

qu'à concurrence d'une certaine somme; et si le donateur n'en contracte pas, le donataire en profite; ordonnance de 1731, art. 18.

Dans ces donations par contrat de mariage, le donateur peut aussi se réserver la faculté de disposer ou de tester en partie des choses données; et lorsqu'il fait cette réserve, la donation n'en est pas moins valable, même par rapport aux choses dont il s'est réservé la faculté de disposer, qui n'en appartiennent pas moins au donataire, si le donateur n'a pas usé de cette faculté, *ibid.*, art 18; en quoi ces donations diffèrent des donations ordinaires, art. 16. La raison de différence est que ces donations ne sont pas assujetties aux règles sur l'irrévocabilité requise dans les donations ordinaires. On ne doit point distinguer à cet égard, comme fait Boutaric sur l'art. 18, entre les donations de quotité et les donations de corps certains.

Lorsqu'une personne a donné tous les biens qu'il laisseroit à sa mort, sous la réserve de disposer d'une certaine somme, il n'est pas douteux que les dispositions, soit générales, soit de sommes particulières, qu'il fait depuis, sont censées faites sur la somme dont il s'est réservé de disposer, ne lui restant rien autre chose. Mais lorsque la donation faite sous cette réserve n'est que d'une partie des biens du donateur, les dispositions qu'il fait par la suite sont plutôt censées faites sur les biens qui lui restent que sur ce dont il s'étoit réservé la faculté de disposer, s'il ne l'a pas exprimée; car le donataire ayant en sa faveur une volonté expresse, qui comprend dans la donation la chose réservée, au cas que le donateur n'en dispose pas, il faut une vo-

lonté également expresse pour l'en excepter. Furgole cite un arrêt qui l'a ainsi jugé.

## SECTION III.

Des actes par lesquels se font les donations, et des solennités qui y sont requises.

28. La donation de meubles peut se faire sans qu'il soit besoin d'en passer aucun acte par écrit, par la tradition réelle que le donateur en fait au donataire.

Hors ce cas, les donations ne peuvent se faire que par un acte qui soit passé devant notaire, et dont il y ait minute, à peine de nullité; ordonnance de 1731, art. 1. L'ordonnance a eu cette précaution, pour empêcher qu'un donateur ne pût se conserver le pouvoir d'anéantir sa donation, en retenant par-devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne tierce qui le rendroit au donateur s'il le redemandoit; ce qui est contraire à l'irrévocabilité requise dans les donations entre vifs.

Par cette raison, dès avant l'ordonnance, on jugeoit nulles les donations faites par un acte sous signature privée, à moins qu'on n'eût assuré l'irrévocabilité de la donation par le dépôt de l'acte chez un notaire avant la dernière maladie; Ricard, p. 1, n. 881, et seqq. Mais depuis qu'il y a une loi formelle qui assujettit les donations à la forme d'être passées par-devant notaires, ce dépôt ne rendroit pas valable une donation faite sous signature privée, les formes des actes ne pouvant s'accomplir par équipollence. Par la même raison, le défaut de compétence du notaire qui avoit reçu, hors

lonté également expresse pour l'en excepter. Furgole cite un arrêt qui l'a ainsi jugé.

## SECTION III.

Des actes par lesquels se font les donations, et des solennités qui y sont requises.

28. La donation de meubles peut se faire sans qu'il soit besoin d'en passer aucun acte par écrit, par la tradition réelle que le donateur en fait au donataire.

Hors ce cas, les donations ne peuvent se faire que par un acte qui soit passé devant notaire, et dont il y ait minute, à peine de nullité; ordonnance de 1731, art. 1. L'ordonnance a eu cette précaution, pour empêcher qu'un donateur ne pût se conserver le pouvoir d'anéantir sa donation, en retenant par-devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne tierce qui le rendroit au donateur s'il le redemandoit; ce qui est contraire à l'irrévocabilité requise dans les donations entre vifs.

Par cette raison, dès avant l'ordonnance, on jugeoit nulles les donations faites par un acte sous signature privée, à moins qu'on n'eût assuré l'irrévocabilité de la donation par le dépôt de l'acte chez un notaire avant la dernière maladie; Ricard, p. 1, n. 881, et seqq. Mais depuis qu'il y a une loi formelle qui assujettit les donations à la forme d'être passées par-devant notaires, ce dépôt ne rendroit pas valable une donation faite sous signature privée, les formes des actes ne pouvant s'accomplir par équipollence. Par la même raison, le défaut de compétence du notaire qui avoit reçu, hors

de son ressort, l'acte de donation, par-dessus lequel on passoit autrefois, Ricard *d. loco*, doit aujourd'hui rendre la donation nulle.

L'ordonnance, art. 15, a encore établi une formalité; savoir que lorsqu'une donation renferme des meubles dont il n'y a pas eu de tradition réelle, il doit être fait un état détaillé de tous les meubles compris en la donation, qui soit signé des parties, et annexé à la minute de l'acte de donation; autrement la donation ne seroit pas valable pour les meubles dont il n'y aura pas d'état, ou qui ne s'y trouveront pas compris; art. 15.

La raison est que, si le donateur n'étoit pas par cet état chargé envers le donataire des meubles qu'il lui a donnés, il seroit en son pouvoir de l'en frustrer; ce qui seroit contraire au caractère d'irrévocabilité que doivent avoir les donations entre vifs. La nullité qui résulte de l'inobservation desdits articles 1 et 15, peut être opposée même par le donateur.

29. Dans les actes de donation, outre les formalités communes à tous les actes des notaires, qui doivent y être observées, ordonnance, art. 2, il y en a deux particulières à ces actes; savoir, la formalité de l'acceptation, qui est une formalité intrinsèque à l'acte de donation, et celle de l'insinuation, qui lui est extrinsèque.

## ARTICLE PREMIER.

## De l'acceptation.

30. Nous n'entendons pas ici seulement par *acceptation*, le consentement que doit donner le donataire à la donation qui lui est faite. Ce consentement n'est pas une formalité; mais il est de l'essence des donations, comme de toutes les autres conventions. L'*acceptation* qui est requise comme une formalité particulière aux actes de donation, est la mention expresse qui doit être faite de l'acceptation du donataire.

De là il suit que, quoique la présence du donataire à l'acte de donation, sa signature audit acte, la possession qu'il auroit prise de la chose donnée, renferment une acceptation de la donation, néanmoins ces choses ne suppléent pas à la formalité de l'acceptation, qui consiste dans cette mention, et elles ne peuvent valider l'acte de donation où cette mention auroit été omise; ordonnance, art. 6.

31. Il est constant en droit qu'un mineur, pourvu qu'il ait passé l'âge de l'enfance, et qu'il commence à avoir l'usage de la raison, peut seul, et sans l'autorité de personne, accepter la donation qui lui est faite. C'est une suite des règles de droit qui disent qu'un pupille ne peut à la vérité, sans l'autorité de son tuteur, s'obliger, ni disposer de ses biens; mais qu'il n'en a pas besoin pour faire sa condition meilleure, l. 28, ff. *de pact.*, pour stipuler à son profit, l. 141, §. 2, ff. *de v. o.*, et pour acquérir, l. 11, ff. *de acq. rer. dom.* Ricard, p. 1, n. 844 et suivants, est néanmoins d'avis

contraire. Il se fonde sur ce qu'un mineur ne peut accepter une succession; l. 9. §. 2, ff. *auth. tut.* Mais la raison de différence est que celui qui accepte une succession devient nécessairement, en sa qualité d'héritier, *successor in universum jus defuncti*, et par conséquent obligé à toutes les dettes de la succession, qui peuvent quelquefois excéder l'actif; au lieu que celui qui accepte une donation ne contracte aucune obligation. Ricard insiste, et dit qu'il contracte l'obligation de rendre la chose donnée, en cas de survenance d'enfants au donateur: cette obligation éloignée, que le mineur ne contracte que *quatenus ex re donatâ locupletior factus erit*, n'empêche pas qu'il fasse sa condition meilleure en acceptant la donation, et par conséquent n'empêche pas son acceptation d'être valable. Furgole, après être convenu que, suivant le droit romain, le mineur peut sans son tuteur accepter la donation qui lui est faite, et après avoir à cet égard réfuté Ricard, tombe dans une autre erreur, en décidant que la nouvelle ordonnance, art. 7, prive les mineurs du pouvoir d'accepter les donations qui leur sont faites; ce qui n'est pas vrai: car de ce qu'elle dit audit article, que les personnes y énoncées pourront accepter pour le mineur les donations qui lui sont faites, il ne s'ensuit nullement que le mineur ne le puisse pas aussi, lorsqu'il a un âge suffisant pour comprendre ce qu'il fait. On ne peut non plus tirer argument de ce qu'elle décide que la femme ne peut accepter la donation qui lui est faite, sans être autorisée: car il y a une grande différence entre la femme

et le mineur, qui a été observée, Introduction, art. 10. n. 144.

Par les mêmes raisons, un interdit pour cause de prodigalité peut, sans curateur, accepter la donation qui lui est faite. Il n'en est pas de même de l'interdit pour cause de démence; car l'acceptation renferme un consentement dont il n'est pas capable.

32. La donation peut être acceptée non seulement par le donataire lui-même, mais par quelqu'un qui ait pouvoir ou qualité pour l'accepter pour lui.

Il n'est pas nécessaire que le pouvoir soit spécial. la procuration générale que nous donnons à quelqu'un d'administrer nos affaires, est censée renfermer suffisamment le pouvoir d'accepter pour nous les donations qui nous seroient faites; ordonnance de 1731, art. 5. Lorsque le procureur du donataire accepte pour lui une donation, sa procuration doit demeurer annexée à la minute de la donation; *ibid.*

33. Il est évident qu'un tuteur a qualité suffisante pour accepter les donations faites à son mineur; le curateur à l'interdiction d'une personne, celles faites à l'interdit; le curateur au ventre, celles faites au posthume. Mais je ne crois pas qu'un simple curateur aux causes, donné à un mineur émancipé, pût accepter une donation pour lui; car sa fonction étant expressément bornée à l'assister en jugement dans les procès qu'il pourra avoir, ne peut s'étendre à autre chose.

Les personnes susdites n'ont pas besoin de prendre pour cette acceptation un avis de parents; art. 7. La

Coutumes d'Orléans, T. II. 20

raison est, qu'il ne peut être douteux que l'acceptation d'une donation est avantageuse.

34. Ce n'est pas seulement ceux qui ont une qualité légale pour administrer les affaires des mineurs ou interdits, tels que sont leurs tuteurs ou curateurs, qui peuvent accepter pour eux les donations qui leur sont faites. L'ordonnance le permet pareillement à leurs pères ou mères, quoiqu'ils ne soient pas leurs tuteurs: elle le permet même à tous les autres ascendants, quoique du vivant de leurs père et mère; art. 7.

Furgole étend cette disposition de l'ordonnance aux bâtards, pour lesquels il pense que leur père ou mère peuvent accepter une donation; la raison sur laquelle elle est fondée, se trouvant militer.

L'ordonnance ayant compris dans sa disposition les mineurs et les interdits seulement, par une faveur particulière que méritent ces personnes qui ne peuvent par elles-mêmes veiller à leurs intérêts, il suit de là qu'elle a entendu que les père et mère ne peuvent pas, sans une procuration générale ou spéciale, accepter une donation pour leurs enfants majeurs, et usants de leurs droits.

Lorsqu'une mère sous puissance de mari accepte une donation pour son fils mineur, elle n'a pas besoin pour cela d'autorisation; car ce n'est pas elle qui contracte, c'est son fils qui est censé contracter par son ministère. *Furgole, ibid.*

35. Un mari ayant le bail, gouvernement et administration de la personne et des biens de sa femme, il s'ensuit qu'il peut pour sa femme accepter une donation faite à sa femme. *Contra vice versâ*, une femme

ne pourroit pas accepter pour son mari une donation faite à son mari.

36. Les donations faites aux corps et communautés peuvent être acceptées par leurs syndics : mais un membre du corps, à qui le corps n'a donné aucun pouvoir d'administrer ses affaires, n'a pas de qualité pour les accepter.

37. Les donations faites aux hôpitaux doivent être acceptées par les administrateurs ; ordonnance, art. 8. Furgole pense qu'un seul des administrateurs a qualité suffisante pour cela. Il est bien vrai qu'il n'y a que le bureau assemblé qui puisse, à la pluralité des voix, obliger l'hôpital : mais chaque administrateur paroît avoir qualité suffisante pour faire la condition de l'hôpital meilleure.

38. Les donations faites pour le service divin, pour fondation particulière, ou pour la subsistance des pauvres, doivent s'accepter *par les curés et marguilliers* des paroisses à qui elles sont faites ; art. 8. Furgole, sur ledit article, pense que la conjonctive *et* est prise ici pour une disjonctive, et que les marguilliers, sans le curé, et même un seul des marguilliers a qualité suffisante pour accepter ces donations ; sauf lorsque la donation est faite pour fondation de service ; auquel cas, comme elle concerne le curé aussi bien que la fabrique, il faut que l'acceptation du curé concoure avec celle des marguilliers.

39. Lorsque l'acceptation d'une donation est faite par quelqu'un qui n'a ni pouvoir du donataire, ni qualité pour accepter pour lui ; quoique par l'acte il se soit fait fort du donataire, la donation n'est valable que

du jour de la ratification expresse du donataire faite par acte devant notaires, dont il doit rester minute; art. 5.

Lorsqu'il y a plusieurs donataires, l'acceptation faite par l'un d'eux ne peut rendre la donation valable que pour la part qu'il y a, s'il n'a pouvoir ou qualité suffisante pour accepter pour ses codonataires.

Celle faite par le notaire pour le donataire absent, est absolument nulle; ordonnance, art. 5.

40. L'acceptation de la donation peut se faire non seulement par l'acte même de donation, mais même dans un autre temps, dans un autre lieu, et même hors la présence du donateur, soit par un acte au bas de la donation, soit par un acte séparé, dans lequel doit être transcrit celui de la donation. Déclaration de 1549.

Ce n'est que du jour de cette acceptation que la donation est parfaite; ordonnance, art. 5: car ce n'est que de ce jour qu'intervient le concours des volontés du donateur et du donataire, qui forme le contrat de donation. Auparavant, la donation n'étoit qu'un simple projet, une nue volonté de donner, qui ne donnoit aucun droit au donataire, et laissoit par conséquent au donateur le pouvoir de changer de volonté.

41. Il suit de ce principe, que pour que l'acceptation de la donation qui se fait *ex intervallo*, soit valable, il faut qu'elle se fasse du vivant du donateur et du donataire; et que le donateur ait conservé jusqu'à ce temps et le pouvoir et la volonté de faire au donataire la donation qu'il lui a faite; ce qui se présume tant que le contraire ne paroît pas.

Si donc, avant l'acceptation, le donateur avoit été

interdit, s'il avoit épousé le donataire; la donation ne pourroit plus être rendue valable par l'acceptation; car il auroit perdu le pouvoir de lui donner.

Il en seroit autrement, si le donataire étoit devenu le médecin, le confesseur ou le procureur du donateur: car si les donations faites à ces personnes sont déclarées nulles, ce n'est pas par une incapacité proprement dite dans ces personnes, mais par une présomption de défaut de liberté dans le donateur; qui résulte de l'empire qu'elles ont sur son esprit; laquelle présomption cesse lorsque le donateur a déclaré sa volonté de leur donner dès avant qu'elles eussent pu acquérir cet empire.

42. Il suit aussi de nos principes, que si celui qui a fait une donation à un mineur étoit mort, ou avoit changé de volonté avant qu'elle eût été acceptée, le mineur ne pourroit être restitué contre le défaut d'acceptation, même en cas d'insolvabilité de son tuteur; ordonnance, art. 14; car n'y ayant pas de donation avant qu'il y ait d'acceptation, il n'y a aucun droit que la restitution en entier puisse lui rendre: le mineur a seulement en ce cas recours contre son tuteur.

43. Observez que lorsqu'une donation directe est valable par l'acceptation qu'en a faite le donataire direct, il n'est pas nécessaire, pour la validité des donations fidéicommissaires ou substitutions dont le donataire a été chargé, qu'il intervienne aucune acceptation de la part des substitués; ordonnance, art. 11; car ces donations fidéicommissaires consistent dans une charge imposée au donataire direct; plutôt que dans aucune convention avec le substitué.

ou Les donations faites aux enfants nés et à naître d'une personne, étant regardées vis-à-vis des enfants à naître comme donations fidéicommissaires, dont les enfants déjà nés sont chargés envers eux lorsqu'ils naîtront, elles n'ont besoin d'être acceptées que par les enfants déjà nés; ordonnance, art. 12.

44. Les donations, quoique directes, lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage à l'un des futurs conjoints, aux enfants qui naîtront du mariage, ne sont pas sujettes à la formalité de l'acceptation; ordonnance, art. 10.

#### ARTICLE II.

##### De l'insinuation.

45. L'insinuation est la transcription qui se fait de l'acte de donation dans un registre public, pour la rendre notoire.

Cette formalité, qui est extrinsèque à l'acte de donation, a été ordonnée par les ordonnances et par la coutume, en faveur des tiers qui contracteroient avec le donateur depuis la donation, afin que l'ignorance en laquelle ils seroient de la donation, ne puisse les induire en erreur; comme aussi en faveur de ses héritiers, de peur que l'ignorance de la donation ne pût les porter à accepter mal-à-propos sa succession.

##### §. I. Quelles donations sont sujettes à l'insinuation.

46. Toutes donations sont sujettes à l'insinuation, même les donations mutuelles, quand même elles seroient parfaitement égales; ordonnance, art. 20; même

ou Les donations faites aux enfants nés et à naître d'une personne, étant regardées vis-à-vis des enfants à naître comme donations fidéicommissaires, dont les enfants déjà nés sont chargés envers eux lorsqu'ils naîtront, elles n'ont besoin d'être acceptées que par les enfants déjà nés; ordonnance, art. 12.

44. Les donations, quoique directes, lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage à l'un des futurs conjoints, aux enfants qui naîtront du mariage, ne sont pas sujettes à la formalité de l'acceptation; ordonnance, art. 10.

#### ARTICLE II.

##### De l'insinuation.

45. L'insinuation est la transcription qui se fait de l'acte de donation dans un registre public, pour la rendre notoire.

Cette formalité, qui est extrinsèque à l'acte de donation, a été ordonnée par les ordonnances et par la coutume, en faveur des tiers qui contracteroient avec le donateur depuis la donation, afin que l'ignorance en laquelle ils seroient de la donation, ne puisse les induire en erreur; comme aussi en faveur de ses héritiers, de peur que l'ignorance de la donation ne pût les porter à accepter mal-à-propos sa succession.

##### §. I. Quelles donations sont sujettes à l'insinuation.

46. Toutes donations sont sujettes à l'insinuation, même les donations mutuelles, quand même elles seroient parfaitement égales; ordonnance, art. 20; même

les rémunératoires, et celles qui seroient faites à la charge de services et de fondation, *ibid.*, ou autres charges. Si néanmoins les services ou les charges étoient appréciables à prix d'argent, et de valeur à-peu-près égale à celle des choses données, ces donations n'auroient de donation que le nom, et ne devroient être sujettes à l'insinuation; arrêt du 3 avril 1716, au tome 6 du *Journal*; sinon elles pourront être annulées par défaut d'insinuation; sauf au donataire son action pour le prix des services qu'il a rendus, ou des charges qu'il a acquittées, lorsque ces services ou ces charges sont appréciables.

47. Les donations, quoique faites en avancement de succession à nos enfants, y sont sujettes, si ce n'est lorsqu'elles sont faites par le contrat de mariage; car l'ordonnance, art. 19, n'excepte que ce cas. La raison de l'exception est que l'obligation de doter ses enfants étant une obligation naturelle, on doit regarder la dot qui leur est fournie comme l'acquittement d'une dette, plutôt que comme une donation. D'ailleurs les mariages étant publiés, et ne se faisant pas ordinairement sans dot, le public n'a pas besoin d'être averti par l'insinuation que les père et mère qui marient un enfant lui fournissent une dot.

Cette exception n'a lieu que pour les donations directes. Les substitutions, quoique faites par contrat de mariage au profit de nos descendants, sont, comme toutes autres substitutions, sujettes à la formalité de la publication et de l'enregistrement; car cette formalité requise pour les substitutions étant quelque chose de différent de la formalité de l'insinuation des dona-

tions, ce que l'ordonnance, en cet article, ordonne à l'égard de l'insinuation des donations, ne peut s'appliquer aux substitutions; *Boutaric*, sur ledit art. 19; *Furgole*, *ibid.*

Les donations faites à nos enfants, pour être exemptes de l'insinuation; doivent être contenues dans le contrat de mariage: celles faites par des actes séparés, quoique en faveur du mariage, y doivent être sujettes: sans cela le public pourroit être induit en erreur, ne paroissant aucune donation par le contrat de mariage qui seroit représenté, et celles faites par des actes séparés, étant inconnues; *Furgole*, *ibid.*

Ricard, p. 11, n. 1144, pensoit que les donations faites pour la dot de religion d'un enfant faite *intra legitimum modum*, à un couvent à qui il est permis d'en recevoir, n'étoient pas sujettes à l'insinuation. Il rapporte aussi un peu plus haut des arrêts qui en ont jugé exemptes les donations faites à un enfant pour son titre sacerdotal. Je pense qu'on doit aujourd'hui décider que toutes ces donations y sont sujettes, l'ordonnance n'ayant exempté les donations que nous faisons à nos enfants que lorsqu'elles sont contenues dans un contrat de mariage. Néanmoins *Furgole*, *ibid.*, estime que même encore aujourd'hui la donation pour titre sacerdotal peut être valable sans insinuation, mais seulement jusqu'à concurrence du taux du diocèse, et non au-delà.

48. Les donations que les conjoints se font entre eux par contrat de mariage, ou qui sont faites à l'un d'eux, ou aux enfants qui en naîtront, par autres que par les ascendants, quoiqu'elles soient dispensées des

autres formalités des donations, *suprà*, n. 26, 27, sont néanmoins sujettes à l'insinuation; car l'ordonnance n'excepte que celles faites en ligne directe.

Mais tout ce qui est convention ordinaire de mariage, plutôt que donation, n'y est pas sujet; art. 21.

49. L'ordonnance, art. 22, dispense de l'insinuation les donations des choses mobilières en deux cas.

Le premier cas est lorsqu'il y a tradition réelle. *Furgole*, sur ledit art., pense que dans les donations de créances mobilières la signification du transport au débiteur équipolle, à cet égard, à la tradition réelle, et doit dispenser ces donations de l'insinuation, parce que dans ces donations de choses incorporelles, qui ne sont pas susceptibles de la tradition réelle, cette signification est équipollente, puisqu'elle dépossède de la chose donnée le donateur aussi parfaitement que la tradition réelle le dépossède dans les donations de choses corporelles.

Si le donataire, en exécution du transport, s'étoit fait payer, il seroit sans difficulté que ce paiement tiendroit lieu de tradition réelle, et que la donation n'auroit pas besoin d'insinuation.

Le deuxième cas est lorsque la donation des choses mobilières n'excède pas la somme de mille livres: elle est en ce cas dispensée d'insinuation; quoiqu'il n'y ait pas eu de tradition réelle.

Lorsque quelqu'un a fait, en différents temps, à la même personne, plusieurs donations de choses mobilières, et que chacune n'excède pas la somme de mille livres, quoique toutes ensemble l'excèdent, toutes les donations sont bonnes; *Furgole*, sur ledit article.

Si la donation d'une chose mobilière excédant la somme de mille livres n'est pas insinuée, elle est entièrement nulle. Il est vrai que, par le droit, la donation qui excédoit la somme jusqu'à laquelle il étoit permis de donner sans insinuation étoit valable jusqu'à cette somme; mais c'est parcequ'il y avoit une loi qui le décidoit ainsi: au lieu que l'ordonnance ne dispense de l'insinuation que les seules donations qui n'excèdent pas mille livres: mais elle ne dit pas que celles qui excèdent cette somme en seront dispensées jusqu'à concurrence de ladite somme; *Furgole*, art. 22.

50. Enfin les donations qui seroient faites au roi, et celles que le roi fait, ne sont pas sujettes à l'insinuation; c'est ce qui résulte de ces termes de l'ordonnance de 1539, qui a établi l'insinuation: *Les donations qui seront faites par et entre nos sujets.*

#### §. II. Quand l'insinuation doit être faite.

51. L'ordonnance de Moulins, art. 58, veut que l'insinuation des donations se fasse dans les quatre mois, à compter de la date de la donation, *pour les personnes et biens qui sont dans le royaume; et dans six mois pour ceux qui sont hors du royaume.*

Lorsque l'acceptation ne s'est pas faite en même temps que la donation, le temps ne court que du jour de la date de l'acceptation; car c'est l'acceptation qui forme la donation.

Mais, quoique la donation ait été faite sous une condition suspensive, le temps court du jour de la date de l'acte de donation, et non pas du jour de l'échéance de la condition: car, dans les actes entre vifs, les con-

ditions ont un effet rétroactif au temps de l'acte; l. 18, et l. 144, §. 1, ff. *de reg. jur.*

52. Lorsque l'insinuation se fait dans le temps prescrit, elle a un effet rétroactif au temps de la donation: d'où il suit, 1<sup>o</sup> qu'elle rend la donation valable vis-à-vis de ceux qui auroient contracté avec le donataire dans le temps intermédiaire entre la donation et l'insinuation; 2<sup>o</sup> qu'elle peut se faire dans ce temps, même après la mort du donateur.

Après l'expiration du temps prescrit, l'insinuation peut encore se faire; mais elle n'a d'effet que du jour de sa date. D'où il suit, 1<sup>o</sup> qu'elle ne peut préjudicier aux hypothèques qu'ont acquises sur les héritages donnés les créanciers qui ont contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire, ni aux tiers-acquéreurs, qui, dans ce temps intermédiaire, auroient acquis de lui les choses données. De là il suit, 2<sup>o</sup> que l'insinuation qui se fait après le temps prescrit par l'ordonnance ne peut se faire que du vivant du donateur; car elle ne peut dépouiller les héritiers du droit qu'ils ont acquis lors de la mort du donateur dans les biens dont la donation ne se trouvoit pas insinuée.

Mais l'insinuation se fait valablement, quoique après la mort du donateur, et quoique le donateur soit devenu incapable de donner; car l'insinuation n'est qu'une formalité extrinsèque à la donation, qui a reçu sa perfection entre le donateur et le donataire; et en cela l'insinuation diffère de l'acceptation.

## §. III. Comment et où se doit faire l'insinuation.

53. L'insinuation se fait en transcrivant en entier dans le registre public l'acte de donation. Si l'acceptation s'est faite par un acte séparé, il faut transcrire l'acte d'acceptation. Il ne suffiroit pas d'insinuer un acte confirmatif de la donation, à moins que l'acte de la donation ne s'y trouvât inséré en entier.

Il n'importe à la requête de qui se fasse cette insinuation : il n'est pas besoin, pour insinuer, d'avoir pouvoir ni du donateur ni du donataire, et la clause par laquelle on donne ce pouvoir au porteur est superflue.

54. Le registre public où doit se faire l'insinuation est celui du greffier des insinuations laïques du bailliage royal dans le ressort duquel se trouve le lieu du domicile du donateur : le greffier ordinaire de la juridiction est incompetent pour cette fonction.

55. Avant la déclaration du roi du 7 février 1731, les insinuations se faisoient aux bureaux d'arrondissement établis dans les justices des seigneurs aussi valablement qu'au bureau principal établi près de la justice royale ; mais, depuis cette déclaration, on ne peut plus faire d'insinuation qu'au greffe des insinuations de la justice royale ; tous autres greffiers ont cessé d'être compétents pour en faire à l'avenir.

56. Lorsque l'insinuation se fait dans le temps de l'ordonnance, comme elle a effet rétroactif au temps de la donation, elle doit se faire au lieu du domicile qu'avoit le donateur au temps de la donation, quoiqu'il en ait changé depuis : mais lorsqu'elle se fait

après l'ordonnance, elle doit se faire au lieu où est le domicile du donateur au temps de l'insinuation; *Ricard*, 1, n. 1212.

57. L'insinuation doit se faire non seulement dans le greffe du bailliage royal où est le domicile du donateur; mais aussi dans ceux des autres bailliages royaux où se trouvent situés chacun des immeubles compris en la donation: autrement la donation est nulle; non pour toutes les choses qui y sont comprises, mais seulement pour celles dans le lieu de la situation desquelles l'insinuation n'aura pas été faite.

Cette décision a lieu, quoique la donation soit d'une universalité de biens, *putà*, de droits successifs. Quoique les différents corps d'héritages qui composent cette universalité n'aient pas été spécifiés, l'insinuation doit se faire dans les différents lieux où ils sont situés.

58. Mais lorsque quelqu'un donne les biens qu'il laissera à son décès, ou une part desdits biens; comme une telle donation ne comprend aucun héritage déterminé, étant incertain quels seront ceux que le donateur laissera à son décès, il n'est pas besoin d'insinuer ailleurs qu'au lieu du domicile du donateur.

59. Lorsqu'on a donné une terre tenue en fief d'où dépendent plusieurs morceaux situés en différents bailliages, il y a lieu de penser qu'il suffit de faire l'insinuation dans celui où est situé le chef-lieu; car ce chef-lieu est représentatif de toute la terre: c'est l'avis de *Ricard* et de *Lalande*; et on peut tirer argument de l'art. 467. Je conseillerois, pour plus grande sûreté, de la faire dans les différents lieux.

§. IV. Par qui le défaut d'insinuation peut être opposé; et des fins de non-recevoir que peut avoir le donataire contre ceux qui lui opposeroient ce défaut.

60. A l'exception du donateur, qui ne peut lui-même opposer le défaut d'insinuation de la donation qu'il a faite, toutes les autres personnes qui ont intérêt que la donation soit nulle peuvent opposer ce défaut; ordonnance, art. 27. Tels sont les créanciers du donateur, les tiers-acquéreurs, même à titre gratuit, des choses comprises en la donation; la femme du donateur, et ses héritiers, pour la part qu'ils prétendent à titre de communauté dans les conquêts compris en la donation; enfin les héritiers et légataires du donateur; art. 27.

61. Toutes ces personnes peuvent opposer ce défaut, quand même elles auroient eu connoissance de la donation. Arrêt rapporté par Ricard, p. 1, n. 1253; autre de Toulouse, de 1728, cité par Furgole. La raison est que les formalités ne se suppléent pas; et que tant qu'on n'y a pas satisfait, ces personnes, quelque connoissance qu'elles aient d'ailleurs de la donation, sont en droit de la réputer nulle et simulée.

62. Quoique le donateur se fût expressément chargé, par l'acte de donation, de la faire insinuer, à peine des dommages et intérêts du donataire, les héritiers du donateur ne laisseroient pas de pouvoir opposer le défaut d'insinuation. L'ordonnance, art. 27, déclare cette clause nulle, comme faite dans la vue de tenir la donation impunément secrète, et d'é luder la loi qui en ordonne la publicité.

63. Si le donateur avoit une qualité qui le chargeât de l'administration des biens du donataire, il seroit tenu du défaut d'insinuation, qu'il étoit, en sa qualité d'administrateur des biens du donataire, obligé de faire: d'où il suit que ses héritiers, qui succèdent à toutes ses obligations, ne pourroient en opposer le défaut.

C'est pour cette raison que l'ordonnance, art. 30, décide que le défaut d'insinuation des donations faites à une femme par son mari, ou par d'autres personnes, ne peut être opposé à la femme par les héritiers du mari; et il faut tenir pour règle générale, que tous ceux qui ont été les administrateurs des biens du donataire, ni leurs héritiers *ou ayants cause*, ne peuvent lui opposer le défaut d'insinuation; art. 31.

L'ordonnance, par ces termes d'*ayants cause*, entend que si quelqu'un avoit acquis, même à titre singulier, quelque immeuble du mari ou autre administrateur, il ne pourroit opposer le défaut d'insinuation de la donation; parceque ces choses par lui acquises se trouvant hypothéquées à l'obligation en laquelle étoit le mari ou autre administrateur de faire insinuer la donation, il se trouveroit lui-même hypothécairement tenu des dommages et intérêts résultants du défaut qu'il opposeroit, et par conséquent non-recevable à l'opposer, si mieux il n'aimoit délaissier les choses hypothéquées.

64. Le donataire qui est en possession des choses données peut encore opposer contre le défaut d'insinuation la prescription de trente ans, tant contre les héritiers du donateur que contre ses créanciers. Le temps de cette prescription ne court contre les héritiers

du donateur que du jour du décès du donateur; *Ricard*, p. 1, n. 1283 : car ce n'est que de ce jour que naît l'action utile *in rem*, révocatoire de la donation qu'ils avoient droit d'intenter. A l'égard des créanciers, le temps de la prescription court contre l'action qu'ils ont de leur chef, du jour qu'ils ont contracté avec le donateur, et acquis hypothèque sur ses biens ; car dès ce jour leur action est née contre le donataire : mais ils peuvent exercer celle que l'héritier du débiteur, devenu le leur, est encore dans le temps d'exercer.

Au reste, ni les mineurs, ni l'Église, ni toutes les autres personnes qui jouissent du privilège des mineurs, ni la femme qui étoit sous la puissance de son mari, ne peuvent être restitués contre le défaut d'insinuation, même en cas d'insolvabilité de leurs tuteurs et autres contre lesquels ils pourroient avoir recours ; ordonnance, art. 32 et 28. La raison est que l'intérêt de la sûreté publique, qui a fait établir l'insinuation, doit prévaloir à celui des particuliers.

#### SECTION IV.

##### De l'effet des donations.

65. L'effet de la donation est que le donateur, par la donation, se dépouille, au profit du donataire, de tout le droit qu'il a dans la chose qu'il lui donne. Mais il ne la donne que telle qu'elle lui appartient, et autant qu'elle est à lui ; et il ne s'oblige à aucune garantie envers le donataire, s'il n'y en a une clause spéciale. En cela la donation diffère de la vente.

C'est pourquoi si le donataire est par la suite obligé

de délaisser l'héritage qui lui a été donné, soit sur une action de revendication, soit sur l'action hypothécaire d'un créancier de quelqu'un des auteurs du donateur, soit sur quelque autre espèce d'action que ce soit, il n'a aucun recours contre le donateur; et il ne peut pas même répéter les dépenses que lui a occasionées la donation, quand même, lors de l'éviction, il n'auroit encore perçu aucuns fruits de la chose donnée qui eussent pu l'en dédommager, à moins qu'il ne parût manifestement que le donateur eût fait la donation par malice, pour constituer en dépense le donataire, qu'il prévoyoit devoir être bientôt évincé; l. 18, §. 3, ff. de donat.

Si un donataire à titre singulier a été obligé de délaisser l'héritage sur l'action hypothécaire d'un créancier du donateur, et que ce créancier ait été payé sur le prix de l'héritage délaissé, le donataire aura en ce cas la même action contre le donateur qu'ont contre un débiteur ceux qui ont acquitté pour lui sa dette.

66. Le donateur n'étant pas obligé à la garantie de la chose donnée, qui ne lui appartient pas, il suit de là que le propriétaire, quoiqu'il soit devenu son héritier, ne laisse pas de pouvoir la revendiquer.

Mais si le donateur devenoit l'héritier du propriétaire, il ne seroit pas recevable, en sa qualité d'héritier, à la revendiquer; car en la donnant, il est censé avoir cédé tout le droit, non seulement qu'il y avoit, mais qu'il pourroit y avoir un jour: s'il ne s'est pas obligé *præstare donatariorum rem habere licere*, au moins il est censé s'être obligé *præstare per se non fieri quominus haberet*.

67. La donation des choses particulières n'oblige pas le donataire aux dettes du donateur : mais si le donateur avoit fait la donation en fraude de ses créanciers, sachant ou devant savoir qu'il ne lui restoit pas de quoi les payer, le donataire seroit sujet à l'action révocatoire des choses données, quoiqu'il n'eût pas eu connoissance de la fraude du donateur : et en cela le donataire diffère de l'acquéreur à titre onéreux, qui n'est sujet à cette action révocatoire que lorsqu'il a été *consciis fraudis*.

A l'égard des donataires universels, ils sont tenus des dettes du donateur, ou pour le total s'ils sont donataires du total, ou pour la part que le donateur leur a donnée dans ses biens; car les dettes en sont une charge.

Sur la question, Quels sont ceux qui sont réputés donataires ou légataires universels, voyez l'Introduction au titre suivant.

#### SECTION V.

Des retranchements que peuvent souffrir les donations.

68. Les donations peuvent souffrir retranchement en deux cas :

1<sup>o</sup> Par l'édit des secondes noces. Voyez ce que nous en avons dit, Introduction au tit. 10, chap. 9.

2<sup>o</sup> Lorsqu'elles donnent atteinte à la légitime des enfants du donateur.

67. La donation des choses particulières n'oblige pas le donataire aux dettes du donateur : mais si le donateur avoit fait la donation en fraude de ses créanciers, sachant ou devant savoir qu'il ne lui restoit pas de quoi les payer, le donataire seroit sujet à l'action révocatoire des choses données, quoiqu'il n'eût pas eu connoissance de la fraude du donateur : et en cela le donataire diffère de l'acquéreur à titre onéreux, qui n'est sujet à cette action révocatoire que lorsqu'il a été *consciis fraudis*.

A l'égard des donataires universels, ils sont tenus des dettes du donateur, ou pour le total s'ils sont donataires du total, ou pour la part que le donateur leur a donnée dans ses biens; car les dettes en sont une charge.

Sur la question, Quels sont ceux qui sont réputés donataires ou légataires universels, voyez l'Introduction au titre suivant.

#### SECTION V.

Des retranchements que peuvent souffrir les donations.

68. Les donations peuvent souffrir retranchement en deux cas :

1° Par l'édit des secondes noces. Voyez ce que nous en avons dit, Introduction au tit. 10, chap. 9.

2° Lorsqu'elles donnent atteinte à la légitime des enfants du donateur.

## §. I. De la nature de la légitime.

69. Les père et mère doivent, par le droit naturel, à leurs enfants une part de leurs biens, qu'on appelle *légitime*. La loi civile en a fixé la quotité.

Notre coutume l'a fixée à la moitié de la part que l'enfant auroit eue dans les biens de sesdits père ou mère, s'il n'en eussent disposé par donation entre vifs ou dernière volonté. Voyez l'art. 274.

70. Cette légitime doit être laissée aux enfants sans aucune charge. C'est pourquoi si un père avoit grevé son fils de substitution, en le chargeant de restituer en entier, après sa mort, à ses enfants ou à d'autres sa portion héréditaire, le fils peut demander que la moitié qui lui appartient pour sa légitime, lui soit délivrée franche de la substitution. Il n'est pas même tenu d'imputer sur sa légitime la jouissance qu'il aura du surplus de cette portion héréditaire, jusqu'à l'ouverture de la substitution; l. 36, *cod. de inoff. testam.* à moins que le testateur ne lui eût laissé ce surplus que sous cette condition expresse. Quoique régulièrement la légitime ne puisse être grevée, néanmoins si le père avoit fait connoître par son testament que c'étoit pour l'avantage de son fils qu'il chargeoit de substitution sa portion héréditaire, par un sujet bien fondé, de crainte de dissipation, et que le fils n'eût pas des créanciers en fraude desquels cette disposition parût faite, la substitution pourroit être confirmée pour le total; arg., l. 16, §. *potuit*, ff. *de curat. fur.*

71. L'enfant est censé saisi de plein droit de sa légitime dès l'instant du décès de son père ou autre as-

endant qui la lui doit: en conséquence les donations soit d'héritages, soit de sommes d'argent, qui se trouveront, par la supputation, y avoir donné atteinte, sont dès ce temps censées de plein droit annulées jusqu'à la concurrence de ce qu'elles y donnent atteinte; et les fruits des héritages, et les intérêts des sommes qu'on doit retrancher desdites donations pour former la légitime, sont dus dès ce temps au légitimaire; *Furgole*, q. 37; *Lebrun*, l. 3, ch. 2, sect. 11, n. 3.

§. II. Quelles donations sont sujettes au retranchement pour la légitime des enfants du donateur.

72. Les donations, de quelque espèce qu'elles soient, soit entre vifs, soit testamentaires, sont sujettes à ce retranchement, les mutuelles comme les simples.

Celles faites pour récompense de services ou sous des charges, y sont sujettes, si les services ou les charges ne sont pas constants, ou ne sont pas de nature à être appréciés à prix d'argent. S'ils sont appréciables et constants, la donation ne peut être sujetté au retranchement que jusqu'à concurrence de ce qu'elle excéderoit la valeur des services ou des charges qui ont été acquittés.

Un legs, quoique prétexté de restitution, ne laisse pas d'y être sujet, à moins que le légataire ne justifie de la clause pour laquelle le testateur étoit obligé envers lui à restitution; *Furgole*, etc. *Lebrun*: autrement on pourroit éluder la loi de la légitime.

73. Les donations sont sujettes à ce retranchement,

quelque favorable que puisse être la clause pour laquelle la donation a été faite.

C'est pourquoi la donation faite à une fille pour sa dot de mariage, est sujette à retranchement pour la légitime des autres enfants. On auroit pu douter si cette légitime peut être prétendue contre le mari, surtout lorsque la dot consistoit en deniers qui ne sont plus en nature; et la raison de douter est qu'il a reçu cette dot à titre onéreux, pour supporter les charges du mariage. Néanmoins l'ordonnance, art. 35, décide que le mari en est tenu en ce cas. La raison est que la dot étant donnée par le père à sa fille, le mari ne la reçoit qu'à cause de sa femme. Il ne peut donc la recevoir que sous les mêmes charges sous lesquelles elle est donnée à sa femme, et par conséquent sous la charge de pourvoir la légitime des autres enfants, qui doit être sous-entendue dans cette donation comme dans toutes les autres.

Cela a lieu, quand même la fille auroit, par son contrat de mariage, renoncé pour cette dot à la succession future de son père; ordonnance, art. 35. On en doutoit néanmoins avant l'ordonnance; et la raison de douter étoit, que la fille ayant pris, comme par une espèce de forfait, la dot qu'elle a reçue pour sa portion héréditaire, sans pouvoir jamais profiter de l'augmentation qui pourroit arriver dans la fortune de son père, elle sembloit ne devoir pas non plus rien supporter du dérangement qui y pourroit arriver. Mais cette raison n'a pas paru suffisante au législateur pour faire en ce cas une exception à la règle générale.

La dot donnée en mariage à une fille étant sujette à

la légitime des autres enfants, quoique le mari la reçoive pour supporter les charges du mariage, par la même raison, celle qui lui seroit donnée pour sa profession religieuse paroît y devoir être sujette, quoique le couvent l'ait reçue pour subvenir aux aliments de cette fille. Furgole est d'avis contraire.

Dufresne en son *Journal*, IV, 7, cite un arrêt du 3 avril 1629, par lequel il dit avoir été jugé que la donation faite à quelqu'un pour lui servir de titre clérical, n'étoit pas sujette à souffrir retranchement pour la légitime. Je croirois qu'elle devoit y être sujette, sur-tout si l'ecclésiastique donataire se trouvoit pourvu de bénéfice, ou avoit du bien d'ailleurs.

Les conventions matrimoniales, lorsqu'elles dégèrent en avantages, et excèdent les bornes ordinaires, sont aussi sujettes à la légitime des enfants de la personne qui a fait ces avantages; Ricard, I, 111, 1085.

74. Tous les avantages indirects qui sont sujets à rapport, sur lesquels voyez *infra*, l'Introduction au tit. 17, ch. 6, art. 3, §. 1, sont aussi sujets au retranchement pour la légitime.

### §. III. Quelles personnes ont droit de légitime.

75. Il n'y a que nos enfants qui sont habiles à nous succéder, qui puissent prétendre une légitime dans nos biens.

76. La légitime étant une portion que les père et mère doivent dans leur succession à leurs enfants, et conséquemment la demande de la légitime étant une espèce de *petitio hereditatis*, plusieurs auteurs en ont tiré cette conséquence, que pour la demander par voie

d'action, il faut être héritier au moins sous bénéfice d'inventaire; *Ricard*, p. 3, n. 978: mais tous conviennent qu'on peut la retenir par voie d'exception, quoiqu'on ait renoncé à la succession.

77. Les enfants que nous avons justement exhéredés, et les filles qui, pour une dot qu'elles ont reçue de nous, ont, par contrat de mariage, renoncé à notre succession future, ne peuvent prétendre aucune légitime dans nos biens.

§. IV. De la supputation de la légitime, quels sont les enfants qu'on doit compter, et de ce qui s'y doit imputer.

78. Il résulte de la définition de la légitime qui est en l'art. 274, que pour la supputation de la légitime, on doit faire une masse, tant des biens que le défunt a laissés dans sa succession, que de tous ceux dont il a disposé par des donations, soit entre vifs, soit testamentaires.

Les biens dont il a disposé entre vifs, doivent être couchés par fiction pour leur valeur au temps du décès, sauf les meubles et les offices, qu'on y couche pour le prix pour lequel ils ont été donnés.

Observez néanmoins que l'estimation des héritages dont le défunt a disposé par donations entre vifs, ne doit être faite que sous la déduction des impenses nécessaires et utiles, autres que celles de simple entretien qui y ont été faites par les donataires. Lesdites impenses nécessaires doivent être entièrement déduites sur la valeur présente desdits héritages: mais les utiles doivent l'être seulement jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve actuellement plus précieux.

Ces impenses et augmentations ne s'estiment que sous la déduction des dégradations arrivées par le fait ou la faute des donataires.

On partage par fiction cette masse entre tous les enfants qui doivent être comptés, et faire part dans cette supputation; et la moitié de la part qui revient à chaque enfant dans cette masse, déduction préalablement faite sur cette part de la part virile qu'il doit porter dans les dettes, frais funéraires, et autres charges nécessaires de la succession, est sa légitime.

Observez néanmoins que lorsqu'il est question de fixer la légitime de l'aîné, si c'est vis-à-vis des autres enfants qui sont donataires ou légataires des biens nobles, la légitime de cet aîné à l'égard desdits biens nobles, est le total de ce qui lui revenoit dans lesdits biens, et non pas seulement la moitié, comme nous l'avons dit, Introduction au titre des *Fiefs*, n. 311.

Lorsque le passif surpasse l'actif des biens que le défunt a laissés, les enfants héritiers sous bénéfice d'inventaire, peuvent laisser ces biens pour les dettes, frais funéraires, et autres charges; et en ce cas la masse sur laquelle doivent être prises les légitimes des enfants, est composée seulement de ceux dont le défunt a disposé par des donations entre vifs.

79. Les enfants qui doivent être comptés pour faire part dans cette supputation de la légitime, sont non seulement ceux qui viennent effectivement à la succession du défunt, mais ceux qui y seroient venus sans les donations ou legs qui leur ont été faits; *Ricard*, p. 3, n. 1063.

Suivant ce principe, on ne compte pas ceux qui

sont prédécédés, ou qui ont perdu l'état civil par la profession religieuse ou par une condamnation à une peine capitale, quelque donation qu'ils eussent reçue auparavant; à moins qu'ils n'aient des enfants qui les représentent. Les exhéredés et ceux qui renoncent gratuitement, ne sont pas non plus comptés; *Ricard*, p. 3, ch. 8, s. 7.

80. Après qu'on a ainsi réglé la somme à laquelle monte la légitime de chaque enfant, pour savoir s'ils en sont remplis, on doit imputer sur la légitime de chaque enfant tout ce qu'il tient de la succession ou de la libéralité du défunt, même à titre de donations entre vifs: en quoi notre droit est différent du droit romain, qui n'imputoit pas sur la légitime ce qui avoit été donné entre vifs, s'il n'avoit été donné expressément pour en tenir lieu.

Observez que ce qui n'est pas sujet à rapport (*infra*, Introduction au titre 17, sect. 6, art. 3) ne s'impute pas sur la légitime; telles que sont toutes les dépenses faites pour l'éducation d'un enfant.

Il est évident qu'on n'impute pas sur la légitime d'un enfant les biens compris dans une substitution dont le défunt a été grevé envers lui, et qu'il a recueillis à sa mort: car il les tient de l'auteur de la substitution, et non du défunt, qui n'a été que le canal par lequel ils lui sont passés.

Ce que l'enfant d'un premier lit a fait retrancher, en vertu de l'édit des secondes noces, d'une donation faite à une seconde femme; ne s'impute pas non plus sur sa légitime vis-à-vis des légataires et des donataires postérieurs; car il ne tient cela uniquement que

de l'édit des secondes noccs. Il ne le tient pas du défunt, qui a fait ce qui étoit en lui pour le lui ôter: il ne le tient pas non plus de la loi de la légitime, qui ne donne aucune atteinte à cette donation, tant qu'il y a dans les donations postérieures et dans les legs de quoi la fournir, comme nous le verrons au paragraphe suivant. Mais s'il n'y avoit pas dans les legs et donations postérieures de quoi la fournir, la donation faite à la seconde femme indépendamment de l'édit des secondes noccs, souffriroit le retranchement de ce qui, après les legs et les donations postérieures épuisés, manqueroit encore à la légitime; et ce qui seroit ainsi retranché s'imputeroit sur la légitime à la décharge des donataires antérieurs.

§. V. Dans quel ordre les donations souffrent-elles retranchement pour la légitime.

81. Les donations entre vifs ne peuvent souffrir aucun retranchement pour la légitime des enfants du donateur, jusqu'à ce que tous les legs qu'il a faits aient été épuisés.

Car si depuis la donation il reste au donateur des biens suffisants pour fournir la légitime de ses enfants, ce sont les legs qu'il a faits de ses biens, et non les donations qui y ont donné atteinte.

Les enfants doivent donc se pourvoir pour leur légitime, 1° contre les légataires universels; car ils ne sont légataires que de ce qui reste après les legs particuliers acquittés; 2° après les legs universels épuisés, contre les légataires particuliers, qui doivent tous contribuer au sou la livre aux légitimes: car tous les

legs n'ayant effet que du jour de la mort du testateur, ils sont tous de même date, et les uns n'ont aucun avantage sur les autres; 3<sup>o</sup> les enfants peuvent, après tous les legs épuisés, se pourvoir contre les donataires entre vifs, en commençant par le dernier, et sans qu'ils puissent attaquer les donations antérieures, que les postérieures n'aient été entièrement épuisées; ordonnance, art. 34: car tant qu'il reste dans les biens donnés en dernier lieu de quoi fournir les légitimes, il est vrai de dire que ce sont les donations faites en dernier lieu, et non celles faites auparavant, qui y ont donné atteinte.

Observez néanmoins que si parmi les légataires ou donataires il se trouvoit quelque enfant du nombre de ceux à qui il est dû une légitime, il ne seroit tenu des légitimes des autres enfants que pour ce qu'il auroit de plus que la sienne; ordonnance, art. 34.

82. Il n'est pas douteux que le donataire par contrat de mariage du total des biens présents et à venir est tenu indistinctement d'acquitter les légitimes, lorsqu'il ne se restreint pas aux biens présents: mais le donataire d'une certaine partie des biens présents et à venir par contrat de mariage n'en est tenu que dans son ordre, s'il n'en a point été expressément chargé par la donation. S'il l'a été, il est tenu, même avant les donataires postérieurs, d'acquitter lesdites légitimes pour la part pour laquelle il a été dit par la donation qu'il les acquitteroit; ou si elle n'y a pas été déterminée, pour la même part qui lui a été donnée dans les biens; art. 37.

Si néanmoins ces donataires se restreignent, comme

ils le peuvent, à la donation des biens que le donateur avoit lors de la donation qui leur a été faite, ils ne seront tenus des légitimes que dans leur ordre; et subsidiairement, si les biens postérieurement acquis ne suffisoient pas; art. 37.

83. Lorsque le donataire postérieur, contre qui on doit se pourvoir pour la légitime, est insolvable, et que les biens qui lui ont été donnés n'existent plus, on peut se pourvoir contre les donataires qui le précèdent. Mais dans la masse des biens pour la fixation de la légitime, on ne comprendra pas les biens qui ont été donnés à cet insolvable (sauf à les y rapporter, s'il devenoit solvable par la suite); ce qui réduira la légitime à moins. Ce donataire les ayant dissipés, c'est, par rapport à la légitime, la même chose que si le défunt qui les lui a donnés les eût dissipés lui-même.

§. VI. Si l'enfant légitimaire doit profiter des augmentations et souffrir des diminutions survenues depuis le décès dans les choses dont est composée la masse qu'on forme pour la supputation de la légitime.

84. La décision de cette question agitée par les auteurs résulte de deux principes. Le premier est que la légitime des enfants dans les biens de leur père ou autres ascendans étant due au temps du décès de leurdit père ou autre ascendant, elle se fixe sur la valeur des biens, eu égard au temps de ce décès; *suprà*, n. 76. Le second principe est que ce qui doit être retranché des legs et donations pour la légitime est dû en nature, *in specie*, à l'enfant légitimaire; *infra*, n. 91.

La légitime, suivant le premier de ces principes,

devant être fixée sur la valeur des biens, eu égard au temps du décès, la part qui, suivant cette fixation, s'est trouvée devoir être retranchée sur les legs ou sur les donations faites par le défunt, sera toujours la même, quelque augmentation ou quelque diminution qui survienne depuis le décès sur les biens que le défunt a laissés dans sa succession, et sur lesquels la légitime doit être prise avant que les legs et donations puissent être entamés : d'où il suit que c'est le légitimaire qui profite de cette augmentation, et qui supporte cette diminution. *Finge*: un homme a donné à un premier donataire étranger un héritage qui, lors de son décès, valoit 10,000 livres: à un second, un autre héritage de valeur de 15,000 livres. Il a légué un autre héritage de 5,000 livres, et il laisse pour 10,000 livres d'effets dans sa succession, et un enfant pour unique héritier. Le total de cette masse se monte à 40,000 livres; par conséquent la légitime de l'enfant est de 20,000 livres. Ne se trouvant que 10,000 livres dans la succession, le légitimaire, pour parfaire les 10,000 livres qui lui manquent, retiendra en entier l'héritage légué qui est de valeur de 5,000 livres, et le tiers de l'héritage donné au second donataire; ce qui fait la somme de 10,000 livres qui manquoit à la légitime. Quand même les effets laissés dans la succession, qui valoient, lors du décès, 10,000 livres, seroient depuis augmentés de valeur jusqu'à vingt ou trente, le légitimaire n'en retiendra pas moins en entier l'héritage légué, et n'en retranchera pas moins de la seconde donation le tiers de l'héritage donné au second donataire: d'où il suit qu'il profite entièrement de cette augmentation. *Vice*

*versâ*, quand même lesdits effets laissés en la succession seroient diminués de valeur, il ne retranchera rien de plus des legs et donations: d'où il suit qu'il porte entièrement cette perte.

A l'égard de l'augmentation qui survient depuis le décès sur les héritages légués ou donnés, le légitimaire ne profite de cette augmentation et ne supporte cette diminution que pour la part qui en doit être retranchée pour fournir sa légitime. C'est pourquoi, en retenant la même hypothèse, si l'héritage donné au second donataire est augmenté ou diminué, le légitimaire profitera de cette augmentation ou supportera cette perte pour le tiers qu'il a droit de retrancher de cette donation. Si c'est l'héritage donné au premier donataire qui est augmenté ou diminué, l'augmentation ni la diminution ne concerneront en rien le légitimaire, qui n'a rien à retrancher de cette donation.

Ces décisions ont lieu, soit que ces augmentations ou diminutions soient extrinsèques, c'est-à-dire causées seulement par la variation qui arrive dans le prix des choses; soit qu'elles soient intrinsèques, telle que l'augmentation que fait une alluvion, et la diminution que cause un incendie par le feu du ciel, ou autre cas fortuit.

§. VII. Si la légitime des puînés doit prévaloir au droit d'aînesse.

85. Le droit qu'a chaque enfant d'avoir une portion dans la succession de ses père et mère étant un droit qu'il tient de la loi naturelle, il n'est pas douteux que ce droit doit l'emporter sur celui qu'a l'aîné dans les

biens nobles de ces successions, la loi qui accorde ce droit à l'aîné étant une loi purement arbitraire. C'est pourquoi lorsque le préciput de l'aîné ne laisse pas dans la succession de quoi fournir une légitime aux puînés, le préciput doit souffrir un retranchement pour les légitimes.

Cette maxime reçoit application dans plusieurs cas.

86. Le premier cas est lorsqu'il ne se trouve dans la succession qu'un manoir féodal, sans aucuns autres biens immeubles.

Notre coutume a prévu ce cas en l'art. 96. Elle ne permet pas que l'aîné jouisse en ce cas du droit qu'elle lui accorde par l'art. 89, de prendre un manoir entier, parcequ'il ne resteroit plus rien pour la légitime des puînés.

Cette raison n'est pas néanmoins la seule sur laquelle la disposition de cet art. 96 soit fondée : car si la coutume n'avoit eu en vue que de fournir une légitime aux puînés, elle ne leur auroit pas accordé la part entière qu'elle accorde aux puînés dans les biens nobles, la légitime n'étant que la moitié de cette portion. La raison sur laquelle est fondée la disposition de cet article est que la coutume, par l'art. 89, ne donnant à l'aîné un manoir que par forme de *préciput*, elle a jugé qu'il ne pouvoit y avoir lieu à ce *préciput* lorsque le manoir étoit le total de la masse immobilière, étant contre la nature d'un *préciput* ou *délibation sur la masse*, d'être le total de la masse.

87. Le second cas est lorsqu'il y a avec le manoir d'autres immeubles, mais qui ne sont pas de valeur suffisante pour fournir la légitime aux puînés.

La coutume de Paris, art. 17, a prévu ce cas, et sa disposition doit, pour son équité, être adoptée dans la nôtre: elle veut qu'en ce cas le manoir de l'aîné puisse être entamé pour les légitimes des puînés. Elle ne dit pas en quoi, dans cette espèce, consiste cette légitime: mais ayant, en l'art. 298, semblable au nôtre 274, décidé que la légitime d'un enfant est la moitié de la portion qu'il auroit sans les donations entre vifs et testamentaires qui y font obstacle, il est facile de conclure *ex mente consuetudinis*, que la légitime dont elle entend parler dans l'espèce de cet art. 17 est la moitié de ce que chaque puîné auroit tant dans le manoir considéré simplement comme bien noble, que dans les autres biens de la succession, sans la disposition de cet article qui, en donnant le manoir entier, fait obstacle à leur légitime. *Finge*: il y a dans la succession un manoir de 15,000 livres, 1,500 livres d'autres biens féodaux, 1,000 livres de biens ordinaires, et deux enfants. La légitime du puîné est pour la moitié de sa part dans les biens ordinaires, 250 livres; plus, pour la moitié de son tiers dans les 1,500 livres de biens féodaux, 250 livres; plus, pour la moitié de son tiers dans le manoir, 2,500 livres; ce qui fait en tout 3,000 livres. L'aîné, qui retiendra le manoir, sera donc obligé, pour fournir la légitime de son puîné, de lui abandonner le surplus des biens qui monte à 2,500 livres, et de lui retourner encore sur son manoir 500 livres pour parachever la somme de 3,000 livres à laquelle monte sa légitime. Voyez la note de Laurière sur cet article, d'où nous avons pris cette interprétation.

88. Le troisième cas est lorsque les portions des puînés se trouvent épuisées ou presque épuisées par les dettes de la succession, dont le préciput de l'aîné est affranchi.

*Finge*: un homme laisse douze enfants, 220,000 livres de biens féodaux, 20,000 livres de biens ordinaires, et 144,000 livres de passif. Chacun des onze puînés doit avoir pour sa onzième portion dans la moitié des biens féodaux 10,000 livres, et 1,666 livres pour sa douzième portion dans les biens ordinaires; ce qui fait en tout 11,666 livres. Il est tenu de 12,000 livres pour sa part du passif; par conséquent il ne reste rien aux puînés. Au contraire, l'aîné ayant pour sa moitié dans les biens féodaux 110,000 livres, et 1,666 livres dans les biens ordinaires, et ne devant que 12,000 livres pour son douzième dans le passif, il lui reste près de 100,000 livres de net. Quoique nos coutumes n'aient pas prévu ce cas, néanmoins il n'est pas douteux, suivant le principe que nous avons établi au commencement, que l'aîné doit en ce cas fournir sur le préciput qu'il a franc de dettes une légitime à ses puînés. La difficulté est de la fixer. Dira-t-on que nos coutumes n'ayant pas pourvu en ce cas à la légitime des puînés, la légitime ne leur étant due par conséquent que dans les purs termes du droit naturel, la fixation en doit être laissée à l'arbitrage du juge, qui arbitrera, *pro facultatibus hereditatis et dignitate personarum*, la somme qu'il jugera convenable pour les aliments et l'établissement de chacun des puînés? J'inclinerois plutôt à dire que *ex mente consuetudinis*,

de même que dans le cas précédent, la légitime des puînés est la moitié de la portion qu'ils auroient sans la disposition de la coutume, qui, en adjugeant à l'aîné un manoir entier, fait obstacle à leur légitime. On doit en ce cas-ci fixer leur légitime à la moitié de la portion qu'ils auroient sans la disposition de la coutume, qui, en affranchissant de dettes le préciput de l'aîné, fait obstacle à la légitime des puînés. Suivant cette décision, pour fixer la légitime des puînés dans l'espèce proposée, on doit prélever les dettes sur tous les biens de la succession, tant féodaux qu'ordinaires. Le total de la succession montant à 240,000 livres, les féodaux, qui montent à 220,000 livres en font les onze douzièmes: par conséquent on doit prélever sur les biens féodaux les onze douzièmes du passif; et la légitime de chacun des onze puînés dans lesdits biens sera la moitié de la onzième partie de la moitié de ce qui restera desdits biens. Pareillement on doit prélever sur les biens ordinaires, qui font la douzième partie de la masse, une douzième partie du passif; et chacun des puînés aura pour sa légitime desdits biens, la moitié de la douzième partie de ce qui en restera.

89. Le quatrième cas est lorsqu'une personne qui a fait des donations à des étrangers, qui n'excèdent pas la valeur des légitimes de tous ses enfants, laisse dans sa succession plus qu'il ne faut pour la légitime de son aîné; et moins qu'il ne faut pour la légitime de ses puînés.

*Finge*: un homme laisse deux enfants. Il a donné entre vifs à un étranger la somme de 12,000 livres: il lui reste pour 15,000 livres de biens, tout en fiefs sans

manoir, et il ne laisse aucunes dettes. La portion de son puîné dans les 12,000 livres qu'il a données auroit été de 6,000 livres, laquelle jointe avec celle de 5,000 livres pour son tiers dans les biens qui restent, auroit fait celle de 11,000 livres. Sa légitime est donc de 5,500 livres. Il s'en faut 500 livres qu'il n'en soit rempli par le tiers auquel il succède dans le bien qui reste. Au contraire l'aîné est beaucoup plus que rempli de la sienne : car sa portion dans les 12,000 livres qui ont été données est de 6,000 livres, laquelle jointe avec 10,000 livres pour les deux tiers qui lui appartiennent dans les biens qui restent, fait la somme de 16,000 livres. Sa légitime n'est donc que de 8,000 livres. Il en trouve 10,000 dans la succession : par conséquent il a 2,000 livres au-delà de sa légitime. Il est certain que le puîné doit être rempli de ce qui lui manque de sa légitime : la question est de savoir par qui? Ricard, p. 1, n. 1029, décide que c'est le frère aîné qui en est tenu, et non le donataire, parceque les donataires ne sont tenus des légitimes que subsidiairement, et lorsqu'il ne se trouve pas dans la succession de quoi les fournir.

§. VIII. De l'action qu'ont les enfants pour réclamer leur légitime.

90. L'enfant étant réputé saisi de plein droit de sa légitime, comme nous l'avons vu au paragraphe premier, il suit de là que lorsque les legs ou les donations entre vifs y donnent atteinte, il a une action *in rem* contre les légataires ou donataires, pour revendiquer dans les choses léguées ou données entre vifs ce qui est nécessaire pour fournir sa légitime.

Cette action peut être intentée, tant par l'enfant à qui la légitime appartient que par ceux qui sont à ses droits, tels que peuvent être ses héritiers ou autres successeurs ou cessionnaires.

Ses créanciers peuvent l'exercer pour lui et malgré lui; car elle fait partie des biens de l'enfant leur débiteur.

91. Elle peut être donnée non seulement contre les donataires, mais contre les tiers-détenteurs qui ont acquis d'eux les choses données: car ces donataires n'ayant acquis de droit dans les choses données que sous la déduction de ce qu'il en faudroit retrancher pour remplir la légitime des enfants, ils n'ont pu transférer dans ces choses à ceux qui les ont acquises d'eux, plus de droit qu'ils n'en avoient eux-mêmes.

92. Lorsque ce sont des héritages ou rentes qui ont été donnés, on doit délivrer en nature à l'enfant la part dans lesdits héritages ou rentes qu'il est nécessaire d'en retrancher pour parfaire sa légitime; à la charge par lui de faire raison au donataire, au *pronata* de la part retranchée, des impenses et augmentations faites par le donataire. Il ne suffiroit pas au donataire d'offrir l'estimation de cette part; car la donation est nulle jusqu'à concurrence de cette part: de là la maxime que la légitime doit être fournie en corps héréditaires.

On doit aussi faire raison à l'enfant des fruits de la part retranchée, perçus ou nés depuis le jour du décès; car il est réputé saisi dès ce jour de sa légitime.

93. Il résulte de ce que nous venons de dire que ce retranchement doit donner lieu à un partage des choses données entre le légitimaire pour qui on en doit re-

trancher une part, et le donataire qui doit retenir le surplus; ou à une licitation des choses données, si elles ne peuvent se partager.

94. Ce partage donne aussi lieu à une espèce de garantie réciproque : car si le légitimaire souffre éviction de quelqu'une des choses échues en son lot, n'ayant pas, au moyen de cette éviction, sa légitime complète, il a recours contre ce donataire sur les biens qui lui sont restés, et subsidiairement sur le donataire précédent, pour répéter la valeur de la chose qui lui a été évincée. Il ne la répètera néanmoins que sous la déduction d'une part pareille à celle qu'il avoit droit de prendre pour sa légitime dans la masse qu'on dresse pour en faire la fixation. Par exemple, si ce qui lui a été évincé vaut 800 livres, et que le défunt eût quatre enfants, sa légitime étant le huitième de cette masse, il ne répètera que 700 livres : car la masse des biens dans laquelle il doit prendre un huitième pour sa légitime se trouvant, par cette éviction, diminuée de 800 livres, sa légitime, qui est un huitième de cette masse, doit diminuer dans la même proportion, et par conséquent de 100 livres.

95. *Vice versá*, et par la même raison, si c'est le donataire qui a souffert éviction de quelqu'une des choses qui lui étoient restées, il a droit de répéter contre le légitimaire une portion de la valeur de la chose évincée, pareille à celle que le légitimaire a droit de prendre dans la masse universelle des biens. Par exemple, dans la même supposition qu'il y eût quatre enfants, et que la chose évincée au donataire fût de valeur de 800 livres, il répètera 100 livres contre le légitimaire.

Il a pour cette répétition une hypothèque sur les biens retranchés, privilégiée à tous les créanciers du légitimaire, telle que celle qui naît des partages.

§. IX. Des fins de non-recevoir contre la demande en légitime.

96. Lorsque l'enfant, depuis l'ouverture de son droit de légitime, y a renoncé, soit expressément, soit tacitement, en consentant par écrit au legs ou à la donation qu'il savoit y donner atteinte, il en résulte une fin de non-recevoir qui le rend non-recevable à demander sa légitime contre ce légataire ou donataire.

97. La prescription de trente ans, qui met fin à toutes les actions, met aussi fin à la demande en légitime. Ce temps commence à courir du jour de la mort de celui sur les biens duquel la légitime est prétendue, art. 38 : car c'est de ce jour que l'action est ouverte.

98. Il y en a qui pensent qu'il y a fin de non-recevoir contre la demande en légitime, lorsque l'enfant s'est mis en possession des biens de la succession sans en constater les forces par un inventaire ; parceque par son fait on ne peut plus savoir s'il est resté ou non assez de bien pour l'en remplir. Néanmoins Ricard pense que ce seroit punir trop rigoureusement l'imprudence de cet enfant que de le priver de sa légitime, et qu'on doit en ce cas suppléer au défaut d'inventaire par des enquêtes de commune renommée. Le juge doit se décider par les circonstances.

## SECTION VI.

De la révocation des donations.

99. Régulièrement les donations entre vifs son ir-révocables dès l'instant qu'elles ont été contractées.

Le donataire mis en possession de la chose donnée ne peut même la rétrocéder au donateur que par une nouvelle donation revêtue de ses formalités.

100. Il y a néanmoins deux causes de révocation des donations entre vifs; la survenance d'enfants au donateur, et l'ingratitude du donataire; dont nous allons traiter dans les articles ci-après.

Le rapport que l'enfant est tenu de faire à la succession du donateur est aussi une espèce de révocation: nous remettons à en traiter au tit. 17, chap. 6, art. 3.

## ARTICLE PREMIER.

De la révocation des donations à cause de survenance d'enfants.

101. Les donations entre vifs, faites par une personne qui n'avoit pas d'enfants, sont révoquées de plein droit lorsqu'il lui en survient. Cette révocation est de jurisprudence françoise, confirmée par l'ordonnance de 1731. La loi *si unquam*, *cod. de revoc. don.* n'avoit établi cette révocation que pour le cas particulier d'une donation faite par un patron à quelqu'un de ses affranchis. La raison de notre jurisprudence est qu'on doit supposer dans le donateur qui n'a pas d'enfants une disposition secrète de volonté de ne pas

donner s'il en avoit : d'où il suit qu'elles doivent être censées faites sous la condition implicite que le donateur n'aura pas d'enfants, et qu'elles doivent par conséquent, s'il lui en survient, être révoquées. Cette raison porta l'archevêque Aurèle à restituer les biens donnés à son église par une personne à qui il étoit depuis survenu des enfants, quoique, au rapport de saint Augustin, il n'y eût alors aucune loi humaine qui l'y obligeât. Can. 17, 2, 4 : ce qui prouve que la loi *si unquam* n'étoit pas une loi générale.

§. I. Quelles donations sont sujettes à cette révocation.

102. Les donations sujettes à cette révocation sont celles *faites par personnes qui n'avoient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation*; ordonnance, art. 39; c'est-à-dire qui n'en avoient pas seulement un : *nam non est sine liberis cui vel unus filius unave filia est*; l. 148, ff. de verb. signif.

Quand même il y en auroit eu un de conçu au temps de la donation, elle ne laisseroit pas d'être sujette à révocation par sa naissance; ordonnance, art. 40 : car on présume que le donateur n'auroit pas fait la donation s'il eût éprouvé les sentiments de la tendresse paternelle, qu'on n'éprouve qu'après la naissance des enfants.

Observez qu'une personne est sans enfants, quoiqu'elle en ait d'illégitimes, ou de légitimes ayant perdu leur état civil, ou qu'elle ait justement exhéredés, ou dont elle ignore l'existence.

103. Les donations faites par les personnes qui n'ont pas d'enfants sont sujettes à cette révocation, *de quelque*

*valeur qu'elles puissent être; d. art. 39; c'est-à-dire non seulement celles qui sont considérables, mais même les modiques; ce qui ne doit pas néanmoins être étendu aux petits présents de choses mobilières.*

Elles y sont sujettes, soit qu'elles soient faites en propriété ou seulement en usufruit: elles y sont sujettes, à quelque titre qu'elles soient faites, encore qu'elles soient mutuelles, rémunératoires; ordonnance, art. 39; ou onéreuses; lorsque les services ou les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, ou sont d'un prix inférieur à celui des choses données; et sauf, en cas de révocation, l'action du donataire pour le paiement de ses services, ou des charges par lui acquittées.

104. Les donations sont sujettes à cette révocation, quoiqu'elles soient faites pour causes pieuses et pour fondations d'établissements utiles; même celles faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints ou autres ascendants, art. 39. On n'entend pas bien ce que l'ordonnance entend par ces derniers mots: car n'étant question dans cet article que des donations faites par des personnes qui n'ont point d'enfants, il ne peut être question de celles qui seroient faites à l'un des futurs conjoints par quelqu'un de ses ascendants. Ces termes ne peuvent s'entendre que des donations que feroit l'un des conjoints, par exemple, au fils aîné qui naîtroit du futur mariage; laquelle ne doit pas être révocable par la survenance d'autres enfants.

On jugeoit autrefois que la donation faite à un ecclésiastique, pour lui servir de titre clérical, n'étoit pas

sujette à cette révocation ; il y en a arrêt du 15 juin 1643, au *Journal des Audiences* : mais l'ordonnance de 1731 ne l'ayant pas exceptée, cette donation n'étant pas plus favorable que celles faites pour dot de mariage, que l'ordonnance y assujettit, je pense qu'on doit décider aujourd'hui qu'elle y est sujette. Peut-être pourroit-on laisser en ce cas l'usufruit des choses données à l'ecclésiastique donataire, jusqu'à ce qu'il soit pourvu d'un bénéfice qui lui donne de quoi subsister.

105. Il nous reste à observer que la clause expresse par laquelle le donateur auroit renoncé à cette révocation n'empêcheroit pas que la donation y fût sujette ; ordonnance, art. 44. Le donateur est présumé s'être fait illusion. De là il suit que si la donation étoit faite sous cette clause, qu'en cas de survenance d'enfants elle seroit réduite à la moitié, elle ne laisseroit pas, le cas arrivant, d'être révoquée pour le tout.

§. II. Quelle espèce de survenance d'enfants donne lieu à la révocation.

106. La survenance d'un enfant révoque la donation, soit qu'il naisse du vivant du donateur, soit qu'il ne naisse qu'après sa mort ; ordonnance, art. 39. La raison est que la condition de la survenance d'enfants, qui est sous-entendue dans le contrat de donation, ayant, comme toutes les autres conditions des contrats, un effet rétroactif au temps du contrat, quoiqu'elle n'existe qu'après la mort du donateur, il est censé avoir eu dès le temps du contrat le droit de révoquer la donation, et l'avoir transmis dans sa succession.

L'ordonnance, art. 39, regarde aussi comme une espèce de survenance d'enfants la légitimation d'un enfant naturel, par un mariage subséquent contracté depuis la donation, quoique l'enfant fût né avant la donation. Il en doit être de même du retour imprévu d'un enfant qu'on croyoit mort ou perdu depuis longtemps; *Furgole*, q. 19.

Il n'en est pas de même du cas auquel un fils ci-devant jésuite lors de la donation auroit été depuis congédié avant l'âge de trente-trois ans. Ce cas ne me paroît pas pouvoir passer pour une survenance d'enfant; car ce fils existoit lors de la donation; son état civil n'étoit qu'en suspens; Introduction générale, n. 29. Le donateur savoit son existence, son retour pouvoit être prévu.

Observez que la survenance d'un bâtard au donateur ne révoque pas la donation: car la loi ne reconnoît pour enfants que les légitimes. L'enfant né d'un mariage qui, quoique valablement contracté, est privé des effets civils, ne diffère pas à cet égard du bâtard.

Mais la survenance d'un enfant né d'un mariage nul, à qui les lois accordent les droits d'enfant légitime en considération de la bonne foi des parties qui l'ont contracté, ou de l'une d'elles, révoque la donation faite par celui des conjoints qui a contracté le mariage de bonne foi: car quoique cet enfant, dans la vérité, ne soit pas né de légitime mariage, il suffit que les lois lui donnent les droits des enfants légitimes. On peut, pour cette décision, tirer un argument concluant de ce que l'ordonnance décide pour les enfants légitimés *per subsequens matrimonium*, les-

quels ne sont pas, dans la vérité, nés de légitime mariage, quoique les lois leur en accordent les droits.

Observez que l'enfant né d'un mariage nul contracté par des parties dont l'une étoit de bonne foi ne donne pas lieu à la révocation de la donation faite par celle qui n'étoit pas de bonne foi, quoiqu'il ait dans sa succession les droits des enfants légitimes, et que cette donation soit sujette au retranchement de sa légitime lorsqu'elle l'a entamée. La raison de différence est que l'action en retranchement de légitime est un droit de l'enfant, lequel ayant tous les droits des enfants légitimes, doit avoir celui-ci : mais le droit de révoquer la donation pour cause de survenance d'enfants est un droit accordé au donateur, qu'il n'a pu acquérir en contractant sciemment l'union illégitime dont l'enfant est né ; *cùm nemo ex proprio delicto possit sibi querere actionem*. Voyez *Furgole*, q. 17.

§. III. Comment se fait la révocation de la donation en cas de survenance d'enfants.

107. La survenance d'enfants révoque de plein droit la donation, et l'annule de manière qu'il ne reste aucun titre au donataire pour retenir les choses données.

De là il suit que le donateur peut les répéter même dans le cas auquel l'enfant dont la naissance a annulé la donation seroit mort depuis ; ordonnance, art. 43 : car la donation ayant été une fois annulée, ne peut plus revivre.

108. Par la même raison, le donateur peut répéter l'héritage donné, quand même, depuis la naissance de l'enfant, il auroit souffert le donataire entrer ou

demeurer en possession de cet héritage, ou qu'il auroit fait quelque autre acte approbatif ou confirmatif de la donation : car on ne peut pas confirmer ce qui est nul ; le titre du donataire ayant été annulé, la chose ne peut lui être donnée que par une nouvelle donation ; art. 41 et 43.

Par la même raison, les héritiers du donateur peuvent, même dans lesdits cas, révoquer la donation : car le droit de la révoquer ayant été acquis de plein droit au donateur, se transmet à ses héritiers.

109. L'action qu'a le donateur pour répéter les choses données est celle qu'on appelle en droit *condictio sine causâ*. Elle est personnelle-réelle : car le donataire n'ayant acquis l'héritage qui lui a été donné que sous la charge sous-entendue de la révocation en cas de survenance d'enfants, laquelle charge affecte la chose, il n'a pu l'aliéner à d'autres, ni accorder à d'autres quelque droit sur cet héritage que sous la même charge, suivant la règle, *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet* ; l. 54, ff. de reg. jur.

D'où il suit, 1<sup>o</sup> que le donateur peut répéter l'héritage contre les tiers-détenteurs ; 2<sup>o</sup> qu'il le recouvre libre de toutes les hypothèques et autres droits que le donataire y auroit imposés, même de celles de la femme du donataire, quand même la donation auroit été faite à ce donataire par contrat de mariage ; art. 42. L'ordonnance va plus loin ; elle veut que l'héritage soit déchargé des hypothèques de la femme, *quand même le donateur se seroit obligé comme caution par cette donation à l'exécution du contrat de mariage* ; art. 42. En

cela elle établit un droit nouveau. Si la chose s'étoit passée avant l'ordonnance, il faudroit décider, au contraire, que l'héritage demeure hypothéqué comme tous les autres biens du donateur, non en vertu de la donation qui est révoquée, mais en vertu du cautionnement qu'il a bien voulu subir envers la femme du donataire; lequel cautionnement n'étant pas une donation vis-à-vis de cette femme envers qui il est subi, n'est pas révoqué par la survenance d'enfants: mais l'ordonnance a regardé ce cautionnement, lorsqu'il étoit à la suite d'une donation faite au mari, comme une suite de cette donation, et comme un moyen indirect de s'en interdire la pleine révocation; c'est pourquoi elle a voulu que la révocation de la donation entraînat aussi en ce cas celle de ce cautionnement.

110. Le donataire doit restituer la chose avec les fruits qu'il en a perçus du jour de la notification qui lui en aura été faite par un *acte en bonne forme*, et non pas seulement du jour de la demande; ce qui est conforme à la nature de l'action *condictio sine causâ*, l. 38, ff. *de usur*. La donation étant révoquée de plein droit, et le donataire n'ayant plus de titre pour retenir la chose, il n'en a plus pour en percevoir les fruits. Il n'est pas néanmoins tenu de restituer ceux qu'il a perçus avant que la survenance d'enfants lui ait été notifiée, quoique depuis la naissance de l'enfant: car quoique cette naissance eût détruit de plein droit son titre, néanmoins ayant lieu de croire qu'il possédoit en vertu de sa donation, tant qu'il ignoroit la naissance de l'enfant qui l'avoit révoquée, cette opinion en laquelle il étoit, lui tenoit lieu de titre pour percevoir les fruits,

suivant cette maxime, *Justa opinio tituli æquipollet titulo*.

Le donateur ne seroit pas même recevable à la preuve testimoniale que le donataire a eu connoissance de la survenance d'enfants avant la notification qui lui en a été faite: car le donateur ayant eu une voie de droit pour assurer cette connoissance du donataire, il doit s'imputer de ne s'en être pas servi.

Il en est autrement du tiers-acquéreur; il ne doit rendre les fruits que du jour de la demande donnée contre lui, et il faut que par la demande on lui ait donné copie, tant de l'acte baptistaire de l'enfant, que de l'acte de donation.

III. L'action en révocation des choses données se prescrit, comme toutes les autres actions, par trente ans: mais l'ordonnance a décidé, art. 45, que ce temps ne courroit que du jour de la naissance du dernier enfant. On peut dire pour raison de cette décision, que quoique la naissance du premier enfant ait donné ouverture au droit de révoquer la chose donnée, la naissance de chacun des enfans qui naît depuis ajoute un nouveau droit de la révoquer à celui que le donateur avoit déjà acquis par la naissance du premier: *nam idem ex pluribus causis deberi potest*; l. 159, ff. de reg. jur. C'est pourquoi, quoique celui acquis par la naissance du premier, soit prescrit par le laps de trente ans, celui acquis par la naissance du dernier ne laisse pas de subsister jusqu'à ce qu'il se soit écoulé un pareil temps depuis sa naissance.

## ARTICLE II.

De la révocation des donations pour cause d'ingratitude du donataire.

112. Les donations peuvent se révoquer pour cause d'ingratitude; l. *fin. cod. de revoc. donat.* Cette loi en rapporte cinq espèces. On peut dire en général qu'un donataire est coupable d'une ingratitude qui donne lieu à cette révocation, lorsqu'il a fait quelque injure atroce au donateur, soit dans sa personne, en attendant à sa vie, ou en le maltraitant par lui ou par d'autres; soit en lui causant par malice quelque tort considérable dans sa réputation ou dans ses biens. L'injure faite du vivant du donateur à la femme ou à quelqu'un des enfants du donateur, peut aussi, lorsqu'elle est considérable, passer pour faite au donateur lui-même; comme si le donataire avoit attenté à l'honneur de la femme ou de la fille du donateur: car *patimur injuriam non solum per nosmetipsos, sed per liberos, per uxorem. Instit. tit. de injur.*

113. Au surplus, il n'y a que l'injure qui peut être censée faite au donateur lui-même, qui puisse donner lieu à la révocation, et non celle qui auroit été faite après sa mort à sa veuve ou à ses héritiers, quelque grande qu'elle fût; et pareillement il n'y a que celle commise par le donataire lui même qui y puisse donner lieu. C'est pourquoi celle commise par le mari de la donataire, ou par le titulaire de l'église à qui la donation a été faite, ne doit pas les faire priver même de la jouissance des choses données. Il est vrai que le

mari ou le titulaire de bénéfice en est privé pour l'offense par lui commise envers le seigneur de qui relèvent les fiefs de sa femme ou de son bénéfice; mais c'est qu'il a la qualité de vassal pour ces fiefs, au lieu que le mari de la donataire n'a pas la qualité de donataire.

114. Toutes les donations sont sujettes à cette révocation, même les rémunératoires, et celles qui sont onéreuses, jusqu'à concurrence de ce que la valeur des choses données excède le prix des services ou des charges acquittées.

Ricard pensoit que les donations mutuelles n'étoient pas sujettes à cette révocation. On a jugé par arrêt du 18 décembre 1714, au tome 6 du *Journal*, qu'elles y étoient sujettes. La raison est que dans les donations mutuelles on doit présumer que c'est l'amitié que j'ai pour le donataire, qui est le principal motif qui m'a porté à donner, quoique l'espérance de profiter de celle qu'il me fait réciproquement, y entre aussi pour quelque chose; en quoi ces donations diffèrent des contrats aléatoires: c'est pourquoi elles exigent de la gratitude, et doivent être révocables lorsque le donataire manque à ce devoir.

Les remises qu'un créancier fait à son débiteur lorsqu'elles sont une pure libéralité, et qu'elles partent de l'amitié qu'il a pour lui, sont des donations révocables pour cause d'ingratitude; *secus* des remises qui sont faites par contrat d'atermoiement, ou pour une composition de profits.

Les donations, quoique faites en faveur de mariage, sont sujettes à cette révocation, sans préjudice néan-

moins du droit du mari de la donataire, comme nous le verrons ci-après; *Ricard III*, 111, n. 681. Il y a néanmoins quelques auteurs d'avis contraire.

Celles faites pour servir de titre clérical ne doivent être sujettes à cette révocation qu'à la charge de laisser jouir le donataire jusqu'à ce qu'il soit pourvu de bénéfice.

115. La révocation pour cause d'ingratitude procédant du fait du donataire, et n'étant pas juste qu'il puisse par son fait préjudicier à ceux qui ont acquis de lui quelque droit sur les choses qui lui ont été données, *nemo enim ex alterius facto prægravari debet*, cette donation ne doit avoir lieu que pour les choses données qui se trouvent par-devers le donataire; et le donateur ne peut les révoquer que telles qu'elles se trouvent, avec la charge des hypothèques, servitudes et autres droits réels que le donataire y a imposés; l. 7, §. *fin. cod. de revoc. don.* Mais depuis la demande le donataire ne peut plus aliéner les choses données, ni y imposer aucune charge; parceque par la demande elles deviennent *litigieuses*, et ne peuvent plus par conséquent être aliénées au préjudice du droit du demandeur; l. 1, *cod. de litig.*

116. Lorsque le donataire a vendu les choses données, *Ricard* décide, contre le sentiment de *Dumoulin*, que le donateur ne peut répéter le prix dont il a profité, ni même les choses qu'il auroit reçues en échange de celles qui lui ont été données; et ce sentiment paroît plus conforme au texte de la loi, qui n'accorde la révocation que de ce que le donataire *donationis titulo tenet*. Si c'étoit de l'argent qui eût été donné; comme dans l'argent on ne considère que la

valeur, il n'est pas nécessaire que le donataire ait les mêmes espèces pour qu'il y ait lieu à la révocation; il suffit qu'il se trouve dans ses biens une augmentation de valeur causée par la donation qui lui a été faite, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la somme donnée.

117. L'ingratitude ne révoque pas la donation de plein droit; elle n'est révoquée que par la sentence du juge sur la demande du donateur: d'où il suit que le donataire ne doit être condamné à la restitution des fruits que depuis la demande; car il avoit un juste titre pour percevoir ceux qu'il a perçus auparavant.

118. Cette demande, conformément à la nature de l'action d'injure, ne peut être donnée que par la personne même du donateur, et non par ses héritiers; et contre la seule personne du donataire, et non contre ses héritiers; *d. l. fin.* Mais si l'un ou l'autre meurt depuis la demande donnée, l'instance peut être reprise par ses héritiers ou contre ses héritiers; l. 39, *de reg. jur.* En un cas les héritiers du donateur seroient recevables à intenter cette action; savoir lorsque le donataire a tué le donateur, qui n'a pas eu le loisir de poursuivre par lui-même la réparation de l'offense, ou lorsque l'injure a été faite à la mémoire du donateur après sa mort.

La réconciliation intervenue depuis l'offense, opère une fin de non-recevoir contre cette action, de même que contre l'action d'injure.

## SECTION VII.

Du don mutuel entre mari et femme.

119. Notre coutume, après avoir défendu aux personnes mariées de se faire aucun avantage, art. 280, leur permet, art. 281, de se donner par don mutuel au survivant l'usufruit des biens de leur communauté, sous certaines charges et conditions. Voyez cet article.

§. I. De la nature de ce don mutuel.

120. Le don mutuel étant un contrat qui, dès l'instant qu'il est fait, lie les parties, et ne peut se révoquer que par leur mutuel consentement, est un don entre vifs: car c'est l'irrévocabilité qui est le caractère propre des donations entre vifs, et qui les distingue de celles à cause de mort, qui ne sont parfaites et ne se confirment que par la mort du donateur.

121. Il n'empêche pas néanmoins le mari de disposer librement, par des actes entre vifs, des effets de la communauté: car le don mutuel n'étant que des effets qui se trouveront communs à l'heure du trépas du premier mourant, (Voyez la note 4 sur l'art. 281) les effets dont il a disposé par des actes entre vifs n'étoient pas compris au don mutuel.

122. Ce don doit être mutuel et égal: d'où il suit que l'une des parties ne peut donner à l'autre qu'autant que l'autre peut lui donner.

Suivant ces principes, s'il étoit porté par le contrat de mariage que le mari auroit les deux tiers des biens de la communauté, et la femme le tiers, le mari ne

pourroit donner à sa femme par don mutuel en usufruit que la moitié de sa part, qui est un tiers des biens de la communauté, la femme n'ayant de son côté qu'un tiers qu'elle puisse lui donner; *Ricard*, n. 165.

123. Si l'un des conjoints, *putà*, le mari, avoit donné à sa femme, par contrat de mariage, sa part des meubles et conquêts, ils ne pourroient plus se faire de don mutuel pendant le mariage, le mari en ce cas n'ayant plus rien à donner; arrêt du 27 août cité par *Lemaître*. Par la même raison, s'il avoit donné à sa femme la moitié de ses meubles et conquêts, ne lui restant plus à pouvoir donner par don mutuel que l'autre moitié de sa part, la femme ne pourroit pareillement lui donner par don mutuel que la moitié de la sienne.

124. Suivant ces principes, lorsqu'il est porté par le contrat de mariage que les héritiers de la femme, au cas qu'elle prédécède, auront pour tout droit de communauté une certaine somme, *putà*, de 10,000 liv., les conjoints ne pourront se faire de don mutuel; arrêt cité par *Ricard*, n. 164. La raison est, que la part du mari qu'il donne à sa femme, au cas qu'elle survécût, pouvant surpasser la somme de 10,000 liv., le mari auroit donné plus que ce que la femme lui a pu donner.

On ne pourroit même faire valider le don mutuel en y ajoutant cette clause, que le don fait par le mari ne pourroit excéder la somme de 10,000 liv.: car le don mutuel seroit encore nul par une autre raison, qui est que la part du mari pouvant ne pas monter à 10,000 liv., la femme qui a donné à son mari les

10,000 liv., qui lui reviennent dans la communauté, auroit donné plus à son mari que son mari ne lui a donné.

Ces raisons militent pareillement dans le cas auquel il seroit dit que la femme auroit moitié en la communauté, ou une certaine somme à son choix; et il ne peut y avoir en ce cas de don mutuel; *Ricard*, n. 173.

Si la condition de l'un ou de l'autre conjoint étoit égale, et qu'il fût dit que les biens de la communauté demeureroient à celui des deux conjoints qui surviendroit, en payant aux héritiers de l'autre une certaine somme, il n'est pas douteux qu'ils pourroient se faire don mutuel, lequel seroit de part et d'autre de cette somme.

125. Il paroît suivre de nos principes, que la femme donataire mutuelle qui renonce à la communauté, ne peut prétendre jouir que de la moitié des biens qui demeurent pour le total à la succession de son mari: car n'ayant jamais pu en aucun cas avoir plus que la moitié desdits biens, et n'ayant pu donner à son mari que la moitié desdits biens, il semble que suivant nos principes, le mari ne lui en a pu donner davantage: c'est aussi le sentiment de *Ricard*. Néanmoins quelques arrêts ont jugé que la femme devoit jouir en ce cas du total. Il faut supposer que dans l'espèce de ces arrêts, la femme, comme il se pratique ordinairement, avoit, par une clause de son contrat, le droit de reprendre, en renonçant à la communauté, ce qu'elle y avoit mis. Ces arrêts ont jugé que le total de ce qui restoit des biens de la communauté après que la femme en a retiré son apport, ne se trouvant pas plus considérable

qu'auroit été la moitié de la femme dans les biens de la communauté dont on n'auroit pas ôté son apport, l'égalité requise au don mutuel n'étoit pas blessée en lui accordant la jouissance du total.

126. Lorsque les conjoints se sont donné mutuellement la part égale qu'ils auroient chacun dans les biens de la communauté, le don mutuel est valable, quoique l'un d'eux ait beaucoup de dettes propres, qui, à défaut de ses biens propres insuffisants pour les acquitter, eussent pu entamer la part qu'il a donnée dans les biens de la communauté: c'est un événement incertain qui ne doit pas entrer en considération; *Ricard*, n. 195 et suivants.

127. Lorsque les parties, ou l'une d'elles, ont donné plus que la loi ne leur permet de donner par don mutuel, le don mutuel est entièrement nul. En cela il est différent des legs, qui ne sont pas nuls lorsque le testateur a légué plus que la loi ne lui permettoit de léguer, mais sont seulement réductibles. La raison de différence est que le legs subsistant par la seule volonté du testateur, il suffit, pour qu'il soit valable, que le testateur ait voulu léguer ce que la loi lui permettoit de léguer. Or il n'est pas douteux que le testateur qui, contre la disposition de la loi, a voulu léguer le total de ses propres, a voulu en léguer la portion que la loi permet de léguer, puisqu'elle est comprise dans le total. Mais le don mutuel ne subsistant pas par la seule volonté du donateur, et l'une des deux donations ne pouvant valoir sans l'autre, il suffit que la donation que j'ai faite à mon conjoint ne puisse pas avoir toute son exécution, pour que celle qu'il m'a faite de son côté soit nulle, puisqu'il ne m'a

donné qu'à cause du don que je lui faisais; et si elle est nulle, celle que je lui ai faite ne peut valoir en aucune partie; l'une ne pouvant pas subsister si l'autre n'est pas valable.

128. La coutume ne permettant le don mutuel que sous certaines charges, elles sont de l'essence du don mutuel: elles y sont toujours sous-entendues, et même les parties ne peuvent, par une clause du don mutuel, s'en décharger.

129. Il n'est pas douteux qu'outre les charges imposées par la coutume au donataire mutuel, on peut par le don mutuel en imposer d'autres, pourvu qu'elles le soient de part et d'autre; car si on ne peut étendre le don mutuel au-delà des bornes prescrites par la coutume, on peut le restreindre dans des bornes plus étroites.

Il ne faut pas que ces charges dépendent de ce que voudra le donateur après leur don mutuel, comme s'il étoit dit que le donataire sera tenu d'avancer tous les legs qu'aura faits le donateur; car l'imposition de pareilles charges laissant le pouvoir au donateur de diminuer tant qu'il voudra l'effet de sa donation, donne atteinte au caractère d'irrévocabilité qui est de l'essence du don mutuel comme de toutes les autres donations entre vifs, et le rend nul.

S'il étoit dit que les conjoints se font don mutuel sous la réserve d'une certaine somme déterminée, *putà*, de 6,000 liv., dont ils pourront tester, la clause est valable, et le don mutuel est de leur part en la communauté sous la déduction de cette somme, laquelle n'entrera pas dans la donation, quand même le donateur n'en auroit pas testé.

130. Il est aussi de l'essence du don mutuel qu'il dépende de la condition qu'il ne se trouvera aucun enfant ni de lui, ni de l'autre des conjoints, lors du décès du premier mourant. Voyez l'art. 281, et la note première.

On ne peut pas dire qu'il ne se soit trouvé aucun enfant, lorsque le mari prédécédé a laissé sa femme grosse d'un posthume qui depuis est né vivant et à terme; ou lorsque par l'opération césarienne, on a tiré un enfant vivant du sein de la femme prédécédé; l. 141 et 153, ff. de *V. S.*, et par conséquent en l'un et l'autre cas, le don mutuel n'est pas valable.

Il est évident que les enfants qui se trouveront, lors du décès du premier mourant, être morts civilement, ne sont comptés pour rien, et ne peuvent faire obstacle au don mutuel.

Je penserois même qu'un enfant justement exhérédié ne devrait pas faire obstacle, car la coutume, en faisant dépendre le don mutuel de la condition *s'il ne se trouve aucun enfant*, n'ayant eu d'autre vue que de conserver entièrement aux enfants la succession de leurs père et mère, il y a lieu de penser qu'elle n'a entendu comprendre dans cette condition que les enfants capables de recueillir leur succession, tel que n'est pas un exhérédié, qui en est rendu incapable par l'exhérédation. C'est l'avis de Lemaître sur Paris; Ferrière est d'avis contraire.

Au reste, il suffit, pour faire manquer la condition dont la coutume fait dépendre le don mutuel, qu'il se soit trouvé un enfant capable de succéder, quoiqu'il ait par la suite renoncé à la succession.

Les conjoints ne pourroient pas convenir par le contrat de don mutuel, qu'il auroit lieu au cas que les enfants qui se trouveroient lors du décès du premier mourant, mourussent sans postérité du vivant du survivant; *Ricard*, n. 113: car ils ne peuvent pas excéder les bornes prescrites par la coutume, qui ne leur permet le don mutuel que sous la condition qu'il ne se trouvera aucun enfant. On ne peut pas même dire que cette clause ne fasse aucun préjudice aux enfants en faveur desquels la coutume a prescrit cette condition: car elle les priveroit de la faculté de disposer librement de leur part dans les biens de la communauté.

#### §. II. De la forme du don mutuel.

131. Le don mutuel, comme toutes les autres donations entre vifs, doit être fait par un acte devant notaires, dont il reste minute. Il est sujet à l'insinuation; mais les héritiers du mari n'en peuvent opposer le défaut à la femme; *suprà*, n. 61.

L'art. 284 de Paris semble requérir l'insinuation pour la perfection du don mutuel, même vis-à-vis du donateur: mais cette disposition ne s'étend pas aux autres coutumes; *Ricard*, *du don mutuel*, ch. 4, n. 79.

Il n'est pas sujet ni à la tradition ou dessaisine, dont il n'est pas même susceptible, étant des biens que le donateur aura lors de son décès; ni à la formalité de l'acceptation; ordonnance, art. 46.

132. *Ricard* pense qu'il n'est pas nécessaire que la femme, pour le don mutuel, soit autorisée; parceque l'autorisation n'étant requise que pour l'intérêt du mari, (*Introd. au t. 10*, n. 144,) le défaut ne doit être

rétorqué contre lui dans un acte qui lui est avantageux, et où il semble même qu'il ne puisse autoriser sa femme, *cum nemo possit esse auctor in rem suam*; l. 1, ff. de *auth. tut.* Ces raisons me paroissent fort bonnes. *Auzanet sur Paris*, croit cette autorisation nécessaire, et cite des arrêts; et dans l'usage on observe dans ces actes d'exprimer que la femme est autorisée; ce qui est plus sûr.

§. III. Des qualités requises dans les conjoints qui se font don mutuel.

133. Le don que la coutume permet aux conjoints de se faire, étant un don *entre vifs* qui doit être mutuel, il ne peut être valable ni de part ni d'autre, si l'une des parties, lors du don, n'avoit pas les qualités nécessaires pour faire un don entre vifs; comme si le mari étoit interdit, si l'une des parties étoit en démence, si l'une d'elles étoit malade de la maladie dont elle est morte; art. 297.

134. Quoique les mineurs régulièrement ne puissent disposer de leurs immeubles, néanmoins la jurisprudence a établi qu'ils peuvent se faire le don mutuel permis par les coutumes, ce don étant favorable et censé avantageux aux conjoints qui le font; arrêts des 24 avril 1663, 11 février 1620, 26 mai 1625, cités par *Lemaître sur Paris*.

135. Il est évident qu'il faut que les conjoints soient communs en bien pour pouvoir se faire don mutuel, puisqu'il ne peut se faire que des biens de la communauté.

136. Notre coutume n'ayant pas, comme quelques

autres, requis une égalité d'âge, je pense que la disproportion d'âge, quelque grande qu'elle soit, non plus que celle de santé, n'empêche pas les conjoints de pouvoir se faire don mutuel. Il y a un arrêt dans *Soefve* qui a confirmé un don mutuel, quoique la femme fût paralytique.

§. IV. Des charges dont est composé le don mutuel.

137. Le don mutuel est de la part du donateur dans les biens dont la communauté se trouve composée lors de son décès.

138. Quoique les héritiers de la femme, par une clause du contrat de mariage qui le leur permet expressément, eussent, en renonçant à la communauté, le droit de reprendre la somme qu'elle y a apportée, le mari donataire mutuel ne laissera pas d'en avoir la jouissance : c'est ce qui a été jugé contre l'avis de Ricard, par arrêt de 1696, rapporté par Lemaître. La raison est que cette clause, bien loin d'empêcher que cette somme ne fasse partie de la communauté, suppose au contraire qu'elle y est entrée en l'exceptant des biens de communauté, que la femme ou ses héritiers sont obligés abandonner en renonçant; et par conséquent elle fait partie du don mutuel qu'elle a fait à son mari.

Le mari jouira-t-il du total? La raison de douter, est que le don mutuel fait par la femme étant de sa part en la communauté, il semble qu'il ne peut comprendre que la part qu'elle avoit comme commune dans les effets dont elle a stipulé la reprise, et non celle qu'y avoit le mari. La raison de décider que le

mari doit jouir du total, est que les héritiers de la femme en abandonnant au mari, par leur renonciation à la communauté, le surplus des biens de la communauté, et se tenant à la reprise de ce qui y a été apporté par la femme, cet apport devient pour le total la part de la femme en la communauté, et est par conséquent compris pour le total dans le don mutuel que la femme a fait à son mari de sa part en la communauté.

139. Lorsque l'un des conjoints, *putà*, le mari, a tiré une somme de la communauté pour ses affaires particulières, *putà*, pour acquitter une dette propre de laquelle il doit récompense à la communauté, c'est une question si la femme sa donataire mutuelle doit jouir de cette récompense, dont son mari fait confusion sur lui pour la moitié qui lui appartient dans la communauté, à laquelle cette récompense est due? J'inclinerois pour l'affirmative; autrement il y auroit de l'inégalité dans le don mutuel: car il n'est pas douteux que si le mari eût survécu, il eût joui, comme donataire mutuel de sa femme, de la part qui appartient à sa femme dans la récompense qu'il doit à la communauté. Si la femme survivante n'avoit pas droit pareillement de jouir de celle qui appartient au mari, il se trouveroit que le mari auroit moins donné qu'elle ne lui a donné. Cette raison me paroît devoir prévaloir à celle qu'on allégué pour la négative, qui consiste à dire que le don mutuel du mari ne peut comprendre la part qui lui appartient dans la récompense, puisque cette part n'existe pas, au moyen de la confusion et de l'extinction qu'opère le concours en sa personne, des

qualités de créancier et de débiteur de cette récompense. Cette raison n'est qu'une subtilité. Au fond, l'émolument que le mari a retiré de la libération de sa dette propre, est quelque chose de réel qui fait partie de son droit de communauté, et qui doit par conséquent faire partie du don mutuel qu'il en a fait à sa femme. C'est le cas de la maxime, *Æquitas scrupulositati nimicæque subtilitati præponderare debet*. C'est l'avis de Ricard, n. 199, et de Lemaître.

140. La loi qui permet le don mutuel est un statut réel: c'est pourquoi lorsque les Orléanois se sont fait don mutuel, il ne peut s'étendre qu'aux biens régis par cette coutume, ou par des coutumes qui le permettent, et non aux conquêts situés sous des coutumes qui ne le permettent pas; arrêt du 31 janvier 1663, au tom. 2 du *Journal*.

§. V. Du droit que le don mutuel donne au donataire dans les choses qui y sont comprises.

141. Le droit du donataire, par rapport aux héritages et autres immeubles compris au don mutuel, est un droit d'usufruit proprement dit, qui consiste dans le droit de percevoir tous les fruits qui seront à percevoir ou qui naîtront pendant tout le temps qu'il doit durer. Tout ce que nous avons dit en notre introduction au titre 12, ch. 4, touchant l'usufruit de la douairière, peut recevoir ici application. A l'égard des dettes actives mobilières, de l'argent comptant, et autres choses fongibles et de nature à se consumer par l'usage qu'on en fait, et qui en conséquence ne sont pas susceptibles d'un usufruit proprement dit, il n'est pas

douteux que le droit que donne le don mutuel par rapport à ces choses, est le droit qu'on appelle de *quasi-usufruit*, qui consiste dans le droit qu'a le donataire d'en disposer à son gré, à la charge d'en rendre après sa mort la valeur.

Il y a plus de difficulté à l'égard des autres meubles corporels qui ne se consomment pas entièrement par l'usage, quoiqu'ils s'usent et se déprécient, ces choses pouvant absolument être susceptibles du droit d'usufruit proprement dit; l. 3, §. 1, ff. *de usufr.* Quelques auteurs cités par Lemaître sur Paris, ont pensé que le donataire mutuel pouvoit avoir un droit d'usufruit proprement dit, par rapport à ces choses, et qu'il étoit recevable à les rendre en nature en l'état qu'elles se trouvent après l'expiration du don mutuel: mais cette opinion n'est pas suivie, et il est constant dans l'usage que le donataire mutuel n'a, par rapport à ces meubles, qu'un droit de *quasi-usufruit*, qui consiste dans le droit d'en disposer, à la charge d'en rendre le prix lors de l'expiration du don mutuel, ou suivant que lesdites choses auront été vendues, déduction faite des frais de vente lorsqu'il en a fait faire une vente publique; ou suivant la prisée, lorsqu'il n'a pas fait faire de vente.

142. Observez que les héritiers ne peuvent obliger le donataire mutuel à faire vendre les meubles de la communauté, ni à ajouter la crue du paris de l'inventaire, lorsqu'il n'a pas vendu. La coutume de Paris, art. 288, leur permet seulement de demander une nouvelle prisée par experts, dont ils conviendront avec le donataire mutuel, lorsqu'ils croient que celle de l'inventaire n'est pas juste. Quoique notre coutume

n'ait pas une pareille disposition, je pense qu'on peut aussi ici accorder aux héritiers de faire une nouvelle prisee, lorsqu'ils font cette demande peu de temps après la confection de l'inventaire. Je pense qu'elle doit se faire à leurs dépens; ce qui doit sur-tout avoir lieu, s'il paroissoit par la nouvelle prisee que celle portée par l'inventaire étoit juste.

§. VI. Quand le don mutuel est-il ouvert, et quand le donataire mutuel en est-il saisi.

143. Le don mutuel se faisant *au survivant*, art. 281, il est ouvert par la mort naturelle du prédécédé. La mort civile de l'un des conjoints n'y peut donner ouverture; *Ricard*, n. 116.

144. Le donataire mutuel n'est saisi du droit d'usufruit qui lui est donné, que du jour qu'il a présenté aux héritiers du prédécédé une caution pour jouir des choses comprises au don mutuel. Voyez l'art. 282 et les notes.

Comme ce n'est que de ce jour qu'il commence à avoir droit de jouir de la part du prédécédé dans les biens de la communauté; si dans le temps intermédiaire entre la mort du prédécédé et le jour auquel il a donné cette caution, il a perçu quelques fruits des biens de la communauté, il ne peut les prétendre en vertu de son don mutuel, et les héritiers du prédécédé peuvent lui en demander leur part.

§. VII. Des charges du don mutuel.

145. Le donataire mutuel est obligé d'avancer la part des dettes de la communauté dont le prédécédé

est tenu, art. 281. La raison est que les biens de la communauté n'étant proprement que ce qui reste après les dettes prélevées, *Bona intelliguntur quæ deducto ære alieno supersunt*, l. 39, §. 1, ff. *de verb. sig.*, le donataire n'est proprement donataire et n'a droit de jouir que de ce qui reste après ledit prélèvement.

Par la même raison, il doit avancer la part des frais d'inventaire et liquidation des biens de la communauté dont la succession du prédécédé est tenue : car ces frais sont des charges des biens de la communauté, qui, de même que les dettes, la diminuent de plein droit.

146. Les frais funéraires du prédécédé ne sont pas une charge de la communauté : mais comme, suivant les anciens principes du droit françois, ils étoient une charge du mobilier du défunt, et que le mobilier du prédécédé se trouve compris dans sa part des biens de la communauté dans laquelle tombe le mobilier de chacun desdits conjoints, notre coutume a aussi chargé le donataire mutuel d'avancer en entier les frais funéraires du prédécédé.

Quoique les frais funéraires ne soient plus regardés aujourd'hui comme une charge particulière du mobilier de la succession du défunt, mais comme une charge universelle de tous les différents biens dont elle est composée ; et même, quoique depuis l'invention des clauses de réalisation, le prédécédé ait souvent d'autre mobilier que celui de la communauté, néanmoins le donataire mutuel a toujours continué d'être chargé de l'avance du total des frais funéraires du prédécédé. L'art. 281 l'y assujettit expressément.

L'habit de deuil qui est dû à la veuve, faisant partie de ces frais funéraires, la veuve donataire mutuelle doit se l'avancer; sauf, après l'expiration du don mutuel, à retenir sur la part des biens du prédécédé la somme à laquelle il aura été fixé.

147. Lorsque le prédécédé a laissé différents héritiers, les uns aux meubles et acquêts, les autres aux propres, le donataire mutuel n'en est pas moins tenu d'avancer pour le total la part des dettes de la communauté dont le prédécédé étoit tenu, et les frais funéraires. Mais comme c'est pour l'héritier aux meubles et acquêts qu'il fait cette avance, et qu'il doit, à l'expiration du don mutuel, la retenir sur la part de cet héritier dans les biens de la communauté, cet héritier est censé avoir payé; et en conséquence ledit héritier pourra répéter de l'héritier aux propres la part que ledit héritier aux propres doit porter dans lesdites dettes et frais funéraires, suivant l'art. 360, de même que si ledit héritier aux meubles et acquêts les eût payés lui-même.

148. Le donataire mutuel percevant irrévocablement les revenus des biens de la communauté pendant tout le temps que dure son usufruit, il doit acquitter sans aucune répétition tout ce qui courra d'arrérages des rentes dues par la communauté pendant tout ledit temps: car ces arrérages sont des charges desdits revenus, qu'elles diminuent de plein droit.

Il en est de même des intérêts des autres dettes de la communauté qui courront pendant ledit temps.

A l'égard des arrérages courus jusqu'au jour que l'usufruit du donataire mutuel a commencé, il est seulement tenu de les avancer, de même que les au-

tres dettes de la communauté, pour la part dont la succession du prédécédé est tenue.

149. Le donataire mutuel doit aussi, de même que tout autre usufruitier, acquitter sans aucune répétition toutes les charges réelles, tant ordinaires qu'extraordinaires, des héritages compris au don mutuel, nées pendant le temps que dure son usufruit: celles nées auparavant sont dettes de la communauté.

Il est pareillement tenu de toutes les réparations d'entretien qui surviennent pendant le cours de son usufruit.

A l'égard de celles qui étoient à faire lors de la mort du prédécédé, on ne peut dire qu'elles soient charges de son usufruit, puisqu'elles ne sont pas nées pendant le temps de son usufruit: elles sont plutôt charges de la communauté; c'est pourquoi il est seulement tenu d'en avancer le coût pour la part dont le prédécédé en est tenu.

Enfin le donataire mutuel est tenu, comme tous les usufruitiers, de veiller à la conservation des choses dont il a l'usufruit; et en conséquence de faire reconnoître les rentes, de s'opposer aux décrets, d'arrêter le cours des prescriptions, d'empêcher les usurpations, etc.

Sur toutes ces choses, voyez ce qui a été déjà dit au tit. 12, chap. 5.

150. Il nous reste à observer que lorsque le don mutuel n'est pas de la part entière de chacun des conjoints, mais d'une certaine portion, *putà* de la moitié ou du tiers de cette part; ou lorsqu'il est seulement des meubles et non des conquêts, *aut vice versà*; le

donataire mutuel des meubles n'est tenu des charges universelles du don mutuel, telles que l'avance des dettes, frais funéraires, etc., qu'à proportion de ce qui est compris dans le don mutuel; *Molin.*, sur l'art. 158 de Paris.

## TITRE XV.

*Des donations faites entre vifs, et en mariage.*

### ARTICLE CCLXXII.

A. C.  
art. 216.

Si père ou mère, *ayeul ou ayeule, ou autres ascendants*, font à leurs enfants, en faveur de mariage, ou émancipation (1), donations de biens meubles ou immeubles, telles donations sont bonnes et valables, pourvu qu'elles ne soient immenses, et que la légitime portion dûe à chacun des autres enfants, selon que cy-après sera déclaré, soit réservée (2) et gardée.

(1) Il auroit fallu dire *ou autrement*. L'usage d'émanciper les enfants auxquels on veut donner ne s'observe plus ici. Cela est nécessaire par le droit romain, parceque la propriété de tout ce qu'acquiert un fils *ex re patris*, lorsqu'il est sous sa puissance, appartient au père : mais la puissance paternelle, telle qu'elle a lieu dans notre droit coutumier, n'ayant pas cet effet, il est inutile de les émanciper et mettre hors sa puissance pour leur donner.

(2) Lorsqu'elles donnent atteinte à la légitime, elles ne sont pas entièrement nulles, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qu'elles y donnent atteinte. Voyez l'art. 274, et l'Introduction, s. 5.

donataire mutuel des meubles n'est tenu des charges universelles du don mutuel, telles que l'avance des dettes, frais funéraires, etc., qu'à proportion de ce qui est compris dans le don mutuel; *Molin.*, sur l'art. 158 de Paris.

## TITRE XV.

*Des donations faites entre vifs, et en mariage.*

### ARTICLE CCLXXII.

A. C.  
art. 216.

Si père ou mère, *ayeul ou ayeule, ou autres ascendants*, font à leurs enfants, en faveur de mariage, ou émancipation (1), donations de biens meubles ou immeubles, telles donations sont bonnes et valables, pourvu qu'elles ne soient immenses, et que la légitime portion dûe à chacun des autres enfants, selon que cy-après sera déclaré, soit réservée (2) et gardée.

(1) Il auroit fallu dire *ou autrement*. L'usage d'émanciper les enfants auxquels on veut donner ne s'observe plus ici. Cela est nécessaire par le droit romain, parceque la propriété de tout ce qu'acquiert un fils *ex re patris*, lorsqu'il est sous sa puissance, appartient au père : mais la puissance paternelle, telle qu'elle a lieu dans notre droit coutumier, n'ayant pas cet effet, il est inutile de les émanciper et mettre hors sa puissance pour leur donner.

(2) Lorsqu'elles donnent atteinte à la légitime, elles ne sont pas entièrement nulles, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qu'elles y donnent atteinte. Voyez l'art. 274, et l'Introduction, s. 5.

## ARTICLE CCLXXIII.

*Sont telles donations censées et réputées en avancement d'hoirie et succession (1) pour raison desquelles donations ne sont deus aucuns profits de fief ou censuel (2), ou autres droits seigneuriaux, par fils ou filles, et autres descendants en droicte ligne, mariez (3) ou à marier, auxquels lesdites choses sont données. Et lesquels enfants et autres descendants pourront revenir et retourner ausdites successions de leur père ou mère, ayeul ou ayeule, en rapportant (4) ce qui leur a été donné, ou moins prenant. Et se pourront iceux donataires tenir à la donation qui leur aura été faite, en renonçant ausdites successions; pourceque (5) père,*

A. C., art.  
216.  
C. d. Par.,  
art. 27.

(1) Ces mots *et succession* sont ajoutés comme l'explication de celui d'*hoirie*, qui vient d'*hereditas*, et ne signifient autre chose que *succession à titre d'héritier*. Les donations que nous faisons à nos enfants sont réputées en avancement de succession; parceque leur devant notre succession par les lois de la nature, lorsque nous leur donnons quelque chose de notre vivant, nous ne semblons pas tant leur donner, que nous acquitter envers eux d'avance de cette dette naturelle, les admettre d'avance à la succession de nos biens que nous leur devons.

(2) Pas même ceux des relevoisons à plaisir, quoiqu'ils soient dus à toutes mutations, même de succession en ligne directe; art. 126. La raison est que ces donations étant réputées en avancement de succession, ce ne sont que comme des provisions que le père ou autre ascendant accorde à ses enfants, en attendant l'échéance de sa succession, au partage de laquelle elles doivent se rapporter.

(3) Art. 36 et 127.

(4) Voyez l'article 306 et suivants, et l'Introduction au titre 17, sect. 6, art. 3.

(5) La raison pour laquelle l'enfant, pour pouvoir retenir ce qui lui a été donné et se dispenser du rapport, doit renoncer à la succession, est *pource que*, etc.

mère, *ayeul ou ayeule, et autres ascendants*, ne peuvent avancer l'un de leurs enfants plus que l'autre vengants (6) à leurs successions.

(6) La règle n'a lieu qu'entre les enfants qui viennent à la succession en se portant héritiers; ceux qui renoncent ne sont pas obligés à ce rapport.

## ARTICLE CCLXXIV.

C. d. Par.,  
art. 298.

« La légitime (1) est la moitié de telle part et portion, que chacun enfant eust eu en la succession desdits père ou mère, ayeul ou ayeule, ou autres ascendants, soit en meuble ou immeuble: si lesdits père, mère, ou autres ascendants n'eussent disposé par donations entre vifs, ou de dernière volonté, sur le tout déduict les (2) dettes et frais funéraires. »

(1) Voyez l'Introduction, s. 5.

(2) Voyez un cas où l'on n'en fait pas déduction, Introduction, n. 76, *in fine*.

## ARTICLE CCLXXV.

A. C., art.  
217.  
C. d. Par.,  
art. 272.

Il est permis à toutes (1) personnes, soit homme ou femme estant en bon sens et entendement, donner et disposer de ses propres (2) héritages à qui bon lui semble (3), par don fait entre vifs, sans le pouvoir révoquer; *pourveu que ledit donateur soit aagée de vingt-cinq ans.*

(1) Voyez l'Introduction, sect. 1.

(2) *Même de ses propres*; à plus forte raison de ses autres biens.

(3) Voyez l'Introduction, sect. 1, art. 2.

## ARTICLE CCLXXVI.

Laquelle donation est valable, pourvu qu'elle soit acceptée (1) du vivant des donateurs, et insinuée (2), et que dès le temps du don les donateurs se dessaisissent de la propriété et seigneurie des choses données, ou (3) qu'ils retiennent l'usufruit leur vie durant. Par laquelle rétention d'usufruit les donataires sont et demeurent saisis des héritages ainsi donnez, en sont tenus et réputés possesseurs par la saisine et dessaisine (4) faite en présence de notaires, ou notaire de cour laye, et tesmoins, au préjudice desdits donateurs, et leurs héritiers.

A. C.  
art. 217.

(1) Voyez, sur la formalité de l'acceptation, l'Introduction, sect. 3, art. 1.

(2) Voyez l'Introduction, sect. 3, art. 2.

(3) C'est article est mal conçu, il devoit l'être ainsi: *Pourvu que les donateurs se dessaisissent de la propriété des choses données, soit par la tradition réelle, soit en retenant l'usufruit, soit même par la seule clause de dessaisine saisine*, etc. Voyez sur la clause de rétention d'usufruit, l'Introduction, n. 21.

(4) On ne peut plus rien de plus mal conçu. La rétention d'usufruit est suffisante par elle-même pour faire réputer le donataire saisi de la chose donnée; et en ce cas la clause de saisine et dessaisine n'est pas nécessaire: mais lors même qu'il n'y a pas rétention d'usufruit, ou quelque autre semblable clause, notre coutume, *infra*, art. 278, a voulu que cette simple clause de dessaisine saisine équipollât à tradition, et fit réputer le donataire saisi. Voyez ledit art.

## ARTICLE CCLXXVII.

A. C.  
art. 217. Si ladite donation est immense et excessive, les enfants et autres descendants (1) en droicte ligne desdits donateurs la peuvent quereller, et faire réduire à la légitime telle que dessus. Et les héritiers collatéraux, en cas qu'il n'y ait enfants ou autres descendants en droicte ligne desdits donateurs, la peuvent aussi quereller, selon la disposition de droit (2).

(1) Le droit coutumier n'accorde de légitime qu'aux descendants; il n'a pas adopté la disposition du droit romain, qui l'accorde aux ascendants.

(2) Suivant la loi 27, *cod. de inoff. test.* les frères et sœurs germains ou consanguins peuvent attaquer les donations faites à leur préjudice à des personnes infames, *quæ infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ aspergantur*; et en ce cas ils ne la font pas seulement réduire, mais annuler en entier. Cette action qui est accordée aux frères et sœurs à cause de l'injure que leur fait le donateur, en leur préférant dans la succession de ces biens de telles personnes, doit à plus forte raison être accordée aux ascendants.

## ARTICLE CCLXXVIII.

A. C.  
art. 218. Dessaisine et saisine (1) faites présent notaire de

(1) Notre coutume, par cet article, établit une espèce de tradition feinte qui tient lieu de tradition réelle, et transfère la propriété de la chose; on peut la comparer à cette cérémonie qu'on appeloit chez les Romains *cessio in jure*. Elle consiste dans la clause par laquelle un vendeur ou donateur déclare par un acte par-devant notaires, qu'il se dessaisit de la chose donnée, et qu'il en saisit l'acquéreur; ce qui s'exprime par ces termes, *dessaisine saisine*. Il faut, pour que la clause ait cet effet, que le vendeur ou donateur soit, lors de l'acte, en possession de la chose; car la fiction étant une image de la vérité, on ne peut pas feindre que quelqu'un se dessaisisse de ce qu'il ne possède pas: il faut aussi qu'il ne demeure plus en possession depuis.

cour laye, de la chose aliénée, valent et équipolent à tradition de fait et possession prinse de la chose, sans qu'il soit requis autre appréhension.

## ARTICLE CCLXXIX.

Un vendeur ou donateur, par les don ou vente qu'il fait de son héritage, peut retenir l'usufruit de la chose donnée ou vendue : laquelle retention d'usufruit finie, icelui usufruit demeure uni et consolidé avec la propriété au profit des donataires et achepteurs, qui s'en peuvent dire et porter seigneurs, possesseurs, et saisis, sans (1) qu'il en soit requis autre appréhension de fait : ne que pendant la vie du donateur ou vendeur, le donataire ou achepteur ait payé en leurs noms (2) les droicts seigneuriaux des héritages donnez ou vendus.

A. C.  
art. 219.

(1) On acquiert ordinairement la possession d'une chose par l'appréhension qu'on en fait, c'est-à-dire en prenant possession réelle : mais cette appréhension n'est pas en ce cas nécessaire à l'acquéreur pour posséder la chose, puisque dès le temps du contrat la rétention d'usufruit que le vendeur ou donateur en a faite, lui a fait acquérir la possession ; art. 276.

(2) Lorsqu'un vendeur ou donateur s'est retenu l'usufruit d'un héritage, l'acheteur ou donataire n'est pas tenu en foi, ni payer les cens en son nom tant que l'usufruit dure, art. 285 : mais quoiqu'il n'entre pas en foi, et ne paie pas le cens en son nom, il n'en a pas moins la possession de l'héritage, qu'il a acquise par la clause de rétention de l'usufruit.

## ARTICLE CCLXXX.

A. C., art. 220.  
C. d. Par., art. 282.

Homme et femme conjoints par mariage, ne peuvent par disposition faite entre vifs, ne testamentaire, durant leur mariage, donner aucune chose l'un à l'autre, *directement ou indirectement* (1), et ne se confirme par (2) mort.

(1) Un conjoint donne indirectement à l'autre toutes les fois qu'il l'enrichit à ses dépens ; comme lorsqu'un mari, des deniers de la communauté, améliore les héritages de sa femme, acquitte ses dettes propres : c'est ce qui donne lieu aux récompenses que la femme en ce cas est obligée de faire à la communauté (Introduction au tit. 10, ch. 6), pour empêcher l'avantage indirect prohibé par cet article. C'est aussi donner indirectement, lorsque l'un des conjoints donne à une personne interposée quelque chose pour qu'elle le rende à l'autre conjoint ; comme aussi lorsqu'il donne au père, à la mère, et autres ascendants de l'autre conjoint, qui doit le retrouver dans leur succession. Enfin, par arrêt de la grand'chambre du 15 février 1729, rendu en forme de règlement, il a été jugé que les donations faites par l'un des conjoints aux enfants que l'autre conjoint a d'un autre mariage, étoient nulles, comme devant être réputées faites indirectement au conjoint, la tendresse paternelle nous faisant réputer donné à nous-mêmes ce qui est donné à nos enfants. Cet arrêt doit être suivi en notre coutume et dans les autres, hors en celle de Paris, qui, en l'art. 283, paroît permettre ces donations.

(2) Suivant la constitution du Septime Sévère, en la loi 32, ff. *de donat. inter vir. et ux.* les donations faites entre conjoints se confirmoient par la mort du donateur qui ne les avoit pas révoquées lorsque le donataire lui survivoit, et valoient comme donations pour cause de mort : mais notre coutume ayant défendu entre conjoints les donations pour cause de mort et testamentaires, aussi bien que celles entre vifs, il étoit superflu d'avertir que les donations entre conjoints ne se confirment pas par mort.

## ARTICLE CCLXXXI.

Toutefois (1) homme et femme conjoints par mariage, non ayants enfants de quelque mariage que ce soit, peuvent faire don mutuel entre eux de tous leurs biens meubles (2), et conquests immeubles faits (3) durant leur mariage (4), pour en jouir, par le survivant, sa vie durant seulement, en faisant inventaire et prisee (5) des biens meubles et conquests (6) immeubles, après le trespas de l'un desdits conjoints, et baillant par ledit survivant *bonne et suffisante caution*, de

C. d. Par.,  
art. 280.

(1) C'est au temps du décès du premier mourant, qui donne ouverture au don mutuel, et non au temps du contrat, qu'on doit considérer si les conjoints ont des enfants: la coutume de Paris qui dit, *Pourvu qu'il n'y ait enfants, soit des deux conjoints ou de l'un d'eux, lors du décès du premier mourant*, doit servir d'explication à la nôtre.

(2) Qui sont de la communauté: les reprises de propres, quoique biens meubles, n'entrent pas dans le don mutuel.

(3) Quoique les propres ameublis ne soient pas dans la vérité *conquêts faits durant le mariage*, ils ne laissent pas d'être compris dans le don mutuel; il suffit que par la fiction de l'ameublissement ils soient réputés pour tels.

(4) La coutume de Paris ajoute: *Qui sont trouvés être communs entre eux à l'heure du repas du premier mourant*. Le survivant peut donc à son gré disposer par actes entre vifs des effets de la communauté nonobstant le don mutuel, puisqu'il ne comprend que ceux qui se trouvent à l'heure du trépas du premier mourant.

(5) Voyez l'Introduction, sect. 7, §. 5.

(6) Il n'est pas nécessaire pour le don mutuel d'estimer les conquêts: mais s'il y a des réparations à y faire lors de l'ouverture du don mutuel, le donataire mutuel a intérêt de les faire constater, afin qu'en ayant avancé le coût, il puisse en avoir la répétition contre les héritiers du prédécédé, pour leur part, après l'expiration de son usufruit; autrement il seroit présumé avoir trouvé les héritages en bon état.

rendre après son trespas, aux héritiers du décédé, l'estimation (7) de la moitié desdits biens *meubles, ou de telle autre part et portion qui restera de ladite moitié*: Sur laquelle ledit survivant sera tenu avancer les obsèques et funérailles (8) du premier décédé, ensemble la portion des dettes communes (9) *par lui* (10) *deuës*.

(7) C'est-à-dire de ce qui restera de ladite moitié; parcequ'il y a sur ladite moitié des déductions à faire, comme on va l'expliquer.

(8) Ces frais funéraires se prennent pour le total sur la portion du premier décédé, dont le suivant jouit en usufruit; car ils sont une charge de sa succession seule, et non de la communauté.

(9) Tant de celles dont la communauté est tenue envers des tiers, que de celles dont elle est tenue envers chacun des conjoints: c'est pourquoi les reprises que chacun des conjoints a à exercer sur la communauté, aussi bien que le préciput, doivent être avancées par le donataire mutuel pour la part dont les héritiers du prédécédé en sont tenus.

Il n'en est pas de même du douaire: ce n'est pas une dette de la communauté, mais de la succession du mari. C'est pourquoi la donataire mutuelle n'est tenue d'en faire aucune confusion, ni pour le principal, ni pour les intérêts; et les héritiers du prédécédé sont tenus de le lui payer, quand même il n'y auroit pas d'autres biens dans la succession du prédécédé que ceux dont elle jouit en usufruit comme donataire mutuelle.

Ces termes, *dettes communes*, comprennent aussi toutes les charges de la communauté, telles que les faits d'inventaire des effets de la communauté, de liquidation, etc., les réparations d'héritages dont la communauté étoit tenue, etc.

(10) Prédécédé.

## ARTICLE CCLXXXII.

Aussi est tenu celui qui veut jouir dudit don mutuel, bailler caution de faire faire les réparations *viagères* (1), sur les héritages *sujets audit don mutuel*, et payer les *cens et charges annuelles, les arrérages, tant de rentes foncières, que autres rentes constituées pendant la communauté, échus depuis* (2) *la jouissance dudit don mutuel, sans espérance de les recouvrer.* Et ce (3) faisant demeure icelui survivant saisi (4) dudit don, et en peut intenter et soustenir le possessoire.

A. C., art.  
221.  
C. d. Par.,  
art. 287.

(1) Voyez art. 222. Entendez ceci de celles survenues depuis l'ouverture du don mutuel. A l'égard de celles qui étoient à faire lors de l'ouverture du don mutuel, il n'est tenu que d'en avancer le coût pour la part dont les héritiers en sont tenus.

(2) A l'égard de ceux échus auparavant, il est seulement tenu d'avancer la part qu'en doivent les héritiers : cette échéance se compte de jour à jour.

Sur les autres obligations dont le donataire mutuel est tenu comme tous les autres usufruitiers, voyez l'Introduction au tit. § 12, s. 2, §. 5.

(3) C'est-à-dire en donnant cette caution.

(4) Il n'est donc pas saisi plutôt ; les fruits qu'il auroit perçus auparavant que de donner caution ne lui appartiennent pas : mais dès qu'il a présenté une caution, quand même elle seroit jugée non-recevable, il est réputé saisi du jour qu'il l'a présentée, et il est tenu seulement de donner des certificateurs.

## ARTICLE CCLXXXIII.

A. C., art. 213.  
C. d. Par., art. 219.  
Donner et retenir ne vaut (1): Et est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession (2) jusqu'au jour de son décès (3).

(1) C'est-à-dire qu'une donation entre vifs n'est valable si elle n'est irrévocable. Sur l'irrévocabilité, et l'exception que souffre la règle dans les contrats de mariage, voyez l'Introduction, s. 2.

(2) En son nom comme s'en portant toujours propriétaire: *secus* s'il étoit resté en possession comme usufruitier ou comme fermier.

(3) Car il n'y a que les héritiers du donateur qui soient recevables à opposer ce défaut de dessaisissement, qui fait présumer en leur faveur que la donation entre vifs n'a pas été sérieuse; le donateur n'y est pas recevable. Voyez l'Introduction, n. 25.

## ARTICLE CCLXXXIV.

A. C., art. 222.  
C. d. Par., art. 275.  
Ce n'est donner et retenir, quand on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps: ou quand il y a clause de constitution (1) ou précaire. Et vaut telle donation.

(1) C'est-à-dire, une clause par laquelle le donateur déclare qu'il entend tenir dorénavant la chose donnée au nom et pour le donataire, ou bien qu'il entend ne la tenir que précairement dudit donataire. Ces clauses équipollent à tradition, et transfèrent la propriété de la chose donnée au donataire, qui dès-lors commence à la posséder par le donateur, qui ne la retient que pour et au nom dudit donataire. Voyez l'Introduction, n. 21.

## ARTICLE CCLXXXV.

Le donataire (1), quand il y a rétention d'usufruit, n'est tenu entrer en foy (2), ne payer les cens (3), encore que par la donation il soit fait seigneur et possesseur. *Mais l'usufruit fini, les profits féodaux et censuels sont acquis (4) au seigneur féodal et censuel.* A. C.  
art. 222.

(1) Il en est de même de l'acheteur, lorsque le vendeur s'est retenu l'usufruit.

(2) La clause de rétention d'usufruit est une tradition feinte qui transfère la propriété du fief en la personne du donataire; *suprà*, art. 276: car l'usufruit étant essentiellement *jus in re aliena*, *Inst. tit. de usuf*, le donateur, en se retenant l'usufruit, déclare qu'il n'entend plus retenir et posséder dorénavant le fief en son nom et comme une chose qui lui appartient, mais au nom du donataire, comme chose qui ne lui appartient plus, mais au donataire. Par cette clause il en prend en quelque façon possession au nom et pour le donataire; et cette prise de possession transfère la propriété du fief au donataire, et opère une véritable mutation de fief, qui donne ouverture à la foi et au rachat. Mais la coutume, par indulgence, accorde par cet article au donataire une souffrance ou délai pour porter la foi et payer le rachat, jusqu'à ce qu'il entre en jouissance par l'extinction de l'usufruit que le donateur s'est retenu.

(3) Mais le donateur qui s'est retenu l'usufruit doit les payer pour et en acquit du donataire, qui est devenu le propriétaire et censitaire.

(4) C'est-à-dire qu'ils sont acquis parfaitement, et deviennent exigibles. Au reste, ils étoient déjà nés et dus dès le temps de la donation qui a opéré la mutation qui y a donné ouverture, quoiqu'ils n'étoient pas encore exigibles: c'est pourquoi je pense qu'ils sont dus au fermier du temps de la donation, plutôt qu'à celui du temps auquel ils sont devenus exigibles par l'extinction de l'usufruit. C'est l'interprétation que l'auteur des notes de 1711 donne à cet article, et c'est le vrai sens de l'article.

## ARTICLE CCLXXXVI.

A. C., art.  
223 et 224.

Hommes et femmes, tant nobles et que non nobles, ayant plusieurs enfants, leur peuvent donner en mariage (1) héritages ou meubles. Et vaut telle donation, sans que lesdits enfants soient tenus eux porter héritiers (2) de leur père et mère, si bon ne leur semble. Et où ils voudroient revenir èsdites successions, rapporteront (3) ce qui leur aura esté donné, ou moins prendront; sauf les fruicts, *qui ne se rapportent que du jour de la provocation à partage* (4).

(1) Ou hors mariage: ces termes *en mariage* ne sont qu'*exempli gratiâ*.

(2) Cela a déjà été dit, art. 273. Cet article n'en contient qu'une répétition inutile.

(3) Cela avoit aussi été dit en l'art. 273, et le sera encore en l'art. 306. Voyez sur le rapport l'Introduction au tit. 17, sect. 6, art. 3.

(4) Voyez l'art. 309, où cela est rapporté.

---

## TITRE XVI.

DES TESTAMENTS ET DONATIONS TESTAMENTAIRES,  
ET POUR CAUSE DE MORT.

### INTRODUCTION AU TITRE.

#### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

20 Nous traiterons en autant de sections, 1° de la nature des testaments, et des différentes donations testamentaires; 2° de la forme des testaments, et des différents défauts qui peuvent se rencontrer dans les donations testamentaires; 3° des personnes qui peuvent tester, de celles qui peuvent recueillir des dispositions testamentaires, et de celles qui peuvent en être grevées; 4° de ce qui peut être l'objet des dispositions testamentaires, et jusqu'à quelle concurrence on peut disposer de ses biens par testament; 5° de l'ouverture des donations testamentaires; 6° des droits que leur ouverture donne aux légataires et fidéicommissaires, et des charges auxquelles ils s'engagent en acceptant le legs ou fidéicommis; 7° des exécutions testamentaires; 8° de l'extinction des legs, et de ceux qui en profitent; 9° du concours des colégataires et du droit d'accroissement; 10° de l'interprétation des dispositions testamentaires.

## SECTION PREMIÈRE.

De la nature des testaments, et des différentes donations testamentaires.

1. Un testament est un acte revêtu des formes prescrites par la loi, qui renferme les ordonnances de dernière volonté d'une personne sur la disposition qu'elle entend faire de ses biens après sa mort.

Les donations testamentaires que les testaments renferment sont appelées ordonnance de dernière volonté; parcequ'au lieu que les donations entre vifs se forment par le concours des volontés du donateur et du donataire, et sont irrévocables, celles-ci sont l'ouvrage de la seule volonté du testateur; et cette volonté doit être sa dernière volonté, c'est-à-dire en laquelle il ait persévéré jusqu'à la mort: d'où il suit qu'elles ne reçoivent leur perfection qu'à la mort du testateur, et sont toujours jusqu'à ce temps révocables.

2. On divise les donations testamentaires en directes, qu'on appelle *legs*, et en fidéicommissaires, qu'on appelle *substitutions*.

Les *legs* sont des donations testamentaires que le testateur fait à quelqu'un directement.

Les *substitutions* sont des donations testamentaires par lesquelles le testateur laisse à quelqu'un ses biens, ou des choses particulières, par l'interposition d'une autre personne qu'il charge de les lui restituer dans un certain temps ou lors d'une certaine condition.

3. On peut faire plusieurs degrés de substitution: mais selon l'ordonnance d'Orléans, confirmée par celle

de 1748, il ne peut y en avoir que deux, non compris le degré de l'héritier ou légataire qui recueille en premier les biens du testateur, qui puissent avoir effet.

Ces degrés se comptent par chaque personne qui recueille successivement les biens du testateur, et non par souches ou générations. C'est pourquoi si quelqu'un avoit laissé ses biens à son héritier, à la charge d'une substitution graduelle et perpétuelle envers sa famille, et que cet héritier eût laissé deux enfants qui fussent morts l'un après l'autre; le dernier décédé de ces enfants ne rempliroit à la vérité que le premier degré de la substitution par rapport à la portion qu'il auroit recueillie de son chef à la mort de son père héritier du testateur, et il la posséderoit à la charge d'un second degré de substitution: mais par rapport à l'autre portion qu'il auroit recueillie à la mort de son frère premier décédé, il rempliroit le second degré, et la posséderoit sans aucune charge de substitution, ne pouvant pas y en avoir au-delà.

Observez que suivant les art. 36, 37, 38 et 39 de l'ordonnance de 1748, une personne n'est pas censée avoir rempli le degré de premier légataire ou de substitué, non seulement lorsqu'elle est prédécédée avant l'ouverture du legs ou de la substitution, ou lorsqu'ayant survécu, elle y a renoncé même *aliquo dato*, mais aussi lorsque depuis l'ouverture elle est décédée avant que d'avoir accepté ledit legs ou substitution, soit expressément, par quelque acte ou demande judiciaire en délivrance; soit tacitement, en s'immiscant dans la possession des biens, et sans que les créanciers de cette personne aient de son vivant demandé à en jouir à

sa place : mais quand une fois le légataire ou substitué a formé la demande en délivrance, quand même il s'en seroit depuis désisté, ou l'auroit laissé périmer, il est censé avoir rempli son degré.

4. Les donations testamentaires, soit directes, soit fidéicommissaires, se divisent encore en universelles et particulières.

Les legs universels ou substitutions universelles sont les dispositions par lesquelles le testateur donne à quelqu'un l'universalité de ses biens, ou une quotité, comme la moitié, le tiers, le quart, le douzième, le centième, ou quelque autre partie aliquote que ce soit.

Comme on divise les biens en *biens meubles* et *biens immeubles*, *biens acquêts* et *biens propres*, *biens propres d'une telle ligne*, les dispositions que fait le testateur de l'universalité de quelqu'une de ces espèces de biens, ou d'une quotité de quelqu'une desdites espèces, sont aussi réputées dispositions universelles.

Tous les autres legs ou substitutions sont des legs particuliers ou substitutions de chose particulière, quand même le legs seroit d'un certain héritage qui seroit le seul immeuble qui appartînt au testateur, le legs étant fait *tanquam certi corporis, et non per modum universitatis*.

5. Les legs et substitutions sont les seules dispositions que nous puissions faire de nos biens par testament dans notre coutume : l'institution d'héritier n'y a pas lieu ; art. 287.

6. De là il suit que nos testaments ne sont autre chose que ce qu'étoient par le droit romain les codicilles d'un intestat, c'est-à-dire d'une personne qui n'a-

voit institué aucun héritier : et comme on pouvoit laisser plusieurs de ces codicilles, on peut parmi nous laisser plusieurs testaments qui sont tous valables en ce qu'ils ne contiennent rien de contraire, et pourvu qu'il n'y ait pas de clause dans les derniers qui abroge les précédents.

Lorsqu'il se trouve des dispositions contraires, soit dans plusieurs testaments, soit dans le même, il est évident que la dernière doit prévaloir.

## SECTION II.

*De la forme des testaments, et des différents défauts qui peuvent se rencontrer dans les dispositions testamentaires.*

### ARTICLE PREMIER.

#### De la forme du testament.

7. Notre coutume, art. 289, admet deux espèces de testaments, l'olographe et le solennel.

#### §. I. De la forme du testament olographe.

8. La forme de l'olographe consiste en ce qu'il doit être écrit en entier et signé de la main du testateur. L'ordonnance, art. 38, y requiert aussi la date du jour, du mois, et de l'année. Il a été jugé qu'un testament daté du vendredi saint de l'an 1756 étoit valable : car le jour et le mois auxquels tombe le vendredi saint étant constants, cette expression renferme la date du jour et du mois.

La date peut être écrite en chiffres, quoiqu'il soit mieux de l'écrire en lettres.

La signature doit être à la fin de l'acte dont elle est le complément: c'est pourquoi un *postscriptum* après la signature est nul, s'il n'est aussi signé.

Les interlignes ne sont pas défendus, pourvu qu'ils soient de la main du testateur.

Les ratures des mots qui ne sont pas essentiels ne sont d'aucune considération. Si c'étoit le nom du légataire ou de la chose léguée qui fût raturé, la rature seroit une preuve de la révocation du legs: mais le surplus du testament n'en devoit pas moins subsister. Cela est hors de doute, lorsque ce qui est raturé se peut lire. S'il y avoit sur-tout à la fin du testament plusieurs lignes raturées de manière qu'on ne pût les lire absolument, et que le testament se fût trouvé, après la mort du testateur, en la possession d'un légataire, il pourroit en résulter une fin de non-recevoir contre lui, qui l'excluroit du legs à lui fait par le testament; parce qu'on pourroit soupçonner que les lignes raturées contenoient une révocation ou limitation desdits legs. Ce peut être l'espèce d'un arrêt cité par les auteurs.

9. Une lettre missive, par laquelle une personne écriroit à quelqu'un qu'elle lui fait un tel legs, quoique écrite en entier, signée et datée de la main du testateur, ne peut passer pour un testament olographe, cette forme de tester étant expressément rejetée par l'ordonnance de 1735, art. 3.

10. Un testament olographe, pour pouvoir être exécuté, doit être déposé chez un notaire, soit du vivant, soit après la mort du testateur. Il est utile qu'il le dépose de son vivant, et reconnoisse en le déposant qu'il est entièrement écrit et signé de sa main, pour éviter

après sa mort la procédure de la reconnaissance du testament, qui sans cela seroit nécessaire, si les héritiers ne vouloient pas reconnoître l'écriture.

Le testament olographe d'une personne qui s'est faite religieuse doit absolument être déposé avant sa profession; ordonnance, art. 21; ce qui a été ordonné pour empêcher que les religieux ne puissent faire des testaments depuis leur profession, qu'ils antedateroient.

§. II. De la forme du testament solennel.

11. Le testament solennel doit être fait dans la forme prescrite par la loi du lieu où il est fait, quoique le testateur n'ait pas son domicile en ce lieu, et ne s'y trouve qu'en passant. C'est pourquoi il n'est pas douteux que le testament qu'un Orléanois auroit fait à Lyon, dans la forme observée dans les provinces régies par le droit écrit, seroit valable: c'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts cités par Ricard, p. 1, chap. 5, s. 1; voyez l'Introduction générale, n. 25.

Il pourroit paroître y avoir plus de difficulté pour les testaments faits par un François en pays étranger suivant la forme prescrite par la loi du pays, aucune loi étrangère n'étant reconnue en France: néanmoins les arrêts les ont jugés valables; Ricard, *d. loco*; parce que c'est une règle du droit des gens, de se conformer, pour la forme des actes, aux lois du lieu où on les passe.

12. L'ordonnance, art. 22 et 23, en dérogeant aux coutumes, a établi pour le testament solennel une forme qui doit avoir lieu dans tout le pays coutumier.

Ce testament doit être reçu par deux notaires, qui doivent être présents, l'un et l'autre, ou par un notaire assisté de deux témoins. Ces deux notaires doivent être compétents; voyez l'Introduction au tit. 20, n. 10.

L'ordonnance permet aussi aux curés, même réguliers, et aux desservants séculiers, de recevoir les testaments dans l'étendue de leur paroisse, lorsque la coutume des lieux le leur permet: la nôtre est de ce nombre; voyez l'art. 289 et les notes.

Ils doivent aussi se faire assister de deux témoins. Les chapelains de notre Hôtel-Dieu ont pareillement le droit de recevoir les testaments des malades qui y décèdent.

13. L'ordonnance de Blois, art. 63, défend aux curés de recevoir les testaments dans lesquels il leur seroit fait quelque legs, ou à leurs parents.

L'ordonnance ne s'étant pas expliquée sur le degré de parenté; on peut tirer argument des réglemens de la cour, qui défendent aux notaires de recevoir des actes pour leurs cousins germains et autres parents plus proches.

Il y en a un du 11 août 1607, rendu sur un appel du bailli de Touraine. Néanmoins, par arrêt du 6 juillet 1722, au tome 7 du *Journal*, un testament reçu par deux notaires, dont l'un étoit par sa femme cousin germain du légataire universel, a été confirmé.

14. Les témoins étant requis pour la solennité de l'acte, leur fonction est une fonction civile: d'où il suit que ceux qui sont incapables de ces fonctions ne peuvent être témoins dans un testament, non plus que dans les autres actes.

Tels sont, 1<sup>o</sup> ceux qui ont perdu l'état civil; voyez l'Introduction générale, chap. 2, §. 1. Un religieux curé ne peut donc pas l'être, même dans le testament de son paroissien, quoiqu'il eût pu le recevoir comme curé: car la loi, en lui permettant de remplir une cure, lui permet de faire les fonctions civiles qui y sont attachées, mais non les autres qui sont indépendantes de la qualité de curé.

Lorsqu'une personne qui a perdu l'état civil, *puta* par la profession religieuse, est établie dans un lieu où l'on ignore sa profession religieuse, la quasi-possession en laquelle elle est de l'état civil en ce lieu supplée à l'état civil qui lui manque, et suffit pour rendre valable le testament où elle a fait fonction de témoin; *Arg.*, l. *Barbarius Philippus*, ff. de off. præst.

2<sup>o</sup> Les étrangers non naturalisés ne peuvent être témoins.

3<sup>o</sup> Ceux qui ne jouissent pas de leur état de bonne fame, soit qu'ils l'aient perdu par une condamnation à peine infamante, soit qu'il soit seulement suspendu par quelque décret de prise de corps ou d'ajournement personnel d'un juge séculier.

4<sup>o</sup> Les mineurs qui n'ont pas vingt ans accomplis.

5<sup>o</sup> Les femmes; la pudeur de leur sexe, qui ne leur permet pas *in cælibus hominum versari*; les ayant toujours fait réputer incapables des fonctions civiles; l. 2, ff. de reg. jur.

6<sup>o</sup> Les novices, quoiqu'ils n'aient pas encore perdu l'état civil, ne peuvent, par la même raison, être témoins, l'habit qu'ils portent devant les éloigner de toutes les fonctions civiles et séculières.

7° La signature des témoins étant requise dans les testaments, il suit de là que ceux qui ne savent pas signer n'y peuvent être témoins.

8° L'ordonnance exclut aussi de cette fonction les clercs et domestiques du notaire ou autre personne publique qui reçoit le testament; art. 42.

9° Ceux à qui le testateur a fait par son testament quelque legs, soit universel, soit particulier, n'y peuvent aussi être témoins; ordonnance, art. 43.

Mais un curé peut être témoin, quoiqu'il ait été fait par le testament un legs à son église: car ce n'est pas lui qui est légataire, quoiqu'il profite du legs; *Ricard*, p. 1, n. 555.

Rien n'empêche que l'exécuteur testamentaire soit témoin, lorsqu'il n'est pas légataire; *Ricard*, p. 1, n. 554.

L'incapacité d'un témoin ne rend pas le testament nul, lorsqu'il en reste un nombre suffisant de capables.

L'ordonnance, art. 23, veut que *les notaires, ou l'un d'eux, écrivent les dernières volontés du testateur telles qu'il les dictera*. De là il suit que le testament seroit nul s'il étoit écrit d'une autre main, putà de l'un des témoins ou du clerc du notaire, quoique sous la dictée du notaire; arrêt du 9 décembre 1740, cité par Aymar. Au reste, il n'importe par lequel des deux notaires le testament soit écrit: il n'importe aussi que l'un des notaires l'ait écrit seul, ou qu'il ait été écrit en partie par l'un d'eux et en partie par l'autre.

Ce que l'ordonnance ordonne à l'égard des notaires s'applique à toutes les autres personnes à qui la loi donne la qualité de personnes publiques pour recevoir les testaments: c'est pourquoi un testament reçu

par un curé seroit nul, s'il n'étoit entièrement écrit de la propre main du curé qui l'a reçu.

Après que les notaires ou autres personnes publiques ont écrit le testament, elles doivent en faire lecture au testateur, et il doit être fait mention de cette lecture. Enfin le testament doit être signé par le testateur; et s'il ne sait ou ne peut signer, il doit être fait mention de la déclaration qu'il en aura faite. Il doit être pareillement signé par le notaire ou autre personne publique qui a reçu le testament, et par les témoins; art. 23.

L'ordonnance abroge expressément toutes les autres formalités qui étoient requises par les coutumes.

L'ordonnance ne s'est pas expliquée sur la date du testament solennel: mais, ayant déclaré que la date du jour, du mois, et de l'année est nécessaire dans un testament olographe, elle laisse à conclure qu'elle l'est, à plus forte raison, dans le testament solennel. D'ailleurs les anciennes ordonnances, auxquelles celle-ci ne déroge pas, la requièrent en général dans tous les actes reçus par personnes publiques.

A l'égard des autres formalités prescrites par ces anciennes ordonnances, Ricard, p. 1, n. 1535, nous apprend que leur inobservation n'emporte pas nullité, si ce n'est pour ce qui concerne la mention du lieu où le testament a été passé; parceque autrement on ne pourroit savoir si la personne qui l'a reçu étoit compétente, et s'il a été passé selon la loi du lieu.

Observez, touchant les formalités des testaments, qu'il y en a à l'égard desquelles la loi ne se contente pas qu'elles soient observées; elle veut qu'il soit fait

mention qu'elles ont été observées. Telles sont la lecture qui doit être faite au testateur de son testament; la déclaration qu'il doit faire qu'il ne sait ou ne peut signer. Quant aux autres formalités à l'égard desquelles la loi n'ordonne pas qu'il soit fait mention qu'elles ont été observées, elles sont présumées l'avoir été; sauf à ceux qui ont intérêt d'attaquer le testament, de justifier le contraire. Par exemple, si on prétendoit que le testament n'est pas écrit de la main du notaire ou du curé qui l'a reçu, c'est à l'héritier qui attaque le testament à le justifier.

Observez aussi que c'est à la minute seule à laquelle on doit avoir égard pour juger si le testament est revêtu de ses formalités; ne devant pas dépendre d'un notaire de détruire un acte parfait par le défaut de sa grosse, ni de rétablir après coup un testament défectueux; *Ricard*, p. 1, n. 1573.

15. Les testaments militaires, et ceux faits en temps de peste, soit que les testateurs soient malades ou non, sont dispensés de plusieurs des règles ci-dessus prescrites.

Dans ceux-ci, les officiers de justice royale, seigneuriale ou municipale, jusqu'au greffier inclusivement, le curé, vicairè, ou autre préposé pour administrer les sacrements, quoique régulier, peut tenir lieu de notaire. Dans les militaires, les majors et officiers d'un rang supérieur, les prévôts d'armée, leurs lieutenants, greffier, ou commissaires des guerres, en peuvent tenir lieu : l'aumônier, même régulier, peut aussi recevoir les testaments des malades et blessés; ordonnance de 1735, art. 27, 33.

On peut, dans les uns et les autres, se servir de témoins qui ne savent pas signer, lorsque le testateur signe; *ibid.*, 28, 34. Les étrangers non naturalisés, pourvu qu'ils ne soient pas notés d'infamie, peuvent aussi être témoins dans les militaires; *ibid.*, art. 40.

Ces testaments militaires peuvent être faits par les officiers et soldats, lorsqu'ils sont ou en expédition militaire, ou prisonniers de guerre, ou en quartier hors le royaume, ou dans une place assiégée, ou citadelle fermée; *ibid.*, art. 30.

Ceux qui, sans être officiers ni soldats, sont à la suite des armées, soit au service de quelque officier, soit pour la fourniture des vivres, ou pour quelque autre emploi, peuvent aussi tester dans la forme militaire; mais le testament de ces personnes qui n'a pas été fait dans les formes ordinaires cesse d'être valable six mois après que le testateur est de retour dans un lieu où il peut tester selon les formes; *ibid.*, art. 32.

Ceux faits en temps de peste cessent de l'être six mois après le rétablissement du commerce dans le lieu où se trouvera le testateur; *ibid.*, art. 37.

16. Il y a une autre espèce de testament qu'on appelle *testament maritime*: c'est celui qui est fait sur mer, et reçu par l'écrivain du vaisseau en présence de trois témoins, qui doivent signer avec le testateur; et lorsque le testateur ne signe pas, il doit être fait mention de la cause pour laquelle il n'a pas signé. Le testateur ne peut disposer par ce testament que des effets qu'il a sur mer, et des gages qui lui sont dus; et il n'est valable que s'il meurt dans le voyage; ordonnance de la marine, tit. XI, art. 1 et 2.

## §. III. Des formalités particulières aux substitutions.

17. L'ordonnance de 1748, art. 5, a établi une formalité pour les substitutions particulières de deniers comptant et autres effets mobiliers : elle ordonne, à peine de nullité, qu'il sera fait mention expresse par l'auteur de la substitution qu'il en sera fait emploi.

Elle excepte de cette règle les bestiaux et ustensiles qui servent à faire valoir une terre, et les meubles qui servent à meubler une maison ou château, lorsqu'ils sont compris dans la même substitution que la terre, maison ou château où ils se trouvent; art. 6 et 7.

Observez en passant que le grevé n'est pas obligé de vendre ni faire emploi des bestiaux et ustensiles de la terre comprise en la substitution, mais seulement de les faire priser, pour en rendre de pareille valeur lors de l'ouverture de la substitution; art. 6. A l'égard des meubles qui servent à meubler la maison substituée, il les conserve pour les rendre en nature, pourvu que le testateur l'ait ordonné expressément; *ibid.*, art. 7.

18. La publication et enregistrement des substitutions est une formalité qui n'appartient pas, comme les autres formalités dont nous avons parlé jusqu'à présent, à la perfection de l'acte, et elle n'est requise que pour sa publicité, et pour l'intérêt des tiers qui pourroient contracter avec le grevé de substitution. C'est pourquoi le défaut de cette formalité peut bien être opposé par les tiers qui auroient acquis du grevé les biens substitués, ou auxquels il les auroit hypothéqués, quand même ils auroient eu connoissance d'ailleurs de la substitution : mais il ne peut l'être par le

grevé, par ses héritiers légataires universels ou particuliers, p. 2, art. 34; d'autant plus que c'étoit lui qui étoit chargé de l'exécution de cette formalité.

Cette publication à l'audience et cet enregistrement doivent se faire au bailliage royal du lieu du domicile du testateur au temps de son décès, et à celui des différents lieux où sont situées les choses comprises en la substitution, p. 2, art. 19; et ce dans les six mois depuis le décès du testateur, art. 27. L'acte d'emploi qui a été fait des sommes substituées en héritages ou droits réels est aussi sujet à cette formalité dans les six mois de sa date, au lieu de leur situation; art. 23 et 30.

La publication et l'enregistrement des substitutions qui se font après le temps prescrit n'ont d'effet que pour l'avenir; art. 29. Les tiers-acquéreurs et créanciers hypothécaires qui ont acquis ou contracté avec le grevé auparavant en peuvent opposer le défaut, contre lequel on ne peut être restitué pour quelque cause que ce soit; art. 32.

Le défaut de publication au lieu du domicile rend la substitution défectueuse pour tout ce qu'elle comprend. Ce défaut au lieu de la situation ne la rend nulle que pour raison des biens qui y sont situés.

#### §. IV. De l'abrogation des testaments mutuels, et des clauses déroatoires.

19. C'est une formalité qui convient très fort à la nature des testaments, qui sont l'ouvrage de la volonté d'un seul, que chacun ne puisse faire que séparément son testament. C'est ce qu'a établi l'ordonnance de 1735, art. 77, en abrogeant l'usage des *testaments mutuels* ou

*faits conjointement*, qu'elle veut être réputés nuls à l'avenir.

Néanmoins les conjoints par mariage, qui ont des biens dans le Dunois, peuvent encore en disposer par testament mutuel au profit du survivant, suivant que la coutume de Dunois le permet. L'ordonnance n'a abrogé les testaments mutuels que dans le cas auquel les testateurs peuvent faire séparément leurs dispositions : mais elle n'a pas entendu déroger à la coutume de Dunois, qui ne permet pas aux conjoints par mariage de disposer autrement au profit l'un de l'autre, que par testament mutuel, ou par don mutuel confirmé par testament mutuel. C'est ce qui paroît par la fin dudit art. 77, et par l'art. 46 de l'ordonnance de 1731, auquel il renvoie. Aussi l'usage de ces testaments pour les biens du Dunois a-t-il toujours continué depuis l'ordonnance.

20. La forme des testaments étant de droit public, ils ne peuvent être sujets qu'aux formalités prescrites par la loi. L'ordonnance ne permet pas de s'en imposer d'autres : c'est pour cela qu'elle déclare nulles les clauses dérogatoires, art. 76. On appeloit de ce nom les clauses par lesquelles un testateur déclaroit nuls tous les testaments et codicilles qu'il feroit par la suite, si telle formule ou telle formalité ne s'y trouvoit.

## ARTICLE II.

Des différents défauts qui peuvent se rencontrer dans les donations testamentaires, et qui les rendent nulles.

21. Ces défauts sont, 1<sup>o</sup> l'incertitude de la personne à qui le testateur a voulu léguer; *putà*, lorsque le legs est fait à Pierre, et qu'il se trouve deux personnes de ce nom qui aient eu une relation de parenté et d'amitié avec le testateur parfaitement égale; en sorte qu'il n'y ait pas lieu de juger laquelle des deux personnes le testateur a eue en vue; l. 10, ff. *de reb. dub.*

Le legs fait à *l'hôpital*, sans exprimer de quelle ville, n'a pas ce défaut: on présume facilement que le testateur a eu en vue celui du lieu où il avoit son domicile au temps qu'il faisoit son testament; *Arg.*, l. 39, §. 1, ff. *de cond. et dem.* C'est pourquoi le legs appartiendra à cet hôpital, quand même il auroit depuis changé de domicile.

Il y a pareil défaut d'incertitude lorsque le testateur ayant fait des legs à deux personnes de même nom, en a révoqué un, sans qu'il paroisse lequel des deux il révoquoit. Les deux seront nuls, étant incertain à l'égard de l'un et de l'autre, s'il est celui dans lequel le testateur a persévéré; l. 3, §. 7, ff. *adim. leg.*

22. 2<sup>o</sup> L'incertitude absolue de ce que le testateur a voulu léguer, est aussi un défaut qui rend le legs nul, comme lorsque le testateur a omis d'écrire la somme qu'il léguoit, pourvu qu'on ne puisse pas d'ailleurs la connoître: car s'il a légué *la somme de . . . pour faire un tel ouvrage*, il sera censé avoir légué celle que cet

ouvrage doit coûter; l. 30, ff. *de leg.* 2. S'il a légué la somme de . . . de pension viagère à une personne à qui il en faisoit une de son vivant, comme il paroît par ses livres de dépense, il sera censé lui avoir légué celle qu'il avoit coutume de lui faire; l. 14, ff. *de ann.*

Lorsqu'il est seulement incertain laquelle de certaines choses le testateur a voulu léguer; comme lorsque le testateur qui avoit plusieurs maisons de vignes, a légué en ces termes, *ma maison de vignes*, sans expliquer laquelle, le legs n'est pas nul; mais il est au choix de l'héritier de délivrer celle qu'il voudra; l. 32, §. 1; et l. 37, §. 1, ff. *de leg.* 10.

23. 3<sup>o</sup> Le vice dans le motif qui a porté le testateur à léguer peut aussi rendre les legs nuls: car les legs étant par leur nature un bienfait, doivent avoir pour motif la bienveillance, l'estime, la charité: tout autre motif, comme contraire à la nature des legs, les doit rendre nuls. C'est pour cela que la loi 54, ff. *de leg.* 10, déclare nuls les legs qui sont faits à quelqu'un plutôt dans la vue de l'insulter que par motif de bienveillance, *denotandi magis legatarii gratiâ*; comme seroit le legs: *Je lègue à une telle, la plus grande putain de la ville.* Il en est autrement de ce legs-ci: *Je lègue à mon indigne fils*, etc. Car le testateur paroît avoir employé cette épithète pour faire connoître que la piété paternelle l'emportoit sur les sujets de mécontentemens qu'il avoit de son fils; l. 48, §. 1, ff. *Hær. instit.*

24. Suivant notre principe, on doit aussi déclarer nuls les legs qui n'auroient d'autre motif qu'un pur caprice; comme si quelqu'un avoit fait un legs à celui qui rendra le pain-bénit dans une telle paroisse, le

dimanche qui précédera sa mort. Il n'en est pas de même du legs fait à celui qui aura remporté le prix d'une telle académie : car ce legs, qui a pour motif une juste estime que le testateur témoigne pour ceux qui se distinguent dans les sciences ou les arts, a un motif légitime.

25. C'est encore un motif vicieux qui doit rendre un legs nul, lorsque le testateur paroît avoir été porté à le faire principalement pour s'élever au-dessus des lois et les éluder ; comme si quelqu'un, dans la vue d'avantager sa femme, faisoit un legs à l'hôpital, au cas que ses héritiers fissent à sa femme une certaine demande.

26. Il en est de même des legs qu'un testateur paroît avoir faits par le motif d'une haine injuste qu'il portoit à ses héritiers, et pour les dépouiller de ses biens. C'est sur ce fondement que plusieurs arrêts ont cassé des testaments, comme faits *ab irato patre*. On a plus facilement égard à ce motif lorsque ce sont des enfants qui sont héritiers, que lorsque ce sont des collatéraux.

27. Le motif de captation est aussi un motif vicieux qui rend nul le legs fait par ce motif. On appelle motif de captation, lorsque je fais un legs à quelqu'un dans la vue de l'engager à en faire de son côté, soit à moi, soit à quelque autre personne pour qui je m'intéresse ; comme si j'avois légué ainsi : *Je lègue telle somme à Pierre, s'il m'en lègue autant, ou s'il en lègue autant à ma sœur*. Mais il n'y auroit pas de captation, si j'avois légué ainsi : *Je lègue à un tel telle chose, en reconnaissance de ce que j'ai appris qu'il m'a fait un legs par son testament* ; l. 70 et 71, ff. de *hæred. instit.*

28 En général, tout motif contraire aux bonnes mœurs, doit rendre nul le legs fait par ce motif; comme si quelqu'un avoit légué de cette manière : *Je lègue à un tel, parcequ'il m'a bien servi dans mes plaisirs; ou bien, parcequ'il s'est battu en duel en brave homme.*

29. La suggestion est aussi un vice dans les legs, qui les rend nuls. Un legs est fait par suggestion, lorsque le testateur a été vivement sollicité à le faire, soit par le légataire, soit par d'autres, dans le temps, ou peu avant la confection de son testament; ce qui fait présumer que le testateur l'a fait plutôt pour se délivrer de l'importunité de ceux qui le portoient à le faire, que par un motif d'une juste affection.

La suggestion peut se prouver par écrit, comme par des lettres écrites au testateur peu avant la confection de son testament, qui se seroient trouvées parmi ses papiers. On peut aussi en admettre la preuve par témoins, lorsque les faits de suggestion articulés par l'héritier sont bien circonstanciés. La présence du légataire lors de la confection du testament n'est pas un fait suffisant de suggestion.

30. Nous avons vu quels sont les défauts qui rendent nulles les donations testamentaires : il reste à observer que l'erreur dans le nom de la personne du légataire ou de la chose léguée, ou dans ce qui a été dit pour les désigner, n'empêche pas la validité du legs, lorsque d'ailleurs elles sont suffisamment désignées.

31. Il en est de même de l'erreur dans ce que le testateur a allégué sur les raisons qui l'avoient porté à faire le legs; comme s'il a dit : *Je lègue à un tel en reconnaissance du soin qu'il a pris de mes affaires* : le legs

sera valable, quoique le légataire ne se soit jamais mêlé des affaires du testateur; car le testateur n'a pas fait dépendre le legs de la vérité de ce motif, et a pu en avoir d'autres qu'il n'a pas exprimés; l. 17, §. 2; l. 72, §. 6, ff. de cond. et dem.

Il en seroit autrement si dans l'espèce précédente il avoit ajouté, *si c'est lui qui les a faites*, ou que les circonstances fissent connoître que sa volonté étoit de faire dépendre le legs de ce fait.

32. Lorsqu'un legs est fait sous une condition qui se trouve impossible, ou que les lois ne permettent pas d'accomplir, ou sous la charge de faire quelque chose d'impossible, ou que les lois ne permettent pas de faire, le legs ne laisse pas d'être valable, et la condition ou la charge de faire cette chose sont réputées comme non écrites; l. 14, ff. de cond. instit.; l. 3 et 37, ff. de cond. et dem.

### SECTION III.

*Des personnes qui peuvent tester, de celles qui peuvent recueillir des dispositions testamentaires, et de celles qui en peuvent être grevées.*

#### §. I. Des personnes qui peuvent tester:

33. Les testaments sont purement de droit civil: il n'y a donc régulièrement que ceux qui jouissent des droits de citoyen qui puissent tester.

Les aubains non naturalisés ne le peuvent. Cette règle souffre néanmoins quelques exceptions, comme à l'égard des ambassadeurs, envoyés, résidents, et des personnes de leur suite; à l'égard des marchands

fréquentant les foires de Lyon et autres, ou résidant en certaines places de commerce ; comme aussi à l'égard des soldats étrangers qui sont au service du roi ; à toutes lesquelles personnes il est permis de tester des biens meubles qu'ils ont dans le royaume. La règle souffre encore exception à l'égard des sujets de certaines nations, à l'égard desquels il faut suivre ce qui est porté par les traités d'alliance faits entre le roi et ces nations.

Enfin la règle souffre exception à l'égard de certaines rentes créées avec la clause que les étrangers qui les acquerroient, pourroient en disposer par testament envers qui bon leur sembleroit.

A l'égard des étrangers naturalisés, ils jouissent de tous les droits des François, et ils peuvent par conséquent tester : mais ils perdent tous ces droits que leur a donnés la naturalisation, aussitôt qu'ils ont transféré leur domicile en pays étranger.

34. Les François qui ont abdiqué leur patrie, en s'établissant dans le pays étranger où ils meurent, sont pareillement incapables de tester des biens qu'ils ont en France ; *secùs* de ceux qui y sont prisonniers de guerre, ou qui y voyagent, ou qui y ont des établissemens de commerce sous la protection des consuls de France.

35. Il est évident que ceux qui ont perdu l'état civil par une condamnation à peine capitale ne peuvent tester. Voyez l'Introduction générale, n. 30, 31 et 32. Leur testament n'est pas valable, soit qu'il ait été fait avant ou depuis qu'ils ont perdu l'état civil, s'ils meurent sans l'avoir recouvré par lettres de réhabilitation. Cette décision a lieu, pourvu que la condamnation

soit émanée d'un juge françois. Mais si un François a été condamné à mort en pays étranger, par un juge étranger, le testament qu'il a fait, quoique depuis la condamnation, est valable, et doit être exécuté sur les biens qu'il a laissés en France : car, comme on ne reconnoît en France d'autre autorité que celle qui émane du roi, la condamnation intervenue contre ce François, qui est émanée d'une autre autorité, ne peut avoir aucun effet en France, et n'y peut faire regarder cet homme comme privé, par cette condamnation, de son état civil et du pouvoir de tester.

Le religieux ayant perdu la vie civile par sa profession, ne peut plus tester; mais le testament qu'il a fait avant sa profession est valable, parceque, par une fiction semblable à celle de la loi *Cornelia*, il est censé mort dans le dernier instant auquel il jouissoit encore de l'état civil.

Par un privilège particulier l'ordre de Malte, autorisé par lettres-patentes de nos rois dûment enregistrées, les chevaliers peuvent, depuis leur profession, tester, avec la permission du grand-maître, d'une partie de leur pécule.

Le religieux évêque peut tester, de même qu'il peut transmettre sa succession; l'éminence de l'épiscopat le restitue à l'état civil. *Ricard*, p. 1, 324.

Le novice peut tester; car il jouit encore de l'état civil, qu'il ne perd que par la profession. S'il ne peut être témoin dans les testaments des autres, *suprà*, n. 14, c'est par une raison particulière qui ne reçoit pas d'application à son testament.

Les infâmes, quoiqu'ils ne puissent pas être témoins

dans les testaments des autres, peuvent tester. Nous ne suivons pas la disposition des lois 18, §. 1; et l. 26, 9, 2, ff. *de testam.*

Il n'est pas douteux que ceux qui sont captifs chez les Maures, peuvent tester; cette captivité ne leur fait pas perdre l'état civil; ils sont semblables à ceux qui étoient pris par des brigands; l. 13, ff. *d. tit.*

36. La capacité de tester qui résulte de l'état de citoyen est nécessaire, tant pour la valable confection du testament, que pour le droit de transmettre ses biens par testament.

D'où il suit qu'elle est requise au temps de la mort du testateur, aussi bien qu'au temps de la confection du testament, l. 19, ff. *de testam.* En cela la capacité de tester diffère de l'exemption de certains défauts de l'esprit et du corps, qui n'est requise qu'au temps de la confection du testament, parceque la seule raison pour laquelle elle est requise, est parceque ces défauts forment un obstacle à la valable confection du testament; l. 6, §. 1, *d. tit.*

Voyez sur ces défauts, et sur l'âge requis pour tester, les art. 292, 293 et 294, et les notes.

§. II. De ceux à qui on peut léguer, et qui peuvent recueillir des donations testamentaires.

37. On peut léguer non seulement à des personnes qui vivent lors de la confection du testament, mais même aux enfants à naître d'une telle personne; ce que l'ancien droit romain ne permettoit pas.

38. On peut léguer à des personnes indéterminées, comme à celui qui épousera ma nièce.

Le legs fait aux pauvres indéterminément est valable. Les pauvres de la famille du testateur doivent être préférés à d'autres pour recueillir ce legs; sinon il est censé fait aux pauvres de la paroisse où le testateur avoit son domicile lors de la confection du testament.

39. Par la même raison que pour être capable de tester il faut jouir de l'état civil et avoir les droits de citoyen, il faut aussi jouir des mêmes droits pour être capable de recueillir des donations testamentaires.

On tolère néanmoins les legs de pensions viagères modiques faits à des religieux ou religieuses pour leurs aliments. Les déclarations du roi ayant limité à 500 livres pour Paris, et à 350 pour les autres villes, les pensions qu'on peut assigner en dot aux religieuses qui font profession dans les couvents établis depuis 1600, on en peut conclure que les legs des pensions faits à des religieux ou religieuses ne peuvent jamais excéder ces sommes. Mais on peut les réduire à beaucoup moins, selon les circonstances tirées des facultés du couvent, des forces de la succession du testateur, de la qualité des héritiers grevés de ces legs, etc.

Observez à l'égard de ces legs, qu'à moins que le religieux à qui le legs est fait n'ait un bénéfice hors du cloître, qui lui donne droit d'avoir un pécule, la demande en délivrance du legs doit être donnée non par les religieux; mais au nom du couvent; et le paiement doit s'en faire au supérieur, ou autre par lui préposé, et non au religieux à qui le legs a été fait.

On peut aussi tolérer les legs d'aliments faits à des aubains établis en France. On peut tirer argument, 1<sup>o</sup> de ce que par le droit on pouvoit léguer des ali-

ments à ceux qui avoient perdu les droits de citoyen par la déportation, et même à ceux qui n'avoient aucun état civil; l. 113, §. 1, ff. *de leg.* 10; 2° de ce qu'on tolère ceux faits à des religieux, quoique l'incapacité d'un religieux, qui est mort civilement, soit encore plus grande que celle d'une personne à qui manquent seulement les droits de citoyen. Cette décision doit sur-tout avoir lieu, lorsque le legs est fait dans des circonstances favorables; comme l'orsqu'un homme né en France d'un père aubain, lègue des aliments à son père ou à ses frères aubains.

40. L'église, les hôpitaux, les fabriques, les corps et communautés autorisés par lettres-patentes, et même certains établissements favorables, tels que les écoles de charité, et autres énoncés en l'art. 3 de l'édit du mois de décembre 1749, quoiqu'ils n'aient pas de lettres-patentes, sont capables de recevoir des legs; avec cette limitation néanmoins, que depuis l'édit de 1749 on ne peut plus leur léguer aucuns héritages ni droits réels, ni même aucunes rentes sur particuliers; et ces legs sont nuls, quand même ils seroient faits sous la condition qu'ils obtiendroient des lettres-patentes qui leur permettroient d'acquérir les choses léguées, et quand même ils seroient faits à des personnes interposées qui seroient chargées de leur en remettre les revenus, ou de vendre les choses léguées pour leur en remettre le prix; édit de 1749, art. 17.

Par la même raison, les legs universels qui leur sont faits ne sont valables que jusqu'à concurrence des biens de la succession qu'il leur est permis d'acquérir.

Il y a de certains couvents, tels que ceux de l'ordre

de saint François, qu'une profession particulière de pauvreté rend incapables de posséder d'autres biens que le terrain de leur monastère, lesquels sont en conséquence incapables de legs, si ce n'est de sommes modiques d'argent ou autres choses mobilières, faits par forme d'aumône, pour subvenir à leurs besoins pressants.

41. La capacité de recueillir des donations testamentaires n'est requise qu'au temps de leur ouverture. C'est pourquoi le legs fait à une communauté qui se trouve revêtu de lettres-patentes au temps de la mort du testateur, est valable, quoiqu'elle ne les ait obtenues que depuis la confection du testament. La règle catonienne du droit romain, n'étant fondée que sur une subtilité, ne doit pas avoir lieu parmi nous.

42. Les incapacités de recueillir des dispositions testamentaires dont il a été parlé jusqu'à présent, sont absolues: il y en a qui ne sont que relatives.

Telle est, 1<sup>o</sup> celle des tuteurs et autres personnes qui sont présumées avoir quelque empire sur la volonté du testateur; voyez l'art. 296, et les notes.

Telle est aussi celle des conjoints par mariage; voyez l'art. 280 et les notes; et celle des personnes qui vivent ensemble en concubinage.

43. Les simples bâtards sont incapables de legs universels de leurs père et mère; mais il est permis de leur faire des legs particuliers, même d'héritages. Si néanmoins ils étoient excessifs et absorboient la plus grande partie du bien du testateur, ils seroient réductibles *arbitrio judicis*.

Cette incapacité est fondée sur l'indécence qu'il y a

qu'une personne préfère ou égale ses bâtards à ses parents légitimes. C'est pourquoi si une personne qui n'a aucuns parents, avoit fait un legs universel à son bâtard, la raison de l'incapacité cessant en ce cas, le legs seroit valable, et le seigneur qui prétendroit le droit de déshérence ne seroit pas recevable à le contester.

Ce qui est dit des simples bâtards s'applique aux enfants qui nous sont nés d'un mariage qui, quoique valablement contracté, n'a pas les effets civils, tel que celui qui a été toujours tenu secret, ou celui qui a été contracté *in extremis*, entre personnes qui avoient eu un mauvais commerce: car quoique ces enfants ne soient pas proprement bâtards, néanmoins vis-à-vis de leurs père et mère, avec qui ils n'ont pas les droits de parenté légitime, ils ne sont pas plus favorables que les bâtards.

Les bâtards adultérins ou incestueux étant beaucoup plus défavorables que les simples bâtards, ne sont capables de recueillir aucun don et legs de leurs père et mère, si ce n'est de simples aliments.

Nous ne pouvons pas plus laisser aux enfants de notre bâtard, quoique issus de son légitime mariage, que nous pourrions laisser à notre bâtard; car c'est par les mêmes liens et par la même origine criminelle qu'ils nous appartiennent, puisque c'est par lui qu'ils nous appartiennent.

44. Observez à l'égard des incapacités, soit absolues, soit relatives, qu'on ne peut léguer aux incapables, même par personne interposée à qui le testateur légueroit quelque chose pour le faire passer à l'incapable.

C'est pourquoi lorsqu'un héritier soupçonne qu'un

légataire est une personne interposée pour faire passer le legs à un incapable, *putà* à la femme du testateur, il peut exiger sur cela le serment de ce légataire: et il ne suffit pas que ce légataire offre affirmer qu'il n'y a eu aucune paction entre lui et le testateur pour le rendre à sa veuve ou autre incapable; car souvent il n'y en a pas, et le testateur se fie que la personne interposée pénétrera sa volonté: mais il doit jurer précisément qu'il ne croit pas que le legs ait été fait pour être restitué à la veuve, et qu'il n'entend pas le lui rendre; voyez un arrêt du mois de février 1716, cité par Furgole.

45. Un autre genre d'incapacité relative est celle qui résulte de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, sur laquelle voyez l'art. 288, et les notes.

§. III. De ceux qui peuvent être grevés de legs ou de fidéicommiss.

46. Tous ceux à qui le testateur a laissé par sa mort ses biens, ou quelque chose de ses biens qu'il auroit pu ne leur pas laisser, peuvent être par lui grevés de legs ou de substitutions: *Sciendum est eorum fideicommittere quem posse ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum eis datur, vel dum non admittitur; 1, §. 6, ff. de leg. 3.*

COROLLAIRE I. L'enfant qui se tient à sa légitime de droit, et l'héritier qui se tient à sa légitime coutumière, c'est-à-dire à la portion que la coutume lui réserve dans les propres du défunt, ne peuvent être grevés d'aucun legs ni substitution; car ils tiennent ces légitimes uni-

quement de la loi, et non du testateur, qui ne pouvoit en disposer et les en priver.

COROLLAIRE II. Lorsque Pierre m'a laissé ses biens, à la charge de les restituer à celui de mes parents que je choisirai, je ne puis pas grever celui que je choisirai d'aucun legs ni fidéicommiss, pour raison du choix que je fais de sa personne; ordonnance de 1748, p. 1, art. 14; car par ce choix je ne lui laisse rien de mes biens; ce sont ceux de Pierre que je lui restitue, qui ne m'appartenoient que jusqu'à l'ouverture de la substitution.

COROLLAIRE III. Je ne puis grever par testament d'aucun legs ni fidéicommiss, ceux à qui j'ai fait des donations entre vifs, si je ne leur laisse autre chose; *ibid.*, art. 13: car ce que je leur ai donné ayant cessé de m'appartenir, je n'en puis tester.

47. Le legs ou substitution dont le testateur auroit grevé une personne à qui il n'a rien laissé, ne deviendroit pas valable, quand même cette personne, par la suite recueilleroit les biens du testateur en devenant héritière de son héritier; *quoniam qui fortuito, non judicio testatoris consequitur hereditatem, non debet onerari*; l. 6, §. 1, ff. de leg. 4.

Mais le testateur peut, *in abstractio*; *nulla demonstrata personâ*, grever de legs ou de substitution l'héritier de son héritier; l. 5, §. 1, ff. de leg. 3; car c'est en ce cas sa succession même qu'il greve.

## SECTION IV.

*De ce qui peut être l'objet des dispositions testamentaires, et jusqu'à quelle concurrence on peut disposer par testament.*

§. I. De ce qui peut être l'objet des dispositions testamentaires.

48. Les legs comme les substitutions, peuvent être ou de l'universalité des biens, ou de choses particulières, soit immeubles, soit meubles, ou de corps certains, ou de choses indéterminées.

On peut laisser par testament quelque chose que ce soit, pourvu qu'elle existe ou doive un jour exister, et qu'elle ne soit pas hors du commerce. Néanmoins si on avoit légué un office militaire, ou de la maison du roi, à une personne de qualité à l'obtenir, le legs ne seroit pas nul, quoique ces offices soient hors le commerce, le testateur devant être présumé en ce cas avoir voulu léguer, non pas tant l'office, que la somme qu'il en coûte pour en obtenir l'agrément.

49. On peut léguer non seulement sa propre chose, mais même celle qui appartient à son héritier, ou ou même à des tiers.

Observez néanmoins cette différence, que lorsque j'ai légué la chose de mon héritier, le legs est valable, soit que j'aie su ou non qu'elle ne m'appartenoit pas, et il ne peut se dispenser de la prestation de cette chose qu'en abandonnant tous les biens disponibles de ma succession : au lieu que lorsque j'ai légué la chose d'un tiers, le legs ordinairement n'est valable que lorsqu'il paroît que j'ai su qu'elle ne m'appartenoit pas; l. 67,

§. 8, ff. *de leg.* 20: auquel cas mon héritier est tenu de donner au légataire la chose, lorsque celui à qui elle appartient veut bien la vendre pour le prix qu'elle vaut sinon le prix de cette chose; l. 14, §. *fin.* ff. *leg.* 30.

Quelquefois le legs de la chose d'autrui est valable, quoique le testateur ait cru en être le propriétaire; savoir lorsqu'il y a de fortes raisons de présumer que le testateur, quand même il auroit su ne l'être pas, n'auroit pas laissé de faire un legs à ce légataire; *leg.* 10, *cod. de leg.*; putà si c'étoit un de ses héritiers présomptifs à qui il a fait ce legs par forme d'égalité, ou que ce fût son bâtard à qui il a légué l'usufruit de cette chose pour ses aliments.

50. Lorsque le testateur a légué une chose dont il n'avoit qu'une propriété imparfaite, ou qui lui étoit commune avec une autre personne, il doit, dans le doute, être présumé n'avoir voulu léguer que le droit qu'il y avoit, et n'avoir légué cette chose que pour la part qu'il y avoit; l. 71, §. *fin.* ff. *de leg.* 1. Cela est sur-tout hors de doute lorsqu'il s'est servi du pronom *ma*; comme si ayant en commun avec une autre personne la maison de la Croix-Blanche, il a légué en ces termes, *ma maison de la Croix-Blanche*; car ce pronom restreint le legs à la part qu'il y a; l. 5, §. 2, ff. *de leg.* 1.

51. Lorsque le légataire se trouve être d'ailleurs propriétaire de la chose qui lui a été léguée, s'il n'en a qu'une propriété imparfaite, le legs sera valable pour ce qui manque à son droit de propriété. Par exemple, s'il n'en avoit que la nue propriété, ou qu'il n'en fût propriétaire qu'à la charge d'une substitution, le legs seroit valable, à l'effet que l'héritier seroit tenu de

l'indemniser de ces charges; l. 82, ff. *de leg.* 1. Pareillement s'il n'étoit propriétaire qu'à titre onéreux de la chose qui lui a été léguée le legs sera valable, à l'effet que l'héritier fût tenu lui rendre le prix qu'elle lui a coûté; l. 34, §. 7, ff. *de leg.* 1; *nec enim videtur perfectè cujusque id esse cujus ei pretium abest.*

52. Les faits peuvent aussi être l'objet des dispositions testamentaires, pourvu qu'ils soient possibles, licites, et que le légataire y ait intérêt. Par exemple, un testateur peut ordonner que son héritier sera tenu de blanchir le devant de sa maison pour donner du jour à la mienne qui est à l'opposite; ou qu'il ne pourra la louer à des ouvriers travaillants du marteau, tandis que j'occuperai la maison voisine.

§. II. Jusqu'à quelle concurrence peut-on disposer par testament.

53. Notre coutume permet à chacun de disposer de ses biens meubles et acquêts, et du quint de ses propres: elle réserve à l'héritier les quatre autres quints qu'il peut retenir, en abandonnant aux légataires le surplus des biens.

Cette légitime coutumière des quatre quints des propres diffère de la légitime de ce droit. Celle-ci est due aux enfants en leur qualité d'*enfants*, lesquels en conséquence peuvent l'avoir au moins *jure retentionis*, quoiqu'ils aient renoncé à la succession. Au contraire, la légitime est due aux héritiers uniquement en leur qualité d'*héritiers*: c'est pourquoi entre plusieurs qui sont appelés à une succession ceux qui y

renoncent pour se tenir à leur legs ne peuvent avoir aucune part dans les quatre quints des propres, que la coutume réserve aux héritiers.

Observez aussi que c'est aux héritiers du côté et ligné d'où les propres procèdent, que la coutume en réserve les quatre quints. S'il ne se trouve aucun héritier de la ligne, ceux qui à défaut de la ligne y succèdent n'en peuvent rien retenir; et ces propres sont en ce cas aussi disponibles que des acquêts.

54. La coutume réserve aux héritiers les quatre quints, non de chaque héritage propre, mais du total des propres. Néanmoins lorsqu'il y a différents héritiers aux propres de différentes lignes, il ne suffit pas que l'héritage propre légué n'excède pas le quint de tous les propres: les héritiers des propres de chaque ligne doivent avoir les quatre quints des propres de leur ligne; car c'est comme autant de successions différentes de la même personne déferée à chaque famille. *Molin.*, sur l'art. 93; *Ricard*, p. 111, n. 1458 et 1459.

55. C'est une question sur laquelle la jurisprudence n'est pas bien constante, si lorsque le testateur a légué ses propres en nature, l'héritier qui veut en retenir les quatre quints est obligé d'abandonner au légataire tous les biens disponibles. L'opinion pour l'affirmative me paroît la plus juridique: car la loi ne peut pas donner plus de droit à l'héritier dans les quatre quints des propres qu'elle lui réserve, que celui qu'il a dans sa propre chose. Or nous avons vu ci-dessus qu'il ne pouvoit se dispenser de la prestation du legs de sa propre chose qu'en abandonnant au légataire tous les biens disponibles du testateur: il ne peut donc retenir