sont les avantages directs défendus entre mari et femme.

33. La coutume défend, par cet article, aux conjoints par mariage, de s'avantager par donation entre vifs. Cela comprend non seulement les donations simples que l'un des conjoints feroit à l'autre, mais aussi les donations mutuelles que les conjoints se feroient mutuellement l'un à l'autre, sauf seulement celles qu'elle permet par les articles 280 et 281.

34. La défense comprend non seulement les donations d'héritages ou d'autres immeubles, mais même les donations de meubles qu'un conjoint séparé de biens auroit faites à l'autre, lorsque ces meubles sont considérables: mais un conjoint, ni ses héritiers, ne seroient pas écoutés à redemander de petits présents que ce conjoint auroit faits à l'autre conjoint; ce qui doit s'estimer eu égard aux facultés des parties, *Si vir uxori munus immodicum kalendis Martiis aut natali die dedisset, donatio est (prohibita)*; l. 31, §. 8. Pom-

ponius, en regardant les présents, lorsqu'ils sont trop considérables, comme donations défendues entre mari et femme, laisse à conclure qu'il en est autrement des petits présents. Par exemple, si entre conjoints séparés de biens le mari a fait présent à sa femme d'une robe ou d'une garniture de tête, pour qu'elle parût parée à quelque jour de fête où elle devoit se trouver, ou même s'il lui a donné en argent de quoi faire cette emplette, ces présents ne passeront pas pour une donation défendue entre mari et femme : c'est pourquoi Pomponius, après ce que nous venons de rapporter de la loi 31, §. 8, ajoute de suite : *Sed si impensas quas faceret mulier, quò honestiùs se tueretur, contrà est.*

Pareillement, les petits présents qu'une femme fait à son mari ne sont point regardés comme des donations défendues ; comme si elle lui a fait présent d'une veste qu'elle lui avoit brodée, ou de quelques douzaines de chemises faites du lin qu'elle avoit filé elle-même.

35. Les sommes qu'un homme donne à sa femme non commune en biens, tous les ans ou tous les mois, pour son entretien et pour ses menues nécessités, même celles qu'il lui donne par extraordinaire, ou pour quelque dépense extraordinaire, comme pour un voyage, sont regardées comme un acquittement des charges du mariage, plutôt que comme une donation qu'il ait faite de ces sommes d'argent à sa femme ; c'est pourquoi, si elle avoit fait quelques épargnes sur les sommes qu'elle a reçues, qu'elle se trouvât avoir au temps de la dissolution du mariage, elle ne seroit pas obligée d'en rien rendre, pourvu que les sommes

qu'elle a reçues ne fussent pas excessives; ce qui s'estime en égard à la qualité des parties, et à la valeur de la dot que le mari a reçue: *Ex annuo vel menstruo quod uxori maritus præstat, tunc quod superest revocabitur, si satis immodicum est, id est, supra vires dotis*; l. 15, ff. de don. int. vir. et ux.

Il est vrai que la femme n'est pas, à la vérité, obligée de rendre les sommes que son mari lui a données pour les causes susdites; mais elle n'a pas d'action pour exiger de lui celles qu'il lui a promises durant le mariage, pour les susdites causes; l. 11, cod. d. tit.

36. Non seulement il n'est pas permis à l'un des conjoints de donner à l'autre conjoint les choses mêmes; il ne lui est pas même permis de lui en donner la jouissance: *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est*; l. 46, ff. de don. int. vir. et ux.

37. Cela ne doit pas néanmoins s'interpréter d'une manière trop rigoureuse; et on ne doit pas regarder comme donation défendue entre mari et femme les prêts que l'un des conjoints auroit faits à l'autre de quelques uns de ses meubles. Par exemple, si, dans nos colonies, l'un des conjoints séparés de biens avoit prêté quelques nègres de son habitation à l'autre conjoint, pour travailler dans l'habitation de l'autre conjoint, ce prêt ne devoit pas être regardé comme une donation défendue entre mari et femme. C'est précisément l'espèce de la loi 28, §. 2, ff. d. tit. où Paul dit: *Si quas servi operas vir uxori præstiterit, vel contrà; magis placuit nullam habendam earum rationem: non amarè nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donatio-*

nis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes.

Il en est de même du prêt qu'un laboureur séparé de biens auroit fait de ses bœufs ou de ses chevaux à sa femme pour faire quelque petit lot de terre que sa femme a dans le voisinage des siennes; et généralement de tous les autres prêts que l'un des conjoints fait à l'autre, de quelque espèce de meubles que ce soit.

Cela a lieu quand même les choses prêtées auroient été usées et dépréciées par l'usage qu'en a eu le conjoint à qui elles ont été prêtées. C'est ce qu'enseigne Papinien en l'espèce suivante: *Res in dotem æstimatas* (1) *consentiente viro mulier in usu habuit: usu deteriores si fiant, damni* (2) *compensatio non admittitur; l. 53, §. 1, ff. d. tit.*

38. Lorsque l'un des deux conjoints séparés de biens paie à l'autre, avant l'échéance, une somme d'argent qu'il lui doit, on ne doit pas regarder cette anticipation de paiement comme un avantage et une donation défendue entre mari et femme: *Quod vir uxori in diem debet, sine metu donationis præsens solvere potest; quamvis commodum temporis retentâ pecuniâ sentire potuerit; l. 31, §. 6, ff. d. lit.*

Mais lorsque le mari a rendu, avant la dissolution du mariage, à sa femme les héritages qu'elle lui avoit apportés en dot, cette restitution anticipée est une do-

(1) Dont le mari avoit par conséquent la propriété irrévocable.

(2) C'est-à-dire les héritiers du mari ne pourront pas retenir sur la somme qu'ils doivent rendre à la femme pour le prix des choses par elle apportées en dot, ce dont ces choses sont dépréciées par l'usage qu'elle en a eu, le mari ayant pu licitement lui donner cet usage.

nation prohibée: *Si constante matrimonio à marito uxori dos sine causâ legitimâ refusa est, quod legibus stare non potest, quia donationis instar perspicitur obtinere; eâdem uxore quo casu maritus dotem lucratur defunctâ, ab ejus hæredibus cum fructibus ex die refusa dotis, marito restituatur; l. un. cod. si dos const. matrim.*

39. La remise gratuite qu'un créancier fait à son débiteur de ce qu'il lui doit étant une véritable donation, il n'est pas douteux que celle que l'un des conjoints créancier de l'autre lui feroit ne seroit pas valable, comme étant une donation prohibée par la coutume. Il en est de même de la remise qu'il lui feroit de quelque droit de servitude ou autre qu'il a sur son héritage.

40. Néanmoins si l'un des conjoints par mariage, séparé de biens, avoit, pendant le mariage, acquis un héritage relevant en fief ou en censive de l'autre conjoint, je pense que la remise que le conjoint acquéreur auroit obtenue de l'autre conjoint, d'une partie du profit dû pour l'acquisition, seroit valable, et ne devroit pas être censée comprise dans la prohibition que la coutume a faite des donations entre mari et femme.

Cela est sur-tout sans difficulté, si la remise a été faite avant la vente volontaire de l'héritage; les remises qui se font en ce cas étant plutôt des compensations que des donations, et se faisant assez souvent, en ce cas, moins par libéralité que par la crainte de manquer le profit en faisant manquer la vente par trop de rigueur.

Lorsque la remise n'a été faite que depuis le contrat de vente, ou lorsque la vente étoit une vente forcée, on ne peut en ce cas disconvenir qu'elle est une véritable donation; elle est *liberalitas nullo jure cogente facta*: mais cette espèce de donation étant une donation d'usage et de bienséance qu'un seigneur généreux feroit à un acquéreur étranger, elle ne doit pas être comprise dans la prohibition de la coutume; l'esprit de la coutume, en faisant cette prohibition, n'ayant pu être que le mari dût traiter en ce cas sa femme avec plus de rigueur qu'un étranger.

Lorsqu'un mari qui a tout son bien en mobilier a fait faillite, et a fait un contrat d'atermoiement avec tous ses créanciers, par lequel ils lui ont fait remise d'une certaine partie de leurs créances; la remise que la femme a faite d'une semblable partie des siennes ne doit pas être regardée comme une donation qu'elle ait faite à son mari contre la défense de la coutume, la femme ayant été obligée de suivre la condition des autres créanciers: cette remise ayant été forcée, n'est pas une véritable donation; elle n'est point *liberalitas nullo jure cogente facta*.

41. La remise qu'une femme fait à son mari d'un droit d'hypothèque qu'elle a sur un héritage de son mari, en consentant à la vente qu'il en fait, est valable, et n'est point regardée comme une donation prohibée entre mari et femme: *Si pignus vir uxori vel uxor marito remiserit, verior sententia est nullam fieri donationem existimantium*; l. 18, ff. *quæ in fraud.* La raison est, que la remise qui est faite au conjoint de ce droit d'hypothèque, n'apportant aucune diminution à sa

dette, ne le rend pas plus riche qu'il ne l'étoit auparavant. Or c'est un principe du droit romain, qu'il n'y a de donations prohibées entre homme et femme que celles par lesquelles l'un s'enrichit aux dépens de l'autre, *Ubi cumque non deminuit de facultatibus suis qui donavit; vel etiam si deminuat, locupletior tamen non sit qui accepit, donatio valet*; l. 5, § 16, ff. de donat. int. vir. et ux.

42. Suivant ce principe, les lois romaines décidoient que la donation d'une somme d'argent faite par une femme à son mari pour subvenir à une dépense à laquelle l'engageoit une dignité qui lui avoit été déferée étoit valable, le mari n'étant pas devenu, par cette donation, plus riche qu'il ne l'étoit. C'est ce que nous apprend Gaius : *Nuper ex indulgentiâ principis Antoninû recepta est alia causa donationis, quam dicimus honoris causâ, si uxor viro lati clavi (1) petendi gratiâ donet, vel ut equestris ordinis fiat, vel ludorum gratiâ*; l. 42, ff. d. tit. Pourroit-on tirer argument de cette loi pour dire qu'une femme peut licitement donner à son mari, pendant le mariage, une somme d'argent pour obtenir des provisions et se faire recevoir dans un office honorable? Je ne le crois pas: les frais de provisions et de réception sont aujourd'hui trop considérables pour qu'on puisse se dispenser de regarder comme une donation que la femme fait à son mari, lorsqu'elle fournit la somme nécessaire pour ces frais. En vain opposeroit-on que le mari n'en a pas été enrichi,

(1) *Latus clavus erat purpura que supra vestem in pectus demittebatur, senatoriæ dignitatis insigne: hunc nonnulli equites, datâ pecuniâ, à principe obtinebant. Cujac. observ. XII, 39.*

ces frais tombant en pure perte pour l'officier, et n'apportant aucune augmentation au prix de son office. La réponse est, que le mari eût été obligé de prendre sur son bien ces frais de provisions et de réception, si la femme ne les lui eût fournis, et son bien s'en trouveroit diminué d'autant: sa femme, en les lui fournissant, l'a donc enrichi en lui épargnant cette dépense: *Locupletior est quatenus propriæ pecuniæ pepercit.*

43. Les lois romaines permettoient aussi la donation que l'un des conjoints faisoit à l'autre pour la réparation de quelque dommage qu'il avoit souffert par quelque accident imprévu dans ses biens; comme si l'un d'eux avoit donné à l'autre de quoi reconstruire sa maison incendiée: *Si vir uxori cujus ædes incendio consumptæ sunt, ad refectionem earum ædium pecuniam donaverit, valet donatio in quantum ædificii constructio postulat; l. 14, ff. d. tit.*

Notre droit est plus rigoureux en ce point que le droit romain; il ne permet point cette donation. L'argent que la femme donne en ce cas à son mari pour reconstruire sa maison est un véritable avantage qu'elle lui fait à ses dépens, compris sous la généralité des termes de la coutume, qui défendent tous avantages directs et indirects. Automne, dans sa conférence sur cette loi, pense qu'elle ne doit pas même être suivie dans les pays régis par le droit écrit; il dit: *Hanc leg. quòd si vir uxori, abrogandam censeo.*

44. Il nous reste à observer que la donation que l'un des conjoints fait à l'autre pendant le mariage ne peut pas être rendue valable par le consentement qu'y donneroient, par l'acte de donation, les héritiers

présomptifs du donateur qu'on feroit intervenir à l'acte.

La raison est, qu'outre que ce n'est pas seulement en faveur des héritiers que ces donations sont défendues, un tel consentement des héritiers n'est pas libre, mais est extorqué par la crainte que le donateur ne les privât, par d'autres voies, de sa succession, s'ils refusoient de le donner. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de 1543, n. 7, rapporté par Dumoulin, sur l'art. 156 de l'ancienne coutume : *Et bene, dit-il; quia videtur consensus extortus; quia aliàs donaret aliis extraneis; tum quia ut non sit amor conjugum vendis.*

Néanmoins la coutume de Bourgogne, chap. 4, art. 7, après avoir dit que le mari et la femme ne peuvent faire traité ou donation au profit l'un de l'autre, ajoute, si ce n'est du consentement des plus prochains parents vivants, qui devroient succéder au mari ou à la femme qui feroient lesdits traités : mais la disposition de cette coutume, étant exorbitante du droit commun, doit être restreinte à son territoire.

45. Passons aux donations testamentaires. La coutume, en l'art. 282, les défend expressément entre mari et femme, aussi bien que celles entre vifs.

Cela a lieu quand même le testament auroit précédé le mariage : c'est pourquoi, si j'ai fait avant mon mariage mon testament, par lequel j'ai fait un legs à Marie, qui n'étoit point alors une personne prohibée, le mariage que j'ai depuis contracté avec elle rend le legs nul; car un legs ne peut être valable qu'autant qu'il se trouve être, à la mort du testateur, la dernière volonté du testateur. Mais Marie étant devenue, par le

mariage que j'ai contracté avec elle, une personne prohibée à qui la loi ne me permet pas de rien laisser de mes biens par testament, il ne m'a plus été permis de persévérer dans la volonté que j'avois eue de lui faire un legs, lorsque j'ai fait mon testament : ce legs ne peut donc plus être valable. C'est l'avis de Dumoulin, sur l'art. 156 de l'ancienne coutume, n. 6.

46. Quand même le conjoint qui a, par son testament, chargé ses héritiers de payer à l'autre conjoint une certaine somme, auroit déclaré par son testament qu'il est débiteur de cette somme, et que c'est pour décharger sa conscience qu'il en ordonne la restitution, cette déclaration ne seroit pas suffisante pour donner au conjoint au profit de qui elle est faite, une action pour demander cette somme, à moins qu'il n'eût d'ailleurs des preuves de cette dette ; car c'est un principe, que *qui non potest donare, non potest confiteri*. Autrement, un testateur auroit une voie ouverte pour éluder les lois qui défendent de léguer aux personnes prohibées.

47. La défense que fait la coutume aux conjoints par mariage, de s'avantager par testament, comprend elle les dispositions par lesquelles l'un des conjoints chargerait les héritiers de vendre à l'autre conjoint survivant, un de ses propres, pour le prix qu'il seroit estimé, ou par lesquelles il les chargerait de laisser prendre au survivant, au partage de la communauté, certains effets de la communauté, pour le prix auquel ils auroient été estimés ; sauf à eux à s'égaliser en effets de pareille valeur et boné pour autant. La raison de douter est que ces dispositions testamentaires paroissent ne renfermer

proprement aucun avantage, puisque la personne envers qui la disposition est faite paie le juste prix de la chose qui en fait l'objet. Néanmoins Dumoulin, sur l'art. 256 de l'ancienne coutume de Paris, n. 5, décide que ces dispositions testamentaires ne sont pas valables : *Si vir leget uxori, quod possit domum talem communem conquestum, etiam nedum propriam viri, habere pro pretio, vel in partem suam dividendo conquestus, aia quædam relinquendo, non valet.* La raison est que ce choix, cette préférence qui est accordée à la femme pour lesdits effets sur les héritiers du mari, est une espèce d'avantage qui est fait à la femme, lequel, s'il n'a pas une valeur pécuniaire, au moyen de ce qu'elle doit payer le prix de la chose qui lui est laissée, a une valeur et un prix d'affection; ce qui a paru suffire pour le comprendre dans la défense générale que la coutume fait aux conjoints par mariage de tous avantages directs et indirects par testament.

48. Lorsque l'un des conjoints fait l'autre conjoint exécuteur de son testament, et lui a légué quelques meubles ou quelque somme d'argent, le conjoint qui s'est chargé de l'exécution testamentaire est fondé à prétendre ce legs, pourvu qu'il ne soit pas excessif; ce qui s'estime eu égard aux facultés et à la qualité des personnes. La raison est qu'un tel legs est moins un legs qu'une rémunération des soins de l'exécution testamentaire.

49. Lorsque des conjoints sont séparés de biens, que l'un d'eux est riche, et que l'autre n'a aucun bien pour subsister, je crois que le riche peut lui léguer valablement quelque pension viagère ou quelque usufruit

pour ses aliments, *intra justum modum*, eu égard aux facultés et à la qualité des parties : je pense même que, s'il avoit omis de le faire, le conjoint seroit écouté à demander des aliments.

ARTICLE II.

De ce qui résulte de la nullité des avantages que se sont faits des conjoints par mariage, contre la défense de la coutume.

Nous distinguerons six cas. Le premier est lorsque la donation est d'un héritage, et qu'elle a été exécutée par la tradition : le second, lorsqu'elle est d'une somme d'argent ou de quelque autre chose mobilière, et qu'elle a été pareillement exécutée par la tradition : le troisième cas, lorsque la donation est d'une chose incorporelle, exécutée pareillement par une quasi-tradition : le quatrième cas est lorsque la donation consiste dans une remise que l'un des conjoints a faite à l'autre, de quelque créance qu'il avoit contre lui, ou de quelque droit qu'il avoit sur quelqu'un des héritages : le cinquième cas est lorsque la donation ne consiste que dans une promesse qui n'a pas eu son exécution : le sixième cas est lorsque c'est une donation testamentaire.

§. I. Du cas auquel la donation est d'un héritage, et a été suivie de tradition.

50. Il a lieu en ce cas à deux actions : 1^o à l'action de revendication. La raison est que, par les termes de l'article de la coutume, *Homme et femme ne se peuvent*

pour ses aliments, *intra justum modum*, eu égard aux facultés et à la qualité des parties : je pense même que, s'il avoit omis de le faire, le conjoint seroit écouté à demander des aliments.

ARTICLE II.

De ce qui résulte de la nullité des avantages que se sont faits des conjoints par mariage, contre la défense de la coutume.

Nous distinguerons six cas. Le premier est lorsque la donation est d'un héritage, et qu'elle a été exécutée par la tradition : le second, lorsqu'elle est d'une somme d'argent ou de quelque autre chose mobilière, et qu'elle a été pareillement exécutée par la tradition : le troisième cas, lorsque la donation est d'une chose incorporelle, exécutée pareillement par une quasi-tradition : le quatrième cas est lorsque la donation consiste dans une remise que l'un des conjoints a faite à l'autre, de quelque créance qu'il avoit contre lui, ou de quelque droit qu'il avoit sur quelqu'un des héritages : le cinquième cas est lorsque la donation ne consiste que dans une promesse qui n'a pas eu son exécution : le sixième cas est lorsque c'est une donation testamentaire.

§. I. Du cas auquel la donation est d'un héritage, et a été suivie de tradition.

50. Il a lieu en ce cas à deux actions : 1^o à l'action de revendication. La raison est que, par les termes de l'article de la coutume, *Homme et femme ne se peuvent*

avantager l'un l'autre par donation entre vifs, etc., les conjoints par mariage étant incapables de se faire donation d'aucune chose, la donation qu'ils se sont faite est un titre nul. Or c'est un principe, que la tradition qui se fait d'une chose en exécution d'un titre nul n'en transfère pas la propriété: *Non nuda traditio transfert dominium; sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequetur*; l. 31, ff. de *acquir. rer. dom.* Donc (et c'est la conséquence que les lois elles-mêmes en ont tirée) la tradition qui se fait d'une chose en exécution d'une donation entre mari et femme n'en transfère pas la propriété au donataire. *Sciendum est*, dit Ulpien, *itâ interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat quod actum est, proinde si corpus sit, quod nec traditio quicquam valet*; l. 3, §. 10, ff. de *don. int. vir. et ux.* La propriété de la chose donnée n'est donc point transférée au donataire par la tradition que le donateur lui en a faite; le donateur, nonobstant la donation et la tradition qu'il a faite de la chose donnée, en conserve la propriété, et la transmet à ses héritiers: il y a lieu par conséquent à l'action de revendication contre le conjoint donataire, ses héritiers, ou autres qui s'en trouvent en possession: *Si donatæ res extant, etiam vindicari poterunt*; l. 36, ff. de *don. int. vir. et ux.*

51. Il y a lieu, 2^o aussi à une action personnelle; car le conjoint donataire, en recevant indûment l'héritage qui lui est donné contre la défense de la loi, contracte l'obligation de le rendre au donateur et à ses héritiers avec tous les fruits qui en doivent provenir, et de le conserver en aussi bon état qu'il l'a reçu.

Cette obligation naît de la loi naturelle qui oblige tous ceux qui retiennent indûment une chose qui ne leur appartient pas à la rendre à celui à qui elle appartient avec tout ce qui en est provenu depuis qu'elle est en leur possession, et à apporter un soin convenable à la conservation de la chose, jusqu'à ce qu'il se soit acquitté de l'obligation de la rendre. De cette obligation, que le conjoint donataire a contractée, naît une action personnelle contre lui et ses héritiers, que nous appellerons *actio in factum* à défaut d'autre nom.

52. Quoique la vue de conserver les biens dans les familles, en empêchant les conjoints par mariage de priver de leurs biens leurs héritiers, par des donations qu'ils se feroient l'un à l'autre (ce qui auroit pu arriver trop souvent), ait été un des motifs qui ont porté la coutume à défendre les donations entre mari et femme, néanmoins ce motif n'a pas été le seul; il y en a d'autres que nous avons rapportés *suprà*, n. 1, qui tombent sur la personne même des conjoints. C'est pourquoi, ce ne sont pas seulement les héritiers du conjoint donateur qui peuvent, après la mort du donateur, se plaindre des donations que le défunt a faites à leur préjudice à l'autre conjoint, et exercer ces actions; le donateur, lorsqu'il se repent de la donation qu'il a faite, peut aussi les exercer; et il est reçu lui-même à intenter l'action de revendication des choses qu'il a données, soit contre le conjoint donataire, soit contre tous les autres qu'il en trouve en possession: *Quæ jam nuptæ maritus donavit, viri manent, et potest ea vindicare*; l. 48, ff. *d. tit.*

Il n'a pas besoin pour cela de prendre des lettres de

rescision contre la donation qu'il a faite, puisque c'est la loi elle-même qui annule cette donation.

53. Par la même raison, le légataire universel du conjoint donateur, quoique étranger à la famille, peut, après qu'il s'est fait servir de son legs, former la demande en revendication des choses données, sans qu'on puisse, pour l'exclure de cette demande, lui opposer qu'il est étranger à la famille du donateur: car, comme nous l'avons observé, ce n'est pas seulement en faveur de la famille des conjoints que la coutume a défendu les donations entre mari et femme; il suffit à ce légataire que la propriété des choses données, et le droit de les revendiquer, se soit trouvé dans les biens du donateur pour que ce légataire puisse, après s'être fait saisir du legs desdits biens, donner la demande en revendication.

54. Cette action de revendication doit être donnée contre ceux qui se trouvent en possession des choses données, soit que ce soient le donataire ou ses héritiers qui s'en trouvent en possession, soit que ce soient des tiers.

55. Lorsque ce sont le donateur ou ses héritiers qui se trouvent en possession des héritages ou autres choses comprises au contrat de donation, ils ne peuvent se défendre de la demande en revendication formée contre eux, par quelque long temps qu'ils les aient possédés, quand même ils les auroient possédés pendant cinquante ou soixante ans, et beaucoup plus, depuis la mort du donateur.

La raison est qu'un possesseur peut bien acquérir par la prescription un héritage qu'il a possédé pendant

trente ans, quoiqu'il ne rapporte aucun titre de sa possession ; mais lorsque le titre de sa possession est produit, et se trouve vicieux, la possession qu'il a eue en vertu de ce titre, étant dans son origine une possession vicieuse, continue toujours d'être une possession vicieuse, qui ne peut, par quelque laps de temps que ce soit, faire acquérir aucun droit à un possesseur : *Aveteribus præceptum est*, dit Paul, *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse* ; l. 3, §. 19, ff. de acquir. posses. c'est le cas de la maxime, *Melius est non habere titulum, quàm habere vitiosum*. En vain les héritiers du conjoint donataire allégueroient-ils leur bonne foi, et qu'ils n'ont point eu de connoissance du titre en vertu duquel le conjoint donataire possédoit les héritages qu'ils ont trouvés dans sa succession : on leur répond que les héritiers étant la continuation de la personne du défunt, succédant à tous ses droits actifs et passifs, la possession qu'ils ont des héritages compris en la donation est la même possession que celle qu'a eue le conjoint donataire auquel ils ont succédé ; laquelle ayant été vicieuse dans son origine continue toujours de l'être dans leurs personnes, comme elle l'étoit dans la personne du défunt dont ils sont la continuation. C'est ce que nous apprend Papinien lorsqu'il nous dit : *Quùm hæres in jus omne defuncti succedit, ignoratione suâ defuncti vitia non excludit* ; l. 11, ff. de div. temp. præes. C'est ce que nous apprend pareillement la loi 11, *cod. de acq. et retin. possess.*, où il est dit : *Vitia possessionum à majoribus contracta perdurant, et successorem auctoris sui culpa comitatur*. Les héritiers du conjoint donataire, et les héritiers desdits héritiers, médiats

ou immédiats, ne peuvent donc pas plus acquérir par prescription les choses comprises en la donation que ne l'eût pu lui-même le conjoint, par quelque long temps qu'ils les aient possédées.

56. Lorsque l'héritage compris en la donation se trouve en la possession d'un tiers qui l'a acquis du donataire ou de ses héritiers, soit à titre d'achat, soit à quelque autre titre, ou qui s'en trouve en possession, de quelque manière que ce soit, le donateur ou ses héritiers peuvent donner la demande en revendication contre ce tiers, avec cette différence, qu'au lieu que, lorsque ce sont le donataire ou ses héritiers qui possèdent, ils ne peuvent opposer la prescription contre la demande en revendication : au contraire, les tiers détenteurs peuvent l'opposer, lorsqu'ils ont possédé l'héritage pendant le temps requis pour la prescription par la loi du lieu où l'héritage est situé.

Ce temps, dans le pays de droit écrit, dans la coutume de Paris, et dans la plupart des coutumes, est de dix ans entre personnes domiciliées dans une même province, et de vingt ans entre personnes domiciliées en différentes provinces, lorsque le possesseur produit un titre de son acquisition, et est un possesseur de bonne foi, laquelle se présume tant que le contraire ne paroît pas. Lorsque le possesseur ne rapporte aucun titre d'acquisition, le temps de la prescription est de trente ans.

Quelques coutumes, du nombre desquelles est celle d'Orléans, exigent pour la prescription trente ans de possession, indistinctement, soit que le possesseur produise un titre d'acquisition, soit qu'il n'en produise point.

On ne compte pour la prescription que le temps depuis lequel ces tiers acquéreurs ont commencé de posséder; on ne compte point le temps de la possession du donataire et de ses héritiers de qui ils ont acquis, cette possession étant viciieuse : car c'est un principe, que *Vitiosa possessio non potest accedere ei quæ vitiosa non est*; l. 13, §. fin. ff. de acquir. possess.

Lorsque ces tiers acquéreurs ont été adjudicataires de ces héritages par un décret solennel, ils n'ont pas besoin de les avoir possédés pendant le temps requis pour la prescription : ils ont un autre moyen pour se défendre de la demande en revendication du donateur, ou de ceux qui seroient à ses droits; c'est le défaut d'opposition formée au décret : car, faute par le donateur, ou ceux qui sont à ses droits, d'avoir formé une opposition au décret, à fin de distraire, le décret a éteint le droit de propriété qu'ils avoient dans ces héritages.

57. Sur la demande en revendication, l'héritage doit être délaissé en l'état qu'il se trouve, avec ce qui y a été uni et qui en fait partie; à la charge néanmoins de rembourser au possesseur les impenses qu'il a faites à l'héritage, jusqu'à concurrence de ce qu'il s'en trouve plus précieux. C'est ce qu'enseigne Pomponius : *Si vir uxori aream donaverit, et uxor in eâ insulam ædificaverit, ea insula sine dubio mariti est.... si maritus vindicet insulam, retentionem impensæ mulierem facturam*; l. 31, §. 2, ff. de donat. int. vir. et ux.

58. *Quid*, si l'héritage se trouvoit au contraire dégradé? Il y a à cet égard une distinction. Lorsque c'est contre le donataire ou ses héritiers que la demande en revendication est donnée, le donateur, ou ceux qui

sont à ses droits, peuvent conclure aux dommages et intérêts résultants de ces dégradations : car le donataire, en recevant indûment la donation d'un héritage que la loi lui défendoit de recevoir, a contracté l'obligation de le rendre au donateur, et par conséquent de le conserver, et de ne le pas dégrader; et les héritiers du donataire succèdent à cette obligation.

Il en est autrement lorsque la demande est donnée contre un tiers acquéreur, possesseur de bonne foi. Il n'est point tenu des dégradations faites avant la demande, soit par ses auteurs, soit par lui-même; car il a pu dégrader un héritage qu'il croyoit lui appartenir; *potuit negligere rem quam existimabat suam*. Il n'a contracté par rapport à cet héritage, avant la demande, aucune obligation envers le donateur : ce n'est que par la demande et par la copie qu'on lui donne des titres, qu'il apprend que l'héritage appartient au demandeur, et qu'il contracte l'obligation de le rendre en l'état auquel il se trouve au temps de cette demande.

Observez néanmoins que, si les dégradations faites avant la demande par le tiers acquéreur, possesseur de bonne foi, étoient des dégradations dont il eût profité, comme s'il avoit vendu des bois de haute futaie qui étoient sur l'héritage; il seroit tenu de cette dégradation jusqu'à concurrence de ce qu'il en a profité; car il ne peut jamais être permis de s'enrichir du bien d'autrui : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*; l. 206, ff. *de reg. jur.*

Le donateur ou ses héritiers, qui ne peuvent se faire faire raison par le tiers acquéreur des dégradations qu'il a faites, dont il n'a pas profité, ont recours, pour

les dommages et intérêts résultants desdites dégradations, contre le donataire et ses héritiers; car le donataire et ses héritiers n'ont pu par leur fait, en mettant hors de leurs mains l'héritage, se décharger de l'obligation que le donataire, en recevant indûment cet héritage, a contractée de le rendre en aussi bon état qu'il l'a reçu.

59. Le donateur ou ses héritiers peuvent, sur la demande en revendication contre le donataire et ses héritiers, conclure à la restitution des fruits perçus par le donataire et ses héritiers.

Les jurisconsultes romains faisoient à cet égard une distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels : ils obligeoient le conjoint à la restitution de tous les fruits naturels qu'il avoit perçus. On appelle fruits naturels ceux que la terre produit sans culture, tels que sont les coupes d'un bois taillis, les foins que produisent les prés, les pommes, les noix, etc. Au contraire, ils déchargeoient le conjoint donataire de la restitution des fruits industriels, c'est-à-dire de ceux que la terre ne produit que par la culture, tels que sont les vins, les blés, et autres grains. C'est ce qu'enseigne Pomponius : *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donatâ suos facit, illos tamen quos suis operis adquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit, vel ex silvâ cœdit, non sit ejus; quia* (ajoute-t il, et c'est la raison de différence) *non ex facto ejus is fructus nascitur; l. 45, ff. de usur.*

La pensée du jurisconsulte, qui a besoin d'être développée, est que le donataire tient les fruits industriels des peines qu'il a prises, et des impenses qu'il a

faites pour les faire venir; ce qui peut lui servir de fondement pour les retenir *pro cultura et cura*; mais les fruits naturels étant produits sans aucune culture, il ne peut paroître les tenir que de la donation qui lui a été faite de l'héritage, laquelle, étant un titre illicite, ne peut lui donner aucun droit de les retenir. C'est le sens de ces termes, *quia non ex facto ejus is fructus nascitur*.

Je ne crois pas que cette distinction soit suivie dans notre droit. La donation entre mari et femme étant un titre nul, le conjoint donataire ayant possédé indûment et sans titre l'héritage qui lui a été donné, il n'a pas eu le droit d'en percevoir les fruits; et il doit rendre au donateur, ou à ses héritiers, tous ceux qu'il a perçus, de quelque espèce qu'ils soient, naturels, industriels, ou civils. Automne, en sa conférence, dit sur cette loi : *Hæc lex fructus non est in usu*.

60. Observez néanmoins que, quelque long-temps que le donataire et ses héritiers aient possédé l'héritage, on ne peut leur demander le rapport des fruits que des vingt-neuf années qui ont précédé la demande, et ceux qui ont été perçus depuis la demande. Si le donataire et ses héritiers ne peuvent se défendre de la restitution de l'héritage par aucune prescription, c'est que l'héritage existe : le donateur et ses héritiers, qui en sont toujours demeurés propriétaires, peuvent revendiquer une chose qui leur appartient, en quelque temps que ce soit; mais les fruits de cet héritage, que le donataire et ses héritiers ont perçus, ont été consommés, et n'existent plus. Le donateur et ses héritiers ne peuvent donc plus les revendiquer; ils n'ont qu'une

créance pour en demander l'estimation au donataire et à ses héritiers, qui les ont indûment perçus. Or toutes les créances sont sujettes à la prescription de trente ans, qui commence à courir du jour que la demande a pu s'en faire : celle du donateur pour les jouissances que le donataire a eues trente ans avant la demande est donc prescrite ; et il ne peut par conséquent demander que celles des vingt-neuf années qui ont précédé la demande.

61. Lorsque la demande en revendication est donnée contre un tiers acquéreur de bonne foi, le donateur, ou ceux qui sont à ses droits, ne peuvent demander contre lui le rapport que des fruits qu'il auroit perçus depuis la demande ; des possesseurs de bonne foi n'étant pas tenus au rapport de ceux qu'ils ont perçus auparavant.

Mais en ce cas le donateur et ceux qui sont à ses droits peuvent demander au donataire et à ses héritiers, quoiqu'ils ne possèdent plus l'héritage, les jouissances de l'héritage, qu'ils ne peuvent demander au tiers acquéreur ; car le donataire et ses héritiers n'ont pu, en mettant hors de leurs mains l'héritage, se décharger par leur fait de l'obligation que le donataire, en recevant indûment cet héritage, a contractée de le rendre avec toutes les jouissances.

62. Outre l'action de revendication, le donateur et ses héritiers ont encore l'action personnelle *in factum* contre le donataire et ses héritiers, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 11.

Le donateur et ses héritiers n'ont pas besoin de cette action lorsque l'héritage est en la possession du

donataire ou de ses héritiers, contre lesquels ils ont en ce cas l'action de revendication.

Mais lorsque le donataire ou ses héritiers ont, par leur fait, cessé de le posséder, le donateur ou ses héritiers ont cette action contre eux, par laquelle ils sont fondés à demander les dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation que le donataire a contractée de le rendre en le recevant indûment; laquelle obligation ledit donataire, ou ses héritiers, se sont mis par leur fait hors d'état d'exécuter, en cessant par leur fait de posséder l'héritage.

Le donateur et ses héritiers ont sur-tout besoin de cette action contre le donataire et ses héritiers, lorsqu'ils n'ont plus l'action de revendication contre le tiers qui possède l'héritage, et qui l'a acquis *jure usucapionis*, par une possession de dix ans.*

63. Cette action *in factum*, que le donateur ou ses héritiers et ayants cause ont contre le donataire et ses héritiers qui ne possèdent plus l'héritage, est, comme toutes les actions personnelles, sujette à la prescription de trente ans, laquelle ne commence à courir que du jour de la mort du donateur. Elle ne court pas du vivant du donateur; car c'est un avantage prohibé que fait le donateur en n'usant pas, contre le donataire, de cette action qu'il a contre lui pour la répétition de ce qu'il lui a donné.

Cette raison ne doit arrêter la prescription pendant la vie du donateur que pour la demande du fonds: il seroit trop dur de l'étendre aux jouissances pour en demander plus de vingt-neuf années avant la demande; *suprà*, n. 60.

64. Il y a encore une action qui peut être intentée contre ceux qui se trouvent posséder les héritages que l'un des conjoints a donnés à l'autre conjoint pendant le mariage, soit que ce soit le donataire, ses héritiers, ou des tiers; c'est l'action hypothécaire que peuvent intenter contre eux les créanciers hypothécaires du donateur, même ceux dont l'hypothèque est postérieure à la donation; car le donateur étant toujours demeuré propriétaire de ces héritages, nonobstant la donation et la tradition qu'il en a faite, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 50, ces héritages sont compris sous toutes les hypothèques générales qu'il a contractées de ses biens, quoique postérieurement à la donation.

§. II. Du cas auquel la donation faite entre mari et femme, pendant le mariage, est de meubles et d'une somme d'argent, et qu'elle a été exécutée par la tradition.

65. Si les meubles que l'un des conjoints a donnés à l'autre pendant le mariage se trouvent encore en nature en la possession du donataire ou de ses héritiers, le donateur et ses héritiers peuvent les revendiquer sans que ledit donataire ou ses héritiers puissent se défendre de les rendre par quelque temps qu'ils les aient possédés, de même que nous l'avons dit, à l'égard des héritages, au paragraphe précédent.

66. Le donateur et ses héritiers peuvent aussi revendiquer et entiercer lesdits meubles sur les tiers acquéreurs qui s'en trouveroient en possession; sauf en deux cas. Le premier cas est celui auquel lesdits acquéreurs prouveroient les avoir achetés à une vente

judiciaire, ou en foire et marché public ; auquel cas l'acquéreur ne peut être évincé, à moins que le propriétaire n'offre de lui rendre le prix que la chose lui a coûté. Livonière en a fait une maxime, liv. 4, ch. 10, n. 16. Voyez les autorités citées sur cette règle.

Le possesseur doit justifier qu'il a acquis dans une vente judiciaire, par le rapport du procès-verbal de vente ; et il doit justifier par témoins qu'il a acquis en foire ou en marché public.

67. Le second est lorsque ces tiers les ont acquis *jure usucapionis*, par la possession qu'ils en ont eue pendant le temps requis pour la prescription.

Ce temps est de trois ans par le droit de Justinien, que plusieurs de nos coutumes, telles que Melun, Amiens, Anjou, le Maine, Sedan, ont adopté par des dispositions expresses, et qui doit faire un droit commun pour les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Notre coutume d'Orléans, en disant par l'article 260 que *prescription moindre de trente ans*, en héritages et choses immobilières, *n'a lieu*, insinue assez qu'à l'égard des meubles elle s'en rapporte au droit commun, qui a établi celle de trois ans.

Outre cette différence de temps pour la prescription entre les immeubles et les meubles, il y en a une autre qui est que pour l'usucapion des immeubles par une possession de dix ou vingt ans, il faut que le possesseur rapporte le titre par écrit de son acquisition ; mais à l'égard des meubles, comme il est d'usage que les ventes, les donations, et les autres genres d'aliénations des meubles s'exécutent et se consomment par la tradition qui s'en fait de la main à la main, sans en

dresser acte par écrit, le possesseur, pour cette prescription, doit être cru de ce qu'il allègue du titre auquel il dit avoir la chose, pourvu que ce qu'il allègue soit vraisemblable.

68. Lorsque les meubles que l'un des conjoints a donnés à sa femme ne se trouvent pas; s'ils sont péris par quelque accident, sans le fait ni la faute du donataire ou de ses héritiers, la perte en tombe sur le donateur, qui en étoit toujours demeuré le propriétaire, ou ses héritiers; *res perit domino*.

69. Lorsque les meubles que l'un des conjoints a donnés à l'autre ne paroissent plus, le donataire en ayant disposé, le donateur ou ses héritiers ont une action personnelle contre le donataire ou ses héritiers, qui naît de l'obligation que le donataire, en les recevant indûment, a contractée de les rendre; laquelle action tend à ce que ledit donataire ou ses héritiers, faute par eux de rendre les choses données, soient condamnés à en payer le prix suivant l'estimation.

Lorsque c'est une somme d'argent que l'un des conjoints a donnée à l'autre pendant le mariage, le donateur et ses héritiers ont pareillement contre le donataire ou ses héritiers une action personnelle pour la restitution de cette somme.

70. Suivant les principes du droit romain, le conjoint donataire qui avoit dépensé la somme qui lui avoit été donnée, ou qui n'avoit plus les choses qui lui avoient été données, n'étoit tenu de la restitution de ladite somme, de même que du prix des choses qui lui avoient été données, que jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouvoit, au temps de la contestation en

cause, en avoir profité : *Hactenus revocatur donum ab eo ab eâve cui donatum est, ut si quidem extat res, vindicetur; si consumpta sit, condicatur, hactenus quatenus quis eorum locupletior factus est*; l. 5, §. 18, ff. de donat. inter vir. et ux. *Quod autem spectatur tempus an locupletiores sint facti verum est litis contestatæ tempus spectari oportere*; l. 7, ff. d. tit. C'est une suite du principe du droit romain rapporté ci-dessus, que les donations entre mari et femme ne sont défendues qu'autant que l'un en est enrichi aux dépens de l'autre.

Dans notre jurisprudence l'on n'examine pas ce que le conjoint donataire a fait de l'argent qui lui a été donné, de même que des choses qui lui ont été données et qui ne paroissent plus; il est présumé en avoir profité.

§. III. Du cas auquel la donation est d'une chose incorporelle, et a été exécutée par une quasi-tradition.

71. De même que, dans la donation que l'un des conjoints fait à l'autre conjoint pendant le mariage, la tradition qui est faite de cette chose au conjoint donataire ne lui en transfère point la propriété; pareillement, lorsque l'un des conjoints a fait donation d'une chose incorporelle à l'autre conjoint, la quasi-tradition qui intervient n'en transfère point la propriété au donataire.

Supposons, par exemple, que je sois créancier de Pierre, soit d'une somme d'argent, soit d'une tapisserie précieuse que j'ai achetée de lui, et qu'il s'est obligé de me livrer. J'ai fait pendant le mariage donation de

cette créance à ma femme, avec qui je ne suis pas commun en biens: ma femme a fait signifier à Pierre le transport que je lui ai fait. Cette signification de transport, qui est une quasi-tradition de la créance dont je lui ai fait donation et transport, et qui est à l'égard des créances ce qu'est la tradition réelle à l'égard des choses corporelles, n'aura pas transféré à ma femme la propriété de cette créance, de même que la tradition réelle d'une chose corporelle dont je lui aurois fait donation n'auroit pu lui en transférer la propriété. Je demeure donc propriétaire de cette créance, nonobstant la signification du transport que ma femme a faite à Pierre mou débiteur: en conséquence mes créanciers peuvent, nonobstant la signification qui a été faite de ce transport, saisir ce qui m'est dû par Pierre; et pareillement je puis, si je me repens de la donation que j'ai faite à ma femme, faire signifier à Pierre des défenses de payer entre les mains de ma femme.

72. N'ayant été signifié à Pierre aucun empêchement, ni de ma part, ni de la part de mes créanciers, le paiement que Pierre feroit à ma femme seroit-il valable? Il est valable à l'égard de Pierre, à l'effet de le libérer de ce qu'il doit. La raison est que le transport de ma créance, que j'ai faite à ma femme, qui le lui a signifié, contient un ordre que je lui donne de payer entre les mains de ma femme. Or le paiement qu'il fait de mon ordre à ma femme est réputé fait à moi-même, et est aussi valable que s'il étoit fait à moi-même, suivant cette règle de droit, *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset*; l. 180, ff. de req. jur.

Mais ce paiement qu'il fait de mon ordre à ma femme, de la chose qu'il me doit, ne transfère pas à ma femme la propriété de la chose qu'il paie entre ses mains; c'est au contraire à moi qu'il en transfère la propriété par le paiement qu'il en fait à ma femme. La raison est que lorsque mon débiteur, pour s'acquitter envers moi de la tapisserie qu'il m'avoit vendue, et qu'il s'étoit obligé de me donner, la délivre de mon ordre à ma femme, c'est comme s'il me l'avoit livrée à moi-même, et qu'après l'avoir reçue de lui je la donnasse moi-même à ma femme. C'est moi-même qui la lui donne par son ministère; et je ne puis pas plus, en la lui donnant par le ministère de mon débiteur, lui en transférer la propriété qu'en la lui donnant moi-même directement.

C'est ce qu'enseigne Ulpien: *Si (vir uxori donare volens) debitorem suum solvere jusserit, hinc quaeritur an nummi fiant ejus, debitorque liberetur. Celsus, libro 15^o Digestorum, scribit videndum esse ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris; nam etsi donatio jure civili non impediretur, eum rei gestæ ordinem futurum ut pecunia ad te à debitore tuo, deindè à te ad mulierem perveniret; nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari: cæterum debitorem creditori dare, creditorem uxori; nec novum aut mirum esse quod per alium accipias, te accipere; l. 3, §. 12, ff. de donat. inter vir. et ux.*

Étant propriétaire de la tapisserie que mon débiteur a payée à ma femme, je puis la revendiquer sur ma femme et sur tous ceux qui s'en trouveront en

possession; de même que si, au lieu de la créance de la tapisserie, c'étoit la tapisserie que je lui eusse donnée; car la créance de la tapisserie s'étant fondue et réalisée dans la tapisserie par le paiement, la donation de la créance de la tapisserie est devenue donation de la tapisserie par le paiement qui en a été fait.

73. Un autre exemple, c'est lorsque l'un des conjoints a constitué à titre de donation un droit de servitude, *putà*, un droit de pâturage qu'il a imposé sur son héritage envers celui de l'autre conjoint voisin du sien. Quoique la quasi-tradition de ce droit, qui se fait *usu et patientiâ*, soit intervenue, et que le conjoint donataire ait envoyé les bestiaux pâturer au vu et su du conjoint donateur, qui l'a souffert; par quelque long temps que le conjoint donataire et ses successeurs à l'héritage les y aient envoyés, et par quelque long temps que le conjoint donateur et ses successeurs l'aient souffert, ils ont l'action *negatoria servitutis* pour l'empêcher: car un droit de servitude ne peut s'établir que par un titre valable, quelque long-temps qu'on ait joui; et les donations entre mari et femme étant nulles de plein droit, la donation que l'un des conjoints en a faite à l'autre n'est pas un titre valable.

§. IV. Du cas auquel la donation consiste dans la remise de quelque créance ou de quelque autre droit.

74. L'effet de la nullité de la donation que renferme cette remise est que cette remise est regardée comme non avenue, et n'a aucun effet. En conséquence, la créance ou le droit, de quelque espèce qu'il soit, dont le conjoint a fait remise, continue de subsister tel

qu'il étoit auparavant ; le conjoint qui a fait la remise continue d'avoir les mêmes actions qu'il avoit, que lui et ses héritiers peuvent exercer de même que s'il n'avoit pas fait la remise.

- §. V. Du cinquième cas, lorsque la donation que l'un des conjoints a faite à l'autre ne consiste que dans une promesse qui n'a pas été suivie de tradition.

75. La nullité qui résulte de la donation que renferme cette promesse est qu'elle ne produit, dans la personne qui l'a faite, aucune obligation, et que celui à qui elle a été faite n'a aucune action, ni contre le conjoint qui l'a faite, ni contre ses héritiers, pour en demander l'exécution.

76. Néanmoins si, après la mort de celui qui a fait la promesse, ses héritiers avoient payé à l'autre conjoint ce que le défunt lui avoit promis, le paiement seroit valable. On ne peut pas dire qu'il ait été sans cause, et que celui à qui il a été fait a sans cause la chose qui lui a été payée ; car la fidélité qu'a un héritier à exécuter les volontés du défunt, quoique la loi ne l'y oblige pas, est louable, et est une cause honnête du paiement qu'il a fait. Il est vrai que, si c'étoit le conjoint lui-même qui eût fait ce paiement, il ne seroit pas valable, et tant lui que ses héritiers en auroient la répétition. La raison est que la coutume ne défend pas moins à ce conjoint le paiement que la promesse : mais la défense de la loi n'étant faite qu'à la personne du conjoint, son héritier, à qui la loi n'a fait aucune défense, a pu valablement faire ce paiement.

§. VI. Sixième cas : des donations testamentaires.

77. L'effet de la nullité des donations testamentaires que l'un des conjoints a faites à l'autre est qu'elle ne donne aucun droit au conjoint à qui elles ont été faites, ni par conséquent aucune action pour en demander la délivrance : mais si les héritiers du conjoint testateur, par respect pour ses dernières volontés, avoient acquitté ces legs, le paiement qu'ils en auroient fait seroit valable, par les mêmes raisons qui ont été rapportées au paragraphe précédent.

CHAPITRE II.

Des avantages indirects défendus entre mari et femme.

Nous distinguerons quatre espèces d'avantages indirects. La première espèce est celle des contrats qui interviennent entre un mari et une femme pendant le mariage, lesquels, sans être des donations formelles, renferment ou sont suspects de renfermer quelque avantage que l'un des conjoints fait à l'autre.

La seconde comprend tous les faits qui renferment quelque avantage que l'un des conjoints fait à l'autre pendant le mariage.

La troisième espèce d'avantages indirects est de ceux qui se font par personnes interposées.

La quatrième est des avantages que l'un des conjoints feroit à un enfant que l'un des conjoints a d'un précédent mariage.

§. VI. Sixième cas : des donations testamentaires.

77. L'effet de la nullité des donations testamentaires que l'un des conjoints a faites à l'autre est qu'elle ne donne aucun droit au conjoint à qui elles ont été faites, ni par conséquent aucune action pour en demander la délivrance : mais si les héritiers du conjoint testateur, par respect pour ses dernières volontés, avoient acquitté ces legs, le paiement qu'ils en auroient fait seroit valable, par les mêmes raisons qui ont été rapportées au paragraphe précédent.

CHAPITRE II.

Des avantages indirects défendus entre mari et femme.

Nous distinguerons quatre espèces d'avantages indirects. La première espèce est celle des contrats qui interviennent entre un mari et une femme pendant le mariage, lesquels, sans être des donations formelles, renferment ou sont suspects de renfermer quelque avantage que l'un des conjoints fait à l'autre.

La seconde comprend tous les faits qui renferment quelque avantage que l'un des conjoints fait à l'autre pendant le mariage.

La troisième espèce d'avantages indirects est de ceux qui se font par personnes interposées.

La quatrième est des avantages que l'un des conjoints feroit à un enfant que l'un des conjoints a d'un précédent mariage.

ARTICLE PREMIER.

Des contrats qui interviennent entre conjoints pendant le mariage, qui renferment ou sont suspects de renfermer quelque avantage que l'un fait à l'autre.

78. Le droit romain ne défendoit pas à des conjoints par mariage de faire ensemble, pendant le mariage, tous les contrats qu'ils jugeoient à propos de faire, pourvu qu'ils ne renfermassent aucun avantage qui fût fait à l'un d'eux aux dépens de l'autre, et que l'égalité y fût exactement observée.

A l'égard de ceux qui renfermoient quelque avantage fait à l'un des conjoints aux dépens de l'autre, les jurisconsultes romains faisoient une distinction entre ceux qui étoient simulés, et ceux qui, sans être simulés, renfermoient quelque avantage.

Ceux qui étoient simulés, qui n'étoient faits que pour couvrir et déguiser une donation que l'un des conjoints vouloit faire à l'autre étoient déclarés nuls; les autres étoient valables. On réformoit seulement l'avantage prohibé qu'ils renfermoient, en obligeant celui au profit de qui il étoit fait à suppléer le juste prix.

Pomponius nous donne un exemple de cette distinction en la loi 5, §. 5, ff. *de donat. inter vir, et ux.* *Neratius (dicit) venditionem donationis causâ inter virum et uxorem factam nullius esse momenti; si modò quum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit ut donaret; enimverò si, quum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit,*

*venditionem quidem valere, remissionem autem hac-
tenus non valere quatenus facta est locupletior.*

Observez que le jurisconsulte ne déclare pas la remise qui a été faite d'une partie du juste prix entièrement nulle, mais seulement *quatenus facta est locupletior* : *Itaque, ajoute-t-il, si res quindecim veniit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum præstanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta.* Dans cette espèce, quoique le mari ait fait une remise de dix écus à la femme sur le prix de la chose qu'il lui a vendue, quoiqu'il eût pu avoir ces dix écus de plus d'un étranger à qui il l'auroit vendue; néanmoins la femme à qui cette remise a été faite, au moyen de ce que la chose est diminuée de prix, et ne vaut plus aujourd'hui que dix écus, se trouvant ne profiter que de cinq écus, la chose ne valant plus que cinq écus de plus qu'elle ne l'a achetée, elle n'est pas obligée de rendre la somme entière de dix écus dont on lui a fait remise, mais seulement cinq écus, qui est la somme dont elle profite de cette remise. Cela est conforme à ce principe du droit romain, tiré de la loi 5, §. 16, rapporté ci-dessus, n. 70, que les avantages directs ou indirects que l'un des conjoints fait à l'autre ne sont pas nuls pour tout ce qu'a donné celui qui a fait l'avantage, et pour tout ce qu'il lui en a coûté, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que celui à qui l'avantage a été fait en a profité.

La vente d'une chose que l'un des conjoints avoit faite à l'autre n'étoit pas non plus réputée avantage indirect et prohibé, par cela seul qu'elle étoit faite à vil prix, lorsqu'il ne paroissoit pas de dessein d'avan-

tager, la vente n'ayant été faite à vil prix que faute de trouver des acheteurs qui en donnassent davantage : *Sine dubio*, dit Pomponius, *licet à viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi*; l. 31, §. 3, ff. *d. lit.*

Notre droit françois a été beaucoup plus attentif à prévenir tous les avantages indirects que des conjoints par mariage pourroient se faire, par les différentes espèces de contrats qui interviendroient entre eux pendant leur mariage, par lesquels ils transporteroient l'un à l'autre quelque chose de leurs biens. Quelques coutumes s'en sont expliquées. La coutume de Normandie, chap. 15, art. 410, dit : « Gens mariés ne peuvent céder, donner, ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou cessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou partie. » Celle de Nivernois, chap. 23, art. 27, dit : « Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit de l'un de l'autre. » Voyez *Bourbonnois*, chap. 10, art. 226.

Cela a pareillement lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées : c'est pourquoi Dumoulin, sur l'art. 256 de l'ancienne coutume de Paris, n. 5, pose pour maxime, que des conjoints par mariage ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité : *Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt, nisi ex necessitate.*

Suivant ces principes, des conjoints par mariage ne peuvent pas, pendant leur mariage, établir entre eux une communauté de biens, non seulement dans le cas auquel leur contrat de mariage porteroit une ex-

clusion de communauté; parceque ce seroit déroger à une convention du contrat de mariage, qui doit être invariable; mais même dans le cas où des conjoints domiciliés sous une coutume qui n'admet pas la communauté se seroient mariés sans contrat de mariage.

C'est suivant ces mêmes principes que Dumoulin, au lieu ci-dessus cité, n. 4, décide que le mari ne peut pas, pendant le mariage, vendre à sa femme son héritage propre, ni en faire un conquêt, à la charge que la femme lui en paieroit le prix pour la part qu'elle aura comme commune : *An possit maritus justo pretio vendere (uxori) quod domus propria viri erit communis..... Respondi, non.*

ARTICLE II.

Des faits qui renferment des avantages indirects défendus entre mari et femme.

79. On peut apporter une infinité d'exemples de faits qui renferment de ces avantages indirects.

Une première espèce d'avantage indirect qu'un mari fait assez souvent à sa femme pendant le mariage est l'acte par lequel il reconnoît avoir reçu d'elle plus qu'il n'a effectivement reçu.

Finge: Des futurs époux ont, par leur contrat de mariage, promis apporter chacun 10,000 livres à la communauté, et ont réservé propre le surplus, ensemble tout ce qui leur écheroit par succession : il est dit : En cas de renonciation à la communauté, la femme reprendra ce qu'elle y a apporté. Le mobilier

clusion de communauté; parceque ce seroit déroger à une convention du contrat de mariage, qui doit être invariable; mais même dans le cas où des conjoints domiciliés sous une coutume qui n'admet pas la communauté se seroient mariés sans contrat de mariage.

C'est suivant ces mêmes principes que Dumoulin, au lieu ci-dessus cité, n. 4, décide que le mari ne peut pas, pendant le mariage, vendre à sa femme son héritage propre, ni en faire un conquêt, à la charge que la femme lui en paieroit le prix pour la part qu'elle aura comme commune : *An possit maritus justo pretio vendere (uxori) quod domus propria viri erit communis..... Respondi, non.*

ARTICLE II.

Des faits qui renferment des avantages indirects défendus entre mari et femme.

79. On peut apporter une infinité d'exemples de faits qui renferment de ces avantages indirects.

Une première espèce d'avantage indirect qu'un mari fait assez souvent à sa femme pendant le mariage est l'acte par lequel il reconnoît avoir reçu d'elle plus qu'il n'a effectivement reçu.

Finge: Des futurs époux ont, par leur contrat de mariage, promis apporter chacun 10,000 livres à la communauté, et ont réservé propre le surplus, ensemble tout ce qui leur écheroit par succession : il est dit : En cas de renonciation à la communauté, la femme reprendra ce qu'elle y a apporté. Le mobilier

que la femme avoit lorsqu'elle s'est mariée, avec celui qu'elle a eu depuis de succession, ne montoit qu'à 20,000 livres. Par des états enflés qui en ont été faits pendant le mariage, qui ont été signés et reconnus véritables par le mari, on le fait monter à 50,000 livres. C'est un avantage indirect que le mari fait par cette reconnoissance à sa femme d'une somme de 30,000 livres, dans le cas auquel elle renonceroit à la communauté, et de 15,000 livres seulement, au cas qu'elle l'accepte; parcequ'elle fait, en ce cas, confusion sur elle de la moitié de la somme qu'elle a reprise.

80. Un mari fait un avantage indirect à sa femme, non seulement en enflant l'état du mobilier de sa femme, mais aussi en diminuant le sien. Par exemple, si, en retenant la même espèce, le mari dont le mobilier réservé propre montoit à 50,000 livres n'en a fait paroître que pour 20,000 livres dans l'état qu'il en a fait, en omettant d'y comprendre plusieurs effets, et en portant au-dessous de leur juste valeur ceux qui y sont compris, c'est un avantage indirect qu'il fait à sa femme d'une somme de 15,000 livres, lorsqu'elle accepte la communauté: la femme ayant, en ce cas, sa part dans 30,000 livres que les héritiers du mari eussent dû prélever de plus que la somme de 20,000 livres qu'ils ont prélevée. Lorsque la femme a renoncé à la communauté, il n'en résulte aucun avantage.

81. Ces avantages indirects étant défendus, tant dans le for extérieur que dans celui de la conscience, les héritiers du mari, dans le for extérieur, sont reçus à la preuve, tant de ce que la femme avoit de moins que de ce que l'homme avoit de plus qu'il n'est porté

par les états respectifs ; et à défaut de preuves, à déférer le serment décisoire à la femme.

Dans le for de la conscience, quand même les héritiers du mari ne se seroient pas aperçus de l'infidélité de ces états, et ne feroient à la femme aucune contestation à cet égard, la femme est obligée, dans le for de la conscience, à déclarer aux héritiers du mari la connoissance qu'elle en a, et à faire réformer lesdits états, conformément à la vérité ; et si elle ne l'a pas fait, elle est obligée, dans le for de la conscience, de restituer aux héritiers du mari tout ce qui lui est parvenu de ces avantages indirects que son mari lui a faits, soit qu'elle en eût connoissance dès le temps du partage, soit que la connoissance ne lui en soit survenue que depuis ; avec cette distinction, que si elle avoit connoissance de ces avantages indirects au temps qu'elle a reçu ce qui lui est parvenu, elle est obligée, dans le for de la conscience, indistinctement, à la restitution de tout ce qui lui est parvenu, même à la restitution des fruits et des intérêts ; au lieu que si la connoissance ne lui en est survenue que depuis, elle n'est obligée, dans le for de la conscience, qu'à la restitution des choses qui lui restoient lorsque cette connoissance lui est survenue, et de ce dont elle se trouvoit alors avoir profité de celles qui ne sont plus en nature. Cela est fondé sur ce principe du droit naturel, que l'obligation de restituer, que nous fait contracter la connoissance qui nous survient qu'une chose que nous avons reçue de bonne foi comme nous étant due ne nous étoit pas due, n'étant fondée que sur la règle d'équité qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens

d'autrui, nous ne devons être obligés à cette restitution qu'autant que nous nous trouvons en avoir été enrichis et en avoir profité.

82. La femme peut faire de semblables avantages indirects à son mari, en diminuant pareillement l'état du mobilier dont elle a la reprise, et en souscrivant les états enflés que son mari a faits du sien.

Ce que nous avons dit des obligations de la femme par rapport à ces avantages indirects que lui a faits son mari s'applique pareillement au mari par rapport à ceux que lui a faits sa femme.

83. La suppression des pièces justificatives et enseignements des reprises que l'un des conjoints et ses héritiers auroient droit d'exercer, faite par l'un des conjoints, pour en dérober la connoissance à ses héritiers, et les priver de cette reprise est une autre espèce d'avantage que ce conjoint fait à l'autre, dont la part dans la communauté sera par ce moyen plus considérable.

Par exemple, si le mari a reçu pendant le mariage le rachat de plusieurs principaux de rentes qui lui étoient propres, montant à 12,000 livres, et qu'ayant supprimé tous les enseignements qui pouvoient en donner connoissance, ses héritiers n'en aient pu exercer la reprise, la part de la somme dans la masse des biens de la communauté s'étant trouvée plus forte de 6,000 livres, c'est un avantage qui l'oblige dans le for de la conscience, envers lesdits héritiers, à la restitution de cette somme.

Pareillement, lorsque l'un des conjoints est débiteur envers la communauté de quelque récompense,

putà, pour des dettes qu'il devoit seul, et qui ont été acquittées des deniers de la communauté, ou pour des impenses nécessaires ou utiles faites à ses héritages propres, la suppression que font les conjoints des pièces justificatives et enseignements de ces récompenses, pour en décharger le conjoint qui en est le débiteur, renferme un avantage prohibé, dont il ne lui est pas permis, dans le for de la conscience, de profiter.

84. La fausse énonciation du prix portée par le contrat de vente d'un héritage propre de l'un des conjoints, renferme une pareille espèce d'avantage indirect.

Par exemple, si par le contrat de vente de l'héritage propre de la femme il est dit qu'il a été vendu pour le prix de 80,000 livres, quoique dans la vérité le prix ait été de 100,000 livres; la femme ou ses héritiers n'ayant, par ce moyen, la reprise que d'une somme de 80,000 livres, au lieu de celle de 100,000 livres qui leur appartient, c'est un avantage indirect que la femme fait au mari de 20,000 livres, en cas de renonciation à la communauté, et de 10,000 livres en cas d'acceptation. *Contra*, s'il est porté par le contrat que l'héritage a été vendu pour le prix de 100,000 livres, quoiqu'il n'ait été vendu que 80,000 livres, c'est un avantage que le mari fait à la femme de 20,000 livres en cas de renonciation à la communauté, et de 10,000 livres en cas d'acceptation.

85. Voici une autre espèce d'avantage indirect. Dans une succession qui m'est échue pendant mon mariage, il s'est trouvé plusieurs principaux de rentes passés par des billets, sous les signatures privées des débiteurs.

Ces principaux de rentes sont des propres dans les coutumes où les rentes sont réputées immeubles. Pour en faire passer la moitié à ma femme, en les faisant passer pour conquêts, je vais trouver les débiteurs, auxquels je propose de me passer des billets portant constitution de rente, datés du temps de mon mariage, à la place de ceux qu'ils ont passés au défunt : ces débiteurs ont la complaisance de se prêter à cette fraude, et me passent ces billets à la place de ceux qu'ils avoient passés au défunt, que je leur rends. C'est un avantage indirect que je fais à ma femme, dont il ne lui est pas permis de profiter.

C'est pourquoi si ma femme, qui a connoissance de cette manœuvre, a eu au partage la moitié de ces principaux de rentes, ou d'autres effets à l'équipollent, elle est obligée, dans le for de la conscience, à restituer à mes héritiers la part qu'elle a eue dans ces principaux, ou dans ce qu'elle a eu à la place, avec tous les arrérages qui en ont couru depuis la dissolution de la communauté.

Si elle ne satisfait pas à cette restitution, les débiteurs qui se sont prêtés à cette fraude, et en ont été participants, sont obligés à cette restitution, à son défaut.

Ces débiteurs seroient-ils obligés à cette restitution, s'ils étoient des ignorants qui n'ont pas compris pourquoi se faisoit ce changement de billets ? Je pense que pour qu'ils contractent cette obligation il n'est pas nécessaire qu'ils aient compris ce qui devoit résulter de cette fraude ; il suffit qu'ils aient connu que ce changement de billets auquel on leur proposoit de se prêter

renfermoit quelque fraude, et pouvoit faire tort à quelqu'un, pour qu'ils contractent l'obligation de réparer le tort qui résultera de cette fraude à laquelle ils se sont prêtés.

86. Ulpien nous rapporte un autre exemple d'avantage indirect; c'est lorsque l'un des conjoints qui a un droit de servitude sur l'héritage de l'autre conjoint laisse éteindre son droit, en n'en usant pas, dans la vue de l'avantager, et de décharger son héritage: *Si donationis causâ vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verùm post divortium condici posse;* l. 5, §. 6, ff. *de donat. inter vir. et ux.*

87. Dans notre droit françois, au lieu de donner une action au conjoint qui a laissé éteindre cette servitude contre l'autre conjoint, pour qu'il soit tenu d'en constituer une pareille, on décide simplement que le temps de la prescription par laquelle s'éteignent les droits de servitude n'a pas couru pendant le mariage.

88. Les jurisconsultes romains élèvent une autre question. L'un des conjoints, *putâ*, le mari, renonce à une succession opulente qui lui a été déférée, à dessein que sa femme, qui étoit appelée à cette succession à son défaut, la recueille: ou bien il répudie un legs qui lui a été fait par un parent de sa femme, mort pendant le mariage, dont sa femme étoit l'unique héritière, et chargée, en cette qualité, de la prestation. On demande si, dans ces deux espèces, la répudiation, soit de la succession, soit du legs, dont sa femme a profité, doivent passer pour des avantages indirects que le mari a faits à sa femme; et si en conséquence les héritiers du mari sont fondés à demander à la

femme la restitution, soit de la succession, soit du legs dont elle a profité? ils décident pour la négative. La raison sur laquelle ils se fondent est que les biens d'une succession, de même que des choses léguées, sont censés n'avoir jamais appartenu à la personne qui a répudié, soit la succession, soit le legs. Le mari, en les répudiant, a seulement manqué d'acquérir : il n'a rien diminué de ses biens; il n'en a rien fait passer à la femme, qui a profité de cette renonciation du mari à la succession ou au legs, qui avoient bien été déferés à son mari, mais qui ne lui ont point été acquis. Cet avantage que la femme ressent de cette renonciation n'est donc point un avantage prohibé, la loi ne défendant les donations et avantages entre mari et femme que lorsque l'avantage que l'un fait à l'autre diminue quelque chose de ses biens pour enrichir l'autre : *Si maritus hæres institutus repudiet hæreditatem donationis causâ, Julianus rescripsit donationem valere; neque enim pauperior fit qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit: repudiatio autem mulieri prodest, si vel substituta sit mulier, vel etiam ab intestato hæres futura; d. l. 5, §. 13. Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam hæredem institutam; d. l. §. 14.*

Cette raison, sur laquelle est fondée la décision des jurisconsultes romains, *neque enim pauperior fit qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit*, me paroît avoir plus de subtilité que de solidité. Il est vrai que les choses mêmes qui composoient la succession à laquelle j'ai renoncé, ou le legs que j'ai répudié, ne

m'ont jamais appartenu ; mais le droit de recueillir cette succession ou ce legs est un droit qui m'a appartenu lorsque la succession ou le legs m'a été déferé. Ce droit étoit de même valeur que les choses qui en faisoient l'objet ; il faisoit partie de mon bien ; et en le perdant volontairement par la répudiation que j'en ai faite , j'ai diminué mon bien d'autant. Cette répudiation est donc un avantage qui enrichit la femme aux dépens du mari.

On peut apporter une meilleure raison pour décider que la répudiation que le mari fait d'un legs à lui fait par une personne dont sa femme est l'héritière , ne doit pas être considérée comme un avantage prohibé qu'il ait fait à sa femme : cette raison est que le mari , en répudiant le legs , n'a pas tant eu la vue de faire de ses biens un avantage à sa femme , que celle de laisser le cours naturel des choses , et de ne pas priver sa femme des biens d'une succession que la loi lui défère. Il ne fait en cela que ce que font par générosité des personnes qui répudient un legs qui leur a été fait par leurs amis ou leurs clients , non précisément dans la vue de faire une donation à l'héritier qui doit profiter de cette répudiation , qui souvent est une personne qu'ils ne connoissent pas , mais qui n'ont d'autre vue que de laisser les choses dans l'ordre naturel , et de ne pas s'enrichir des biens d'une famille étrangère.

Mais lorsque le mari , qui étoit seul dans le degré le plus prochain pour recueillir une succession opulente , la répudie pour la faire passer à sa femme , qui se trouve être dans le degré suivant , cette répudiation ne peut passer que pour un véritable avantage qu'il a

eu dessein de faire à sa femme, aux dépens du droit qu'il avoit de la recueillir; lequel avantage, nonobstant la subtilité de la loi romaine, doit passer pour un avantage prohibé.

89. Il y a moins de difficulté à admettre la décision des jurisconsultes romains dans l'espèce suivante. Mon ami m'a fait part du dessein qu'il avoit de me faire un don ou un legs : je l'ai engagé de le faire plutôt à ma femme. Le jurisconsulte Pomponius décide que je ne fais en cela aucun avantage prohibé à ma femme. Je ne me dépouille, dans cette espèce, de rien qui m'appartienne; je n'ai jamais eu aucun droit aux biens de mon ami, qu'il avoit eu dessein de me donner, et qu'il a donnés à ma femme; l'intention qu'il a eue de me donner n'ayant point été mise à exécution n'a pu m'y faire acquérir aucun droit: *Quod legaturus mihi aut hæreditatis nomine relicturus es, potes, rogatus à me, uxori meæ relinquere; et non videtur ea esse donatio, quia nihil ex bonis meis diminuitur*; l. 31, §. 7, ff. d. tit.

90. Lorsqu'un testateur dont j'étois l'unique héritier a fait à ma femme un legs qui entame considérablement les quatre quints des propres que la loi me permet de retenir, le paiement que je fais à ma femme de ce legs en entier, sans lui faire souffrir aucun retranchement, doit-il être regardé comme un avantage indirect jusqu'à concurrence de ce que j'étois en droit de retrancher du legs? Je ne le crois pas. J'avois un autre motif pour acquitter le legs en entier, qui étoit le respect pour les dernières volontés du testateur. Ce motif étant un motif louable, on doit présumer

que c'est plutôt par ce motif que je me suis porté à acquitter le legs en entier que dans la vue de faire à ma femme un avantage prohibé par la loi. Ce paiement *magis videtur plenior executio voluntatis defuncti, quàm donatio.*

Si entre plusieurs legs qui entamoient les quatre quints de mes propres il n'y avoit que celui fait à ma femme que j'eusse ainsi acquitté en entier, et que j'eusse fait souffrir aux autres légataires le retranchement qui devoit être fait à leur legs, il ne seroit pas douteux, en ce cas, que c'est dans la vue d'avantager ma femme que je n'ai pas retranché du legs à elle fait ce que j'avois droit d'en retrancher, et que c'est par conséquent un avantage prohibé dont elle ne doit pas profiter.

91. Lorsque pendant mon mariage j'ai choisi un legs qui m'a été fait par un de mes parents collatéraux, dont j'étois héritier pour partie, préférablement à la part qui m'étoit déférée dans sa succession, composée d'immeubles, nous avons dit en notre *traité de Communauté*, n. 608, que mes héritiers n'étoient pas reçus à prétendre que ce choix est un avantage indirect que j'ai fait à ma femme, ni à offrir de justifier que la portion qui m'a été déférée dans la succession étoit en soi plus avantageuse que le legs. Cela doit s'observer, tant parcequ'il est incertain si j'ai fait ce choix pour faire un avantage à ma femme, ayant pu avoir d'autres raisons pour le faire, que parcequ'il est à propos d'éviter des procès auxquels pourroient donner lieu l'examen et la discussion du fait, si la portion héréditaire à laquelle j'ai renoncé étoit effectivement

beaucoup plus avantageuse que le legs. Mais, dans le for de la conscience, si la femme a une parfaite connoissance que son mari n'a fait le choix du legs que dans la seule vue de l'avantager à ses dépens, la portion qui lui étoit déferée dans la succession étant plus considérable que le legs qu'il a choisi, je pense qu'elle ne doit pas profiter de cet avantage, et qu'elle doit laisser aux héritiers de son mari sa part dans ce dont la communauté a été augmentée par le choix que son mari a fait du legs qui y est tombé.

92. Une autre espèce d'avantage indirect, c'est lorsque l'un des conjoints en nommant l'autre conjoint pour exécuteur de son testament le décharge de rendre compte. Cette décharge de rendre compte, qui lui laisse la liberté de retenir et d'appliquer à son profit ce qu'il voudra des biens de la succession, tendant à un avantage indirect, on n'y doit avoir aucun égard; et, nonobstant cette clause, le conjoint ne pourra avoir l'exécution testamentaire qu'à la charge de rendre compte.

93. Par la même raison, on n'a point d'égard à la disposition testamentaire de l'un des conjoints, par laquelle le défunt auroit ordonné qu'on remettroit entre les mains du survivant une certaine somme, pour être par lui employée suivant les intentions du testateur, dont il lui a donné connoissance: ce seroit une voie d'é luder la loi, en couvrant de ce prétexte le legs que l'un des conjoints voudroit faire à l'autre contre la défense de la loi.

ARTICLE III.

Des avantages indirects entre mari et femme, qui se font par des personnes interposées.

94. Les conjoints par mariage, et les autres personnes à qui la loi civile défend de se donner, non seulement ne peuvent se rien donner directement; elles ne le peuvent faire licitement par personnes interposées: *Non solum per se maritus et uxor cæteræque personæ dare non possunt*; l. 3, §. 9, ff. d. tit.

C'est pourquoi, si, pour éluder la loi qui me défend de rien donner à ma femme, je donne ou je lègue quelque chose à un tiers, avec qui j'ai une convention secrète qu'il le rendra à ma femme, un tel don ou legs n'est permis ni dans le for extérieur ni dans le for de la conscience.

C'est pourquoi, en ce qui concerne le for extérieur, si mes héritiers ont la preuve littérale, ou même seulement testimoniale, de la convention que j'ai eue avec le tiers à qui j'ai fait le don ou le legs, ils doivent être admis à la faire, et, s'ils la font, le don ou le legs doit être déclaré nul.

Ils peuvent même, à défaut de preuves, déférer le serment à ce donataire ou légataire, à l'effet qu'il soit tenu de déclarer s'il n'est pas personne interposée pour le rendre à ma femme, et, s'il ne le fait pas, on doit pareillement déclarer nul le don ou le legs qui lui a été fait.

A l'égard du for de la conscience, ma femme, qui, contre la défense de la loi, a reçu ce que je lui ai fait

parvenir par le ministère de la personne interposée, est obligée de le rendre à mes héritiers avec les fruits qui en ont été perçus, si ce sont des héritages, et les intérêts, si ce sont des sommes d'argent, du jour de la délivrance qui lui en a été faite.

95. A défaut par la femme de faire cette restitution, la personne interposée qui a prêté son ministère pour lui faire parvenir ce qu'elle a reçu est obligée elle-même, dans le for de la conscience, à cette restitution; car c'est un principe certain, dans le droit naturel, que quiconque a prêté son ministère à une injustice est obligé à la réparer lorsque celui qui en a profité ne le fait pas.

On a coutume dans le monde d'alléguer, pour se dispenser de cette restitution, que les donations entre mari et femme n'étant défendues que par la loi civile, étant permises par le droit naturel, ne renferment aucune injustice. La réponse est facile. La loi naturelle, dit-on, permet les donations entre mari et femme. Je distingue. Elle les permet aux personnes qui ne sont pas sous l'empire d'une loi civile qui les défend: j'en conviens. Elle les permet même aux personnes qui sont sous l'empire d'une loi civile qui les défend: je le nie: car la loi naturelle nous commandant de nous soumettre aux lois civiles sous l'empire desquelles nous vivons; lorsque des maris ou femmes se trouvent sous l'empire d'une loi qui défend les donations entre mari et femme, ces donations, qui leur sont défendues par la loi civile sous l'empire de laquelle ils vivent, leur sont aussi défendues par la loi naturelle, qui leur ordonne de se soumettre aux lois civiles qui la leur défendent.

On insiste, et on dit que la loi civile ne peut être opposée à la loi naturelle: donc, dit-on, elle ne peut défendre les donations entre mari et femme que la loi naturelle permet. La conséquence est mal tirée. De ce que la loi civile ne peut être opposée à la loi naturelle, il s'ensuit seulement qu'elle ne peut ordonner, ni même permettre, ce que la loi naturelle défend, ni défendre ce que la loi naturelle commande; mais la loi civile n'est point opposée à la loi naturelle en défendant ce que cette loi ne fait que permettre: or la loi naturelle n'ordonne pas les donations entre mari et femme, elle ne fait que les permettre: la loi civile a donc pu les défendre.

96. Nous avons suffisamment établi que le légataire qui a rendu à la femme du testateur le legs qui lui a été fait, suivant la convention secrète qu'il en avoit eue avec le testateur, étoit, à défaut de la femme, obligé à le restituer aux héritiers. Il y est à plus forte raison obligé, si, contre la foi de la convention, il l'a retenu pour lui, ne pouvant ignorer que ce n'est pas à lui que le testateur a voulu faire ce legs.

97. Lorsque la convention entre le testateur et le légataire a été que le légataire rendroit à la femme du testateur seulement partie du legs, le legs n'est illicite que pour ce qui en devoit être rendu à la femme; il est licite et valable pour la partie qui en doit être retenue par le légataire.

98. Pareillement, lorsque la convention entre le testateur et le légataire a été que le légataire donneroit à la femme, non la chose même qui lui a été léguée, mais une somme d'argent ou quelque autre chose, il

peut licitement demander la délivrance du legs qui lui a été fait; mais il doit donner aux héritiers du testateur ce qu'il étoit convenu de donner à sa femme. Par exemple, si un mari a légué un certain héritage à Pierre, avec convention tacite qu'il paieroit une somme de 10,000 livres à la femme de ce mari; Pierre ne peut pas licitement donner cette somme à la femme, la loi ne le permettant pas: mais comme ce n'est pas en sa faveur, mais en faveur des héritiers du mari, que la loi ne permet pas ce fidéicommis dont le testateur l'a chargé envers sa femme, par la convention qu'ils ont eue ensemble, ce n'est pas lui qui doit profiter de la nullité de ce fidéicommis; ce sont les héritiers du mari, auxquels il doit par conséquent donner cette somme, au lieu de la donner à la femme à qui il s'étoit chargé de la donner.

99. Il arrive assez souvent qu'un homme, pour mieux éluder la loi qui ne permet pas de rien léguer à sa femme, et pour mettre la personne par le canal de laquelle il a intention de faire passer à sa femme ses biens, ou partie d'iceux, à portée de jurer qu'elle n'a eu aucune convention avec le testateur de les rendre à sa femme, lègue lesdits biens à un ami de sa femme, avec lequel il n'a aucune convention de les rendre à sa femme, et à qui même il ne donne de son vivant aucune connoissance de ce legs, dans la confiance qu'il a que ce légataire devinera facilement l'intention qu'il a eue en lui faisant ce legs, et qu'il rendra à sa femme les biens compris dans ce legs.

On demande si, dans le for de la conscience, le légataire à qui le testateur n'a donné aucune con-

noissance de l'intention qu'il a eue, en lui faisant ce legs, de le faire passer à sa femme, et qui n'a sur cette intention du testateur que de simples soupçons, peut se faire saisir de ce legs, et donner ensuite à la femme du testateur les biens qui y sont compris? La raison de douter est que ni le testateur, ni autre personne, n'ayant donné à ce légataire connoissance de l'intention du testateur de faire passer ce legs à sa femme, n'en paroissant rien à l'extérieur, ce légataire n'est pas, dit-on, obligé de la supposer. Ne paroissant donc dans le legs qui lui est fait rien que de licite, il lui est permis de s'en faire saisir. Étant devenu propriétaire des biens compris dans ce legs, il a le droit d'en disposer comme bon lui semble, et de les donner à la femme du défunt, qui n'est point vis-à-vis de lui une personne à qui la loi défende de donner.

Nonobstant ces raisons, je pense qu'il suffit que ce légataire ait des soupçons probables que l'intention du testateur, en faisant ce legs, a été de le faire passer par son canal à sa femme, pour qu'il soit obligé, dans le for de la conscience, de répudier ce legs. La raison est que nous sommes obligés de nous abstenir non seulement des choses dont nous connoissons clairement l'injustice, mais de tout ce qui a quelque apparence d'injustice, de tout ce qui en est suspect. Pour que nous soyons obligés de répudier un legs, il n'est donc pas nécessaire que nous ayons une parfaite connoissance que le legs qui nous est fait est fait dans la vue de le faire passer à la femme du testateur, contre la défense de la loi, en fraude de ses héritiers; ce qui est une injustice : il suffit pour cela que nous ayons des

soupçons probables qu'il est fait dans cette vue, et qu'il renferme cette injustice; parceque nous sommes obligés de nous abstenir de tout ce qui a quelque apparence d'injustice, et de tout ce qui en est suspect.

Le fondement des soupçons que le légataire peut avoir que le legs lui a été fait dans la vue de le faire passer à sa femme, résulte de ce que le légataire, qui n'étoit point lié d'une amitié intime avec le testateur, n'apercevant aucun motif qui eût pu porter le testateur à vouloir lui laisser ses biens, ne voit dans ce legs d'autre motif qui ait pu porter le testateur à le lui faire, que celui de la confiance qu'il a eue qu'il le feroit passer à sa femme, dont il est l'ami.

Pour obvier à cette espèce de fraude, qui n'est que trop commune; lorsqu'un legs fait à un étranger est suspect d'avoir été fait par le testateur en vue de le faire passer à sa femme, les héritiers du mari sont fondés non seulement à demander au légataire son serment qu'il n'a eu aucune convention avec le testateur de le faire passer à sa femme, ce qui n'obvieroit pas à cette seconde espèce de fraude; mais ils doivent encore être reçus à demander que le légataire jure précisément que c'est pour lui qu'il demande le saisissement du legs, et non dans la vue de le faire passer à la veuve.

101. Le légataire qui a des soupçons probables que le legs qui lui a été fait l'a été dans la vue de le faire passer à la femme, non seulement ne doit pas, dans le for de la conscience, l'accepter pour le lui faire passer; il ne doit pas non plus l'accepter pour le retenir: car c'est un principe de droit naturel, que nous

ne devons nous mettre en possession d'aucunes choses, qu'autant que nous sommes assurés de la légitimité du titre en vertu duquel nous les acquérons. Le legs qui a été fait à ce légataire ne pouvant être pour lui un titre légitime qu'autant que la volonté du testateur a été que les biens compris au legs fussent pour lui, et non pour un autre à qui le testateur auroit voulu les faire passer par son canal; le légataire ayant de l'incertitude sur cette volonté du testateur, il n'est point assuré que le legs qui lui a été fait soit un titre légitime.

102. Un homme n'a pas intention de rien faire passer de ses biens à sa femme, contre la défense de la loi; il veut seulement empêcher qu'elle n'ait des procès et de mauvaises contestations à essayer au partage qui sera à faire entre elle et son héritier, qu'il connoît pour être un *chicaneur*. Pour cet effet, il fait un legs universel à un homme de confiance. Son intention secrète est que ce légataire universel, après s'être fait saisir de son legs, fasse, en sa qualité de légataire universel, avec sa veuve, la liquidation des droits respectifs, tant de sa succession que de sa veuve, et le partage des biens de la communauté; et qu'après cette liquidation et ce partage fait selon les règles d'une exacte justice, le légataire rende à l'héritier ce qui lui est revenu du legs universel. Un tel legs ne contient rien d'illicite; et celui à qui il a été fait, soit que le testateur lui ait fait part de ses intentions, soit qu'il les soupçonne seulement, non seulement ne pèche pas, mais fait une action louable en acceptant ce legs, pour remplir les intentions du testateur.

103. Tout ce que nous venons de dire des legs faits

par un homme à un tiers, dans le dessein de faire passer à sa femme les choses léguées, reçoit une entière application à l'égard de ceux qu'une femme auroit faits à un tiers, dans le dessein de faire passer à son mari les choses léguées.

104. Une femme, à la vérité, ne peut rien faire passer de ses biens après sa mort, par le canal d'un tiers, à son mari, pour l'en avantager; mais si une femme étoit débitrice envers son mari de dettes dont il n'y a pas de preuves, la déclaration qu'elle feroit par son testament, qu'elle est débitrice d'une telle somme envers son mari, ne pouvant obliger, dans le for extérieur, les héritiers de cette femme, lesquels, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 46, seroient écoutés à faire rejeter cette déclaration, comme suspecte de renfermer un avantage indirect, suivant la maxime, *Qui non potest donare, non potest confiteri*; la femme, pour la décharge de sa conscience, non seulement peut, mais doit, de son vivant, prendre des mesures avec quelque personne de confiance, pour faire passer à son mari le montant de ce qu'elle lui doit, par le canal de cette personne de confiance, à qui elle fera un legs de la somme nécessaire pour cette restitution.

Supposons, par exemple, qu'une femme commune en biens avec son mari, à l'insu de sondit mari, ait pris plusieurs sommes d'argent en différentes fois, qu'elle a dépensées, à l'insu de son mari, au jeu, ou qu'elle a données à ses amis. Il n'est pas douteux que la femme est débitrice envers son mari de la moitié du montant de ces sommes, en cas que ses héritiers acceptent la communauté, et du total, au cas qu'ils y

renoncent : car n'ayant droit de disposer de rien pendant que la communauté dure, c'est un vol qu'elle a fait à son mari, qui l'oblige à restitution ; de laquelle restitution elle ne peut s'acquitter que de la manière que nous venons de dire.

105. Observez que la personne à qui s'adresse la femme pour lui prêter son ministère, pour s'acquitter de ces restitutions, ne doit s'en charger que lorsqu'il connoît bien cette femme, et qu'il a lieu de croire que ce qu'elle lui a dit est véritable, et n'est point un faux prétexte pour déguiser un avantage qu'elle veut faire à son mari.

106. La femme ayant fait à la personne de confiance un legs de la somme dont elle vouloit faire restitution à son mari, conçu en ces termes, « Je lègue à « un tel la somme de tant, pour l'employer suivant « mes intentions, dont il ne rendra aucun compte ; » si les héritiers de la femme lui demandent son serment si ce n'est pas pour le faire passer à des personnes prohibées, elle peut faire ce serment : car le mari est bien une personne prohibée pour recevoir un avantage que sa femme lui feroit ; mais il n'est pas personne prohibée pour recevoir une restitution qui lui est due.

Mais si on exigeoit d'elle qu'elle dit précisément si ce legs ne lui est pas fait pour le faire passer au mari, elle ne pourroit se dispenser en ce cas d'en convenir : elle ajouteroit que c'est pour une restitution dont elle a connoissance, et dont elle exposerait les causes. Le juge, suivant les circonstances, y ajouteroit telle foi qu'il jugeroit à propos.

107. Le mari peut aussi avoir des restitutions à faire à sa femme pour des causes dont sa femme ne peut avoir aucune preuve, desquelles restitutions il ne peut par conséquent s'acquitter que de la manière que nous venons de dire.

On peut apporter pour exemple le cas auquel un mari auroit donné entre vifs, de la main à la main, à ses enfants d'un précédent mariage, des sommes considérables d'argent pendant sa communauté, dont sa femme ne peut avoir de preuves; soit parceque les enfants à qui il a donné ces sommes sont morts depuis, ayant laissé des enfants, soit parcequ'ils pourroient avoir la mauvaise foi d'en disconvenir.

108. Le mari qui a dissipé les biens de la communauté en débauches, quoiqu'il soit très blâmable, n'est pas néanmoins pour cela obligé à aucune restitution envers sa femme: car la loi n'oblige point le mari à conserver à sa femme les biens de la communauté; elle lui défend seulement d'avantager, ni lui, ni les siens. Les conditions du contrat de communauté qui intervient entre un mari et une femme sont que le mari disposera en maître des biens de la communauté pendant qu'elle durera, et que la femme ne pourra prétendre que la moitié de ce qui restera lors de la dissolution.

109. Quelques coutumes regardent les donations qui seroient faites par un conjoint à des personnes dont l'autre conjoint est l'héritier présomptif comme étant faites à l'autre conjoint par personnes interposées; elles les présument faites dans la vue de faire passer à l'autre conjoint les biens compris dans la dona-

non par le canal de ce donataire, dans la succession duquel il doit un jour les retrouver; et elles les comprennent en conséquence dans la défense qu'elles font des donations entre mari et femme.

Telle est la coutume de Bourbonnois, qui porte art. 226: « Le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune association, donation, ni autre contrat au profit de sa femme, enfants de sadite femme d'autre lit, ni autres auxquels elle doit succéder *immédiatè*; *nec è* *contra* la femme au mari, à ses enfants, ou autres auxquels le mari doit succéder. »

La coutume d'Auvergne, chap. 14, art. 28, défend pareillement à la femme de faire aucune donation ni disposition au profit de son mari, ni d'autre à qui il puisse succéder.

Hors ces coutumes, la donation ou le legs que le mari fait à un frère, ou à la sœur, ou à quelque autre parent collatéral de sa femme, dont sa femme est héritière présomptive; et pareillement ceux que la femme fait aux parents collatéraux de son mari, dont il est l'héritier présomptif, sont valables. Je suis censé avoir fait la donation que j'ai faite au parent de ma femme, pour la bonne amitié que j'avois pour lui, et non en considération de ma femme. Il est vrai qu'il peut arriver que ma femme profite un jour indirectement de cette donation, en trouvant les effets donnés dans la succession du donataire, lorsqu'elle la recueillera; mais c'est un accident qu'on ne présume point être entré en considération lors de la donation qui a été faite, et sur lequel on n'a pas dû compter.

110. Les donations ou legs que l'un des conjoints

feroit au père ou à la mère, ou à quelque autre des ascendans de l'autre conjoint, peuvent faire plus de difficulté; les biens des père et mère devant, selon l'ordre naturel, passer à leurs enfans, leurs biens étant même censés être en quelque façon, de leur vivant, les biens de leurs enfans, qui sont appelés pour cette raison *sui heredes*, lorsqu'ils y succèdent, *quasi succedant in bona quæ jam erant sua*. Les donations ou legs que je fais au père ou à la mère de ma femme sont censés comme faits à ma femme elle-même, et par conséquent comme compris sous la défense générale qui est faite aux conjoints de se donner l'un à l'autre directement ni indirectement. On peut tirer argument de l'édit des secondes noces, qui, défendant aux femmes de donner à leur second mari au-delà d'une part d'enfant, comprend expressément dans cette défense les donations qui seroient faites aux père et mère de leur second mari, comme étant réputées faites au second mari lui-même, par personne interposée: d'où l'on peut tirer cette maxime, que la défense générale qui est faite par une loi, de donner directement ni indirectement à certaines personnes, comprend les donations faites aux père et mère desdites personnes, comme étant réputées faites indirectement auxdites personnes.

Néanmoins on cite quelques arrêts qui ont confirmé des legs faits par un homme au père de sa femme. On répond à ces arrêts, qu'ils sont rendus, dans la coutume de Paris, dans l'espèce où le donateur n'avoit point d'enfans. Or étant permis, dans la coutume de Paris, à celui des conjoints qui n'a point d'enfans de donner

aux enfants de l'autre conjoint, on a jugé qu'il devoit pareillement lui être permis de donner aux père et mère de l'autre conjoint : mais dans les coutumes qui ne permettent pas à l'un des conjoints de donner rien aux enfants d'un précédent mariage de l'autre conjoint, par la raison que l'union intime qui est entre le père et les enfants les fait regarder comme n'étant en quelque façon qu'une même personne, et fait en conséquence réputer ce qui est donné aux enfants du conjoint, comme donné au conjoint lui-même, on doit, par la même raison, réputer les donations faites par l'un des conjoints aux père et mère de l'autre conjoint, comme faites à ce conjoint lui-même, et, comme telles, les déclarer nulles.

111. Si, par la donation que l'un des conjoints auroit faite au père ou à la mère, ou à quelque autre ascendant de l'autre conjoint, ce donataire étoit chargé de substitution après sa mort, au profit de quelque étranger; comme on ne pourroit pas dire, en ce cas, que la donation a été faite en considération de l'autre conjoint, et pour lui faire passer les choses données par le canal du donataire, puisque après la mort de ce donataire elles doivent passer à d'autres, la donation devoit être jugée valable.

ARTICLE IV.

Des donations faites aux enfants de l'un des conjoints d'un précédent mariage.

112. La coutume de Paris, art. 283, s'est expliquée en ces termes : « Ne peuvent lesdits conjoints donner aux enfants l'un de l'autre d'un précédent mariage, au cas qu'ils, ou l'un d'eux, aient enfants. »

L'interprétation de cet article a souffert difficulté. Plusieurs prétendoient que l'un des conjoints ne pouvoit jamais, en aucun cas, donner aux enfants que l'autre conjoint avoit d'un précédent mariage. D'autres soutenoient que la défense portée par cet article n'étoit que pour le cas auquel il y avoit des enfants communs, ou pour celui auquel le conjoint donateur auroit lui-même des enfants d'un précédent mariage ; mais qu'il n'étoit point défendu par cet article au conjoint qui n'avoit point d'enfants, de donner aux enfants de l'autre conjoint. Si la coutume eût voulu que l'un des conjoints ne pût jamais, en aucun cas, soit qu'il eût des enfants, soit qu'il n'en eût point, donner aux enfants de l'autre conjoint d'un précédent mariage, elle auroit dit seulement, *Ne pourront lesdits conjoints donner aux enfants l'un de l'autre d'un précédent mariage* : il eût été inutile d'ajouter cette clause qu'elle ajoute, *au cas qu'ils, ou l'un d'eux, aient enfants* : cette clause seroit entièrement superflue. Or c'est une règle, en matière d'interprétation, que nous avons rapportée en notre *traité des Obligations*, n. 92, qu'on doit plutôt entendre une clause dans un sens qui lui donne

quelque effet, que dans un sens dans lequel elle n'en auroit aucun. On doit donc entendre cette clause, *au cas qu'ils, ou l'un d'eux, aient enfants*, en ce sens, qu'elle est ajoutée pour restreindre à deux cas la défense générale portée par le commencement de cet article; savoir, *au cas qu'ils*, c'est-à-dire que les deux conjoints aient des enfants communs; ou que *l'un d'eux*, c'est-à-dire que l'un d'eux qui est le donateur, ait lui-même des enfants d'un précédent mariage. Donc, dans la coutume de Paris, hors ces deux cas, c'est-à-dire lorsque l'un des conjoints n'a aucuns enfants, ni de son mariage avec l'autre conjoint, ni des mariages précédents, il lui est permis de donner aux enfants que l'autre conjoint a d'un précédent mariage. Cette interprétation a été confirmée par un arrêt de 1583, rendu en forme de règlement, qui a jugé que dans la coutume de Paris celui des conjoints qui n'avoit point d'enfants pouvoit donner aux enfants de l'autre.

113. A l'égard des autres coutumes qui ont défendu les donations entre mari et femme; dans celles qui s'en sont expliquées, et qui ont dit indistinctement que les conjoints ne peuvent se faire aucunes donations l'un à l'autre, ni à ses enfants d'un précédent mariage, il n'est pas douteux que l'un des conjoints, soit qu'il ait des enfants, soit qu'il n'en ait point, ne peut donner aux enfants que l'autre a d'un précédent mariage.

114. Dans celles qui, comme notre coutume d'Orléans, art. 280, ont défendu les donations entre conjoints par mariage, sans s'expliquer sur celles qui seroient faites par l'un des conjoints aux enfants de l'autre

conjoint d'un précédent mariage, on a douté si ces donations étoient comprises dans la défense, sur-tout lorsque l'enfant à qui la donation étoit faite paroissoit avoir pu mériter par lui-même l'amitié et la bienveillance de son beau-père ou de sa belle-mère, qui lui a fait la donation. On disoit en faveur de ces donations, que les donations entre mari et femme n'ayant rien en elles-mêmes de contraire aux bonnes mœurs, la loi qui les défend pour certaines raisons politiques, étant une loi qui tend à gêner et restreindre la liberté naturelle que chacun a de disposer de ses biens comme bon lui semble, ne devoit pas être regardée comme une loi favorable, qui fût susceptible d'extension. On disoit, au contraire, que les lois qui ont défendu les donations entre mari et femme sont fondées sur de très-bonnes raisons, rapportées *suprà*, n. 1. Elles ne doivent donc pas être si facilement éludées qu'elles le seroient s'il étoit permis à l'un des conjoints de donner aux enfants que l'autre a d'un précédent mariage, parceque ce conjoint ne manqueroit jamais de faire donner à ses enfants ce que la loi ne permet pas qu'on donne à lui-même. Cette dernière opinion a été confirmée par un arrêt du 15 février 1729, rendu en forme de règlement. Il en est depuis intervenu plusieurs autres; un du 1^{er} mars 1734, en forme de règlement, dans la coutume de Châlons; un du 27 juillet 1736, en la coutume de Blois; un du 25 juin 1737, en forme de règlement, en la coutume de Vitry; un du 7 mai 1742, en la coutume d'Artois; et un du 29 avril 1768, dans la coutume de Melun. C'est un magistrat du parlement qui a eu la bonté de me donner une note de tous ces arrêts.

Il ne peut donc plus être douteux aujourd'hui que si l'on en excepte la coutume de Paris, dans laquelle il est permis, suivant l'art. 283, à celui des conjoints qui n'a point d'enfants, de donner aux enfants de l'autre conjoint; dans toutes les autres coutumes qui défendent les donations entre mari et femme, l'un des conjoints, soit qu'il ait des enfants, soit qu'il n'en ait point, ne peut faire aux enfants de l'autre conjoint d'un précédent mariage les dons et les legs que la loi défend de faire à ce conjoint.

115. La défense faite à l'un des conjoints de donner aux enfants de l'autre d'un précédent mariage, comprend-elle toutes les donations, de quelque espèce qu'elles soient, les mutuelles comme les simples? Dans les coutumes qui comprennent expressément les enfants dans la défense qu'elles font aux conjoints de se donner l'un à l'autre, il ne paroît pas qu'il y ait de difficulté à décider qu'elles y sont comprises; car les enfants que les conjoints ont d'un précédent mariage ayant été compris dans la même défense qui a été faite de se donner entre conjoints, les mêmes donations qu'il leur est défendu de se faire l'un à l'autre doivent aussi être censées leur être défendues envers les enfants de l'autre. Or les donations, de quelque espèce qu'elles soient, les mutuelles aussi bien que les simples (sauf dans les deux cas particuliers d'exception portés es articles 280 et 281), étant comprises dans la défense des donations entre conjoints, elles doivent aussi être défendues envers les enfants que les conjoints ont d'un mariage précédent.

116. Il y a plus de difficulté dans les coutumes

qui, dans la défense qu'elles ont faites des donations entre mari et femme, n'ont pas compris expressément les enfants qu'ils ont d'un précédent mariage. Si, dans ces coutumes, un enfant que ma femme a eu d'un précédent mariage, et moi, nous nous sommes fait une donation mutuelle de nos biens présents, dont nous nous sommes respectivement dessaisis, sous la réserve de l'usufruit, au profit du survivant; ce que nous nous sommes donné réciproquement étant à peu près égal, et cet enfant étant à peu près autant ou plus âgé que moi; ou, s'il est moins âgé, étant d'une complexion plus foible que la mienne, dira-t-on que cette donation est nulle, par la raison générale que la jurisprudence a étendu la défense des donations entre conjoints par mariage, à celles que l'un d'eux feroit aux enfants de l'autre? Ne doit-on pas plutôt dire au contraire: Les enfants que les conjoints ont d'un précédent mariage n'étant pas formellement compris dans la loi qui défend les donations entre conjoints, les arrêts qui ont déclaré nulles les donations faites par l'un des conjoints aux enfants de l'autre ne sont fondés que sur ce qu'elles sont suspectes d'être faites en considération du conjoint, et en fraude de la loi qui ne permettoit pas de lui donner à lui-même? Donc, lorsqu'il paroît un autre motif qui a pu porter le donateur à faire la donation aux enfants de l'autre conjoint, comme dans cette espèce, son propre intérêt et son propre avantage que le conjoint donateur trouvoit dans cette donation mutuelle, la donation doit être hors d'atteinte.

On peut faire la même question à l'égard des do-

nations rémunératoires. *Finge.* Dans une coutume qui, dans la défense qu'elle fait des donations entre conjoints par mariage, n'a pas compris formellement celles que l'un d'eux feroit aux enfants de l'autre ; mon beau-fils, que ma femme a eu d'un précédent mariage, me voyant dans l'eau près de me noyer, s'y est jeté, et m'en a retiré, en s'exposant au danger de se noyer avec moi : si par la suite je lui fais une donation, pourra-t-on attaquer cette donation parcequ'elle est faite au fils de ma femme ? Peut-on dire qu'elle est faite en considération de ma femme, et en fraude de la loi, qui ne permettoit pas de lui donner à elle-même ? Ne paroît-il pas, en ce cas, un autre motif beaucoup plus vraisemblable, qui m'a porté à cette donation, savoir, celui de témoigner au donataire ma reconnoissance d'un si grand bienfait.

Néanmoins, comme l'examen des motifs qui ont pu porter le conjoint à donner aux enfants de l'autre conjoint donneroit lieu à des discussions et à des procès, je crois qu'il est à propos, pour les éviter, de ne point entrer dans ces motifs, et d'établir comme une règle qui ne souffre pas d'exception, que l'un des conjoints ne peut donner aux enfants de l'autre.

117. Observez que la défense qui est faite à l'un des conjoints de donner aux enfants que l'autre a d'un précédent mariage, n'étant fondée que sur ce que ces donations sont présumées faites en considération de l'autre conjoint, et en fraude de la loi, qui défend de lui donner, cette présomption ne pouvant avoir lieu que de son vivant, la défense cesse à sa mort. C'est pourquoi il est permis à un homme demeuré veuf de

donner aux enfants de sa défunte femme d'un précédent mariage; et pareillement il est permis à une femme de donner aux enfants de son défunt mari, même dans les coutumes qui défendent expressément de donner aux enfants de l'autre conjoint.

SECONDE PARTIE.

Du don mutuel permis par la coutume de Paris, et autres semblables, entre conjoints par mariage qui n'ont pas d'enfants.

Il y a beaucoup de variété, dans nos coutumes, par rapport au don mutuel entre mari et femme.

Première espèce de variété.

118. Cette première espèce de variété concerne les cas dans lesquels le don mutuel est permis pendant le mariage entre mari et femme.

La coutume de Paris, celle d'Orléans, et le plus grand nombre des coutumes, ne permettent le don mutuel que dans le seul cas auquel le mari et la femme n'ont ni l'un ni l'autre aucun enfant lors de la mort du prédécédé.

Au contraire, il y a des coutumes qui les permettent en tous les cas, soit qu'il y ait des enfants ou non; comme Reims, Péronne, et plusieurs autres.

Enfin il y en a qui ne les permettent en aucun cas.

Telle est la coutume de Chartres, qui dit, tit. 3, art. 14: *Don mutuel n'a point de lieu, et ne peuvent deux conjoints par mariage donner aucune chose l'un à l'autre.*

Il n'y a pas lieu non plus au don mutuel, dans la coutume d'Auvergne, qui permet au mari de donner à sa femme, mais qui ne permet pas à la femme de rien donner au mari, de quelque manière que ce soit.

119. On peut encore mettre au rang des coutumes dans lesquelles il n'y a lieu au don mutuel en aucun cas, celles qui permettent un don mutuel entre conjoints, que chacun d'eux puisse toujours révoquer sans le consentement de l'autre, en lui notifiant, de son vivant, la révocation : telle est la coutume de Poitou, art. 213, et celle Mantes, art. 149. L'ordonnance de 1731 ayant abrogé cette espèce de donation, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 6, il ne peut y avoir lieu au don mutuel dans ces coutumes.

120. Dans la coutume de Dunois, il n'y a pas lieu non plus à un don mutuel qui soit un vrai don entre vifs; celui que cette coutume permet devant, pour être valable, être confirmé par un testament mutuel.

Seconde espèce de variété.

121. La seconde espèce de variété qu'il y a entre les coutumes concerne les différentes espèces de biens dont elles permettent aux conjoints par mariage de se faire don mutuel.

La coutume de Paris, celle d'Orléans, et le grand nombre des coutumes, restreignent le don mutuel qu'elles permettent aux conjoints par mariage de se faire, aux seuls biens de leur communauté.

D'autres coutumes ne restreignent point le don mutuel entre mari et femme aux biens de leur commu-

nauté, et leur permettent de se faire don mutuel de tous leurs meubles, acquêts, et conquêts.

Il y a même quelques coutumes qui leur permettent d'y faire entrer une partie de leurs propres.

Il y en a qui distinguent à cet égard le cas auquel il y a des enfants, et celui auquel il n'y en a pas.

Troisième espèce de variété.

122. La coutume de Paris, celle d'Orléans, et le plus grand nombre des coutumes, ne permettent aux conjoints de se faire don mutuel qu'en usufruit.

Plusieurs permettent de le faire en propriété.

Quelques coutumes distinguent à cet égard, entre les différentes espèces de biens, en ne le permettant qu'en usufruit pour les propres, et en le permettant en propriété pour les meubles et acquêts. Quelques unes ne le permettent en propriété que pour les meubles : telle est la coutume du Grand-Perche, art. 94. Celle de Berri, tit. 8, art. 3, permet aux conjoints qui n'ont point d'enfants de se donner en propriété le tiers de leurs meubles, et l'usufruit en entier de leurs conquêts.

Il y en a qui distinguent à cet égard le cas auquel il y a des enfants, et le cas auquel il n'y en a pas : telle est la coutume de Blois, qui permet le don mutuel des meubles et conquêts en propriété, quand il n'y a pas d'enfants, et qui ne le permet qu'en usufruit, lorsqu'il y en a.

Quatrième espèce de variété.

123. La coutume de Paris et un grand nombre

d'autres requièrent, pour la validité du don mutuel, une égalité parfaite dans ce que l'un des conjoints donne à l'autre, comme nous le verrons *infra*, ch. 1, art. 2.

Il y a d'autres coutumes qui ne demandent pas cette égalité. Elles se contentent que chacun ait des biens de la même espèce; c'est-à-dire que chacun ait des propres, lorsqu'on fait entrer les propres dans le don mutuel; que chacun ait des acquêts, lorsqu'on y fait entrer les acquêts, etc. Anjou, art. 327; Tours, art. 244.

Cinquième espèce de variété.

124. Il y a quelques coutumes qui requièrent pour le don mutuel fait pendant le mariage entre conjoints, qu'ils soient à peu près égaux en âge. Celle d'Auxerre, qui est de ce nombre, les répute égaux en âge, lorsqu'il n'y a pas quinze ans de différence de l'âge de l'un à celui de l'autre. Celle de Nivernois, chap. 23, art. 27, veut que la différence n'excède pas dix ans.

Les autres coutumes ne demandent pas cette égalité d'âge.

Sixième espèce de variété.

125. Dans la coutume de Paris, le don mutuel est sujet à délivrance, comme nous le verrons *infra*. Dans quelques coutumes, le donataire mutuel en est saisi de plein droit. Celle de Bourbonnois dit qu'il en est saisi incontinent après le décès du donateur prédécédé. Dans d'autres, c'est du jour qu'il a présenté caution.

Septième espèce de variété.

126. Les coutumes de Paris et d'Orléans, et la plupart des coutumes qui permettent aux conjoints le don mutuel en usufruit, chargent le donataire mutuel de donner bonne et suffisante caution. Celle du Grand-Perche se contente de sa caution juratoire, en affirmant qu'il n'en peut donner d'autre. Celle de Blois ne l'oblige à donner caution que dans le cas auquel il se remarieroit.

Huitième espèce de variété.

127. Quelques coutumes, comme Bretagne et Châteauneuf, font perdre au survivant qui a des enfants son don mutuel, lorsqu'il se remarie. Il ne le perd pas dans les coutumes qui n'ont pas une pareille disposition.

Il nous suffira d'avoir indiqué en gros les principales variétés qui se rencontrent dans les coutumes par rapport au don mutuel entre conjoints par mariage. Nous ne nous proposons pas d'embrasser toutes ces coutumes dans notre traité; nous nous contenterons de traiter du don mutuel entre mari et femme, tel qu'il a lieu dans la coutume de Paris et autres coutumes semblables.

L'article 280 de la coutume de Paris, qui permet ce don mutuel, est conçu en ces termes: « Homme et
« femme conjoints par mariage, étant en santé, peu-
« vent et leur loist faire donation mutuelle l'un à l'autre
« également de tous leurs biens meubles et conquêts
« faits durant et constant leur mariage, et qui sont

« trouvés à eux appartenir, et être communs entre eux
« à l'heure du trépas du premier mourant desdits con-
« joints, pour en jouir par le survivant d'iceux con-
« joints, sa vie durant seulement, en baillant par lui
« caution suffisante de restituer les biens après son
« trépas, pourvu qu'il n'y ait enfants, soit des deux
« conjoints, ou de l'un d'eux, lors du décès du premier
« mourant. »

La coutume d'Orléans et un grand nombre d'autres ont à cet égard des dispositions semblables.

128. Pour traiter avec ordre ce qui concerne ce don mutuel, nous examinerons, dans un premier chapitre, quelle est sa nature, et quels sont les caractères essentiels qu'il doit avoir pour être valable. Nous traiterons, dans un second, des personnes entre lesquelles se peut faire ce don mutuel, et des choses qu'elles se peuvent donner; dans un troisième, de sa forme; dans un quatrième, des conditions dont il dépend. Dans un cinquième chapitre, nous verrons quand le don mutuel est ouvert; comment le donataire mutuel en est saisi; en quoi consiste son droit d'usufruit dans les choses qui y sont comprises; dans le sixième, quelles en sont les charges; dans le septième, quand s'éteint l'usufruit du donataire mutuel, et de la restitution qui doit se faire après l'usufruit fini.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du don mutuel, et de ses caractères.

ARTICLE PREMIER.

De la nature du don mutuel.

129. On peut définir le don mutuel dont nous traitons, un don entre vifs égal et réciproque, que deux conjoints par mariage se font réciproquement l'un à l'autre, à défaut d'enfants de l'un et de l'autre, et en cas de survie, de l'usufruit des biens de leur communauté, aux charges portées par les coutumes.

130. On peut faire la question, au sujet de ce don mutuel, s'il est un véritable don entre vifs, comme nous le définissons; ou si ce n'est qu'un contrat intéressé de part et d'autre, de la classe des contrats aléatoires, qui n'a de la donation que le nom.

Pour le regarder comme tel, on dira que ce contrat ne contient aucun bienfait, aucun avantage que l'un des conjoints fasse à l'autre conjoint. Chacun des conjoints, par ce contrat, reçoit de l'autre autant que ce qu'il lui donne. Par exemple, si par ce contrat le mari donne à sa femme l'espérance de la part qu'il se trouvera avoir dans les biens de la communauté, au cas qu'elle le survive, il reçoit d'elle une pareille espérance d'une pareille part, au cas que ce soit lui qui la survive: il reçoit donc d'elle par ce contrat autant que ce qu'il lui donne; *et vice versâ*.

Il en est de ce contrat comme du contrat qui intervient entre deux joueurs. La somme que le gagnant reçoit du perdant, en exécution de ce contrat, n'est pas un don que le perdant lui fasse; car il en a payé le prix par le risque qu'il a couru envers le perdant de lui donner pareille somme, si le sort lui eût été favorable: par la même raison (dira-t-on), la part du prédécédé dans les biens de la communauté, que le survivant reçoit, ne doit pas être regardée comme un don qui lui soit fait par le prédécédé, puisqu'il en a payé le prix au prédécédé par le risque qu'il a couru envers lui de lui donner autant, si le prédécédé l'eût survécu. Le don mutuel ne doit donc pas être regardé comme une donation réciproque que le mari et la femme se fassent l'un à l'autre, mais comme un pur contrat aléatoire, tels que sont les contrats du jeu, et tous les autres contrats aléatoires.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que le don mutuel entre mari et femme, tel qu'il est permis par l'article de la coutume ci-dessus rapporté, renferme de véritables donations mutuelles et réciproques, que chacun des conjoints fait à l'autre en cas de survie. Ces donations ne sont à la vérité ni si pures, ni si parfaites que l'est une donation pure et simple; mais elles ne laissent pas d'être de véritables donations.

La raison de cette décision est tirée de ce principe, que c'est principalement l'intention qu'ont eue les parties en contractant qui règle la nature du contrat.

Nous avons déjà vu ailleurs des exemples de ce principe. C'est conformément à ce principe que nous avons vu en notre *traité du Contrat de vente*, n. 643,

que lorsque le copropriétaire d'une chose la vendoit à celui avec qui elle lui étoit commune par indivis, quoique l'acte fût conçu dans la forme d'un contrat de vente, néanmoins il étoit regardé comme un simple acte de dissolution de communauté, plutôt que comme un contrat de vente; parcequ'on présuinoit que la principale intention des parties, et la principale fin qu'elles s'étoient proposée dans cet acte, avoit été de dissoudre leur communauté.

Pareillement, suivant le même principe, pour décider si un contrat est un pur contrat aléatoire, ou s'il contient des donations mutuelles et réciproques que les parties se soient faites, il faut examiner quelle a été vraisemblablement l'intention des parties contractantes.

Dans le contrat du jeu, il est évident que chacun des joueurs n'a eu, en faisant ce contrat, d'autre intention et ne s'est proposé d'autre fin que celle de gagner la chose ou la somme qui faisoit la matière du jeu, dans l'espérance que chacun d'eux avoit que le sort lui seroit favorable. Ce n'est par aucune raison d'affection que l'un des joueurs eût pour celui contre lequel il a joué, ni dans aucune vue de lui faire un bienfait, qu'ils ont fait ensemble le contrat du jeu; ils ne se proposoient l'un et l'autre que le gain que chacun d'eux espéroit de la faveur du sort: ce contrat ne renferme donc aucune donation; c'est un pur contrat aléatoire.

Au contraire, lorsqu'un homme et une femme, lorsque deux proches parents, lorsque deux amis se font l'un à l'autre un don mutuel en cas de survie, il y a lieu de présumer que la principale intention de cha-

cune des parties en faisant ce don mutuel, a été de faire, après sa mort, du bien à l'autre partie. C'est l'affection réciproque qu'elles avoient l'une pour l'autre, qui les a portées à faire ce don mutuel; il renferme donc, suivant l'intention qu'ont eue les parties, des donations que chacune d'elles a eu intention de faire à l'autre en cas de survie. Quoiqu'elles soient mutuelles, quoique chacune des parties reçoive de l'autre autant que ce qu'elle lui donne, elles n'en sont pas moins de véritables donations, *ad quas se mutuis affectionibus provocaverunt*, puisqu'elles ont pour principe la bienfaisance, qui fait le caractère des donations.

ARTICLE II.

Des caractères que doit avoir le don mutuel dans la coutume de Paris et dans les autres qui ont une semblable disposition.

131. Le don mutuel que la coutume de Paris permet aux conjoints par mariage, est un don entre vifs qu'ils se font réciproquement l'un à l'autre: son principal caractère doit donc être d'être irrévocable, l'irrévocabilité étant un caractère essentiel à toutes les donations entre vifs.

Ces donations doivent avoir un autre caractère, c'est celui d'être *égales*. C'est ce qui résulte du texte de l'article 280, ci-dessus rapporté, où il est dit, «*Peuvent et leur loist faire donation mutuelle l'un à l'autre également.*»

Plusieurs autres coutumes se sont pareillement expliquées sur ces qualités qu'elles requièrent dans le don mutuel.

cune des parties en faisant ce don mutuel, a été de faire, après sa mort, du bien à l'autre partie. C'est l'affection réciproque qu'elles avoient l'une pour l'autre, qui les a portées à faire ce don mutuel; il renferme donc, suivant l'intention qu'ont eue les parties, des donations que chacune d'elles a eu intention de faire à l'autre en cas de survie. Quoiqu'elles soient mutuelles, quoique chacune des parties reçoive de l'autre autant que ce qu'elle lui donne, elles n'en sont pas moins de véritables donations, *ad quas se mutuis affectionibus provocaverunt*, puisqu'elles ont pour principe la bienfaisance, qui fait le caractère des donations.

ARTICLE II.

Des caractères que doit avoir le don mutuel dans la coutume de Paris et dans les autres qui ont une semblable disposition.

131. Le don mutuel que la coutume de Paris permet aux conjoints par mariage, est un don entre vifs qu'ils se font réciproquement l'un à l'autre: son principal caractère doit donc être d'être irrévocable, l'irrévocabilité étant un caractère essentiel à toutes les donations entre vifs.

Ces donations doivent avoir un autre caractère, c'est celui d'être *égales*. C'est ce qui résulte du texte de l'article 280, ci-dessus rapporté, où il est dit, «*Peuvent et leur loist faire donation mutuelle l'un à l'autre également.*»

Plusieurs autres coutumes se sont pareillement expliquées sur ces qualités qu'elles requièrent dans le don mutuel.

La raison est que la coutume, en l'article 282, défendant aux conjoints par mariage de se faire aucun avantage l'un à l'autre, il faut que par le don mutuel qu'elle leur permet de se faire entre eux, le don que l'un fait à l'autre puisse se compenser entièrement avec celui que l'autre lui fait, et pour cela il faut que ces dons qu'ils se font réciproquement, soient égaux; autrement celui qui donneroit plus, feroit un avantage réel à l'autre de ce qu'il donne de plus, contre la défense de la coutume, qui défend tous avantages entre conjoints. Par cette raison, l'égalité doit être pareillement censée requise dans la coutume d'Orléans, et dans les autres qui ne permettent pas aux conjoints de s'avantager pendant le mariage, si ce n'est par don mutuel, et qui le restreigne aux biens de la communauté, quoiqu'elles ne s'en soient pas expliquées en termes formels.

Cette égalité dans le don mutuel se considère sous deux rapports: 1^o par rapport à la qualité des choses que chacun des conjoints se donne réciproquement; 2^o par rapport à l'espérance que chacun des conjoints doit avoir de survivre à l'autre, et de recueillir le don qui lui est fait.

Ces deux caractères d'irrévocabilité et d'égalité que doit avoir le don mutuel pour être valable, feront la matière de trois paragraphes. Nous traiterons, dans le premier, de l'irrévocabilité du don mutuel; dans le second, de l'égalité du don mutuel par rapport aux choses données; dans le troisième, de l'égalité d'espérance requise dans le don mutuel.

§. I. De l'irrévocabilité du don mutuel.

132. Le don mutuel que les conjoints peuvent se faire durant le mariage est irrévocable aussitôt qu'il est fait. Il ne peut plus être révoqué que par le consentement mutuel des deux parties : il n'est plus au pouvoir de l'une ni de l'autre des parties de le révoquer sans le consentement de l'autre.

Cette irrévocabilité est tellement de l'essence du don mutuel, que si, par une clause du contrat du don mutuel, les parties ou l'une d'elles s'étoient réservé la faculté de le révoquer, une telle clause rendroit le don mutuel absolument nul, même dans le cas auquel elles n'auroient pas usé de cette faculté.

133. Non seulement la clause portée au don mutuel, par laquelle les parties ou l'une d'elles se réserveroient expressément la faculté de le révoquer, détruit le don mutuel, mais généralement toutes celles par lesquelles les parties ou l'une d'elles se réserveroient le pouvoir d'y donner quelque atteinte, et d'en diminuer l'effet, de quelque manière que ce soit, le rendent nul, comme destructives du caractère d'irrévocabilité qui est de son essence.

En conséquence, la clause par laquelle les parties ou l'une d'elles se réserveroient par le contrat de don mutuel le pouvoir de disposer par testament de leurs meubles et acquêts, rendroit nul le don mutuel; car il est évident que le donateur qui a donné à l'autre partie tous les meubles et acquêts qu'il laisseroit lors de son décès, donne atteinte à ce don, et en diminue l'effet, en disposant par testament desdits effets, puis-

qu'il prive le donataire d'une partie des effets qu'il lui avoit donnés. La clause par laquelle il se réserve le pouvoir de donner cette atteinte à sa donation, doit donc, suivant notre principe, rendre le don mutuel nul. Lemaître s'est trompé lorsqu'il a dit qu'elle devoit seulement être regardée comme non écrite.

On opposera peut-être que le donateur peut, comme nous le verrons ci-après, disposer par des actes entre vifs de ses meubles et acquêts, sans qu'il paroisse par-là donner aucune atteinte au don mutuel qu'il a fait. Je réponds que le donateur qui dispose par des actes entre vifs de quelqu'un de ses meubles et acquêts, ne donne aucune atteinte au don mutuel qu'il a fait : car le don mutuel qu'il a fait n'étant que des meubles et acquêts *qui se trouveront lui appartenir à l'heure de son trépas*; en disposant par des actes entre vifs de quelques uns de ses meubles, il ne dispose de rien qui fasse partie de ce qu'il a donné, puisque ces choses dont il a disposé par des actes entre vifs ne se trouveront pas lui appartenir à l'heure de son trépas. Il ne donne donc aucune atteinte au don mutuel qu'il a fait. Mais lorsque le donateur dispose par testament de quelques uns de ses meubles et acquêts, il dispose de choses qui se trouvent lui appartenir à l'heure de son trépas, et par conséquent de choses comprises au don mutuel qu'il a fait : il y donne donc atteinte. Par conséquent se réserver la faculté de disposer par testament de ses meubles et acquêts, c'est se réserver la faculté de donner atteinte au don mutuel. Une clause par laquelle les parties ou l'une d'elles se réservent cette faculté, est donc contraire à l'irrévocabilité qui est

de l'essence du don mutuel, et le rend absolument nul.

134. Les parties qui se font un don mutuel ne peuvent pas, sans le rendre nul, se réserver une faculté indéterminée de tester de leurs meubles et acquêts : mais si elles veulent, sans donner atteinte à leur don mutuel, conserver la faculté de disposer par testament, elles peuvent excepter de la donation qu'elles se font l'une à l'autre de leurs meubles et conquêts, une certaine somme, telle qu'elles jugeront à propos. Par ce moyen, elles peuvent se conserver la faculté de tester jusqu'à concurrence de cette somme; et l'exception qu'elles font de cette somme par le contrat de don mutuel n'empêche pas ce contrat d'être valable. Cette exception ne porte aucune atteinte à l'irrévocabilité requise dans le don mutuel. On ne peut pas dire qu'en ce cas elles se réservent le pouvoir d'étendre ou de diminuer à leur gré l'effet de leur don mutuel, en disposant ou en ne disposant pas de la somme; car cette somme doit toujours demeurer exceptée du don mutuel, soit qu'elles en aient disposé, soit qu'elles n'en aient pas disposé. Tout l'effet de cette clause est de restreindre leur don mutuel, en ne se donnant pas tout ce que la coutume leur permet de se donner. Mais qui peut le plus peut le moins. La coutume, en leur permettant de se donner l'un à l'autre la totalité de leurs meubles et acquêts, leur permet de ne s'en donner, si elles le jugent à propos, qu'une partie, et d'en excepter ce qu'elles jugeront à propos.

Observez que pour que le don mutuel ne reçoive aucune atteinte, il faut que chacune des parties ait

excepté de sa donation la même somme. Si l'une des parties avoit excepté de sa donation une somme plus grande que celle que l'autre partie a exceptée de la sienne, le don mutuel seroit nul, parcequ'il n'auroit pas le caractère d'égalité, qui ne lui est pas moins essentiel que celui de l'irrévocabilité, comme nous le verrons au paragraphe suivant.

135. Si les parties, en exceptant chacune de leur donation une certaine somme égale de part et d'autre, avoient ajouté par une clause du contrat du don mutuel, que la somme exceptée dans le cas auquel les parties n'en auroient pas disposé par testament, demeureroit comprise dans le don mutuel, cette clause rendroit le don mutuel nul : car par cette clause les parties se réservent le pouvoir d'étendre ou de diminuer à leur gré leur donation, en disposant ou en ne disposant pas de cette somme ; ce qui est contraire au caractère d'irrévocabilité qui est essentiel au don mutuel, de même qu'à toutes les donations entre vifs.

Le don mutuel, en ce cas, est-il seulement nul par rapport à cette somme ? La raison de douter est que ce n'est que par rapport à cette somme qu'il pèche contre le caractère d'irrévocabilité. Néanmoins il faut décider qu'il est entièrement nul ; car, comme nous le verrons au chapitre suivant, art. 2, c'est le caractère des actes synallagmatiques, tels qu'est le don mutuel, qui les distingue des dispositions simples, d'être indivisibles, et de ne pouvoir être valables pour rien de ce qui en fait l'objet, s'ils ne le sont pour le total.

136. Observez, par rapport à l'irrévocabilité du don mutuel, une différence entre le don mutuel qui se fait

durant le mariage, et celui qui est fait par le contrat de mariage. Celui-ci ne peut se révoquer pendant le mariage, même par le consentement des deux parties, pour une raison qui lui est particulière, qui est que le don mutuel, lorsqu'il est fait par le contrat de mariage, fait partie des conventions du mariage. Or c'est le caractère de ces conventions, qu'il ne soit plus au pouvoir des conjoints d'y déroger, ni d'y faire aucun changement, même par un consentement commun. Au contraire, le don mutuel que les conjoints se font pendant leur mariage peut, de même que toutes les donations qui se font entre autres personnes, se révoquer par le commun consentement des parties, suivant cette maxime de droit : *Nihil tam naturale est quàm eodem genere quodque dissolvere quo colligatum est*; l. 35, ff. *de reg. jur.* C'est ce que la coutume de Paris décide formellement par ces derniers termes de l'art. 284, « après laquelle insinuation ledit don mutuel n'est révocable, *sinon du consentement des deux conjoints.* »

137. Suivant la règle de droit ci-dessus citée, la révocation du don mutuel, pour être valable, doit se faire dans la même forme que le don mutuel; c'est-à-dire par un acte passé devant notaire, soit au bas de la minute du don mutuel, soit par un acte dont il y ait aussi minute.

138. Pareillement, de même que le don mutuel ne peut se faire valablement pendant la maladie de l'une des parties, la révocation du don mutuel ne peut pas non plus se faire valablement pendant la maladie de l'une des parties.

139. Le don mutuel étant sujet à l'insinuation, la révocation du don mutuel y est-elle aussi sujette? Ricard décide pour la négative, et il cite un arrêt pour autoriser son avis. En cela le don mutuel diffère de la donation simple. Celle-ci étant exécutée dès le temps du contrat, la révocation ne peut s'en faire que par une rétrocession que le donataire, déjà devenu propriétaire de la chose donnée, fait de cette chose à celui qui la lui a donnée; laquelle rétrocession est une nouvelle donation, sujette par conséquent à l'insinuation. Au contraire, le don mutuel ne devant recevoir son exécution qu'après la mort de l'un des conjoints, la révocation qu'ils en font d'un commun consentement, ne renferme pas une nouvelle donation, mais un simple désistement de leur don mutuel. Or il y a bien une loi qui assujettit les donations à l'insinuation, mais il n'y en a pas qui y assujettisse le désistement d'une donation. La loi *Nihil tam naturale est* ne peut recevoir ici d'application, la formalité de l'insinuation n'étant requise que pour l'exécution de la donation contre les héritiers et créanciers du donateur; mais elle n'est pas de la substance de la donation, qui est parfaite sans cela, et ne peut être révoquée par le donateur.

140. L'irrévocabilité requise dans le don mutuel, et dont le don mutuel est susceptible, est une irrévocabilité beaucoup moins parfaite que celle des donations entre vifs ordinaires.

On ne peut donner, par une donation entre vifs ordinaire, que ses biens présents; la donation qu'une personne feroit des biens qu'elle laissera lors de son décès (hors le cas des contrats de mariage, et celui du

don mutuel entre mari et femme) n'est pas valable, et est proscrite par l'art. 15 de l'ordonnance de 1731.

On ne peut non plus, dans les donations entre vifs ordinaires, charger le donataire des dettes que le donateur contractera depuis la donation; la clause qui en chargerait le donataire rendrait la donation nulle, suivant l'art. 16 de ladite ordonnance de 1731.

Au moyen de cela, les donations entre vifs ordinaires ont, dès l'instant de la donation, un état fixe et invariable qui ne peut recevoir de diminution par aucun fait du donateur.

Au contraire, le don mutuel étant la donation des biens meubles et conquêts immeubles qui se trouveront appartenir au donateur au temps de son trépas, ce don ne peut avoir un état fixe et déterminé qu'au temps de la mort du donateur; lequel, conservant jusqu'à ce temps la liberté de disposer et de contracter des dettes, peut rendre le don plus ou moins considérable, par les acquisitions ou par les aliénations qu'il fera, et par les dettes qu'il contractera.

Toute l'irrévocabilité dont le don mutuel est susceptible consiste en ce que l'une et l'autre des parties, aussitôt qu'elles ont fait ce don mutuel, ne peuvent plus le révoquer sans le consentement de l'autre, et en ce qu'elles ne peuvent en diminuer l'effet par les dispositions testamentaires.

Quoique le donateur conserve, après le don mutuel, la liberté de disposer, par des actes entre vifs, de ses meubles et conquêts, cela néanmoins doit s'entendre avec tempérament, pourvu que ces dispositions ne parussent pas faites en fraude du don mutuel, telles

que seroient des dispositions universelles ou des donations considérables qu'il feroit à ses proches. Le donataire mutuel seroit fondé en ce cas à prétendre la jouissance des choses comprises dans lesdites donations; bien entendu, pourvu que le don mutuel ait été insinué: car le défaut d'insinuation prive les donations de tout effet contre des tiers.

§. II. De l'égalité qui doit être dans le don mutuel, par rapport aux choses données.

141. Pour que le don mutuel que les coutumes permettent entre mari et femme soit valable, il faut, comme nous l'avons déjà dit, qu'il y ait une parfaite égalité dans les choses que chacune des parties se sont données l'une à l'autre.

Si l'une des parties donnoit à l'autre quelque chose de plus que ce que l'autre partie lui donne, le don mutuel seroit entièrement nul de part et d'autre, par défaut d'égalité.

Suivant ce principe, si le mari, par son contrat de mariage, avoit donné à sa femme la moitié de ses meubles et conquêts, soit en propriété, soit en usufruit, sans que sa femme lui eût fait le même avantage, *aut vice versâ*, par le don mutuel que les conjoints se feront pendant le mariage, la femme ne pourra donner à son mari que l'usufruit de la moitié de sa part des meubles et conquêts: car, si elle lui donnoit davantage, elle lui donneroit plus que ce que son mari peut lui donner par le don mutuel; puisque ayant déjà donné, par le contrat de mariage, à sa femme la moitié de sa part des meubles et conquêts, il ne lui reste plus à

pouvoir lui donner, par le don mutuel, que l'usufruit de l'autre moitié de ladite part.

A plus forte raison, lorsque le mari a donné, par contrat de mariage, tous ses meubles et conquêts à sa femme, *aut vice versâ*, les conjoints ne peuvent se faire aucun don mutuel pendant le mariage, ne restant plus rien au mari à donner.

142. Suivant le même principe, lorsque par le contrat de mariage les conjoints ont des parts inégales dans les biens de la communauté; *putà*, s'il étoit dit que la femme seroit commune pour un tiers seulement; en ce cas si les conjoints se faisoient durant le mariage don mutuel, au survivant d'eux, de tous les biens de la communauté qui appartiendroient au prédécédé lors de son décès, ce don seroit nul, faute d'égalité: pour qu'il soit valable, il faut que par le don mutuel le mari, qui a pour sa part les deux tiers des biens de la communauté, ne donne à sa femme, par le don mutuel, que la moitié de sa part, qui fait le tiers du total des biens de la communauté, sa femme n'ayant qu'un tiers dans lesdits biens à lui donner.

143. Les héritiers de l'un des conjoints, *putà*, de la femme, seroient-ils recevables à attaquer, par le défaut d'égalité, le don mutuel qu'elle a fait à son mari, en soutenant que, si le mari fût prédécédé, la femme n'eût pu profiter du don mutuel que le mari lui a fait de sa part en la communauté; laquelle auroit été absorbée, ou au moins considérablement entamée par les dettes propres du mari, le mari n'ayant aucuns biens propres sur lesquels lesdites dettes eussent pu être acquittées. Ces faits supposés, dont les héritiers de

la femme offrent la preuve, ils disent que le mari n'ayant pu donner avec effet sa part dans les biens de la communauté à sa femme, elle n'a pu de son côté lui donner valablement la sienne, l'égalité que la coutume requiert dans le don mutuel ne permettant à l'un des conjoints de donner à l'autre conjoint sa part, qu'autant que l'autre lui donne avec effet la sienne. Je ne crois pas les héritiers de la femme recevables à attaquer sur ce fondement le don mutuel qu'elle a fait à son mari, parceque les faits qui font le fondement de cette demande, pour la preuve desquels il faudroit entrer dans l'examen du secret des affaires du mari, sont des faits dont la preuve n'est pas admissible; l'ordre de la société civile ne permettant pas que le mari puisse être obligé à découvrir aux héritiers de sa femme le secret de ses affaires.

§. III. De l'égalité d'espérance requise dans le don mutuel.

144. L'égalité requise dans le don mutuel ne consiste pas seulement dans les choses qui sont données de part et d'autre; il faut encore que chacun des conjoints, en se faisant le don mutuel, ait pu avoir espérance de survivre à l'autre, et de recueillir le don mutuel que l'autre lui faisoit.

Les coutumes sont différentes sur cette égalité d'espérance. Il y en a qui requièrent une égalité ou presque égalité de probabilité dans l'espérance que chacun des conjoints doit avoir de recueillir le don mutuel qui lui est fait par l'autre. Tel est l'esprit des coutumes qui ne permettent le don mutuel entre les conjoints que lorsqu'ils sont égaux ou presque égaux en âge;

comme sont celles d'Auxerre, art. 222; Bar, art. 163. Ces coutumes, en ne permettant pas le don mutuel lorsqu'il y a disproportion d'âge, ne se fondent que sur ce que l'égalité de probabilité d'espérance manque dans ce cas: car, quoique le conjoint qui est vieux puisse avoir quelque espérance de survivre au jeune, puisqu'il arrive quelquefois que les jeunes meurent avant les vieux; néanmoins l'espérance qu'a le jeune de survivre au vieux a plus de probabilité que celle qu'a le vieux de survivre au jeune. C'est ce défaut d'égalité dans la probabilité de l'espérance que chacun doit avoir de survivre et de recueillir le don mutuel, qui empêche dans ces coutumes le don mutuel entre les conjoints, lorsqu'il y a une disproportion d'âge considérable.

La coutume de Paris et les autres qui ne se sont pas plus expliquées qu'elle, n'exigent pas cette égalité de probabilité; il suffit dans ces coutumes, pour l'égalité d'espérance dans le don mutuel, que chacun des conjoints, en se faisant don mutuel, ait pu avoir quelque espérance de survivre à l'autre, quoique l'espérance de l'un eût plus de probabilité que celle de l'autre.

CHAPITRE II.

Entre quelles personnes peut se faire le don mutuel que les coutumes permettent entre mari et femme; et quelles choses peuvent-elles se donner.

ARTICLE PREMIER.

Entre quelles personnes peut se faire ce don mutuel.

145. La coutume, en l'article ci-dessus rapporté, dit, *homme et femme conjoints par mariage*. Les coutumes, par ces termes, *conjoints par mariage*, entendent un véritable mariage, qui a les effets civils. Les personnes entre lesquelles peut se faire le don mutuel permis par cet article de la coutume de Paris, et par les autres coutumes semblables, entre mari et femme, doivent donc, en premier lieu, être unies par un mariage légitime, qui ait les effets civils. C'est pourquoi, si un homme et une femme se sont fait un don mutuel, et que par la suite leur mariage soit déclaré nul, le don mutuel qu'ils se sont fait sera nul.

Ricard se fait cette objection : Lorsque le mariage des personnes qui se sont fait un don mutuel, est déclaré nul, cela ne doit pas rendre nul le don mutuel ; car ces personnes, par le jugement qui déclare nul leur mariage, étant réputées avoir été personnes étrangères l'une à l'autre, le don mutuel qu'elles se sont fait n'en doit être que plus valable, les donations étant

plus permises entre personnes étrangères qu'elles ne le sont entre mari et femme.

Ricard répond à cette objection en disant qu'on doit considérer, dans le don mutuel que ces personnes se sont fait, l'intention qu'elles ont eue; qu'elles ne se sont pas fait ce don mutuel comme personnes étrangères, mais en considération du mariage par lequel elles se croyoient unies.

C'est la considération de ce mariage qui étoit le principe, le fondement, la cause de leur don mutuel: ce principe, ce fondement, cette cause ne pouvant subsister, le mariage ayant été déclaré nul, leur don mutuel ne peut pas non plus subsister: *Cessante causâ, cessat effectus.*

Il n'y a plus lieu à cette objection que Ricard s'étoit proposée, et il y a une raison bien simple pour déclarer nul le don mutuel que s'étoient fait un homme et une femme dont le mariage a été depuis déclaré nul. Suivant l'ordonnance de 1731, les donations entre vifs des biens que le donateur se trouvera avoir lors de sa mort, sont déclarées nulles, sauf dans les contrats de mariage, et dans le cas du don mutuel entre mari et femme: le don mutuel que ces personnes se sont fait de leurs meubles et conquêts qui se trouveront leur appartenir lors de leur mort, n'étant pas dans le cas de l'exception faite pour le cas du don mutuel entre mari et femme, puisque leur mariage ayant été déclaré nul, elles ne sont pas mari et femme; il se trouve compris dans la règle générale établie par l'ordonnance, qui déclare nulle cette espèce de donation.

146. Une femme, sur de bons certificats de la mort

de son mari, qu'on avoit cru tué à une bataille, s'est mariée à un second mari, avec qui elle a depuis fait un don mutuel. Après la mort du second mari, le premier, qu'on croyoit mort, a reparu, et a fait déclarer nul le second mariage. Les héritiers du second mari peuvent-ils attaquer de nullité le don mutuel qu'il a fait à cette femme, sur le fondement que, le mariage ayant été déclaré nul, il ne peut avoir la qualité de don mutuel entre mari et femme, qui seule pouvoit le rendre valable? Non; car c'est un principe que nous avons établi en notre *traité du Mariage*, n. 438, que, lorsque des personnes ont contracté de bonne foi un mariage nul, leur bonne foi donne à ce mariage, quoique nul, tous les effets civils d'un véritable mariage, et par conséquent le pouvoir de faire ensemble le don mutuel que les coutumes permettent entre mari et femme; lequel pouvoir est un des effets civils du mariage.

147. Les conjoints entre lesquels se peut faire le don mutuel que la coutume de Paris et autres semblables permettent entre mari et femme, doivent, en second lieu, être communs en biens. C'est ce qui résulte de ces termes de l'article 280, ci-dessus rapporté : « Homme et femme peuvent et leur loist faire
« donation mutuelle l'un à l'autre également de tous
« leurs biens meubles et conquêts faits durant le ma-
« riage, qui se trouveront à eux appartenir et être
« communs entre eux à l'heure du trépas du premier
« mourant. »

Il est évident, par ces termes que la coutume emploie, qu'elle veut que les conjoints par mariage,

auxquels elle permet de se faire un don mutuel, soient communs en biens. Ce droit est un effet de leur communauté de biens, que la coutume leur accorde en considération de cette communauté, comme une récompense de leur commune collaboration pendant tout le temps qu'a duré le mariage.

C'est pourquoi, lorsque par le contrat de mariage de deux conjoints il y a séparation de biens, ou même une simple exclusion de communauté; ou même lorsque la communauté de biens qui avoit été établie entre eux, a été dissoute par une sentence de séparation de biens, sans que les conjoints l'aient rétablie; il ne peut y avoir dans tous ces cas don mutuel entre les conjoints.

148. Lorsqu'il y a une clause par le contrat de mariage, que la femme ou les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme, *putà*, une somme de dix mille livres, les conjoints peuvent-ils se faire un don mutuel? Non. Indépendamment de la raison qu'on a coutume d'alléguer, tirée de l'inégalité qu'il y auroit dans ce don mutuel, les meubles et conquêts que le mari donneroit à sa femme pouvant être d'une plus grande ou d'une moins grande somme que celle de dix mille livres que la femme lui donneroit de son côté, il y a une autre raison décisive qui ne permet pas le don mutuel en ce cas. La coutume ne permet aux conjoints de disposer par don mutuel l'un envers l'autre que d'une certaine espèce de biens, savoir, des meubles et conquêts qui se seront trouvés appartenir au donateur à l'heure de son trépas, et être *communs*

entre eux. Les conjoints ne peuvent donc se donner par don mutuel l'un à l'autre que des biens de cette espèce. Or, au moyen de la clause du contrat de mariage, la femme, lors de son prédécès, ne laisse aucuns biens de cette espèce : elle ne laisse aucuns meubles et conquêts qui lui soient communs avec son mari ; elle ne laisse qu'une simple créance de dix mille livres contre son mari, laquelle n'étant pas une chose qu'elle ait en commun avec son mari, n'est pas susceptible du don mutuel que les coutumes permettent entre conjoints. La femme n'ayant donc rien, dans cette espèce, qu'elle puisse donner par don mutuel à son mari, il ne peut y avoir de don mutuel entre eux.

149. On doit décider la même chose dans le cas auquel le forfait de communauté seroit réciproque ; comme lorsqu'il est dit que les héritiers du prédécédé, soit du mari, soit de la femme, auront pour tout droit de communauté une certaine somme ; il ne peut pas encore y avoir de don mutuel, en ce cas, entre les conjoints. Si la raison tirée de l'inégalité ne milite pas dans cette espèce, celle que nous avons apportée, qui est tirée de la nature des choses que la coutume permet de donner, ne milite pas moins dans cette espèce que dans la précédente.

150. Si deux conjoints séparés de biens par leur contrat de mariage avoient fait ensemble, pendant leur mariage, l'acquisition d'un héritage en commun, pourroient-ils se donner l'un à l'autre, par don mutuel, la moitié que chacun d'eux y a ? Non. La communauté de cet héritage n'est que la communauté

d'une chose particulière. Ces conjoints, pour avoir fait quelque acquisition en commun, ne sont pas pour cela communs en biens; il ne leur seroit pas même permis d'établir entre eux une communauté de biens, étant convenus par leur contrat de mariage qu'il n'y en auroit pas. Or ce n'est qu'à des conjoints communs en biens, et en considération de la communauté de biens, que la coutume de Paris et les autres coutumes semblables permettent le don mutuel, comme nous l'avons vu *suprà*.

151. La coutume de Paris exige en troisième lieu que les conjoints qui se font don mutuel soient en santé lorsqu'ils le font. L'article 280, ci-dessus rapporté, dit, « homme et femme conjoints par mariage, *étant en santé.* »

Comment doivent s'entendre ces termes, *étant en santé*? Doivent-ils s'entendre d'une exemption de toute maladie, quelque légère qu'elle fût? ou doivent-ils s'entendre en ce sens, que le don mutuel ne peut être valablement fait pendant une maladie dangereuse de l'un des conjoints, ou dont il est mort, ou dont on croyoit qu'il mourroit? ou enfin doivent-ils s'entendre seulement en ce sens, que le don mutuel ne peut être valablement fait pendant la dernière maladie dont l'un des conjoints est décédé?

Il faut d'abord écarter le premier sens. Il est sans difficulté que les termes, *étant en santé*, employés par les coutumes, ne doivent pas s'entendre d'une exemption de toute maladie, quelque légère qu'elle soit; et il n'est pas douteux qu'un don mutuel entre conjoints par mariage est valable, quoique l'un d'eux eût quel-

que légère maladie, comme sont des fièvres réglées, quand même le contrat auroit été passé pendant l'accès; ce qui doit avoir lieu même dans les coutumes les plus rigoureuses, pour l'égalité d'espérance que chacun des conjoints doit avoir de survivre à l'autre, et de recueillir le don qui lui est fait; car une légère maladie qui survient, et dont on compte guérir, ne domine point cette espérance.

Il y a beaucoup plus de difficulté si l'on doit suivre le second ou le troisième sens. Lemaître entend ces termes de la coutume de Paris, *étant en santé*, dans le troisième sens: il pense qu'ils sont relatifs à l'art. 217, qui porte que les donations faites pendant la maladie dont le donateur décède, sont réputées pour cause de mort, et non entre vifs; et que la coutume, par ces termes, *étant en santé*, ne veut dire autre chose, sinon que le don mutuel qu'elle permet, étant un don entre vifs, il faut que les conjoints, lorsqu'ils se font ce don mutuel, *soient en santé*, c'est-à-dire qu'aucun d'eux ne soit malade de la maladie dont il est mort, parcequ'il ne seroit plus capable de faire un don entre vifs. En conséquence cet auteur décide que le don mutuel, quoique fait pendant la maladie de l'un des conjoints, quelque dangereuse qu'elle fût, est valable, lorsque le conjoint n'est pas mort de cette maladie, et qu'il ne peut, étant revenu en convalescence, le révoquer.

On prétend pouvoir, pour cette opinion, tirer argument de ce que les termes, *étant en santé*, sont entendus dans ce troisième sens par les coutumes de Montfort, de Laon, de Châlons, et du Grand-Perche.

Celle de Monfort, art. 48, dit : « Homme et femme « étant en pleine santé, quoi que ce soit, n'étant ma- « lades de maladie dont ils seroient décédés, peu- « vent, etc. »

Celle de Laon, tit. 5, art. 47, dit : « Homme et femme « conjoints par mariage, sains de corps et d'entende- « ment, quoi que ce soit, non malades de la maladie « dont ils seroient décédés, peuvent faire donation « mutuelle, etc. »

Celle du Grand-Perche, art. 94, dit pareillement, « étant en santé, ou n'étant malades de maladie dont « ils seroient depuis décédés. »

La coutume de Châlons s'exprime dans les mêmes termes.

Cette opinion de Lemaître me paroît contraire au texte de la coutume.

Ces termes, *étant en santé*, employés par la coutume, peuvent bien n'être pas entendus dans un sens rigoureux, pour une exemption de toute maladie, quelque légère qu'elle soit; et on peut dire que des conjoints étoient en santé, dans le sens que l'entend la coutume, quoique, lors du don mutuel, l'un d'eux eût quelque indisposition, pourvu que ce ne fût pas une maladie qui le mît en danger de mort: mais on ne peut pas dire, sans renverser toutes les idées des choses, que des conjoints *étoient en santé* lorsqu'ils ont fait leur don mutuel, quand l'un d'eux étoit alors malade d'une maladie dont il étoit vraisemblable qu'il devoit mourir, quoiqu'il n'en soit pas mort, rien n'étant si opposé ni si contradictoire au terme de *santé* qu'une telle maladie.

Ce qui a été rapporté ci-dessus des textes des coutumes de Montfort, Laon, Châlons, et du Grand-Perche, ne prouve nullement que les termes, *étant en santé*, signifient, dans le sens des coutumes, qu'ils ne sont pas malades de la maladie dont ils sont décédés. La coutume de Montfort dit, à la vérité, *étant en pleine santé, quoi que ce soit, n'étant malades de maladie dont ils seroient décédés*: mais ces termes, *quoi que ce soit, n'étant malades, etc.*, ne sont pas explicatifs de ceux qui précèdent, *étant en pleine santé*. Le terme, *quoi que ce soit*, n'est pas pris là pour *id est*, ou *c'est-à-dire*: ces termes, *quoi que ce soit, n'étant malades*, sont plutôt un correctif de ceux, *en pleine santé*, qui les précèdent.

Le sens est: Homme et femme, sur-tout lorsqu'ils sont en pleine santé, mais même quand ils seroient malades, pourvu qu'ils ne soient malades de la maladie dont ils seroient décédés, peuvent, etc.

On doit dire la même chose des coutumes de Laon et de Châlons. A la bonne heure que dans ces coutumes qui portent ce correctif, le don mutuel soit valable, quoique l'un des conjoints fût alors malade d'une maladie dont on croyoit qu'il devoit mourir, pourvu qu'il n'en soit pas mort. Mais dans la coutume de Paris, qui n'a apporté aucun correctif à ces termes, *étant en santé*; qui par conséquent requiert absolument pour la validité du don mutuel, que les conjoints soient en santé lorsqu'ils le font; je crois qu'il ne peut être valable si l'un des conjoints étoit alors malade d'une maladie dangereuse dont on croyoit qu'il devoit mourir, quoiqu'il n'en soit pas mort; car on ne peut

dire en aucun sens d'une personne malade d'une telle maladie qu'elle est en santé.

Par ces raisons, Duplessis pense que, par ces termes, *étant en santé*, la coutume, en cet article 280, exige plus pour la validité du don mutuel qu'elle n'exige pour la validité de la donation simple, par l'article 277. Elle ne refuse, par l'article 277, la qualité de donation entre vifs à la donation simple, que lorsque la maladie du donateur, pendant laquelle elle a été faite, étoit sa dernière maladie, dont il est décédé: mais par ces termes, *étant en santé*, dans l'article 280, elle ne permet le don mutuel aux conjoints que lorsque les deux conjoints sont en santé; et elle le leur interdit par conséquent lorsque l'un d'eux est malade d'une maladie dangereuse. C'est pourquoi le don mutuel qui avoit été fait pendant une telle maladie, ayant été fait dans un temps auquel il étoit interdit aux conjoints, est nul, quoique par l'événement le malade ne soit pas mort de cette maladie.

Je suis fort de l'avis de Duplessis sur cela: mais quant à ce qu'il ajoute, que quoique le don mutuel soit nul en ce cas, néanmoins, s'il n'a point été révoqué depuis la convalescence il devient valable, *velut ex novo tacito consensu*, j'aurois de la peine à être de son avis. Ce don mutuel étant fait dans un temps auquel le pouvoir de le faire étoit interdit aux conjoints, est absolument nul, comme Duplessis le reconnoît lui-même. Or ce qui est nul n'est pas susceptible de confirmation: les parties en doivent donc faire un autre dans la forme requise pour le don mutuel; *infra*, ch. 3; c'est-à-dire par un nouvel acte par-devant notaires.

Il est vrai que Ricard est aussi d'avis que le don mutuel fait pendant la maladie devient valable faute de révocation depuis la convalescence; il se fonde sur ce qu'il prétend que la nullité du don mutuel n'est pas en ce cas une nullité absolue, et qu'elle n'est fondée que sur ce qu'elle est présumée faite *contemplatione mortis*; laquelle présomption est détruite par le défaut de révocation, et la persévérance du consentement depuis la convalescence. Pour moi, je pense que le don mutuel, étant fait dans un temps auquel la loi ne permettoit pas de le faire, est absolument nul.

La coutume de Reims, art. 234, est aussi du nombre de celles qui ne permettent pas le don mutuel pendant que l'un des conjoints est malade d'une maladie griève, quoiqu'il n'en soit pas mort. Elle s'exprime ainsi: « Homme et femme étant en santé, ou « quoi que ce soit, non malades de maladie dont ils « seroient *vraisemblablement* décédés, peuvent, etc. » Elle ne dit pas, comme celle de Laon, *dont ils seroient décédés*; mais elle dit, *dont ils seroient vraisemblablement décédés*. Par ce terme elle donne à entendre que non seulement la maladie dont l'un des conjoints est décédé, mais celle dont il étoit vraisemblable qu'il décéderoit, quoiqu'il ne soit pas décédé, ne peut compatir avec le don mutuel.

152. Dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur la santé des conjoints lors de leur don mutuel, telles qu'est notre coutume d'Orléans, que doit-on décider? Je pense que dans ces coutumes on ne doit pas exiger pour la validité du don mutuel plus qu'elles ne

demandent, et qu'il suffit à cet égard qu'il n'ait pas été fait pendant la dernière maladie dont l'un des conjoints seroit décédé.

153. Il faut excepter de cette décision les coutumes qui requièrent dans les conjoints une égalité ou presque égalité d'âge pour pouvoir se faire don mutuel. Dans ces coutumes, quoiqu'elles ne se soient pas expliquées sur l'état de santé des conjoints, il est évident que le don mutuel que des conjoints se seroient fait pendant que l'un d'eux étoit malade d'une maladie dangereuse, quoiqu'il n'en soit pas mort, ne peut être valable, l'esprit de ces coutumes étant d'exiger, pour la validité du don mutuel entre conjoints, une égalité de probabilité d'espérance dans chaque conjoint qu'il survivra l'autre ; laquelle égalité de probabilité se rencontre encore moins entre deux conjoints dont l'un est en santé et l'autre en un danger de mort présent, qu'entre deux conjoints d'un âge disproportionné.

154. Dans les coutumes qui ne prescrivent pas une égalité rigoureuse d'espérance, et qui demandent seulement que les conjoints n'attendent pas à faire le don mutuel lors de la dernière maladie dont l'un des conjoints est mort ; lorsque la dernière maladie de l'un des conjoints, pendant laquelle le don mutuel a été fait, est de ces maladies qui, quoique mortelles dès leur commencement, n'ont pas néanmoins un trait prochain à la mort, et n'y conduisent souvent le malade qu'après beaucoup d'années, cette maladie, pendant laquelle le don mutuel a été fait, fait-elle toujours obstacle au don mutuel, ou seulement lorsqu'elle étoit dans ses dernières périodes, et qu'elle avoit un

trait prochain à la mort? Les coutumes de Berri et de Bourbonnois ont décidé que ce n'est que dans ce dernier cas que la maladie pendant laquelle le don mutuel a été fait le rend nul; et elles ont déterminé quand la maladie doit être censée avoir été dans ses derniers périodes au temps du don mutuel, en décidant que le don mutuel étoit nul lorsque le conjoint étoit mort de cette maladie dans les quarante jours après le don mutuel. Les autres coutumes, en ne s'en expliquant pas, ont cru devoir laisser à l'arbitrage du juge si la maladie doit être censée avoir été dans ses derniers périodes au temps du don mutuel; mais il y a lieu de croire que ce n'est que dans ce dernier cas, auquel elle est dans ses derniers périodes, qu'elles ont décidé qu'elle faisoit un obstacle au don mutuel. La raison est que, lorsque ces maladies ne sont pas dans leurs derniers périodes, le conjoint malade peut avoir encore quelque espérance de vivre assez long-temps pour survivre à l'autre conjoint, et recueillir le don qu'il lui a fait: c'est ce qui suffit dans ces coutumes pour la validité du don mutuel.

On doit décider autrement dans les coutumes qui prescrivent, pour la validité du don mutuel, une égalité de probabilité d'espérance dans chacun des conjoints de le recueillir, et qui en conséquence interdisent le don mutuel lorsqu'il y a disproportion d'âge entre les conjoints: car cette égalité se trouve encore moins entre deux conjoints dont l'un est pulmonique et l'autre d'un bon tempérament et bien sain, qu'elle ne se trouve entre deux conjoints dont l'un est beaucoup plus âgé que l'autre, *putà*, entre un homme de

cinquante ans et une femme de vingt-cinq. C'est pourquoi je pense que dans ces coutumes la maladie mortelle dont l'un des conjoints se trouve déjà attaqué lors du don mutuel, quoiqu'elle ne soit encore que dans son commencement, et qu'elle n'ait pas encore un trait prochain à la mort, est un obstacle au don mutuel; mais si l'un et l'autre des conjoints étoient malades de semblables maladies, n'y ayant pas en ce cas d'inégalité de probabilité d'espérance, le don mutuel seroit valable, pourvu qu'elles ne fussent pas dans leurs derniers périodes.

155. Si lors du don mutuel la femme étoit enceinte, et que fort peu après il lui soit survenu quelque accident occasioné par sa grossesse qui l'ait conduite au tombeau, le don mutuel, même dans les coutumes d'une égalité rigoureuse, ne laissera pas d'être valable; car la grossesse d'une femme, tant qu'il ne survient pas d'accident, est un état naturel d'une femme, et non pas une maladie.

156. Quelques coutumes demandent en quatrième lieu, dans les conjoints auxquels elles permettent le don mutuel pendant le mariage, qu'ils soient égaux ou presque égaux en âge, comme nous l'avons vu *suprà*.

On fait la question de savoir si, dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur l'âge, la grande inégalité d'âge étoit un obstacle au don mutuel. Ricard tient l'affirmative: il prétend que, quoique les coutumes ne s'en soient pas expliquées, cela doit se suppléer, l'égalité étant de la substance du don mutuel.

Cette opinion de Ricard n'a pas prévalu. On tient

communément, et nous voyons pratiquer tous les jours, que des conjoints par mariage, quoique très inégaux en âge, se font l'un à l'autre le don mutuel permis par les coutumes. On ne doit pas demander pour ce don mutuel plus que ce que demandent les coutumes; on ne doit donc pas demander l'égalité d'âge lorsque les coutumes n'en ont pas dit un seul mot. Quant à ce qu'oppose Ricard, qu'il n'étoit pas besoin qu'elles en parlassent, l'égalité étant de la substance du don mutuel; la réponse est que l'égalité qui est de la substance du don mutuel se considère principalement dans les choses qui sont données de part et d'autre; qu'il suffit pour celle de l'espérance, comme nous l'avons ci-dessus observé, que chacun des conjoints puisse, en se faisant don mutuel, espérer de survivre à l'autre, et de recueillir le don qui lui est fait; ce qui se trouve, quoique les conjoints soient inégaux en âge; car, arrivant assez fréquemment que les jeunes meurent avant les vieux, le conjoint qui est le plus âgé peut espérer de survivre au plus jeune.

157. La plupart des coutumes demandent en cinquième lieu, dans les conjoints qui se font don mutuel, que ni l'un ni l'autre n'aient d'enfants. Ces coutumes, pour la plupart, s'expriment en ces termes: « Homme et femme conjoints par mariage, non ayant d'enfants, peuvent, etc. »

Ces coutumes ne s'expliquent pas précisément si c'est dès le temps que se fait le don mutuel qu'il faut que les conjoints n'aient pas d'enfants, ou s'il suffit qu'il n'y en ait point au temps de la mort du prédécédé, qui y donne ouverture. L'ancienne coutume de

Paris ne s'en expliquoit pas non plus; l'article 155 portoit simplement qu'homme et femme conjoints par mariage peuvent se faire don mutuel, *pourvu qu'il n'y ait enfants.*

On avoit fait la question sur l'ancienne coutume de Paris si, dans la coutume de Paris, et dans la plupart des coutumes qui requièrent pour le don mutuel que ni l'un ni l'autre n'aient d'enfants, il suffisoit qu'ils n'en eussent point au temps de la mort du prédécédé. Dumoulin, sur l'article 155 de l'ancienne coutume, avoit été d'avis que cela suffisoit. La raison est que la disposition des coutumes qui demandent pour le don mutuel que ni l'un ni l'autre des conjoints n'aient d'enfants, étoit uniquement fondée sur la faveur des enfants. La fin que ces coutumes s'étoient proposée étoit entièrement remplie lorsqu'il ne s'en trouve point au temps de l'ouverture du don mutuel, et qu'il étoit indifférent pour cette fin qu'il y en eût eu au temps du contrat. Cette explication de Dumoulin a été adoptée lors de la réformation de la coutume; et en conséquence, après ces mots, *pourvu qu'il n'y ait enfants*, on a ajouté ceux-ci, *soit des deux conjoints, soit de l'un d'eux, lors du décès du premier mourant.* Cette explication ayant été formée sur la jurisprudence qui avoit lieu alors, il y a lieu de l'étendre aux autres coutumes qui demandent que, pour le don mutuel, ni l'un ni l'autre des conjoints n'aient d'enfants.

158. On a fait autrefois la question de savoir si des conjoints par mariage, mineurs, pouvoient se faire le don mutuel que les coutumes de Paris et les autres coutumes semblables permettent entre conjoints. La

raison de douter est que les lois ne permettent pas aux mineurs d'aliéner leurs immeubles ; ils ne peuvent pas même aliéner l'usufruit : *Si proprietatem habeat pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare* ; l. 3, §. 5, ff. de reb. eorum qui sub. tut., etc. Néanmoins il a prévalu que des conjoints mineurs étoient capables de ce don mutuel. C'étoit l'avis de Dumoulin : *Quia (dit-il) est negotium utrique utile, non continens alienationem, sed meliorem conditionem*. Les lois qui défendent aux mineurs d'aliéner leurs immeubles, même quant à l'usufruit, ne le leur défendent que dans la crainte qu'ils ne se causent quelque préjudice : elles doivent donc cesser dans le cas du don mutuel, qui, bien loin de leur être préjudiciable, se fait pour l'avantage réciproque des conjoints qui le font. Ricard rapporte plusieurs arrêts qui, conformément à l'avis de Dumoulin, ont jugé que les conjoints, quoique mineurs, peuvent se faire ce don mutuel ; et cela n'est plus révoqué en doute.

159. Un mari et une femme peuvent-ils se faire don mutuel lorsque le mari est interdit pour cause de prodigalité ? On peut dire, pour l'affirmative, que l'interdiction n'étant faite qu'en faveur de l'interdit, elle ne lui interdit que les contrats qui pourroient lui être préjudiciables, et non ceux qui lui sont avantageux : c'est pourquoi un interdit peut accepter une donation qui lui seroit faite. Par la même raison, le don mutuel entre mari et femme étant censé se faire pour l'avantage réciproque des conjoints qui se le font, l'interdit peut en être capable : c'est l'avis de Duplessis.

160. On a aussi demandé si des conjoints par ma-

riage, étrangers non naturalisés, qui sont domiciliés en France, peuvent faire ensemble un don mutuel. Je pense qu'ils le peuvent. Ils ne peuvent, à la vérité, faire des testaments, exercer un retrait lignager, ni faire les autres actes qui appartiennent au droit civil, et que le droit civil n'a établis que pour les citoyens; mais le don mutuel appartient au droit des gens, qui est commun à toutes les nations. Les étrangers, non plus que les citoyens, ne peuvent pas faire les contrats du droit des gens qui sont défendus par les lois civiles qui régissent leurs biens, mais ils peuvent faire ceux qu'elles permettent.

ARTICLE II.

Des choses que les conjoints par mariage peuvent se donner par don mutuel.

161. La coutume de Paris, en l'art. 280, ci-dessus rapporté, permet aux conjoints de se faire donation mutuelle *de tous leurs biens meubles et conquêts faits durant et constant le mariage, qui sont trouvés à eux appartenir et être communs entre eux à l'heure du trépas du premier mourant, . . . pour en jouir par le survivant, sa vie durant.*

La coutume d'Orléans, et un grand nombre d'autres coutumes, ont une semblable disposition.

Ces termes, *et être communs*, se réfèrent à toute la phrase. Les conjoints ne peuvent se donner par don mutuel que les biens meubles de la communauté, pour la part qui leur en appartient; les biens meubles qui leur sont propres, tels qu'est le mobilier qu'ils ont

riage, étrangers non naturalisés, qui sont domiciliés en France, peuvent faire ensemble un don mutuel. Je pense qu'ils le peuvent. Ils ne peuvent, à la vérité, faire des testaments, exercer un retrait lignager, ni faire les autres actes qui appartiennent au droit civil, et que le droit civil n'a établis que pour les citoyens; mais le don mutuel appartient au droit des gens, qui est commun à toutes les nations. Les étrangers, non plus que les citoyens, ne peuvent pas faire les contrats du droit des gens qui sont défendus par les lois civiles qui régissent leurs biens, mais ils peuvent faire ceux qu'elles permettent.

ARTICLE II.

Des choses que les conjoints par mariage peuvent se donner par don mutuel.

161. La coutume de Paris, en l'art. 280, ci-dessus rapporté, permet aux conjoints de se faire donation mutuelle *de tous leurs biens meubles et conquêts faits durant et constant le mariage, qui sont trouvés à eux appartenir et être communs entre eux à l'heure du trépas du premier mourant, . . . pour en jouir par le survivant, sa vie durant.*

La coutume d'Orléans, et un grand nombre d'autres coutumes, ont une semblable disposition.

Ces termes, *et être communs*, se réfèrent à toute la phrase. Les conjoints ne peuvent se donner par don mutuel que les biens meubles de la communauté, pour la part qui leur en appartient; les biens meubles qui leur sont propres, tels qu'est le mobilier qu'ils ont

exclus de la communauté par une stipulation de propre, n'entrent pas dans le don mutuel : c'est pourquoi, en cas de don mutuel, les héritiers du conjoint prédécédé ne laissent pas d'en exercer la reprise sur la masse des biens de la communauté, et le survivant ne jouit pour son don mutuel que de la part du prédécédé dans ce qui reste de ladite masse, après les reprises respectives exercées et prélevées.

162. A l'égard de ce qui est dit, *conquêts faits durant et constant le mariage*, ces termes n'ont été mis que pour exclure du don mutuel les acquêts faits avant le mariage, lesquels sont propres de communauté : ils n'ont pas été mis pour restreindre le don mutuel aux seuls conquêts réels ; et il n'est pas douteux, dans l'usage, que les héritages que les conjoints ont mis dans la communauté par une clause d'ameublissement entrent dans le don mutuel, comme tous les autres biens de la communauté.

163. Un homme a tiré de sa communauté une somme de 10,000 livres pour acquitter ses dettes propres, ou pour quelque autre affaire pour laquelle il doit récompense de cette somme à la communauté ; ensuite lui et sa femme se font un don mutuel : si c'est lui qui survit, la créance de 5,000 livres appartenante à la femme pour sa part dans celle de 10,000 livres que la communauté a contre lui pour ladite récompense, entre dans le don mutuel que sa femme lui a fait de sa part dans les biens de la communauté qui se trouveroient lui appartenir au jour de sa mort ; en conséquence il a donc, en sa qualité de donataire mutuel, droit de jouir pendant sa vie de cette créance de 5,000 livres

que les héritiers de sa femme ont contre lui, lesquels ne peuvent l'exiger qu'après l'extinction de l'usufruit. Mais si c'est le mari débiteur de la récompense qui précède, la femme donataire mutuelle pourra-t-elle prétendre que la somme de 5,000 livres qui appartenait à son mari dans la créance de 10,000 livres que la communauté avait contre lui, et dont il a fait confusion, comme en étant le débiteur, est entrée dans le don mutuel que son mari lui a fait, et demander en conséquence que les héritiers de son mari lui comptent une somme de 10,000 livres; savoir, 5,000 livres pour la part qui lui appartient de son chef, comme commune, dans sa créance de 10,000 livres que la communauté avait contre son mari, et 5,000 livres pour la part que son mari avait dans ladite créance, et dont il a fait confusion afin qu'elle en jouisse par usufruit, comme étant entrée dans le don mutuel que son mari lui a fait; si mieux n'aiment les héritiers lui faire l'intérêt de cette somme pendant sa vie?

Pour la négative on dit que dans le même temps que la communauté est devenue créancière du mari de la somme de 10,000 livres qu'il en avait tirée, il s'est fait confusion et extinction de la part qu'il avait dans cette créance, personne ne pouvant, *per rerum naturam*, être créancier de lui-même. La part que le mari avait dans la créance que la communauté avait contre lui ayant donc été éteinte par la confusion aussitôt qu'elle est née, et ne subsistant plus au temps du don mutuel, elle n'a pu entrer dans le don mutuel qu'il a fait à sa femme, le néant ne pouvant être susceptible du don mutuel; la femme ne peut donc être fondée, en sa

qualité de donataire, à demander la jouissance de la part que son mari avoit dans la créance des 10,000 livres dont il a fait confusion.

On dit au contraire pour l'affirmative que, si ladite somme de 5,000 livres n'entroit pas dans le don mutuel que le mari a fait à sa femme, il y auroit inégalité dans le don mutuel; le mari auroit donné 5,000 livres de moins que ce que sa femme lui a donné. Quant à ce qu'on dit que la part que le mari avoit dans la créance de 10,000 livres que la communauté avoit contre lui, ayant été éteinte par la confusion, et que, ne subsistant plus, elle n'a pu entrer dans le don mutuel, on répond qu'il est vrai qu'elle ne subsiste plus, quant à la subtilité; mais le profit que le mari a fait par l'emploi de la somme qu'il a tirée de la communauté pour l'augmentation de ses biens propres est un profit très réel, dont il doit récompense à sa femme pour moitié, et qu'il ressent très réellement pour l'autre moitié. Ce profit, qui est encore subsistant au temps de sa mort, qui fait partie de ce qu'il se trouve, au temps de sa mort, profiter des biens de la communauté, doit faire partie par conséquent du don mutuel qu'il a fait à sa femme des biens de la communauté. Cette opinion me paroît la plus équitable.

C'est pourquoi je pense qu'on doit établir pour principe général que, pour régler ce qui doit composer le don mutuel, on doit faire une masse de tous les effets qui se trouvent composer la communauté au temps de la mort du prédécédé; à laquelle masse, dans le cas auquel chacun desdits conjoints, ou l'un d'eux, se trouveroit débiteur, pour récompense, de plus qu'il

Le lui est dû pour ses reprises, chacun desdits conjoints, ou l'un d'eux, doit rapporter et ajouter la somme dont il se trouve débiteur envers la communauté, déduction faite de ce qui lui est dû par ladite communauté; de même que dans le cas contraire, lorsque chacun des conjoints, ou l'un d'eux, est créancier de ladite communauté de plus qu'il ne lui doit, chacun des conjoints doit prélever sur cette masse la somme dont il est créancier de la communauté, déduction faite de ce qu'il doit à ladite communauté. C'est de la part que la succession du prédécédé a dans cette masse, ainsi augmentée par lesdits rapports, ou diminuée par lesdits prélèvements, que le don mutuel du survivant doit être composé.

164. Lorsque par le contrat de mariage la reprise de ce que la femme a apporté à la communauté a été stipulée au profit des père et mère de la femme; l'homme et la femme s'étant fait, pendant le mariage, un don mutuel, la femme étant prédécédée, et ayant laissé pour héritiers ses père et mère, lesquels ont renoncé à la communauté, on a fait la question de savoir si le mari, en sa qualité de donataire mutuel, peut prétendre jouir en usufruit de cet apport. Ricard pensoit qu'il n'y est pas fondé. La raison qu'il allégué est que la femme, par la clause de reprise de l'apport portée au contrat de mariage, doit être censée n'avoir mis dans la communauté ce qu'elle y a apporté que sous la condition qu'elle ou ses héritiers, au profit desquels la reprise avoit été stipulée, ne renonceroient pas à la communauté; que la condition ayant défailli par leur renonciation, les effets apportés par la femme étoient

censés n'être point entrés en communauté, n'être point effets de la communauté, mais un bien propre de la femme, qui ne pouvoit par conséquent entrer dans le don mutuel, lequel ne peut être qu'à des biens de la communauté.

Nous trouvons au troisième tome des Oeuvres de M. d'Aguesseau un arrêt du 12 mars 1696, qui a jugé, contre ce sentiment de Ricard, que le mari survivant devoit, en sa qualité de donataire mutuel, jouir de la mise en la communauté de la femme, que les héritiers de la femme avoient, par la clause du contrat de mariage, droit de reprendre en renonçant à la communauté. M. d'Aguesseau établit parfaitement bien la fausseté du principe de Ricard. Il est faux que les choses que la femme a apportées en communauté doivent être censées n'en avoir jamais fait partie, lorsque la femme ou ses héritiers, auxquels la faculté de les reprendre en cas de renonciation a été accordée par le contrat de mariage, exercent cette reprise. Cette faculté qui leur est accordée de les en retirer suppose qu'elles y sont entrées. Elles faisoient donc partie des biens de la communauté au temps du décès de la femme prédécédée, et elles n'en doivent sortir qu'après sa mort, par la reprise que ses héritiers en exercent. Or il suffit, aux termes de l'article 280, qu'elles aient été communes au temps du décès de la femme prédécédée, pour qu'elles soient comprises dans le don mutuel qu'elle a fait à son mari.

La clause pour la reprise de l'apport, en cas de renonciation à la communauté, est mise pour empêcher que le mari ou ses héritiers en leur qualité de seuls

maîtres des biens de la communauté, par la renonciation de sa femme ou de ses héritiers, ne puissent retenir les choses que la femme y a mises, de même que le surplus des biens de la communauté : mais cette clause, étant de droit très étroit, et non susceptible d'extension, doit être bornée à ce cas, et ne doit pas être étendue au cas du don mutuel. Si elle empêche que le mari, en sa qualité de seul maître des biens de la communauté, par la renonciation des héritiers de sa femme, ne puisse néanmoins retenir les choses qui y ont été mises par sa femme, elle ne doit pas empêcher que le mari ne puisse en avoir la jouissance à un autre titre, en sa qualité de donataire mutuel de sa femme.

165. Le mari a-t-il droit, en ce cas, de jouir en don mutuel de toute cette reprise, ou seulement de la moitié? Pour restreindre le don mutuel à la moitié, on allègue le principe que l'un des conjoints ne peut donner à l'autre plus que ce que l'autre lui a réciproquement donné. Or le mari n'ayant jamais pu avoir que la moitié dans les effets apportés par la femme, et compris dans la reprise, il n'a pu en donner à sa femme que cette moitié : donc, dit-on, sa femme n'a pu, de son côté, lui en donner par don mutuel que la moitié. La réponse est que le don mutuel que le mari a fait à sa femme, et qu'elle eût recueilli s'il fût précédé, n'étoit pas seulement de sa part dans les effets apportés par sa femme, mais de sa part dans tous les effets de la communauté, laquelle part pouvoit égaler le total de ceux compris dans la reprise. On ne peut donc pas dire qu'en donnant par don mutuel en

usufruit à son mari le total de cette reprise elle lui a donné plus que ce que son mari lui donnoit réciproquement.

166. On a aussi agité la question si, lorsque la femme survivante a renoncé à la communauté, elle peut demander le don mutuel que son mari lui a fait des biens de la communauté. La question ne peut guère se présenter dans le cas auquel la reprise de ce que la femme a apporté à la communauté n'auroit pas été stipulée par le contrat de mariage, car la femme ne renonce à la communauté que parcequ'elle la juge mauvaise; et cette raison, qui la porte à renoncer à la communauté, ne doit pas manquer de la porter à renoncer au don mutuel que son mari lui a fait des biens de la communauté, aussi bien qu'à la communauté. Mais étant d'usage que les femmes stipulent par les contrats de mariage qu'en cas de renonciation à la communauté elles auront la reprise de ce qu'elles y ont apporté, il peut arriver souvent qu'une femme renonce à la communauté, et ait intérêt de jouir en don mutuel des biens de la communauté, qui demeurent, par sa renonciation, aux héritiers du mari.

Supposons, par exemple, que lors de la mort du mari le fonds de la communauté, toutes dettes déduites, étoit de 20,000 livres, y compris 14,000 livres que la femme y avoit apportées, et qu'elle avoit droit de reprendre en renonçant à la communauté, suivant la clause de son contrat de mariage. La femme, dans cette espèce, renoncera à la communauté, pour reprendre ses 14,000 livres; au lieu qu'en l'acceptant elle n'auroit eu que 10,000 livres pour sa part en la

communauté. Cette femme, ayant renoncé à la communauté, et repris ses 14,000 livres, est-elle fondée à jouir en don mutuel des 6,000 livres, qui demeurent aux héritiers de son mari, du fonds de la communauté?

Pour la négative on dit : Lorsque la femme renonce à la communauté, c'est comme s'il n'y avoit jamais eu de communauté entre les conjoints, c'est comme s'il n'y avoit jamais eu rien de commun entre eux qu'ils se soient pu donner. La femme sur-tout n'avoit en ce cas rien qu'elle ait pu donner à son mari, puisque la femme, en cas de renonciation à la communauté, n'a aucune part dans les biens de la communauté. Mais si la femme n'avoit, dans ce cas, rien à donner à son mari, le mari n'a pu, de son côté, lui en donner, l'un des conjoints ne pouvant rien donner à l'autre par don mutuel qu'autant que l'autre peut lui donner réciproquement. On répond pour la femme, au premier moyen opposé par les héritiers, qu'il est bien vrai que, lorsque la femme renonce à la communauté, elle n'a pas plus de part dans l'actif ni dans le passif de la communauté que s'il n'y avoit pas eu de communauté : mais il n'est pas vrai que, lorsque la femme renonce à la communauté, il n'y ait jamais eu de communauté, ni rien de commun entre les conjoints qu'ils se soient pu donner ; car au contraire la renonciation à la communauté suppose nécessairement une communauté et des effets communs qui ont pu être l'objet du don mutuel ; car, pour renoncer à la communauté, il faut qu'il y ait eu une communauté : on ne peut pas renoncer à ce qui n'est pas.

A l'égard du second moyen, il est faux que la femme qui a renoncé à la communauté pour reprendre son apport n'eût rien à donner de son côté à son mari, s'il lui eût survécu. Elle avoit à lui donner la part qu'elle devoit laisser à ses héritiers dans les biens de la communauté, à laquelle ses héritiers n'auroient pas renoncé comme elle a fait, n'ayant pas le droit qu'elle avoit de reprendre son apport; et quand même ses héritiers auroient eu le même droit, elle auroit eu à lui donner les choses comprises en son apport, ces choses étant un bien de communauté susceptible du don mutuel, comme nous l'avons décidé en la question précédente, et qui pouvoit égaler ce que son mari lui avoit donné.

Par ces raisons, on doit décider que la femme, quoiqu'elle renonce à la communauté, peut être donataire mutuelle de son mari. M. d'Aguesseau, dans son plaidoyer ci-dessus cité, n. 157, rapporte un arrêt de 1641, rendu après une enquête par turbes, faite au Châtelet, qui a jugé conformément à cette décision, et a fixé sur ce point la jurisprudence.

Peut-elle, en ce cas, jouir du total des biens de la communauté, qui, par sa renonciation, sont demeurés aux héritiers du mari; ou n'en doit-elle jouir que de la moitié? Ricard décide qu'elle n'en doit jouir que de la moitié. Sa raison est que le mari n'a pu donner à sa femme plus que ce que sa femme pouvoit lui donner.

Il faut décider au contraire que la femme doit jouir en don mutuel du total de ce qui est resté aux héritiers du mari des biens de la communauté, après la déduction de l'apport de la femme, qui en a été faite: car

la femme ne prenant le parti de renoncer à la communauté que parceque son apport qu'elle reprend en renonçant, est plus considérable, ou au moins aussi considérable que la part qu'elle auroit eue dans les biens de la communauté en l'acceptant, il s'ensuit que le total des biens de la communauté resté aux héritiers du mari, après la distraction de l'apport de la femme, ne peut être tout au plus que la moitié des biens dont étoit composée la communauté dans laquelle cet apport étoit compris. C'est pourquoi il est évident qu'en comprenant dans le don mutuel que le mari a fait à sa femme le total du restant desdits biens de la communauté, qui demeurent à ses héritiers par la renonciation de la femme, il ne lui donne pas plus, et peut-être moins, que ce que sa femme, de son côté, lui a donné par le don mutuel qu'elle lui a fait, dont il eût joui si elle fût prédécédée.

167. Il nous reste à observer que, lorsque le mari et la femme, ou l'un d'eux, se sont donné par don mutuel plus que la loi ne leur permettoit de se donner, comme lorsqu'ils se sont donné en usufruit leurs biens de communauté et leurs propres, ou lorsqu'ils se sont donné la propriété de leurs biens de communauté, au lieu de s'en donner seulement l'usufruit, le don mutuel est, en ce cas, entièrement nul de part et d'autre. En cela le don mutuel est différent des legs. Lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un plus que la loi ne lui permettoit de léguer, le legs n'est pas entièrement nul, il est seulement réductible à ce que la loi lui permet de léguer.

Par exemple, si un testateur avoit légué à quelqu'un

ses meubles et acquêts, et le total de ses propres, le legs ne seroit pas nul, mais il seroit réductible aux meubles et acquêts, et au quint des propres. La raison de différence est que les legs sont valables par la seule volonté du testateur consignée dans son testament. C'est pourquoi, pour qu'un legs excessif soit valable au moins jusqu'à concurrence de ce que la loi permet de donner, il suffit que le testateur qui a légué ait eu la volonté de léguer au moins ce que la loi permet, pour que le legs soit valable jusqu'à cette concurrence. Or le moins étant renfermé dans le plus; *in eo quod plus est, inest et minus*; le testateur qui a légué plus que la loi ne lui permettoit, a eu la volonté de léguer ce que la loi lui permet de léguer, qui est renfermé dans le plus. Par exemple, celui qui a légué le total de ses propres a eu la volonté d'en léguer le quint que la loi permet de léguer, le quint étant renfermé dans le total qu'il a voulu léguer. Le legs n'est donc pas entièrement nul; il est valable jusqu'à concurrence de ce que la loi permet de léguer.

Il n'en est pas de même du don mutuel. Le don mutuel, étant un acte synallagmatique, n'est pas valable par la seule volonté de l'une des parties qui a fait le don. Il ne suffit donc pas, pour que le don de celui qui a donné plus que la loi ne lui permettoit de donner soit valable, qu'il ait voulu donner ce que la loi lui permettoit de donner. Lorsqu'un homme et une femme se font un don mutuel, chacun d'eux ne donne à l'autre qu'à cause du don que l'autre lui fait de son côté. C'est pourquoi, lorsque par don mutuel j'ai donné à ma femme plus que la loi ne me permettoit;

putà, lorsque je lui ai donné mes biens de communauté et mes propres, ma femme ne m'ayant donné de son côté qu'à cause du don que je lui faisais, et qu'autant que le don que je lui faisais auroit pu avoir son entière exécution, dans le cas auquel elle m'auroit survécu, le don que je lui ai fait ne pouvant pas avoir son entière exécution, puisque la loi ne me permet pas de disposer par don mutuel envers ma femme de mes propres; celui qu'elle m'a fait de son côté n'ayant été fait que dans cette fausse supposition, tombe *quasi ex conditionis defectu*, et est entièrement nul. Mais, si le don que ma femme m'a fait est nul, celui que je lui ai fait est aussi entièrement nul, et non pas seulement pour ce que j'ai donné de plus que la loi ne me permettoit; car il est de l'essence du don mutuel que le don que l'un des conjoints fait à l'autre ne puisse être valable qu'autant que celui que l'autre lui a fait eût pu l'être. C'est ce qu'établit Ricard en son *Traité du Don mutuel*, chap. 4, §. 6.

La coutume de la Marche s'est écartée, à la vérité, de ce principe. Après avoir dit, art. 290, que le don mutuel doit être égal, elle ajoute, *et s'il y avoit inégalité, sera réduit à l'égalité*. Elle se contente donc de réduire le don de celui qui a donné plus qu'il ne pouvoit, elle ne le déclare pas nul; mais je crois que cette coutume doit être restreinte à son territoire.

168. Si par un acte fait pendant le mariage, après une première convention par laquelle un homme et une femme se seroient fait don mutuel en usufruit de leurs biens de communauté, aux charges de la coutume, par le même acte, par une convention particulière,

L'homme donnoit en outre à la femme l'usufruit de ses biens propres, on pourroit peut-être soutenir que la nullité du don fait par le mari de l'usufruit de ses propres n'entraîneroit pas la nullité du don mutuel que les conjoints se sont fait de l'usufruit de leurs biens de communauté, parceque ces dons, étant faits par des conventions séparées, paroissent indépendants l'un de l'autre. Néanmoins cela souffre difficulté; car on peut dire que les conventions d'un même acte, quoique énoncées par des clauses séparées, sont relatives les unes aux autres, et que, dans cette espèce, la femme a pu ne se porter à faire à son mari le don de sa part de l'usufruit dans les biens de la communauté qu'en considération de celui que son mari lui faisoit, même de celui de ses propres.

CHAPITRE III.

De la forme du don mutuel entre homme et femme.

169. Quoique l'ordonnance de 1741, art. 46, ait excepté les dons mutuels entre mari et femme de la nécessité des formes et des règles qu'elle a prescrites pour les autres donations entre vifs, néanmoins il y a encore quelques formes auxquelles ces dons mutuels sont assujettis.

Ils doivent, de même que les autres donations entre vifs, être faits par des actes passés devant notaires, dont il reste minute.

Cette forme est nécessaire pour empêcher les fraudes;

L'homme donnoit en outre à la femme l'usufruit de ses biens propres, on pourroit peut-être soutenir que la nullité du don fait par le mari de l'usufruit de ses propres n'entraîneroit pas la nullité du don mutuel que les conjoints se sont fait de l'usufruit de leurs biens de communauté, parceque ces dons, étant faits par des conventions séparées, paroissent indépendants l'un de l'autre. Néanmoins cela souffre difficulté; car on peut dire que les conventions d'un même acte, quoique énoncées par des clauses séparées, sont relatives les unes aux autres, et que, dans cette espèce, la femme a pu ne se porter à faire à son mari le don de sa part de l'usufruit dans les biens de la communauté qu'en considération de celui que son mari lui faisoit, même de celui de ses propres.

CHAPITRE III.

De la forme du don mutuel entre homme et femme.

169. Quoique l'ordonnance de 1741, art. 46, ait excepté les dons mutuels entre mari et femme de la nécessité des formes et des règles qu'elle a prescrites pour les autres donations entre vifs, néanmoins il y a encore quelques formes auxquelles ces dons mutuels sont assujettis.

Ils doivent, de même que les autres donations entre vifs, être faits par des actes passés devant notaires, dont il reste minute.

Cette forme est nécessaire pour empêcher les fraudes;

autrement, si le don mutuel pouvoit se faire par un acte sous signature privée, il seroit au pouvoir d'un conjoint, en antidatant l'acte, de faire ce don pendant sa dernière maladie; ce que la loi ne permet pas, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 151.

Parcillemeut, si le don mutuel pouvoit se faire par un acte passé à la vérité devant notaires, mais expédié en brevet sans qu'il restât minute, il seroit au pouvoir du mari, en supprimant l'acte, d'annuler le don mutuel sans le consentement de sa femme, ce qui est contraire au caractère de l'irrévocabilité qui est de l'essence du don mutuel.

170. Ce don mutuel doit se faire par un seul et même acte. Si chacun des conjoints avoit, par des donations séparées, fait donation à l'autre conjoint, en cas de survie du donataire, de l'usufruit de sa part dans les biens de la communauté qui se trouveroient lors de son prédécès, aucune de ces donations ne seroit valable. C'est ce qu'observe Dumoulin, en sa note sur l'article 325 de la coutume d'Anjou, qui permet aux conjoints par mariage de se donner par don mutuel: *Non ergò seorsim* (dit-il), *etiam si alter alteri donaret, sed separatim et non mutuâ contemplatione.*

Ricard néanmoins, en son *Traité du Don mutuel*, n. 135 et 136, pense qu'un don mutuel pourroit être valable, quoique fait par des donations séparées que chacun des conjoints auroit faites à l'autre, et même en différents temps, pourvu que dans chacune des donations il fût exprimé que la donation est faite en exécution du dessein qu'ils avoient formé ensemble de se faire don mutuel des biens de leur communauté, et

qu'au temps de chacune des donations l'un et l'autre des conjoints fût en santé. Cela n'est pas sans difficulté: c'est pourquoi, lorsqu'un homme et une femme qui sont en des lieux éloignés veulent se faire don mutuel, comme lorsque l'homme est à l'armée, il faut que l'homme envoie procuration à un de ses amis sur le lieu où est sa femme, pour faire en son nom le don mutuel avec sa femme, par un même acte, et que, par cette procuration, il autorise sa femme pour le faire.

171. Le don mutuel est-il sujet à la forme de l'insinuation? Il sembleroit qu'il ne devoit pas y être sujet. L'insinuation est requise, dans les autres donations entre vifs, en faveur des tiers acquéreurs et des créanciers qui contracteroient depuis la donation avec le donateur; parceque, si cette donation n'étoit pas rendue publique par l'insinuation, ces tiers acquéreurs et créanciers, qui ignoreroient la donation, pourroient être induits en erreur en contractant avec un homme qu'ils croiroient avoir beaucoup de biens, et qui s'en seroit dépouillé par la donation qu'ils ignorent. L'insinuation des donations est aussi requise en faveur des héritiers, qui, faute d'avoir connoissance des donations faites par le défunt, pourroient être induits en erreur, et accepter une succession chargée de dettes, en comptant sur des biens dont le donateur s'est dépouillé par des donations qu'ils ignoroient.

Ces raisons, dira-t-on, ne se rencontrent pas à l'égard du don mutuel: ce don n'étant que des biens que le donateur laissera lors de son décès, et étant fait à la charge des dettes que le donateur a contractées depuis

la donation, le don mutuel ne peut intéresser ceux qui ont acquis du donateur ou qui ont contracté avec le donateur depuis le don mutuel, et ils n'ont aucun intérêt d'en avoir connoissance par l'insinuation.

Le défaut de publicité de la donation ne peut pas non plus, dira-t-on, induire en erreur les héritiers du donateur, en leur faisant accepter une succession chargée de dettes, sans trouver les biens sur lesquels ils comptoient pour les acquitter, puisque les biens compris au don mutuel sont chargés des dettes.

Nonobstant ces raisons, la coutume de Paris a assujéti à l'insinuation les dons mutuels entre mari et femme. Elle dit en l'art. 284 : « Un don mutuel..... pour
« être valable, doit être insinué dans les quatre mois
« du jour du contrat; et l'insinuation faite par l'un
« d'eux vaut pour tous deux; après laquelle insinuation
« ledit don mutuel n'est révocable, sinon du consente-
« ment des deux conjoints. »

Ce n'est pas seulement en la coutume de Paris que les donations mutuelles entre mari et femme sont sujettes à l'insinuation. On en exceptoit autrefois seulement celles faites dans la coutume de Poitou, parceque, dans cette coutume, ces donations sont plutôt des donations pour cause de mort que des donations entre vifs; mais, par une déclaration du roi du 5 décembre 1622, toutes donations mutuelles entre mari et femme, même celles faites dans la coutume de Poitou, sont déclarées sujettes à l'insinuation.

A l'égard des raisons ci-dessus opposées, on répond : Il est vrai que les tiers acquéreurs qui ont acquis du donateur, et les créanciers avec qui il a contracté depuis

Le don mutuel, n'ont aucun intérêt d'avoir connoissance de la donation par l'insinuation ; mais il n'en est pas de même des héritiers du donateur : ils pourroient quelquefois être induits en erreur, faute d'avoir eu, par l'insinuation, connoissance de la donation ; comme lorsque la succession est embarrassée de beaucoup de dettes propres qui ne sont point à la charge du don mutuel. Un héritier appelé à la succession, faute d'avoir connoissance de la donation, se portera plus facilement à l'accepter, croyant d'abord entrer en jouissance, qu'il ne s'y porteroit s'il savoit ne devoir entrer en jouissance qu'après la mort du donataire.

Ricard rapporte encore une autre raison pour laquelle l'insinuation des donations mutuelles entre mari et femme a pu être ordonnée. C'est, dit cet auteur, pour empêcher les fraudes ; car sans cela, comme l'a observé Ricard, un mari pourroit profiter du don mutuel que lui a fait sa femme sans que sa femme pût profiter de celui qu'il lui a fait, en faisant passer l'acte du don mutuel par un notaire inconnu à sa femme, et mettant par ce moyen la femme dans l'impossibilité de trouver l'acte du don mutuel, dans le cas auquel elle survivroit.

172. Observez que dans le don mutuel l'insinuation n'est nécessaire que pour la donation que la femme fait à son mari : elle ne l'est pas pour celle que le mari a faite à sa femme ; car le mari étant, en sa qualité d'administrateur des droits et biens de sa femme, obligé envers elle de faire tout ce qui est nécessaire pour la conservation de ses droits, ni lui, ni les héritiers qui succèdent à ses obligations, ne peuvent être recevables

à opposer à la femme le défaut d'insinuation de la donation qu'il lui a faite, puisque c'étoit lui-même qui, en sa susdite qualité, en étoit chargé. C'est la disposition de l'article 30 de l'ordonnance de 1731. Mais lorsque c'est la femme qui est précédée, si le don mutuel n'a pas été insinué, les héritiers de la femme sont bien fondés à opposer au mari donataire mutuel le défaut d'insinuation, et à faire en conséquence déclarer nul le don mutuel.

173. On a fait la question si, dans la coutume de Paris, la femme étoit reçue à révoquer le don mutuel, pour le défaut d'insinuation? Duplessis tient l'affirmative; le texte de la coutume de Paris paroît favoriser cette opinion. L'article 284 rapporté ci-dessus, n. 164, dit: *Après laquelle insinuation le don mutuel n'est révocable, sinon du consentement des deux parties*; d'où il pourroit sembler qu'on peut, par argument à *contrario*, conclure que tant que le mari est en demeure de satisfaire à l'insinuation il est loisible à la femme de révoquer le don mutuel. Quant à ce qu'on pourroit opposer que les autres donations entre vifs ne peuvent être attaquées par le défaut d'insinuation que par les tiers acquéreurs et créanciers du donateur, et par ses héritiers, et non par le donateur lui-même, on pourroit peut-être répondre que l'insinuation des autres donations entre vifs n'est requise qu'en faveur des tiers acquéreurs, des créanciers, et des héritiers du donateur, qui peuvent avoir intérêt d'être instruits de la donation par la publicité de l'insinuation, et non en faveur du donateur, qui ne peut ignorer la donation qu'il a faite. Mais l'insinuation du don mutuel entre mari et

femme est requise pour une raison qui concerne la personne même de la femme qui a fait le don mutuel, comme nous l'avons vu *suprà*. La femme peut donc elle-même être reçue à en opposer le défaut, pour révoquer et faire déclarer nul le don mutuel.

Ricard pense au contraire que la femme n'est pas recevable à opposer elle-même le défaut d'insinuation. Il répond à l'argument tiré du texte de la coutume de Paris, que les arguments à *contrario* ne sont pas toujours concluants; que celui dont on se sert dans la question présente n'est pas suffisant pour faire exception au principe général, qu'un donateur n'est pas recevable à opposer lui-même contre sa donation le défaut d'insinuation. Comme ce principe n'étoit pas, au temps de la réformation de la coutume de Paris, aussi avéré qu'il l'est aujourd'hui, la coutume n'a entendu décider autre chose, sinon que le don mutuel étoit irrévocable après l'insinuation, en laissant indécise la question s'il pouvoit être révoqué auparavant par le défaut d'insinuation.

Il faut s'en tenir à l'avis de Ricard. L'ordonnance de 1731, art. 17, en décidant que le donateur ne peut opposer le défaut d'insinuation, n'a fait aucune exception pour les donations mutuelles entre mari et femme.

174. L'article ci-dessus rapporté dit que le don mutuel doit être insinué *dans les quatre mois du jour du contrat*. Cela ne doit pas s'entendre en ce sens, que l'insinuation ne puisse plus se faire après l'expiration de ce délai. Le mari, qui est chargé de cette insinuation, est toujours à temps de la faire valablement pen-

dant la vie de sa femme, et l'héritier de la femme n'en peut opposer le défaut que lorsqu'elle n'a pas été faite du vivant de la femme. Pareillement, même dans l'opinion de ceux qui pensent que la femme peut elle-même impugner le don mutuel par le défaut d'insinuation, le mari peut, quoique après l'expiration du délai, faire valablement l'insinuation, tant que la femme ne s'est pas plainte. Tout l'effet de ce délai est que le mari ne peut être censé en demeure de faire l'insinuation, tant que ce délai qui lui est accordé pour la faire, n'est point expiré. C'est pourquoi, lorsque la femme est morte peu après l'acte du don mutuel, avant l'expiration de ce délai de quatre mois accordé pour la faire, le mari peut, dans le temps qui lui reste de ce délai, faire valablement l'insinuation, quoique après la mort de la femme, sans que l'héritier puisse en ce cas lui opposer le défaut de l'insinuation, n'ayant point été en demeure de la faire. Par la même raison, dans l'opinion de ceux qui reçoivent la femme à révoquer le don mutuel par le défaut d'insinuation, elle n'y seroit recevable qu'après l'expiration de ce délai.

175. Il nous reste à observer, à l'égard de l'insinuation du don mutuel, que le don mutuel n'ayant aucun objet déterminé, il suffit que l'insinuation se fasse au lieu du domicile des parties; il n'est pas nécessaire de la faire au lieu de la situation des choses données, étant incertain, jusqu'à la mort du donateur, quelles seront les choses qui se trouveront faire l'objet de la donation. Cela a été décidé par arrêt du 29 juillet 1767, rendu *consultis classibus*, rapporté au supplément de Denisart, sur le mot *insinuation*.

Lorsque l'insinuation se fait dans le délai de la loi, comme elle a en ce cas un effet rétroactif au temps du contrat, elle doit être faite au lieu du domicile que les parties avoient au temps du contrat, quoiqu'elles en aient changé depuis ; mais, lorsqu'elle se fait après le délai, l'insinuation doit se faire au lieu où les parties ont leur domicile lors de l'insinuation. C'est une distinction observée par Ricard, en son *traité des Donations*, n. 1212.

176. Le don mutuel n'est pas sujet aux autres formalités des donations entre vifs, telles qu'est celle de l'acceptation expresse. Il est nécessaire pour la validité des autres donations entre vifs, qu'il soit dit en termes exprès que la donation a été acceptée par le donataire, ou par quelqu'un ayant pouvoir ou qualité de l'accepter pour lui, sans que cette formalité puisse être suppléée, ni par la signature du donataire au bas de l'acte de donation, ni même par son entrée en possession des choses données ; ordonnance de 1731, art. 6. Au contraire, le don mutuel entre mari et femme est valable, quand même on auroit omis de faire mention par l'acte que les parties l'ont respectivement accepté ; l'ordonnance de 1731, art. 46, ayant déclaré les dons mutuels entre mari et femme n'être compris dans ses dispositions.

177. La tradition requise dans les autres donations entre vifs ne l'est pas dans le don mutuel ; il n'en est pas même susceptible, n'étant que des choses que le donateur laissera après sa mort.

178. C'est une forme qui n'est pas particulière au don mutuel, mais qui est commune à tous les actes

dans lesquels une femme sous puissance de mari est partie, que pour que l'acte soit valable la femme doit être autorisée de son mari. Voyez notre *traité de la Puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, n. 42, où nous avons réfuté l'opinion de Ricard, qui a cru que l'autorisation du mari n'étoit pas nécessaire pour le don mutuel.

CHAPITRE IV.

Des conditions d'où dépend le don mutuel.

179. Le don mutuel entre mari et femme dépend de deux conditions : la première est la condition de la survie du donataire ; la seconde est qu'il ne se trouvera aucun enfant, ni de l'un ni de l'autre des conjoints, au temps du décès du premier mourant. Chacune de ces conditions fera la matière d'un paragraphe. Nous dirons un mot, dans un troisième paragraphe, des autres conditions qu'on pourroit y ajouter.

§. I. De la condition de survie.

180. Les donations mutuelles que les conjoints se font l'un à l'autre sont faites sous la condition de la survie du conjoint donataire. C'est pourquoi la donation que le conjoint prédécédé a faite au survivant est la seule qui ait effet par l'accomplissement de la condition de la survie du conjoint survivant. Au contraire, celle que le conjoint survivant avoit réciproquement

dans lesquels une femme sous puissance de mari est partie, que pour que l'acte soit valable la femme doit être autorisée de son mari. Voyez notre *traité de la Puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, n. 42, où nous avons réfuté l'opinion de Ricard, qui a cru que l'autorisation du mari n'étoit pas nécessaire pour le don mutuel.

CHAPITRE IV.

Des conditions d'où dépend le don mutuel.

179. Le don mutuel entre mari et femme dépend de deux conditions : la première est la condition de la survie du donataire ; la seconde est qu'il ne se trouvera aucun enfant, ni de l'un ni de l'autre des conjoints, au temps du décès du premier mourant. Chacune de ces conditions fera la matière d'un paragraphe. Nous dirons un mot, dans un troisième paragraphe, des autres conditions qu'on pourroit y ajouter.

§. I. De la condition de survie.

180. Les donations mutuelles que les conjoints se font l'un à l'autre sont faites sous la condition de la survie du conjoint donataire. C'est pourquoi la donation que le conjoint prédécédé a faite au survivant est la seule qui ait effet par l'accomplissement de la condition de la survie du conjoint survivant. Au contraire, celle que le conjoint survivant avoit réciproquement

faite au conjoint prédécédé demeure sans effet, par la défaillance de la condition.

181. On a agité la question, si la mort civile de l'un des conjoints, qui arrive par une condamnation à une peine capitale, faisoit exister la condition de la survie de l'autre conjoint? On tenoit autrefois la négative, et on citoit un arrêt rendu par le roi Henri II, tenant son lit de justice, qui a jugé que la condition de survie ne s'accomplissoit que par la mort naturelle; et qu'en conséquence la mort civile de l'un des conjoints n'avoit pu donner ouverture au préciput, au profit de l'autre conjoint. Mais nous avons vu dans notre *traité de la Communauté*, n. 443, où nous avons amplement traité la question, que la jurisprudence avoit changé, et qu'on avoit jugé que la mort civile qu'un homme avoit encourue en sortant du royaume pour cause de religion, avoit donné ouverture au préciput de l'autre conjoint. Cet arrêt ayant décidé, à l'égard d'une convention de préciput, que la mort civile de l'un des conjoints faisoit exister la condition de survie de l'autre conjoint, il y a même raison pour décider, dans l'espèce d'un don mutuel, que la mort civile de l'un des conjoints fait exister la condition de survie de l'autre conjoint, et donne en conséquence ouverture à la donation que lui a faite le conjoint mort civilement.

On peut encore tirer argument de l'ordonnance de 1747, qui porte en l'article 24 que la mort civile donnera ouverture aux substitutions, de même que la mort naturelle.

§. II. De la condition que ni l'un ni l'autre conjoint n'auront aucuns enfans lors du décès du premier mourant.

182. Cette condition est apposée en termes formels, au don mutuel, par l'article 280. Il est dit: « Homme
« et femme peuvent et leur loist faire donation mu-
« tuelle pourvu qu'il n'y ait enfans, soit des deux
« conjoints ou de l'un d'eux, lors du décès du premier
« mourant. »

Cette condition ayant été apposée en faveur des enfans, il sembleroit qu'il devoit suffire que le donateur prédécédé n'eût laissé aucuns enfans, et que ceux du donataire survivant ne devoient pas faire obstacle au don mutuel, n'y ayant que ceux du donateur prédécédé qui aient intérêt de l'empêcher. Néanmoins il faut décider que les enfans du donataire, aussi bien que ceux du donateur, font défailir la condition apposée par cet article au don mutuel, et le rendent nul.

En effet, la coutume ne dit pas, *pourvu qu'il n'y ait enfans du prédécédé*, mais elle dit indistinctement, *pourvu qu'il n'y ait enfans, soit des deux, ou de l'un d'eux*; ce qui comprend ceux du donateur survivant aussi bien que ceux du prédécédé donateur. La raison est qu'il est de l'essence du don mutuel que la donation faite par l'un des conjoints ne puisse être valable qu'autant que celle qui lui a été faite par l'autre conjoint eût pu l'être s'il fût prédécédé; autrement elle ne seroit pas mutuelle. Or, lorsque le survivant a des enfans, la donation que le survivant a faite au conjoint prédécédé n'eût pu être valable si ce fût le survivant qui fût

prédécedé. Donc celle que le prédécédé a faite au survivant n'est pas, en ce cas, valable; donc les enfants du conjoint donataire survivant font obstacle au don mutuel aussi bien que ceux du donateur prédécédé.

183. Quoique dans cette condition, *pourvu qu'il n'y ait enfants*, la coutume se soit exprimée au pluriel, néanmoins il suffit qu'il y en ait un seul pour faire défaillir la condition: *Si sine liberis decessas, conditio deficit, vel uno filio superstite relicto*; l. 101, §. 2, ff. de cond. et dem.

184. Il y a plus. Quoiqu'il n'y eût encore, lors du décès du premier mourant, aucun enfant né; si la veuve du prédécédé étoit alors enceinte, cette femme étant depuis accouchée à terme d'un enfant vivant, cet enfant sera regardé comme s'il eût été déjà né lors de la mort du mari prédécédé. C'est ce qu'enseigne Paul: *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia jura integra ei reservarent*; l. 3, ff. Si pars hæ. pet. Et Terentius Clemens: *Intelligendus est mortis tempore fuisse qui in utero relictus est*; l. 153, ff. de verb. signif. En conséquence il fera défaillir cette condition du don mutuel, *pourvu qu'il n'y ait point d'enfants*. Cela est conforme à cette règle de droit, *si quis uxorem prænantem reliquit, non videtur sine liberis decessisse*; l. 187, ff. de reg. jur. Justinien a pareillement décidé en la loi 6, *cod. ad S. C. Treb.*, que la naissance d'un posthume faisoit défaillir la condition *si sine liberis decesserit*.

Cela a lieu, quelque peu de temps qu'eût vécu le posthume, pourvu qu'il soit venu à terme, car, n'eût-il vécu qu'une minute, il a été saisi de la succession

du conjoint prédécédé, et il l'a acquise et l'a transmise sans la charge du don mutuel.

L'enfant est censé venir à terme lorsqu'il est venu au monde au moins dans le septième mois de la grossesse de sa mère: *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hypocratis*; l. 12, ff. de stat. hom. S'il étoit né avant ce terme il seroit considéré comme un avorton plutôt que comme un enfant; et, quand il auroit eu vie pendant quelques minutes, il n'auroit pas fait défaillir la condition: *Abortus vel abactus venter partum efficere non videtur*; Paul. Sent., lib. 4, tit. 9, §. 6.

A plus forte raison, ceux qui viennent morts au monde, quoiqu'à terme, ne la font pas défaillir: *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt*; l. 129, ff. de verb. sign.

185. C'est aux parents du conjoint prédécédé à prouver que le posthume venu à terme a eu vie. En vain opposeroit-on que c'est le survivant qui est demandeur en délivrance du don mutuel, lequel est, en cette qualité de demandeur, tenu de fonder sa demande. La réponse est qu'il la fonde suffisamment en produisant le contrat de don mutuel. Les parents du prédécédé, qui attaquent le don mutuel en soutenant qu'il y a eu un enfant posthume qui a fait défaillir la condition du don mutuel, et qui a recueilli la succession du prédécédé qu'il leur a transmise, doivent justifier de la vie de ce posthume, qui fait le fondement de leurs défenses. Cela est conforme à cette règle de droit, *In exceptionibus dicendum est reum partibus*

actoris fungi oportere, ipsamque exceptionem, velut conditionem implere, (id est) probare debere, l. 19, ff. *de probat.* Ce sont les parents du conjoint prédécédé qui soutiennent, pour fondement de leurs défenses, qu'il a laissé un enfant vivant; c'est à eux à prouver le fait qu'ils avancent, suivant cette autre règle, *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*; l. 1, ff. *de probat.* Faute par les parents du conjoint prédécédé de pouvoir prouver le fait qu'ils avancent, et qu'ils opposent contre le don mutuel qu'ils attaquent, savoir, que l'enfant dont la veuve est accouchée est né vivant, et que le conjoint prédécédé a laissé un enfant, la condition, *pourvu qu'il n'y ait pas d'enfants*, sera regardée comme accomplie, et le don mutuel aura lieu.

186. On peut faire une semblable question dans l'espèce suivante. Deux conjoints par mariage, qui avoient un enfant unique, se sont fait un don mutuel: le prédécédé a péri dans un naufrage avec cet enfant, sans qu'on puisse savoir si l'enfant a survécu. Faute par l'héritier qui impugne le don mutuel de pouvoir prouver la survie de cet enfant, la condition *pourvu qu'il n'y ait point d'enfants* doit être réputée pour accomplie, et le don mutuel doit avoir lieu. Notre décision est autorisée par celle d'Ulpien, en la loi 17, §. 7 ff. *ad S. C. Treb.* Cette loi est dans l'espèce d'un fidéicommiss dont une personne avoit été grevée sous cette condition, *si elle meurt sans enfants*. Cette personne étant périée dans un naufrage avec un enfant unique qu'elle avoit, sans qu'on pût savoir qui a survécu, Ulpien décide que la condition *si elle meurt sans enfants* doit être réputée pour accomplie: *Quum quis antè et*

quis postea decesserit non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum.

On opposera qu'il est décidé au contraire, dans la loi 9, §. 1, ff. *de reb. dub.*, que lorsque le père et le fils pubère ont péri ensemble dans un même accident, sans qu'on sache lequel des deux est mort le premier, le fils est présumé avoir survécu : *Quum bello pater cum filio perierit, materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, agnati verò patris, quasi filius antè perisset. D. Hadrianus credidit patrem priùs mortuum.* Il y a une pareille décision en la même loi, au §. 4, et en la loi 22, ff. *d. tit.*

La réponse est que cette espèce de présomption n'a lieu que dans le cas auquel deux personnes, dont chacune étant l'héritière présomptive de l'autre, étant mortes ensemble, il est nécessaire de fixer laquelle doit être censée avoir survécu et succédé à l'autre; hors ce cas, cette présomption n'a pas lieu. Il demeure incertain si le fils qui a péri avec le père a survécu au père; et la partie, qui pour le fondement de sa demande ou de son exception est obligée de faire la preuve du fait de cette survie, est réduite à ne la pouvoir faire.

187. Observez encore, à l'égard de cette condition *pourvu qu'il n'y ait enfants*, que la coutume a apposée au don mutuel, que le terme *d'enfants* doit s'entendre non seulement des enfants qui sont au premier degré, mais de tous les enfants, en quelque degré éloigné qu'ils soient. C'est pourquoi si, au temps du décès du premier mourant, il se trouve un petit-fils ou un arrière-petit-fils de l'un des conjoints, il fait défaillir la

condition. C'est ce qui a été décidé par Justinien, en la loi 6, §. 2, *cod. ad senatus-consultum Treb.*, à l'égard de la condition *si sine liberis decesserit*, apposée aux fidéi-commis.

188. Cette condition, *pourvu qu'il n'y ait point d'enfants*, que la coutume a apposée au don mutuel, étant apposée pour conserver aux enfants la succession des conjoints, c'est une conséquence que dans cette condition, sous le terme *enfants*, on ne doit comprendre que ceux qui sont habiles à succéder.

Donc, 1^o les bâtards que l'un ou l'autre des conjoints auroit au temps du décès du premier mourant ne font point défaillir la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants*.

189. 2^o Il en est de même des enfants qui, quoique nés de légitime mariage, ont, avant la mort du premier mourant des conjoints, perdu leur état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à peine capitale : ces enfants étant regardés dans la société civile comme n'étant point, ne peuvent faire défaillir la condition.

Si l'enfant n'avoit fait profession que depuis la mort du premier décédé, quoiqu'il fût déjà novice, il auroit fait défaillir la condition.

Si la mort du conjoint prédécédé et la profession de l'enfant étoient du même jour, on ne pourroit prétendre que la condition est défaillie, ni en conséquence attaquer le don mutuel, qu'autant qu'on pourroit justifier que la profession de l'enfant a précédé la mort du conjoint.

190. Lorsque la condamnation à une peine capitale,

intervenue contre l'enfant avant la mort du prédécédé des conjoints, a été rendue et exécutée par contumace, l'état civil de l'enfant étant, en ce cas, en suspens, le don mutuel sera pareillement en suspens. Si l'enfant meurt après les cinq ans du jour de l'exécution par affiche, sans s'être représenté, l'enfant étant censé, en ce cas, avoir perdu l'état civil, du jour de cette exécution, et par conséquent avant la mort du prédécédé des conjoints, le don mutuel sera valable : mais si l'enfant meurt dans les cinq ans, ou s'il se représente, soit dans les cinq ans, soit même après les cinq ans, le jugement de contumace étant, en l'un et en l'autre cas, anéanti, l'enfant sera censé avoir eu l'état civil au temps de la mort du premier décédé, et avoir fait défaillir la condition du don mutuel.

En attendant l'événement, la provision étant due au jugement, délivrance doit être, par provision, faite du don mutuel, à la charge par le donataire de rendre les jouissances qu'il aura perçues, au cas que le jugement de contumace viendrait par la suite à être anéanti par la mort de l'enfant pendant les cinq ans, ou par sa représentation.

191. 3^o Dans la condition *pourvu qu'il n'y ait pas d'enfants*, on ne doit pas comprendre ceux qui sont exhéredés pour une juste cause; l'exhéredation les rendant inhabiles à succéder.

On nous opposera peut-être la loi 114, §. 13, ff. leg., 1^o où Marcien décide en termes formels que les enfants, quoique exhéredés, font défaillir la condition *si il meurt sans enfants*: *Quum erit rogatus, si sine liberis decesserit, fideicommissum restituere, conditio*

defecisse videbitur si patri supervixerint liberi, ne queritur an hæredes extiterint.

La réponse est que le défaut de la plupart des jurisconsultes romains étoit de trop s'attacher à la lettre. Dans notre jurisprudence françoise nous recherchons davantage quel a été l'esprit, soit du testateur dans une condition apposée à une substitution, soit de la loi dans une condition apposée à une loi. Or il est évident que la seule vue qu'a eue la coutume de Paris, en apposant au don mutuel la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants*, a été d'empêcher qu'un conjoint par mariage ne pût, par des dispositions faites pendant le mariage, préférer à ses enfants l'autre conjoint, pour la jouissance de ses biens : elle n'a donc pu avoir eu en vue, dans cette condition, que ceux qui ont droit de succéder à ses biens, et non ceux qui en sont exclus par l'exhérédation.

Observez que, pour qu'un enfant né du mariage des conjoints ne fasse pas obstacle au don mutuel, il faut qu'il soit exhérédé par l'un et par l'autre des conjoints : il ne suffiroit pas qu'il le fût par l'un des deux, car le don mutuel fait par celui des conjoints qui ne l'auroit pas exhérédé ne pouvant être valable par l'obstacle qu'il y feroit dans le cas auquel ce conjoint précéderoit, celui fait par le conjoint qui l'a exhérédé ne peut pas non plus être valable, suivant le principe que nous avons établi, que dans le don mutuel que se font des conjoints l'un à l'autre, le don fait par l'un des conjoints ne peut être valable qu'autant que celui qui lui a été fait réciproquement par l'autre conjoint auroit pu l'être.

192. Lorsqu'à la mort du prédécédé il s'est trouvé un enfant à qui la succession du prédécédé a été déferée, quoiqu'il y ait renoncé, il ne laisse pas de faire défaillir la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants*; car il suffit pour cela qu'il y ait eu un enfant lors de la mort du prédécédé, à qui la succession du prédécédé a été déferée sans la charge du don mutuel.

D'ailleurs si, comme nous l'avons établi ci-dessus, l'enfant qui a été exhéredé par le prédécédé, et qui ne l'a pas été par le survivant, fait défaillir la condition, à plus forte raison celui qui a renoncé à la succession du prédécédé, et qui n'auroit peut-être pas renoncé de même à celle de l'autre conjoint, si c'eût été lui qui fût prédécédé, doit-il la faire défaillir.

193. La coutume n'ayant permis le don mutuel que sous la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants*, il n'est pas permis aux conjoints d'y déroger, ni de la modifier de quelque manière que ce soit. C'est pourquoi il n'est pas permis aux conjoints de se faire don mutuel, qui auroit lieu dans le cas auquel les enfants qui se trouveroient lors de la mort du prédécédé mourroient sans postérité avant le survivant.

En vain opposeroit-on que le don mutuel fait sous une telle condition, n'apporte aucun préjudice aux enfants en faveur desquels la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants* a été apposée; la réponse est qu'il suffit que cette condition ait été apposée pour que les conjoints ne puissent pas s'y soustraire. D'ailleurs il est faux que le don mutuel ne préjudicie pas, en ce cas, aux enfants; car un bien chargé de quelque charge que ce soit ne vaut pas tant qu'un bien libre.

194. L'intervention des enfants majeurs, au contrat de don mutuel que se font leurs père et mère, dispense-t-elle ces conjoints de la condition *pourvu qu'il n'y ait enfants*? Dumoulin, sur l'art. 155, a tenu l'affirmative, par cette raison que cette condition n'est apposée qu'en leur faveur. Son sentiment n'a pas prévalu à cause de la faculté qu'auroient des pères et mères d'extorquer ce consentement de leurs enfants, qui ne le donneroient que par crainte: *Non liberè, sed metu, ne pejus facerent*, comme s'exprime le même Dumoulin, en sa note sur l'art. 99 de la coutume de Vitri.

§. III. Si les conjoints qui se font don mutuel peuvent, outre les conditions qui sont de la nature du don mutuel, y en apposer d'autres.

195. Il n'est pas douteux que les conjoints qui se font pendant leur mariage un don mutuel peuvent y apposer telles conditions que bon leur semble, outre celles qui sont de la nature du don mutuel; car qui peut le plus peut le moins.

Par exemple, des conjoints qui ont un très gros intérêt sur un vaisseau dont on attend le retour des Indes, peuvent faire dépendre leur don mutuel du cas de la perte de ce vaisseau; parceque ce n'est que dans ce cas que le survivant auroit besoin de jouir de la part du prédécédé, dans les biens de la communauté, pour vivre plus commodément.

Pareillement, deux conjoints qui n'ont point d'enfants, et qui ont pour héritier présomptif la même personne, qui est le frère consanguin de l'un et le frère

ntérin de l'autre, et qui ne veulent pas diminuer le droit de ce frère dans leur succession, peuvent faire dépendre leur don mutuel du cas auquel ce frère mourroit avant le premier décédé des conjoints.

196. Observez que les conditions que les conjoints peuvent apposer à leur don mutuel, doivent être des conditions casuelles; une condition potestative, dont l'accomplissement dépendroit absolument de la volonté de l'un des conjoints, qui seroit apposée au don mutuel, le rendroit nul.

Par exemple, s'il étoit dit que les conjoints se sont fait don mutuel en usufruit des biens de la communauté que laissera le prédécédé, *s'il meurt intestat*, le don mutuel seroit nul; car, étant au pouvoir du conjoint de faire défaillir la condition en faisant un testament, et de révoquer par ce moyen, sans le consentement de l'autre, le don qu'il lui a fait, le don mutuel n'a pas le caractère d'irrévocabilité qui lui est essentiel, comme nous l'avons vu ci-dessus.

197. Observez aussi que, pour qu'une condition soit valablement apposée au don mutuel, il faut qu'elle soit apposée à chacune des donations que chacun des conjoints se fait réciproquement; si elle n'étoit apposée qu'à la donation de l'un des conjoints, sans être pareillement apposée à celle que l'autre conjoint lui a faite, le don mutuel seroit nul par le défaut de l'égalité qui y est requise.

Cette raison tirée du défaut d'égalité cesseroit si la donation que l'autre conjoint lui a faite n'étoit pas faite à la vérité, sous la même condition, mais sous une autre condition différente, dont l'événement seroit à

peu près également incertain : c'est pourquoi je pense qu'un tel don mutuel est valable.

CHAPITRE V.

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

ARTICLE PREMIER.

Quand le don mutuel est-il ouvert; comment le donataire mutuel en est-il saisi.

198. Le don mutuel étant fait en cas de survie, c'est la mort de celui des conjoints qui meurt le premier qui donne ouverture à la donation qu'il a faite au survivant par le contrat de don mutuel, et qui fait défailir la condition de celle que le survivant avoit faite au prédécédé.

La mort civile y donne-t-elle ouverture aussi bien que la mort naturelle? Voyez *suprà*, n. 181.

199. Suivant les principes de la coutume de Paris, l'ouverture du don mutuel ne donne au survivant donataire mutuel que le droit de demander à l'héritier du prédécédé la délivrance des choses qui y sont comprises, pour en avoir la jouissance.

La coutume de Paris s'en explique formellement en l'article 284, où il est dit: *Un don mutuel de soi ne saisit, ains est sujet à délivrance.*

En cela le don mutuel fait pendant le mariage est

peu près également incertain : c'est pourquoi je pense qu'un tel don mutuel est valable.

CHAPITRE V.

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

ARTICLE PREMIER.

Quand le don mutuel est-il ouvert; comment le donataire mutuel en est-il saisi.

198. Le don mutuel étant fait en cas de survie, c'est la mort de celui des conjoints qui meurt le premier qui donne ouverture à la donation qu'il a faite au survivant par le contrat de don mutuel, et qui fait défailir la condition de celle que le survivant avoit faite au prédécédé.

La mort civile y donne-t-elle ouverture aussi bien que la mort naturelle? Voyez *suprà*, n. 181.

199. Suivant les principes de la coutume de Paris, l'ouverture du don mutuel ne donne au survivant donataire mutuel que le droit de demander à l'héritier du prédécédé la délivrance des choses qui y sont comprises, pour en avoir la jouissance.

La coutume de Paris s'en explique formellement en l'article 284, où il est dit: *Un don mutuel de soi ne saisit, ains est sujet à délivrance.*

En cela le don mutuel fait pendant le mariage est

différent de celui fait par le contrat de mariage, lequel n'est pas sujet à délivrance, et saisi de plein droit, du jour du décès du prédécédé, le survivant donataire pardevers qui se trouvent les choses données.

200. Tronçon prétend que l'article de la coutume de Paris qui soumet à délivrance le don mutuel fait pendant le mariage, doit souffrir exception lorsque, par le contrat de don mutuel, il y a des clauses de constitut et de précaire, par lesquelles chacun des conjoints s'est dessaisi, envers le donataire, de toutes les choses comprises en la donation qu'il lui a faite, et s'est constitué ne les retenir dorénavant que précairement et au nom du donataire.

Cette opinion de Tronçon est insoutenable. Le don mutuel, *per rerum naturam*, n'est pas susceptible de ces clauses; car le don mutuel n'étant que des choses que le prédécédé laissera lors de son décès, le donateur ne peut pas, *per rerum naturam*, se dessaisir, dès le temps de la donation, de ce qu'il délaissera lors de son décès. *Ce qu'il laissera* est quelque chose d'indéterminé: le donateur ne peut pas, *per rerum naturam*, être censé se dessaisir de ce qui n'est encore qu'indéterminé, et qui ne sera déterminé qu'au temps de sa mort.

201. Le don mutuel étant sujet à délivrance, le survivant donataire mutuel n'est point censé entré en jouissance de la part qu'ont les héritiers du prédécédé dans les biens de la communauté, qui fait l'objet du don mutuel, tant qu'il ne lui en a pas été fait délivrance par lesdits héritiers, ou tant qu'il ne leur a pas au moins présenté une caution suffisante pour l'obte-

nir: jusqu'à ce temps il est censé jouir en commun avec lesdits héritiers, et il doit leur compter de leur part des fruits qu'il perçoit des biens de la communauté; il ne perçoit pour le total à son profit que ceux qu'il a perçus depuis le jour qu'il a présenté aux héritiers du prédécédé une caution suffisante.

202. Est-il nécessaire, pour que le survivant entre en jouissance de son don mutuel, qu'il ait préalablement justifié de la solvabilité de la caution qu'il a présentée? La raison de douter est que les héritiers du prédécédé n'étant obligés d'accorder au survivant la délivrance du don mutuel qu'à la charge par lui de leur donner une caution suffisante, ils paroissent n'être pas en demeure de faire cette délivrance tant qu'on ne leur a pas justifié la suffisance et la solvabilité de la caution. Néanmoins la coutume de Paris se contente que le survivant ait présenté une caution suffisante pour qu'il doive entrer en jouissance du jour qu'il l'a présentée, sauf aux héritiers à la débattre.

C'est la disposition de la coutume de Paris, en l'art. 285, où il est dit: « Le donataire mutuel ne gagne les fruits que du jour qu'il a présenté caution suffisante; et demeurent les fruits à l'héritier jusques à ladite caution présentée, laquelle il ne peut présenter en jugement dès la première assignation. »

La raison pour laquelle la coutume veut que le survivant entre en jouissance du don mutuel du jour que la caution a été présentée, sans attendre que la solvabilité de la caution ait été justifiée, est de peur que la longueur des procédures, et les chicanes que les héritiers pourroient faire sur la solvabilité de la cau-

tion, ne retardassent par trop long-temps la jouissance du donataire, qui a satisfait, autant qu'il est en lui, à la coutume en présentant une caution suffisante.

203. Si la caution présentée, ayant été débattue, avoit été jugée insuffisante et rejetée, le survivant seroit-il censé, en ce cas, être en jouissance du don mutuel, du jour de la présentation de cette caution? Charondas tient l'affirmative; mais Lemaître, qui rapporte cet avis, le rejette avec raison: car la coutume dit, art. 285, que le donataire ne gagne les fruits que du jour qu'il a présenté *caution suffisante*: or on ne peut pas dire qu'il ait présenté caution suffisante lorsque celle qu'il a présentée a été déclarée insuffisante.

Sur les qualités que doit avoir cette caution pour qu'elle doive être jugée suffisante, voyez ce que nous avons dit en notre *traité des Obligations*, n. 390.

Si, avant le jugement sur le débat de la solvabilité de la caution, le donataire mutuel, pour éviter la discussion sur la solvabilité de sa caution, avoit donné un bon certificateur, la caution présentée n'ayant point été déclarée insuffisante, on ne pourroit contester au donataire mutuel la jouissance depuis qu'il l'a présentée.

204. Le donataire, ne trouvant personne qui veuille le cautionner pour le don mutuel, est-il fondé à demander aux héritiers du prédécédé qu'ils jouissent par leurs mains des biens compris au don mutuel, à la charge de lui compter des revenus, en offrant même de leur laisser par chacun an une certaine somme

pour récompense de la peine de la recette? Je ne crois pas qu'il soit fondé dans cette demande; les héritiers du prédécédé ne sont pas obligés d'être les receveurs du donataire.

Mais le donataire peut trouver quelque personne solvable qui veuille bien, pour une certaine récompense convenue, se charger de cette recette, et se rendre caution pour le donataire envers les héritiers du prédécédé, pour la restitution du don mutuel.

205. Les conjoints ne peuvent pas, par le don mutuel qu'ils se font pendant le mariage, se décharger de cette caution. En cela ce don mutuel est différent de celui qu'ils se feroient par le contrat de mariage. La raison de la différence est sensible. Il est au pouvoir des conjoints de faire par le contrat de mariage telles conventions et telles donations que bon leur semble : ils pourroient se donner leurs biens en propriété; à plus forte raison, lorsqu'ils ne se les donnent qu'en usufruit, peuvent-ils dispenser le donataire de la caution. Mais les conjoints étant devenus incapables de se faire aucunes donations pendant le mariage, sauf celles que les coutumes leur permettent spécialement de faire, ils ne peuvent se les faire que sous les conditions, et de la manière dont les coutumes leur permettent de se les faire. La coutume n'ayant donc permis aux conjoints par mariage le don mutuel qu'à la charge par le donataire de donner caution, ils ne peuvent le faire que de cette manière; et ils ne peuvent par conséquent décharger, par le don mutuel, le donataire de la caution.

206. Mais, après l'ouverture du don mutuel, il est

fort permis aux héritiers du prédécédé de remettre au donataire la caution qu'il leur doit; car il est permis à chacun de renoncer à ses droits, lorsque les personnes en faveur de qui on y renonce ne sont pas personnes prohibées auxquelles la loi ne permette pas de faire aucun avantage. Or le donataire mutuel étoit bien une personne prohibée vis-à-vis du conjoint prédécédé, mais il ne l'est pas vis-à-vis de l'héritier de ce conjoint.

Observez que, lorsque les héritiers du prédécédé ont déchargé le survivant donataire mutuel de donner caution, le donataire mutuel en est bien déchargé vis-à-vis desdits héritiers, qui ne sont plus recevables à la lui demander, à moins qu'il ne survienne un changement dans sa fortune et un dérangement dans ses affaires; mais il ne l'est pas vis-à-vis de tous les autres qui ont intérêt à la conservation des biens dont il jouit en don mutuel. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 7 juin 1741, rapporté dans Denisart. Par cet arrêt, une veuve donataire mutuelle, que les héritiers de son mari avoient déchargée de donner caution, fut, sur la demande d'un légataire particulier, dont le legs étoit payable après l'extinction du don mutuel, condamnée à donner caution.

207. Il reste la question de savoir si la clause portée au contrat du don mutuel, qui décharge de la caution le donataire, est seulement nulle, ou si elle entraîne la nullité du don mutuel. Il y a lieu de penser qu'elle n'entraîne pas la nullité du don mutuel; car cette clause est extrinsèque au contrat de don mutuel, et ne touche pas la substance : *Non versatur circa substantialia contractus*. Le vice de cette clause, qui n'est

pas nécessairement cohérent au contrat, doit donc seulement la rendre nulle, sans entraîner la nullité du contrat.

208. Notre coutume d'Orléans exige, de même que celle de Paris, du donataire mutuel qu'il donne une bonne et suffisante caution, pour qu'il puisse jouir de son don mutuel; art. 281 et 282.

Ce n'est que du jour qu'il a présenté cette caution qu'il est saisi de son don mutuel; c'est ce qui résulte de l'art. 282 : « Est tenu celui qui veut jouir dudit don « mutuel, donner caution.... et ce faisant, demeure « icelui survivant saisi dudit don. » Notre coutume, par ces termes, *ce faisant, demeure saisi*, déclare assez qu'il n'est pas saisi avant que d'avoir donné cette caution, ou du moins avant que d'en avoir présenté une aux héritiers; car l'usage a établi que le donataire mutuel étoit censé saisi du jour qu'il avoit présenté une caution aux héritiers du prédécédé.

209. Dans la coutume de Paris, suivant l'art. 285, ci-dessus rapporté, le donataire mutuel, pour jouir de son don mutuel, doit présenter sa caution en jugement; ce qu'il peut faire dès la première assignation qu'il a donnée pour avoir délivrance du don mutuel.

Dans notre coutume d'Orléans il n'est pas nécessaire que le donataire mutuel présente en jugement sa caution; il peut la présenter à l'héritier dès la première vacation de l'inventaire; ce qui suffit pour le saisir du don mutuel, sans qu'il soit besoin d'aucune assignation pour en demander la délivrance.

210. On tient même dans notre coutume que le do-

nataire mutuel est saisi par la présentation qu'il a faite d'une caution, même dans le cas où elle auroit été jugée insuffisante, et qu'il auroit été obligé d'en donner une autre. On se fonde sur ce que notre coutume d'Orléans n'a pas dit, comme celle de Paris, que le donataire mutuel ne seroit saisi que du jour qu'il auroit présenté caution *suffisante*; elle s'est contentée de dire qu'il étoit saisi en donnant caution. Il suffit donc qu'il ait donné ou présenté une caution pour qu'il soit saisi, sauf le débat sur la suffisance.

211. Il y a des coutumes où le donataire est saisi de plein droit du jour du décès du prédécédé, telles que celle de Bourbonnois, art. 227. On doit, à cet égard, suivre la coutume des lieux où sont situés les héritages compris dans le don mutuel. C'est pourquoi, lorsque des Parisiens se sont fait un don mutuel pendant leur mariage, lequel don est composé de conquêts, dont les uns sont situés sous la coutume de Paris et les autres sous la coutume de Bourbonnois, le donataire mutuel qui n'a présenté caution que quelques années après la mort du prédécédé n'aura les fruits des héritages situés sous la coutume de Paris que depuis la présentation de la caution; mais il aura tous ceux perçus, depuis le décès du prédécédé, sur les héritages situés sous la coutume de Bourbonnois.

ARTICLE II.

En quoi consiste le droit d'usufruit du donataire mutuel dans les choses dont le don mutuel est composé.

212. Le droit d'usufruit du donataire mutuel, par rapport aux conquêts immeubles de la communauté, pour la part qu'y avoit le prédécédé, est un droit d'usufruit proprement dit, semblable à celui de tous les autres usufruitiers. Tout ce que nous avons dit en notre *traité du Douaire*, chap. 5, de l'usufruit de la douairière, s'applique à celui du donataire mutuel.

213. A l'égard de l'argent comptant et des autres effets mobiliers de la communauté, pour la part qui en appartenoit au prédécédé lors de sa mort, le droit du donataire mutuel est le droit *quasi ususfructus*, qui consiste en ce que la propriété en est transférée au donataire mutuel, à la charge par lui de rendre, après l'expiration de son usufruit, c'est-à-dire après sa mort, à l'héritier du prédécédé, ou à ses représentants, le montant de la part du prédécédé, tant dans l'argent comptant que dans les autres effets mobiliers de la communauté, suivant la prisée qui en a été faite par l'inventaire.

214. Le donataire mutuel n'est pas obligé d'ajouter à la prisée de l'inventaire la crue du paris. Ce paris est une peine qui n'est établie que contre les tuteurs qui, par le devoir de leur charge, sont obligés de vendre les meubles de leurs mineurs, pour faire un emploi du prix en héritages ou rentes qui produisent un revenu auxdits mineurs : faute par le tuteur d'a-

voir satisfait à ce devoir, le tuteur, pour dédommager les mineurs de ce que leurs meubles auroient pu être vendus au-delà de la prisée de l'inventaire, est tenu de se charger en recette du paris, c'est-à-dire du quart en sus de la prisée de l'inventaire; non pas néanmoins indistinctement de tous les meubles, mais seulement des meubles meublants, et non des marchandises qui ont un prix connu. Il n'en doit pas être de même du donataire mutuel, aucune loi ne l'obligeant de vendre les meubles compris au don mutuel dont il a droit de jouir, il ne doit pas être sujet à la peine de la crue du paris. La seule chose que peut demander l'héritier du prédécédé, lorsqu'il se plaint de la prisée, est d'en demander à ses frais une nouvelle par estimateurs dont les parties conviendront. C'est ce qui est porté par l'article 288 de la coutume de Paris, où il est dit : « L'héritier peut demander à « l'encontre du donataire que nouvelle prisée soit faite « des meubles par gens dont ils conviendront, pour « être lesdits meubles prisés à la juste estimation, « autre que celle faite par l'inventaire; et, en ce faisant, « le donataire aura la jouissance desdits meubles sans « qu'il soit tenu de les faire vendre. »

On doit étendre aux coutumes qui ne s'en sont point expliquées la disposition de cet article, qui est équitable, et qui, ayant été ajouté lors de la réformation de la coutume, paroît avoir été formé sur la jurisprudence qui se pratiquoit alors.

La coutume n'a pas dit aux frais de qui devoit se faire la nouvelle prisée. On peut dire que la prisée de l'inventaire, qui a été faite juridiquement, devant,

dans la rigueur, faire la loi des parties, cette nouvelle prisée, qui est une grace accordée à l'héritier du prédécédé, doit se faire aux dépens de cet héritier. Cela sur-tout doit avoir lieu lorsque cette nouvelle prisée est à peu près conforme à celle qui a été faite, paroissant en ce cas que cet héritier a eu tort de la demander. Mais si la nouvelle prisée excédoit considérablement celle de l'inventaire, cette nouvelle prisée paroissant, en ce cas, avoir été nécessaire pour rendre aux parties la justice qui leur étoit due, il paroît équitable que les frais en soient couchés en frais d'inventaire.

215. Si le donataire mutuel croit les meubles trop estimés par la prisée de l'inventaire, il lui est permis de faire, peu de temps après l'inventaire, une vente publique de meubles, en y appelant l'héritier du prédécédé; auquel cas on n'a plus égard à la prisée de l'inventaire; et le donataire mutuel n'est tenu de rendre, après l'extinction du don mutuel, que la somme revenant à l'héritier du prédécédé dans le prix de la vente, déduction faite des frais.

Il faut, pour cela, que le donataire mutuel fasse une vente, ou de tous les meubles de la communauté, lorsqu'il n'en a été fait aucun partage entre lui et l'héritier du prédécédé, ou de ceux tombés au lot de l'héritier, lorsqu'ils les ont partagés; mais il ne seroit pas reçu à se décharger de la prisée de l'inventaire, en vendant certains meubles qu'il croiroit avoir été portés par la prisée à un prix cher, et en retenant pour leur prisée les autres meubles qu'il croiroit estimés à bas prix; il faut, ou qu'il vende le tout, ou qu'il paye le tout suivant la prisée.

216. Le donataire mutuel a ce droit de quasi-usufruit, non seulement à l'égard des choses qui se consomment entièrement par l'usage qu'on en fait, comme sont les blés, les vins, et les autres choses *quæ in quantitate consistunt*, lesquelles ne sont pas susceptibles de l'usufruit proprement dit; il y a lieu même à l'égard des autres meubles qui pourroient être, à la rigueur, susceptibles d'un usufruit proprement dit, tels que sont les meubles meublants. Le donataire mutuel ne seroit pas reçu à y prétendre un droit d'usufruit proprement dit, et à prétendre en conséquence jouir de ces meubles, à la charge de les rendre en nature. La raison est que ces choses se déprécient trop par un long usage, soit par une diminution intrinsèque en s'usant, soit par une diminution extrinsèque, c'est-à-dire par la diminution du prix qu'y peuvent apporter les changements de modes.

C'est ce qui paroît avoir prévalu dans l'usage, contre le sentiment de quelques auteurs cités par Lemaître, qui avoient pensé que le donataire mutuel devoit être reçu à rendre en nature les choses qui, quoique mobilières, ne se consommoient pas par l'usage, et étoient susceptibles de l'usufruit proprement dit.

217. A l'égard des dettes actives, le droit du donataire mutuel consiste dans le droit qu'il a de s'en faire payer par les débiteurs, à la charge de rendre après l'expiration du don mutuel, à l'héritier du prédécédé, ou à ses représentants, la part qui revient audit héritier dans ce qu'il a reçu desdites dettes.

Il est aussi tenu de faire raison de ce qu'il a manqué de recevoir par sa faute; et il est censé avoir manqué de

recevoir par sa faute, lorsqu'il n'est justifié d'aucunes diligences par lui faites contre les débiteurs.

On ne doit pas néanmoins exiger de lui qu'il ait discuté entièrement les biens des débiteurs; il suffit qu'il ait fait les poursuites qu'auroit faites un père de famille soigneux de ses affaires; et lorsqu'on rapporte des commencements de poursuites par lui faites peu après le temps des échéances, on doit facilement présumer qu'il a fait pour le mieux, en ne faisant pas davantage.

218. A l'égard des dettes reconnues caduques par l'inventaire, le donataire mutuel n'est tenu que de ce qui lui en est parvenu, et on ne peut lui imputer de n'avoir pas fait de poursuites contre les débiteurs; la présomption est qu'elles eussent causé des frais inutilement.

La déclaration faite par l'inventaire, qu'une dette est caduque, peut bien la faire présumer telle, et dispenser le donataire mutuel de justifier par des poursuites l'insolvabilité du débiteur: mais s'il est justifié que c'est par la faute du donataire mutuel qu'il n'a pas été payé, il ne laisse pas d'en être responsable; comme s'il paroît par l'ordre qui a été fait du prix d'un héritage hypothéqué à cette dette, que le donataire mutuel eût pu être colloqué utilement, s'il eût fait l'opposition au décret, qu'il a manqué de faire.

219. Lorsque, parmi les effets dont la communauté se trouve composée au temps de la mort du prédécédé, il y a une rente viagère sur la tête du conjoint survivant donataire mutuel, la moitié qui appartient dans cette rente à la succession du prédécédé, dont le sur-

vivant doit jouir par don mutuel, est une chose qui n'est pas susceptible de l'usufruit proprement dit dans la personne du survivant, sur la tête de qui elle est créée, étant impossible, *per rei naturam*, qu'il puisse en jouir pendant sa vie, *salvâ rei substantiâ*, cet usufruit s'éteignant entièrement par sa mort. Le survivant donataire mutuel ne peut donc avoir dans la moitié qui appartient à la succession du prédécédé dans cette rente viagère, qu'un droit de quasi-usufruit, tel qu'il a lieu à l'égard des choses *quæ usu consumuntur*: c'est pourquoi, suivant ce qui s'observe à l'égard du quasi-usufruit, *Instit. tit. de usufr. §. 3*, la moitié qui appartient aux héritiers du prédécédé dans cette rente viagère doit être délivrée au survivant donataire mutuel, sous l'estimation qui sera faite de ladite rente, pour la moitié qui en appartient auxdits héritiers, eu égard à l'âge et à la complexion du tempérament du donataire mutuel sur la tête de qui elle est créée; à la charge de rendre, après l'extinction de l'usufruit, la somme à laquelle cette estimation aura été portée.

Notre principe n'est pas avoué de tout le monde. Plusieurs pensent au contraire qu'il n'y a pas d'estimation à faire en ce cas-ci, et qu'après la mort du donataire mutuel sa succession doit rendre aux héritiers du prédécédé tous les arrérages qu'il a perçus pendant tout le temps que son usufruit a duré; lesdits arrérages, suivant ceux qui sont de cette opinion, n'appartenant pas au donataire mutuel, qui a seulement le droit de jouir pendant sa vie des sommes qu'il reçoit pour lesdits arrérages. Cette opinion est con-

traire aux idées que nous nous sommes formées de la rente viagère, que nous regardons comme un droit qui a un être moral et intellectuel, tenant nature d'immeuble, et distingué des arrérages qu'il produit, qui en sont considérés comme les fruits, et qui ne diffère de la rente perpétuelle qu'en ce que celle-ci a un être perpétuel, au lieu que la rente viagère a un être périssable dont la durée est bornée au temps de la vie de la personne sur la tête de qui elle est créée.

220. Lorsque, parmi les biens de la communauté dont le survivant doit jouir en usufruit, il se trouve, au temps de la mort du prédécédé, un droit de rente viagère sur la tête d'un tiers, ce droit étant une espèce d'immeuble qui est, à la vérité, de nature périssable, mais qui peut durer plus long-temps que la vie du donataire mutuel, comme il peut durer moins; cela me paroît suffire pour que le survivant donataire mutuel puisse avoir un usufruit proprement dit de la moitié de cette rente viagère qui appartient à la succession du prédécédé. La propriété de ce droit de rente qui demeure à l'héritier du prédécédé pour sa moitié, propriété qui renferme le droit et l'espérance de rentrer dans la jouissance de cette rente pour la moitié, dans le cas auquel le donataire mutuel mourroit pendant que la rente subsisteroit encore, est quelque chose de réel et de séparable de l'usufruit que le donataire mutuel a de la moitié de cette rente. Si cette rente vient à s'éteindre pendant la vie du donataire mutuel, par la mort de la personne sur la tête de qui elle étoit, le donataire mutuel n'a rien à rendre à l'héritier du prédécédé, qui en étoit demeuré le propriétaire pour

moitié; de même que celui qui jouissoit par usufruit d'un héritage réversible n'a rien à rendre à celui qui en étoit le propriétaire, lorsque le temps de la réversion est arrivé pendant le temps de l'usufruit.

CHAPITRE VI.

Des charges du don mutuel.

La coutume de Paris déclare, dans les articles 286 et 287, quelles sont les charges du don mutuel; et ces articles forment un droit commun pour les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

ARTICLE PREMIER.

Des charges du don mutuel, énoncées en l'article 286 de la coutume de Paris.

221. Cet article est conçu en ces termes : « Le donataire mutuel est tenu d'avancer et payer les obsèques et funérailles du premier décédé, ensemble la part et moitié des dettes communes dues par ledit premier décédé, lesquelles obsèques et funérailles, et la moitié des dettes, lui doivent être déduites sur la part et portion dudit premier décédé : toutefois n'est tenu payer les legs et autres dispositions testamentaires. »

La coutume dit, *payer et avancer*. Le donataire mutuel n'ayant que la jouissance de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, il ne doit être

moitié; de même que celui qui jouissoit par usufruit d'un héritage réversible n'a rien à rendre à celui qui en étoit le propriétaire, lorsque le temps de la réversion est arrivé pendant le temps de l'usufruit.

CHAPITRE VI.

Des charges du don mutuel.

La coutume de Paris déclare, dans les articles 286 et 287, quelles sont les charges du don mutuel; et ces articles forment un droit commun pour les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

ARTICLE PREMIER.

Des charges du don mutuel, énoncées en l'article 286 de la coutume de Paris.

221. Cet article est conçu en ces termes : « Le donataire mutuel est tenu d'avancer et payer les obsèques et funérailles du premier décédé, ensemble la part et moitié des dettes communes dues par ledit premier décédé, lesquelles obsèques et funérailles, et la moitié des dettes, lui doivent être déduites sur la part et portion dudit premier décédé : toutefois n'est tenu payer les legs et autres dispositions testamentaires. »

La coutume dit, *payer et avancer*. Le donataire mutuel n'ayant que la jouissance de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, il ne doit être

tenu qu'à faire l'avance des dettes et charges dont cette part est chargée pendant le temps que doit durer sa jouissance; c'est pourquoi, après l'expiration de cette jouissance, les héritiers du donataire mutuel peuvent retenir sur les biens qu'ils doivent rendre aux héritiers du prédécédé tout ce que le donataire mutuel a déboursé pour lesdites avances.

222. La première chose que la coutume charge, par cet article, le donataire mutuel d'avancer, sont les frais funéraires du prédécédé. Il est chargé de les avancer pour le total; car ils ne sont pas une charge commune, mais une charge de la succession du prédécédé.

La somme qui est due par l'héritier du mari prédécédé, à la veuve pour son deuil, fait partie de ces frais funéraires, qu'elle est obligée, en sa qualité de donataire mutuelle, d'avancer: c'est pourquoi la somme à laquelle son deuil sera arbitré ne peut être exigée pendant sa vie; mais elle sera retenue par ses héritiers, sur les biens dont ils feront la restitution aux héritiers du prédécédé.

223. La seconde chose que la coutume charge, par cet article, le donataire mutuel d'avancer, est *la part et moitié des dettes communes dues par ledit premier décédé.*

La coutume, par cet article, ne parle que des dettes mobilières de la communauté: c'est par l'article suivant qu'elle règle à quoi doit être tenu le donataire mutuel, par rapport aux rentes dues par la communauté: nous en traiterons en l'article suivant.

La coutume dit, *la part et moitié.* Elle suppose le cas ordinaire auquel chacun des conjoints a moitié

dans la communauté. Si par une clause du contrat de mariage, le prédécédé y avoit moindre part, *putà*, le tiers, la part du prédécédé ne seroit, en ce cas, chargée que d'une pareille part des dettes, que le donataire mutuel seroit tenu d'avancer.

224. La coutume par ces termes, *la part et moitié des dettes communes*, déclare assez qu'elle ne charge le donataire mutuel de l'avance d'aucunes autres dettes de la succession du prédécédé, que de celles qui sont dettes de la communauté; le donataire mutuel n'est, en aucune manière, tenu des autres.

C'est par cette raison que la coutume, en l'art. 257, décide que la femme donataire mutuelle ne souffre sur son don mutuel *aucune diminution ni confusion* de son douaire préfix, qui consiste en *une somme de deniers pour une fois*. La raison est que, quoiqu'un tel douaire soit une dette mobilière de la succession du prédécédé, elle n'est pas une dette de la communauté.

Cela a lieu quand même le mari prédécédé n'auroit laissé aucuns autres biens que ceux de la communauté, dont sa femme doit jouir en don mutuel; elle a droit, même en ce cas, d'exiger incontinent son douaire de l'héritier qui n'a succédé qu'à la nue propriété. L'annotateur de Duplessis cite un arrêt de 1697, qui l'a jugé. Par la même raison, dans cette espèce, une femme, par son contrat de mariage, a fait donation à son mari d'une somme de 3,000 livres à prendre sur tous ses biens: depuis, les conjoints se sont fait don mutuel; le mari a survécu. Il a droit d'exiger incontinent des héritiers de la femme la somme de 3,000 livres, que sa femme s'est obligée de lui donner après

sa mort, sans qu'il soit tenu d'en faire aucune confusion ni diminution de son don mutuel : car cette dette de 3,000 livres dont la succession de sa femme est tenue envers lui, n'étant pas une dette de communauté, il n'en peut être aucunement tenu.

225. Quoique le donataire mutuel ne soit tenu en aucune manière des dettes propres du prédécédé, néanmoins, avant que la délivrance ait été faite au donataire mutuel de la part du prédécédé dans les biens de la communauté dont il doit jouir, les créanciers desdites dettes propres peuvent saisir cette part et la faire vendre, sauf au donataire mutuel son recours contre l'héritier du prédécédé, pour l'en indemniser. Mais après que le donataire mutuel a été saisi de ladite part, les créanciers ne sont plus à temps de la saisir, les meubles n'ayant pas de suite ; ils peuvent seulement arrêter entre les mains du donataire mutuel la somme qui doit être rendue à l'héritier après l'expiration du don mutuel. C'est l'avis de Duplessis.

226. Parmi les dettes de la communauté dont la part du prédécédé est chargée, et que le donataire mutuel est tenu d'avancer, on doit comprendre aussi bien celles qui n'ont été contractées que depuis le don mutuel que celles qui ont été contractées auparavant.

Pareillement on doit comprendre non seulement les dettes dont la communauté est débitrice envers des tiers, mais aussi celles dont elle est débitrice envers chacun des conjoints : c'est pourquoi, tant le survivant que les héritiers du prédécédé, doivent chacun prélever sur la masse de la communauté, toutes leurs reprises respectives qu'ils ont droit d'exercer sur la com-

munauté. Le don mutuel ne consiste que dans ce qui, après lesdits prélèvements faits, se trouvera rester de ladite masse pour la part du prédécédé dans ce restant; et si lesdits prélèvements absorboient entièrement ladite masse, et qu'il ne restât rien, le don mutuel seroit réduit à rien.

De là il suit, comme l'a fort bien observé Duplessis, que lorsqu'il y a un don mutuel, les prélèvements que chacune des parties a droit de faire sur la communauté ne doivent pas se compenser l'un l'autre jusqu'à due concurrence.

Observez que chacune des parties n'a droit de prélever le montant des créances qu'elle a contre la communauté, que sous la déduction des sommes dont elle est débitrice envers la communauté; car, *per rerum naturam*, je ne suis véritablement créancier que déduction faite de ce que je dois.

227. Lorsque le conjoint prédécédé a laissé des héritiers de différentes espèces, l'un aux meubles et acquêts, l'autre aux propres, dans les coutumes telles que celles de Paris et d'Orléans, qui font contribuer l'héritier aux propres avec l'héritier aux meubles et acquêts, aux frais funéraires du défunt et à toutes les dettes, de quelque nature qu'elles soient, tant à celles de la communauté qu'aux autres; c'est une question, si dans ce cas le donataire mutuel doit avancer le total des frais funéraires du prédécédé et le total de la part des dettes de la communauté dont la part du prédécédé est chargée, suivant qu'il y est obligé par l'article ci-dessus rapporté, ou s'il ne doit les avancer que pour la part dont en est tenu l'héritier aux meubles et acquêts, et non

pour celle dont en est tenu l'héritier aux propres. Pour soutenir que le donataire n'est tenu d'avancer toutes ces choses que pour la part dont l'héritier aux meubles et acquêts en est tenu, on dit que le don mutuel ne se prenant que sur les biens auxquels l'héritier aux meubles et acquêts succède, il ne doit avancer toutes lesdites choses que pour la part que ledit héritier en porte; qu'on ne doit pas l'obliger à avancer celle que l'héritier aux propres en doit porter, le don mutuel n'ôtant rien à cet héritier.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que le donataire mutuel doit avancer les frais funéraires du prédécédé pour le total, et la part entière des dettes de la communauté dont la succession du prédécédé est tenue. La raison est que la coutume, en l'article ci-dessus rapporté, charge le donataire mutuel de faire l'avance desdites choses, non pour ce dont certains biens de la succession en sont tenus, mais pour tout ce dont ladite succession en général en est tenue; la répartition qu'elle en fait entre les différents héritiers du prédécédé est une chose qui ne concerne que ces différents héritiers. Si par cette répartition l'héritier aux meubles et acquêts est déchargé d'une partie des dettes communes dont l'héritier aux propres est chargé, il est, à la place, chargé d'une partie des dettes propres; mais cette répartition ne concerne que ces différents héritiers entre eux; c'est une chose étrangère au donataire mutuel, chose qui ne doit ni changer ni diminuer ses obligations envers la succession du prédécédé en général, à l'égard desquelles la coutume a suivi des règles différentes de celles qu'elle a suivies pour la

répartition des dettes entre les différents héritiers.

A l'égard de l'objection qu'on fait, que le don mutuel étant à prendre entièrement dans les biens auxquels l'héritier aux meubles et acquêts succède, et n'ôtant rien à l'héritier aux propres de ceux auxquels il succède, le donataire mutuel ne doit être tenu de faire l'avance dont la coutume le charge, que pour l'héritier aux meubles et acquêts, et qu'il ne doit rien avancer pour l'héritier aux propres.

Je réponds que l'avance dont la coutume charge le donataire mutuel devant se faire sur les biens compris au don mutuel, sur lesquels cette avance doit être retenue en entier lors de la restitution qui doit s'en faire, après l'expiration du don mutuel, à l'héritier aux meubles et acquêts qui a succédé auxdits biens pour la propriété, le donataire mutuel, en faisant cette avance, la fait entièrement pour l'héritier aux meubles et acquêts. Cette avance se faisant sur des biens auxquels cet héritier a succédé pour la propriété, cet héritier est censé avoir payé lui-même le total des frais funéraires et la part entière des dettes communes dont la succession est tenue, par l'avance qu'en fait le donataire mutuel, à qui il en doit faire raison et déduction lors de l'expiration du don mutuel. C'est pourquoi, aussitôt que cette avance a été faite par le donataire mutuel, l'héritier aux meubles et acquêts peut répéter contre l'héritier aux propres la part que ledit héritier aux propres doit porter dans les frais funéraires et dettes de la communauté, de même que si c'étoit l'héritier aux meubles et acquêts qui les eût payés lui-même.

228. Outre les frais funéraires du prédécédé, et la part dont la succession est tenue des dettes de la communauté, le donataire mutuel doit encore être chargé d'avancer les frais d'inventaire et de liquidation, pour ce qu'en doit porter la part du prédécédé dans les biens de la communauté, ces choses étant une charge des biens de la communauté.

229. La coutume ajoute à la fin de l'article ci-dessus rapporté, que le donataire mutuel *n'est tenu payer les legs et autres dispositions testamentaires.*

Cela est pris dans la nature même du don mutuel; le caractère d'irrévocabilité qui est essentiel au don mutuel, comme nous l'avons vu *suprà*, ne permet pas qu'il puisse être au pouvoir des donateurs d'y donner atteinte et de le diminuer par des legs que le donataire seroit tenu d'avancer.

On opposera que les conjoints peuvent, depuis le don mutuel, contracter des dettes, que le donataire mutuel est tenu d'avancer, comme on l'a vu *suprà*. Pourquoi, dira-t-on, ne pourroient-ils pas pareillement charger le donataire de l'avance des legs qu'ils jugeront à propos de faire? La raison de différence est sensible. Les dettes que le conjoint prédécédé a contractées de son vivant depuis le don mutuel, n'y ont donné aucune atteinte; car le prédécédé n'a donné que la jouissance des biens qu'il se trouveroit avoir lors de sa mort: or il n'a de biens lors de sa mort, que ce qui reste, déduction faite des dettes qu'il a contractées de son vivant; *quia bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Le donataire mutuel, en avançant sur les biens du prédécédé de quoi acquitter lesdites

dettes, et en jouissant du reste, jouit donc de tout ce qui lui a été donné; le prédécédé, en contractant lesdites dettes, n'a donc donné aucune atteinte à sa donation. Il n'en est pas de même des legs faits par le prédécédé. Ces legs n'étant dus qu'après la mort du testateur, par la succession, n'ayant jamais pu l'être par le testateur lui-même, ne s'acquittant que par un retranchement qu'on fait après sa mort dans les biens qu'il avoit lors de sa mort (c'est pourquoi ils sont appelés *delibatio hæreditatis*), le prédécédé ayant donné par le don mutuel la jouissance de tous les biens communs qui se trouveroient lui appartenir à sa mort, le donataire souffriroit une diminution dans ce qui lui a été donné, s'il étoit obligé d'avancer les legs; et le prédécédé auroit, par ces legs, donné atteinte à la donation qu'il lui a faite.

230. Le donataire mutuel n'étant pas obligé d'avancer les legs, cela donne lieu à la question, si dans le cas auquel le prédécédé ne laisseroit d'autres biens que des biens de la communauté, dont le donataire mutuel a l'usufruit, les légataires pourroient exiger incontinent leurs legs de l'héritier qui n'a succédé qu'à une nue propriété, ou s'ils doivent attendre l'extinction de l'usufruit du donataire mutuel. La décision dépend de la présomption de la volonté du testateur: car, à moins que le testateur n'ait eu la volonté d'accorder ce terme, l'héritier est tenu, aussitôt après la mort, de payer les legs, ou d'abandonner aux légataires la nue propriété à laquelle il a succédé.

On doit facilement présumer que la volonté du testateur a été d'accorder ce terme. On ne doit pas néan-

moins en faire une règle générale. Il y a des circonstances qui peuvent faire présumer le contraire; *putà*, si le legs est le legs d'une rente viagère fait à un vieillard, sur-tout s'il est fait pour ses aliments, il n'est pas présumable en ce cas que le testateur ait voulu que le légataire ne jouisse de son legs qu'après la mort du donataire mutuel, qui est peut-être plus jeune que lui.

231. La disposition de la coutume de Paris, qui décharge le donataire mutuel d'avancer les dispositions testamentaires du prédécédé, étant conforme aux principes sur la nature du don mutuel, forme à cet égard un droit commun pour les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Néanmoins quelques coutumes, comme Sens, Laon, Châlons, Bourbonnois, etc., se sont à cet égard écartées du droit commun; elles obligent le donataire mutuel à accomplir sur les biens compris au don mutuel, le testament du prédécédé.

Cela ne s'entend néanmoins que des legs modiques; et cette modicité s'estime eu égard et par proportion à la quantité et valeur des biens compris au don mutuel.

232. Dans cette variété de coutumes, sur la question si le donataire mutuel doit être chargé ou non de faire l'avance de l'accomplissement du testament du prédécédé, ce sont les coutumes qui régissent les biens compris au don mutuel, qui doivent décider si le donataire mutuel en doit être chargé ou non. Le mobilier compris au don mutuel étant régi par la coutume du lieu du domicile des conjoints, et les conquêts par celle des lieux où ils sont situés, si la coutume du lieu où étoit le domicile des conjoints au temps du don

mutuel, et où les conquêts sont situés, impose cette charge au donataire mutuel, il en sera chargé.

Il le sera, quand même depuis le don mutuel les conjoints auroient transféré leur domicile sous une coutume différente, qui n'impose point cette charge au donataire mutuel; car le don mutuel étant un acte entre vifs qui reçoit sa perfection au temps auquel il est passé, les parties ne peuvent pas par leur fait, en changeant de domicile, changer les charges et les conditions du don mutuel.

Il en est de même, *vice versâ*, si la coutume du lieu où étoit le domicile des conjoints au temps du don mutuel, et où les conquêts sont situés, n'impose pas au donataire mutuel la charge de l'accomplissement du testament du prédécédé; la translation du domicile sous une coutume qui impose cette charge au donataire mutuel, ne pourra l'en charger.

233. Si la coutume qui régit le mobilier compris au don mutuel, impose au donataire mutuel la charge de l'accomplissement du testament du prédécédé, et que d'ailleurs elle soit de la classe des coutumes qui chargent le mobilier de la succession de la charge de toutes les dettes mobilières, il n'importe en ce cas quelle soit la disposition des coutumes où les conquêts qui entrent dans le don mutuel sont situés, sur l'accomplissement du testament du donateur; le donataire mutuel, en sa seule qualité de successeur aux meubles, est tenu de les acquitter.

On peut à cet égard alléguer l'arrêt du 17 avril 1747, rendu en la quatrième chambre des enquêtes, qui a jugé en faveur du prince Charles, héritier aux

propres de M. de Coislin, contre le duc d'Estrissac, héritier au mobilier, que la coutume de Metz, chargeant l'héritier au mobilier de toutes les dettes mobilières de la succession, le duc d'Estrissac en étoit seul tenu, quoiqu'il y eût des propres situés sous des coutumes qui ordonnent la répartition des dettes d'une succession sur toutes les différentes espèces de biens de la succession; la coutume ne lui ayant accordé la succession mobilière qu'à cette charge.

Suivant le principe de cet arrêt, si le mobilier qui entre dans le don mutuel est régi par une coutume qui charge le mobilier de toutes les dettes et charges mobilières, et qui soit aussi du nombre de celles qui chargent le donataire mutuel de l'accomplissement du testament, on doit pareillement décider que le donataire mutuel en doit être chargé pour le total, quelles que soient les dispositions des coutumes où sont situés les conquêts, par rapport à la charge de l'accomplissement du testament.

234. *Hors ce cas*, lorsque les biens qui entrent dans le don mutuel sont régis par différentes coutumes, dont les unes imposent au donataire mutuel la charge de l'avance du testament, les autres ne l'en chargent pas, il doit être tenu d'une partie de cette charge, qui soit dans la même raison et proportion qu'est la valeur des biens régis par les coutumes qui imposent cette charge à la totalité des biens compris au don mutuel. Par exemple, si la totalité des biens compris au don mutuel est de trente mille livres, et qu'il y en ait pour vingt mille livres régis par des coutumes qui imposent cette charge au donataire mutuel, et pour dix mille

livres sous des coutumes qui ne la lui imposent pas, il sera tenu pour les deux tiers de cette charge.

235. Il nous reste à observer que, lorsque le don mutuel n'est pas de la part entière du prédécédé dans les biens de la communauté, mais d'une portion seulement de cette part, le donataire mutuel n'est tenu des charges du don mutuel que pour cette portion.

Par la même raison, si le don mutuel n'est que du mobilier de la communauté, et non des conquêts, *aut vice versâ*, et que le mobilier ne soit pas régi par une coutume qui le charge de toutes les dettes, et ne fasse que le tiers des biens de la communauté, le donataire mutuel de ce mobilier ne sera tenu que pour un tiers des charges du don mutuel; il n'avancera que pour un tiers les frais funéraires du prédécédé, et il n'avancera les dettes de la communauté que pour un tiers de la moitié dont la succession du prédécédé est tenue desdites dettes.

ARTICLE II.

Des autres charges du don mutuel portées par l'article 282 de la coutume de Paris.

236. Cet article est conçu en ces termes : « *Aussi est tenu celui qui veut jouir du don mutuel, faire faire les réparations étant à faire sur les héritages sujets audit don mutuel; payer les cens et charges annuelles, et les arrérages, tant des rentes foncières que des autres rentes constituées pendant la communauté, échues depuis la jouissance dudit don mutuel, sans espérance de les recouvrer.* »

livres sous des coutumes qui ne la lui imposent pas, il sera tenu pour les deux tiers de cette charge.

235. Il nous reste à observer que, lorsque le don mutuel n'est pas de la part entière du prédécédé dans les biens de la communauté, mais d'une portion seulement de cette part, le donataire mutuel n'est tenu des charges du don mutuel que pour cette portion.

Par la même raison, si le don mutuel n'est que du mobilier de la communauté, et non des conquêts, *aut vice versâ*, et que le mobilier ne soit pas régi par une coutume qui le charge de toutes les dettes, et ne fasse que le tiers des biens de la communauté, le donataire mutuel de ce mobilier ne sera tenu que pour un tiers des charges du don mutuel; il n'avancera que pour un tiers les frais funéraires du prédécédé, et il n'avancera les dettes de la communauté que pour un tiers de la moitié dont la succession du prédécédé est tenue desdites dettes.

ARTICLE II.

Des autres charges du don mutuel portées par l'article 282 de la coutume de Paris.

236. Cet article est conçu en ces termes : « *Aussi est tenu celui qui veut jouir du don mutuel, faire faire les réparations étant à faire sur les héritages sujets audit don mutuel; payer les cens et charges annuelles, et les arrérages, tant des rentes foncières que des autres rentes constituées pendant la communauté, échues depuis la jouissance dudit don mutuel, sans espérance de les recouvrer.* »

Les charges que cet article impose au donataire mutuel sont des charges dont tous les usufruitiers sont tenus par la nature même du droit d'usufruit; c'est pourquoi la disposition de cet article doit être regardée comme un droit commun pour toutes les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Nous traiterons séparément de chacune de ces charges.

§. I. De la charge d'entretenir de réparations les héritages compris au don mutuel.

237. L'article dit que *le donataire doit faire les réparations viagères, etc.* Cela est conforme aux principes du droit: *Eum ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus præstare debere explorati juris est*; l. 7, *cod. de usufr. Quoniam omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum ædes per arbitrum cogi*; l. 7, §. 2, *ff. d. tit.*

Cette charge des réparations viagères, que la coutume impose au donataire mutuel, n'est pas une simple avance; l'héritier du prédécédé, lors de la restitution des biens compris au don mutuel, après l'expiration de l'usufruit du donataire mutuel, n'est pas tenu d'en faire aucune déduction sur lesdits biens. C'est ce qui résulte de ces termes qui sont en fin de l'art. 287, ci-dessus rapporté, *sans espérance de les recouvrer*; termes qui doivent se rapporter non seulement à l'acquiescement des cens et rentes, mais à tout le contenu de l'article.

La raison est que cette charge des réparations viagères, qui surviennent pendant le temps de l'usufruit

du donataire mutuel, est une charge des jouissances des biens compris au don mutuel, plutôt que du fonds même desdits biens; elles sont *onera fructuum*. L'héritier du prédécédé à qui on ne restitue pas les jouissances des biens compris au don mutuel, mais seulement le fonds, ne peut donc être obligé à tenir aucun compte de ce qu'il en a coûté au donataire mutuel pour lesdites réparations.

238. Observez en premier lieu, à l'égard des réparations dont la coutume charge par cet article le donataire mutuel, qu'elle ne le charge pas indistinctement de toutes les réparations qui surviennent pendant le cours de son usufruit; elle le charge seulement des réparations viagères, qu'on appelle autrement réparations usufruitières; elle ne le charge pas de celles qu'on appelle grosses réparations.

Pour savoir quelles sont les réparations usufruitières dont les usufruitiers sont chargés, et quelles sont celles qu'on appelle grosses réparations, dont ils ne sont pas chargés, voyez ce que nous en avons dit en notre *traité de la Communauté*, n. 271 et 272.

Il y a un cas auquel le donataire mutuel doit être chargé même des grosses réparations, sans que l'héritier du prédécédé soit tenu d'en tenir aucun compte après l'expiration de l'usufruit du donataire mutuel; c'est lorsqu'elles viennent de la faute du donataire mutuel, qui n'a pas entretenu comme il le devoit les héritages compris au don mutuel, en négligeant de faire les réparations viagères qu'il étoit obligé de faire. Il est tenu en ce cas des grosses réparations par forme de dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obli-

gation qu'il a contractée de jouir en bon père de famille.

Mais lorsque les grosses réparations viennent ou de vétusté, ou de quelque accident de force majeure, tel qu'un tremblement de terre ou un ouragan, le donataire mutuel n'en est pas tenu.

239. De là naît une question, si le donataire mutuel, n'étant pas chargé de faire les grosses réparations qui surviennent à quelque'un des héritages compris au don mutuel, peut obliger le propriétaire de l'héritage à les faire. Ulprien semble décider pour la négative, en la loi 7, §. 2, ff. de usufr., où il dit : *Si qua vetustate corruissent, neutrum cogi reficere. Neutrum*, c'est-à-dire ni l'usufruitier, puisqu'il n'est pas tenu des grosses réparations; ni le propriétaire de l'héritage, parcequ'il est de la nature du droit d'usufruit, de même que de celle de tous les autres droits de servitude, qu'il ne consiste pas à obliger le propriétaire à faire quelque chose, mais seulement à souffrir l'usufruitier jouir : *Servitutum non ea natura est ut aliquid faciat quis, sed ut patiatut aut non faciat*; l. 15, §. 1, ff. de servitut.

Néanmoins je pense que le donataire mutuel est bien fondé à prétendre contre l'héritier du prédécédé propriétaire de la maison, qu'il est tenu de faire ces réparations, si mieux il n'aime abandonner sa nue propriété. La raison est que le refus qu'il fait de faire ces réparations, qu'il ne manqueroit pas de faire si la maison n'étoit pas chargée d'usufruit, n'est fait que parcequ'il sent qu'en ne les faisant point le donataire mutuel sera dans la nécessité d'en faire l'avance, pour pouvoir jouir de la maison, qui sans cela seroit inexploitable. Si on n'obligeoit pas l'héritier du prédécédé à faire

ces réparations, ce seroit lui laisser une voie indirecte d'augmenter les charges du donataire mutuel, et de lui imposer la charge de l'avance des grosses réparations, charge qui ne lui a point été imposée par la donation qui lui a été faite.

Il en seroit autrement si la maison étoit totalement périe, *putà*, par un incendie ou quelque autre accident. Le refus que feroit le propriétaire de rebâtir cette maison, qu'il ne rebâtiroit peut-être pas, quand même elle ne seroit pas chargée d'usufruit, ne pouvant en ce cas être suspect de fraude, il ne peut être en ce cas obligé à rebâtir la maison. C'est de ce cas qu'on doit entendre ce que dit Ulpien, *Si qua vetustate corruissent, neutrum cogi reficere*. Il n'est tenu, en ce cas, lorsqu'il ne juge pas à propos de rebâtir la maison, qu'à retirer les ruines qui empêchent l'usufruitier de jouir de la place.

240. Le donataire mutuel et les autres usufruitiers ne sont pas à la vérité chargés de faire faire les grosses réparations qui surviennent pendant le cours de leur usufruit; mais le propriétaire qui les a faites à ses dépens ne seroit-il pas fondé à demander à l'usufruitier qu'il lui paie l'intérêt de ce qu'elles ont coûté à faire, pendant le temps que doit durer l'usufruit, jusqu'à concurrence de ce que ces réparations augmentent sa jouissance? Pour l'affirmative, on dit que le propriétaire de la maison, qui fait ces grosses réparations pour la conservation de sa maison, fait à la vérité sa propre affaire, *proprium negotium gerit*; mais en faisant sa propre affaire il fait aussi celle de l'usufruitier, à qui il procure, en faisant ces réparations, l'émolu-

ment de la jouissance de la maison, laquelle, sans cela, seroit infructueuse à l'usufruitier. Cet usufruitier est donc obligé, *obligatione negotiorum gestorum, non quidem directâ, sed utili*, envers le propriétaire qui a fait cette impense, à y contribuer à proportion de ce qu'il en profite; et comme le propriétaire qui a fait cette impense n'en doit profiter qu'après l'extinction de l'usufruit, et que l'usufruitier doit en avoir tout le profit pendant le temps que doit durer l'usufruit, il doit payer pendant ce temps l'intérêt de la somme qu'ont coûté ces réparations. Cette obligation naît de cette règle d'équité, que celui qui participe au profit doit participer à la charge: *Qui sentit commodum, debet sentire onus*.

On ajoute qu'il y a à cet égard une grande différence entre un locataire et un usufruitier. Le propriétaire est obligé envers son locataire précisément à le faire jouir; et par conséquent il est obligé envers lui à faire ces grosses réparations, sans lesquelles il ne pourroit le faire jouir, ni par conséquent exiger de lui aucun loyer. Le propriétaire, en faisant ces grosses réparations, ne fait donc que son affaire; il ne fait que ce qu'il doit et ce qu'il est obligé de faire envers le locataire: mais le propriétaire n'est pas obligé envers l'usufruitier précisément à le faire jouir; il n'est obligé qu'à le souffrir jouir de la chose en l'état qu'elle se trouve, et autant qu'il peut en jouir.

Nonobstant ces raisons, on doit décider pour la négative. On ne doit pas imposer à l'usufruitier plus de charges que la loi ne lui en a imposé. La loi ayant chargé l'usufruitier des réparations viagères seu-

lement, il ne doit être en aucune manière chargé des grosses; le propriétaire ne peut donc être fondé à exiger de lui l'intérêt de la somme qu'elles ont coûté.

241. La seconde observation par rapport aux réparations dont l'art. 287, ci-dessus rapporté, charge le donataire mutuel, est qu'elle ne le charge que de celles qui surviennent à faire pendant le temps de son usufruit.

A l'égard de celles qui étoient déjà à faire avant que le donataire mutuel fût entré en jouissance, il en fait seulement l'avance, sauf à retenir sur les biens compris au don mutuel, lors de la restitution qui s'en fera après l'expiration de l'usufruit du donataire mutuel, la somme qu'il aura avancée pour les faire.

Il doit en conséquence, avant que d'entrer en jouissance du don mutuel, faire faire par experts convenus entre lui et l'héritier du prédécédé, une visite et estimation des réparations qui sont à faire.

En cela le donataire mutuel est différent de la douairière. Celle-ci peut obliger les héritiers de son mari à faire toutes les réparations qui sont à faire aux héritages sujets au douaire, lors de l'ouverture du douaire. La raison de différence est que le mari contracte par le mariage l'obligation envers sa femme de la faire jouir après sa mort des héritages qu'il possède au temps du mariage, et de ceux qui lui aviendront en directe pendant le mariage: il est en conséquence débiteur envers sa femme de corps certains. Or il est de la nature de l'obligation de donner des corps certains (soit qu'on s'oblige d'en donner la propriété, soit qu'on s'oblige seulement d'en donner la jouissance),

que celui qui s'oblige de les donner, contracte en même temps une obligation secondaire de les conserver et de les entretenir en bon état jusqu'à la tradition qu'il en doit faire, comme nous l'avons vu en notre *traité des Obligations*, n. 142. Le mari ayant donc, suivant ce principe, contracté envers sa femme l'obligation d'entretenir en bon état les héritages sujets au douaire, jusqu'à ce qu'elle en entre en jouissance, par l'ouverture du douaire, l'héritier du mari, qui lui succède à cette obligation, est obligé de faire faire toutes les réparations qui sont à faire pour les mettre en bon état. Au contraire, le don mutuel n'étant d'aucuns corps certains et déterminés, mais de la part du donateur premier décédé dans les biens de la communauté qui se trouveront lors de son décès, tels et en l'état qu'ils se trouveront, l'héritier du prédécédé n'a succédé à aucune obligation de les mettre en bon état. La charge de ces réparations qui se trouvent à faire, lors de l'ouverture du don mutuel, aux biens de la communauté, est une des charges de ces biens, que le donataire mutuel est tenu d'avancer, ainsi que les autres charges de la communauté.

§. II. De l'acquittement des rentes foncières.

242. La coutume de Paris, art. 287, dit: « Est
« tenu celui qui veut jouir du don mutuel, payer les
« cens et charges annuelles, et les arrérages, tant des
« rentes foncières que des autres rentes constituées pen-
« dant la communauté, échus depuis la jouissance du
« don mutuel. »

Ces termes, *charges annuelles*, ne doivent pas s'en-

tendre *restrictivè*, et ne déchargent pas le donataire de l'acquiescement des autres charges, telles que sont les tailles d'église, qu'on impose sur tous les héritages d'une paroisse pour les réparations qui sont à faire à l'église de la paroisse, lorsque la fabrique n'a pas le moyen d'y subvenir. Telles sont les tailles qu'on impose sur toutes les maisons d'un quartier pour les réparations à faire au puits commun. Telle est la charge de l'entretien du pavé des rues dans les villes, dont chaque maison est tenu en droit soi, et autres charges semblables, dont les usufruitiers sont tenus, quoique ces charges ne soient pas des charges annuelles: *Si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ad formam aquæ ductus qui per agrum transit pendatur, ad onus fructuarii pertinebit; sed et si quid ad collationem viæ, pro hoc quoque fructuarium subiturum; l. 27, §. 4, ff. de usufr.*

243. Il ne peut être douteux que le donataire mutuel n'est pas tenu d'acquiescer le profit de rachat dû par la mort du prédécédé; car ce profit étant dû dès l'instant de la mort du prédécédé, qui a saisi son héritier de sa part dans les biens féodaux de la communauté, est une charge qui a précédé le temps de la jouissance du donataire mutuel, dont par conséquent le donataire mutuel ne peut être tenu, n'étant tenu que de celles nées pendant sa jouissance.

244. Le donataire mutuel est-il tenu d'acquiescer le profit de rachat dû par la mort de l'héritier du prédécédé, qui arriveroit pendant le temps de sa jouissance? Je ne pense pas que le donataire mutuel en soit tenu, quoique ce profit soit né pendant le temps de sa jouis-

sance. La raison est que ce rachat est dû pour rendre héréditaires les fiefs qui n'étoient autrefois que personnels, et pour le prix de l'investiture que le seigneur est obligé de donner à son vassal. N'y ayant que le propriétaire du fief qui doive se faire investir, c'est lui qui doit ce rachat, plutôt que l'usufruitier.

245. Il n'en est pas de même du profit de relevoisons à plaisir, qui est dû dans certaines censives de la ville d'Orléans. Ces relevoisons n'étant autre chose que de simples charges foncières, celles qui surviennent pendant le temps de la jouissance du donataire mutuel, par les mutations des propriétaires de la maison, sont par lui dues, de même que par les autres usufruitiers.

Si nous avons dit en notre *traité du Douaire* que la douairière n'en étoit pas tenue, c'est par une raison qui lui est particulière. Voyez au surplus ce que nous avons dit sur ces relevoisons, en ce même traité, n. 235 et suivans.

246. Suivant l'arrêt du conseil du 13 avril 1713, le droit de franc-fief est dû par les usufruitiers qui sont de qualité à être sujets à ce droit. Voyez le *traité du Douaire*.

247. Le centième denier dû par la mort du prédécédé est dû par son héritier; comme il ne succède qu'à la nue propriété, il ne doit le centième denier que de la valeur de la nue propriété. A l'égard du centième denier dû pour l'usufruit du donataire mutuel, je crois qu'on le fait payer lors du contrat: il paroîtroit néanmoins équitable qu'il ne dût être payé que lors de l'ouverture du don mutuel.

248. La coutume, outre les charges foncières, charge encore le donataire mutuel d'acquitter les arrérages des rentes constituées pendant la communauté, qui courront pendant le temps de sa jouissance. Elle a trouvé équitable que le donataire mutuel ayant tout le revenu des biens de la communauté, acquittât ces arrérages, qui sont une charge naturelle des revenus des biens de la communauté.

Le donataire mutuel n'étant sujet à aucune restitution des revenus qu'il perçoit, il ne doit avoir aucune répétition des arrérages courus pendant le temps de sa jouissance, qu'il doit payer, comme étant une charge desdits revenus. Il doit pareillement payer, sans aucune répétition, les intérêts des dettes mobilières de la communauté courus pendant le temps de sa jouissance, jusqu'au paiement.

Lorsque le conjoint prédécédé a laissé, dans la coutume de Paris et autres semblables, différents héritiers, l'un aux meubles et acquêts, et l'autre aux propres; l'héritier aux meubles et acquêts, pour qui et à la décharge de qui le donataire mutuel paie les arrérages desdites rentes, doit avoir la répétition contre l'héritier aux propres, de la part dont ledit héritier aux propres est tenu desdites rentes, suivant la répartition que la coutume de Paris en fait entre eux.

249. Il nous reste à observer que ces termes dont se sert la coutume, *échus et courus depuis la jouissance du don mutuel*, doivent s'entendre en ce sens, courus et échus depuis et pendant tout le temps de la jouissance, etc. C'est pourquoi si, par exemple, le donataire mutuel est entré en jouissance du don mutuel au 1^{er} sep-

tembre 1781, le donataire mutuel ne sera pas tenu de payer, sans répétition, l'année entière d'arrérages qui sera échue à la Toussaint de ladite année; il ne sera tenu de payer, sans répétition, que les deux derniers mois de cette année d'arrérages, qui ont couru depuis le 1^{er} septembre, jour auquel il est entré en jouissance. A l'égard du surplus de ladite année, il n'est tenu que de l'avancer, de même que les autres dettes.

Pareillement les héritiers du donataire mutuel sont tenus de ce qui a couru des arrérages de l'année, dont le terme n'est échu que depuis sa mort, pour tout ce qui a couru de ladite année jusqu'au jour de sa mort. Par exemple, si le donataire mutuel est mort au 1^{er} septembre 1781, ses héritiers seront tenus de payer dix mois de l'année qui écherra à la Toussaint de ladite année, y ayant dix mois des arrérages de ladite année courus jusqu'au 1^{er} septembre, jour de la mort du donataire mutuel.

250. Lorsque le mari revêtu d'un office acquis pendant la communauté, qu'il a déclaré, après la mort de sa femme, entendre laisser dans la communauté, jouit, comme donataire mutuel, de la moitié appartenante à l'héritier de la femme dans cet office, il doit payer à ses dépens, et sans aucune répétition, le prêt et l'annuel dudit office; et si, faute de l'avoir payé, l'office tomboit aux parties casuelles, la succession seroit tenue d'indemniser de cette perte l'héritier du prédécédé.

Car, par la nature de l'usufruit, le donataire mutuel devant s'obliger envers le propriétaire *rem finito usufructu restitutum iri*, il contracte l'obligation de

faire ce qui est nécessaire pour conserver l'office, afin de pouvoir le rendre *finito usufructu*. Or, selon les principes établis en notre *traité des Obligations*, n. 550 et suiv., un débiteur doit faire à ses dépens ce qui est nécessaire pour s'acquitter de son obligation : il doit donc faire à ses dépens, et sans répétition, le paiement du prêt et de l'annuel qui est nécessaire pour la conservation de l'office.

Si le donataire mutuel négligeoit de le faire, il pourroit y être contraint, tant par l'héritier du prédécédé, à qui la restitution doit être faite, que par la personne qui s'est rendue caution pour la restitution du don mutuel.

Il y a certains offices qui n'ont presque point de revenus, mais que la dignité des fonctions qui y sont attachées avoit autrefois portés à un prix considérable, et que la corruption des mœurs, la chute des études, et le goût de la frivolité, qui en sont les suites, ont tellement fait diminuer de prix aujourd'hui, que le prêt et l'annuel qui seroient payés pendant plusieurs baux de paulette pour la conservation de ces offices, en surpasseroient le prix. Il seroit trop dur que l'héritier du prédécédé pût contraindre le donataire mutuel à entrer en paulette pour ces offices; il doit se contenter de la sûreté qu'il a dans la caution que le donataire mutuel lui a baillée pour la restitution de l'office, quant à la part qu'il y avoit, dans le cas auquel le donataire mutuel mourroit en perte d'office.

251. A l'égard des taxes imposées sur l'office pendant le temps de la jouissance du don mutuel, si ces taxes attribuent des augmentations de gages, ou des

droits qui augmentent le prix de l'office, on doit, lors de la restitution du don mutuel, en faire raison, sur l'office, à la succession du donataire mutuel qui les a payées; mais si ces taxes sont des taxes sèches, je ne pense pas que le donataire mutuel en doive avoir aucune restitution : ce sont des charges de sa jouissance.

CHAPITRE VII.

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

252. La manière la plus ordinaire par laquelle s'éteint l'usufruit du donataire mutuel est sa mort. Il s'éteint aussi par les autres différentes manières dont s'éteint le droit d'usufruit. Nous les avons rapportées en notre *traité du Douaire*, chap. 6; nous y renvoyons. Tout ce qui y est dit des manières dont s'éteint l'usufruit de la douairière reçoit une entière application à celui du donataire mutuel.

253. Dans la coutume de Paris, et dans la plus grande partie des coutumes, l'usufruit du donataire mutuel ne s'éteint pas par son convol à un autre mariage, à moins que les parties n'eussent apposé à leur contrat de don mutuel une clause par laquelle il auroit été dit que le survivant ne jouiroit que pendant le temps qu'il demeureroit en viduité.

On a fait la question de savoir si ces termes qui se trouvoient dans un contrat de don mutuel, *lequel don*

droits qui augmentent le prix de l'office, on doit, lors de la restitution du don mutuel, en faire raison, sur l'office, à la succession du donataire mutuel qui les a payées; mais si ces taxes sont des taxes sèches, je ne pense pas que le donataire mutuel en doive avoir aucune restitution : ce sont des charges de sa jouissance.

CHAPITRE VII.

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

252. La manière la plus ordinaire par laquelle s'éteint l'usufruit du donataire mutuel est sa mort. Il s'éteint aussi par les autres différentes manières dont s'éteint le droit d'usufruit. Nous les avons rapportées en notre *traité du Douaire*, chap. 6; nous y renvoyons. Tout ce qui y est dit des manières dont s'éteint l'usufruit de la douairière reçoit une entière application à celui du donataire mutuel.

253. Dans la coutume de Paris, et dans la plus grande partie des coutumes, l'usufruit du donataire mutuel ne s'éteint pas par son convol à un autre mariage, à moins que les parties n'eussent apposé à leur contrat de don mutuel une clause par laquelle il auroit été dit que le survivant ne jouiroit que pendant le temps qu'il demeureroit en viduité.

On a fait la question de savoir si ces termes qui se trouvoient dans un contrat de don mutuel, *lequel don*

mutuel les parties se sont fait pour aider au survivant à vivre pendant sa viduité, devoient être censés renfermer la clause que le survivant ne jouiroit que pendant le temps qu'il demeureroit en viduité. Ferrière cite un arrêt du 19 avril 1640, qui a jugé que ces termes ne renfermoient point cette condition, et que le donataire mutuel devoit, dans cette espèce, quoiqu'il eût convolé à de secondes noces, jouir du don mutuel jusqu'à sa mort. Cet arrêt a très bien jugé. Ces termes ne présentent autre chose que l'énonciation de la cause impulsive qui a porté les parties à faire le don mutuel. Or c'est un principe à l'égard de toutes les dispositions, aussi bien à l'égard de celles qui sont entre vifs, qu'à l'égard des testamentaires, que l'énonciation de la cause impulsive ne forme point une condition dans la disposition, et que la disposition en est indépendante : *Causa non cohæret legato*. C'est suivant ce principe qu'on décide que le legs fait à une fille pour la marier, et celui fait à un jeune homme *pour faire ses études en Sorbonne*, ne laissent pas d'être dus, quoique la fille ne se marie pas, et quoique le jeune homme ait pris un autre parti que celui des études.

254. Aussitôt que l'usufruit du donataire mutuel est éteint, les héritiers du prédécédé, propriétaires des héritages et rentes compris au don mutuel, ou ceux qui leur ont succédé, soit à titre universel, soit à titre singulier, à la propriété des héritages ou rentes, rentrent de plein droit dans la jouissance desdits héritages ou rentes, jouissance qui n'avoit été séparée de leur droit de propriété que pour le temps que devoit durer l'usufruit du donataire mutuel.

C'est pourquoi tous les fruits qui se sont trouvés pendant sur lesdits héritages au temps de l'extinction de l'usufruit du donataire mutuel appartiennent au propriétaire desdits héritages, à la charge néanmoins de rembourser la succession du donataire des frais de labours, semences, et autres que le donataire mutuel a faits pour les faire venir.

Tout ce que nous avons dit en notre *traité du Douaire*, chap. 7, par rapport au cas auquel, après la mort de la douairière, les héritiers du mari, ou leurs successeurs, propriétaires des héritages dont la douairière jouissoit en usufruit, sont rentrés dans la jouissance desdits héritages, reçoit une entière application au cas auquel les héritiers du conjoint prédécédé, ou leurs successeurs, propriétaires des héritages compris au don mutuel, rentrent dans la jouissance desdits héritages après la mort du donataire mutuel. Nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

255. Lorsque le don mutuel consiste en deniers et en effets mobiliers dont le donataire mutuel jouissoit, la mort du donataire mutuel donne ouverture à une action que les héritiers du prédécédé, ou leurs successeurs, ont contre l'héritier du donataire, aux fins de restitution de la somme à laquelle montoit, suivant la prisee de l'inventaire, toutes dettes et charges déduites, la part du prédécédé dans le mobilier de la communauté, dont le donataire mutuel avoit joui, comme nous l'avons déjà vu *suprà*, n. 213.

TROISIÈME PARTIE.

D'une autre espèce d'avantage mutuel que la coutume de Paris permet aux conjoints par mariage de se faire pendant le mariage.

256. L'article 281 porte : « Père et mère mariant
« leurs enfants, peuvent convenir que leursdits enfants
« laisseront jouir le survivant desdits père et mère des
« meubles et conquêts du prédécédé, la vie durant du
« survivant, pourvu qu'il ne se remarie; et n'est ré-
« puté tel accord avantage entre lesdits conjoints. »

Il résulte indirectement de la convention permise et autorisée par cet article, qui intervient entre les père et mère et leur enfant, une espèce de don mutuel qu'ils se font réciproquement au survivant d'eux de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté.

Le motif de la coutume a été d'encourager les père et mère à établir par mariage leurs enfants, en accordant, pour cet effet, auxdits père et mère la permission de se faire cette espèce de don mutuel, en récompense et comme une condition de la dot dont ils se dessaisissent de leur vivant envers leurs enfants.

Nous verrons, sur cette espèce de don mutuel, 1^o en quoi il convient avec celui porté par l'article 280, dont nous avons traité, et en quoi il en diffère; 2^o par quel acte peut se faire la convention permise par l'art. 281, qui le renferme indirectement; 3^o en quel cas; 4^o nous

parlerons de la condition de ne se pas remarier, que la coutume y appose; 5^o nous verrons quelles choses entrent dans cette espèce de don mutuel; 6^o quel est l'effet de cette convention permise par l'article 281, qui renferme indirectement cette espèce de don mutuel; 7^o quel effet a, dans les autres coutumes, la clause que l'enfant doté ne pourra provoquer le survivant à partage.

ARTICLE PREMIER.

En quoi convient ce don mutuel avec le don mutuel porté par l'article 280; et en quoi il diffère.

§. I. En quoi convient-il.

257. L'espèce de don mutuel que la coutume de Paris permet, par cet article 281, aux père et mère de se faire en mariant leurs enfants convient avec le don mutuel permis entre conjoints par mariage par l'article 280, qui a fait l'objet et la matière de la seconde partie de notre traité, en ce qu'il doit pareillement, pour être valable, être réciproque et égal.

C'est pourquoi si, par le contrat de mariage d'un enfant, il étoit dit qu'au moyen de la dot qui lui est donnée par ses père et mère il laisseroit sa mère, au cas qu'elle survécût à son père, jouir en usufruit des meubles et conquêts de la succession de son père, et qu'on n'eût pas stipulé pareillement qu'au cas que ce fût le père qui survécût, l'enfant le laisseroit pareillement jouir des meubles et acquêts de la succession de la mère; le don que l'homme auroit, par cette convention, fait de ses meubles et conquêts à sa femme, au

parlerons de la condition de ne se pas remarier, que la coutume y appose; 5^o nous verrons quelles choses entrent dans cette espèce de don mutuel; 6^o quel est l'effet de cette convention permise par l'article 281, qui renferme indirectement cette espèce de don mutuel; 7^o quel effet a, dans les autres coutumes, la clause que l'enfant doté ne pourra provoquer le survivant à partage.

ARTICLE PREMIER.

En quoi convient ce don mutuel avec le don mutuel porté par l'article 280; et en quoi il diffère.

§. I. En quoi convient-il.

257. L'espèce de don mutuel que la coutume de Paris permet, par cet article 281, aux père et mère de se faire en mariant leurs enfants convient avec le don mutuel permis entre conjoints par mariage par l'article 280, qui a fait l'objet et la matière de la seconde partie de notre traité, en ce qu'il doit pareillement, pour être valable, être réciproque et égal.

C'est pourquoi si, par le contrat de mariage d'un enfant, il étoit dit qu'au moyen de la dot qui lui est donnée par ses père et mère il laisseroit sa mère, au cas qu'elle survécût à son père, jouir en usufruit des meubles et conquêts de la succession de son père, et qu'on n'eût pas stipulé pareillement qu'au cas que ce fût le père qui survécût, l'enfant le laisseroit pareillement jouir des meubles et acquêts de la succession de la mère; le don que l'homme auroit, par cette convention, fait de ses meubles et conquêts à sa femme, au

cas qu'elle lui survécût, ne seroit pas valable, faute d'être mutuel et réciproque.

Par la même raison, si la convention portoit que la mère, au cas qu'elle survécût, jouiroit de tous les meubles et conquêts du père prédécédé; et que, si c'étoit le père qui survécût, il jouiroit seulement d'une portion de ceux de la mère, le don seroit nul de part et d'autre, faute d'être égal.

La réciprocité et l'égalité que nous disons être requises pour la validité du don que l'article 281 permet aux père et mère de se faire en mariant leurs enfants résulte évidemment des termes qui sont à la fin de cet article, *et n'est réputé tel accord avantage entre les conjoints*; car ce ne peut être que la réciprocité et l'égalité de ce don qui puissent empêcher de le regarder comme un avantage.

258. La convention portée au contrat de mariage de l'enfant, par laquelle il est dit qu'au moyen de la dot qu'il reçoit de ses père et mère, la mère, au cas qu'elle survive au père, jouira des meubles et conquêts du père sans qu'on ait stipulé la même chose au profit du père, est bien nulle par rapport à la donation qu'elle renferme, faite par le père à la mère, au cas qu'elle lui survive; mais elle n'est pas nulle par rapport à la condition que la mère met à la dot qu'elle donne, qu'elle ne la donne qu'autant que l'enfant la laissera jouir, au cas qu'elle survive à son mari, des meubles et acquêts de sa succession; car il est permis à chacun d'apposer telle condition que bon lui semble à la donation qu'il fait. C'est pourquoi, dans l'espèce proposée, la dissolution de la communauté étant arri-

vée par le prédécès du père, l'enfant, au moyen de la nullité de la donation faite par son père et sa mère, pourra provoquer sa mère au partage des biens de la communauté, et demander à jouir de la part qu'il a comme héritier de son père: mais au moyen de ce qu'en provoquant sa mère à ce partage il fait défaillir la condition apposée à la dot qui lui a été donnée par sa mère, la mère sera censée n'avoir pas doté, et l'enfant devra rendre à sa mère la dot qu'il a reçue, pour la moitié pour laquelle elle y a contribué, ou (ce qui revient au même) laisser prélever à sa mère le total de cette dot au partage qu'ils ont à faire de biens de la communauté. Par exemple, dans l'espèce d'une pareille convention, supposons que la dot qui a été donnée à l'enfant fût de vingt mille livres, et que, la dissolution de la communauté étant arrivée par le prédécès du mari, il restât encore cinquante mille livres de biens dans la communauté: la donation que le mari a faite à sa femme de sa part dans lesdits biens étant nulle, faute de réciprocité, l'enfant héritier de son père est fondé à demander à sa mère la part de son père dans lesdits biens; mais la femme n'ayant voulu contribuer à la dote de l'enfant que sous la condition qu'il la laisseroit jouir de cette part, l'enfant doit, par l'action *condictio causâ datâ, causâ non secutâ*, ou rendre de *suo* à sa mère dix mille livres, qui est la somme pour laquelle elle a contribué à la dot de vingt mille livres qu'il a reçue, ou laisser sa mère prélever avant lui, au partage qu'ils ont à faire, une pareille somme de vingt mille livres; au moyen duquel prélèvement le fonds de la communauté restant à partager entre sa mère et

lui demeurera réduit à trente mille livres, dont il revient à l'enfant pour sa part quinze mille livres, laquelle somme, jointe à celle de vingt mille livres, fait trente-cinq mille livres; ce qui revient au même que s'il avoit rendu les dix mille livres pour la moitié de sa dot à sa mère; car, dans ce cas, il auroit dans le fonds de la communauté vingt-cinq mille livres pour sa part, laquelle somme, jointe aux dix mille livres qui lui restent de sa dot, fait pareille somme de trente-cinq mille livres.

259. Si c'étoient des héritages conquêts qui eussent été donnés en dot à l'enfant, et qu'il ne se trouvât pas, dans les biens de la communauté restés après la mort du père, de quoi égaler la mère en héritages de pareille valeur et bonté, la mère pourroit, en ce cas, obliger l'enfant à rapporter en nature à la masse des biens de la communauté qui est à partager entre elle et lui ces héritages qu'il a reçus en dot, sauf à lui faire raison au partage des impenses nécessaires qu'il y auroit faites autres que celles d'entretien, qui sont une charge de la jouissance qu'il en a eue, même des impenses utiles; mais à l'égard de celles-ci, jusqu'à concurrence seulement de ce que l'héritage s'en trouveroit plus précieux au temps du partage.

Si, au contraire, les héritages se trouvoient dégradés et détériorés par le fait ou la faute de l'enfant, il en doit faire raison au partage, suivant l'estimation qui sera faite desdites dégradations par experts convenus entre les parties.

260. On opposera peut-être que la dot ayant été fournie en biens de la communauté, la femme n'a pu

apposer de condition à la dot qu'elle a fournie, pour la part qu'elle avoit dans lesdits biens, puisque le mari, en sa qualité de chef de la communauté, pouvoit y faire contribuer sa femme pour la part qu'elle avoit dans lesdits biens, sans avoir même besoin pour cela de son consentement. La réponse est, que le mari avoit ce droit, mais qu'il pouvoit n'en pas user. Il pouvoit au contraire, comme nous l'avons vu en notre *traité de la Communauté*, part. 4, chap. 1, sect. 2, art. 5, prendre sur lui seul la charge de la dot de l'enfant commun, et la fournir pour son compte seul, quoique en biens de la communauté, en le déclarant par le contrat de donation, de manière que sa femme n'y contribuât en rien, et qu'elle eût récompense contre lui, après la dissolution du mariage, de la part qu'elle avoit dans ce qui a été tiré de la communauté pour la fournir. Or, si la dot peut être fournie par le mari à un enfant commun en biens de la communauté, de manière que la femme n'y contribue point du tout, elle peut, à plus forte raison, être par lui fournie de manière que la femme n'y contribue que sous telle condition qu'elle juge à propos d'y apposer.

261. Le don mutuel que l'article 281 de la coutume permet à des conjoints par mariage de se faire lorsqu'ils marient leurs enfants, convient encore avec celui qui leur est permis par l'article 280, en ce que l'un et l'autre ne leur est permis que lorsqu'ils sont communs en biens. C'est ce qui résulte des termes de la coutume, *peuvent convenir que leurs enfants laisseront jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé*. La coutume, par ce terme *conquêts*, suppose

une communauté entre eux, et ce n'est que des biens de la communauté dont cet article leur permet de se faire un don mutuel. C'est encore un point dans lequel le don mutuel permis par cet article 281 convient avec celui permis par l'article 280.

§. II. En quoi diffère le don mutuel qui résulte de l'article 281 de celui permis par l'article 280.

262. La principale différence entre le don mutuel permis aux conjoints par mariage par l'article 280, et celui qui leur est permis par l'article 281, est que celui permis par l'article 280 est un don mutuel que les conjoints se font directement l'un à l'autre. Au contraire, celui qui leur est permis par l'article 281, est un don mutuel qui ne résulte qu'indirectement de la convention portée au contrat de mariage d'un enfant commun, par laquelle les conjoints par mariage conviennent l'un et l'autre avec cet enfant qu'au moyen de la dot qu'ils lui donnent il laissera le survivant d'eux jouir de la part entière du prédécédé dans les biens de la communauté.

263. De cette différence en naissent d'autres. 1^o Le don mutuel, permis par l'article 280, est un acte auquel les conjoints par mariage sont les seules parties, sans l'intervention d'aucune autre. Au contraire celui qui résulte de l'article 281, se fait par un acte auquel l'enfant commun doté par l'un et l'autre des conjoints, avec la convention permise par ledit article, est avec eux une des principales parties à l'acte, qui renferme indirectement le don mutuel entre lesdits conjoints. 2^o Le don mutuel permis par l'article 280 peut se faire pen-

dant tout le temps du mariage, pourvu que les conjoints soient en bonne santé lorsqu'ils le font. Au contraire celui qui résulte de leur convention permise par l'article 281 ne peut se faire que lorsqu'ils marient leurs enfants, et par le contrat de mariage de leursdits enfants. 3° Pour que le don mutuel permis par l'article 280 entre conjoints par mariage soit valable, il faut qu'ils ne laissent l'un et l'autre aucuns enfants. Au contraire celui qui résulte de la convention permise par l'art. 281, suppose qu'ils ont des enfants. 4° Le don mutuel permis par l'article 280 ne se perd pas lorsque le survivant donataire mutuel se remarie. Au contraire celui qui résulte de la convention permise par l'article 281 se perd lorsque le survivant se remarie.

ARTICLE II.

Par quels actes peut se faire la convention permise par l'article 281.

264. Cette convention ne peut se faire que par les contrats de mariage des enfants, par lesquels l'enfant, en conséquence de la dot qui lui est fournie par ses père et mère, consent que le survivant de sesdits père et mère jouisse pendant sa vie de la part que le prédécédé se trouvera avoir dans la communauté au temps de son prédécès.

C'est ce qui résulte de ces termes de l'article 281, *mariant leurs enfants*. Ce n'est donc que lorsqu'ils marient leurs enfants, ce n'est donc que par le contrat de mariage de leurs enfants, que cette convention peut intervenir.

dant tout le temps du mariage, pourvu que les conjoints soient en bonne santé lorsqu'ils le font. Au contraire celui qui résulte de leur convention permise par l'article 281 ne peut se faire que lorsqu'ils marient leurs enfants, et par le contrat de mariage de leursdits enfants. 3° Pour que le don mutuel permis par l'article 280 entre conjoints par mariage soit valable, il faut qu'ils ne laissent l'un et l'autre aucuns enfants. Au contraire celui qui résulte de la convention permise par l'art. 281, suppose qu'ils ont des enfants. 4° Le don mutuel permis par l'article 280 ne se perd pas lorsque le survivant donataire mutuel se remarie. Au contraire celui qui résulte de la convention permise par l'article 281 se perd lorsque le survivant se remarie.

ARTICLE II.

Par quels actes peut se faire la convention permise par l'article 281.

264. Cette convention ne peut se faire que par les contrats de mariage des enfants, par lesquels l'enfant, en conséquence de la dot qui lui est fournie par ses père et mère, consent que le survivant de sesdits père et mère jouisse pendant sa vie de la part que le prédécédé se trouvera avoir dans la communauté au temps de son prédécès.

C'est ce qui résulte de ces termes de l'article 281, *mariant leurs enfants*. Ce n'est donc que lorsqu'ils marient leurs enfants, ce n'est donc que par le contrat de mariage de leurs enfants, que cette convention peut intervenir.

Cette convention ayant été omise au contrat de mariage de l'enfant à qui ses père et mère ont donné une dot, elle ne peut se faire valablement par un acte subséquent auquel l'enfant interviendrait, et consentiroit de laisser jouir le survivant de ses père et mère, de la part du prédécédé dans les meubles et conquêts.

Cette convention est une condition que la coutume permet au père et mère d'apposer à la donation de la dot qu'ils donnent à leur enfant. Mais c'est un principe, qu'on ne peut apposer de condition à une donation entre vifs que par l'acte même de la donation, laquelle ayant reçu toute sa perfection aussitôt que l'acte a été passé, ne peut plus recevoir aucune altération par des actes subséquents.

265. Cette convention ayant été omise par le contrat de mariage de l'enfant, pourroit-elle se faire par un acte dans lequel les père et mère donneroient à cet enfant, depuis son mariage, une augmentation de dot? Non; car la coutume ne permet au père et mère cette convention qu'en mariant leurs enfants, c'est-à-dire par le contrat de mariage de leurs enfants. Cette permission est accordée à la faveur que méritent les contrats de mariage, et ne peut être par conséquent étendue à d'autres actes.

C'est pourquoi si, par l'acte de donation faite par les père et mère à l'enfant pendant son mariage, il étoit dit que l'enfant laisseroit jouir le survivant de ses père et mère des meubles et conquêts du prédécédé, le don mutuel que les père et mère auroient entendu se faire par cette clause au survivant, des meubles et conquêts du prédécédé, ne seroit pas valable, et l'en-

fant, en sa qualité d'héritier du prédécédé, auroit droit de demander à jouir de sa part des biens de la communauté. Cette clause n'auroit d'autre effet que d'apposer à la donation faite par le survivant à l'enfant, par cet acte, la condition que l'enfant le laisseroit jouir de la part du prédécédé dans les meubles et conquêts, et d'obliger en conséquence l'enfant qui auroit contrevenu à cette condition, à imputer en entier l'augmentation de dot qui lui auroit été donnée par cette donation, sur la succession du prédécédé.

ARTICLE III.

Dans quels cas peut se faire la convention mentionnée en l'article 281.

266. La coutume s'exprime sur les cas dans lesquels elle permet cette convention, par ces termes, *en mariant leurs enfants*; sur quoi on fait deux questions. 1^o Si par ces termes la coutume entend que les père et mère, pour pouvoir faire cette convention, doivent donner l'un et l'autre une dot aux enfants qu'ils marient? 2^o Si ces termes comprennent aussi les petits-enfants?

§. I. Si par ces termes, *en mariant leurs enfants*, la coutume entend que les père et mère doivent leur donner une dot.

267. La raison de douter est que la coutume, en l'art. 281, dit, *en mariant leurs enfants*; elle ne dit pas, *en dotant leurs enfants*.

D'où il semble qu'on peut conclure qu'elle ne re-

fant, en sa qualité d'héritier du prédécédé, auroit droit de demander à jouir de sa part des biens de la communauté. Cette clause n'auroit d'autre effet que d'apposer à la donation faite par le survivant à l'enfant, par cet acte, la condition que l'enfant le laisseroit jouir de la part du prédécédé dans les meubles et conquêts, et d'obliger en conséquence l'enfant qui auroit contrevenu à cette condition, à imputer en entier l'augmentation de dot qui lui auroit été donnée par cette donation, sur la succession du prédécédé.

ARTICLE III.

Dans quels cas peut se faire la convention mentionnée en l'article 281.

266. La coutume s'exprime sur les cas dans lesquels elle permet cette convention, par ces termes, *en mariant leurs enfants*; sur quoi on fait deux questions. 1° Si par ces termes la coutume entend que les père et mère, pour pouvoir faire cette convention, doivent donner l'un et l'autre une dot aux enfants qu'ils marient? 2° Si ces termes comprennent aussi les petits-enfants?

§. I. Si par ces termes, *en mariant leurs enfants*, la coutume entend que les père et mère doivent leur donner une dot.

267. La raison de douter est que la coutume, en l'art. 281, dit, *en mariant leurs enfants*; elle ne dit pas, *en dotant leurs enfants*.

D'où il semble qu'on peut conclure qu'elle ne re-

quiert pas pour la convention qu'elle permet par cet article que les père et mère fournissent une dot à leurs enfants, mais seulement qu'elle soit faite dans le temps qu'ils marient leurs enfants, et par le contrat de mariage de leurs enfants. Néanmoins je pense que cette convention n'est valable que lorsque les père et mère fournissent une dot à leurs enfants. En effet, quelle est la fin que se propose la coutume par cet article? c'est d'encourager les père et mère à marier leurs enfants, et à leur donner pour cet effet une dot, qu'il est nécessaire de leur donner pour pouvoir trouver à les marier. Pour les porter d'autant plus à donner cette dot, la coutume leur propose par cet article, comme une récompense de cette dot, la permission de convenir que le survivant jouira par usufruit de la part du prédécédé dans les biens de la communauté: les père et mère qui n'ont fourni aucune dot, n'ayant point mérité cette récompense, ne doivent pas jouir de la permission accordée par cet article.

Quant à ce qu'on oppose, que la coutume n'a pas dit en termes formels, *en dotant*, et qu'elle a dit simplement *en mariant*,

La réponse est que, quoiqu'il puisse arriver quelquefois qu'on trouve à marier une fille sans lui donner aucune dot à un homme qui la prend sans dot pour sa beauté ou ses bonnes qualités, néanmoins, suivant ce qui arrive ordinairement, les père et mère donnent une dot à leurs enfants lorsqu'ils les marient, ne trouvant pas ordinairement à les marier sans leur en donner une plus ou moins considérable. Les lois ayant coutume de parler conformément à ce qui arrive or-

dinairement, lorsque la coutume dit en cet article, *les père et mère en mariant leurs enfants*, elle est censée par ces termes, *en mariant*, suffisamment dire qu'ils leur ont donné une dot, sans qu'il fût besoin de le dire expressément, parceque ordinairement on ne les marie pas sans cela.

268. De notre principe que, pour la convention permise par l'art. 281, il faut que les père et mère donnent une dot à leurs enfants, il suit que cette convention ne peut être permise dans le cas auquel un enfant se marie avec le bien qu'il a gagné par son industrie. On ne peut pas dire, en ce cas, que ses père et mère *le marient*; c'est lui seul qui se marie du bien qu'il a, et ses père et mère ne paroissent au contrat que pour approuver et consentir son mariage.

269. Au surplus, il n'importe quelle ait été la dot que les père et mère ont donnée à leurs enfants : quelque modique qu'elle ait été, les père et mère peuvent valablement faire cette convention.

270. Est-il nécessaire que la dot ait été fournie par les père et mère conjointement? Suffiroit-il qu'elle eût été fournie par l'un d'eux seulement, sans que l'autre eût rien donné? Cela ne suffiroit pas; car la permission que la coutume donne par cet article aux conjoints de convenir par le contrat de mariage de leurs enfants, que le survivant jouira, pendant sa vie, de la part du prédécédé dans les biens de leur communauté, ne leur étant accordée, comme nous venons de le voir, qu'en récompense de la dot qu'ils donnent à leurs enfants, celui qui n'en a donné aucune n'a pas droit de stipuler par cette convention, en cas de survie, la part

de l'autre conjoint dans les biens de la communauté; et s'il ne le peut pas, l'autre conjoint qui a fourni la dot ne le peut pas non plus : car cette convention renferme un don mutuel que les conjoints font réciproquement au survivant de la part du prédécédé. Or il est de l'essence du don mutuel qu'aucune des deux donations qu'il renferme ne puisse être valable, si l'une des deux ne peut l'être. Par conséquent la donation faite par celui qui a fourni la dot, à celui qui n'y a pas contribué, ne pouvant pas être valable, celle que lui a faite le conjoint qui n'a pas contribué à la dot, ne peut pas l'être non plus.

271. Lorsque le père a doté l'enfant des biens de la communauté; quoiqu'il ne soit pas dit que la mère a doté, elle est censée avoir contribué à la dot, non à la vérité en son propre nom, mais en sa qualité de commune; ce qui suffit pour que les conjoints puissent faire la convention qui leur est permise par cet article, à moins qu'il ne fût dit, en termes formels, que le père a doté sur sa part; auquel cas la femme n'auroit pas contribué à la dot, et il ne pourroit y avoir lieu à la convention.

§. II. Si ces termes de l'article 281, *en mariant leurs enfants*, comprennent les petits-enfants.

272. C'est une question controversée entre les auteurs, si ces termes de l'art. 281, *en mariant leurs enfants*, comprennent les petits-enfants; et si en conséquence deux conjoints par mariage peuvent, en mariant leurs petits-enfants, se faire valablement la convention permise par l'art. 281.

Il y a lieu à cette question dans deux cas : le premier est lorsque deux conjoints par mariage marient un petit-enfant qu'ils ont de leur enfant prédécédé ; le second cas est lorsqu'ils marient un petit-enfant qu'ils ont de leur enfant vivant.

PREMIER CAS.

273. Les père et mère n'ayant pas, par le contrat de mariage de leur fils, fait la convention que la coutume, par cet article, leur permettoit de faire ; leur fils étant depuis prédécédé, peuvent-ils, par le contrat de mariage d'un petit-fils qu'ils ont de ce fils, et à qui ils donnent une dot, faire la convention que le survivant jouira pendant sa vie de la part du prédécédé dans les biens de la communauté ? Lemaître, après Auzanet, tient la négative : c'est aussi l'avis de Laurière. Ces auteurs se fondent sur ce que la coutume a dit seulement *les père et mère*, et n'a pas ajouté *aïeul et aïeule* : or, disent-ils, c'est un principe que les dispositions des coutumes sont de droit étroit, et ne sont pas susceptibles d'extension, sur-tout celle-ci, qui est contraire au droit commun, en permettant aux conjoints de se faire un avantage contre le principe général du droit commun, qui défend tous avantages entre conjoints.

Au contraire, pour l'affirmative, on dit que les coutumes, sous les termes de *père et mère*, comprennent l'aïeul et l'aïeule, et les autres ascendants, toutes les fois que la raison de leur disposition se rencontre également à l'égard de l'aïeul et l'aïeule, comme à l'égard des père et mère. On peut citer pour exemple l'art. 314 de la coutume de Paris, qui dit que « *Père et mère*

« jouissent par usufruit des biens délaissés par leurs
« enfants, qui ont été acquis par lesdits père et mère,
« et par le décès de l'un d'eux, venus à leursdits en-
« fants. » Il est constant que dans cet article la cou-
tume, sous le terme de *père* et de *mère*, a compris
l'aïeul et l'aïeule; parceque la raison tirée de la colla-
boration, sur laquelle la disposition de cet article est
fondée, milite également pour l'aïeul et l'aïeule, comme
pour les père et mère. Or pareillement la raison sur
laquelle est fondée la disposition de l'art. 281, qui ac-
corde aux père et mère la permission de convenir que
le survivant jouira de la part du prédécédé dans les
biens de la communauté, comme une récompense de
la dot qu'ils donnent à leurs enfants en les mariant,
milite également à l'égard des aïeul et aïeule, qui
sont d'autant plus dignes de cette récompense, qu'ayant
déjà marié leur fils prédécédé, ils marient encore et
dotent le petit-enfant qu'ils ont de ce fils. Donc, dans
l'art. 281, on doit, sous les termes de *père* et *mère*,
comprendre l'aïeul et l'aïeule qui marient et dotent
un petit-enfant qu'ils ont de leur enfant prédécédé.
Quant à ce qu'on dit que l'art. 281 est de droit étroit,
et n'est pas susceptible d'extension, en tant qu'il s'é-
carte de la règle générale qui défend tous avantages
entre conjoints, on répond que c'est au contraire la
loi qui défend les avantages entre conjoints, qui est
un droit rigoureux, en tant qu'elle gêne la liberté na-
turelle que chacun a de disposer de son bien; et que
c'est la disposition de cet art. 281 qui est favorable,
en tant qu'elle rappelle, pour le cas qu'elle contient,
la liberté naturelle.

274. Pour que l'aïeul et l'aïeule puissent, par le contrat de mariage d'un petit-enfant qu'ils ont d'un enfant prédécédé, convenir que le survivant jouira en usufruit de la part du prédécédé dans les biens de leur communauté, il faut qu'ils lui donnent une dot, quoiqu'ils en aient déjà donné une à leur enfant, et quoique le bien qu'ils ont donné en dot à leur enfant ait passé à ce petit-enfant qui en a été héritier, et avec lequel bien il a été marié : car cette convention étant une condition que la loi permet aux conjoints par mariage d'apposer à la dot qu'ils donnent à leurs enfants en les mariant, elle ne peut, comme nous l'avons déjà dit, intervenir que dans le temps qu'ils donnent cette dot, et par le contrat de mariage par lequel ils la donnent. N'ayant donc pas fait cette convention par le contrat de mariage de leur enfant à qui ils ont donné une dot, ils ne sont plus à temps de la faire par le contrat de mariage du petit-enfant, à moins qu'ils ne donnent une nouvelle dot au petit-enfant, dont cette convention soit la condition.

SECOND CAS.

275. Passons au cas auquel des conjoints par mariage, ayant un fils et un petit-fils de ce fils, marient et dotent ce petit-fils du vivant du fils. Peuvent-ils, par le contrat de mariage de ce petit-fils, valablement convenir que le survivant aura la jouissance de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, en faisant intervenir leur fils, père de ce petit-fils, qui consentira à cette convention ? La raison de douter est que cette convention n'est permise aux conjoints, et

Le consentement que donne à cette convention l'enfant qui doit succéder à la part du prédécédé, n'est valable qu'autant que cette convention est la récompense de la dot que cet enfant reçoit.

D'où l'on conclut que, dans cette espèce, cet enfant ne recevant aucune dot, puisque ce n'est pas à lui mais au petit-fils que la dot est donnée, le consentement qu'il donne à cette convention, en intervenant au contrat du petit-fils, ne peut rendre cette convention valable. Je pense néanmoins que la convention est, en ce cas, valable. La raison est que la dot qui est donnée au petit-fils par le contrat de mariage du petit-fils, est censée donnée au fils, père de ce petit-fils : car c'est un principe de droit que ce qui est donné au fils est censé donné au père : *Donatum filio videtur donatum patri* ; et c'est en conséquence de ce principe que la coutume de Paris, art. 306, oblige le fils à rapporter à la succession de ses père et mère ce qui a été donné à ses enfants, comme s'il eût été donné à lui-même. Dans cette espèce, la dot donnée au petit-fils est d'autant plus censée donnée au fils, qui est son père, qu'elle est censée donnée en acquittement d'une dette naturelle de ce fils, la dot du petit-fils étant une dette naturelle du fils qui est son père ; et le fils, en intervenant au contrat, est censé reconnoître cette dette naturelle, et reconnoître la dot donnée au petit-fils, comme donnée en son acquit, et par conséquent comme donnée à lui-même.

276. Observez que pour que la convention que font l'aïeul et l'aïeule par le contrat de mariage de leur petit-fils, que le survivant jouira pendant sa vie de la

part du prédécédé dans les biens de leur communauté, soit valable, il faut que le fils, père de ce petit-fils, intervienne au contrat : car cette convention n'est valable que par le consentement que l'enfant qui doit succéder au prédécédé, est censé donner à cette convention, en acceptant la dot qui n'est donnée qu'à cette condition, soit à lui soit à ses enfants. Or il ne peut être censé donner ce consentement, s'il n'intervient à l'acte : le consentement que donne à la convention le petit-fils, ne peut être utile et ne peut la rendre valable qu'autant que par le prédécès de son père avant la mort du prédécédé des conjoints qui ont donné la dot, ce seroit lui qui viendrait à la succession du prédécédé.

277. Il nous reste à observer sur le sens de ces termes, *les pères en mariant leurs enfants*, qu'ils ne peuvent s'entendre que de leurs enfants communs ; c'est pourquoi, si l'un deux marie un enfant qu'il a d'un précédent mariage, quand même l'autre conjoint concourroit et contribueroit à la dot de cet enfant, qui n'est pas le sien, la convention permise par l'art. 281, *aux père et mère mariant leurs enfants*, ne pourroit avoir lieu ; car on ne peut pas dire qu'ils marient *leurs enfants*, celui qui est marié n'étant l'enfant que de l'un d'eux.

ARTICLE IV.

Quel est le sens de ces termes de l'article 281, *pourvu qu'il ne se remarie*.

278. Lorsque la coutume dit, *père et mère mariant leurs enfants peuvent convenir qu'ils laisseront jouir le survivant . . . pourvu qu'il ne se remarie*;

La coutume, par ces termes, *pourvu qu'il ne se remarie*, entend-elle faire dépendre absolument la convention qu'elle permet par cet article, de la condition que le survivant ne se remariera pas; de manière que cette condition venant à défaillir, la convention devienne nulle, tant pour le passé que pour l'avenir, et que le survivant soit obligé de rendre les fruits qu'il a perçus, comme les ayant perçus sans titre, ou, ce qui est la même chose, en vertu d'un titre qui se trouve nul par la défaillance de la condition dont il dépendoit? ou la coutume n'entend-elle autre chose par ces termes, *pourvu qu'il ne se remarie*, sinon que le survivant qui se remarie, doit, depuis qu'il s'est remarie, cesser de jouir de la portion des biens du prédécédé? On dit pour la première interprétation, que si la coutume eût voulu seulement que le second mariage du survivant fit cesser son usufruit pour l'avenir, elle se seroit exprimée autrement; qu'elle auroit dit, *jouira pendant sa viduité*, ou bien, *tant qu'il ne se remariera pas*: mais en se servant de ceux-ci, *pourvu qu'il ne se remarie*, qui équipollent à ceux-ci, *s'il ne se remarie pas*, la coutume a apposé la condition de ne se pas remarier, au don mutuel permis par cet article,

de l'accomplissement ou de la défaillance de laquelle dépend la validité ou la nullité de ce don mutuel. On dit au contraire qu'il y auroit de l'inhumanité que le survivant qui auroit perçu pendant une longue suite d'années les fruits de la portion du préiléccédé, étant alors dans une disposition de volonté de demeurer en viduité, ayant depuis changé de volonté et s'étant remarié, fût obligé au rapport de tous ces fruits qu'il a consommés de bonne foi. On ne doit donc pas croire que la coutume ait eu cette intention. A l'égard de l'argument qu'on tire du terme *pourvu que*, la réponse est que, si ce terme s'emploie quelquefois pour exprimer une condition suspensive, il s'emploie aussi quelquefois pour exprimer une condition qui n'est que résolutoire pour l'avenir. C'est ce qu'Ulpien enseigne dans cette espèce: Je vous vends un tel héritage pour un tel prix, *pourvu que* d'ici à tel temps on ne m'en offre pas davantage: *Nisi quis intra kalendas januaris proximas meliorem conditionem fecerit*. C'est ce qu'on appelloit en droit, *addictio in diem*. Ulpien demande si, dans cette espèce, ces termes, *nisi quis, etc.*, *pourvu que d'ici à tel temps on n'en offre pas davantage*, expriment une condition suspensive qui rend la vente conditionnelle? ou s'ils n'expriment qu'une condition résolutoire sous laquelle la vente doit se résoudre pour l'avenir? Et il décide que cela dépend de ce qui paroît avoir été l'intention des parties: *Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est sed sub conditione resolvitur, an verò conditionalis sit magis emptio, questionis est? Et mihi videtur verius interesse quid actum sit*. Puisque Ulpien décide qu'en ce cas ou

doit rechercher quelle a été l'intention des parties, il suppose donc que ces termes, *nisi quis, etc., pourvu que d'ici à tel temps on n'en offre pas davantage*, sont susceptibles des deux sens, et qu'ils peuvent s'entendre d'une condition qui soit seulement résolutoire de la vente pour l'avenir, aussi bien que d'une condition suspensive qui rendit conditionnelle la vente. Donc pareillement, dans l'art. 281 de la coutume, ces termes *pourvu qu'il ne se remarie*, peuvent s'entendre non seulement d'une condition suspensive, de l'accomplissement ou de la défaillance de laquelle dépendent entièrement la validité ou la nullité du don mutuel, mais aussi d'une condition simplement résolutoire, sous laquelle le don mutuel porté par cet article doive se résoudre et s'éteindre pour l'avenir seulement : or ce second sens étant le plus équitable et le plus favorable, on doit présumer que c'est celui dans lequel la coutume a entendu ces termes, *pourvu qu'il ne se remarie*, et qu'elle n'a voulu autre chose, sinon que si le survivant se remarioit il cessât dès-lors d'avoir la jouissance de la portion du prédécédé, qu'elle lui avoit accordée.

279. La clause portée au contrat de mariage de l'enfant, qu'au moyen de la dot que ses père et mère lui fournissent, le survivant desdits père et mère jouira pendant sa vie de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté, renferme, comme nous l'avons déjà vu, deux conventions : l'une qui intervient entre les père et mère, par laquelle ils se font l'espèce de don mutuel que l'article 281 leur permet de se faire des biens de la communauté que le prédécédé laiss-

sera à son décès; et l'autre qui intervient entre chacun des père et mère et l'enfant, qui ne reçoit la dot qui lui est fournie qu'à la charge de laisser jouir le survivant de la part du prédécédé dans les biens de la communauté. C'est à la première convention qu'est apposée la condition que renferment ces termes de l'article 281, *pourvu qu'il ne se remarie*, la coutume ne la leur ayant permise que sous cette condition. Mais cette condition ne concerne point l'autre convention par laquelle l'enfant reçoit la dot qui lui est fournie, à condition de laisser jouir le survivant de la part du prédécédé; car le survivant, qui n'étoit pas obligé de contribuer à la dot, a pu apposer à la dot qu'il a donnée telle condition que bon lui a semblé. C'est pourquoi, si l'enfant demande au survivant qui s'est remarié, la part du prédécédé dans les biens de la communauté, le survivant sera bien fondé à demander à l'enfant, *per conditionem causâ datâ, causâ non secutâ*, qu'il lui rende la dot quant à la part pour laquelle il y a contribué; ou, ce qui revient au même, que l'enfant la laisse prélever en entier au survivant, au partage qu'ils ont à faire des biens de la communauté.

ARTICLE V.

Quelles choses peuvent être comprises dans l'espèce de don mutuel qui résulte de la convention permise par l'article 281; et quelles en sont les charges.

§. I. Quelles choses peuvent être comprises dans cette espèce de don mutuel.

280. La coutume s'en explique audit article. Il y est dit que les père et mère, en mariant leurs enfants, peuvent convenir que lesdits enfants *laisseront jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé.*

Par ces termes la coutume entend l'usufruit de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté; et en cela l'espèce de don mutuel permis par cet article convient avec celui qui est permis par l'article 280.

Les créances que le prédécédé avoit contre la communauté, quoique meubles, ne sont donc pas comprises dans cette espèce de don mutuel; au contraire les propres ameublis y sont compris sous le terme de *conquêts*, l'ameublement les faisant réputer tels.

281. La coutume ayant borné à ces biens l'espèce de don mutuel qu'elle permet aux conjoints, par cet article 281, de se faire, il ne peut être valablement fait d'autres choses.

C'est pourquoi, s'il étoit dit par le contrat de mariage d'un enfant qu'au moyen de la dot qu'il a reçue il laisseroit jouir le survivant de tous les biens du prédécédé, meubles et acquêts et propres, le don mutuel

que les conjoints ont entendu se faire par cette convention seroit nul.

Il le sera non seulement par rapport aux propres que la coutume ne leur permet pas de se donner; il le sera entièrement, même par rapport aux meubles et conquêts dont ils eussent pu se donner l'usufruit, s'ils eussent borné leur don mutuel à cette espèce de biens. Nous en avons dit la raison en la seconde partie, n. 167.

Cela a été jugé par un arrêt du 14 juillet 1751, rapporté par Denisart, sur le mot *avantage*. Dans l'espèce de cet arrêt, deux conjoints avoient donné une dot considérable à leur fille, à la charge que le survivant auroit la jouissance tant des conquêts que des propres du prédécédé; après la mort du prédécédé, le gendre et la fille offrirent d'imputer la dot en entier sur la succession du prédécédé, et demandèrent compte et partage. Le survivant offroit de compter du revenu des propres, et prétendoit retenir la jouissance des biens de la communauté: il en fut débouté par l'arrêt, sur le fondement que le don mutuel porté par la convention du mariage, n'étant pas borné aux seuls biens dont la coutume permettoit aux conjoints de disposer l'un envers l'autre, étoit entièrement nul.

Par la même raison, la coutume n'ayant permis aux conjoints de se donner qu'en usufruit; s'il étoit dit par le contrat de mariage de l'enfant qu'au moyen de la dot qui lui a été donnée, le survivant auroit en propriété la portion du prédécédé, soit dans les meubles, soit dans quelque autre effet de la communauté, le don mutuel que les conjoints auroient entendu se

faire par cette convention, seroit nul, quand même cette propriété qui en fait l'objet seroit d'un beaucoup moindre prix que l'usufruit de toute la portion du prédécédé dans les meubles et conquêts que les conjoints eussent pu se donner.

282. Ces conventions sont nulles par rapport au don mutuel qu'elles renferment; n'ayant été au pouvoir des conjoints de se donner que ce que la coutume leur permet de se donner, et de la manière dont elle le leur permet; mais elles sont valables à l'effet d'obliger l'enfant qui n'y satisfait pas, à imputer sa dot entière sur la succession du prédécédé: car le survivant, qui étoit le maître de ne point donner du tout la dot à cet enfant, a pu ne la donner que dans le cas auquel il satisferait à ce qu'il a jugé à propos de lui prescrire.

Les conjoints ne peuvent pas, en mariant leurs enfants, se donner plus que ce que la coutume leur permet de se donner, ni des choses différentes; mais ils peuvent ne se donner que partie desdites choses. Par exemple, ils peuvent convenir, en mariant leur enfant, qu'il laissera jouir le survivant de la portion du prédécédé dans les meubles de la communauté, sans stipuler la même chose à l'égard des conquêts; ou bien qu'il laissera jouir le survivant d'un certain effet particulier, sans stipuler la même chose à l'égard du surplus. C'est le cas de cette règle, *Qui peut le plus peut le moins.*

§. II. Quelles sont les charges de l'espèce de don mutuel permis par l'article 281.

283. La coutume ne s'en est pas expliquée par l'article 281; mais ce que la coutume permet par cet article aux conjoints de se donner par don mutuel, étant la même chose que ce qu'elle leur permet de se donner par l'article précédent, savoir, l'usufruit de l'universalité de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté, on doit facilement sous-entendre, dans l'art. 281, que la coutume leur permet de se donner cet usufruit sous les mêmes charges qu'elle a déclaré, par l'article 286, être attachées à cet usufruit, savoir, la charge d'avancer tant les frais funéraires du prédécédé que la portion dont le prédécédé étoit tenu des dettes mobilières de la communauté. Il n'est pas douteux que le survivant, qui, en vertu de la convention permise par l'article 281, jouit de la portion du prédécédé, doit aussi acquitter les arrérages des rentes, tant foncières que constituées, dont les biens de la communauté sont chargés, qui courent pendant tout le temps que durera sa jouissance, et qu'il est tenu de toutes les autres charges des usufruitiers. Voyez ce que nous en avons dit en la seconde partie, chap. 6.

ARTICLE VI.

Quel est l'effet de la convention permise par l'article 281.

284. L'effet de cette convention est, en ce cas, que les enfants qui ont été mariés avec cette convention, ne sont pas recevables à demander au survivant le

§. II. Quelles sont les charges de l'espèce de don mutuel permis par l'article 281.

283. La coutume ne s'en est pas expliquée par l'article 281; mais ce que la coutume permet par cet article aux conjoints de se donner par don mutuel, étant la même chose que ce qu'elle leur permet de se donner par l'article précédent, savoir, l'usufruit de l'universalité de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté, on doit facilement sous-entendre, dans l'art. 281, que la coutume leur permet de se donner cet usufruit sous les mêmes charges qu'elle a déclaré, par l'article 286, être attachées à cet usufruit, savoir, la charge d'avancer tant les frais funéraires du prédécédé que la portion dont le prédécédé étoit tenu des dettes mobilières de la communauté. Il n'est pas douteux que le survivant, qui, en vertu de la convention permise par l'article 281, jouit de la portion du prédécédé, doit aussi acquitter les arrérages des rentes, tant foncières que constituées, dont les biens de la communauté sont chargés, qui courent pendant tout le temps que durera sa jouissance, et qu'il est tenu de toutes les autres charges des usufruitiers. Voyez ce que nous en avons dit en la seconde partie, chap. 6.

ARTICLE VI.

Quel est l'effet de la convention permise par l'article 281.

284. L'effet de cette convention est, en ce cas, que les enfants qui ont été mariés avec cette convention, ne sont pas recevables à demander au survivant le

partage des biens de la communauté, sur-tout lorsque les autres enfants, qui pourroient le demander, n'ayant point été mariés avec cette convention, ne le demandent point.

Nous verons *infra* s'ils seroient recevables à demander leur part, même dans le cas auquel les autres enfants demanderoient ce partage.

285. Lorsque l'enfant qui a été marié avec cette convention est mort avant ses père et mère, les enfants de cet enfant, qui le représentent dans la succession du prédécédé, soit qu'ils aient été héritiers ou non de l'enfant qu'ils représentent, ne sont pas plus recevables à demander partage au survivant, que ne l'eût été l'enfant qu'ils représentent : car c'est un principe, que les représentans ne peuvent avoir plus de droit à une succession que n'en a eu la personne qu'ils représentent : *Qui alterius jure utitur eodem jure uti debet.*

286. Lorsque l'enfant marié avec cette convention, et mort avant ses père et mère, étoit un enfant unique, et qu'en conséquence les enfants de cet enfant viennent, non par représentation, mais de leur chef, à la succession du prédécédé des deux conjoints qui ont marié cet enfant, à la charge de laisser jouir le survivant, *quid juris?*

Il faut distinguer en ce cas si les enfants de cet enfant ont été ses héritiers ou non. S'ils ont été ses héritiers, ils ont succédé à l'obligation qu'il a contractée par le contrat de mariage, envers le survivant, de le laisser jouir de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté; et ils sont par conséquent, aussi bien que lui, non-recevables à demander le partage

au survivant, de son vivant : mais si les enfants de l'enfant qui s'est obligé par son contrat de mariage à laisser jouir le survivant de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté, ont renoncé à la succession de cet enfant ; ces enfants n'ayant pas en ce cas succédé à cette obligation, et d'ailleurs venant à la succession du prédécédé, non par représentation de cet enfant, mais de leur propre chef, rien ne peut les empêcher de jouir, en leur qualité d'héritiers du prédécédé, de la portion du prédécédé dans les biens de la communauté qui étoit entre lui et le survivant, à moins que lesdits enfants n'eussent été eux-mêmes mariés et dotés par leur aïeul et aïeule, à la charge de laisser jouir le survivant.

287. L'enfant qui a été marié par ses père et mère avec la convention de laisser jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé, n'est pas reçu à la vérité à en demander le partage au survivant, tant que ce partage n'est pas demandé par d'autres enfants : mais si un autre enfant qui n'a point été marié avec cette convention, ou qui n'a point été marié du tout, a demandé ce partage au survivant, quel est, en ce cas, l'effet de la convention à l'égard de celui qui a été marié avec cette convention ? Les auteurs ont des opinions différentes sur cette question. Laurière et Ferrière pensent que même en ce cas l'enfant qui a été marié avec cette convention est tenu de l'exécuter autant qu'il est en lui, et qu'il doit en conséquence laisser au survivant l'usufruit de la part qui lui revient dans la portion des biens de la communauté, appar-

tenante à la succession du prédécédé. Ces auteurs ajoutent que lorsqu'il y a aussi dans la succession du prédécédé des biens propres, l'enfant qui doit à la succession du prédécédé le rapport de la moitié de la dot qui lui a été fournie par ses père et mère, doit faire ce rapport sur les biens propres de la succession du prédécédé, plutôt que sur les biens de la communauté de cette succession, en laissant prendre avant lui à l'enfant qui n'a pas été marié, une quantité de biens propres, égale à celle dont il lui doit le rapport; afin que par ce moyen l'enfant marié soit en état de remplir plus pleinement l'obligation qu'il a contractée par son contrat de mariage envers le survivant, en lui laissant dans toute son intégrité la part revenante audit enfant dans les meubles et conquêts de la succession du prédécédé.

Duplessis et Lemaître rejettent cette opinion, comme contraire au principe qui ne permet pas qu'entre enfants qui viennent à une succession, les uns puissent être, par le fait de celui à la succession duquel ils viennent, plus avantagés dans cette succession que les autres; ce qui arriveroit néanmoins, si le prédécédé avoit pu valablement donner au survivant l'usufruit de la portion de ses meubles et conquêts qui revient dans sa succession à l'enfant qui a été marié sous cette condition, pendant que l'autre enfant jouiroit en pleine propriété de la sienne. En conséquence ces auteurs pensent que le don mutuel de l'usufruit des meubles et conquêts du prédécédé, que la coutume, en l'art. 281, permet aux père et mère de se faire en mariant leurs enfants, n'est valable qu'autant que tous les enfants

qui viennent à la succession du prédécédé, ont tous été mariés avec cette convention. On ajoute que c'est le sens grammatical de l'art. 281 : car la coutume, en cet article, ne s'exprime pas *distributivè*; elle ne dit pas, père et mère, en mariant quelqu'un de leurs enfants, peuvent convenir que ledit enfant laissera jouir le survivant de la part revenante audit enfant dans les meubles et conquêts de la succession du prédécédé; mais elle dit *conglobatim*, en mariant leurs enfants, peuvent convenir que *lesdits enfants laisseront jouir, etc.* Ce n'est donc pas en mariant quelqu'un de leurs enfants; ce n'est qu'en mariant tous leurs enfants qui doivent venir à la succession du prédécédé, que les père et mère peuvent se faire le don mutuel que la coutume leur permet de se faire, par cet article, des meubles et conquêts du prédécédé. Chacun des enfants qui sont mariés avec la convention permise par cet article est censé ne consentir laisser jouir le survivant des meubles et conquêts du prédécédé, qu'autant que les autres enfants qui viendront avec lui à cette succession du prédécédé en laisseront pareillement jouir le survivant, soit que les autres enfants aient été mariés comme lui avec pareille convention, soit qu'ils veuillent bien volontairement y consentir. Mais dès que quelqu'un des autres enfants qui n'aura pas été marié avec cette convention, ou qui ne l'aura pas été du tout, provoquera le survivant au partage des biens de la communauté, et demandera à jouir de la part qui lui revient dans les meubles et conquêts; celui qui a été marié avec la convention de laisser jouir le survivant, sera admis pareillement à jouir de la

sienne, sans que la convention portée par son contrat de mariage y fasse obstacle.

On réplique, en faveur de la première opinion, que les enfants qui ont la pleine propriété de leur part dans les biens de la communauté délaissés par le prédécédé, ne doivent pas être censés plus avantagés en cela que l'enfant doté qui n'auroit que la nue propriété de sa part dans lesdits biens, dont il seroit tenu de laisser la jouissance au survivant; car cet enfant est payé de cette jouissance par la jouissance de la dot que le survivant lui a fournie, qui lui tient lieu et est comme le prix de celle qu'il a laissée au survivant. Donc, quoiqu'il n'ait pas la jouissance de sa part comme les autres enfants ses cohéritiers, qui ont celle de la leur, il n'est pas pour cela moins avantagé dans les biens de la succession du prédécédé, puisqu'il en a eu l'équivalent.

Cela doit avoir lieu, quand même la jouissance de la part de cet enfant, laissée par lui au survivant, excéderoit de beaucoup la jouissance de la dot qui lui a été fournie par le survivant; car si elle se trouve aujourd'hui d'une plus grande valeur, il pouvoit aussi arriver qu'elle se trouvât moindre: il en a couru les risques, lorsque par son contrat de mariage il a traité de cette jouissance avec le survivant; et même par cela seul qu'il en a traité avec le survivant, il doit être censé y avoir succédé au prédécédé. On ne peut donc pas dire qu'il ait succédé à moins que les autres enfants ses cohéritiers, et que ceux-ci aient été plus avantagés que lui dans la succession du prédécédé.

Quoique ce raisonnement détruise absolument le

principal fondement de la seconde opinion, et que l'argument tiré des termes du texte ne soit rien moins que concluant, ces termes pouvant très bien s'entendre *distributivè*, comme il résulte des exemples rapportés au titre de *Legat.*, n. 186, dans mes *Pandectes*, néanmoins on m'assure que cette seconde opinion qui est celle de Duplessis et de Lemaître, est celle qui est la plus reçue et la plus suivie au palais. J'aurois de la peine à m'y rendre.

Dans l'opinion de Duplessis, quoique l'enfant doté, marié avec la convention qu'il laissera jouir le survivant de la part du prédécédé dans les biens de la communauté, ne soit pas obligé de laisser la jouissance de la portion qui lui revient dans cette part, lorsqu'un autre enfant, qui n'a pas été doté avec cette convention, en demande le partage, la convention doit au moins avoir cet effet, que cet enfant sera obligé d'imputer en entier sur la succession du prédécédé, la dot qu'il a reçue de ses père et mère; le survivant n'ayant voulu contribuer à la dot que dans le cas auquel on le laisseroit jouir des meubles et conquêts du prédécédé.

252. On a fait la question, si un enfant ayant été marié et doté par ses père et mère, avec la clause de laisser jouir le survivant des biens de la communauté, et ayant été fait légataire universel par le prédécédé, étoit tenu de laisser jouir le survivant de toute la part qu'il a dans les biens de la communauté comme légataire universel, ou seulement de ce qui lui seroit revenu pour sa portion héréditaire, sa dot prélevée? Je penserois que le survivant ne doit jouir que de cette

portion, car ce n'est que de cette portion que l'enfant a entendu traiter par la convention de son contrat de mariage, par laquelle il s'est obligé de laisser jouir le survivant: il n'a pu traiter alors de celle qu'il auroit du legs universel, puisqu'il ignoroit alors que le prédécédé le feroit légataire universel.

ARTICLE VII.

De l'effet de la clause de ne pouvoir provoquer le survivant à inventaire ni partage, dans les coutumes qui ne permettent pas l'espèce de don mutuel que celle de Paris permet par l'article 281,

253. L'article 281 de la coutume de Paris, qui permet aux père et mère de se faire, en mariant leurs enfants, une espèce de don mutuel des meubles et conquêts du prédécédé, est une disposition qui est particulière à la coutume de Paris.

Dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, quoiqu'il soit assez fréquent que les père et mère, en mariant leurs enfants, fassent insérer dans le contrat de mariage de leursdits enfants la clause que l'enfant, au moyen de la dot qu'il a reçue, ne pourra provoquer le survivant à aucun inventaire ni partage, cette clause n'empêche pas l'enfant, lorsqu'il deviendra héritier du prédécédé, de demander en cette qualité au survivant inventaire et partage des biens de la communauté: la clause n'a d'autre effet, dans ces coutumes, si ce n'est que l'enfant qui, en demandant au survivant partage, manque à la condition sous laquelle le survivant a contribué à la dot, est obligé d'imputer en

portion, car ce n'est que de cette portion que l'enfant a entendu traiter par la convention de son contrat de mariage, par laquelle il s'est obligé de laisser jouir le survivant: il n'a pu traiter alors de celle qu'il auroit du legs universel, puisqu'il ignoroit alors que le prédécédé le feroit légataire universel.

ARTICLE VII.

De l'effet de la clause de ne pouvoir provoquer le survivant à inventaire ni partage, dans les coutumes qui ne permettent pas l'espèce de don mutuel que celle de Paris permet par l'article 281,

253. L'article 281 de la coutume de Paris, qui permet aux père et mère de se faire, en mariant leurs enfants, une espèce de don mutuel des meubles et conquêts du prédécédé, est une disposition qui est particulière à la coutume de Paris.

Dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, quoiqu'il soit assez fréquent que les père et mère, en mariant leurs enfants, fassent insérer dans le contrat de mariage de leursdits enfants la clause que l'enfant, au moyen de la dot qu'il a reçue, ne pourra provoquer le survivant à aucun inventaire ni partage, cette clause n'empêche pas l'enfant, lorsqu'il deviendra héritier du prédécédé, de demander en cette qualité au survivant inventaire et partage des biens de la communauté: la clause n'a d'autre effet, dans ces coutumes, si ce n'est que l'enfant qui, en demandant au survivant partage, manque à la condition sous laquelle le survivant a contribué à la dot, est obligé d'imputer en

entier la dot qu'il a reçue sur la succession du prédécédé.

Cette convention que l'enfant ne pourra provoquer le survivant à partage, n'est différente de celle par laquelle on convient que la dot que des père et mère donnent à un enfant sera imputée sur la succession du premier décédé, sinon que dans le cas de celle-ci il n'y a absolument que celui qui meurt le premier, qui soit censé avoir doté: la dot doit être imputée en entier sur sa succession, en quelque cas que ce soit, dans le cas auquel l'enfant n'auroit pas demandé partage au survivant et l'auroit laissé jouir des biens du prédécédé, aussi bien que dans le cas auquel il l'auroit demandé. Au contraire, dans l'espèce de la clause par laquelle il est seulement dit que l'enfant ne pourra provoquer le survivant à partage, ce sont les deux conjoints qui donnent la dot; sauf que le survivant n'est censé y avoir concouru et contribué que sous la condition portée au contrat, que l'enfant ne le provoquera pas à partage. C'est pourquoi, lorsque l'enfant contrevient à la condition, en demandant partage au survivant, le survivant est censé n'avoir pas doté, et l'enfant doit imputer en entier sur la succession du prédécédé la dot qu'il a reçue. Au contraire, lorsque l'enfant a satisfait à la condition, en laissant jouir le survivant jusqu'à la fin de sa vie, l'enfant qui vient au partage de la succession du prédécédé avec les autres enfants qui n'ont pas été dotés, n'est obligé de rapporter à cette succession que la moitié de la dot qu'il a reçue, et il peut, en renonçant à la succession du survivant, retenir l'autre moitié de la dot.

Il en est de même, quoique l'enfant doté par ses père et mère avec cette clause ait, après la mort du prédécédé, partagé les biens de la communauté avec le survivant, pourvu que ce ne soit pas lui qui ait demandé ce partage.

APPENDICE
AU TRAITÉ DES DONATIONS
ENTRE MARI ET FEMME.

INTERPRÉTATION
DE L'ARTICLE LXVIII
DE LA COUTUME DE DUNOIS.

1. L'ARTICLE 68 de la coutume de Dunois, locale de celle de Blois, contient une disposition qui lui est particulière, par laquelle elle ne permet aux conjoints par mariage de se rien donner pendant leur mariage, que par une donation mutuelle qui soit confirmée par un testament mutuel; ou de se donner par un testament mutuel, sans qu'il soit précédé de donation.

Cette disposition étant particulière à cette coutume, et personne, que je sache, n'ayant jusqu'à présent rien donné au public sur cette coutume, j'ai entrepris de donner une interprétation de l'article qui la contient.

Cet article est conçu en ces termes :

« Homme et femme conjoints par mariage, sains d'entendement, peuvent donner à toujoursmais l'un

« à l'autre, par don mutuel fait entre vifs, et confirmé
 « par testament seulement fait ensemblement, tous et
 « chacun leurs biens meubles, et acquéremens im-
 « meubles, tant en propriété qu'en usufruit, qu'ils
 « auront lors du trépas du premier décédé d'eux deux,
 « et l'usufruit de tous leurs héritages propres, la vie
 « durant du survivant seulement : et vaut ladite dona-
 « tion, soit qu'ils aient enfans ou non, à la charge
 « toutefois de nourrir, entretenir, pourvoir et assigner
 « leurs enfans selon leur état, durant leur minorité,
 « ou qu'ils soient mariés, ou autrement pourvus ; et
 « payer les dettes, legs, et funérailles du premier dé-
 « cédé, ensemble les charges foncières que doivent
 « lesdits héritages, et iceux entretenir ; et demeure
 « ledit donataire saisi.

« Mais esdites seigneuries de Marchenoir et Fréte-
 « val, quand il y a enfans, lesdits meubles et con-
 « quêts ne se peuvent donner à toujoursmais, et en
 « icelles se peut faire ledit don, sans le confirmer par
 « testament. »

Cette disposition a quelque rapport à l'ancien droit romain qui étoit observé avant le sénatus-consulte rendu sous les empereurs Sévère et Antonin Caracalla, rapporté en la loi 32, ff. *de donat. int. vir. et ux.* Quoique par ce sénatus-consulte les donations entre conjoints par mariage soient confirmées de plein droit par le prédécès du donateur qui est mort sans les avoir révoquées, ces donations, par l'ancien droit, avant ledit sénatus-consulte, ne pouvoient être valables, si elles n'étoient expressément confirmées par le testament du donateur.

2. Avant que de venir à l'interprétation de cet article, il y a une question préliminaire à examiner, qui est de savoir si la disposition du présent article peut encore avoir lieu depuis l'ordonnance du mois d'aout 1735, qui a abrogé l'usage des testaments mutuels. Il est dit par cette ordonnance, art. 77 : « Abrogeons
« l'usage des testaments ou codicilles mutuels, ou
« faits conjointement, soit par mari et femme, soit
« par d'autres personnes : voulons qu'à l'avenir ils
« soient regardés comme nuls et de nul effet dans tous
« les pays de notre domination. »

La question s'en est élevée dans les coutumes de Dunois, et elle a été jugée par un arrêt du 27 mars 1759, qui a confirmé un testament mutuel entre mari et femme, du 12 septembre 1749, fait par conséquent postérieurement à l'ordonnance de 1735. Cet arrêt, en confirmant ce testament, a clairement jugé que la disposition du présent article n'avoit pas été abrogée par l'article 77 de l'ordonnance de 1735, et qu'elle continuoit d'avoir lieu comme auparavant.

La décision de cet article est fondée sur une exception qui est en fin dudit article 77, où il est dit : « Sans
« rien innover en ce qui concerne les donations mu-
« tuelles à cause de mort, jusqu'à ce qu'il y ait été par
« nous pourvu, suivant la réserve portée par l'art. 46
« de notre ordonnance du mois de février 1731. »

Et ledit article 46 porte : « N'entendons comprendre
« dans les dispositions de la présente ordonnance ce
« qui concerne les dons mutuels et autres donations
« faites entre mari et femme . . . jusqu'à ce qu'il y ait
« été autrement par nous pourvu. »

L'arrêt a jugé que les testaments mutuels permis par la coutume de Dunois entre conjoints par mariage, étoient par là suffisamment exceptés de la disposition de l'ordonnance de 1735, qui abroge l'usage des testaments mutuels.

La raison ultérieure de cette exception est que l'ordonnance, en abrogeant l'usage des testaments mutuels, n'a voulu autre chose, sinon que, pour obvier autant qu'il étoit possible aux suggestions qui sont plus à craindre dans les testaments mutuels que dans les testaments simples, les personnes qui pouvoient faire auparavant leurs dispositions testamentaires, ou par des testaments simples, ou par des testaments mutuels, ne pourroient plus à l'avenir se servir que de la voie du testament simple; mais l'intention de l'ordonnance n'a point été de priver personne de faire les dispositions testamentaires que les lois lui permettent de faire, et de les faire envers les personnes envers qui les lois lui permettent de les suivre. L'ordonnance n'a donc pas eu intention d'interdire aux conjoints par mariage les testaments mutuels que la coutume de Dunois leur permet : car cette coutume ne leur accordant que la voie du testament mutuel pour se donner leurs biens l'un à l'autre, et ne leur accordant pas la voie du testament simple; si le testament mutuel leur étoit interdit, il ne leur resteroit aucune voie pour pouvoir se donner l'un à l'autre, et ils seroient privés de la faculté que la loi qui régit leurs biens, leur accorde d'en disposer l'un envers l'autre; ce qui n'a pas été l'intention de l'ordonnance.

3. Les testaments mutuels permis aux conjoints par

mariage par cet article de la coutume le sont-ils même dans les seigneuries de Marquenoir et Fréteval? La raison de douter est que, étant permis dans ces seigneuries aux conjoints par mariage de se faire l'un à l'autre don mutuel sans qu'il soit besoin qu'il soit confirmé par un testament mutuel, comme cela est requis dans tout le reste du Dunois, l'abrogation des testaments mutuels ne les prive pas de la faculté de se donner l'un à l'autre, puisqu'ils peuvent le faire par don mutuel sans faire de testament mutuel. Néanmoins il faut décider que les testaments mutuels entre conjoints par mariage doivent encore avoir lieu dans ces seigneuries; autrement les conjoints par mariage y auroient bien le pouvoir de se donner l'un à l'autre, mais ils n'y auroient pas le pouvoir de tester l'un au profit de l'autre, la coutume ne leur permettant de le faire que par la seule voie du testament mutuel. Or l'intention de l'ordonnance n'a pas été de priver personne de la faculté de tester au profit des personnes envers qui les lois permettent de disposer, pas plus que de la faculté de leur donner.

4. Observez que l'usage des testaments mutuels n'ayant été conservé dans la coutume de Dunois que pour les dispositions qu'elle permet aux conjoints par mariage de se faire par testament mutuel, leur testament mutuel ne peut être valable que pour les dispositions qu'ils s'y font l'un à l'autre; ils ne peuvent plus, comme ils le pouvoient avant l'ordonnance de 1735, faire valablement, par leur testament mutuel, des dispositions testamentaires envers des tiers, ces dispositions se trouvant aujourd'hui prohibées par l'ordon-

nance de 1735 : chacun des conjoints doit donc faire séparément, hors du testament mutuel, par un testament simple, toutes les dispositions testamentaires qu'il juge à propos de faire envers des tiers.

5. Observez que les conjoints par mariage peuvent bien, par le testament mutuel que cette coutume permet, disposer valablement l'un envers l'autre des biens régis par cette coutume, c'est-à-dire de ceux qui y sont situés, quelque part où les conjoints aient leur domicile, et de ceux qui n'ont pas de situation, lorsque les conjoints ont leur domicile dans le Dunois; mais ils ne peuvent pas valablement disposer l'un envers l'autre, par ce testament mutuel, des biens régis par d'autres coutumes qui permettent simplement aux conjoints de se donner l'un à l'autre par testament; ils doivent chacun séparément disposer l'un envers l'autre desdits biens par un testament simple.

Passons présentement à l'interprétation de cet article.

Pour l'interprétation de cet article nous examinerons, dans un premier paragraphe, le motif de sa disposition. Nous traiterons, dans un second, de la nature des donations et testaments qu'il permet. Dans un troisième, nous verrons quels sont les conjoints par mariage auxquels cet article permet de se donner l'un à l'autre; dans un quatrième, quels sont les biens qu'il leur permet de se donner l'un à l'autre; dans un cinquième, quelles sont les charges qu'il impose au donataire. Enfin dans un sixième, nous traiterons de l'exécution du don mutuel permis par cet article.

§. I. Du motif de la disposition de l'article.

6. Nous examinerons d'abord pourquoi la coutume ne permet aux conjoints de se rien donner l'un à l'autre que par des dispositions mutuelles, et non par des donations simples ou par des legs simples que l'un feroit à l'autre. La raison est que la donation entre vifs ou testamentaire simple, que l'un des conjoints feroit à l'autre, est un véritable avantage. La coutume ne les permet pas comme contraires à la loi générale qui interdit aux conjoints de se faire aucuns avantages pendant le mariage; au contraire, elle leur permet de se donner par don mutuel, ou par testament mutuel, parceque les avantages que ces actes renferment ne sont qu'improprement des avantages, ce que le survivant reçoit du don que lui a fait le prédécédé, n'étant pas tant un avantage que lui ait fait le prédécédé que le prix du risque qu'il a couru d'en laisser autant ou presque autant au prédécédé, si c'eût été lui qui eût survécu.

7. Il nous resté à examiner le motif pour lequel la coutume veut que le don mutuel que se font les conjoints par mariage soit confirmé par un testament mutuel. Il paroît tiré de la crainte que la coutume a eue que le grand ascendant que l'union conjugale donne souvent à l'un des conjoints sur la volonté de l'autre, n'empêchât souvent que leur consentement qu'ils donnent à leur don mutuel, ne fût pas toujours aussi libre et aussi parfait que doit l'être le consentement qu'on donne à un acte irrévocable. C'est pourquoi la coutume a voulu qu'ils ne pussent faire que par des actes

révocables le don mutuel qu'elle leur permet, afin que le pouvoir qu'ils conservent de le révoquer, fût un remède contre le défaut de liberté qu'ils auroient pu avoir en le faisant.

§. II. De la nature des donations et testaments permis par cet article.

8. L'article dit, peuvent donner l'un à l'autre *par don mutuel fait entre vifs, confirmé par testament*. Quoique l'article se soit servi de ces termes, *fait entre vifs*, néanmoins les donations mutuelles qu'il permet aux conjoints de se faire l'un à l'autre, ne sont pas de véritables donations entre vifs; ce sont de pures donations pour cause de mort, puisque après que les conjoints ont fait leur don mutuel, chacun d'eux demeure le maître de détruire la donation qu'il a faite à l'autre, soit en ne faisant pas le testament mutuel qui est nécessaire pour la confirmer, soit en révoquant celui par lequel elle a été confirmée. Il manque donc à ces donations le caractère d'irrévocabilité qui est essentiel aux donations entre vifs, et elles ont au contraire celui de révocabilité, qui est le caractère distinctif des donations pour cause de mort. Ces termes, *fait entre vifs*, ne signifient donc autre chose que *conçu dans les termes et fait dans la forme extérieure d'un don entre vifs*; mais ils ne veulent pas dire que ce don soit un véritable don entre vifs.

9. Ce que nous venons de dire souffre exception à l'égard du don mutuel que les conjoints par mariage se font dans les seigneuries de Marchenoir et de Fréteval, dans lesquelles il est dit à la fin de l'article que

Le don mutuel n'a pas besoin d'être confirmé par testament. Rien n'empêche qu'on ne puisse le regarder comme un véritable don entre vifs irrévocable, et tel, à cet égard, que le don mutuel que les conjoints par mariage se font dans les autres coutumes.

Les conjoints par mariage peuvent, dans ces deux seigneuries, s'avantager de deux manières différentes; ou par un don mutuel entre vifs qui est irrévocable, ou par un testament mutuel, lorsqu'ils veulent conserver la faculté de révoquer leur donation.

10. Dans le reste de la province de Dunois, quoique la coutume paroisse accorder aux conjoints par mariage deux voies de s'avantager, celle du don mutuel qui doit être confirmé par un testament mutuel, et celle d'un testament mutuel seul, ils n'en ont néanmoins proprement qu'une, qui est celle du testament mutuel; le don mutuel que la coutume leur permet de se faire, lequel a besoin d'être confirmé par un testament mutuel, étant un acte tout-à-fait inutile et superflu, puisqu'il ne peut avoir plus d'effet qu'un testament mutuel qui n'est précédé d'aucun don mutuel.

11. Le testament mutuel que la coutume permet par cet article aux conjoints par mariage est, par sa nature de testament, révocable par la volonté seule de chacun des conjoints qui l'ont fait, sans qu'il soit besoin que la volonté de l'autre conjoint concoure pour cette révocation.

L'un des conjoints, en révoquant le testament mutuel qu'ils ont fait, détruit non seulement la donation testamentaire qu'il a faite à l'autre conjoint par ce tes-

tament, mais il détruit pareillement celle que l'autre conjoint lui a faite, quand même celui qui la lui a faite déclareroit expressément qu'il persévère dans sa volonté; car la donation testamentaire que l'un des conjoints a faite à l'autre ne subsistant plus, par la révocation qu'il en a faite, celle que l'autre conjoint lui a faite cesse d'être mutuelle; et n'étant plus mutuelle, elle ne peut plus subsister, la coutume n'ayant permis aux conjoints par mariage de s'avantager l'un l'autre que par des dispositions mutuelles.

12. Ricard, en son *Traité du Don mutuel*, n. 237, apporte une limitation au principe de la révocabilité des testaments mutuels: il dit que, quoique régulièrement les testaments soient irrévocables jusqu'au dernier moment de la vie du testateur, néanmoins lorsque deux personnes ont fait l'une au profit de l'autre un testament mutuel, elles ne doivent pas attendre pour le révoquer qu'elles soient à l'extrémité, et que la révocation que le prédécédé a faite pendant la dernière maladie dont il est décédé peu après doit être réputée frauduleuse et déclarée nulle, n'étant pas juste que le survivant, après avoir couru tout le risque de laisser son bien au prédécédé, si le prédécédé lui survivoit, dans l'espérance de recueillir celui du prédécédé, s'il lui survivoit, fût, par la révocation du testament mutuel, privé de recueillir le fruit de cette espérance dans un temps où il étoit sur le point de le recueillir. Il est en quelque façon contre la bonne foi que le prédécédé qui n'a point révoqué le testament mutuel, tant qu'il a pu espérer que ce seroit lui qui, par sa survie, en recueilleroit le bénéfice, enlève au survivant ce bénéfice

lorsqu'il voit que le survivant est sur le point de le recevoir.

Ricard autorise son avis par deux arrêts, l'un du 12 avril 1613, et l'autre du 18 mars 1617, rapportés par Brodeau sur Louet, lettre T, art. 10, qui ont déclaré nulle une révocation du don mutuel faite par l'un des conjoints dans la dernière maladie, dans la coutume de Poitou, où, suivant l'article 213 de cette coutume, le don mutuel est un don pour cause de mort, révocable par l'un des conjoints sans le consentement de l'autre.

13. Ricard demande encore, pour la validité de la révocation du testament mutuel, que le conjoint qui l'a faite l'ait notifiée à l'autre conjoint par un acte en forme probante. Il se fonde sur deux arrêts des 15 juin 1591, et 9 juillet 1618, rapportés par Brodeau au même lieu, qui ont déclaré nulle la révocation d'un testament mutuel faite par l'une des parties sans avoir été notifiée à l'autre. Cela a été ainsi jugé pour empêcher les fraudes; car si l'on souffroit que ces révocations pussent être tenues secrètes, un conjoint auroit une voie ouverte pour pouvoir, en fraude de la réciprocité qui doit intervenir dans le testament, profiter seul de la donation testamentaire qui lui a été faite par l'autre conjoint, sans que l'autre conjoint pût jamais profiter de celle qu'il lui a faite, en ne faisant paroître cette révocation que dans le cas auquel l'autre conjoint survivroit, pour le priver du bénéfice du testament mutuel, et en supprimant au contraire cette révocation, dans le cas auquel l'autre conjoint prédécéderoit.

14. Ricard observe fort bien que quoique, dans l'espèce de ces deux arrêts, la révocation du testament mutuel faite par le conjoint prédécédé n'eût point été notifiée du tout, de son vivant, à l'autre conjoint, et n'eût été produite qu'après sa mort, elle devrait être pareillement déclarée nulle dans le cas auquel on auroit attendu à la notifier au temps de la dernière maladie du prédécédé qui l'a faite; la même fraude n'étant pas moins à craindre dans ce cas que dans le cas auquel la notification n'a pas été faite du tout: car c'est à cet égard la même chose, qu'il n'ait point notifié du tout la révocation du testament mutuel, ou qu'il ait, pour la notifier, attendu le temps auquel il ne pouvoit plus avoir l'espérance de survivre, et de profiter du testament mutuel.

15. Il nous reste une chose à observer sur la nature du don mutuel permis par cette coutume. Quoique, suivant notre observation *suprà*, n. 6, on puisse le regarder en quelque façon comme n'étant pas un avantage proprement dit que le prédécédé ait fait au survivant donataire mutuel, lequel est censé avoir en quelque façon acheté ce qui lui a été donné, par le risque qu'il a couru d'en laisser autant ou presque autant au prédécédé, si c'eût été le prédécédé qui eût survécu; néanmoins, lorsqu'on considère ce don mutuel du côté du motif qui a porté les conjoints à le faire, qui est celui d'amitié et de bienfaisance, et de la fin qu'ils se sont proposée en le faisant, qui est celle de faire du bien au survivant, le don mutuel peut passer pour un véritable don que le prédécédé a fait au survivant. En conséquence, lorsque le survivant dona-

taire mutuel passe à de secondes noces, il doit, conformément à la disposition du second chef de l'édit des secondes noces, conserver aux enfants de son premier mariage ce qu'il a recueilli de ce don mutuel, pour leur être restitué après sa mort. C'est ce qui a été jugé par sentence du bailliage de Blois du 20 juin 1750, confirmative de celle du bailliage de Châteaudrun.

§. III. Entre quels conjoints par mariage la coutume permet-elle les dispositions qu'elle permet par cet article.

16. La coutume dit: *Homme et femme conjoints par mariage*. Il est évident que cela ne peut s'entendre que de ceux qui sont conjoints par un mariage valablement contracté, et qui ait les effets civils, ou auquel, quoiqu'il ne fût pas valablement contracté, la bonne foi des parties qui l'ont contracté avoit donné les effets civils. Voyez ce que nous avons dit à cet égard dans notre traité, *suprà*, n. 30.

17. Il faut, en second lieu, que les conjoints par mariage aient les droits de citoyen. Il est vrai, suivant que nous l'avons enseigné en notre traité du *Don mutuel*, n. 260, que les étrangers domiciliés en France, quoiqu'ils n'y soient pas naturalisés, peuvent faire ensemble les dons mutuels entre vifs permis entre homme et femme par les coutumes; mais c'est parce que les dons mutuels entre vifs sont des actes qui appartiennent au droit des gens, dont les étrangers sont capables aussi bien que les citoyens. Il n'en est pas de même des testaments. Ces actes appartiennent au droit civil, qui ne les a établis que pour les citoyens, et dont les étrangers qui n'ont pas les droits de citoyen sont

incapables. Ils ne peuvent donc pas être capables des dons mutuels que la coutume permet aux conjoints par mariage de faire ensemble, n'étant pas capables de faire le testament qui est nécessaire pour les confirmer.

Dans les seigneuries de Marchenoire et Fréteval, qui permettent aux conjoints par mariage de se faire un don mutuel sans qu'il soit besoin de le confirmer par testament, les conjoints par mariage étrangers, quoique non naturalisés, peuvent se faire ce don mutuel.

18. Pour que le testament mutuel que la coutume permet aux conjoints par mariage de se faire l'un au profit de l'autre puisse être valable, il faut que, lors de la confection du testament mutuel, l'un des conjoints qui se sont fait ce testament ne fût pas déjà malade de sa dernière maladie dont il est mort peu après ; car, si cela étoit, le testament mutuel seroit nul de part et d'autre. La raison est que, comme nous l'avons déjà observé *suprà*, n. 6, les donations que la coutume permet aux conjoints de se faire l'un à l'autre doivent être des donations qui ne soient pas tant un avantage que le prédécédé fasse au survivant, que le prix du risque que le survivant a couru d'en laisser autant ou presque autant au prédécédé, si le prédécédé eût survécu. Il faut en conséquence que le testament que la coutume permet soit un testament mutuel dont chacune des parties puisse raisonnablement espérer de percevoir le bénéfice. Or il est évident que le testament mutuel que se sont fait deux conjoints dont l'un étoit, lors de la confection, grièvement malade de la maladie dont il est mort peu après, ne peut avoir ce caractère :

il n'est donc pas celui que la coutume permet, et il ne peut être valable.

19. *Quid, si*, lors de la confection du testament mutuel, l'une et l'autre des parties étoient grièvement malades de la maladie dont l'une et l'autre sont décédées, tellement qu'il fût alors absolument incertain laquelle des deux mourroit la première? leur testament mutuel seroit-il valable? Un jurisconsulte de la province, que j'ai consulté sur cette question, a trouvé qu'elle souffriroit difficulté. Pour moi, je pense que le testament seroit valable. Il est vrai que, dans les coutumes de Paris et autres semblables, le don mutuel fait pendant la dernière maladie des conjoints ne peut être valable. La raison est que le don mutuel que ces coutumes permettent est un don entre vifs, et que, suivant les principes de notre droit françois, les personnes malades de la maladie dont elles décèdent, lorsque la maladie a déjà un trait prochain à la mort, ne sont plus capables de faire des dons entre vifs. Mais le don mutuel que la coutume de Dunois permet est un don mutuel testamentaire. Le testament étant un acte dont la nature est de pouvoir se faire et même de se faire souvent pendant la dernière maladie, les conjoints, quoique malades de la maladie dont ils sont décédés l'un et l'autre, étoient capables de ce don mutuel testamentaire. Si, dans le cas de l'espèce précédente, auquel, lors de la confection du testament mutuel, il n'y avoit que l'un des conjoints qui fût malade de la maladie dont il est décédé, le testament mutuel n'est pas valable, c'est par la seule raison que le testament, dans ce cas, n'est pas proprement *mutuel* : il n'y a propre-

ment en ce cas que le moribond qui donne à l'autre conjoint; la donation que l'autre conjoint fait réciproquement, en cas de survie, au moribond n'est pas sérieuse, étant moralement certain qu'il ne survivra pas. Cette raison ne se rencontre pas dans le cas auquel, lors de la confection du testament, les deux conjoints étoient pareillement malades de la maladie dont ils sont morts l'un et l'autre, tellement qu'il étoit incertain lequel des deux conjoints mourroit le premier; chacun d'eux, en ce cas, ayant pu raisonnablement espérer de survivre et de recueillir le bénéfice du testament. Le testament est véritablement, dans ce cas, testament mutuel, et je ne vois aucune raison pour laquelle il ne seroit pas valable. Je vais plus loin, et je pense que s'il est justifié que, lors de la confection du testament mutuel, les deux conjoints fussent alors grièvement malades, et dans un égal ou presque égal danger de mort, la donation mutuelle faite par le précédé mort de cette maladie, au survivant, ne laisseroit pas d'être valable, quoique depuis il fût revenu en convalescence; car il suffit pour cela que, lors de la confection du testament, il fût absolument incertain lequel mourroit le premier, et que chacune des parties ait pu raisonnablement espérer de recueillir le bénéfice du testament.

20. Est-il nécessaire dans cette coutume, pour que les conjoints puissent se faire un don mutuel, qu'ils soient communs en biens? Le jurisconsulte que j'ai consulté sur cette question tient l'affirmative, et il appuie son opinion de l'autorité d'une note sur l'art. 68, qui se trouve dans un ancien manuscrit qu'il a en sa

possession. Je conviens que les conjoints qui ne sont pas communs en biens ne peuvent se faire aucun don mutuel en propriété. La coutume n'ayant permis aux conjoints le don mutuel en propriété que des biens de leur communauté, comme nous le verrons au paragraphe suivant, c'est une conséquence que les conjoints qui, n'étant pas communs en biens, ne peuvent avoir des biens de cette espèce, ne puissent se faire de don mutuel en propriété : mais la coutume ayant permis aussi aux conjoints de se faire don mutuel en usufruit de leurs biens propres, je ne vois aucune raison qui empêche les conjoints qui ne sont pas communs de se faire ce don mutuel en usufruit. La coutume n'ayant point dit que les conjoints dussent être communs pour se faire ce don mutuel en usufruit, on ne doit point exiger des conjoints, pour le faire, ce que la coutume n'a point exigé. On oppose que le don mutuel en usufruit, que la coutume permet aux conjoints de se faire de leurs biens propres, n'est qu'un accessoire de celui qu'elle leur permet de se faire des biens de leur communauté; que l'accessoire ne pouvant pas être sans le principal, les conjoints qui ne sont pas communs en biens ne pouvant se faire don mutuel de ce qu'il y a de principal dans le don mutuel que la coutume permet, ils ne peuvent pas se faire don mutuel de ce qui n'en est que l'accessoire. Je réponds en niant le principe que le don mutuel des propres en usufruit que la coutume permet ne soit qu'un accessoire du don mutuel des biens de la communauté; je ne vois rien dans le texte de l'article 68 d'où l'on puisse inférer ce prétendu principe : le don mu-

tuel des propres en usufruit me paroît y être permis aussi principalement que l'est celui des biens de la communauté.

21. Observez néanmoins que, pour que le don mutuel que des conjoints non communs se seroient fait de tous leurs biens en usufruit soit valable, il faut qu'il n'y ait pas entre eux une trop grande disproportion de fortune; car la grande inégalité qui se trouveroit en ce cas dans leur don mutuel est contraire à la nature du don mutuel que la coutume permet entre conjoints, lequel ne doit pas paroître un avantage que l'un des conjoints fasse à l'autre, comme nous l'avons observé *suprà*, n. 6.

C'est pourquoi, dans cette espèce d'une grande disproportion de fortune, pour que le don mutuel que les conjoints voudroient se faire soit valable, il faut qu'il soit porté par le don mutuel que *les conjoints se sont fait de part et d'autre don mutuel au survivant d'eux de l'usufruit de leurs biens, néanmoins jusqu'à concurrence seulement d'une telle somme de revenu annuel, laquelle ne doit pas excéder celle à laquelle monte le revenu de celui des conjoints qui a le moins de fortune.*

22. Il n'importe pas non plus qu'ils soient mineurs ou majeurs, la coutume n'ayant point dit quel âge ils devoient avoir, et s'étant contentée de dire qu'ils devoient être sains d'entendement.

§. IV. Des choses dont cet article permet de disposer.

23. Le texte porte : « Peuvent donner l'un à l'autre... tous et chacuns leurs *biens meubles et acquèremens*

« *immeubles*, tant en propriété qu'en usufruit, qu'ils
 « auront lors du trépas du premier décédé des deux,
 « et l'usufruit de tous leurs *héritages propres*, la vie
 « durant du survivant seulement. »

Il résulte de ce texte que cet article permet aux conjoints de disposer mutuellement l'un envers l'autre de tous leurs biens, de quelque nature qu'ils soient, avec cette distinction, qu'il leur permet de se donner l'un à l'autre, non seulement l'usufruit, mais même, s'ils le jugent à propos, la propriété de leurs *biens meubles et acquéremens immeubles*; au lieu qu'il ne leur permet de se donner l'un à l'autre que l'usufruit de leurs héritages propres.

24. Qu'entend la coutume par ces termes, *acquéremens immeubles*? Elle en a donné elle-même l'explication par ce qui est dit à la fin de l'article: *Mais es dites seigneuries de Marchenoir et Fréteval, quand il y a des enfans, lesdits meubles et conquêts ne se peuvent donner à toujours.* Ce terme, *lesdits*, qui est relatif à ce qu'elle a dit plus haut *des acquéremens immeubles*, déclare suffisamment que ce qu'elle a appelé plus haut *acquéremens immeubles* est ce qu'elle appelle ici *conquêts*, et qu'elle n'a par conséquent compris sous ce terme *acquéremens immeubles* que les conquêts de la communauté, et non les acquêts que chacun des conjoints a faits avant le mariage, qui n'ont point été apportés en communauté, et qui sont propres de communauté.

La coutume, en l'art. 57, donne aussi promiscuement aux héritages de la communauté les noms de *conquêts* et d'*acquéremens*.

25. Pareillement, par ces termes, *et de l'usufruit de tous leurs héritages propres*, la coutume entend tous les héritages *propres de communauté*, non seulement leurs héritages patrimoniaux qui leur viennent de succession, mais aussi ceux qu'ils ont acquis avant leur mariage, et qui sont *propres* de communauté. C'est une suite de l'interprétation que nous venons de donner des termes *acquérements immeubles*. La coutume n'ayant point placé les acquêts faits avant le mariage, sous ces termes *d'acquérements immeubles*, dans la classe des biens qu'elle permet aux conjoints de se donner en propriété, c'est une conséquence qu'elle les a placés, sous les termes *d'héritages propres*, dans l'autre classe des biens dont elle ne leur permet de se donner que l'usufruit.

Cette interprétation est autorisée par un ancien arrêt, connu dans la province sous le nom de l'arrêt des Pichery, lequel, suivant la tradition des anciens praticiens, a jugé que les acquêts immeubles faits avant le mariage étoient du nombre de ceux dont cet article de la coutume ne permet aux conjoints par mariage de se donner que l'usufruit.

La raison de la différence que la coutume a mise entre les héritages conquêts de la communauté, et entre les autres héritages des conjoints, en permettant aux conjoints de se donner l'un à l'autre en propriété les conquêts, et en ne leur permettant de se donner que l'usufruit des autres héritages, se tire de la faveur que méritent à cet égard les conquêts, qui sont le fruit de leur collaboration.

26. On peut faire une seconde question sur l'inter-

prétation des termes *tous et chacuns leurs biens meubles et acquéremens immeubles*, qui est de savoir si, sous ces termes, *leurs biens meubles*, la coutume ne comprend que les biens meubles qui composent leur communauté, de même qu'elle ne comprend que les acquêts de communauté sous le terme d'*acquéremens meubles*; ou si, sous ces termes, *tous et chacuns leurs biens meubles*, elle comprend tous leurs biens mobiliers, sans aucune exception, tant ceux qui composent la communauté que les autres.

La coutume ayant uni ces termes, *tous et chacuns leurs biens meubles*, à ceux-ci, *et acquéremens immeubles*, il y a lieu de penser qu'elle les a entendus dans le même sens. Or il a été démontré au nombre précédent que la coutume, en cet art. 68, n'avoit entendu par ces termes, *acquéremens immeubles*, que les acquêts immeubles de la communauté. Donc il y a lieu de croire que par ces termes, *tous et chacuns leurs biens meubles*, elle n'a pareillement entendu que les biens meubles de la communauté. On ajoute que dans le langage ordinaire des coutumes, lorsqu'elles joignent ce terme *meubles* avec ceux-ci, *conquêts, meubles et conquêts*, elles n'entendent par *meubles* que ceux de la communauté, comme dans l'art. 281 de la coutume d'Orléans, où il est dit: Homme et femme..... peuvent faire don mutuel de *leurs meubles et conquêts immeubles*. Il n'est pas révoqué en doute que par ces termes, *leurs meubles*, la coutume n'entend que les meubles de la communauté. Pareillement ces termes de l'art. 68, *tous et chacuns leurs meubles et acquéremens immeubles*, étant la même chose que

ceux-ci, *meubles et conquêts immeubles*, ces termes ne doivent s'entendre que des meubles de la communauté.

On opposera peut-être que la coutume, après avoir fait une première classe des biens dont elle permet aux conjoints par mariage de se faire un don mutuel, même en propriété, fait ensuite une seconde classe de ceux dont elle ne leur permet de se faire don mutuel qu'en usufruit; et pour déclarer quels sont les biens dont elle compose cette classe, elle s'exprime en ces termes, *l'usufruit de tous leurs héritages propres, la vie durant du survivant seulement*. Or, dit-on, ces termes, *héritages propres*, ne doivent s'entendre que des propres réels, c'est-à-dire des héritages et des immeubles. Donc, conclut-on, les biens meubles que chacun des conjoints a hors de la communauté, qu'on appelle propres fictifs, ne sont point compris dans cette seconde classe des biens dont la coutume ne permet le don mutuel qu'en usufruit: ils doivent donc être compris dans la classe de ceux dont elle permet aux conjoints de se faire don mutuel en propriété.

On répond que ces termes, *héritages propres*, dans leur sens propre, ne s'entendent à la vérité que des immeubles réels; mais quelque fois, *lato sensu*, ils comprennent tous les *propres*, même les propres fictifs, c'est-à-dire les biens meubles que la fiction regarde comme immeubles et héritages, à l'effet de les empêcher d'entrer dans la communauté. C'est en ce sens large que les termes d'*héritages propres* sont entendus dans cet article, et c'est l'interprétation que leur a donnée l'usage de la province de Dunois. Il n'y a pas plus de deux ans que, la question s'étant présentée au

bailliage de Châteaudun, il fut jugé que les biens meubles qui étoient propres à chacun des conjoints ne pouvoient entrer que pour l'usufruit dans leur don mutuel. Il est vrai qu'il y a eu appel de cette sentence, lequel a été porté à Blois, et de Blois au parlement, où j'ignore si cet appel a été jugé.

27. On peut faire cette question sur le don mutuel que la coutume permet par cet article aux conjoints de se faire de leurs meubles et conquêts, tant en propriété qu'en usufruit: L'un d'eux pourroit-il donner la propriété de ses meubles et conquêts à l'autre, qui ne lui donneroit que l'usufruit des siens? ce don seroit-il valable? Je ne crois pas qu'il fût valable; car il ne seroit pas *mutuel* et réciproque à l'égard de la propriété: or la coutume ne permet aucun don entre les conjoints par mariage, que celui qui est mutuel et réciproque.

On opposera peut-être que la coutume n'ayant pas dit que les conjoints doivent se donner *également*, comme le dit la coutume de Paris, il suffit, pour que le don mutuel soit valable, que chacun des conjoints ait donné quelque chose à l'autre; mais il n'est pas nécessaire que chacun donne à l'autre autant que l'autre lui a donné: d'où on conclut que le don mutuel ne laisse pas d'être valable, quoique l'un ait donné la propriété de sa portion des biens de la communauté à l'autre, qui ne lui a donné que l'usufruit de la sienne.

Je réponds que, si la coutume ne s'est point expliquée comme celle de Paris sur l'égalité du don mutuel, on en doit seulement conclure qu'elle ne requiert pas dans le don mutuel une égalité aussi rigoureuse que

celle que requiert la coutume de Paris. C'est pourquoi le don mutuel qu'elle permet aux conjoints de se faire l'un à l'autre de l'usufruit de tous leurs propres ne laisse pas d'être valable, quoique l'un des conjoints ait plus de propres que l'autre. Pourvu que les conjoints se donnent aussi pleinement l'un et l'autre ce qu'ils ont à se donner de part et d'autre, la coutume ne fait pas attention à quelque inégalité qui se trouveroit dans la quantité des choses qu'ils se sont données; mais la coutume n'entend pas permettre un don qui, quoique mutuel *aliquatenus*, présente un avantage évident que l'un des conjoints feroit à l'autre. La coutume n'ayant permis entre conjoints que les donations mutuelles et réciproques, son esprit, comme nous l'avons déjà observé *suprà*, n. 6, est de ne pas permettre que l'un des conjoints puisse avantager l'autre pendant le mariage. Elle regarde le don mutuel qu'elle leur permet comme n'étant pas un avantage, chacun recevant en espérance de l'autre autant ou à peu près autant que ce qu'il lui donne: mais on ne peut considérer la donation que l'un des conjoints fait de la propriété de la moitié qui lui appartient dans les biens de la communauté à l'autre conjoint, qui de son côté ne lui donne que l'usufruit de la sienne, autrement que comme un avantage qu'il lui fait, qui ne peut par conséquent être valable.

28. La donation de celui qui a donné la propriété est-elle réductible, seulement en ce cas, à l'usufruit? ou le don mutuel est-il, en ce cas, absolument nul de part et d'autre? voyez notre *traité du Don mutuel*, n. 167, où nous rapportons les raisons par lesquelles

Ricard établit que le don mutuel est, en ce cas, absolument nul de part et d'autre.

29. Dans le cas auquel, par une clause du contrat de mariage, la femme n'auroit que le tiers dans la communauté; si elle donnoit la propriété de ce tiers à son mari, qui de son côté ne lui donneroit que l'usufruit de sa portion, le don mutuel seroit-il valable? La raison de douter est que la femme qui donne à son mari la propriété du tiers à elle appartenant dans les biens de la communauté qui se trouveront lors de son décès, reçoit de lui un juste équivalent de ce qu'elle lui donne, par la donation qu'il lui fait de l'usufruit des deux tiers desdits biens, ce qui empêche que la donation qu'elle lui fait de la propriété de son tiers ne soit un avantage.

Néanmoins je pense qu'elle n'est pas valable, faute de réciprocité; car pour qu'un don soit véritablement mutuel et réciproque, il faut non seulement que chacune des parties donne à l'autre, mais il faut qu'elles se donnent de la même manière; ce qui ne se rencontre pas lorsque l'un fait sa donation en propriété, et l'autre ne la fait qu'en usufruit.

C'est pourquoi dans cette espèce, où la femme, n'étant commune que pour un tiers, n'a qu'un tiers à donner à son mari dans les biens de la communauté, son mari ne peut pareillement lui en donner qu'un tiers, qui est la moitié de la portion qu'il y a; et ils doivent se faire ce don mutuel, ou l'un et l'autre en propriété, ou l'un et l'autre en usufruit seulement.

30. On peut aussi faire quelques questions sur le don mutuel que la coutume permet aux conjoints de se

faire de l'usufruit de leurs propres. On convient que, dans le cas auquel il n'y a que l'un des conjoints qui en ait, ce conjoint ne peut pas ajouter au don mutuel qu'il fait de ses meubles et acquêts à l'autre conjoint qui n'a point de propres, l'usufruit de ses propres : car le don ne seroit pas mutuel par rapport à cet usufruit de ses propres ; et l'addition qu'il feroit seul de cet usufruit au don des meubles et acquêts ne pourroit passer que pour un avantage qu'il feroit à l'autre conjoint.

31. Lorsque l'un des conjoints a des propres dont la quantité est de quelque considération, et l'autre n'a qu'un petit propre qui n'est d'aucune considération, *putà*, une rente d'un écu, c'est le même cas que celui auquel l'un des conjoints auroit des propres, et l'autre n'en auroit point du tout ; car dans les choses morales, *parium pro nihilo reputatur*.

32. Lorsque la quantité des propres que chacun des conjoints a est de quelque considération, quoique l'un d'eux en ait plus que l'autre, ils peuvent chacun ajouter au don mutuel qu'ils se font de leurs meubles et conquêts l'usufruit de tous leurs propres, sans que celui qui en a plus que l'autre soit censé lui faire un avantage : car, comme il a été déjà observé *suprà*, n. 22, la coutume, par cet art. 68, n'exige pas dans le don mutuel une égalité rigoureuse, telle que l'exige celle de Paris ; elle suit au contraire ce principe du droit Romain : *Non amarè nec tanquam inter infestos jus prohibita donationis tractandum est* ; l. 28, §. 2 ff. de donat. int. vir. et ux. S'il falloit qu'il y eût une égalité rigoureuse dans la donation mutuelle que la coutume permet aux conjoints de se faire de l'usufruit de leurs

propres, il n'y auroit presque jamais lieu à ce don mutuel, le cas étant très rare que chacun des conjoints ait précisément autant de propres l'un comme l'autre.

33. J'ai vu faire la question si, lorsqu'il n'y a que l'un des conjoints qui ait des propres réels, il peut, par le don mutuel, en donner l'usufruit à l'autre conjoint, qui de son côté ne lui donne l'usufruit que de ses propres conventionnels, n'en ayant pas de réels; et pareillement, si, lorsqu'il n'y a que l'un des conjoints qui ait des propres conventionnels, il peut, par le don mutuel, en donner l'usufruit à l'autre, qui de son côté ne lui donne l'usufruit que de ses propres réels, n'en ayant pas de conventionnels. Il y en a qui pensent que lorsqu'il n'y a que l'un des conjoints qui ait des propres réels, quoique l'autre en ait de conventionnels, les propres réels ne peuvent pas être compris dans le don mutuel, parcequ'il manqueroit de réciprocité par rapport aux propres réels; et pareillement que, lorsqu'il n'y a que l'un des conjoints qui ait des propres conventionnels, quoique l'autre conjoint ait des propres réels, ses propres conventionnels ne peuvent entrer dans le don mutuel, parcequ'il n'y auroit pas de réciprocité par rapport auxdits propres conventionnels. Je ne suis pas de cet avis. La coutume, par l'article 68, n'ayant distingué, par rapport au don mutuel, que deux espèces de biens; l'une, des biens de la communauté, dont elle permet de donner la propriété; l'autre, des biens propres; n'ayant fait, à l'égard desdits biens propres, aucune distinction des réels et des conventionnels, n'en ayant fait qu'une seule espèce et une seule classe de biens propres qu'elle permet aux conjoints de

se donner en usufruit seulement, il suffit, pour qu'il y ait réciprocité dans le don mutuel, et pour qu'il soit valable, que l'un et l'autre des conjoints aient des propres qu'ils se donnent réciproquement l'un à l'autre en usufruit, sans qu'il importe si ces propres qu'ils se donnent sont propres réels ou propres conventionnels.

§. V. Quelles sont les charges du don mutuel permis par cet article.

34. La coutume, en cet article 68, ne s'étant point expliquée sur la caution que doit donner le donataire mutuel, lorsque le don mutuel des meubles et conquêts a été fait en usufruit, on peut faire la question si, lorsque les conjoints ne s'en sont pas non plus expliqués par le contrat de don mutuel, le survivant donataire mutuel est obligé de donner caution fidéjusseur pour jouir de son usufruit. Je pense qu'il y est obligé. Je me fonde sur ce que, suivant les principes du droit établis au titre *usufr. quemadm. cav.*, cette question est de la nature de l'usufruit, et qu'elle en est une charge naturelle à laquelle tous les usufruitiers sont de droit commun assujettis: *Hanc cautionem ad omnem usufructum pertinere Julianus, libro 38 digestorum, probat; l. 13, vers. hæc autem, ff. de usufr. Usufructu constituto, consequens est ut satisfactio boni viri arbitrato præbeatur; l. 4, cod. de usufr.* La charge de donner caution étant une charge naturelle de l'usufruit, c'est une conséquence que, pour que l'usufruitier puisse se dispenser de cette caution, il ne suffit pas que la loi et la convention qui ont établi son usufruit

ne s'en soient pas expliquées, et ne l'y aient pas expressément assujetti; il faut au contraire qu'elles l'en aient expressément déchargé.

Mais si par le contrat de don mutuel que les conjoints se sont fait de l'usufruit de leurs meubles et conquêts, ils s'étoient expressément déchargés de donner caution, la convention seroit valable, et le survivant donataire mutuel ne seroit point en conséquence obligé d'en donner: car qui peut le plus peut le moins. Or les conjoints pouvoient se donner en pleine propriété leurs meubles et conquêts, suivant la permission que la coutume leur en donne, ce qui est plus que de se les donner en usufruit, sans charge de caution; donc ils peuvent ce qui est le moins, c'est-à-dire se faire don en usufruit desdits meubles et conquêts, sans charge de caution.

35. Il n'en est pas de même du don mutuel que la coutume leur permet de se faire de l'usufruit de leurs propres: la coutume ne leur permettant de se faire ce don qu'en usufruit, et ne dispensant pas de la caution le donataire; si les conjoints, par le contrat de don mutuel qu'ils se font de l'usufruit desdits propres, dispensoient de la caution le donataire, ils feroient plus que ce que la coutume leur permet de faire; ils ajouteroient au don qu'ils se font de l'usufruit de leurs propres, qui est tout ce que la coutume leur permet à l'égard desdits propres, la décharge de donner caution: cette clause, comme exorbitante de ce que leur permet la coutume, ne peut donc être valable.

36. La coutume charge le donataire mutuel de payer les dettes, legs et funérailles du premier décédé.

Lorsque les conjoints ne se sont fait don que des biens de leur communauté, et qu'ils n'y ont point ajouté celui de l'usufruit de leurs propres, le donataire mutuel n'est tenu de payer que les dettes de la communauté, qui sont une charge des biens de la communauté, dont il est donataire; il n'est pas tenu de payer les dettes propres, c'est-à-dire celles que le prédécédé devoit seul hors de la communauté; et si le donataire mutuel étoit contraint de les payer au créancier, sur quelque action hypothécaire que le créancier auroit donnée contre lui, comme possesseur des conquêts du prédécédé qui y sont hypothéqués, le donataire mutuel doit avoir recours contre les héritiers du prédécédé, pour en être acquitté.

37. Outre les dettes, la communauté charge le donataire mutuel de payer *les legs et funérailles du premier décédé*.

Nous avons vu en notre traité du *Don mutuel*, n. 231, que plusieurs coutumes imposent pareillement au donataire mutuel cette charge de payer les legs et d'accomplir le testament du prédécédé; et nous avons observé que, suivant l'interprétation que la jurisprudence et les commentateurs ont donnée à ces dispositions, elles étoient bornées aux legs modiques pour aumônes, prières, petits présents, etc., qui sont d'usage dans les testaments, et auxquels le donataire mutuel a dû s'attendre; mais qu'elles ne s'étendoient point à des legs considérables, qui donneroient une atteinte considérable au don mutuel. Je pense que la disposition du présent article doit souffrir la même limitation; qu'elle doit être bornée aux legs modiques, et ne doit pas être

étendue à des legs considérables faits par des actes séparés de celui qui contient le don mutuel, qui donneroient une atteinte considérable au don mutuel. Il est vrai que le don mutuel permis par cet article, étant un don mutuel qui est fait ou confirmé par testament, est de sa nature révocable, soit pour le tout, soit pour partie; mais suivant la nature des testaments mutuels, pour que la révocation du don mutuel porté par le testament mutuel soit valable, il faut, comme nous l'avons observé ci-dessus, n. 12, que le donateur l'ait de son vivant notifiée au donataire; tout autre acte ne peut donner atteinte à ce don mutuel. Le donateur ne peut donc, après le testament mutuel, donner atteinte au don mutuel par quelque testament particulier qui contiendrait des legs considérables; le donataire mutuel ne doit donc pas être tenu desdits legs considérables.

38. Lorsque les conjoints ne se sont pas fait don mutuel en propriété de leurs meubles et conquêts, comme la coutume le leur permet, mais se sont fait ce don mutuel seulement en usufruit, les héritiers du donataire mutuel, lors de la restitution qu'ils doivent faire aux héritiers du prédécédé des biens dont le donataire mutuel a joui, doivent retenir sur lesdits biens tout ce que le donataire mutuel a payé pour les dettes, legs et funérailles du prédécédé; car ce sont charges desdits biens, qui les diminuent de plein droit.

Il n'y a que les arrérages des rentes dues par la communauté, courus pendant tout le temps qu'a duré la jouissance du donataire mutuel, que le donataire mutuel paie sans aucune répétition, ces arrérages étant

des charges des revenus qu'il perçoit pendant ledit temps. A l'égard des arrérages courus jusqu'à la mort du prédécédé, qui étoient dus lors de la mort du prédécédé, et que le donataire mutuel a payés, les héritiers du donataire mutuel, lors de la restitution qu'ils font aux héritiers du prédécédé, des biens dont le donataire mutuel a joui, les retiennent pour la part dont le prédécédé en étoit tenu, de même que les autres dettes du prédécédé que le donataire mutuel a acquittées.

39. Lorsque les conjoints ont ajouté au don mutuel qu'ils se sont fait de leurs meubles et conquêts celui de l'usufruit de leurs propres, le donataire mutuel doit aussi avancer les dettes propres du prédécédé, sauf à ses héritiers à s'en faire faire raison et déduction par le prédécédé, lorsqu'ils lui feront la restitution du don mutuel.

A l'égard des rentes dont le prédécédé étoit seul débiteur, le donataire mutuel qui jouit en usufruit des propres du prédécédé doit acquitter, sans aucune répétition, tout ce qui courra d'arrérages desdites rentes pendant tout le temps de sa jouissance, lesdits arrérages étant une charge des revenus qu'il perçoit : ceux courus avant la mort du prédécédé, et qui étoient dus lors de sa mort, sont une dette de la communauté des conjoints, et doivent par conséquent, de même que les autres dettes de la communauté, être, ou payés sans répétition, lorsque le don mutuel des meubles et conquêts a été fait en propriété, ou seulement avancés, s'il n'a été fait qu'en usufruit.

40. La coutume, après avoir dit que le donataire

mutuel doit payer les dettes, legs et funérailles du prédécédé, ajoute, *ensemble les charges foncières que doivent les héritages, et iceux entretenir.*

L'acquiescement des charges foncières, tant des annuelles et ordinaires, que des extraordinaires, qui échéent pendant tout le temps que dure l'usufruit, est une charge commune à tous les usufruitiers. Voyez ce que nous en avons dit en notre *traité du Don mutuel.*

A l'égard de celles qui sont échues du vivant du prédécédé, et qui étoient dues lors de la mort du prédécédé, elles sont dettes de la communauté, laquelle, ayant la jouissance des héritages propres respectifs des conjoints, étoit tenue en conséquence d'en acquiescer les charges foncières : le donataire mutuel en est tenu en conséquence, comme il est tenu des autres dettes de la communauté ; c'est-à-dire qu'il doit, ou les acquiescer sans répétition, si le don mutuel des meubles et conquêts est en propriété, ou seulement les avancer, s'il n'a été fait qu'en usufruit.

41. Enfin la coutume impose au donataire mutuel la charge d'entretenir les héritages propres du prédécédé, dont l'usufruit est compris au don mutuel. C'est une charge naturelle de l'usufruit des héritages. Voyez ce que nous en avons dit en notre *Traité.*

Le donataire mutuel est tenu en conséquence de faire toutes les réparations d'entretien qui surviennent pendant le temps de son usufruit auxdits héritages.

A l'égard de celles qui sont survenues pendant le temps de la communauté qui a été entre les conjoints, et qui étoient à faire lors de la mort du prédécédé,

elles sont une dette de cette communauté, qui, ayant la jouissance des héritages propres des conjoints, étoit en conséquence tenue de leur entretien. Le donataire mutuel, en sa qualité de donataire mutuel des meubles et conquêts, en est tenu de la même manière qu'il est tenu de toutes les autres dettes de communauté.

42. La coutume, en cet article, impose au donataire mutuel une autre charge, qui est particulière au cas auquel il y a des enfants. Il y est dit, *à la charge de nourrir, entretenir, pourvoir et assigner leurs enfants selon leur état, durant leur minorité, ou qu'ils soient mariés, ou autrement pourvus.*

Ce terme, *entretenir*, comprend non seulement tout ce qui est nécessaire pour les besoins du corps, mais ce qui est nécessaire pour l'éducation des enfants.

Ces termes, *pourvoir et assigner*, me paroissent signifier que le donataire mutuel doit faire les dépenses nécessaires pour mettre ses enfants en état d'exercer quelque profession qui leur procure de quoi vivre. Par exemple, si les conjoints étoient des artisans, le donataire mutuel doit faire apprendre des métiers à ses enfants : s'ils sont d'une condition plus élevée, il doit faire les dépenses nécessaires pour les mettre en état d'exercer quelque profession à laquelle il les jugera propres, telle que celle d'avocat, de médecin, ou quelque autre ; et pour cela, les envoyer dans les universités, leur fournir les livres nécessaires, faire les frais des degrés qu'ils y obtiendront, etc. Si on destine les enfants au service, le donataire mutuel doit les placer dans quelque corps, et leur donner un équipage convenable.

§. VI. Comment le donataire mutuel est-il saisi; et quelle procédure a-t-il à faire vis-à-vis des héritiers du prédécédé.

43. La coutume, par cet article, saisit de plein droit le donataire mutuel, suivant ces termes, *et est saisi*.

Le donataire mutuel peut en conséquence retenir les biens compris au don mutuel, lesquels, étant des biens dont il jouissoit conjointement avec le prédécédé, se trouvent par-devers lui à la mort du prédécédé : il n'est point obligé à en demander la délivrance aux héritiers du prédécédé; il n'est obligé à autre chose envers eux qu'à leur donner copie de l'acte du don mutuel. La signification a coutume de s'en faire par un huissier, qui en donne copie aux héritiers.

44. Lorsque le don mutuel est en propriété, le donataire mutuel n'a aucun inventaire à faire des meubles de la communauté; les héritiers du prédécédé n'ayant rien à y prétendre, ils peuvent seulement demander un inventaire des titres, pour connoître s'il se trouve des propres dans la succession du prédécédé, la propriété desdits propres appartenant auxdits héritiers.

Il faut néanmoins excepter le cas auquel le prédécédé auroit laissé des enfants mineurs; auquel cas le survivant, quoique donataire mutuel en propriété, a intérêt de faire un inventaire pour empêcher la continuation de communauté. Voyez notre *traité de la Communauté*, n. 789.

Lorsque les conjoints ne se sont fait don mutuel de leurs meubles et conquêts qu'en usufruit, il est né-

284 INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE LXVIII.

cessaire en ce cas de faire un inventaire et une priseé des meubles. Voyez ce que nous en avons dit en notre *Traité*, n. 214 et 215.

FIN DU TRAITÉ DES DONATIONS.

TRAITÉ

DU DROIT DE DOMAINE

DE PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

1. On considère, à l'égard des choses qui sont dans le commerce, deux espèces de droits; le droit que nous avons dans une chose, qu'on appelle *jus in re*; et le droit que nous avons par rapport à une chose, qu'on appelle *jus ad rem*.

Le *jus in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards.

Le *jus ad rem* est le droit que nous avons, non dans la chose, mais seulement par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner.

C'est celui qui naît des obligations, et qui ne consiste que dans l'action personnelle que nous avons contre la personne qui a contracté l'obligation, ou qui y a succédé, aux fins qu'elle soit condamnée à nous donner la chose, si elle est en son pouvoir; ou en nos dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation.

C'est ce *jus ad rem* qui a fait la matière de notre

traité des Obligations et de ceux qui ont suivi sur les différentes espèces de contrats. Nous allons traiter du *jus in re*.

2. Il y a plusieurs espèces de *jus in re*, qu'on appelle aussi *droits réels*.

La principale est le droit de domaine de propriété.

Les autres espèces de droits réels, qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des démembrements, sont les droits de domaine de supériorité, tels que les seigneuries féodale ou censuelle; le droit de rente foncière; les droits de servitudes, tant ceux des servitudes personnelles que ceux des servitudes prédiales; le droit d'hypothèque.

Nous avons déjà traité du droit de rente foncière dans notre *traité de Bail à rente*; nous ne traiterons dans celui-ci que du droit de domaine, qu'on appelle aussi *droit de propriété*. Nous le diviserons en deux parties. Nous verrons dans la première ce que c'est que le domaine de propriété; en quoi il consiste; quelles sont les différentes manières de l'acquérir et de le perdre. Dans la seconde, nous traiterons des actions qui naissent du droit de propriété. Nous ajouterons un *traité de la Possession*.

PREMIÈRE PARTIE.

Ce que c'est que le droit de domaine de propriété; des manières dont il s'acquiert et dont il se perd.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le droit de domaine de propriété; et en quoi il consiste.

3. Il n'y a aujourd'hui (1), à l'égard des meubles, qu'une seule espèce de domaine, qui est le domaine de propriété. Il en est de même des héritages qui sont en franc-aleu.

A l'égard des héritages tenus en fief ou en censive, on distingue deux espèces de domaines; le domaine direct, et le domaine utile.

Le domaine direct qu'ont les seigneurs de fief ou de censive sur les héritages qui sont tenus d'eux en fief ou en censive est le domaine ancien, originaire et primitif de l'héritage, dont on a détaché le domaine utile par l'aliénation qui en a été faite, lequel en con-

(1) Par l'ancien droit romain il y avoit, tant à l'égard des meubles que des immeubles, deux espèces de domaines; le *dominium civile* ou *quiritarium*, et le *dominium naturale* ou *bonitarium*. Justinien, en la loi unique, *cod. de nud. jur. quir.*, ayant aboli cette différence, nous n'en dirons rien. Voyez nos *Pandectes*, t. de *acq. rer. dom.* n. 1.

séquence n'est plus qu'un domaine de supériorité, et n'est autre chose que le droit qu'ont les seigneurs de se faire reconnoître comme seigneurs par les propriétaires et possesseurs des héritages tenus d'eux, et d'exiger certains devoirs et redevances recognitifs de leur seigneurie.

Cette espèce de domaine n'est point le domaine de propriété, qui doit faire la matière du présent traité; on doit plutôt l'appeler *domaine de supériorité*.

Le domaine utile d'un héritage renferme tout ce qu'il y a d'utile; comme d'en percevoir les fruits, d'en disposer à son gré, à la charge de reconnoître à seigneur celui qui en a le domaine direct.

C'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle domaine de propriété. Celui qui a ce domaine utile se nomme propriétaire, ou seigneur utile; celui qui a le domaine direct s'appelle simplement seigneur. Il est bien le propriétaire de son droit de seigneurie; mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage

4. Le domaine de *propriété* est ainsi appelé parce que c'est le droit par lequel une chose m'est *propre* et m'appartient privativement à tous autres.

Ce droit de propriété, considéré par rapport à ses effets, doit se définir le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui ni aux lois : *Jus de re liberè disponendi*, ou *Jus utendi et abutendi*.

5. Ce droit a beaucoup d'étendue. Il comprend, 1^o le droit d'avoir tous les fruits qui naissent de la chose, soit que ce soit le propriétaire qui les per-

voive, soit qu'ils soient perçus par d'autres sans droit.

2^o Le droit de se servir de la chose, non seulement pour les usages auxquels elle est naturellement destinée, mais pour quelque usage que ce soit qu'il en voudra faire : par exemple, quoique les chambres d'une maison ne soient destinées qu'à loger des hommes, le propriétaire a droit d'y loger des bestiaux, si bon lui semble.

3^o Ce droit de disposer renferme celui qu'a le propriétaire de changer la forme de sa chose, *putà*, en faisant d'une terre labourable un pré ou un étang, *aut vice versâ*.

Il a droit de convertir sa chose, non seulement en une meilleure forme, mais, si bon lui semble, en une pire, en faisant, par exemple, d'une bonne terre labourable une terre non labourable, une terre en friche qui ne serve qu'au pâturage des bestiaux.

4^o Ce droit de disposer comprend aussi le droit qu'a le propriétaire de perdre entièrement sa chose, si bon lui semble. Par exemple, le propriétaire d'un beau tableau a droit de faire passer dessus une couleur pour l'effacer; le propriétaire d'un livre a droit de le jeter au feu, si bon lui semble, ou de le déchirer.

5^o Le droit d'empêcher tous autres de s'en servir, sauf ceux qui auroient ce droit en vertu de quelque droit de servitude, ou auxquels il en auroit, par quelque convention, concédé un certain usage.

6^o Le droit de disposer comprend le droit qu'a le propriétaire d'aliéner sa chose, et pareillement d'accorder à d'autres dans sa chose tels droits qu'il voudra,

ou d'en permettre seulement tel usage qu'il jugera à propos.

6. Quoique le droit de propriété renferme tous ces droits, le propriétaire ne peut pas néanmoins toujours les exercer; il peut en être empêché, ou par un défaut de sa personne, ou par quelque imperfection de son droit de propriété.

7. Les défauts dans la personne du propriétaire sont l'âge de minorité, la démence, l'interdiction, la sujétion d'une femme mariée à la puissance de son mari.

On distingue dans le droit de propriété, de même que dans tous les autres droits, le fond du droit et l'exercice du droit.

Un mineur propriétaire a bien le fond de tous les droits que son droit de propriété renferme, mais il n'en a pas l'exercice, jusqu'à ce qu'il soit devenu *usant de ses droits* par la majorité, ou d'une partie de ses droits par le mariage, ou par des lettres de bénéfice d'âge.

En attendant, c'est le tuteur de ce mineur qui a l'exercice des droits renfermés dans le droit de propriété des choses qui appartiennent au mineur; en conséquence c'est lui qui a le droit de percevoir les fruits des héritages de ce mineur, pour les employer au profit de ce mineur. C'est lui qui a le droit de vendre les meubles du mineur pour les employer au profit du mineur, soit au paiement de ses dettes, soit en achat d'héritages ou de rentes. C'est lui qui a le droit de donner à bail ou à loyer les héritages du mineur; mais il n'a pas le droit de les vendre, si ce n'est pour de justes causes, en vertu du décret du juge, et

en observant les formalités requises pour l'aliénation des biens des mineurs. La raison est que le tuteur n'a cet exercice des droits que renferme la propriété des biens de son mineur, que pour l'avantage et l'intérêt de son mineur, et qu'il n'a pas l'exercice de ceux qui y seroient contraires.

Tout ce que nous venons de dire du propriétaire mineur s'applique pareillement au propriétaire en démence, ou interdit pour prodigalité. Il a bien dans sa personne le fond des droits que renferme la propriété de ses biens; mais sa démence ou son interdiction le prive de la faculté de les exercer : c'est au curateur de l'interdit qu'il appartient de les exercer pour l'avantage et l'intérêt de l'interdit.

Lorsqu'une femme, en se mariant, passe sous la puissance de son mari, elle conserve le droit de propriété de ses biens : elle a en conséquence le fond des droits que renferme ce droit de propriété; mais la puissance en laquelle elle est de son mari la prive de la faculté de les exercer à son gré, ne pouvant aliéner ni disposer de rien de ce qui lui appartient, sans l'autorisation de son mari, comme nous l'avons vu en notre traité de la Puissance du mari.

8. L'imperfection du droit de propriété peut aussi priver le propriétaire d'une partie des droits que nous avons dit être renfermés dans le droit de propriété, lesquels n'y sont renfermés que lorsque la propriété est une propriété pleine et parfaite.

Une propriété est pleine et parfaite lorsqu'elle est perpétuelle, et que la chose n'est pas chargée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire.

Au contraire, elle est imparfaite lorsqu'elle doit se résoudre au bout d'un certain temps ou par l'événement d'une certaine condition.

La propriété d'un héritage est aussi imparfaite lorsque l'héritage est chargé de droits réels envers d'autres que le propriétaire : car ces droits réels sont autant de droits qui ont été détachés de la propriété.

La propriété est sur-tout très imparfaite lorsqu'elle est chargée d'un droit d'usufruit : elle est appelée en ce cas propriété nue, *nuda proprietas*.

9. Celui qui n'a qu'un droit de propriété résoluble d'un héritage est privé d'une partie des droits que la propriété renferme lorsqu'elle est parfaite. Quoique la propriété, lorsqu'elle est parfaite, renferme le droit d'en mésuser et de la perdre, il n'est pas permis à celui qui n'a qu'une propriété résoluble d'un héritage de le dégrader au préjudice de celui à qui il doit retourner par droit de réversion ou appartenir à titre de substitution : il ne lui est pas permis d'en changer la forme ; et lorsque le temps de la réversion ou de la substitution est arrivé, lui ou ses héritiers sont tenus des dommages et intérêts résultants de toutes les dégradations qui s'y trouvent.

10. Celui qui n'a qu'une propriété résoluble d'un héritage ne peut non plus ni l'aliéner, ni y concéder des droits à d'autres, que pour le temps que doit durer son droit de propriété : aussitôt que le temps auquel il doit se résoudre est arrivé, la propriété qu'il a aliénée, en quelques mains qu'elle ait passé et qu'elle se trouve, se résout de même que si elle étoit encore par-devers lui ; pareillement tous les droits qu'il y a con-

cédés à d'autres se résolvent. C'est le cas de la règle, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*.

11. Observez que si celui qui a acquis de bonne foi un héritage de celui qui n'en avoit qu'une propriété résoluble, l'a possédé pendant tout le temps requis pour la prescription avec la même bonne foi, ignorant toujours que celui de qui il a acquis l'héritage n'en eût qu'une propriété résoluble, il acquiert par droit de prescription ce qui manquoit à la propriété qui lui a été transférée, laquelle, de résoluble qu'elle étoit, devient une propriété perpétuelle. La prescription peut donner le droit de propriété à celui qui a acquis de bonne foi un héritage de celui qui n'en étoit pas le propriétaire, et qui n'a pu par conséquent lui transférer aucun droit de propriété : la prescription peut par la même raison donner ce qui manquoit à la perfection de la propriété de celui qui a acquis de bonne foi un héritage de celui qu'il croyoit en avoir la propriété parfaite, et qui, n'ayant qu'une propriété résoluble, ne lui avoit transféré qu'une propriété résoluble.

Pareillement, lorsque ceux qui ont acquis quelque droit réel dans un héritage de celui qui n'en avoit qu'une propriété résoluble, ont possédé ce droit de bonne foi pendant le temps requis pour la prescription, dans l'opinion que celui de qui ils l'ont acquis avoit la propriété perpétuelle de l'héritage, ils acquièrent, par la prescription, ce qui manquoit à la perfection du droit qu'ils ont acquis, lequel, de droit résoluble qu'il étoit, devient un droit perpétuel. Voyez sur le droit d'usucapion et de prescription, pour les

cas auxquels ce droit a lieu, ce que nous en disons *infra*, en notre *traité des Prescriptions*, partie 2.

12. Celui qui n'a qu'une propriété imparfaite d'un héritage, par rapport aux droits réels que d'autres personnes y ont, est aussi privé de plusieurs droits qui sont renfermés dans le droit de propriété lorsqu'elle est parfaite.

Par exemple, le propriétaire d'un héritage chargé d'usufruit n'a aucun droit aux fruits qui naissent de son héritage pendant tout le temps que doit durer l'usufruit; ils appartiennent pendant tout ce temps à l'usufruitier. Il ne peut, sans le consentement de l'usufruitier, ni changer la forme de l'héritage, ni y rien détruire, ni y rien construire, ni y imposer aucune servitude, ni généralement y faire aucune chose qui puisse donner atteinte à l'usufruit.

Pareillement, le propriétaire d'un héritage chargé de quelque droit réel que ce soit ne peut rien faire dans son héritage qui puisse donner atteinte à ce droit. Par exemple, si l'héritage dont j'ai la propriété est chargé envers le voisin d'un droit de passage, il ne m'est pas permis de rien faire dans le lieu de mon héritage par où ce voisin a ce droit de passage, qui puisse nuire à ce droit de passage. Pareillement, si l'héritage dont j'ai la propriété est chargé d'un droit de rente foncière, je n'ai pas le droit d'en mésuser et de le dégrader, que j'aurois si j'avois une propriété parfaite; mais je suis obligé de le conserver en bon état, pour la sûreté de la rente qui y est à prendre, comme nous l'avons vu en notre *traité du Bail à rente*.

13. Nous avons défini le droit de propriété, le droit

de disposer à son gré d'une chose ; et nous avons ajouté, *sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui*. Cela doit s'entendre non seulement du droit actuel que d'autres y ont, mais encore du droit de ceux auxquels la chose doit passer un jour. Cela doit s'entendre non seulement des droits réels que d'autres ont dans l'héritage, auxquels le propriétaire qui n'a qu'une propriété résoluble ou imparfaite ne peut donner atteinte, comme nous l'avons vu jusqu'à présent ; cela s'entend aussi du droit des propriétaires et possesseurs des héritages voisins, auquel le propriétaire d'un héritage, quelque parfait que soit son droit de propriété, ne peut donner atteinte, ni par conséquent faire dans son héritage ce que les obligations qui naissent du voisinage ne lui permettent pas de faire dans son héritage au préjudice de ses voisins. Voyez ce que nous en avons dit au second appendice que nous avons ajouté à la fin de notre *traité du Contrat de Société*.

14. Enfin dans notre définition, après ces termes, *sans donner atteinte aux droits d'autrui*, nous avons ajouté, *ni aux lois* : car, quelque étendu que soit le droit qu'a un propriétaire de faire de sa chose ce que bon lui semble, il ne peut pas néanmoins en faire ce que les lois ne lui permettent pas d'en faire. Par exemple, quoique le propriétaire d'un champ puisse y planter tout ce que bon lui semble, il ne lui est pas néanmoins permis d'y faire une plantation de tabac ; y ayant des lois qui défendent ces plantations dans le royaume, comme contraires aux intérêts de la ferme du tabac.

Pareillement, quoique le droit de propriété d'une

chose renferme le droit de la vendre et de la transporter où bon lui semble, il n'est pas néanmoins permis de transporter son blé hors du royaume lorsqu'il y a une loi qui en défend l'exportation. Il n'est pas permis à un marchand de vendre une quantité considérable de blé dans ses greniers, sur-tout dans un temps de disette, au préjudice des lois de police, qui ordonnent de le mener et de le vendre au marché.

Parcillemeut, quoique la propriété d'une chose renferme le droit d'en mésuser et de la perdre, un marchand, propriétaire d'une quantité considérable de blé, qui, en différant trop long-temps de le vendre, dans l'espérance que le prix du blé enchérirait, l'aurait laissé perdre dans un temps de disette, seroit coupable envers le public d'une injustice considérable, la loi naturelle ne permettant pas de laisser perdre une marchandise d'une première nécessité, au préjudice du besoin que le public en a.

15. Le domaine de propriété, de même que tous les autres droits, tant *in re* que *ad rem*, suppose nécessairement une personne dans laquelle ce droit subsiste, et à qui il appartienne.

Il n'est pas nécessaire que ce soit une personne naturelle, telle que sont les personnes des particuliers, à qui le droit appartienne: ce droit, de même que toutes les autres espèces de droits, peut appartenir à des corps et à des communautés, qui n'ont qu'une personne civile et intellectuelle.

Lorsqu'un propriétaire étant mort, personne ne veut accepter sa succession, cette succession jacente est considérée comme étant une personne civile, et comme

la continuation de celle du défunt; et c'est dans cette personne fictive que subsiste le domaine de propriété de toutes les choses qui appartenoient au défunt, de même que tous les autres droits actifs et passifs du défunt : *Hæreditas jacens personæ defuncti locum obtinet.*

16. Le droit de propriété étant, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 4, le droit par lequel une chose nous appartient privativement à tous autres, il est de l'essence de ce droit, que deux personnes ne puissent avoir chacune pour le total le domaine de propriété d'une même chose. *Celsus ait: Duorum in solidum dominium esse non potest; l. 5, §. 15. ff. commod.*

C'est pourquoi, lorsque j'ai le droit de propriété d'une chose, un autre ne peut, *per rerum naturam*, devenir propriétaire de cette chose, que je ne cesse entièrement de l'être; et il ne peut en avoir la propriété pour aucune part, qu'en cessant par moi d'avoir la propriété que j'avois pour la part qu'il en auroit. La raison est que *propre* et *commun* sont les contradictoires. Si l'on suppose qu'un autre que moi soit propriétaire d'une chose dont je suis propriétaire, dès-lors cette chose est *commune* entre nous; et si elle est *commune*, on ne peut plus dire qu'elle me soit *propre* pour le total, et que j'en aie la propriété pour le total, car *propre* et *commun* sont deux choses contradictoires.

En cela le *jus in re* est différent du *jus ad rem*, plusieurs personnes pouvant être, chacun pour le total, créanciers d'une même chose, soit par une même obligation, lorsqu'elle a été contractée envers plusieurs

créanciers solidaires, comme nous l'avons vu en notre *traité des Obligations*, part. 2, chap. 3, art. 7, soit par différentes obligations, soit d'un même débiteur, soit de différents débiteurs. La raison de différence est qu'il n'est pas possible que ce qui m'appartient appartienne en même temps à un autre; mais rien n'empêche que la même chose qui m'est due ne soit aussi due à un autre.

17. Plusieurs ne peuvent à la vérité avoir la propriété de la même chose pour le total; mais ils peuvent avoir cette propriété en commun, chacun pour une certaine part. Cela n'est pas contraire à ce que nous avons dit, que la propriété est le droit par lequel une chose nous appartient privativement à tous autres; car ce droit de propriété qu'ils ont en commun est le droit par lequel la chose leur appartient en commun privativement à tous autres; et entre eux la part que chacun y a lui appartient à lui seul privativement, même à ses copropriétaires, car la part que l'un a dans la chose commune n'est pas la part de l'autre, et chacun n'a le droit que de disposer de sa part.

Ces parts que chacun de ceux qui ont le droit de propriété d'une chose en commun, ont dans la chose commune, ne sont pas des parts réelles, qui ne peuvent être formées que par la division de la chose; ce sont des parts intellectuelles. C'est en ce sens qu'il est dit en la loi 66, §. 2, ff. de *legat. 2^o*: *Plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis, obtinent.*

Plusieurs peuvent même être propriétaires en commun d'une chose qui n'est pas susceptible de parties,

même intellectuelles, telle qu'est un droit de servitude qui appartient à plusieurs copropriétaires d'une maison à qui la servitude est due. Quoiqu'en ce cas chacun des copropriétaires de ce droit de servitude le soit pour le total, ce droit n'étant pas susceptible de parties, cela ne donne néanmoins aucune atteinte à la maxime exposée au nombre précédent, *Duorum in solidum dominium esse non potest*; car cette maxime s'entend en ce sens, que plusieurs ne peuvent être chacun séparément propriétaires pour le total d'une même chose: mais plusieurs peuvent être propriétaires d'une même chose en commun. Or dans notre espèce, chacun des copropriétaires n'est pas propriétaire séparément du droit de servitude, ils ne le sont qu'en commun, ils ne le sont *totaliter* que tous ensemble.

18. Le domaine de propriété, de même que le *jus ad rem*, suppose une cause qui le produit dans la personne qui a ce droit. Mais il y a cette différence, que le domaine de propriété d'une chose que j'ai acquise à un titre ne peut m'appartenir à un autre titre, si ce n'est pour ce qui manquoit à ce que j'en ai acquis d'abord; au lieu qu'une même chose peut m'être due par différents titres: *Non ut ex pluribus causis idem nobis deberi potest, ita ex pluribus causis idem potest nostrum esse*; l. 156, ff. de reg. jur. *Dominium non potest nisi ex unâ causâ contingere*; l. 3, §. 4, de acq. possess.

La raison de différence est qu'il est impossible que j'acquière ce qui m'appartient déjà. C'est pourquoi, lorsque j'ai une fois acquis la propriété d'une chose en vertu d'un titre, ne pouvant plus l'acquérir, elle ne

peut m'appartenir qu'en vertu du seul titre par lequel je l'ai acquise : au contraire, rien n'empêche qu'une chose qui m'est déjà due par un titre me soit encore due par un autre titre. Par exemple, je suppose que Pierre m'a vendu une certaine chose ; il fait ensuite son testament, par lequel il me la lègue. Cette chose m'est due par les héritiers de Pierre, à deux titres, et en vertu de la vente que Pierre m'en a faite, et en vertu du legs. J'ai contre eux deux actions pour cette même chose, l'action *ex empto*, et l'action *ex testamento* ; et si cette chose qui m'a été vendue par Pierre m'avoit aussi été léguée par Paul, elle me seroit due par les héritiers de Pierre et par les héritiers de Paul.

CHAPITRE II.

Comment s'acquiert le domaine de propriété, et comment il se perd.

19. Les manières d'acquérir le domaine de propriété d'une chose par le droit naturel et des gens, se réduisent à trois : l'occupation, l'accession, et la tradition. L'occupation fera la matière des deux premières sections de ce chapitre. Nous traiterons, dans la première, de l'occupation des choses qui n'appartiennent à personne ; dans la seconde, des prises faites sur l'ennemi. L'accession fera la matière de la troisième. La tradition fera la matière de la quatrième. Nous rapporterons, dans une cinquième section, les manières d'acquérir le domaine de propriété qui sont du droit

peut m'appartenir qu'en vertu du seul titre par lequel je l'ai acquise : au contraire, rien n'empêche qu'une chose qui m'est déjà due par un titre me soit encore due par un autre titre. Par exemple, je suppose que Pierre m'a vendu une certaine chose ; il fait ensuite son testament, par lequel il me la lègue. Cette chose m'est due par les héritiers de Pierre, à deux titres, et en vertu de la vente que Pierre m'en a faite, et en vertu du legs. J'ai contre eux deux actions pour cette même chose, l'action *ex empto*, et l'action *ex testamento* ; et si cette chose qui m'a été vendue par Pierre m'avoit aussi été léguée par Paul, elle me seroit due par les héritiers de Pierre et par les héritiers de Paul.

CHAPITRE II.

Comment s'acquiert le domaine de propriété, et comment il se perd.

19. Les manières d'acquérir le domaine de propriété d'une chose par le droit naturel et des gens, se réduisent à trois : l'occupation, l'accession, et la tradition. L'occupation fera la matière des deux premières sections de ce chapitre. Nous traiterons, dans la première, de l'occupation des choses qui n'appartiennent à personne ; dans la seconde, des prises faites sur l'ennemi. L'accession fera la matière de la troisième. La tradition fera la matière de la quatrième. Nous rapporterons, dans une cinquième section, les manières d'acquérir le domaine de propriété qui sont du droit

civil. Nous traiterons, dans une sixième, des personnes par lesquelles nous pouvons acquérir le domaine de propriété. Nous verrons, dans une septième section, comment se perd le domaine de propriété.

SECTION PREMIÈRE.

De l'occupation des choses qui n'appartiennent à personne.

20. L'occupation est le titre par lequel on acquiert le domaine de propriété d'une chose qui n'appartient à personne, en s'en emparant dans le dessein de l'acquérir: *Quod enim nullius est*, dit Gaius, *id ratione naturali occupanti conceditur*; l. 3, ff. *de acq. rer. dom.*

Nous verrons, dans un premier article, quelles sont les choses qui n'appartiennent à personne, dont le domaine de propriété peut être acquis par le premier occupant. Nous parcourrons ensuite les différentes espèces d'occupations, qui sont la chasse, la pêche, l'oïselerie, l'invention, et l'occupation simplement dite.

Comme la chasse mérite un article particulier, elle fera la matière du second article. Nous traiterons de la pêche et de l'oïselerie dans un troisième; dans un quatrième, de l'invention; dans un cinquième, de l'occupation simplement dite.

civil. Nous traiterons, dans une sixième, des personnes par lesquelles nous pouvons acquérir le domaine de propriété. Nous verrons, dans une septième section, comment se perd le domaine de propriété.

SECTION PREMIÈRE.

De l'occupation des choses qui n'appartiennent à personne.

20. L'occupation est le titre par lequel on acquiert le domaine de propriété d'une chose qui n'appartient à personne, en s'en emparant dans le dessein de l'acquérir: *Quod enim nullius est*, dit Gaius, *id ratione naturali occupanti conceditur*; l. 3, ff. *de acq. rer. dom.*

Nous verrons, dans un premier article, quelles sont les choses qui n'appartiennent à personne, dont le domaine de propriété peut être acquis par le premier occupant. Nous parcourrons ensuite les différentes espèces d'occupations, qui sont la chasse, la pêche, l'oïselerie, l'invention, et l'occupation simplement dite.

Comme la chasse mérite un article particulier, elle fera la matière du second article. Nous traiterons de la pêche et de l'oïselerie dans un troisième; dans un quatrième, de l'invention; dans un cinquième, de l'occupation simplement dite.

ARTICLE PREMIER.

Quelles sont les choses qui n'appartiennent à personne dont le domaine de propriété peut être acquis à titre d'occupation.

21. Dieu a le souverain domaine de l'univers et de toutes les choses qu'il renferme: *Domini est terra et plenitudo ejus, orbis terrarum, et universi qui habitant in eo.*

C'est pour le genre humain qu'il a créé la terre et toutes les créatures qu'elle renferme, et lui en a accordé un domaine subordonné au sien: *Quid est homo, s'écrie le Psalmiste, quia reputas eum?.... Constituisti eum super omnia opera manuum tuarum, omnia subjecisti sub pedibus ejus, etc.*

Dieu fit cette donation au genre humain, par ces paroles qu'il adressa à nos premiers parents après leur création: *Multiplicamini et replete terram, et subjicite eam, et dominamini piscibus maris, etc. Genes. 1, 28.*

Les premiers hommes eurent d'abord en commun toutes les choses que Dieu avoit données au genre humain. Cette communauté n'étoit pas une communauté positive, telle que celle qui est entre plusieurs personnes qui ont en commun le domaine d'une chose dans laquelle elles ont chacune leur part; c'étoit une communauté que ceux qui ont traité de ces matières appellent *communauté négative*, laquelle consistoit en ce que ces choses qui étoient communes à tous n'appartenoient pas plus à aucun d'eux qu'aux autres, et qu'aucun ne pouvoit empêcher un autre de prendre

dans ces choses communes ce qu'il jugeoit à propos d'y prendre, pour s'en servir dans ses besoins. Pendant qu'il s'en servoit, les autres devoient la lui laisser; mais après qu'il avoit cessé de s'en servir, si la chose n'étoit pas de celles qui se consomment par l'usage qu'on en fait, cette chose rentroit dans la communauté négative, et un autre pouvoit s'en servir de même.

Le genre humain s'étant multiplié, les hommes partagèrent entre eux la terre et la plupart des choses qui étoient sur sa surface: ce qui échut à chacun d'eux commença à lui appartenir privativement à tous autres: c'est l'origine du droit de propriété.

Tout n'entra pas dans ce partage; plusieurs choses restèrent, et plusieurs sont encore aujourd'hui demeurées dans cet ancien état de communauté négative.

Ces choses sont celles que les jurisconsultes appellent *res communes*. Marcien en rapporte plusieurs espèces; l'air, l'eau qui coule dans les rivières, la mer, et les rivages: *Naturali jure omnium communia sunt illa; aër, aqua profluens, et mare, et per hoc littora maris*; l. 2, §. 1, ff. de divis. rer.

Entre les animaux, ceux qu'on appelle animaux domestiques, tels que sont les chevaux, les ânes, les moutons, les chèvres, les bœufs, les chiens, les poules, les oies, etc., sont entrés dans le partage des biens qui s'est fait entre les hommes, et sont des choses dont les particuliers ont le domaine de propriété, de même que de tous les autres biens; domaine qu'ils conservent, quand même ils en auroient perdu la possession.

À l'égard des animaux sauvages, *feræ naturæ*, ils sont restés dans l'ancien état de communauté négative.

Toutes ces choses qui sont demeurées dans l'ancien état de communauté négative sont appelées *res communes*, par rapport au droit que chacun a de s'en emparer. Elles sont aussi appelées *res nullius*, parceque aucun n'en a la propriété, tant qu'elles demeurent en cet état, et ne peut l'acquérir qu'en s'en emparant.

22. Ce sont ces choses qui n'appartiennent à personne, en tant qu'elles sont restées dans la communauté négative, qui sont susceptibles de l'acquisition qui se fait à titre d'occupation.

Il y a d'autres choses qui n'appartiennent à personne, telles que sont celles qui sont *divini juris*, comme une église, un cimetière, etc. *Res sacræ, religiosæ et sanctæ in nullius bonis sunt*; l. 6, §. 2, ff. *de divis. rer.* : mais personne n'a pour cela le droit de s'en emparer.

Les biens vacants d'une personne qui n'a laissé aucuns héritiers n'appartiennent non plus proprement à personne : mais les particuliers n'ont pas le droit de s'en emparer; c'est le fisc qui a ce droit privativement aux particuliers.

ARTICLE II.

De la chasse.

23. La chasse est une espèce de titre d'occupation par lequel un chasseur acquiert le domaine de propriété du gibier dont il s'empare.

Nous verrons, dans un premier paragraphe, quels sont les principes du droit romain sur la chasse. Dans un second, nous exposerons quels sont ceux à qui appartient le droit de chasse, suivant notre jurispru-

Toutes ces choses qui sont demeurées dans l'ancien état de communauté négative sont appelées *res communes*, par rapport au droit que chacun a de s'en emparer. Elles sont aussi appelées *res nullius*, parceque aucun n'en a la propriété, tant qu'elles demeurent en cet état, et ne peut l'acquérir qu'en s'en emparant.

22. Ce sont ces choses qui n'appartiennent à personne, en tant qu'elles sont restées dans la communauté négative, qui sont susceptibles de l'acquisition qui se fait à titre d'occupation.

Il y a d'autres choses qui n'appartiennent à personne, telles que sont celles qui sont *divini juris*, comme une église, un cimetière, etc. *Res sacræ, religiosæ et sanctæ in nullius bonis sunt*; l. 6, §. 2, ff. *de divis. rer.* : mais personne n'a pour cela le droit de s'en emparer.

Les biens vacants d'une personne qui n'a laissé aucuns héritiers n'appartiennent non plus proprement à personne : mais les particuliers n'ont pas le droit de s'en emparer; c'est le fisc qui a ce droit privativement aux particuliers.

ARTICLE II.

De la chasse.

23. La chasse est une espèce de titre d'occupation par lequel un chasseur acquiert le domaine de propriété du gibier dont il s'empare.

Nous verrons, dans un premier paragraphe, quels sont les principes du droit romain sur la chasse. Dans un second, nous exposerons quels sont ceux à qui appartient le droit de chasse, suivant notre jurispru-

dence française ; dans un troisième, en quoi il consiste.

§. I. Quels étoient les principes du droit romain sur la chasse.

24. Chez les Romains, la chasse étoit permise à tout le monde. La raison étoit que les animaux sauvages, soit quadrupèdes, soit volatiles, tant qu'ils sont *in laxitate naturali*, étant dans l'ancien état de communauté négative, et n'appartenant à personne, chacun a le droit de s'en emparer, et d'en acquérir la propriété en s'en emparant : *Omnia animalia quæ terrâ, mari capiuntur, id est feræ bestiæ, et volucres, et pisces, capientium fiunt* ; l. 1, §. 1, ff. de acquir. rer. dom.

Il n'importe à cet égard que quelqu'un s'empare de ces animaux sauvages sur son héritage ou sur l'héritage d'autrui : *Nec interest utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno* ; l. 3, §. 1.

Le propriétaire de l'héritage peut bien défendre à celui qui vient sur son héritage pour y chasser, d'y entrer. *Planè, ajoute le jurisconsulte, qui in fundum alienum ingreditur venandi aucupandive gratiâ, potest à domino, si is præviderit, prohiberi ne ingrederetur* ; d. §. 1. C'est une suite du droit de propriété de l'héritage ; *suprà*, n. 5.

Mais si ce chasseur, contre la défense du propriétaire de l'héritage, est entré sur l'héritage, en aura-t-il moins acquis le domaine du gibier dont il s'est emparé sur cet héritage ? Cujas, *observ.* IV, 2, dit qu'il n'en acquiert pas en ce cas le domaine. Vinnius rejette cette

opinion : sa raison est que le propriétaire a bien contre ce chasseur l'action *injuriarium*, parceque, étant propriétaire de l'héritage, il a eu le droit de lui défendre d'y passer ; mais, n'étant pas propriétaire des animaux sauvages dont le chasseur s'est emparé sur son héritage, il n'a aucune raison pour empêcher que ce chasseur n'en ait acquis le domaine en s'en emparant.

25. Observez que pour qu'un chasseur soit censé s'être emparé de l'animal, et en avoir acquis le domaine, il n'est pas précisément nécessaire qu'il ait mis la main dessus ; il suffit que, de quelque façon que ce soit, l'animal ait été en son pouvoir, de manière à ne pouvoir s'échapper. C'est pourquoi, si, ayant tendu un piège dans un lieu où j'avois droit de le tendre, un sanglier s'y est pris de manière à ne pouvoir s'échapper, j'en ai dès-lors acquis le domaine ; et si quelqu'un l'avoit débarrassé du piège et l'avoit laissé aller, j'aurois contre lui la même action que j'aurois contre un homme qui auroit jeté ma tasse dans la rivière.

En seroit-il de même si j'avois tendu le piège dans un lieu où je n'avois pas droit de le tendre ? Proculus paroît décider qu'il n'importe en quel lieu je l'aie tendu : *In laqueum quem venandi causâ posueras aper incidit ; quum in eo hæreret, exemptum eum abstuli : nùm tibi videor tuum aprum abstulisse ? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimissem, eo casu tuus esse desiisset, an maneret ? Quam actionem mecum haberes, si desiisset tuus esse, nùm in factum dari oportet, quero ? Respondit : Laqueum videamus, ne intersit in publico an in privato posuerim, et si in privato posui, utrùm in meo, an in alieno posuerim ? Et si in alieno, utrùm*

permissu ejus cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim? prætereà utrùm in eo hæserit aper et expedire se non possit ipse, an diutiùs luctando expediturus se fuerit? Proculus ne s'arrête qu'à cette dernière distinction, et, sans s'arrêter à toutes les autres, il continue ainsi: *Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit; sin autem aprum meum factum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset; et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, quum quidam poculum alterius ex nave ejecisset;* l. 55, ff. de acq. rer. dom.

Dans notre jurisprudence, celui qui auroit tendu un piège ou des collets dans un lieu où il n'a pas droit d'en tendre ne seroit pas écouté à prétendre que le gibier qui s'y seroit pris lui appartenoit, ni à tenter aucune action contre ceux qui s'en seroient emparés: on ne peut pas même dire que le gibier, en se prenant aux pièges ou aux collets qu'il a tendus, fût tombé en son pouvoir; car il n'étoit pas en son pouvoir de l'y aller prendre, le propriétaire du lieu, ou ses gens, ayant le droit de l'empêcher de s'y transporter.

26. Les jurisconsultes romains ont aussi agité la question s'il suffisoit que j'eusse blessé l'animal pour que je fusse censé en avoir dès-lors acquis le domaine, que je ne perdois que lorsque j'en avois abandonné la poursuite; de manière que si, pendant que j'étois à la poursuite de cet animal que j'ai blessé, un autre s'en fût emparé, il fût censé me l'avoir volé. C'étoit l'avis du jurisconsulte Trébatius. Gaius embrasse l'opinion

contraire, par la raison qu'un animal que nous avons blessé n'est pas pour cela en notre pouvoir, pouvant arriver qu'il nous échappe, et que nous ne puissions l'atteindre; l. 5, §. 1, ff. *d. tit.*

Puffendorf, liv. 4, chap. 6, n. 10, sur cette question, distingue. Il dit que si la blessure étoit considérable, et qu'il fût vraisemblable que le chasseur eût atteint l'animal, il n'est pas permis à un autre de s'en emparer pendant que le chasseur qui l'a blessé le poursuit; mais que si la blessure est légère, l'animal demeure au premier occupant.

Barbeirac est d'un sentiment tout opposé: il pense qu'il suffit que je sois à la poursuite d'un animal, quand même je ne l'aurois pas encore blessé, pour que je sois censé, tant que je suis à sa poursuite, être le premier occupant, à l'effet qu'il ne soit pas permis à un autre de s'en emparer pendant ce temps. Ce sentiment, plus civil, est suivi dans l'usage. Il est conforme à un article des anciennes lois des Saliens; c'est l'art. 5, tit. 35, où il est dit: *Si quis aprum lassum, quem alieni canes moverunt, occiderit et furaverit, D. C. denarios culpabilis judicatur.*

§. II. De l'abrogation du droit qui permettoit la chasse à tout le monde. Quelles sont les personnes à qui, par notre droit françois, la chasse est permise, et celles à qui elle est défendue.

27. En France, de même que dans les autres états de l'Europe, les lois civiles ont restreint la liberté que le pur droit naturel laissoit à chaque particulier de s'emparer des animaux qui, étant *in naturali laxitate*,

sont dans l'ancien état de communauté négative, et n'appartiennent en propre à personne. Les souverains se sont réservé pour eux et pour ceux auxquels ils ont jugé à propos de le communiquer, le droit de chasse de toute espèce de gibier, et en ont interdit la chasse à tous les autres particuliers.

28. Quelques anciens docteurs ont douté si les souverains avoient eu le droit de se réserver la chasse, et de l'interdire à leurs sujets. Ils opposent que Dieu ayant donné aux hommes l'empire sur les bêtes, comme nous l'avons vu *suprà*, le prince n'étoit pas en droit de priver ses sujets d'un droit que Dieu leur avoit donné. La loi naturelle, dit-on, permettant la chasse à chaque particulier, la loi civile qui la défend est contraire à la loi naturelle, et excède par conséquent le pouvoir du législateur, qui, étant lui-même soumis à la loi naturelle, ne peut rien ordonner de contraire à cette loi.

Il est facile de répondre à ces objections. De ce que Dieu a donné au genre humain l'empire sur les bêtes, il ne s'ensuit pas qu'il doit être permis à chaque particulier du genre humain d'exercer cet empire. La loi civile ne doit pas, dit-on, être contraire à la loi naturelle. Cela est vrai à l'égard de ce que la loi naturelle commande ou de ce qu'elle défend; mais la loi civile peut restreindre la loi naturelle dans ce qu'elle ne fait que permettre. La plupart des lois civiles ne sont que des restrictions de ce que la loi naturelle permet. C'est pourquoi, quoique, aux termes du pur droit naturel, la chasse fût permise à chaque particulier, le prince a été en droit de se la réserver, et à un certain

genre de personnes, et de l'interdire aux autres. La chasse étant un exercice propre à détourner les paysans et les artisans de leur travail, et les marchands de leur commerce, il étoit utile, et pour leur propre intérêt et pour l'intérêt public, de la leur défendre. La loi qui défend la chasse est donc une loi juste, à laquelle, dans le for de la conscience comme dans le for extérieur, il n'est pas permis à ceux à qui elle est interdite de contrevenir.

29. Les plus anciennes lois que nous connoissons, qui aient défendu en France la chasse aux roturiers, est une ordonnance de Charles VI, du mois de janvier 1366. On trouve dans le Code des chasses un article de cette ordonnance qui porte : « Aucune per-
« sonne non noble de notre royaume, s'il n'est à ce pri-
« vilégié, ou s'il n'a aveu ou expresse commission à
« ce, de par personne qui la lui puisse ou doive don-
« ner, ou s'il n'est personne d'Église, ou s'il n'est bour-
« geois vivant de ses possessions et rentes, etc., se
« enhardie de chasser, ne tendre grosses bêtes ne oi-
« seaux, ne d'avoir, pour ce faire, chiens, furets, cor-
« des, etc. »

Il paroît, par un fragment d'une ancienne instruction sur le fait des chasses, qu'on trouve dans ce même livre, qu'avant cette ordonnance la chasse étoit permise à tous les particuliers, de quelque bas état qu'ils fussent, sauf dans certains lieux, et avec cette différence, qu'ils ne pouvoient se servir d'*engins*, ni chasser à la grosse bête; ce qui n'étoit permis qu'aux gentilshommes.

Voici ce que porte l'article premier : « Personnes

« non nobles peuvent chasser par-tout, hors garennes
 « à lièvres et connins, à lévriers et chiens courants, ou
 « à chiens, à oiseaux, et à bâtons; mais ils n'y peuvent
 « tendre quelconques engins ne grosses bêtes, s'ils n'ont
 « titre. » Et en l'art. 3 il est dit: « Gentilshommes peu-
 « vent chasser à connins et lièvres, à tous engins, hors
 « garennes; et si garennes ont, ils en peuvent faire à
 « leur volonté. » Et en l'art. 4: « Gentilshommes peu-
 « vent chasser aux grosses bêtes en leurs garennes et
 « en celles de leurs voisins, avec congé, et non ail-
 « leurs. »

Observez que par l'ordonnance de Charles VI, que nous avons ci-dessus rapportée, qui défend absolument la chasse aux non nobles, les bourgeois vivant de leurs possessions et rentes, c'est-à-dire ceux qui n'exercent aucun art mécanique ni profession illibérale, en sont expressément exceptés.

François I^{er}, par son ordonnance de 1515, a renouvelé les défenses de la chasse, et y a ajouté des peines très sévères. Le préambule porte: « Informés que plu-
 « sieurs, n'ayant droit de chasse ne privilège de chas-
 « ser, prennent bêtes rousses et noires, comme lièvres,
 « faisans, perdrix en quoi faisant, perdent leur
 « temps, qu'ils devroient employer à leur labourage,
 « arts mécaniques ou autres, selon l'état ou vacation
 « dont ils sont; lesquelles choses reviennent au grand
 « détriment de chose publique. » Et en l'art. 16 il est dit: « Défendons à tous nos sujets non nobles, et non
 « ayant droit de chasse, qu'ils aient chiens, collets, etc. »
 Claude Rousseau, et l'auteur des nouvelles notes, ob-
 servent que par ces termes, et n'ayant aucun droit de

chasse, les bourgeois vivant noblement, auxquels le droit de chasse a été expressément conservé par l'ordonnance de 1366, sont exceptés de la défense faite par cet article. Ces auteurs font la même observation sur l'art. 8 de l'ordonnance de Henri IV, du mois de juin 1601, qui porte : « Et quant aux marchands, artisans, laboureurs, paysans, et autres telles sortes de gens roturiers, leur avons fait défenses de tirer de l'arquebuse, etc. »

30. L'ordonnance de 1669, qui règle aujourd'hui la jurisprudence sur le fait des chasses, a abrogé la distinction de ces auteurs par rapport à la défense de la chasse faite aux roturiers; elle la permet, par l'art. 14, seulement aux seigneurs, c'est-à-dire aux propriétaires de fiefs et aux nobles : « Permettons, y est-il dit, à tous seigneurs, gentilshommes, et nobles, de chasser noblement, à force de chiens et oiseaux, dans leurs forêts, buissons, garennes, et plaines, pourvu qu'ils soient éloignés d'une lieue de nos plaisirs; même aux chevreuils et bêtes noires, dans la distance de trois lieues. »

Et par l'art. 28 elle la défend indistinctement à tous les roturiers et non nobles, de quelque état et qualité qu'ils soient, sauf à ceux qui sont propriétaires de fiefs, lesquels, en cette qualité, ont droit de chasse dans toute l'étendue de leurs fiefs. Voici comment elle s'exprime audit article : « Faisons défenses aux marchands, artisans, bourgeois, et habitants des villes, bourgs, paroisses, villages, et hameaux, paysans et roturiers, de quelque état et qualité qu'ils soient, non possédants fiefs, seigneuries, et hautes-justices,

« de chasser en quelque lieu, sorte, et manière, et sur
 « quelque gibier de poil et de plume que ce puisse
 « être, à peine de cent livres d'amende pour la pre-
 « mière fois, du double pour la seconde, et pour la
 « troisième d'être attachés pendant trois heures au
 « carcan du lieu de leur résidence, à jour de marché,
 « et bannis pendant trois années du ressort de la mai-
 « trise, sans que, pour quelque cause que ce soit, les
 « juges puissent modérer la peine, à peine d'inter-
 « diction. »

31. Observez que la permission que les ordonnances donnent aux nobles de chasser ne leur donne pas le droit de chasser sur les terres d'autrui sans le consentement du propriétaire à qui le droit de chasse appartient sur lesdites terres; mais avec son consentement ils y peuvent chasser, sans pouvoir en être empêchés par les officiers des chasses, parcequ'étant nobles, ils sont d'une qualité à laquelle la chasse est permise par les ordonnances. Au contraire, les roturiers, étant, par leur qualité de roturiers, d'une condition à laquelle la chasse est défendue, peuvent être empêchés de chasser, même sur les terres du seigneur de fief qui leur en auroit accordé la permission; le seigneur de fief ne pouvant pas l'accorder à ceux à qui, par leur qualité, la chasse est défendue.

§. III. A qui le droit de chasse appartient-il.

32. C'est au roi que le droit de chasse appartient dans son royaume; sa qualité de souverain lui donne le droit de s'emparer, privativement à tous autres, des choses qui n'appartiennent à personne, telles que sont

les animaux sauvages : les seigneurs, et tous ceux qui ont droit de chasse, ne le tiennent que de sa permission, et il peut mettre à cette permission telles restrictions et modifications que bon lui semble. C'est pourquoi, dans les différentes ordonnances sur le fait des chasses, le roi se sert toujours du terme de *permettons*. Dans celle de Henri IV, du mois de janvier 1600, art. 4, il est dit : « Permettons à tous seigneurs et gentilshommes de chasser dans leurs forêts, buissons et sur leurs terres, etc. » Et à l'article 5 : « Leur permettons aussi de pouvoir tirer de l'arquebuse, en l'étendue de leurs fiefs, aux oiseaux de rivière, etc. » Le même roi, par sa déclaration du 14 août 1603, par laquelle il révoque la permission de chasser avec l'arquebuse, s'exprime ainsi : « En faisant par nous un règlement général sur le fait des chasses, pour gratifier notre noblesse, nous aurions, par les cinquième et sixième articles, permis aux seigneurs, gentilshommes, et nobles de tirer de l'arquebuse sur leurs terres, à quelque sorte de gibier non défendu... mais tant s'en faut que cette notre gratification ait apporté quelque remède aux désordres, etc. »

Cette défense fut révoquée par une autre déclaration de l'année suivante. L'ordonnance de 1669, en l'art. 14 ci-dessus cité, se sert aussi du terme *permettons*.

33. Le roi n'a pas permis en tous lieux le droit de chasse. Il y a certains lieux réservés pour les plaisirs de sa majesté, qu'on appelle *capitaineries royales*, dans l'étendue desquelles la chasse est interdite à tout le monde. L'ordonnance de 1669, art. 20, porte :

« Défendons à toutes personnes, de quelque qualité
 « et condition qu'elles soient, de chasser à l'arquebuse
 « ou avec chiens dans l'étendue des capitaineries de
 « nos maisons royales de Saint-Germain, Fontai-
 « nebleau, Chambord, Vincennes, Livri, Compiègne,
 « Bois-de-Boulogne, Varenne-du-Louvre, même aux
 « seigneurs hauts-justiciers, et à tous autres, quoique
 « fondés en titre ou permissions générales ou particu-
 « lières, déclarations, édits, et arrêts, que nous révo-
 « quons, sauf à nous d'accorder de nouvelles permis-
 « sions.»

Cette défense a même lieu jusqu'à une certaine distance des limites desdites capitaineries. C'est pour-quoi il est dit, art. 14 : « Permettons à tous seigneurs, « gentilshommes, et nobles de chasser noblement, « à force de chiens et oiseaux, dans leurs forêts, « buissons, garennes et plaines, *pourvu* qu'ils soient « éloignés d'une lieue de nos plaisirs; même aux che- « vreuil et bêtes noires, dans la distance de trois « lieues.»

Il est aussi défendu à tous seigneurs, gentilshommes, hauts-justiciers, et autres personnes, de quelque qualité et condition qu'ils soient, de chasser dans les forêts, buissons, garennes, et plaines du roi, s'ils n'en ont titre ou permission; ordonnance de 1669, art. 13. Ces lettres et permissions doivent être enregistrées au siège de la table de marbre, suivant l'ordonnance de 1601, art. 1, et de 1607, art. 2.

Rousseau, en sa note sur l'art. 1 de l'ordonnance de François I^{er}, de 1515, qui contient la même disposition, dit que ces termes, *en nos forêts*, comprennent

même celles où le roi a droit de gruerie ou tel autre droit, s'il n'y a titre contraire; et il cite des sentences de la table de marbre.

34. A l'égard des terres des particuliers qui ne sont pas dans les plaisirs du roi, dans celles qui sont tenues en fief, c'est le propriétaire qui les tient en fief qui a le droit de chasse sur lesdites terres, et non le seigneur de qui il les tient en fief. La tenue en fief étant une tenue noble, le seigneur de qui il tient ces terres en fief est censé en avoir accordé non seulement les droits utiles, mais même les droits d'honneur qui y sont attachés, tels qu'est le droit de chasse.

Quoique le seigneur de qui les terres relèvent en fief n'ait pas le droit de chasse sur lesdites terres, la jurisprudence néanmoins lui a accordé le droit d'y venir quelquefois chasser, pourvu qu'il y vienne en personne, et qu'il en use modérément, c'est-à-dire qu'il y vienne rarement, et seulement autant qu'il est nécessaire pour faire connoître le domaine de supériorité qu'il a sur le fief.

Par rapport au droit de chasse qu'un propriétaire de fief a sur son fief, il nous reste à observer qu'il n'importe que le propriétaire soit noble ou roturier. C'est ce que suppose en termes exprès l'ordonnance, en l'art. 28 ci-dessus rapporté, lorsqu'elle défend la chasse à tous roturiers *non possédants fiefs*.

35. Passons aux terres tenues en censive. Le propriétaire qui les tient en censive, n'ayant que les droits utiles, ne peut avoir sur lesdites terres le droit de chasse, qui est un droit d'honneur; c'est le seigneur de qui lesdites terres sont tenues en censive qui a le droit de

chasser sur lesdites terres : n'ayant concédé à son censitaire que les droits utiles, en les lui donnant à ce titre il y a conservé le droit de chasse, qui est un droit d'honneur attaché au domaine direct qu'il a conservé sur lesdites terres.

36. On a fait la question de savoir si un gentilhomme propriétaire des terres qu'il tient en censive, quoique le droit de chasse sur lesdites terres appartienne au seigneur de qui il les tient en censive, ne doit pas au moins avoir, en sa qualité de gentilhomme, le droit d'y chasser lui-même. On dit, en faveur du gentilhomme, que l'ordonnance de 1669, art. 14, permet aux gentilshommes de chasser *dans leurs forêts, buissons, garennes, et plaines*, sans distinguer s'ils les tiennent en fief ou en censive; que s'ils n'avoient la permission de chasser que sur des terres qu'ils tiennent en fief, et dont ils peuvent se dire *seigneurs*, il auroit suffi dans cet article de dire *les seigneurs*; il auroit été inutile d'ajouter *gentilshommes et nobles*. Si le gentilhomme n'avoit droit de chasser sur les terres que lorsqu'il les tient en fief, il n'y auroit aucune différence entre le gentilhomme et le roturier, puisque le roturier a le droit, aussi bien que le gentilhomme, de chasser sur les terres qu'il tient en fief: néanmoins l'ordonnance de 1669, et les ordonnances précédentes, en supposent une très grande, puisqu'elles permettent la chasse aux gentilshommes, et qu'elles la défendent aux roturiers.

Enfin on ajoute que le seigneur dans le fief duquel le gentilhomme a une terre en censive, ne tenant son droit de chasse que de la permission du roi, ne doit

pas trouver mauvais que le roi ait accordé à ce gentilhomme cette récréation sur sa terre, dont ce seigneur même ne souffre pas de préjudice. Nonobstant ces raisons, je me souviens que dans un procès entre le seigneur de Châteauneuf-sur-Loire, et un gentilhomme d'une très ancienne extraction, qui étoit propriétaire d'une terre dans sa censive, il fut jugé que le gentilhomme n'avoit pas droit de chasser sur sa terre. La raison est que, tenant sa terre en censive, il n'a que les droits utiles de cette terre; il n'a donc pas le droit d'y chasser, ce droit n'étant pas un droit utile, mais un droit d'honneur, que le seigneur qui a donné sa terre à cens est censé s'être réservé.

Quoique le roi donne aux gentilshommes la permission de chasser, ils ne peuvent en user que sur leurs fiefs, ou sur les fiefs des seigneurs qui veulent bien le leur permettre. On ne peut pas dire pour cela que la permission de chasser que la loi donne à ce gentilhomme lui seroit inutile; car elle lui donne le pouvoir de chasser par-tout où le propriétaire du fief à qui le droit de chasse appartient veut bien le lui permettre; au lieu qu'il n'est pas permis au roturier de chasser sur le fief d'autrui, même avec la permission du propriétaire du fief. Quoiqu'il en soit ainsi à la rigueur, il faut avouer qu'il y a de la dureté et de l'inhumanité à un seigneur de priver un gentilhomme de cette récréation sur sa terre qu'il tient de lui en censive, lorsqu'il n'en mésuse pas.

37. Il nous reste à parler des terres qui sont en franc-aleu, c'est-à-dire qui ne relèvent d'aucun seigneur, sauf quant à la justice. Il y a deux espèces de francs-

aleus, le noble et le roturier. Le franc-aleu noble est, suivant la définition qu'en donne la coutume de Paris, art. 68, *celui auquel il y a justice, censive, ou fief mouvant de lui; c'est-à-dire celui auquel est attaché un droit de justice, ou qui, sans avoir droit de justice, a des vassaux, ou au moins des censitaires mouvants de lui.* Une telle terre est une terre noble, qui, dans les successions, se partage noblement comme celles tenues en fief. Le franc-aleu qu'on appelle *roturier*, parcequ'il se partage dans les successions comme les terres tenues en roture, est celui auquel il n'y a aucun droit de justice, et qui n'a aucun vassal ni censitaire mouvant de lui.

A l'égard des francs-aleus nobles, même de ceux auxquels il n'y a pas de droit de justice attaché, mais qui ont quelques vassaux ou censitaires qui en sont mouvants, il n'est pas douteux que ceux qui en sont propriétaires, soit qu'ils soient nobles, soit qu'ils soient roturiers, ont le droit de chasse sur ces terres et sur celles qui en relèvent en censive; car ces terres, au moyen des vassaux et des censitaires qui en relèvent, sont des seigneuries. Or l'ordonnance de 1669, art. 28, suppose que les roturiers ont le droit de chasse dans leurs seigneuries, par ces termes, *faisons défenses aux . . . roturiers non possédants fiefs, seigneuries, etc.*

A l'égard des francs-aleus roturiers, si le propriétaire est gentilhomme, il n'est pas douteux qu'il y a le droit de chasse. Le propriétaire qui est roturier peut-il le prétendre? On peut dire, pour l'affirmative, que si les propriétaires de terres tenues en fief ont le droit de chasse sur leurs terres, le propriétaire d'une terre

en franc-aleu doit l'avoir à plus forte raison, puisqu'il a sur cette terre toute la plénitude du domaine, et par conséquent un domaine plus parfait que n'est celui du propriétaire d'une terre qui la tient en fief. On dit au contraire que les animaux sauvages qui passent sur une terre, ou même qui s'y nourrissent, étant des choses qui n'appartiennent à personne, lesdits animaux, et le droit de les chasser, ne sont point une dépendance de la terre. Ce n'est donc point le domaine de la terre, quelque parfait qu'il soit, qui y donne le droit de chasse. Le roi s'étant réservé le droit de chasse pour lui et pour ceux auxquels il veut bien en faire part, personne n'a le droit de chasse sur ses propres terres, quelque parfait que soit son domaine, qu'autant que le roi le lui a accordé. Or le roi n'a accordé le droit de chasse aux roturiers que sur leurs *fiefs*, *seigneuries*, et *haute-justice*, suivant l'article 28. Le franc-aleu roturier n'ayant aucune de ces qualités, n'étant ni fief ni seigneurie, le roturier qui en est le propriétaire n'y peut prétendre le droit de chasse. C'est l'avis de l'auteur des notes sur l'article 14 de l'ordonnance.

38. Les seigneurs hauts-justiciers ont aussi le droit de chasse dans toute l'étendue du territoire de leur justice; ils ont ce droit non seulement dans leur fief, mais même dans les fiefs des autres seigneurs qui sont situés dans l'étendue de leur justice. C'est ce qui est porté par l'article 26 de l'ordonnance de 1669, qui s'exprime ainsi: « Déclarons tous seigneurs hauts-justi-
« ciers, soit qu'ils aient censive ou non, en droit de
« pouvoir chasser dans l'étendue de leur haute-justice,
« quoique le fief de la paroisse appartint à un autre,

(c'est-à-dire quand même le fief ou les fiefs qui se trouvent situés dans l'étendue de la paroisse dans laquelle ils ont droit de justice, ne leur appartiendroient pas, mais appartiendroient à d'autres), « sans néanmoins qu'ils puissent y envoyer chasser aucuns de leurs domestiques ni autres personnes de leur part, ni empêcher le propriétaire du fief de la paroisse de chasser aussi dans l'étendue de son fief. »

Le seigneur haut-justicier a ce droit de chasse sur les fiefs des autres seigneurs qui se trouvent situés dans l'étendue du territoire de sa justice, quand même ces fiefs des autres seigneurs ne relèveroient point du sien.

Suivant cet article, deux différents seigneurs, ou même trois, peuvent avoir droit de chasser sur les mêmes terres; savoir, le seigneur propriétaire du fief, le seigneur haut-justicier dans le territoire duquel elles sont situées, et le seigneur de qui le propriétaire du fief tient en fief lesdites terres, ou le droit de censive qu'il a sur lesdites terres, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 34. Mais les droits de ces différents seigneurs sont différents. C'est le seigneur propriétaire du fief qui est le véritable propriétaire du droit de chasse sur lesdites terres; le droit du seigneur de qui le propriétaire tient en fief, n'est qu'une faculté qui ne lui est accordée que par bienséance, et qui non seulement lui est personnelle, mais dont il ne doit user que rarement; le droit du haut-justicier n'est aussi qu'un droit qui lui est personnel, qui lui est accordé par honneur, en considération de la puissance publique dont il est revêtu.

39. Le droit de chasse qu'ont les seigneurs hauts-justiciers sur le fief d'autrui étant un droit qui leur est personnel, ils ne peuvent y chasser qu'en personne, sans qu'ils puissent, est-il dit, y envoyer chasser aucuns de leurs domestiques ou autres personnes de leur part.

Ils ne pourroient donc pas y faire chasser même leurs enfants.

40. Lorsque la haute-justice appartient à plusieurs, pour que les propriétaires des fiefs qui sont dans le territoire, auxquels appartient le droit de chasse, ne soient pas trop grevés, les propriétaires de la haute-justice ne peuvent pas y venir tous chasser; il n'y a que celui qui a la principale part dans le droit de justice, qui y puisse venir. C'est ce qui est porté par l'art. 27 : « Si la haute-justice (est-il dit) étoit démembrée, et divisée entre plusieurs enfants ou particuliers, celui seul à qui appartiendra la principale portion aura droit de chasser dans l'étendue de sa justice, à l'exclusion des autres cojusticiers qui n'auront part au fief. »

Le sens de ces termes, *qui auront part au fief*, est que ce n'est qu'à l'égard des fiefs d'autrui qui se trouvent dans l'étendue du territoire de la justice, que le droit de chasser est restreint à celui qui a la principale part dans la justice; mais à l'égard du fief qui appartient en commun à tous les propriétaires de la justice, chacun d'eux a droit d'y chasser en sa qualité de propriétaire de ce fief.

L'article continue : « Et si les portions étoient égales, celle qui procéderoit du partage de l'aîné auroit cette

« prérogative à cet égard seulement, et sans tirer à
« conséquence pour leurs autres droits. »

Par exemple, en pays de droit écrit dans le partage *ab intestat* des biens nobles d'une succession, la part du fils aîné est égale à celle de chacun de ses frères et sœurs. Si un droit de justice a été ainsi partagé entre des enfants par portions égales, ce sera le fils aîné seul, ou celui qui lui aura succédé à la portion qui lui est échue dans la justice par ce partage, qui jouira seul du droit de chasser dans les fiefs appartenants à d'autres seigneurs, qui sont dans le territoire de la justice.

§. IV. Comment ceux qui ont droit de chasse en doivent-ils user.

41. Le droit de chasse étant un droit honorifique plutôt qu'un droit utile, ceux qui ont ce droit ne doivent en user que pour leur plaisir, et non pour en retirer du profit.

C'est pourquoi ils n'en doivent user que pour se procurer à eux-mêmes le plaisir de la chasse, aussi bien qu'à leurs enfants et à leurs amis.

L'édit de Henri IV, du mois de juin 1601, art. 4, permettoit à ceux qui avoient le droit de chasse de faire chasser à force de chiens et oiseaux, par leurs receveurs, garenniers, et serviteurs domestiques, toute sorte de gibier; et, par l'art. 5, il leur permettoit pareillement de tirer de l'arquebuse par leursdits receveurs, garenniers, et domestiques, aux oiseaux et gibier de passage. Mais depuis, par la déclaration du 3 mars 1604, qui permet aux seigneurs et gentils-

hommes de tirer de l'arquebuse à toute sorte de gibier, il est dit: « Sans toutefois que leurs fermiers, « serviteurs, ou domestiques en puissent user en quel-
« que sorte et manière que ce soit. » Il permet seulement à ceux qui sont sexagénaires ou infirmes de faire tirer au gibier non défendu l'un de leurs domestiques, duquel ils répondront, et en leur présence seulement.

On a étendu la disposition de cet article aux veuves et aux gens d'Église. Nous trouvons au code des chasses un jugement du 11 juillet 1676, qui ordonne à l'égard d'une veuve, dame de fief, qu'elle ne pourra faire chasser sur ses terres, lorsqu'elle sera sur les lieux, que par un homme qu'elle sera tenue de nommer au greffe.

Quoique cette loi n'ait point été expressément révoquée par aucune loi, néanmoins elle est tombée en désuétude; et on souffre aujourd'hui que tous les propriétaires de fiefs indistinctement fassent chasser leurs gardes ou autres domestiques sur leur fief.

42. Le droit de chasse étant un droit d'honneur, qui n'a pas été accordé pour en tirer du profit, c'est une conséquence qu'il n'est pas permis aux seigneurs de fief d'affermir ce droit, ni par le bail à ferme de la terre, ni séparément. Les baux que le seigneur feroit de ce droit sont absolument nuls, et ne produisent aucune obligation de part ni d'autre. Il y en a plusieurs réglemens dans le code des chasses.

Cela ne doit pas être étendu aux garennes peuplées de lapins. On peut tirer du profit d'une garenne peuplée de lapins, et l'affermir de même qu'on afferme un colombier peuplé de pigeons. C'est ce qu'observe

l'auteur du Code des chasses, sur l'article 10 de l'ordonnance de 1669.

43. Les propriétaires de fiefs doivent aussi observer plusieurs choses à l'égard du droit de chasse qu'ils ont sur leurs fiefs. 1^o Ils ne doivent chasser que le gibier non défendu. L'art. 1 de l'ordonnance de Henri IV, du mois de juin 1601, défend la chasse du cerf, biche, et faon, à toutes personnes, sauf à ceux qui en ont une expresse permission, ou qui sont fondés en titres, octrois, ou concessions dûment vérifiées.

L'ordonnance de 1669, art. 15, défend aussi la chasse du cerf et de la biche.

44. 2^o Ils ne doivent chasser que dans les lieux non défendus. Nous avons déjà vu *suprà*, n. 33, qu'il n'étoit pas permis de chasser quelque gibier que ce soit, ni de quelque manière que ce soit, dans les plaisirs du roi, ni à une lieue de ses plaisirs. Il n'est pas permis de chasser aux chevreuils et bêtes noires à trois lieues près de ses plaisirs; ordonnance de 1669, art. 14; ni de tirer en volant à trois lieues près de ses plaisirs.

45. 3^o Ils ne doivent point chasser dans les temps défendus. L'ordonnance de 1669, art. 4, fait défenses de chasser de nuit dans les bois avec armes à feu.

L'art. 18 de la même ordonnance défend de chasser à pied ou à cheval, avec des chiens ou oiseaux, sur les terres ensemencées, depuis que le blé est en tuyau; et dans les vignes, depuis le 1^{er} mai jusqu'après la dépouille; à peine de privation du droit de chasse, de 500 livres d'amende, et des dommages et intérêts des particuliers.

46. 4^o Enfin ils ne doivent chasser que de la ma-

nière dont les ordonnances le leur permettent; savoir, à force de chiens et oiseaux, art. 14; ou à l'arquebuse, c'est-à-dire au fusil; mais il ne leur est pas permis de chasser avec des engins défendus. L'ordonnance du mois de janvier 1600, art. 9, et celle de 1601, art. 9, rapporte les engins défendus qu'il n'est pas permis de fabriquer ni d'exposer en vente, qui sont les tirasses, tonnelles, traîneaux, bricoles de corde et fil d'archal, pièces et pans de rets, et collets.

L'ordonnance de 1669, art. 16, conformément aux anciennes ordonnances, défend aussi la chasse au chien couchant; mais il paroît que cette disposition est tombée en désuétude, et n'est point observée.

§. V. Du droit qu'ont ceux qui ont droit de chasse d'empêcher de chasser.

47. Le droit de chasse qu'ont les seigneurs propriétaires de fiefs consiste non seulement dans celui d'y chasser eux-mêmes sur leurs fiefs, et d'y faire chasser leurs enfants et leurs amis, mais encore d'empêcher les autres d'y chasser.

Ils peuvent avoir pour cela un ou plusieurs gardes de chasse, qu'ils font recevoir, ou dans leurs justices, s'ils sont hauts-justiciers, ou au siège de la maîtrise des eaux et forêts; et sur les procès-verbaux de leurs gardes, lesdits seigneurs propriétaires de fiefs peuvent, ou à leur requête, ou, s'ils sont hauts-justiciers, à la requête de leurs procureurs-fiscaux, assigner les particuliers qui auront été trouvés chassant sur leurs fiefs sans en avoir leur permission, et les faire condamner aux peines portées par les réglemens.

Les seigneurs de fiefs et leurs gardes ne doivent avoir recours à aucunes voies de fait pour empêcher la chasse. Lorsque les gardes trouvent quelqu'un en contravention, ils ne doivent point le contraindre à rendre son fusil; ils doivent se contenter de dresser leur procès-verbal.

48. Le droit qu'a le propriétaire de fief d'empêcher que d'autres ne chassent sur son fief reçoit trois exceptions: 1^o à l'égard du seigneur haut-justicier, *suprà*, n. 38; 2^o à l'égard du seigneur de qui il relève en fief, *ibid.*; 3^o l'usage a introduit une troisième exception, qui est que si mon voisin a levé sur son fief un gibier, je ne puis, tant que ses chiens sont à la poursuite, l'empêcher de le suivre sur mon fief.

49. Ceux à qui la chasse est interdite peuvent être empêchés de chasser, non seulement par le propriétaire du fief sur lequel ils sont trouvés chassant; ils peuvent aussi l'être par l'officier chargé du ministère public pour cette partie.

ARTICLE III.

De la pêche et de l'oisellerie.

§. I. De la pêche.

50. Les poissons qui sont dans la mer, dans les rivières, les lacs, etc., étant *in laxitate naturali*, sont des choses qui n'appartiennent à personne: la pêche qu'on en fait est un genre d'occupation par lequel les pêcheurs acquièrent le domaine des poissons qu'ils pêchent, et dont ils s'emparent par la pêche qu'ils en font.

Les seigneurs de fiefs et leurs gardes ne doivent avoir recours à aucunes voies de fait pour empêcher la chasse. Lorsque les gardes trouvent quelqu'un en contravention, ils ne doivent point le contraindre à rendre son fusil; ils doivent se contenter de dresser leur procès-verbal.

48. Le droit qu'a le propriétaire de fief d'empêcher que d'autres ne chassent sur son fief reçoit trois exceptions: 1^o à l'égard du seigneur haut-justicier, *suprà*, n. 38; 2^o à l'égard du seigneur de qui il relève en fief, *ibid.*; 3^o l'usage a introduit une troisième exception, qui est que si mon voisin a levé sur son fief un gibier, je ne puis, tant que ses chiens sont à la poursuite, l'empêcher de le suivre sur mon fief.

49. Ceux à qui la chasse est interdite peuvent être empêchés de chasser, non seulement par le propriétaire du fief sur lequel ils sont trouvés chassant; ils peuvent aussi l'être par l'officier chargé du ministère public pour cette partie.

ARTICLE III.

De la pêche et de l'oisellerie.

§. I. De la pêche.

50. Les poissons qui sont dans la mer, dans les rivières, les lacs, etc., étant *in laxitate naturali*, sont des choses qui n'appartiennent à personne: la pêche qu'on en fait est un genre d'occupation par lequel les pêcheurs acquièrent le domaine des poissons qu'ils pêchent, et dont ils s'emparent par la pêche qu'ils en font.

51. La mer étant du nombre des choses communes dont la propriété n'appartient à personne, et dont l'usage est permis à tout le monde, il a toujours été et il est encore permis à tout le monde d'y pêcher.

52. Par le droit romain, quoique les fleuves qui étoient dans l'étendue de l'empire romain fussent mis au rang des choses publiques dont la propriété appartenoit au peuple romain, l'usage en étoit laissé à tout le monde, et il étoit permis à chacun d'y pêcher.

Il en est autrement par notre droit françois. Le roi, à qui appartient la propriété de toutes les rivières navigables de son royaume, n'en a point permis la pêche aux particuliers. Le droit de pêche dans lesdites rivières est un droit domanial qui n'appartient qu'au roi et à ceux qui tiennent ce droit de pêche par engagement du domaine dans quelque partie limitée desdites rivières. Les fermiers du domaine et les engagistes afferment ce droit de pêche à des pêcheurs; et il n'est pas permis à d'autres qu'aux fermiers de la pêche d'y pêcher.

53. A l'égard des rivières non navigables, elles appartiennent aux différents particuliers qui sont fondés en titre ou en possession pour s'en dire propriétaires dans l'étendue portée par leurs titres ou leur possession. Celles qui n'appartiennent point à des particuliers appartiennent aux seigneurs hauts-justiciers dans le territoire desquels elles coulent; Loiseau, *Traité des Seigneuries*, chap. 12, n. 120. Il n'est pas permis de pêcher dans lesdites rivières sans le consentement de celui à qui elles appartiennent.

54. Les ordonnances veulent que ceux qui pêchent

sans droit, soit dans les rivières du roi, soit dans les rivières ou dans les étangs des particuliers, soient punis comme larrons et voleurs. Ce n'est pas que celui qui pêche sans droit ait fait proprement un vol des poissons au propriétaire de la rivière ou de l'étang où il les a pêchés; car l'essence du vol est d'être *interversio possessionis*. *Scavola ait, possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri; l. 1, §. 15, ff. Si is qui test. liber., etc.* Or le propriétaire de la rivière ou de l'étang où on a pêché les poissons possédoit à la vérité une rivière ou un étang peuplé de poissons; mais il ne possédoit pas proprement les poissons qu'on y a pêchés; ces poissons, qui étoient *in laxitate naturali*, n'étoient possédés par personne: on ne peut donc pas dire proprement qu'on les lui ait volés. Aussi l'ordonnance ne dit pas que ceux qui pêchent sans droit et sans permission dans les rivières et étangs d'autrui soient voleurs et larrons; elle dit seulement qu'ils seront punis comme voleurs et larrons, c'est-à-dire de la même peine que les voleurs et larrons; parceque la malice que renferme le délit de ceux qui pêchent ainsi dans les rivières et étangs d'autrui est semblable à celle du vol, qui consiste à faire du tort à autrui dans son bien, pour en profiter; puisque celui qui pêche sans droit dans la rivière ou l'étang où j'ai droit de pêcher me fait tort dans ce droit de pêcher, qui est mon bien, en diminuant, par la pêche qu'il y a faite sans droit, pour son profit, l'émolument de celle que j'y dois faire.

55. A l'égard des poissons qui sont dans un réservoir, ces poissons étant *sub manu* et en la possession

de celui qui les y garde, qui peut les aller prendre toutes fois et quantes que bon lui semble, il n'est pas douteux que celui qui les y pêcheroit sans droit feroit un véritable vol à celui à qui ces poissons appartiennent.

§. II. De l'oïsellerie.

56. L'oïsellerie est un autre genre d'occupation, par lequel l'oïseleur acquiert le domaine des oïseaux qu'il prend.

Il est permis à toutes personnes de prendre à la pipée des oïseaux de toutes espèces, hors le gibier ou les pigeons; mais les oïseleurs ne peuvent faire leur pipée qu'en pleine campagne; il ne leur est pas pour cela permis d'entrer dans les enclos sans la permission de ceux à qui ils appartiennent.

Il est aussi permis de prendre des oïseaux avec des pots-à-passes.

57. Lorsqu'un oïseau apprivoisé, comme un perroquet, une pie, un serin, s'est envolé de la maison de son maître, le voisin qui l'a pris est obligé de le rendre à celui à qui il appartient, lequel n'en perd pas la propriété, tant qu'il conserve l'espérance de le recouvrer. Les devoirs du bon voisinage obligent même celui qui l'a pris de s'informer dans le quartier qui est celui qui l'a perdu, afin de le lui rendre.

ARTICLE IV.

*De l'invention, des trésors, des épaves, et de la découverte des
pays inhabités.*

§. I. De l'invention.

58. L'invention est un autre genre d'occupation, par lequel celui qui trouve une chose qui n'appartient à personne en acquiert le domaine en s'en emparant.

On peut rapporter à ce genre d'occupation les cailloux propres à être taillés qu'on trouve sur les rivages de la mer et des rivières, aussi bien que les différentes espèces de coquillages qu'on ramasse sur le bord de la mer. Ces choses étant du nombre de celles qui sont restées dans l'état de la communauté négative, dont la propriété, tant qu'elles demeurent en cet état, n'appartient à personne, chacun a droit d'en acquérir la propriété en les ramassant : *Lapilli, gemmæ, cæteraque quæ in littore invenimus, jure naturali nostra sunt*; l. 3, ff. de divis. rer.

59. On peut rapporter à ce genre d'occupation qu'on nomme invention les boues et ordures des rues, que nos jardiniers d'Orléans font ramasser tous les jours par leurs âniers, pour s'en servir à fumer les terres où ils font venir leurs légumes. Ces boues et ordures sont choses qui n'appartiennent à personne; l'ânier, en les ramassant et en les chargeant dans les corbeilles de son âne, acquiert à son maître, pour qui et au nom de qui il les ramasse, le domaine de ces boues et ordures, *jure inventionis et occupationis.*

60. On peut pareillement rapporter à ce genre d'occupation celle des choses dont celui à qui elles appartiennent a abdiqué la propriété. Ces choses n'appartenant plus à personne, celui qui s'en empare peut en acquérir le domaine par ce genre d'occupation: *Pro derelicto rem à domino habitam si sciamus, possumus acquirere*; l. 2, ff. *pro derel.*

Par exemple, on ne peut douter que les gousses de pois, les trognons de salade, et autres choses semblables qu'on trouve dans une rue, sont choses *pro derelictis habitæ*; un pauvre qui les ramasse pour s'en nourrir, faute de pain, dans des temps de famine, en acquiert le domaine *jure inventionis et occupationis*.

Pareillement il ne peut être douteux que la charogne d'un cheval qu'on a jeté à la voirie après l'avoir écorché est une chose *pro derelicto habitæ*, dont celui à qui appartenait le cheval a abdiqué la propriété, et qui n'appartient à personne. Un ouvrier qui travaille à des ouvrages qui se font avec des os de cheval peut donc très licitement couper dans la carcasse de cette charogne ce qu'il croit pouvoir lui servir, et il en acquiert le domaine *jure inventionis et occupationis*.

61. Il ne faut pas confondre avec les choses qui sont *pro derelictis habitæ* celles qui ne sont qu'égarées, et qui ont vraisemblablement un maître, quoique inconnu.

On appelle ces choses *épaves*. Nous en traiterons en particulier *infra*, au paragraphe 3.

62. On a fait aussi la question si un trésor qu'on a découvert appartient à ce genre d'occupation. Nous en traiterons en particulier au paragraphe suivant,

63. Il nous reste à parler d'une question qu'on a faite au sujet de l'invention, qui est de savoir si, pour acquérir le domaine des choses que nous trouvons, qui n'appartiennent à personne, il falloit mettre la main dessus, ou s'il suffisoit de l'avoir regardée avec le dessein de la ramasser et de se l'approprier; de manière que si deux personnes avoient aperçu en même temps une de ces choses dans ce dessein, elle dût leur appartenir en commun. On peut alléguer pour ce dernier sentiment ce qui est dit en la loi 1, §. 21, ff. *de acquir. posses. Non est necesse corpore et actu apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.* Cette prétention d'avoir sa part dans une chose qu'un autre a trouvée, lorsqu'on prétend l'avoir aperçue en même temps que lui, est ancienne. Nous en trouvons un vestige dans Plaute, *in Rudente*, act. 4, chap. 3. Trachalion demandoit à Gripus à avoir sa part d'une valise que Gripus avoit pêchée. A cela Gripus répond: *Quemne ego excepi è mari?* Trachalion réplique: *Et ego inspectavi è littore.*

Nous en trouvons un autre vestige dans Phèdre, Fab. v, 6.

Invenit calvus fôrte in trivio pectinem;

Accessit alter aqûe defectus pilis:

Eia, inquit, in commune (1) quodcumque est luci.

Nonobstant ces raisons, je pense que pour acquérir la propriété de ces choses, il ne suffit pas de les avoir aperçues dans le dessein de se les approprier; il faut les avoir ramassées, ou par nous-mêmes, ou par

(1) J'en retiens ma part.

quelqu'un qui les auroit ramassées pour nous et en notre nom. La possession qui s'acquiert *oculis et affectu*, dans le cas de la tradition, est plutôt une possession civile et feinte qu'une possession réelle. Il faut, pour l'occupation et la possession réelle, se saisir de la chose, la tenir, soit avec vos mains, soit avec quelque chose qui vous serve pour cela d'instrument. C'est pourquoi je pense que lorsque deux personnes ont l'une et l'autre aperçu une de ces choses qui n'appartiennent à personne, avec le dessein de l'acquérir, elle ne doit appartenir qu'à celui qui a été le plus diligent à s'en saisir et à s'en emparer. Ajoutez que si l'on attribuoit la chose à celui qui l'auroit aperçue le premier, cela donneroit lieu à des discussions, lorsque plusieurs prétendroient chacun l'avoir aperçue le premier, et avoir prévenu l'autre; au lieu qu'il n'y en a aucune en l'attribuant à celui qui s'en est saisi le premier.

§. II. Des trésors.

64. On a élevé, à l'égard d'un trésor caché en terre, dans un champ ou dans une maison, la question de savoir s'il devoit appartenir, *jure inventionis*, à celui qui l'y avoit trouvé; ou s'il devoit appartenir au propriétaire du champ ou de la maison où il avoit été trouvé, *jure accessionis*, comme en étant une espèce de dépendance. Les jurisconsultes romains ont tranché cette question, en donnant la moitié du trésor à celui qui l'avoit trouvé, et l'autre moitié au propriétaire du champ; *Instit. tit. de rer. divis.*, §. 37.

Par notre droit françois le trésor se partage entre le seigneur haut-justicier dans le territoire duquel le tré-

sor a été trouvé, le propriétaire du lieu où il a été trouvé, et celui qui l'a trouvé, lesquels en doivent avoir chacun un tiers.

65. Celui qui a trouvé le trésor n'a droit d'y prétendre part que lorsqu'il l'a trouvé par un cas fortuit; comme lorsqu'un homme, en faisant une fosse dans un champ, de l'ordre du propriétaire, y trouve un trésor; ou lorsqu'un cureur de puits ou de latrines, en curant un puits ou des latrines, y trouve un trésor. Mais si quelqu'un avoit fait, sans le consentement du propriétaire, des fouillements dans un champ pour y chercher un trésor, et qu'il en eût effectivement trouvé un, la loi unique, au code de *Thesauris*, ordonne qu'il n'y aura en ce cas aucune part, parcequ'il ne doit pas retirer un profit d'un délit qu'il a commis, en faisant des fouillements dans le champ d'autrui sans le consentement du propriétaire.

66. Observez que nous n'entendons par trésor, qu'une chose dont on n'a aucun indice à qui anciennement elle ait appartenu: *Thesaurus* (dit Paul) *est vetus quædam depositio pecuniæ cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat*; l. 31, §. 1, ff. de *acq. rer. dom.* Mais lorsqu'il y a quelque indice ou présomption qui fasse connoître la personne qui a caché l'argent ou quelque autre chose que ce soit, dans le lieu ou on l'a trouvé, la chose, en ce cas, ne doit pas passer pour un trésor, et elle appartient à celui qui l'y a cachée, ou à ses héritiers, auxquels celui qui l'a trouvée doit la rendre: *Alioquin* (ajoute Paul) *si quid aliquis, vel lucri causâ, vel metûs, vel custodiæ, condidit sub terrâ, non est thesaurus, cujus etiam furtum fit.*

Scévola donne cet exemple: *A tutore pupilli domum mercatus ad ejus refectorem fabrum induxit, is pecuniam invenit, queritur ad quem pertineat? Respondit: Si non thesauri fuerint, sed pecunia fortè perdita, vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, nihilominus ejus eam esse cujus fuerat; l. 67, ff. de rei vind.*

Si non thesauri fuerint, c'est-à-dire s'il ne paroît pas que cet argent qu'on a trouvé, soit un trésor, comme cela paroîtroit si c'étoient d'anciennes espèces qui paroissent n'avoir été mises dans le lieu où on les a trouvées, que dans un temps très éloigné, de manière qu'il ne fût plus possible de connoître celui qui les y a mises. Si au contraire il paroît qu'il n'y a pas longtemps que cet argent a été mis au lieu où on l'a trouvé, *putà*, parceque ce sont des espèces de fabrique moderne; on présume en ce cas que cet argent y a été mis par le père du mineur qui habitoit cette maison; que cet argent n'étoit qu'égaré; que c'étoit par erreur que le tuteur, en vendant la maison, ne l'avoit pas retiré du lieu où il étoit, faute d'avoir su qu'il y fût; et que cet argent, ayant toujours continué d'appartenir au père du mineur, devoit être rendu au tuteur de ce mineur son héritier.

§. III. Des épaves.

67. On appelle *épaves* les choses égarées dont on ne connoît pas le propriétaire, telles que sont un cheval, une vache ou quelque autre animal qu'on trouve errer sans conducteur; une bourse d'argent, une tasse d'argent, une bague, un moucheir, une montre, une tabatière, ou quelque autre chose qu'on trouve dans un

chemin où quelqu'un les a laissés tomber sans s'en apercevoir.

Quoique celui à qui ces choses appartiennent soit inconnu, il n'est pas vraisemblable qu'il en ait voulu abdiquer la propriété, mais plutôt qu'il les a égarées, et qu'il en conserve toujours la propriété.

Ces choses n'étant donc pas des choses qui n'appartiennent à personne, elles ont un maître, quoiqu'il soit inconnu; elles ne sont donc pas susceptibles du genre d'acquisition qui se fait à titre d'occupation. Celui qui les a trouvées, non seulement n'en acquiert pas le domaine, il n'a pas même le droit de les retenir jusqu'à ce que le propriétaire paroisse et les réclame; et ce n'est pas lui qui en doit profiter lorsqu'elles ne sont réclamées par personne. Le droit de s'approprier, privativement à tous autres, les épaves qui n'ont point été réclamées, est en France un droit attaché à la haute-justice, qui a été attribué au seigneur haut-justicier pour le récompenser des frais qu'il fait pour faire rendre la justice.

Il y a quelques coutumes qui accordent ce droit d'épaves au moyen-justicier; comme Tours, Lodunois, Amiens. Celle d'Orléans admet aussi le bas-justicier au droit d'épaves, jusqu'à concurrence de la somme jusqu'à laquelle il a droit de justice.

Celle d'Anjou l'accorde même au bas-justicier. Dans celle de Blois, le bas-justicier a droit d'avoir dans le prix de l'épave sept sous six deniers; le moyen, soixante sous; et le surplus appartient au haut-justicier.

68. Celui qui a trouvé l'épave est obligé de la défé-

rer à justice; c'est-à-dire qu'il est obligé d'en aller faire sa déclaration au greffe de la justice du lieu où l'épave a été trouvée. Sur cette déclaration, si l'épave est un animal, le juge ordonne qu'il sera mis en fourrière dans un cabaret désigné par son ordonnance. Si c'est une chose inanimée, le juge, suivant qu'il le juge à propos, ordonne ou qu'elle sera apportée au greffe pour y être déposée, ou qu'elle restera en dépôt jusqu'à nouvel ordre entre les mains de celui qui l'a trouvée.

69. Le temps dans lequel celui qui a trouvé l'épave doit la déférer à justice est différemment réglé par les coutumes. La plupart veulent qu'elle soit déferée à justice dans les vingt-quatre heures. Notre coutume d'Orléans, art. 166, et quelques autres coutumes, accordent trois jours; d'autres en accordent huit.

Dans celles qui ne s'en sont pas expliquées, je pense qu'on doit suivre la disposition des coutumes qui sont les plus indulgentes, et accorder huit jours.

70. Faute par celui qui a trouvé l'épave de l'avoir déferée dans le temps dans lequel il devoit le faire, ou d'en avoir averti d'une autre manière équipollente, en la faisant crier, il doit être condamné en une amende que notre coutume d'Orléans, art. 166, ainsi que plusieurs autres coutumes, réglent à un écu sou, c'est-à-dire à soixante sous. D'autres coutumes laissent cette amende à l'arbitrage du juge.

71. Ce n'est pas seulement pour l'intérêt du seigneur de la justice qui doit profiter de l'épave, au cas qu'elle ne soit pas réclamée, que celui qui a trouvé l'épave la doit déferer à justice ou la faire crier; c'est aussi

pour celui du propriétaire de l'épave, afin qu'il soit averti du lieu où elle est, et qu'il la puisse venir réclamer. C'est pourquoi, après que notre coutume d'Orléans, art. 166, a dit, *Celui qui recèle aucune épave plus de trois jours sans la déclarer à justice, ou la faire crier, est amendable d'un écu sou envers la justice; elle ajoute, est tenu des dommages et intérêts du seigneur d'icelle, c'est-à-dire du propriétaire de l'épave.*

Ces dommages et intérêts consistent dans ce qu'il a souffert ou manqué de gagner par la privation de l'usage de sa chose, faute d'avoir été averti, et d'avoir pu la réclamer plus tôt.

72. Lorsque l'épave a été déferée à justice, elle doit être gardée pendant un certain temps, et il doit être fait plusieurs proclamations avant que le seigneur puisse la faire vendre à son profit, afin que le propriétaire puisse être averti, et avoir le temps de la venir réclamer.

Les coutumes sont différentes sur le nombre et la forme de ces proclamations, et sur le temps qui doit être accordé au propriétaire de l'épave pour venir réclamer l'épave, ou le prix pour lequel elle aura été vendue.

Les uns veulent qu'il soit fait trois proclamations, de quinzaine en quinzaine; d'autres demandent pareillement trois proclamations de huitaine en huitaine; les unes les demandent par trois dimanches, les autres par trois dimanches ou fêtes solennelles, les autres à trois jours de marché. Boulonnois, Nivernois, ne demandent qu'une seule publication au prône de la paroisse de la seigneurie, un jour de dimanche, et

340 TRAITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ,
une autre à jour de marché. Poitou ne demande que
l'une des deux.

Pareillement, à l'égard des lieux où se doivent faire
lesdites proclamations, plusieurs coutumes se conten-
tent de dire *aux lieux accoutumés* ; d'autres disent,
à l'issue des grand'messes du lieu de la seigneurie : celle
du Maine ajoute, *et és deux autres paroisses voisines*.
Celle d'Auvergne dit que les proclamations doivent se
faire par quatre assises ; celle de la Marche, par trois
assises. Celle de Bretagne requiert les trois proclama-
tions aux grand'messes, et se contente d'une autre au
marché.

Les coutumes sont aussi différentes sur le temps
qu'elles accordent au propriétaire de l'épave pour la
réclamer. Les plus indulgentes veulent que le seigneur
accorde un an pour les vendre ; à moins que ce ne
fussent choses périssables, et dont la garde seroit trop
couteuse, telles que sont les animaux ; auquel cas elles
peuvent bien être vendues après les proclamations,
mais le prix en doit rester consigné pendant l'année,
et rendu au propriétaire de l'épave, s'il se fait con-
noître dans ledit temps.

La plupart des coutumes n'obligent le seigneur à
garder l'épave que pendant le temps de quarante jours.
Dans les unes, c'est un temps de quarante jours pen-
dant lequel se font les proclamations ; dans d'autres,
c'est un temps de quarante jours qui ne commence à
courir qu'après les proclamations faites. Dans notre
coutume d'Orléans, il court après le premier cri.

73. Dans cette variété de dispositions de coutumes
sur cette matière, dont celle de Paris n'a point traité,

nous nous bornerons à rapporter celles de la coutume d'Orléans.

Elle requiert deux choses avant que le seigneur de justice fasse vendre l'épave à son profit : 1° des proclamations ; 2° un temps de quarante jours, pendant lequel le propriétaire puisse la venir réclamer.

Voici comment elle s'exprime sur les proclamations, art. 63 : « Épaves se doivent proclamer pendant « trois divers dimanches, aux prônes de la grand'messe « paroissiale, et au siège du lieu où elles auront été « trouvées, à jour de plaid, à la diligence des seigneurs de haute, moyenne, et basse-justice, ou de celui qui aura trouvé lesdites épaves. »

L'édit de 1695 a dispensé les curés de faire ces sortes de proclamations aux prônes : au lieu d'être faites au prônes elles se font à la porte de l'église, à l'issue de la messe paroissiale, par un huissier, qui en dresse procès-verbal.

Il y a néanmoins encore aujourd'hui des curés qui veulent bien faire ces proclamations aux prônes. On doit en ce cas tirer d'eux un certificat qu'elles ont été faites.

L'église où ces proclamations doivent être faites est l'église paroissiale du lieu où l'épave a été trouvée.

La proclamation contient que l'on a trouvé tel jour, en tel lieu, telle chose, qu'on doit désigner, *putà*, un cheval, sous tel poil, ayant telle marque, d'une telle taille ; une tabatière de telle manière, de telle figure, de tel poids.

74. Outre les trois proclamations qu'on doit faire aux prônes, ou à l'issue de la messe paroissiale, la

coutume veut que l'épave soit proclamée au siège de la justice du lieu où elle a été trouvée, à *jour de plaids*.

C'est-à-dire à un jour d'audience ordinaire pendant que l'audience tient.

C'est le greffier qui fait cette proclamation, et qui en tient registre.

La publication à l'audience ne se fait qu'une fois. La coutume a bien dit que la publication aux prônes se feroit *par trois divers dimanches*; mais elle n'a pas dit de même que la publication au siège se feroit par trois divers jours de plaids; mais elle a dit seulement à jour de plaids.

75. La seconde chose que la coutume requiert est qu'on laisse un temps de quarante jours pour que le propriétaire puisse la venir réclamer.

Voici comment elle s'en explique : « Épaves se doit
« vent garder pendant quarante jours; art. 163. Si celui
« à qui appartient l'épave s'apparoît dans lesdits qua-
« rante jours, à compter du jour du premier cri fait
« solennellement, elle lui sera rendue, en payant les
« nourritures et frais faits en la garde et proclamation
« d'icelle; et où il ne se trouveroit personne qui re-
« cherchât ladite épave pendant ledit temps, et icelui
« passé, sera adjugée auxdits seigneurs hauts-justi-
« ciers, etc. »

La coutume, par ces mots, *du jour du premier cri fait solennellement*, entend la première proclamation qui a été faite, soit au prône ou à l'issue de la messe paroissiale, soit au siège de la justice. Si l'on a commencé par les publications au prône, avant de faire la publication au siège de la justice, c'est du jour de la

première publication au prône ou à l'issue de la messe que court le temps de quarante jours. Si au contraire on a commencé par la publication au siège de la justice avant de faire les publications au prône, c'est du jour de cette publication au siège que doit courir ledit temps de quarante jours.

Observez qu'on ne doit point compter dans les quarante jours *le jour du premier cri*, depuis lequel ledit temps de quarante jours doit courir, suivant la maxime, *Dies à quo non computatur in termino*. C'est pourquoi si, par exemple, la première publication a été faite le premier jour du mois d'avril, qui est un mois qui n'a que trente jours, le temps de quarante jours n'expirera que le 11 de mai, et l'adjudication ne pourra être valablement faite plus tôt que le 12 de mai.

76. Quoique toutes les proclamations aient été faites, et que le temps de quarante jours soit expiré, tant que l'épave n'est pas encore adjugée, le propriétaire est reçu à la réclamer, et elle doit lui être rendue en faisant par lui apparoir qu'elle lui appartient, et en remboursant les frais; art. 165.

Mais, après que l'épave a été adjugée, celui à qui elle appartenait n'est plus reçu à la réclamer, ni à en demander le prix. L'adjudication qui en a été faite en justice purge et éteint le droit de propriété qu'il avoit de cette chose, faite par lui de l'avoir réclamée avant l'adjudication.

77. L'adjudication se fait par le juge, publiquement, au lieu, au jour et à l'heure auxquels on a coutume de faire les adjudications.

Les frais de garde, des proclamations, et de l'adju-

dication se prélèvent sur le prix. Dans ce qui reste du prix, notre coutume accorde le tiers à celui qui a trouvé l'épave, et qui l'a déclarée à justice; le surplus appartient au seigneur justicier.

Cette disposition de la coutume d'Orléans, qui donne une part dans le prix à celui qui a trouvé l'épave, lui est particulière. Je ne connois que la coutume de Bretagne qui ait une disposition semblable.

78. Le haut-justicier, dans la coutume d'Orléans, n'est pas le seul qui ait droit d'épaves; les moyens et bas-justiciers participent à ce droit jusqu'à concurrence de la somme à laquelle ils ont droit de justice. C'est pourquoi, en l'art. 163, elle dit que les proclamations se feront à *la diligence des seigneurs de haute, moyenne, et basse-justice*; et en l'art. 164, elle dit que l'épave *sera adjudgée auxdits seigneurs justiciers, selon les droits de leur justice*.

Dans la coutume d'Anjou, art. 40, et du Maine, art. 1, le droit d'épaves mobilières appartient aux moyens-justiciers.

79. Suivant les statuts des orfèvres et des joailliers, lorsqu'un inconnu leur apporte quelque pièce d'argenterie ou quelque pierre précieuse, ils doivent la retenir jusqu'à ce que l'inconnu se fasse connoître par quelque personne digne de foi de la ville. Lorsque l'inconnu ne revient pas, ce qui arrive fort souvent, lesdits orfèvres et joailliers défèrent à justice ces pièces d'argenterie ou pierres précieuses, lesquelles sont réputées épaves, et à l'égard desquelles on observe tout ce qui a été dit ci-dessus, de même qu'à l'égard des autres épaves.

§. IV. Des essaims d'abeilles.

80. Plusieurs coutumes regardent comme des espèces d'épaves les abeilles qu'on trouve assises dans quelque arbre ou dans quelque buisson, et attribuent au seigneur de la justice du lieu le droit de s'en emparer privativement à tous autres, à la charge seulement d'en laisser la moitié à celui qui les a trouvées, et les a déferées à justice.

Il y a cette différence entre cette espèce d'épaves et les épaves ordinaires, que celles-ci appartiennent à quelqu'un, quoique celui à qui elles appartiennent soit inconnu; et il ne cesse d'en être le propriétaire jusqu'à ce que, faute par lui de s'être fait connoître, elles aient été adjugées au seigneur de justice; au lieu que les abeilles qui sont *in naturali laxitate* n'appartiennent à personne.

Quand même elles seroient envolées d'une ruche, elles n'appartiendroient plus au propriétaire de la ruche, qui, ne les ayant pas poursuivies ou ayant cessé de les poursuivre, ne les a plus en sa possession. C'est pourquoi, par le droit romain, le premier occupant en acquéroit le domaine : *Examen quod ex alveo nostro evolaverit, eò usque nostrum intelligitur, donec in conspectu nostro est, nec difficilis ejus persecutio est: alioquin occupantis fit*; l. 3, §. 4, ff. de acquir. rer. dom. Ces coutumes ont attribué au seigneur de justice, privativement à tous autres, ce droit, qu'aux termes du pur droit naturel, chacun avoit de s'en emparer.

81. Dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, les seigneurs hauts-justiciers ont-ils ce droit?

J'aurois de la peine à leur accorder ce droit. Ces essaims étant choses qui n'appartiennent à personne, lesquels, aux termes du pur droit naturel, appartiennent au premier occupant, les seigneurs ne peuvent s'attribuer le droit de s'en emparer, privativement à toute autre personne, sans une loi positive qui le leur attribue, en restreignant en ce point le droit naturel. Les coutumes qui accordent ce droit aux seigneurs, n'ayant force de loi que dans leur territoire, les seigneurs, hors de ces coutumes, ne sont fondés sur aucune loi pour se les attribuer.

§. V. Du droit de varech et choses gaives.

§2. Le droit de *varech et choses gaives* est un droit que la coutume de Normandie accorde aux seigneurs.

Sous ce droit de *varech et choses gaives* (dit-elle en l'art. 583), sont comprises toutes choses que l'eau jette à la terre par tourmente ou fortune de mer, ou qui arrivent si près de terre qu'un homme de cheval y puisse toucher avec sa lance.

Ces choses sont de véritables épaves. Elles appartiennent à un propriétaire qui est inconnu ; car lorsqu'elles sont tombées dans la mer, celui qui en étoit le propriétaire n'en a pas perdu le domaine de propriété ; il l'a toujours conservé, et l'a transmis en mourant à ses héritiers, ce qui a lieu quand même le propriétaire auroit jeté à la mer ces choses volontairement, pour alléger le vaisseau ; car il n'a pas entendu en les jetant en abdiquer la propriété : *Res jacta domini manet, nec fit apprehenditis, quia pro derelicto non habetur* ; l. 2, §. 8, ff. de leg. Rhod.

Le droit de varech que la coutume accorde sur les choses trouvées sur la partie du rivage de la mer où le seigneur a ce droit, consiste dans le droit de s'en emparer privativement à toutes autres personnes, et, au cas qu'elles ne soient pas réclamées pendant le temps d'un an et jour par les propriétaires, de se les approprier. Lorsque les choses sont de nature à ne pouvoir se garder, le seigneur peut les faire vendre en justice; mais il doit en garder un échantillon pour servir à la reconnaissance, en cas qu'elles soient réclamées. Il doit pareillement laisser le prix en dépôt pour être rendu au propriétaire, s'il vient dans l'année se faire connoître.

§. VI. De l'occupation des terres inhabitées.

83. Des navigateurs qui dans un voyage de long cours ont découvert une terre qui n'est habitée par personne, peuvent, en s'y établissant, en acquérir le domaine de propriété, *jure occupationis*, comme d'une chose qui n'appartient à personne.

Si c'étoit au nom de leur prince que ces navigateurs en prissent possession, ce seroit à leur prince qu'ils acquerroient cette terre.

Mais lorsqu'une terre est habitée, quelque sauvages que nous paroissent les hommes qui l'habitent, ces hommes en étant les véritables propriétaires, nous ne pouvons sans injustice nous y établir malgré eux.

ARTICLE V.

De l'occupation simplement dite.

84. Outre les différentes espèces d'occupations qui ont été rapportées dans les articles précédents, il peut y en avoir beaucoup d'autres, qui, faute de nom particuliers, s'appellent simplement *occupation*.

On peut donner pour exemple le cas auquel je vais puiser de l'eau dans une rivière. J'acquiers le domaine de l'eau que j'y ai puisée, et dont j'ai rempli ma cruche, à titre d'occupation; car cette eau étant une chose qui n'appartient à personne, à laquelle personne n'a aucun droit exclusif, j'ai pu, en m'en emparant, en acquérir le domaine, *jure occupationis*. C'est pourquoi, dans le cas auquel, en revenant de la rivière, j'aurois, pour quelque besoin, laissé ma cruche dans le chemin, dans le dessein de la venir reprendre au lieu où je l'avois laissée; si, pendant ce temps un passant, ayant trouvé ma cruche, pour s'épargner le chemin d'aller jusqu'à la rivière, avoit versé dans sa cruche l'eau qui étoit dans la mienne, il auroit commis envers moi un véritable vol de l'eau qui y étoit; cette eau étant une chose dont j'étois véritablement propriétaire, et dont je conservois la possession par la volonté que j'avois de la venir reprendre au lieu où je l'avois laissée.

Observez qu'il ne faut pas confondre le corps du fleuve avec l'eau qui y coule, qu'on appelle *aqua profluens*.

Le corps du fleuve est un grand corps, qui est le même qui a toujours subsisté par le passé, et qui sub-

sistera par la suite, dont la propriété appartient au souverain dans les états duquel il est. L'eau qui y coule, qu'on appelle *aqua profluens*, est cette eau qui, dans l'instant présent, est dans un tel lieu du fleuve, et qui, dans l'instant suivant, n'y sera plus, et à laquelle une autre eau succèdera. C'est cette eau qui est restée dans la communauté négative du genre humain, qui appartient à tous les hommes en commun, sans qu'aucun puisse s'en dire le propriétaire, tant qu'elle reste dans cet état; que chacun par conséquent, l'étranger comme le citoyen, peut puiser dans la rivière, et dont il peut acquérir le domaine en s'en emparant.

C'est pourquoi Ovide, dans ses *Métamorphoses*, fait parler ainsi Latone aux paysans de Lycie, qui vouloient l'empêcher de puiser de l'eau pour boire :

*Quid prohibetis aquas? Usus communis aquarum est :
Nec solem proprium natura, nec aera fecit,
Nec tenuis undas : ad publica munera veni.*

85. Le jurisconsulte Pomponius nous apporte un autre exemple d'occupation. Lorsque quelqu'un bâtit un édifice dans la mer, la mer étant une chose qui n'appartient à personne, il acquiert, *jure occupationis*, le domaine de la partie de la mer qu'il a occupée par les bâtimens qu'il y a construits. *Si pilas in mare jactaverim, et supra eas inædificaverim, continuo ædificium meum fit: item si insulam in mari ædificaverim, continuo mea fit; quoniam id quod nullius fit, occupantis fit; l. 30, §. 4, ff. de acq. rer. dom.*

Il en étoit de même, par le droit romain, du bâtiment que quelqu'un construisoit sur le rivage de la mer. Ce rivage, suivant les principes du droit romain, étant

censé être, de même que la mer, demeuré dans l'état de communauté négative, et n'appartenir à personne, chacun pouvoit acquérir, *jure occupationis*, le domaine de la partie du rivage qu'il occupoit par le bâtiment qu'il y avoit construit: *Quod in littore quis ædificaverit, ejus erit: nam littora publica non ita sunt ut ea que in patrimonio sunt populi, sed ut ea quæ primum à naturâ prodita sunt, et in nullius adhuc dominium pervenerunt; nec dissimilis conditio eorum est atque piscium et ferarum*; l. 14, ff. d. tit.

La liberté que chacun a de s'approprier une partie de la mer ou du rivage, en l'occupant par les bâtimens qu'il y construit, reçoit cette limitation, qu'on en doit obtenir la permission du magistrat, qui ne l'accorde qu'autant que cela ne préjudicie ni au public, pour l'usage de la navigation, ni à des particuliers qui auroient bâti auparavant. C'est ce qu'enseigne Pomponius: *Quamvis quod in littore publico vel in mari extruxerimus nostrum sit, tamen decretum prætoris adhibendum est, ut id facere liceat*; l. 50, ff. d. tit.

Et Celsus dit: *Id concedendum non esse, si deterior littoris marisve usus eo modo futurus sit*; l. 3, §. 1, ff. ne quid in loc. publ., etc.

Un particulier à qui cela causeroit quelque préjudice a aussi droit de s'y opposer: *Adversus eum qui molem in mare projecit interdictum competit ei cui fortè hæc res nocitura sit: si autem nemo damnum sentit, tuendus est is qui in littore ædificat, vel molem in mare jacit*; l. 2, §. 8, ff. d. tit.

SECTION II.

De ce qui est pris sur l'ennemi.

86. Outre le droit d'occupation par lequel nous acquérons le domaine des choses qui n'appartiennent à personne, en nous en emparant, dont nous avons traité dans la section précédente, il y a une autre espèce de droit d'occupation, qui est du droit des gens, par lequel un souverain, et ceux auxquels il communique son droit, acquièrent le domaine des choses qu'ils prennent sur leurs ennemis dans une guerre juste.

On doit rapporter à cette espèce d'occupation les conquêtes et le butin, qui feront la matière du premier article; et les prises sur mer, qui feront la matière du second. Nous ajouterons un troisième article, des prisonniers de guerre.

ARTICLE PREMIER.

Des conquêtes, et du butin.

§. I. Des conquêtes.

87. Le droit de conquête est le droit qu'a un souverain qui a le droit de faire la guerre, d'acquérir, lorsqu'il la fait justement, le domaine des villes, châteaux, et terres de l'ennemi, en s'en emparant.

Quoique les conquêtes, *summo jure*, appartiennent au conquérant, néanmoins lorsque l'ennemi sur qui elles ont été faites se soumet et demande la paix, les

règles de la modération demandent que le conquérant ne retienne sur les conquêtes que ce qui suffit pour se dédommager des frais de la guerre, et qu'il rende le surplus au vaincu qui s'est soumis.

§. II. Du butin.

88. On appelle butin, ou *præda bellica*, toutes les choses mobilières que les vainqueurs enlèvent aux vaincus.

Il y a deux espèces de butin. La première espèce est celui qui se fait dans une bataille, dans un combat, ou dans quelque autre expédition publique. Comme c'est au nom du roi que se donne la bataille ou que se fait l'expédition, c'est aussi le roi qui est censé faire tout le butin qui s'y fait, et qui en acquiert le domaine par le ministère de ses troupes, qui ne font que lui prêter leurs bras, et qui acquièrent pour le roi et au nom du roi tout le butin qui est fait.

C'est pourquoi le jurisconsulte Modestinus décide qu'un soldat qui soustrait quelque chose du butin est coupable du crime de *peculat*: *Is qui prædam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur*; l. 18, *ad l. Jul. de pecul.*

Quoique le domaine de tout le butin soit acquis au roi, quelquefois le général, avec le consentement présumé du roi, en distribue une partie aux troupes pour les encourager.

89. Une seconde espèce de butin est celui que les troupes font dans le pillage qu'on leur a permis de faire d'une ville, tel que fut celui de Berg-op-Zoom. Dans ce cas, le général, au nom du roi, et comme

étant censé avoir pouvoir de lui, cède à ses troupes le droit qu'il a, *jure belli*, de s'emparer, et d'acquérir, en s'en emparant, le domaine des choses dont il leur permet le pillage : en conséquence, chaque soldat, comme étant à cet égard cessionnaire des droits du roi, acquiert, *jure belli*, le domaine des choses dont il s'est emparé dans le pillage. Je laisse aux théologiens à examiner si cette manière d'acquérir, qui est légale, suivant le droit rigoureux de la guerre, peut se concilier avec les lois de la charité.

90. Une troisième espèce de butin est celui que fait un partisan qui a commission du roi, dans les incursions qu'il fait dans le pays ennemi.

On appelle partisans des particuliers qui se font autoriser du roi pour lever à leurs dépens une troupe de gens de guerre, qu'ils entretiennent et soudoient à leurs dépens, pour faire des incursions dans le pays ennemi. Le roi, en leur donnant commission pour faire ces incursions, leur abandonne tout le butin qu'ils y feront, pour les dédommager de la dépense qu'ils font.

ARTICLE II.

Des prises qui se font sur mer.

Nous verrons, dans un premier paragraphe, qui sont ceux qui ont droit de faire la course sur les vaisseaux ennemis ; dans un second, quels sont les vaisseaux et les effets dont la prise est légitime ; dans un troisième, ce qui doit être observé par les capitaines des vaisseaux armés en guerre, lorsqu'ils ont fait une prise ; et

étant censé avoir pouvoir de lui, cède à ses troupes le droit qu'il a, *jure belli*, de s'emparer, et d'acquérir, en s'en emparant, le domaine des choses dont il leur permet le pillage : en conséquence, chaque soldat, comme étant à cet égard cessionnaire des droits du roi, acquiert, *jure belli*, le domaine des choses dont il s'est emparé dans le pillage. Je laisse aux théologiens à examiner si cette manière d'acquérir, qui est légale, suivant le droit rigoureux de la guerre, peut se concilier avec les lois de la charité.

90. Une troisième espèce de butin est celui que fait un partisan qui a commission du roi, dans les incursions qu'il fait dans le pays ennemi.

On appelle partisans des particuliers qui se font autoriser du roi pour lever à leurs dépens une troupe de gens de guerre, qu'ils entretiennent et soudoient à leurs dépens, pour faire des incursions dans le pays ennemi. Le roi, en leur donnant commission pour faire ces incursions, leur abandonne tout le butin qu'ils y feront, pour les dédommager de la dépense qu'ils font.

ARTICLE II.

Des prises qui se font sur mer.

Nous verrons, dans un premier paragraphe, qui sont ceux qui ont droit de faire la course sur les vaisseaux ennemis ; dans un second, quels sont les vaisseaux et les effets dont la prise est légitime ; dans un troisième, ce qui doit être observé par les capitaines des vaisseaux armés en guerre, lorsqu'ils ont fait une prise ; et

comment se distribue le produit de la prise ; dans un quatrième, nous traiterons des rançons.

§. I. Qui sont ceux qui ont droit de faire la course sur les vaisseaux ennemis.

91. Les prises qui se font sur mer se font, ou par des officiers de la marine du roi, commandant quelque vaisseau ou frégate du roi, ou par des particuliers qui arment en guerre, à leurs dépens, des vaisseaux, pour courir sur les vaisseaux ennemis, et qui y sont autorisés par le roi, par une commission qu'ils doivent avoir de son amiral.

Ces particuliers sont ceux qu'on appelle *corsaires*.

Les prises qui sont faites par les officiers de la marine du roi appartiennent au roi ; néanmoins le roi, par gratification, accorde aux officiers et à l'équipage du vaisseau qui a fait la prise une portion du produit de la prise, comme nous le verrons *infra*.

A l'égard des prises qui sont faites par nos corsaires qui ont commission de l'amiral, quoique ce soit au nom du roi qu'ils fassent la prise, le roi leur abandonne le produit sous certaines conditions, et à la charge d'observer certaines formalités, pour les dédommager tant des frais de l'armement que des risques auxquels ils s'exposent.

92. Comme il n'y a que le souverain qui ait le droit de faire la guerre, aucun particulier n'a droit d'armer un vaisseau en guerre pour faire la course sur les vaisseaux ennemis, sans y être autorisé par le roi, suivant la forme prescrite par l'ordonnance.

Cette forme est que le particulier qui veut armer un

vaisseau en guerre doit obtenir de l'amiral, qui présente à cet égard le roi, une commission qui le lui permette. Ordonnance de la marine, art. 1.

Il doit faire enregistrer cette commission au greffe de l'amirauté du lieu où se fait son armement; art. 2.

Il doit, outre cela, donner une caution suffisante qui s'oblige, jusqu'à la somme de quinze mille livres, à la réparation des délits qui pourroient être commis envers quelques uns pendant le temps de la course, soit par le préposé au commandement de son vaisseau, soit par les gens de l'équipage.

Quoique l'armateur ne soit tenu de donner caution que jusqu'à la somme de quinze mille livres, il n'en faut pas conclure qu'il ne soit lui-même tenu de la réparation desdits délits que jusqu'à concurrence de cette somme; il en est tenu pour le total, à quelque somme qu'elle puisse monter; il peut néanmoins s'en décharger en abandonnant en entier son vaisseau.

93. Il est tellement vrai qu'il n'y a que ceux qui ont commission de l'amirauté qui sont en droit de faire à leur profit des prises sur l'ennemi, que si le capitaine d'un vaisseau marchand a été attaqué en mer par un vaisseau ennemi, dont il s'est rendu maître dans le combat, la prise qu'il a faite du vaisseau ennemi ne lui appartient pas, mais appartient à l'amiral qui est à cet égard aux droits du roi : l'amiral a coutume d'en gratifier, pour le tout ou pour partie, celui qui a fait la prise, sans tirer à conséquence.

94. Un armateur qui, sans la permission du roi, auroit obtenu une commission d'un prince étranger pour faire la course contre les vaisseaux ennemis, n'a